

L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du grade de docteur en droit

Par

Steve Reusser

Acceptée sur proposition du jury :

Mme Nathalie Tissot, Professeure à l'Université de Neuchâtel,
directrice de thèse

M. Vincent Salvadé, Professeur à l'Université de Neuchâtel,
rapporteur interne

M. Bertil Cottier, Professeur à l'Université de la Suisse italienne,
rapporteur externe

Soutenue le 22 mai 2014

Université de Neuchâtel
2014

IMPRIMATUR POUR LA THESE

L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur

Steve REUSSER

UNIVERSITE DE NEUCHATEL
FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

Mme Florence Guillaume (présidente)
Mme Nathalie Tissot (directrice de thèse)
M. Vincent Salvadé (rapporteur interne)
M. Bertil Cottier (Professeur à l'Université de la Suisse italienne,
rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 22 mai 2014

Florence Guillaume
Doyenne de la Faculté de droit

Mots-clés (français) : Internet - web - page web - site web - référencer - référencement - lien - hyperlien - hypertexte - lien simple - lien profond - transclusion - cadre - cadrage - insertion - hash link - droit - droit d'auteur - liberté d'expression - fair use

Mots-clés (anglais) : Internet - web - webpage - website - to link - linking - link - hyperlink - hypertext - outlink - deep link - transclusion - frame - framing - inline link - hash link - law - copyright law - freedom of speech - fair use

Résumé

Sur le *World Wide Web*, un hyperlien se définit comme une ligne de code qui indique au navigateur le renvoi vers une ressource désignée par une adresse URL.

Les hyperliens constituent l'essence même du réseau et sont indispensables à son efficacité : ce sont eux qui lui confèrent sa structure de « toile d'araignée » en permettant aux utilisateurs de « naviguer » d'un site à l'autre d'une manière non linéaire. Ces connections, qualifiées par la doctrine de « raison d'être », de « héros modeste » ou de « sel de la soupe » du *web*, permettent de favoriser la dissémination de l'information en facilitant sa recherche. Sans eux, l'existence même du *web* serait remise en question.

Depuis leur création, les hyperliens ont suscité de vifs débats dans plusieurs domaines juridiques, en Suisse et sur le plan international. La discussion s'est souvent articulée autour du difficile équilibre à trouver entre la nécessité de ne pas entraver exagérément l'accès à l'information et celle de protéger les intérêts des personnes physiques ou morales qui pourraient être lésées par l'établissement de liens.

En règle générale, plus un site est référencé, plus sa valeur augmente, qu'elle soit idéale ou commerciale. La plupart des titulaires de sites souhaitent ainsi être référencés le plus largement possible. Cela étant, beaucoup d'entre eux ne désirent pas l'être par n'importe qui ou de n'importe quelle manière. Certains prévoient même sur leurs sites des mentions interdisant de les référencer, ou soumettant l'établissement de tout lien à l'octroi d'une autorisation préalable.

En droit d'auteur, bien que certains points fassent aujourd'hui l'objet d'un relatif consensus, de nombreuses incertitudes subsistent encore sur la question de l'admissibilité des hyperliens, renforcées sur le plan international par le

récent arrêt *Svensson*, rendu 13.02.2014 par la Cour de justice de l'Union européenne (C-466/12).

En droit suisse, la question n'a pour l'heure été traitée que d'une manière relativement lacunaire, puisqu'elle n'a donné lieu qu'à un nombre restreint de contributions de doctrine et à de rares jugements. Elle mérite donc d'être étudiée de manière approfondie.

Notre recherche a pour objet d'examiner dans quelle mesure l'établissement manuel d'hyperliens est admissible en droit d'auteur. Bien que notre travail constitue une étude de droit suisse, il contient de nombreuses références aux sources jurisprudentielles et doctrinales de droit européen et d'autres droits étrangers, dans un but comparatif et illustratif, ou, parfois, pour préciser certaines interprétations.

Notre étude débute par une présentation des notions techniques dont la compréhension est nécessaire pour pouvoir appréhender les questions abordées par la suite. Nous interprétons ensuite de manière détaillée les dispositions de la LDA susceptibles de s'appliquer à l'établissement d'hyperliens.

Nous abordons par la suite la question de l'admissibilité fondamentale des liens faisant apparaître la ressource référencée en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre, souvent appelés « liens simples » et « liens profonds ».

Notre recherche porte aussi sur plusieurs questions spécifiques : l'admissibilité de la reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien, l'admissibilité des transclusions, des liens sur des sites illicites, des liens directs sur des fichiers, des liens contextuels et des liens sur des pages archivées.

Enfin, dans la synthèse de notre travail, nous confrontons les résultats auxquels nous sommes parvenus à ceux auxquels devrait, à notre avis, permettre d'aboutir un système juridique efficace, ainsi qu'aux contraintes du droit constitutionnel, puis nous exposons dans quelle mesure des modifications législatives nous paraîtraient souhaitables.

« I Link, Therefore I Am »

Carrière p. 467

Remerciements

La rédaction d'une thèse constitue un chemin qui ne s'arpenne qu'en apparence de manière solitaire. Ma profonde gratitude va à toutes celles et ceux qui m'ont guidé, soutenu et encouragé au cours de ce long et beau travail !

Je tiens en premier lieu à remercier Madame Nathalie Tissot, Professeure à l'Université de Neuchâtel, d'avoir accepté d'être ma directrice de thèse, de sa très grande bienveillance, durant ma rédaction et relativement aux commentaires formulés lors de ma soutenance, de ses relectures et commentaires avisés et de son infinie patience.

Je remercie également Madame la Doyenne Florence Guillaume pour sa présence à ma soutenance et pour les agréables commentaires formulés sur mon travail, ainsi que Messieurs Vincent Salvadé, rapporteur interne, Professeur à l'Université de Neuchâtel, et Bertil Cottier, rapporteur externe, Professeur à l'Université de la Suisse italienne, pour l'intérêt qu'ils ont témoigné à mon travail et le temps qu'ils lui ont consacré.

Merci à l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) pour m'avoir accueilli dans d'excellentes conditions durant les 18 derniers mois de mon travail. La disponibilité et l'extrême compétence des personnes que j'ai pu y côtoyer ont constitué une aide précieuse dans l'achèvement de mon travail ! Je souhaite en particulier remercier Messieurs Sadri Saieb et Mostapha Najem pour toute l'aide qu'ils m'ont apportée, qui fut infiniment appréciée !

Merci à Monsieur Jean Perrenoud, collaborateur scientifique à l'Université de Neuchâtel, de m'avoir accompagné si efficacement dans mes ultimes démarches administratives, avec beaucoup de gentillesse, une grande disponibilité et un humour très rafraîchissant !

Ma reconnaissance va aussi à Madame Ysolde Gendreau, Professeure à l'Université de Montréal, qui m'a consacré beaucoup de temps et délivré de précieux conseils au début de ma recherche.

Je remercie enfin ma famille, dont le soutien sans faille a constitué une aide déterminante pour l'achèvement de mon travail dans de bonnes conditions, et tous les amis qui m'ont soutenu durant cette aventure.

Table des matières

TABLE DES MATIERES	XI
TABLE DES ABREVIATIONS	XIX
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE – DOMAINE D’ETUDE ET NOTIONS TECHNIQUES	7
SECTION 1 - DOMAINE D’ETUDE	9
SECTION 2 - NOTIONS TECHNIQUES.....	11
1. <i>Notions générales</i>	11
1.1. Internet	11
1.2. Le <i>World Wide Web</i>	12
1.3. <i>Page web</i>	13
1.4. <i>Site web</i>	14
2. <i>Hyperliens</i>	14
2.1. Hypertexte et hypermédia.....	14
2.2. Notion	15
2.3. Techniques de liaison.....	15
2.3.1. Liens activables et automatiques	15
2.3.2. Liens internes et externes	16
2.3.3. Liens simples et profonds	16
2.4. Modes de présentation d’une ressource liée	17
2.5. Code d’un hyperlien.....	19
2.6. Pointeur d’un lien activable	20
2.6.1. Définition	20
2.6.2. Liens verbaux	21
2.6.3. Liens visuels	21
2.7. Les conséquences de l’activation d’un lien	21
2.8. Les <i>XLinks</i>	22
2.8.1. Limites des liens HTML	22
2.8.2. Définition et caractéristiques	23
2.8.3. Liens contextuels	24
2.8.3.1. Introduction	24
2.8.3.2. Les Smart Tags et les Accelerators de l’Internet Explorer	24
2.8.3.3. Barres d’outils et plugins	25
2.8.3.4. Liens contextuels contractuels	26
2.9. Les <i>Hash-Links</i>	26
3. <i>Annuaire</i>	27
4. <i>Moteurs de recherche</i>	27
5. <i>Mesures techniques de protection contre les divers types de liens</i>	29

DEUXIEME PARTIE - NOTIONS DE DROIT D'AUTEUR	31
SECTION 1 - GENERALITES	33
1. <i>Les sources du droit d'auteur</i>	33
2. <i>Objet de la protection de la LDA</i>	33
2.1. Introduction	33
2.2. Une création de l'esprit.....	34
2.2.1. Une création	34
2.2.2. Une création de l'esprit.....	35
2.3. Une création littéraire ou artistique.....	35
2.4. Une création à caractère individuel	35
2.5. Critères sans pertinence.....	37
2.6. Types d'œuvres protégées	37
2.7. Protection des recueils.....	38
3. <i>Protection des ressources publiées sur Internet</i>	39
3.1. Introduction	39
3.2. Protection du contenu d'une page <i>web</i>	39
3.2.1. Introduction	39
3.2.2. Texte	40
3.2.3. Photographies, films et musique	42
3.2.4. Autres éléments.....	43
3.3. Protection d'une page <i>web</i>	44
3.3.1. Principe	44
3.3.2. Conditions de protection	45
3.3.2.1. Création de l'esprit humain	45
3.3.2.2. Individualité.....	45
3.3.2.3. Indifférence du mode d'affichage.....	45
3.3.3. Rattachement à un type d'œuvre	46
3.3.3.1. Introduction.....	46
3.3.3.2. Programme d'ordinateur	46
3.3.3.2.1. Notion.....	46
3.3.3.2.2. Application aux pages <i>web</i>	48
3.3.3.3. Autres catégories d'œuvres.....	49
3.4. Protection d'un site <i>web</i>	49
SECTION 2 - LES DROITS DE L'AUTEUR D'UNE ŒUVRE PROTEGEE	53
1. <i>Les droits patrimoniaux</i>	53
1.1. Le droit d'utilisation	53
1.2. Le droit de reproduction	55
1.3. Le droit de communication	57
1.4. Le droit de diffusion	60
1.5. Le droit de faire voir ou entendre une œuvre.....	60
2. <i>Les droits moraux</i>	61
2.1. Le droit de divulgation	61
2.2. Le droit de paternité	63
2.3. Le droit à l'intégrité.....	64
2.3.1. Introduction	64

Table des matières

2.3.2. Modification de l'œuvre	65
2.3.2.1. Principe	65
2.3.2.2. Atteintes directes	66
2.3.2.3. Atteintes indirectes	66
2.3.3. Création d'une œuvre dérivée.....	69
2.3.4. Incorporation dans un recueil	70
SECTION 3 - LES RESTRICTIONS AU DROIT D'AUTEUR	73
1. Introduction.....	73
2. L'interprétation des restrictions au droit d'auteur.....	73
2.1. Exceptions et limitations.....	73
2.2. Le « test des trois étapes »	76
2.2.1. Généralités	76
2.2.2. Certains cas spéciaux.....	77
2.2.3. Exploitation normale	78
2.2.4. Préjudice injustifié aux intérêts légitimes.....	79
2.2.5. Application du test	80
3. L'exception d'usage privé.....	82
3.1. Généralités.....	82
3.2. La copie privée sous forme numérique.....	84
3.3. Le téléchargement sur Internet	84
3.3.1. Téléchargement d'œuvres mises en ligne de manière licite	84
3.3.1.1. Principe	84
3.3.1.2. Utilisation de l'ordinateur d'un tiers	85
3.3.2. Téléchargement d'œuvres mises en ligne sans droit	87
3.3.3. Copie privée et accès illicite	92
4. L'exception de reproduction provisoire	93
4.1. Généralités.....	93
4.2. Copie transitoire ou accessoire.....	94
4.3. Partie intégrante et essentielle d'un procédé technique	94
4.4. Transmission dans un réseau entre tiers ou utilisation licite.....	95
4.5. Signification économique indépendante	96
4.6. Application aux copies découlant de la consultation de pages web	97
5. Le droit de citation	98
5.1. Généralités.....	98
5.2. La citation des œuvres visuelles	99
5.3. Les conditions matérielles	101
5.3.1. Le cadre de la citation.....	101
5.3.2. Le but de la citation	103
5.3.2.1. Les trois fonctions légales	103
5.3.2.2. Le lien de connexité.....	104
5.3.3. L'étendue de la citation	104
5.4. Conditions formelles.....	106
SECTION 4 - LA PROTECTION DES MESURES TECHNIQUES.....	109
SECTION 5 – RESPONSABILITE CIVILE ET PENALE	115
1. Responsabilité civile	115
2. Responsabilité pénale.....	115

TROISIEME PARTIE - LES LIENS SIMPLES	117
SECTION 1 - INTRODUCTION.....	119
SECTION 2 – ADMISSIBILITE FONDAMENTALE DES LIENS SIMPLES EN DROIT D’AUTEUR.....	121
1. <i>Droits patrimoniaux</i>	121
1.1. Problématique.....	121
1.2. Etablissement d’un lien simple.....	123
1.3. Activation d’un lien simple.....	128
1.4. Conclusion.....	129
2. <i>Droits moraux</i>	129
2.1. Droit de divulgation.....	129
2.2. Droit de paternité.....	129
2.3. Droit à l’intégrité.....	130
2.3.1. Les atteintes possibles.....	130
2.3.2. Aperçu des positions retenues à l’étranger.....	131
2.3.3. Droit suisse.....	132
2.4. Conclusion.....	134
3. <i>Conclusion</i>	134
SECTION 3 - LES LIENS NON CONFORMES	135
1. <i>Divergences entre le pointeur et le code d’un hyperlien</i>	135
2. <i>Fossilisation</i>	135
SECTION 4 - REPRISE D’UNE ŒUVRE PROTEGEE DANS LE POINTEUR D’UN LIEN SIMPLE	137
1. <i>Introduction</i>	137
2. <i>Reprise d’une œuvre protégée</i>	137
2.1. Droits patrimoniaux.....	137
2.2. Droits moraux.....	138
2.2.1. Droit de divulgation.....	138
2.2.2. Droit de paternité.....	139
2.2.3. Droit à l’intégrité.....	139
3. <i>Légitimation d’une reprise</i>	140
3.1. Exception de <i>fair use</i>	140
3.2. Droit de citation.....	142
3.2.1. Principe.....	142
3.2.2. Notion de « référence ».....	142
3.2.3. Reprise sous forme d’imagette.....	143
3.2.4. Conditions formelles.....	144
3.3. Autorisation implicite.....	145
4. <i>Conclusion</i>	148
SECTION 5 - CONCLUSION.....	151
QUATRIEME PARTIE - LES LIENS PROFONDS	153
SECTION 1 - INTRODUCTION.....	155
SECTION 2 - ADMISSIBILITE FONDAMENTALE DES LIENS PROFONDS EN DROIT D’AUTEUR	157
1. <i>Aperçu de jurisprudence</i>	157
2. <i>Droits patrimoniaux</i>	159

Table des matières

2.1. Etablissement d'un lien profond.....	159
2.2. Activation d'un lien profond.....	160
2.3. Conclusion.....	161
3. <i>Droits moraux</i>	161
3.1. Droit de divulgation.....	161
3.2. Droit de paternité.....	161
3.3. Droit à l'intégrité.....	163
3.3.1. Problématique.....	163
3.3.2. Altération de la structure du site référencé.....	164
3.3.3. Page sortie de son contexte.....	166
3.4. Conclusion.....	166
4. <i>Conclusion</i>	166
SECTION 3 - LIEN SUR UNE PAGE SITUEE EN AVAL DE CONDITIONS GENERALES.....	169
1. <i>Introduction</i>	169
2. <i>Droit de paternité</i>	169
3. <i>Activation du lien</i>	170
4. <i>Conclusion</i>	170
SECTION 4 - LIEN SUR UNE PAGE SITUEE EN AVAL D'UNE MESURE DE CONTROLE D'ACCES.....	171
1. <i>Introduction</i>	171
2. <i>Jurisprudence</i>	171
2.1. L'affaire <i>Session-ID</i>	171
2.2. L'arrêt <i>Svensson</i>	173
3. <i>Qualification juridique</i>	173
3.1. Contournement d'une mesure technique.....	173
3.2. Communication.....	176
3.3. Cas particulier du contournement d'un identifiant de session.....	178
4. <i>Activation du lien</i>	179
5. <i>Conclusion</i>	179
SECTION 5 - CONCLUSION.....	181
CINQUIEME PARTIE - LES TECHNIQUES DE TRANSCCLUSION.....	183
SECTION 1 - INTRODUCTION.....	185
SECTION 2 - ADMISSIBILITE DES TRANSCCLUSIONS.....	187
1. <i>Aperçu de jurisprudence</i>	187
1.1. Introduction.....	187
1.2. Etats-Unis.....	187
1.3. Allemagne.....	188
1.4. Autriche.....	192
1.5. France.....	193
1.6. Conclusion.....	194
2. <i>Droits patrimoniaux</i>	195
2.1. Etablissement d'une transclusion.....	195
2.2. Activation d'une transclusion.....	199
2.3. Conclusion.....	199
3. <i>Droits moraux</i>	199

3.1. Droit de divulgation.....	199
3.2. Droit de paternité.....	199
3.3. Droit à l'intégrité	201
3.3.1. Modification de l'œuvre référencée	201
3.3.2. Modification du contexte dans lequel est présentée l'œuvre référencée...	202
3.3.3. Création d'une œuvre dérivée	202
3.3.4. Incorporation dans un recueil	204
3.4. Conclusion	205
4. <i>Légitimation d'une transclusion</i>	205
4.1. Droit de citation	205
4.2. Autorisation implicite.....	206
SECTION 3 - CONCLUSION.....	209
SIXIEME PARTIE - QUESTIONS PARTICULIERES.....	211
SECTION 1 - LIENS SUR DES SITES ILLICITES.....	213
1. <i>Liens sur des sites contenant des œuvres mises en ligne sans droit</i>	213
1.1. Introduction	213
1.2. Aperçu de jurisprudence	213
1.3. Analyse	216
1.3.1. Violation directe du droit d'auteur par le lieu	216
1.3.1.1. Droits patrimoniaux	216
1.3.1.2. Droits moraux	217
1.3.1.2.1. Droit de divulgation	217
1.3.1.2.2. Droit de paternité	217
1.3.1.2.3. Droit à l'intégrité	217
1.3.2. Participation à une violation du droit d'auteur	218
1.3.2.1. Introduction	218
1.3.2.2. De la mise en ligne à l'activation du lien	218
1.3.2.3. Activation du lien par l'utilisateur.....	219
1.3.2.4. Actes subséquents de l'utilisateur	220
1.4. Conclusion	221
2. <i>Liens sur des sites mettant à disposition des moyens de contourner des mesures techniques</i>	221
2.1. Aperçu de jurisprudence	221
2.2. Analyse	224
SECTION 2 - LIENS DIRECTS SUR DES FICHIERS	229
1. <i>Introduction</i>	229
2. <i>Aperçu de jurisprudence</i>	230
2.1. Liens sur des fichiers licites	230
2.2. Liens sur des fichiers mis en ligne sans droit	232
2.2.1. Liens directs	232
2.2.2. <i>Hash-Links</i>	233
2.2.2.1. A l'étranger	233
2.2.2.2. En Suisse	237
2.3. Synthèse	238
3. <i>Doctrine</i>	238

Table des matières

4. Analyse	239
4.1. Liens sur des fichiers licites	239
4.1.1. Droits patrimoniaux	239
4.1.2. Droits moraux	242
4.1.2.1. Droit de divulgation	242
4.1.2.2. Droit de paternité	242
4.1.2.3. Droit à l'intégrité	243
4.2. Liens sur des fichiers mis en ligne sans droit	243
4.2.1. Droits patrimoniaux	243
4.2.2. Droits moraux	244
4.2.2.1. Droit de divulgation	244
4.2.2.2. Droit de paternité	244
4.2.2.3. Droit à l'intégrité	245
SECTION 3 - LIENS CONTEXTUELS	247
1. <i>Problématique</i>	247
2. <i>Droits patrimoniaux</i>	249
3. <i>Droits moraux</i>	250
SECTION 4 - LIENS SUR DES PAGES ARCHIVEES	253
1. <i>La Wayback Machine</i>	253
2. <i>Admissibilité de la mise à disposition d'une page archivée</i>	253
2.1. Utilisation	253
2.2. Absence d'autorisation implicite	254
3. <i>Qualification d'un lien sur une page archivée</i>	255
SYNTHESE	257
SECTION 1 - INTRODUCTION	259
SECTION 2 - DROIT DESIRABLE	261
1. <i>D'un extrême à l'autre</i>	261
2. <i>Entre mention et intégration</i>	263
3. <i>Les problèmes posés par l'utilisation d'un tournevis</i>	264
4. <i>Applications aux principaux types d'hyperliens</i>	265
4.1. Liberté de référencer	265
4.2. Liens profonds	268
4.3. Transclusions	269
SECTION 3 – RESUME DES RESULTATS OBTENUS	271
1. <i>Liens simples</i>	271
2. <i>Liens profonds</i>	271
3. <i>Transclusions</i>	272
4. <i>Autres liens</i>	272
SECTION 4 – DISCUSSION DES PRINCIPAUX RESULTATS OBTENUS	275
1. <i>Appréciation générale</i>	275
1.1. Admissibilité fondamentale des liens simples et des liens profonds	275
1.2. Liens non conformes	275
1.3. Reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien	275

L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur

1.4. Atteintes à l'intégrité du site référencé	276
1.5. Lien sur une page située en aval de conditions générales ou d'une mesure de contrôle d'accès	278
1.6. Transclusions	278
1.7. Autres liens.....	278
2. Compatibilité avec les droits fondamentaux	280
2.1. Principe	280
2.2. Droits fondamentaux	280
2.2.1. Généralités	280
2.2.2. Restrictions	282
2.3. Libertés de communication.....	284
2.3.1. Généralités.....	284
2.3.2. Restrictions	287
2.4. Liberté de référencer	288
2.5. Libertés de communication et droit d'auteur	290
2.6. Appréciation des principaux résultats obtenus.....	294
2.6.1. Licéité de principe des liens simples et profonds.....	294
2.6.2. Reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien	294
2.6.3. Transclusions.....	295
2.6.4. Liens sur des sites illicites.....	296
2.6.4.1. Liens sur des sites contenant des œuvres mises en ligne sans droit ...	296
2.6.4.2. Liens sur des sites mettant à disposition des moyens de contourner des mesures techniques.....	296
3. De lege ferenda	297
3.1. Droit d'auteur et nouvelles technologies	297
3.2. Adoption d'une nouvelle disposition ?.....	300
SECTION 5 - CONCLUSION ET PERSPECTIVES.....	305
NOTES RELATIVES A LA CITATION DE LA JURISPRUDENCE ETRANGERE.....	309
SOURCES, ERRATA ET MISES A JOUR	311
BIBLIOGRAPHIE	313

Table des abréviations

§	paragraphe
a	ancien(ne)
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1.C de l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce, RS 0.632.20
AfP	<i>Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht</i>
AG	<i>Amtsgericht</i>
AGUR12	Groupe de travail chargé d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins
AH	<i>Appellationshof</i>
AIPPI	Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle
al.	alinéa(s)
ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
Arpanet	<i>Advanced Research Projects Agency Network</i>
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BK	<i>Bezirksgericht</i>
BO CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
c.	contre
CA	cour d'appel

L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur

CB	Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Paris le 24 juillet 1971, RS 0.231.15
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCE	Communication Commerce électronique
C.D.	<i>Central District</i>
CE	Communauté(s) européenne(s)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, RS 0.101
CERN	Organisation européenne pour la recherche nucléaire
CGI	<i>common gateway interface</i>
CH	<i>Chancery Division</i>
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CR	<i>Computer und Recht</i>
CSC	Cour suprême du Canada
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
CSS	<i>content scrambling system</i>
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
C.T.L.R.	<i>Computer and Telecommunications Law Review</i>
CUP	Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, RS 0.232.04
DFJP	Département fédéral de justice et police
Dist.	<i>district</i>
Dok.	<i>Dokument</i>
XX	

Table des abréviations

DVD	<i>digital versatile disk</i>
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
Einl.	<i>Einleitung</i>
E.I.P.R.	<i>European Intellectual Property Review</i>
et al.	et alii (et autres)
EWHC	<i>Her Majesty's High Court of Justice in England</i>
F.3d	<i>Federal Reporter, Third Series</i>
FF	Feuille fédérale
F.Supp.2d	<i>Federal Supplement, Second Series</i>
FTP	<i>file transfer protocol</i>
GESTE	Groupement des Editeurs de Services en Ligne
GG	<i>[deutsches] Grundgesetz, vom 23. Mai 1949, BGBl. 1949, p. 1 ss</i>
GK	<i>Gerichtskreis</i>
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
GRUR Int.	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil</i>
HTML	<i>hypertext markup language</i>
HTTP	<i>hypertext transfer protocol</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
IIC	<i>International Review of Intellectual Property and Competition Law</i>
IFPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle
IFPP	<i>International Federation of the Phonographic Industry</i>
INRIA	Institut national de recherche en informatique et en automatique
Intro.	introduction
IP	<i>Internet protocol</i>
ISBN	<i>International Standard Book Number</i>

L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur

ISO	<i>International Organization for Standardization</i>
IViR	<i>Instituut voor Informatierecht</i>
JO	Journal officiel de l'Union européenne
J.O.	Journal officiel de la République française
jusIT	<i>Zeitschrift für IT-Recht, Rechtsinformation und Datenschutz</i>
K&R	<i>Kommunikation & Recht</i>
KG	<i>Kammergericht (= OLG Berlin)</i>
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (Loi sur le droit d'auteur), RS 231.1
let.	lettre(s)
LG	<i>Landgericht</i>
LRTV	Loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision, RS 784.40
MIDI	<i>Musical Instrument Digital Interface</i>
MMR	<i>MultiMedia und Recht</i>
MP3	<i>MPEG Layer-3</i>
n	nouveau(x), nouvel, nouvelle(s)
n.	numéro(s)
nbp	note de bas de page
N.D.	<i>Northern District</i>
NJW-CoR	<i>Computerreport der Neuen juristischen Wochenschrift</i>
NVwZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
OGH	<i>Oberster Gerichtshof</i>
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONU	Organisation des Nations Unies
XXII	

Table des abréviations

p.	page(s)
PDF	<i>portable document format</i>
PJA	Pratique Juridique Actuelle
RAM	<i>random access memory</i>
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence(s)
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
ROM	<i>read only memory</i>
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle
s.	et suivant(e)
s.a.	<i>sine anno</i> (= sans indication de date)
S.C.	<i>Session Cases</i>
S.D.	<i>Southern District</i>
Sec.	<i>Section</i>
SGML	<i>standard generalized markup language</i>
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SJ	La Semaine judiciaire
spéc.	spécialement
ss	et suivant(e)s
TC	Tribunal cantonal
TCom.	tribunal de commerce
TF	Tribunal fédéral
TGI	tribunal de grande instance
TPI	tribunal de première instance
UFITA	<i>Archiv für Urheber- und Medienrecht</i> (anciennement <i>Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht</i>)

L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur

UKSC	<i>United Kingdom Supreme Court</i>
UNESCO	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>
URG	= LDA
UrhG	<i>[deutsches] Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), vom 9. September 1965, BGBl. 1965 I, p. 1273 ss</i>
URL	<i>uniform resource locator</i>
US, U.S.	<i>United States</i>
USC	<i>United States Code</i>
vol.	<i>volume(s)</i>
W3, WWW	<i>World Wide Web</i>
W3C	<i>World Wide Web Consortium</i>
WCT	<i>Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur, RS 0.231.151</i>
WRP	<i>Wettbewerb in Recht und Praxis</i>
XML	<i>extensible markup language</i>
ZG	<i>Zivilgericht</i>
ZUM	<i>Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht</i>

Introduction

« Nous nous trouvons actuellement en pleine phase de transition entre la société industrielle et la société du savoir. [...] La technologie de l'information permet d'avoir un accès plus facile et moins cher à l'information, « matière première » essentielle de la société du savoir »

Birchmeier p. 47

Inventés par Tim Berners-Lee dans le but de permettre aux chercheurs de trouver des informations dans des réseaux complexes de manière efficace, le *World Wide Web* et les hyperliens qui le sous-tendent ont joué un rôle majeur dans la démocratisation d'Internet¹, permettant d'offrir à un public de plus en plus large un accès étendu à l'information disponible sur le réseau.

Ce sont les liens qui confèrent au *World Wide Web*² sa structure de « toile d'araignée », en permettant aux utilisateurs de « naviguer » d'un site à l'autre, d'une manière non linéaire³.

Une étude, publiée en 1999⁴, affirmait que malgré la taille impressionnante de plusieurs milliards de pages du réseau, deux d'entre elles pouvaient toujours être reliées par un maximum de 19 liens⁵.

¹ Voir Athanasekou n. 3, Newton, 2013, p. 197 s., Recommandation HTML, 12.1.

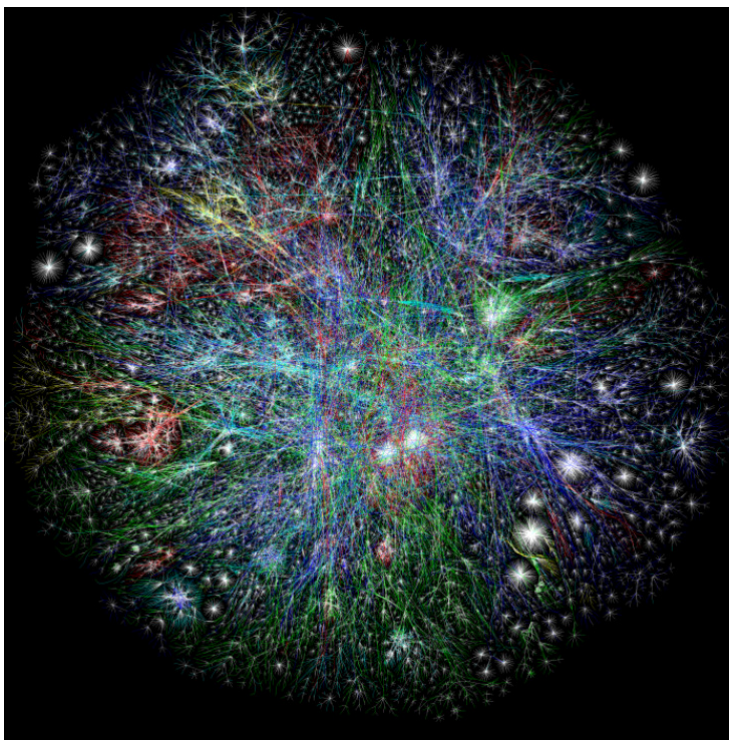
² Littéralement « toile d'araignée mondiale », ci-après le plus souvent désigné par « *web* ».

³ Voir notamment Cavazos/Miles n. 2, Recommandation hyperliens p. 9, Tercier/Roten n. 1302. Strowel et Ide considèrent (p. 11) que les liens forment « la glu » avec laquelle « la toile se tisse ». Ils constituent en réalité plutôt les fils de la toile (voir Recommandation hyperliens p. 9, Strowel, Google, p. 117).

⁴ Voir <<http://www.nature.com/nature/journal/v401/n6749/abs/401130a0.html>>.

⁵ Voir à ce sujet <http://www.nbcnews.com/id/3078993/ns/technology_and_science/#.U4g--HJ_u31>.

Une autre étude, portant quant à elle sur la structure physique du *web*⁶, donne une autre image de la densité extraordinaire des connexions qu'il implique :



Représentation visuelle du *web* – *Opte Project* – *Barrett Lyon*
(<http://www.visualcomplexity.com/vc/project.cfm?id=70>)

En juillet 2013, selon la société *Médiamétrie*, 60 % des visites de sites mesurées ont découlé de l'activation de liens externes, établis manuellement ou fournis par des moteurs de recherche⁷.

Indispensables à l'efficacité du *web*, dont ils constituent l'essence même⁸, les liens permettent de favoriser la dissémination de l'information en facilitant

⁶ <http://www.opte.org>

⁷ Voir <http://www.mediametrie-estat.com/estatweb-la-mesure-web-analytics-juillet2013>.

⁸ Voir Salvadé, responsabilité, p. 79. Certains parlent de « caractéristique centrale » du *web* (« *zentrales Merkmal* », voir Koch, *Webseiten*, p. 300). Voir aussi Poenig p. 23, Spirig p. 261, Stadler, *Internet*, n. 147.

sa recherche⁹. Sans eux, « l'information mise sur le web perdrait de sa valeur à défaut de pouvoir être trouvée aisément »¹⁰. En réalité, sans hyperliens, le *web* ne pourrait réellement exister¹¹.

Ces caractéristiques leur ont valu plusieurs qualifications amusantes dans la doctrine, telles que « raison d'être »¹², « héros modeste »¹³ ou « sel de la soupe »¹⁴ du *web*, « principe vital de l'Internet »¹⁵, « signature du *web* »¹⁶ ou encore « synapses connectant les différentes parties » du réseau¹⁷.

Sur Internet, on peut trouver des hyperliens sur la plupart des sites, que ces derniers soient privés ou commerciaux, dans les listes de résultats des moteurs de recherche¹⁸, dans des annuaires¹⁹, ou encore dans des blogs²⁰, des courriels ou des forums de discussion.

En règle générale, plus un site est référencé²¹, plus sa valeur augmente, qu'elle soit idéale ou commerciale. La plupart des titulaires de sites *web*

⁹ Recommandation hyperliens p. 9. Dans ce sens, Cottier (droit, nbp 8) citait en 1998 des statistiques permettant de conclure que « la difficulté de naviguer dans le Web » constituait alors « l'une des principales raisons pour lesquelles nombres de professionnels se détourn[ai]ent de cet instrument ». Dans les années qui ont suivi, les liens, qui contribuent à faire « tomber [...] les cloisons entre les gisements d'information » (Cottier, droit, p. 141) ont joué un rôle majeur dans la simplification de l'utilisation du *web*.

¹⁰ Strowel, Google, p. 117 s. (« dans un monde d'informations surabondantes, le contenu lui-même semble perdre de sa valeur, c'est en effet son accessibilité qui fait la plus-value »), Strowel/Hanley p. 71, Strowel/Ide p. 11. Pour certains, sans liens, l'information deviendrait même quasiment introuvable (voir notamment BGH, 1.04.2004, I ZR 317/01, II-3-c-aa et, relativement aux moteurs de recherche, Höppner p. 625).

¹¹ Voir BK Zurich, 10.09.2002, JurPC Web-Dok. 337/2002 (<<http://www.jurpc.de>>), n. 93. Certains qualifient en ce sens les liens de condition « *sine qua non* » du *web* (Hilty, Zulässigkeit, p. 125, Vögeli p. 59, Zimmerling/Werner p. 69).

¹² Oppenheim.

¹³ Carrière p. 467.

¹⁴ « *Salz in der WWW-Suppe* », voir Stadler, Internet, n. 147.

¹⁵ Linant de Bellefonds.

¹⁶ Sableman p. 4 (« *hypertext links are the signature characteristic of the World Wide Web* »).

¹⁷ Matthew Collins, cité par CSC, 19.10.2011, 2011 CSC 47, n. 34 (« *hyperlinks are the synapses connecting different parts of the world wide web* »). Le but de Tim Berners-Lee était d'ailleurs de rendre les connexions entre ordinateurs sur le réseau aussi intuitives que celles des neurones dans le cerveau humain (voir Sableman p. 3).

¹⁸ Voir première partie, section 2, chiffre 4.

¹⁹ Voir première partie, section 2, chiffre 3.

²⁰ Sur les blogs, voir Ciola-Dutoit/Cottier p. 72 ss, Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 22 s., Le Moal p. 48 ss, Tercier/Roten n. 1330 ss.

²¹ Le terme devra, dans ce travail, être entendu comme un synonyme de « lier ».

souhaitent être référencés par le plus possible de sites, ou à tout le moins par les principaux moteurs de recherche²².

Cela étant, de nombreux titulaires de sites ne souhaitent pas être référencés par n'importe qui et de n'importe quelle manière. Certains prévoient sur leurs sites des mentions interdisant de les référencer, ou soumettant tout référencement à l'octroi d'une autorisation préalable, et vont parfois jusqu'à ouvrir des actions en justice contre certains fournisseurs de liens. Dans une célèbre affaire autrichienne²³, le titulaire d'un site de prévisions et autres services météorologiques aurait même réclamé un total de plusieurs millions d'euros aux sociétés qui avaient référencé des pages de son site²⁴.

Depuis leur création, les hyperliens ont suscité de vifs débats dans plusieurs domaines juridiques, en Suisse et sur le plan international²⁵. La discussion s'est souvent articulée autour du difficile équilibre à trouver entre la nécessité de ne pas entraver exagérément l'accès à l'information et celle de protéger les intérêts des personnes physiques ou morales qui pourraient être lésées par l'établissement de liens.

En droit d'auteur, bien que certains points fassent aujourd'hui l'objet d'un relatif consensus, de nombreuses incertitudes subsistent encore sur la question de l'admissibilité des hyperliens²⁶. En témoignent trois demandes de décisions préjudicielles adressées à la CJUE, dont deux sont encore pendantes à la clôture de la rédaction de notre travail²⁷, et la troisième a donné lieu au premier arrêt de la CJUE portant sur la question de l'admissibilité des hyperliens²⁸ qui n'aborde la problématique que de manière très partielle et dont les considérations, dont

²² Sur Internet, un contenu qui n'est pas référencé, ou au moins mentionné, est virtuellement inexistant. Dans le même sens, Ott explique (Inhalte, p. 14) qu'un contenu qui n'est pas référencé par *Google* n'existe plus pour la grande majorité des utilisateurs du réseau.

²³ L'affaire *Meteo-data*, voir cinquième partie, section 2, chiffre 1.4.

²⁴ Dans un autre cas, la société *iCopyright.com*, chargée d'encaisser des indemnités pour l'utilisation d'articles du *Albuquerque journal*, facturait en 2000 une somme de 50 dollars par lien établi sur les pages du site sur lesquelles figuraient les articles du journal (voir McCullagh p. 1).

²⁵ Principalement en droit d'auteur et en droit de la concurrence déloyale (Sableman p. 7), mais aussi, notamment, en droit des marques et en droit pénal. Pour un bref aperçu des problèmes posés par les liens dans différents domaines juridiques, voir Ott, Linking, p. 53 ss.

²⁶ Voir aussi, parmi les contributions récentes soulignant la persistance de cette incertitude juridique, CSPLA p. 2 s., Sirinelli, réseaux, p. 523.

²⁷ C-348/13 (voir cinquième partie, section 2, chiffre 1.3.), ainsi que C-279/13 (voir sixième partie, section 2, chiffre 2.1.).

²⁸ 13.02.2014, C-466/12 (*Svensson*).

certaines s'opposent à celles de la doctrine majoritaire, devraient encore être beaucoup discutées à l'avenir.

En Suisse, la question de l'admissibilité des hyperliens n'a pour l'heure été traitée que d'une manière assez lacunaire, puisqu'elle n'a donné lieu qu'à un nombre relativement restreint de contributions de doctrine et à quelques jugements, et mérite donc de faire l'objet d'un examen approfondi.

Première partie – Domaine d'étude et notions techniques

Section 1 - Domaine d'étude

Dans notre travail, nous commencerons par aborder les principales notions techniques dont la compréhension est nécessaire pour pouvoir appréhender les questions qui seront étudiées par la suite²⁹.

Nous présenterons ensuite les dispositions de la LDA susceptibles de s'appliquer à l'établissement d'hyperliens, ainsi que l'interprétation qui nous en paraît la plus pertinente³⁰.

Nous traiterons ensuite de l'admissibilité des liens simples et profonds activables qui font apparaître la ressource référencée en remplacement de la ressource liante, ou dans une nouvelle fenêtre³¹.

Nous étudierons également la question de l'admissibilité des transclusions³², puis aborderons les questions particulières de l'admissibilité des liens sur des sites illicites en droit d'auteur, des liens directs sur des fichiers, des liens contextuels et des liens sur des pages archivées³³.

Enfin, nous discuterons des résultats obtenus, de leur compatibilité avec les droits fondamentaux, ainsi que de l'utilité d'une adaptation de la législation³⁴.

Notre étude portera spécifiquement sur l'admissibilité des hyperliens établis manuellement en droit d'auteur³⁵. La question distincte des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile et pénale du lieu, lorsque

²⁹ Voir section 2 ci-dessous.

³⁰ Voir deuxième partie. Notre étude se centre sur le droit d'auteur proprement dit, les droits voisins n'y seront pas traités.

³¹ Voir troisième et quatrième parties et, sur ces notions, section 2, chiffres 2.3. s. ci-dessous. Par simplification de langage, nous désignerons souvent dans la suite de notre travail ces deux types de liens par les expressions « liens simples » et « liens profonds », sans préciser systématiquement qu'il s'agit de liens activables ne constituant pas des transclusions.

³² Voir cinquième partie.

³³ Voir sixième partie.

³⁴ Voir synthèse.

³⁵ Le Forum des droits sur l'Internet définit le créateur manuel d'hyperliens comme « toute personne procédant, de manière non automatisée, à la recherche ou à la sélection et au référencement par hyperliens de contenus disponibles sur l'internet » (Recommandation responsabilité p. 9). Si la plupart des considérations qui seront émises dans notre travail sont aussi applicables aux liens établis par des moteurs de recherche, ces derniers posent toutefois certaines questions spécifiques qui ne seront pas abordées dans le cadre de notre étude. Nous tiendrons tout de même compte des jugements portant sur l'admissibilité des liens établis par des moteurs de recherche, dans la mesure où leur mention pourra être utile à nos analyses.

l'établissement d'un lien constitue une violation ou une participation à une violation du droit d'auteur, ne sera pas étudiée de manière approfondie³⁶.

Notre étude se limite au droit suisse. Nous utiliserons toutefois dans une large mesure des sources de droit européen et d'autres droits étrangers, à titre illustratif ou pour préciser certaines de nos interprétations³⁷.

Enfin, nous n'aborderons pas les questions de droit international privé susceptibles de se poser, distinctes du sujet de notre étude.

³⁶ Cette question importante et complexe se pose avant tout en relation avec l'établissement de liens sur des sites illicites. Voir à ce sujet Reusser, responsabilité.

³⁷ Pour autant que les dispositions des divers ordres juridiques considérés soient suffisamment proches de celles du droit suisse pour que la comparaison soit pertinente.

Section 2 - Notions techniques

1. Notions générales

1.1. Internet

Internet se définit comme un « réseau télématique international, qui résulte de l'interconnexion des ordinateurs du monde entier utilisant un protocole commun d'échanges de données [...] afin de dialoguer entre eux via les lignes de télécommunication »³⁸.

Issu du réseau Arpanet, initialement conçu dans les années 1960 pour le compte du département américain de la Défense³⁹, Internet fonctionne de manière décentralisée⁴⁰. Il utilise des protocoles communs de communication⁴¹.

Ce gigantesque réseau de télécommunication est composé d'un grand nombre de réseaux interconnectés, qui relie des millions d'ordinateurs et autres terminaux entre eux⁴². Le nombre de ses utilisateurs est en constante augmentation. Au 30 juin 2012, il a été évalué à plus de 2,4 milliards, soit plus du tiers de la population mondiale⁴³, dont plus de 6,4 millions en Suisse⁴⁴.

Outre le *World Wide Web*, le réseau Internet offre notamment les services suivants :

- l'émulation de terminal *Telnet*⁴⁵,
- la messagerie électronique⁴⁶,
- le transfert de fichiers FTP⁴⁷, et

³⁸ <<http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/Internet/125060>>. A propos d'Internet et de son fonctionnement, voir notamment Newton, 2013, p. 645 ss.

³⁹ Voir Newton, 2013, p. 151. Pour un historique détaillé du développement d'Internet, voir Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 7 ss, Klett p. 18 ss et réf. citées, Ott, Linking, p. 38 ss, Poenig p. 9 ss, Zakon, ainsi que les ressources disponibles à l'adresse <<http://www.isoc.org/internet/history>>.

⁴⁰ En d'autres termes, il ne dépend pas d'une administration ou d'un ordinateur central. Voir aussi Bühler p. 7 s.

⁴¹ Voir Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 8.

⁴² D'où la qualification de « réseau des réseaux » qu'on lui donne souvent.

⁴³ Voir <<http://www.internetworldstats.com/stats.htm>>.

⁴⁴ Voir <<http://www.internetworldstats.com/europa2.htm#ch>> (au 31 décembre 2011).

⁴⁵ Voir Bühler p. 16, Klett p. 23, Newton, 2013, p. 1179, Ott, Linking, p. 41.

⁴⁶ Voir Bühler p. 13 s., Dechilly p. 75 s., Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 26 ss, Klett p. 23 s., Poenig p. 32 s.

⁴⁷ Voir Bühler p. 15, Klett p. 22 s., Newton, 2013, p. 536, Ott, Linking, p. 41 et nbp 28,

- les *Usenet News*⁴⁸.

1.2. Le World Wide Web

Le World Wide Web a été développé dès 1989, notamment par Tim Berners-Lee, pour le compte de l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN)⁴⁹.

Etroitement associé au développement d'Internet, dont il constitue un mode d'utilisation⁵⁰, le *World Wide Web* a permis de le rendre accessible au grand public⁵¹.

Il se définit comme « un système fondé sur l'utilisation de l'hypertexte⁵², qui permet la recherche d'information dans Internet, l'accès à cette information et sa visualisation »⁵³. On le désigne souvent en français par l'unique terme « *web* », par le terme « toile »⁵⁴, ou encore par les abréviations WWW ou W3. L'organisme développant les standards du *web* est le *World Wide Web Consortium*⁵⁵, souvent désigné par l'abréviation W3C.

Le *web* fonctionne en mode « client-serveur » sur Internet⁵⁶ : un « client » émet une requête vers un « serveur » et lui demande la transmission d'un document. Le serveur reçoit la demande et envoie les fichiers au client. Les clients et les serveurs *web* dialoguent en utilisant un protocole de communication spécifique, le protocole HTTP⁵⁷.

Pour accéder au *web*, il faut donc disposer d'un logiciel client⁵⁸, qu'on nomme « navigateur »⁵⁹. Les trois navigateurs les plus utilisés⁶⁰ sont *Mozilla*

48 Poenig p. 36 s., Stadler, Internet, n. 6.
Usenet News est un « service de discussion asynchrone mondial » (Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 124). Sur ce service, voir Bühler p. 14 s., Klett p. 24 s., Markowitch p. 60 s., Newton, 2013, p. 1247, Ott, Linking, p. 41, Poenig p. 33 s., Schwartzmann p. 3 s., Stadler, Internet, n. 5, Thoumyre, Internet, p. 16.

49 Voir Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 20, Newton, 2013, p. 197 s. Voir aussi, sur le *web*, Klett p. 20 ss, Newton, 2013, p. 645 s. et 1316, Ott, Linking, p. 41 ss, Poenig p. 28 ss.

50 Voir Ott, Linking, p. 41, Tercier/Roten n. 1302.

51 Le *web* a été officiellement ouvert au public en avril 1993 (voir <<http://cds.cern.ch/record/1164399>>).

52 Sur la notion d'« hypertexte », voir chiffre 2.1. ci-dessous.

53 Newton, 2000, p. 695.

54 Newton, 2000, p. 695, Tercier/Roten n. 1302.

55 <<http://www.w3c.org>>

56 Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 20.

57 *Hypertext transfer protocol*, Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 20, Newton, 2013, p. 646.

58 Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 20.

59 Il est également appelé « butineur », « explorateur » ou « fureteur » en français, ou

*Firefox*⁶¹, l'*Internet Explorer*⁶² et *Google Chrome*⁶³.

Les navigateurs peuvent également gérer d'autres protocoles de communication, autorisant les services de messagerie électronique, de transfert de fichiers FTP, ou encore d'*Usenet News*⁶⁴.

Chaque ressource accessible sur le *web* est désignée par une adresse URL⁶⁵ unique⁶⁶.

1.3. Page *web*

Une page *web* peut se définir pragmatiquement comme l'« unité de consultation du World Wide Web »⁶⁷.

Le format standard d'écriture des pages *web* est le langage HTML⁶⁸. Il définit le contenu textuel, les hyperliens, l'apparence et la structure de la page qu'il code, et est interprété par le navigateur lors de son affichage⁶⁹.

Il indique également au navigateur l'URL des ressources qu'il doit télécharger pour les faire apparaître sur la page consultée lorsqu'il l'affiche⁷⁰, et lui donne l'instruction de les télécharger⁷¹. Puisque chaque ressource est

60 « *browser* » en anglais. Voir à ce propos Newton, 2013, p. 229.
61 Voir <<http://www.openlog.fr/blog/navigateurs-internet-plus-utilises>>.
62 <<http://www.mozilla.org/en-US/firefox/new>>
63 <<http://windows.microsoft.com/fr-ch/internet-explorer/download-ie>>
64 <<https://www.google.com/intl/fr/chrome/browser>>
65 Voir aussi Ghernaouti – Hélie/Dufour p. 21.
66 *Uniform resource locator*.
67 Par exemple, l'URL de la page d'accueil du site de l'Université de Neuchâtel est <<http://www2.unine.ch>>. Sur les adresses URL, voir aussi Larrieu p. 41 s., Newton, 2013, p. 1245, Ott, Linking, p. 42, Tercier/Roten n. 1304.
68 <<http://www.adproxima.fr/glossaire-207-la-page-web.html>>
69 *Hypertext markup language*. Il s'agit d'une application pour le *web* du langage général SGML (*standard generalized markup language*, ISO 8879). La dernière version en vigueur du langage HTML est la version 4.01, établie par la recommandation du *World Wide Web Consortium* (ou W3C) du 24 décembre 1999, disponible à l'adresse <<http://www.w3.org/TR/html401>>. Le HTML 5 est en cours de développement (voir <<http://www.w3.org/TR/html5>> et <<http://www.w3.org/2012/12/html5-cr>>). Sur le HTML, voir notamment Newton, 2013, p. 606.
70 Voir Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 21.
71 Il peut notamment s'agir d'images et de sons.
Souvent, le terme « téléchargement » est utilisé pour désigner tant le transfert d'une ressource d'un ordinateur local vers l'Internet (*uploading*) que l'inverse (*downloading*). Dans ce travail, pour éviter toute confusion, nous viserons par ce terme spécifiquement l'opération de *downloading*, et utiliserons l'expression de « chargement sur un serveur » pour désigner l'opération d'*uploading*.

identifiée par une adresse URL⁷², on peut intégrer sur une page des ressources provenant de n'importe quel serveur *web*, pour autant qu'elles soient librement accessibles au public.

Le créateur d'un site peut donc faire figurer sur sa page des ressources provenant soit de son propre serveur, soit d'un serveur tiers.

1.4. Site *web*

La notion de *site web* est susceptible d'être définie de plusieurs façons différentes, et fait souvent l'objet de malentendus⁷³.

Dans le cadre de ce travail, nous définirons un site *web* comme un ensemble de pages *web* reliées entre elles, appartenant à un même domaine⁷⁴ et gérées, en principe, par une même personne physique ou morale.

2. Hyperliens

2.1. Hypertexte et hypermédia

L'hypertexte se définit comme une « technique » ou un « système permettant, dans une base documentaire de textes, de passer d'un document à un autre selon des chemins préétablis ou élaborés lors de la consultation »⁷⁵.

L'hypermédia est une « technique » ou un « système permettant, dans un système documentaire multimédia, de passer d'un document à un autre selon des chemins préétablis ou élaborés lors de la consultation »⁷⁶.

La possibilité de consulter une information de manière non-séquentielle n'est pas apparue avec Internet. Les renvois figurant dans les notes de bas de page d'un livre, par exemple, constituent déjà une forme d'hypertextualité⁷⁷.

⁷² Voir chiffre 1.2. ci-dessus.

⁷³ Voir à ce sujet <<http://www.spiderlaws.blogspot.ch/2007/05/quest-ce-quun-site-internet.html>>.

⁷⁴ Sur les noms de domaines, voir Tercier/Roten n. 1304, Widmer/Bähler, Internet, p. 25 ss.

⁷⁵ <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/hypertexte/41106>>

⁷⁶ <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/hyperm%C3%A9dia/41055>>. Voir aussi, sur l'hypermédia, Newton, 2013, p. 609.

⁷⁷ Voir aussi, sur l'hypertextualité, Appl/Bauer p. 180 s., Carrière p. 469 ss, Newton, 2013, p. 609 s., Recommandation hyperliens p. 7.

2.2. Notion

Sur Internet, un hyperlien peut se définir comme une connexion reliant des ressources accessibles sur le réseau^{78,79}.

Traditionnellement, un hyperlien relie un point d'origine et un point d'arrivée⁸⁰.

Son point d'origine peut se trouver sur une page *web* ou sur d'autres types de documents, comme un serveur *Usenet* ou un courriel⁸¹. Son point d'arrivée peut être une page *web* ou tout autre type de document accessible sur Internet.

Un hyperlien se caractérise par un code⁸² et, lorsqu'il est activable⁸³, par un pointeur⁸⁴.

2.3. Techniques de liaison

2.3.1. Liens activables et automatiques

Un lien activable nécessite une action de l'utilisateur⁸⁵ pour que la ressource qu'il référence soit affichée. Au contraire, sur le *web*, un lien automatique s'active sans action spécifique de l'utilisateur⁸⁶, suite à l'affichage de la page sur laquelle il figure par le navigateur de l'utilisateur.

⁷⁸ Voir aussi Appl/Bauer p. 180 ss et réf. citées, et Newton, 2013, p. 609, Recommandation hyperliens p. 12, Recommandation HTML point 12.1, Salvadé, responsabilité, p. 80. Féral-Schuhl (n. 121.11) cite d'autres définitions.

⁷⁹ Les terminologies d'« hyperlien » et de « lien » sont les plus utilisées en langue française. Certains auteurs utilisent, de manière imprécise, l'expression de « lien hypertexte », ce qui pourrait faire croire à tort que les liens ne référencent que du texte (voir Recommandation hyperliens p. 12). En anglais et en allemand, on utilise en général les termes de « *link* » ou d'« *hyperlink* ».

⁸⁰ Voir toutefois chiffre 2.8.2. ci-dessous.

⁸¹ Dans notre étude, nous traiterons du cas général des liens figurant sur des pages *web*, publiées en libre accès. Les liens figurant sur d'autres types de ressources s'analysent d'une manière similaire en droit d'auteur, mais peuvent être couverts par l'exception d'usage privé, suivant les cas, s'ils figurent sur une ressource à accès limité. Sur l'exception d'usage privé, voir deuxième partie, section 3, chiffre 3.

⁸² Voir chiffre 2.5. ci-dessous.

⁸³ Voir chiffre 2.3.1. ci-dessous.

⁸⁴ Voir chiffre 2.6. ci-dessous.

⁸⁵ Par exemple un « clic » de souris.

⁸⁶ Recommandation hyperliens p. 13.

2.3.2. Liens internes et externes

Un lien est interne lorsqu'il associe deux ressources figurant dans la même « collection de ressources »⁸⁷. Un lien externe associe deux ressources appartenant à des « collections de ressources » différentes⁸⁸.

Ainsi définie, la notion apparaît relative, puisque selon la collection de ressources prise en compte, un même lien peut être à la fois considéré comme interne et externe⁸⁹.

Sur le *web*, on qualifie traditionnellement d'« externe » un lien établi sur une page *web* ne faisant pas partie du site sur lequel il figure⁹⁰.

Nous traiterons exclusivement des liens externes dans le cadre de notre étude, les liens internes ne soulevant en principe pas de problème juridique particulier en droit d'auteur⁹¹.

2.3.3. Liens simples et profonds

Un lien simple se définit comme un « lien vers l'un des points d'entrée désigné d'une collection de ressources »⁹².

Un lien profond est un « lien vers toute ressource autre que l'un des points d'entrée désigné de la collection de ressources à laquelle elle appartient »⁹³.

⁸⁷ Le Forum des droits sur l'internet définit une collection de ressources comme un « ensemble de contenus de nature variée (image, son, texte, vidéo, logiciel, etc.) ayant une cohérence entre eux et gérés par une même entité » (voir Recommandation hyperliens p. 13).

⁸⁸ Recommandation hyperliens p. 13.

⁸⁹ Par exemple, un lien figurant sur une page du site du Département fédéral de justice et police (<<http://www.ejpd.admin.ch>>) et renvoyant à une page du Département fédéral de l'intérieur (<<http://www.edi.admin.ch>>) est externe en ce sens qu'il figure sur une page du domaine *ejpd.admin.ch* et renvoie à une page du domaine *edi.admin.ch*, mais interne en ce sens qu'il lie deux ressources figurant sur le domaine *admin.ch*.

⁹⁰ Voir notamment Strowel/Hanley nbp 10.

⁹¹ Ils peuvent dans certaines circonstances constituer des actes de concurrence déloyale.

⁹² Recommandation hyperliens p. 13. Le lien simple est également appelé « lien en surface » (Salvadé, responsabilité, p. 80, Strowel, Google, p. 119, Strowel/Ide p. 17) ou, en anglais et en allemand, « *surface link* » (Aplin p. 148, Appl/Bauer p. 181, Bühler nbp 1409, Dittrich n. 4, Glöckner p. 31, Ott, Linking, p. 48, Nolte, Links, p. 545, Schulze, Kommentar, n. 14 ad § 16, Stadler, Internet, n. 191, Strowel/Hanley p. 72, Weber, Recht, p. 229) ou « *outlink* » (BK Zurich, 10.09.2002, JurPC Web-Dok. 337/2002, n. 125, Brunner p. 7, Vögeli p. 59).

⁹³ Recommandation hyperliens p. 13. On parle aussi de « lien intérieur » (Barrelet p. 58, Gilliéron, hyperliens, p. 756). En anglais et en allemand, la qualification de « *deep*

Sur Internet, le point d'entrée d'un site *web*, qui peut à certains égards se comparer à la page de titre d'un livre⁹⁴ ou à la première page d'un journal, est traditionnellement qualifié de « page d'accueil », ou « *homepage* »⁹⁵. Un lien simple est établi sur la page d'accueil du site référencé, tandis qu'un lien profond renvoie à toute autre page⁹⁶, souvent qualifiée de « page intérieure »⁹⁷.

La distinction entre « page d'accueil » et « page intérieure » n'est pas toujours aisée, en ce sens qu'elle est purement subjective, et ne repose sur aucun critère technique. La « page d'accueil » d'un site est celle que son titulaire considère comme le « point d'entrée » de son site⁹⁸.

2.4. Modes de présentation d'une ressource liée

Sur le *web*, trois modes de présentation d'une ressource liée sont pratiqués à l'heure actuelle⁹⁹. Elle peut apparaître :

- en remplacement de la ressource liante,
- dans une nouvelle fenêtre (ou un nouvel onglet) du navigateur, ou
- dans un cadre¹⁰⁰, un emplacement spécifique de la ressource liante¹⁰¹ ou en

link » s'est imposée (voir Altenburger p. 7, Aplin p. 148, Appl/Bauer p. 181, Brunner p. 7, Bühler nbp 1409, Cottier, liens, p. 1, Dittrich n. 4, Glöckner p. 31, Häuptli p. 178, Hilty, Zulässigkeit, p. 128, Joppich p. 504, Müller p. 40, Newton, 2013, p. 378, Ott, Linking, p. 48, Sosniza p. 693, Strowel/Hanley p. 73, Vögeli p. 59, Weber, Recht, p. 229).

⁹⁴ Voir aussi Cottier, droit, p. 146.

⁹⁵ Stadler, Internet, n. 191.

⁹⁶ Voir aussi Cottier, liens, p. 1.

⁹⁷ Voir Salvadé, responsabilité, p. 80.

⁹⁸ La notion dépend aussi du domaine considéré. Par exemple, la page <<http://www2.unine.ch/droit>> est la page d'accueil du site de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, mais une page intérieure du site <<http://www2.unine.ch>>.

⁹⁹ Voir Recommandation hyperliens p. 13.

¹⁰⁰ On parle alors de « cadrage » (Barrelet p. 58, Cottier, liens, p. 1, Gilliéron, hyperliens, p. 756, Salvadé, responsabilité, p. 80, Strowel, Google, p. 119), ou de « *framing* » (Akdeniz p. 283, Aplin p. 148 s., Altenburger p. 7, Bühler p. 226, Cottier, liens, p. 1, Dittrich n. 4, Häuptli p. 178, Glöckner p. 33, Klett p. 189, Ott, Linking, p. 49, Salvadé, responsabilité, p. 80, Schapiro/Jenssen p. 665, Vögeli p. 60, Weber, Recht, p. 230). Sur les aspects techniques du cadrage, voir notamment Burmeister p. 22 ss, Ott, Linking, p. 49 ss. Sur les problèmes posés par ce type de référencement, voir notamment Altenburger p. 7 s., Tucker n. 51 ss. Nous rattacherons dans ce travail au cadrage les liens qui font apparaître le site référencé sous l'adresse URL du lieu. Pour un exemple de cadrage activable d'une page *web*, voir <[http://www.linksandlaw.de/decisionofthe week.htm](http://www.linksandlaw.de/decisionoftheweek.htm)>.

¹⁰¹ On parle alors en général d'« insertion » (Gilliéron, hyperliens, p. 757, Salvadé, responsabilité, p. 80), parfois de « lien par insertion », ou de « lien par inclusion »

diffusion simultanée¹⁰². On qualifie ces techniques de « transclusions »¹⁰³.

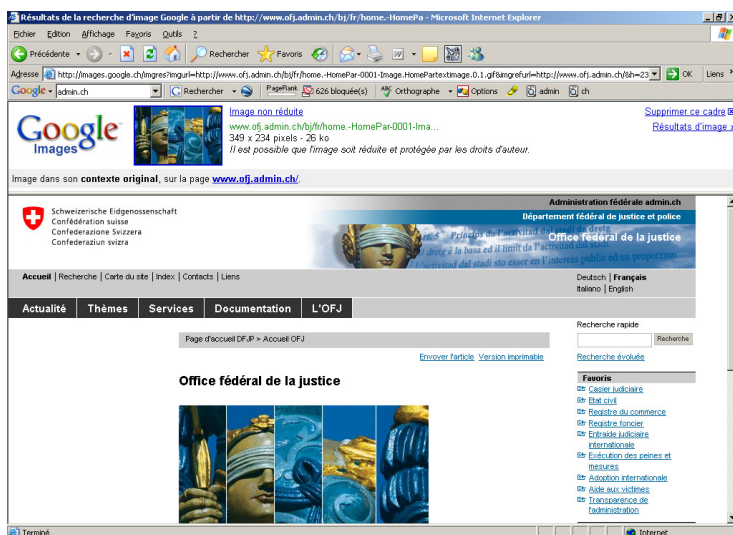
(Strowel, Google, p. 119 s.). En anglais et en allemand, ce mode de présentation est principalement désigné par l'expression « *inline linking* » (Akdeniz p. 282, Altenburger p. 8 s., Aplin p. 148, Brunner p. 7, Bühler p. 225 s., Cottier, liens, p. 1, Dittrich n. 4, Glöckner p. 33, Häuptli p. 178, Klett p. 186, Müller p. 40 s., Ott, Linking, p. 49, Salvadé, responsabilité, p. 80, Schapiro/Jenssen p. 665, Schweizer, Links, p. 249, Vögeli p. 59 s., Völtz, Links, p. 110, Weber, Recht, p. 230, Zimmerling/Werner p. 71). On parle parfois d'« *IMG-Linking* » (Brunner p. 7, Garrote p. 185, Koch, Internet, p. 45, Tucker n. 23, Vögeli p. 59 s. ; voir aussi, critique, Altenburger p. 9). Les termes de « lien profond » (ou « *deep link* », Burmeister p. 21, Koch, Internet, p. 45 s.) et de « lien automatique » (ALAI p. 2, Strowel, Google, p. 119 s.) sont parfois utilisés, à tort, pour désigner les insertions (et parfois le cadrage). Les auteurs anglophones et germanophones utilisent souvent l'expression d'« *embedded link* » (voir Garrote p. 185, Müller p. 40, Ott, Haftung, p. 557, Schapiro/Jenssen p. 665, Stadler, Internet, n. 150 s., Strowel/Hanley p. 73, Zimmerling/Werner p. 71 ; voir aussi Newton, 2013, p. 459), selon la terminologie employée par Berners-Lee (voir Berners-Lee, law), pour désigner les insertions, alors que d'autres visent par ces termes les liens automatiques en général. Dans ce travail, nous avons utilisé chaque source dans le sens qui nous a paru correspondre à celui qu'a cherché à exprimer le contributeur considéré. Pour une présentation plus détaillée des insertions, voir notamment Altenburger p. 8 s., Appl/Bauer p. 181 s., Glöckner p. 32 s., Strowel/Hanley p. 73, Völtz, Links, p. 110.

¹⁰²

¹⁰³

Si la ressource est un fichier sonore.

Voir notamment, employant la même terminologie, Recommandation hyperliens p. 13, Rojinsky, hyperliens, Salvadé, responsabilité, p. 81. Une transclusion peut porter sur une page *web* ou sur tout autre type de ressource disponible sur le *web*. Nous n'y assimilerons pas dans ce travail l'intégration sur une page d'un navigateur dans son entier, qui ne pose en principe pas de problème particulier. Nous ne traiterons pas non plus du cas particulier de l'attribut *Cross-Origin* (voir Recommandation Cross-Origin), qui est une méthode permettant d'effectuer des transclusions de ressources, qui doivent impérativement avoir été préalablement autorisées par le *webmaster* du site sur lequel les ressources figurent, et sont de ce fait en règle générale licites en droit d'auteur (voir aussi, à ce sujet, Völtz, Standard, p. 621).



Exemple de cadrage de la page d'accueil du site de l'Office fédéral de la justice par *Google*, suite à une recherche effectuée au moyen du service « *Google images* ». Le logo du lieu apparaît dans le coin supérieur gauche de la page, et la page référencée est affichée sous le nom de domaine du lieu. Capture d'écran réalisée le 4 septembre 2006 (*Google* a modifié sa manière de procéder depuis).

2.5. Code d'un hyperlien

Sur une page *web* écrite en langage HTML, un hyperlien se crée par la saisie d'une commande ayant pour fonction d'indiquer au navigateur le renvoi vers une ressource précise. Techniquement, un lien n'est donc qu'une ligne de code HTML comprenant l'URL de la ressource référencée¹⁰⁴.

Lorsque l'adresse URL mentionnée dans le code d'un hyperlien ne correspond à aucune ressource, soit parce que l'adresse est erronée *ab initio*, soit en raison de la suppression, de l'indisponibilité temporaire¹⁰⁵ ou du changement d'adresse de la ressource référencée, l'activation du lien aboutit à une erreur¹⁰⁶.

¹⁰⁴ La structure de base du code d'un hyperlien est la suivante : `pointeur` (voir Glöckner p. 29 s., Ott, Linking, p. 47 s., Recommandation hyperliens p. 11). Sur la notion de pointeur, voir chiffre 2.6.1. ci-dessous.

¹⁰⁵ Par exemple en raison d'une panne de serveur.

¹⁰⁶ Le navigateur affiche souvent la célèbre « erreur 404 ». Voir à ce propos Ott, Linking, p. 122, `<http://www.linksandlaw.de/suchmaschinen-lexikon-fehlerseiten.htm>`, et `<http://www.pcentraide.com/index.php?showtopic=99>`.

Un lien qui ne permet l'affichage d'aucune ressource est souvent qualifié de « lien brisé »¹⁰⁷, ou de « lien mort »¹⁰⁸. On utilise également le terme de « fossilisation »¹⁰⁹. Les liens brisés sont fréquents sur le *web*¹¹⁰.

Le code d'un hyperlien n'est pas directement visible lors de l'affichage d'une page *web*. On peut le visualiser en affichant le code source de la page *web* sur laquelle il figure¹¹¹.

2.6. Pointeur d'un lien activable

2.6.1. Définition

On qualifie de « pointeur » l'apparence visuelle d'un hyperlien¹¹². Elle est entièrement indépendante de la fonction technique du lien, et sa seule utilité est de nature indicative : elle informe l'utilisateur qu'il est en présence d'un lien¹¹³ et, en principe, sur quelle ressource ce lien est censé renvoyer. L'une des conséquences en est que la ressource qu'un lien paraît désigner ne correspond pas nécessairement à celle qu'il référence en réalité. Nous qualifierons dans notre étude de « conformes » les liens qui renvoient effectivement à la ressource que désigne leur pointeur¹¹⁴.

Le pointeur d'un lien peut être accompagné d'un texte supplémentaire s'affichant lorsque le curseur de la souris se situe sur lui¹¹⁵.

¹⁰⁷ Ou « *broken link* ».

¹⁰⁸ Ou « *dead link* » (Carrière p. 486). On rencontre également parfois la qualification de « lien périmé » (voir par exemple <<http://www.cb-cda.gc.ca/notices-avis-f.html>>, partie « Avis concernant l'établissement d'hyperliens »).

¹⁰⁹ Voir Carrière p. 485.

¹¹⁰ Il y a une quinzaine d'années, une étude aurait permis d'évaluer qu'en moyenne, une page ne reste atteignable sous la même URL que 75 jours (voir réf. citée par Euler n. 4).

¹¹¹ Les rubriques à sélectionner dépendent du navigateur utilisé. Dans l'*Internet Explorer 10*, par exemple, il faut sélectionner, sous « Affichage », la rubrique « Source ». L'adresse URL référencée par le lien peut être visualisée en plaçant le curseur sur son pointeur (voir chiffre 2.6.1. ci-dessous), puis en cliquant sur le bouton droit de la souris, puis sur l'option « Propriétés ».

¹¹² Voir Recommandation hyperliens p. 11, Strowel, Google, p. 119, Strowel/Hanley p. 72, Strowel/Ide p. 15.

¹¹³ En principe, un lien provoque une modification du curseur lorsque ce dernier passe sur son pointeur. Dans l'*Internet Explorer 10*, par exemple, le curseur, habituellement en forme de flèche oblique, prend une forme de main lorsqu'il se trouve sur le pointeur d'un hyperlien.

¹¹⁴ La problématique de l'admissibilité des liens non-conformes en droit d'auteur sera traitée dans la troisième partie de notre travail, section 3.

¹¹⁵ On qualifie cette technique d'effet « *mouseover* ».

2.6.2. Liens verbaux

Nous qualifierons dans notre étude de « lien verbal » un lien dont le pointeur consiste en un élément textuel.

Le texte du pointeur se différencie en général du reste du texte de la page *web* sur laquelle figure le lien par un soulignement, ou encore par une police et/ou une couleur spécifiques.

2.6.3. Liens visuels

On qualifiera de « lien visuel » un hyperlien dont le pointeur est une ressource de type « image »¹¹⁶.

Pour établir un tel lien, le *webmaster*¹¹⁷ d'un site doit indiquer dans son code le nom de la ressource qui en constituera le pointeur¹¹⁸.

2.7. Les conséquences de l'activation d'un lien

L'activation d'un lien référençant une page *web* entraîne son affichage à l'écran de l'ordinateur de l'utilisateur.

Cette consultation provoque plusieurs copies sur le système de l'utilisateur et chez les intermédiaires¹¹⁹.

Chez l'utilisateur, elle entraîne une copie en mémoire RAM^{120,121}, et peut également provoquer une copie en mémoire cache¹²², suivant la configuration

¹¹⁶ Par exemple une photographie, un dessin, un logo, ou tout autre type d'élément visuel. Même un simple point peut faire office de pointeur.

¹¹⁷ Ce terme désigne le responsable d'un site *web* (voir Ghernaouti-Hélie/Dufour p. 125).

¹¹⁸ Par exemple, un lien référençant le site de l'Université de Neuchâtel à partir de son logo pourrait se coder ainsi : `` (voir aussi Recommandation hyperliens p. 12). Si la ressource se trouve sur le serveur d'un tiers, son URL doit être indiquée dans le code du lien, qui constituera alors une insertion (voir chiffre 2.4. ci-dessus).

¹¹⁹ Voir Bu, Internet, p. 149 ss, Bühler p. 159 ss, de Werra, contenus, p. 62 s., Reinstadler n. 17 ss, Verbiest/Wéry, copies, p. 87 ss.

¹²⁰ *Random access memory* (mémoire à accès aléatoire). On parle de mémoire vive pour désigner cette mémoire, qui peut être lue et écrite et qui doit rester sous tension pour conserver les informations, à l'opposé des mémoires de type ROM (*read only memory*). Voir Newton, 2013, p. 980 et 2000, p. 579.

¹²¹ Voir Bu, Internet, p. 149, de Werra, contenus, p. 62, Glöckner p. 29, Häuptli p. 166, Reinstadler n. 16 s., Verbiest/Wéry, copies, p. 88.

¹²² La mémoire cache est la « zone de stockage temporaire des données fréquemment utilisées par le système. [...] L'utilisation d'un cache accélère le fonctionnement du

de son navigateur¹²³.

Les copies RAM sont effacées dès qu'elles sont remplacées par de nouvelles données, en principe lorsque la capacité de la mémoire est remplie, mais au plus tard lors de l'extinction de l'ordinateur¹²⁴.

La durée de l'archivage en mémoire « cache » varie selon le volume de données téléchargées et selon la configuration du navigateur de l'utilisateur¹²⁵.

Chez les fournisseurs de services Internet, la consultation entraîne également la confection de copies éphémères, « liées à la transmission de fichiers et à l'acheminement de l'information sur les réseaux numériques »¹²⁶, et de copies dites « proxy » ou « serveurs mandataires »¹²⁷, « permettant de mettre à jour régulièrement les pages Web les plus consultées par un groupe d'internautes, raccourcissant ainsi le temps d'accès à ces pages consultables en différé, et réduisant le trafic sur le réseau »¹²⁸.

La durée d'une copie *proxy* est déterminée par le fournisseur. Elle dépend notamment de la capacité de stockage de son serveur¹²⁹.

2.8. Les *XLinks*

2.8.1. Limites des liens HTML

Les liens HTML sont la cause de l'expansion phénoménale qu'a connue la *web* depuis sa création. Apparus comme révolutionnaires dans un premier temps, ils se sont vite révélés insuffisants avec l'évolution des possibilités offertes par le réseau et du nombre d'utilisateurs, pour plusieurs motifs.

système en réduisant le temps d'accès aux données requises » (Newton, 2000, p. 116). Il s'agit de la « zone utilisée par l'Explorateur et par d'autres programmes en ligne pour enregistrer les sites visités » (Newton, 2000, p. 115). Sur la mémoire cache, voir aussi Newton, 2013, p. 247.

¹²³ Voir Bu, Internet, p. 150, Glöckner p. 29, Häuptli p. 166, Reinstadler n. 17, Verbiest/Wéry, copies, p. 88 s. Les principaux navigateurs permettent un mode de navigation « privée », sans copie en mémoire cache. Dans l'*Internet Explorer*, par exemple, cette fonction est appelée *InPrivate* (voir <<http://windows.microsoft.com/fr-CH/internet-explorer/products/ie-9/features/in-private>>).

¹²⁴ Bu, Internet, p. 149, Reinstadler n. 18.

¹²⁵ Voir UKSC, 17.04.2013, [2013] UKSC 18, n. 2, Verbiest/Wéry, copies, p. 89.

¹²⁶ Verbiest/Wéry, copies, p. 87. Voir aussi Bu, Internet, p. 149, de Werra, contenus, p. 63.

¹²⁷ Verbiest/Wéry, copies, p. 88.

¹²⁸ Newton, 2000, p. 559. Voir aussi Bu, Internet, p. 150 s., de Werra, contenus, p. 65, Häuptli p. 183 s., Klett p. 124, Lavanchy p. 52, Newton, 2013, p. 956 s., Reinstadler n. 20, Verbiest/Wéry, copies, p. 88.

¹²⁹ Bu, Internet, p. 150 s.

Notamment, ils sont statiques, et, par conséquent, brisés par toute modification des adresses URL qu'ils référencent¹³⁰.

En outre, les liens HTML sont purement unidirectionnels, en ce sens qu'ils ne laissent aucune « trace » dans le code HTML du site référencé : après l'activation d'un lien et lorsque le site lié s'affiche en remplacement de la ressource liante dans le navigateur de l'utilisateur, le seul moyen de revenir au site d'origine est de saisir son URL dans la barre d'adresses du navigateur ou d'activer la fonction de retour à la page précédente¹³¹, ce qui n'est pas pratique et de surcroît pas toujours possible¹³².

2.8.2. Définition et caractéristiques¹³³

Un lien *XLink* se définit comme « une relation explicite entre ressources ou portions de ressources »¹³⁴.

Les *XLinks* sont une version améliorée des liens HTML¹³⁵. Ecrits en langage XML¹³⁶, ils peuvent être codés pour avoir les mêmes caractéristiques que ces liens¹³⁷, ou permettre, notamment :

- de référencer plusieurs sites de destination¹³⁸,

¹³⁰ Voir chiffre 2.5. ci-dessus. Teasdale illustre bien la situation en comparant les liens HTML à un classement en bibliothèque qui reviendrait à dire « ce livre sera classé au 3e étage, 2e rangée, 4e tablette et à la quatorzième position à partir de la droite ». La moindre modification de l'emplacement du livre désigné entraînera l'impossibilité de le retrouver, et c'est selon ce mode de classement primitif que fonctionnent les hyperliens codés en HTML.

¹³¹ La flèche pointant vers la gauche située en haut à gauche de la page dans l'*Internet Explorer 10*.

¹³² Certains sites sont conçus de manière à empêcher tout retour au site du lieu, pour « contraindre » le visiteur à rester sur leur domaine.

¹³³ Voir également les ressources référencées à l'adresse <<http://www.linksandlaw.com/technicalbackground-xml-linking.htm>>.

¹³⁴ Recommandation XLink ch. 2.1 (« *an XLink link is an explicit relationship between resources or portions of resources* »). Sur ces liens, voir notamment Ott, Linking, p. 120 s.

¹³⁵ Voir notamment Maler.

¹³⁶ *Extensible markup language*. Les recommandations relatives au XML sont disponibles à l'adresse <http://www.w3.org/standards/techs/xml#w3c_all>. Sur le XML, voir aussi <<http://www.w3.org/XML>>, <<http://www.w3.org/standards/xml/core>>, ainsi que Dechilly p. 89 ss, Leroy, Muller n. 1 ss, Müntz p. 149 s., Newton, 2013, p. 1326, Wilde/Lowe p 71 ss.

¹³⁷ On les qualifie alors de « *simple links* » (voir Recommandation XLink ch. 5.2).

¹³⁸ Voir Recommandation XLink ch. 5.1, Ulbricht/Meuss p. 163. On peut ainsi attribuer à un objet une série de liens, créant ainsi de véritables bases de liens.

- de créer des liens bidirectionnels, soit des liens pouvant être activés dans n'importe quel sens¹³⁹, et
- d'annoter des documents, en affichant des liens sur des pages dont le lieu n'est pas titulaire¹⁴⁰.

A l'heure actuelle, sur le *web*, les *XLinks* sont encore, à notre connaissance, essentiellement utilisés de la même manière que les liens HTML, et ne posent donc pas de question juridique nouvelle par rapport à eux, à l'exception des « liens contextuels ».

2.8.3. Liens contextuels

2.8.3.1. Introduction

Plusieurs sociétés, en utilisant notamment les possibilités offertes par les *XLinks*, ont développé des applications permettant d'ajouter visuellement, de manière automatisée, des liens aux pages consultées sur Internet.

Ces liens, qui s'associent à un ou plusieurs mots définis sur les pages consultées, seront qualifiés dans notre travail de « liens contextuels ».

L'objet de cette partie de notre étude est de présenter quelques-unes des applications fournissant ce type particulier de liens.

2.8.3.2. Les Smart Tags et les Accelerators de l'Internet Explorer

S'inspirant de la technologie des *XLinks*, *Microsoft* a développé des *Smart Tags*, qui devaient initialement être inclus dans la sixième version de l'*Internet Explorer*. Ces « balises intelligentes » auraient permis à cette société et à ses partenaires d'insérer visuellement leurs propres liens sur toute page visualisée au moyen de ce navigateur¹⁴¹.

Ce procédé ayant donné lieu à de vives contestations sur Internet¹⁴², à des plaintes émanant de plusieurs pays et même à une question écrite adressée par un Parlementaire à la Commission européenne en décembre 2001¹⁴³, *Microsoft*

¹³⁹ Voir Recommandation XLink ch. 2.2, Ulbricht/Meuss p. 163.

¹⁴⁰ Voir Maler, Ott, Linking, p. 121, Ulbricht/Meuss p. 163, Wilde/Lowe p. 59 ss.

¹⁴¹ Voir Kaminski, Mitchell. Sur les *Smart Tags* et sur leur fonctionnement, voir Ulbricht/Meuss p. 162 ss.

¹⁴² Voir notamment Kaminski.

¹⁴³ Question écrite E-3430/01 posée par Erik Meijer à la Commission, 21.12.2001, JO C 172 E du 18.07.2002, p. 60 s.

a renoncé à inclure les *Smart Tags* dans l'*Internet Explorer*¹⁴⁴.

Dans la huitième version de son navigateur, *Microsoft* a proposé une nouvelle fonction de fourniture de liens contextuels, appelée *Accelerators*¹⁴⁵.

Cette fonction, activée par défaut dans l'*Explorer*, permet de faire apparaître une icône lorsqu'un ou plusieurs mots sont mis en surbrillance par l'utilisateur. Lorsque l'icône est sélectionnée, un menu contextuel, proposant différents services, apparaît.

Par défaut, ces « accélérateurs » offrent notamment des fonctions de traduction des termes sélectionnés, de recherche de ces termes dans un moteur de recherche, ou encore de repérage sur une carte lorsque le texte mis en surbrillance correspond à un lieu géographique. D'autres accélérateurs peuvent être sélectionnés par l'utilisateur.

2.8.3.3. Barres d'outils et plugins

Dans la troisième version de sa barre d'outils¹⁴⁶, *Google* a proposé une fonction *Autolink* permettant notamment d'associer à n'importe quelle adresse (aux Etats-Unis) un lien sur un plan, ou à n'importe quel code ISBN un lien sur l'ouvrage correspondant sur le site de la société *amazon*¹⁴⁷. Dans des versions ultérieures, *Autolink* a aussi permis, notamment, d'associer des liens aux adresses URL et aux adresses de messagerie électronique présentes sur les pages consultées.

Cette fonction, qui a tout comme les *Smart Tags* donné lieu à de vives critiques, ne figure plus dans la barre d'outils mise à disposition par *Google*¹⁴⁸.

Avec le téléchargement de son logiciel *Messenger*¹⁴⁹, *Yahoo* installait dans le navigateur de l'utilisateur une barre d'outils ainsi qu'un module supplémentaire, *Live Words*, affichant des liens contextuels sur les pages consultées¹⁵⁰. Cette fonction a apparemment elle aussi été retirée de

¹⁴⁴ Voir les articles disponibles aux adresses <<http://www.zdnet.fr/actualites/telecoms/0,39040748,2092876,00.htm>>, <<http://news.cnet.com/2100-1001-269167.html>> et <http://news.cnet.com/Microsoft-clips-Windows-XP-Smart-Tags/2100-1001_3-269167.html>.

¹⁴⁵ Voir <<http://windows.microsoft.com/en-us/windows7/using-accelerators-to-find-addresses-define-words-and-do-other-tasks-with-selected-text>>.

¹⁴⁶ <<http://toolbar.google.com>>

¹⁴⁷ <<http://www.amazon.com>>. Voir aussi <<http://www.linksandlaw.com/news-update28-auto-link.htm>>.

¹⁴⁸ Version téléchargée le 20 juin 2014.

¹⁴⁹ <<http://messenger.yahoo.com>>

¹⁵⁰ Voir <http://www.pcinpact.com/archive/Yahoo_et_son_Messenger_un_exces_de_zele_

l'application fournie.

Le plugin *Liquid os x*¹⁵¹ fonctionne sur le même principe que les *Accelerators* de *Microsoft*. Il permet, une fois installé, de faire apparaître un menu offrant plusieurs fonctions, notamment de recherche et de traduction, lors de la mise en surbrillance d'un ou de plusieurs mots.

2.8.3.4. Liens contextuels contractuels

Plusieurs sociétés fournissent des services d'intégration de liens contextuels, en général publicitaires, sur des sites *web*.

Dans de tels cas, l'association d'hyperliens à des mots ou groupes de mots ne découle plus de l'ajout d'un programme au navigateur de l'utilisateur, mais d'une modification touchant le site lui-même, par l'ajout d'une ligne de code.

Tel est par exemple le cas du service *w-in-text* du *Weborama*¹⁵², où l'affichage des liens se fait en fonction non seulement du contenu de la page utilisée, mais aussi d'un profilage de l'utilisateur la consultant.

Vibrant propose un service similaire¹⁵³. Les mots auxquels sont ajoutés des publicités, comprenant des hyperliens, se distinguent du reste du texte par une couleur verte et un double soulignement.

2.9. Les Hash-Links

Les *Hash-Links*¹⁵⁴ constituent un type particulier de liens, utilisés pour faciliter la localisation et le téléchargement de fichiers dans les réseaux *peer-to-peer*¹⁵⁵.

.htm>.

¹⁵¹ <<http://www.liquid.info>>. Un plugin est un « petit logiciel qui se greffe à un programme principal pour lui conférer de nouvelles fonctionnalités » (<<http://www.futura-sciences.com/magazines/high-tech/infos/dico/d/informatique-plugin-in-4235>>).

¹⁵² <<http://www.w-in-text.com>>

¹⁵³ <<http://www.vibrantmedia.com/publishers/implementation.asp>>

¹⁵⁴ Sur les autres appellations usuelles de ces liens, voir Sommer/Brinkel nbp 1.

¹⁵⁵ Sur les *Hash-Links*, voir aussi Brinkel p. 26 s., Engels, Glöckner p. 31 s., Küchler p. 207, Müller p. 44, Nordemann/Dustmann p. 382 s., Schwarzenegger p. 213 s., 237 s. et 241, Sommer/Brinkel p. 68 s. Le *peer-to-peer* est une « forme particulière d'échange sur un réseau de télécommunication dans laquelle il n'y a pas de client et de serveur mais un ensemble de machines qui interagissent en mode d'égal à égal, de poste à poste en partageant des informations » (Ghernaoui – Hélie/Dufour p. 121). Voir aussi, sur le *peer-to-peer* et les problèmes juridiques posés par ce type d'échange, *US Court of Appeals, Ninth Circuit*, 21.03.2013, 710 F.3d 1020 (1024 ss), Akester, balance, p.

Contrairement aux autres types de liens, les *Hash-Links* n'indiquent pas directement le chemin permettant d'accéder à une ressource, mais contiennent plutôt une « marque », constituant en quelque sorte la « signature » numérique de la ressource désignée.

Activés, ils provoquent l'ouverture de logiciels d'échange *peer-to-peer*¹⁵⁶ et la recherche et le téléchargement automatiques des fichiers visés, s'ils sont mis à disposition par d'autres utilisateurs.

En raison de leur fonctionnement particulier, ils ont notamment été comparés à la cote ISBN des livres¹⁵⁷.

3. Annuaire

Les annuaires sont des répertoires, répartis en général en catégories et sous-catégories de plus en plus précises, au sein desquelles sont établies, manuellement, des listes d'hyperliens renvoyant à divers sites, classés par thèmes¹⁵⁸.

Pour y figurer, le titulaire d'un site doit en général annoncer l'existence de ce dernier aux responsables de l'annuaire et solliciter son intégration, qui sera effectuée si le site en remplit les critères de sélection¹⁵⁹.

Il existe sur Internet de nombreux annuaires, tant généralistes que spécialisés¹⁶⁰.

4. Moteurs de recherche

Un moteur de recherche¹⁶¹ est un « logiciel [...] facilitant la recherche d'information sur le Web »¹⁶².

La spécificité d'un moteur de recherche réside dans le fait que les liens

373 s., Bonadio p. 621 ss, Brinkel p. 13 ss, cd-rom droit d'auteur, chap. 2.6, ch. 3, Drusc/Meier n. 11.2 ss, Fehlbaum p. 855 ss, Rehbinder, Piraterie, p. 241 ss, Schwartmann p. 9 s., Schwarzenegger p. 210 ss, Weber, Recht, p. 316 ss, Weber/Unternährer p. 1372 ss.

¹⁵⁶ Pour autant qu'une application supportant le protocole utilisé dans le code du lien soit installée sur le système de l'utilisateur.

¹⁵⁷ Glöckner p. 31, Nordemann/Dustmann p. 383.

¹⁵⁸ Voir CSPLA p. 5 s., Lavanchy p. 89, Pirlot de Corbion p. 15.

¹⁵⁹ Voir aussi Lavanchy p. 89.

¹⁶⁰ Voir Pirlot de Corbion p. 15.

¹⁶¹ Ou « *search engine* » en anglais.

¹⁶² Gheraouti-Hélie/Dufour p. 120. Sur les moteurs de recherche, voir aussi CSPLA p. 6 s., Newton, 2013, p. 1050, Tercier/Roten n. 1285 ss.

qu'il génère sont établis de manière automatique, « en ce sens que l'information n'est pas recherchée par des moyens humains mais par des robots »¹⁶³.

Après que l'utilisateur a entré un ou plusieurs mots-clés, le moteur effectue une recherche et en fournit les résultats. Le plus souvent, il liste les noms et les URL des pages référencées, en les associant à des hyperliens, et les accompagne de courts textes extraits de leur contenu¹⁶⁴.

Certains moteurs de recherche archivent également des copies du contenu des pages référencées pour permettre à l'utilisateur de les consulter à tout moment¹⁶⁵. Cette fonction est particulièrement utile pour consulter des contenus qui sont temporairement inaccessibles.

Plusieurs moteurs de recherche offrent une fonction de recherche d'images, affichées sous forme d'images après la saisie d'une requête¹⁶⁶. Certains moteurs permettent même de rechercher les sites ayant publié une image définie¹⁶⁷.

Il existe des moteurs de recherche généralistes et des moteurs spécialisés, consacrés à des thèmes spécifiques¹⁶⁸.

Les méta-moteurs, enfin, sont des moteurs qui « recherchent dans les bases de données des moteurs primaires et affinent leurs résultats selon différentes techniques dont l'indice de popularité et d'audience »¹⁶⁹.

A l'heure actuelle, *Google* détient un quasi-monopole sur le marché des moteurs de recherche : en juillet 2013, selon la société *Médiamétrie*, plus de 94 % des visites de sites mesurées issues de l'activation d'un lien fourni par un moteur de recherche ont été effectuées à l'aide de *Google*¹⁷⁰.

¹⁶³ Salvadé, responsabilité, p. 81.

¹⁶⁴ Tel est notamment le cas pour *Google*. Certains moteurs, comme *Exalead* (<<http://www.exalead.fr>>), affichent des captures d'écran en format réduit des pages trouvées (appelées images, ou *thumbnails* en anglais).

¹⁶⁵ Tel est notamment le cas de *Google* : chaque résultat est associé à un petit triangle vert qui, lorsqu'il est sélectionné, permet le plus souvent de sélectionner une option « En cache ».

¹⁶⁶ Voir notamment <<http://www.google.ch/imghp>> et <<http://www.exalead.fr/search/image>>.

¹⁶⁷ Voir par exemple <<http://www.tineye.com>>.

¹⁶⁸ Voir Salvadé, responsabilité, p. 81, Tercier/Roten n. 1286.

¹⁶⁹ Recommandation hyperliens p. 8. Voir aussi Tercier/Roten n. 1286.

¹⁷⁰ Voir <<http://www.mediametrie-estat.com/estatweb-la-mesure-web-analytics-juillet-2013>>.

5. Mesures techniques de protection contre les divers types de liens

Un *webmaster* dispose de plusieurs techniques lui permettant de se protéger contre les divers types de liens susceptibles d'être établis sur son site.

Il peut d'abord modifier l'URL des pages référencées, brisant ainsi tous les liens établis sur ces dernières¹⁷¹. Radicale, cette solution est peu pratique, notamment parce que le titulaire d'un site ne souhaite pas nécessairement supprimer tous les liens établis sur ses pages¹⁷², ou briser les signets établis par les utilisateurs¹⁷³.

Il peut également, par une configuration spécifique de son serveur¹⁷⁴ ou au moyen d'un script¹⁷⁵ :

- bloquer les liens issus d'URL définies¹⁷⁶,
- rediriger les visiteurs sur une page définie¹⁷⁷,
- subordonner l'accès à certaines de ses pages à une procédure d'identification de l'utilisateur, avec ou sans saisie d'un mot de passe¹⁷⁸, et
- empêcher la transclusion de ses ressources¹⁷⁹.

¹⁷¹ Voir chiffre 2.5. ci-dessus.

¹⁷² Voir aussi Spirig p. 275.

¹⁷³ Un signet se définit comme un « mode d'accès rapide d'un internaute à l'adresse électronique d'un site Web, préalablement stockée en mémoire dans son ordinateur » (<<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/signet/72705>>).

¹⁷⁴ Notamment, s'il utilise le serveur Apache, au moyen de fichiers *.htaccess* (voir à ce propos <<http://www.commentcamarche.net/contents/7-apache-les-fichiers-htaccess>>, ainsi que ALAI p. 8).

¹⁷⁵ Un script est un « court programme écrit généralement dans un langage spécifique », qui « décrit une succession d'actions et d'activités devant être réalisées dans un certain ordre chaque fois qu'il est exécuté » (Tittel/James p. 161 et 330 ; voir aussi Newton, 2013, p. 1046).

¹⁷⁶ Le *bozo filter*, par exemple, a été créé dans ce but (voir <<http://www.fraser.cc/utilities/Bozo/Bozo.html>>). Il permet de spécifier une liste d'adresses URL indésirables, par lesquelles on ne veut pas être lié. Voir aussi Hoeren, *Hyperlinks*, p. 5 s., Ott, *Linking*, p. 123 ss, Spirig p. 275. Il existe des services permettant au *webmaster* d'un site de connaître l'ensemble des adresses URL des pages établissant des liens sur son site (voir par exemple le site <<http://www.backlinkwatch.com>>).

¹⁷⁷ Le titulaire du site référencé peut ainsi, notamment, les rediriger sur sa page d'accueil lorsqu'ils n'ont pas accédé à la page référencée en activant un lien interne, pour se prémunir contre les liens profonds externes. Voir notamment Newton, 2013, p. 378.

¹⁷⁸ Voir CSPLA p. 76 s., Ott, *Linking*, p. 126 et <<http://www.thelin.net/laurent/labo/js/password.html>>.

¹⁷⁹ Le *webmaster* peut notamment, au moyen de fichiers *.htaccess* (s'il utilise un serveur Apache), rejeter certaines transclusions et en accepter d'autres, suivant l'identité du

On précisera enfin qu'il lui est également possible d'empêcher l'indexation de ses pages par les moteurs de recherche. La méthode la plus connue, consistant à placer un fichier *robots.txt* sur son serveur¹⁸⁰, ne constitue qu'une requête de non-indexation, qui n'est efficace que vis-à-vis des moteurs qui la respectent¹⁸¹. D'autres méthodes, plus efficaces, permettent de forcer la non-indexation de ses pages¹⁸².

lieur (voir <<http://www.hongkiat.com/blog/smarter-way-to-prevent-image-hotlinking-with-htaccess>>). Sur les techniques permettant d'empêcher les transclusions, voir aussi Conrad, *Links*, p. 307 s., ainsi que, pour le cadrage, Ott, *Linking*, p. 125, <<http://www.linksandlaw.de/Framing6.htm>> et réf. citées, <<http://www.linksandlaw.com/technicalbackground-howtostoplinkstoyoursite.htm>> et pour les insertions, Schweizer, *Links*, p. 256 s.

¹⁸⁰ Voir notamment Hoeren, *Hyperlinks*, p. 5, Höppner p. 631, Hürlimann, *Internet*, p. 19 s., Manara p. 148 s., Newton, 2013, p. 378.

¹⁸¹ Voir Höppner p. 631, Manara p. 148.

¹⁸² Par exemple, pour autant que le *webmaster* utilise un serveur Apache, au moyen de fichiers *.htaccess* (voir <<http://www.htmlremix.com/seo/block-google-and-bots-using-htaccess-and-robots-txt>>).

Deuxième partie - Notions de droit d'auteur

Section 1 - Généralités

1. Les sources du droit d'auteur

La loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (LDA)¹⁸³ constitue la principale source du droit d'auteur en Suisse. Elle a subi une importante révision le 5 octobre 2007¹⁸⁴, sur laquelle nous reviendrons à plusieurs reprises dans notre étude.

Plusieurs conventions internationales sont applicables en droit suisse. Parmi celles-ci, nous nous référerons dans le cadre de notre travail à :

- la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Paris le 24 juillet 1971¹⁸⁵, entrée en vigueur le 25 septembre 1993,
- l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1.C de l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce¹⁸⁶, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1995, et
- le Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (WCT)¹⁸⁷, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2008.

En outre, nous nous référerons souvent à la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information¹⁸⁸.

2. Objet de la protection de la LDA

2.1. Introduction

Selon l'article 1 alinéa 1 lettre a LDA, le droit d'auteur protège en Suisse les « auteurs d'œuvres littéraires et artistiques ».

L'article 2 alinéa 1 LDA précise que « par œuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel ».

¹⁸³ RS 231.1.

¹⁸⁴ RO 2008 2421 et 2497.

¹⁸⁵ RS 0.231.15, ci-après CB.

¹⁸⁶ RS 0.632.20, ci-après ADPIC.

¹⁸⁷ RS 0.231.151.

¹⁸⁸ JO L 167 du 22.06.2001, p. 10 ss, ci-après « Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur ».

Trois éléments doivent donc être réunis pour qu'une ressource puisse constituer une œuvre protégée en droit d'auteur¹⁸⁹ : il doit s'agir d'une création de l'esprit, cette création doit être littéraire ou artistique, et elle doit avoir un caractère individuel¹⁹⁰.

2.2. Une création de l'esprit

2.2.1. Une création

Le droit d'auteur ne protège que les véritables créations¹⁹¹. Ce concept s'apprécie de manière objective : l'œuvre est une création lorsqu'elle « diffère des choses faisant partie du fonds commun de la culture [...], c'est-à-dire lorsqu'on ne peut lui opposer d'antériorités »¹⁹².

La création doit se distinguer de ce qui était connu jusqu'alors, par opposition à la copie et à l'emprunt¹⁹³.

La combinaison et/ou la transformation d'éléments connus peuvent déboucher sur une création¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 2, Braun p. 6, Cherpillod, URG, n. 1 ad art. 2.

¹⁹⁰ En droit européen, une œuvre doit constituer une « création intellectuelle propre à son auteur » (voir notamment CJUE, 1.03.2012, C-604/10, n. 37, 16.07.2009, C-5/08, n. 37 ; sur le détail des conditions de protection en droit européen, voir Handig, work, p. 334 ss et Werk, p. 973 ss ; voir aussi Eichelberger, Report, n. 6, Taufer-Laffer p. 404). On précisera que pour être protégée, une œuvre doit en outre être perceptible, le droit d'auteur ne protégeant pas les idées, tant qu'elles n'ont pas au moins été exprimées (sur ces points, voir art. 2 WCT, art. 9 al. 2 ADPIC, Message LDA p. 506 s., Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 2, Braun p. 8 s., cd-rom droit d'auteur, chap. 2.3, ch. 1.1., Cherpillod, URG, n. 4 ad art. 2 et thèse, n. 3 et 225 ss, Dessemontet, commentaire, n. 6 ad art. 2, Gilliéron, signes, n. 157, Jecklin p. 54, Nobel/Weber n. 21 ad chap. 11, Rehbindler/Viganò n. 1 ad art. 2 URG, Ruedin, auteur, n. 334 et 336, von Büren n. 233, von Büren/Meer p. 68, Weber, Recht, p. 254 ; voir aussi, à l'étranger, Akester, balance, p. 373, Caron, idées et protection, Cohen Jehoram, freedom, p. 276 s., Colombet n. 24 s., Geiger, balance, p. 368 et droit, p. 104, Lucas, propriété, n. 30 et 60, Schnabel p. 630, Strowel/Tulkens p. 17).

¹⁹¹ Pour une présentation détaillée de la notion de création, voir Cherpillod, thèse, n. 213 ss.

¹⁹² Perret p. 82. Voir Cherpillod, thèse, n. 214 ss. *Contra* : Barrelet/Egloff n. 6 ad art. 2, qui considèrent que le concept doit aussi être apprécié subjectivement.

¹⁹³ Barrelet/Egloff n. 6 ad art. 2, Braun p. 7, Cherpillod, URG, n. 9 ad art. 2 et thèse, n. 214.

¹⁹⁴ Barrelet/Egloff n. 6 ad art. 2, Braun n° 19, David, Lexicon, p. 124, von Büren/Meer p. 64.

2.2.2. Une création de l'esprit

Pour être protégeable, une œuvre doit être une création de l'esprit, c'est-à-dire l'expression de la pensée humaine¹⁹⁵. Les créations indépendantes d'une activité intellectuelle de l'être humain, tels les purs produits de la nature ou de la technique, ne sont pas protégées¹⁹⁶.

La création peut aussi découler de l'utilisation des lois du hasard : il suffit que l'auteur ait eu une influence sur le processus créatif¹⁹⁷.

2.3. Une création littéraire ou artistique

Les termes « littéraire » et « artistique » doivent s'entendre dans un sens extrêmement large, ainsi que l'illustre l'énumération de l'article 2 alinéa 2 LDA¹⁹⁸. Dans les cas douteux, ce que l'auteur présente comme un travail littéraire ou artistique doit être considéré comme tel¹⁹⁹.

La qualité d'œuvre littéraire est acquise par la seule utilisation d'un langage, quel qu'il soit : une œuvre littéraire peut donc être composée de tous types de mots, de nombres ou d'autres symboles verbaux ou numériques²⁰⁰. Ainsi, même des textes à fort caractère utilitaire ou des textes scientifiques appartiennent au domaine littéraire²⁰¹.

2.4. Une création à caractère individuel

Le critère de l'individualité est primordial pour déterminer si le résultat

¹⁹⁵ ATF 130 III 168 (172 s.), Message LDA p. 507, Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 2, Braun p. 7, cd-rom droit d'auteur, chap. 2.3, ch. 1.3.1., David, Lexicon, p. 124, Ruedin, auteur, n. 331, von Büren/Meer p. 65, Weber, Recht, p. 254.

¹⁹⁶ Message LDA p. 506 s., Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 2, Braun p. 8, David, Lexicon, p. 124, Häuptli p. 16.

¹⁹⁷ Voir Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 2, Braun p. 8, Bühler p. 55 ss, Cherpillod, thèse, n. 216 s. et URG, n. 9 ad art. 2, Gilliéron, signes, p. 199, Sommer/Gordon p. 293 s., von Büren/Meer p. 64 s. et 106 s. On songera par exemple au célèbre tableau « Et le soleil s'endormit sur l'Adriatique », réalisé en attachant un pinceau à la queue d'un âne (voir <http://fr.wikipedia.org/wiki/Joachim-Rapha%C3%AB1_Boronali> ; voir toutefois, défavorable à la protection de telles œuvres, von Büren n. 254).

¹⁹⁸ Voir Barrelet/Egloff n. 7 ad art. 2, Braun p. 9, Bu, Internet, p. 47, Bühler p. 59, Cherpillod, URG, n. 10 s. ad art. 2 et thèse, n. 212, Nobel/Weber n. 1 ad chap. 11, Ruedin, auteur, n. 333, von Büren n. 236, Weber, Recht, p. 253.

¹⁹⁹ Barrelet/Egloff n. 7 ad art. 2, Braun p. 10, Cherpillod, thèse, n. 212, Macciacchini, Urheberrecht p. 105, von Büren n. 238, von Büren/Meer p. 75.

²⁰⁰ Cherpillod, thèse, n. 209 et URG, n. 10 ad art. 2.

²⁰¹ Barrelet/Egloff n. 7 ad art. 2, Braun p. 9.

d'une activité créatrice est digne de protection²⁰². Ce concept, qui n'est pas défini dans la LDA, est celui qui pose le plus de problèmes en pratique dans l'application de l'article 2 alinéa 1 LDA²⁰³.

Sous l'empire de l'ancienne LDA, Kummer a proposé la notion d'*unicité statistique*²⁰⁴, selon laquelle une œuvre est unique, et donc individuelle, si elle diffère « de ce qui existe et de ce qui pourrait exister »²⁰⁵, selon une évaluation de probabilité statistique²⁰⁶.

Du fait de la comparaison avec ce qui est « virtuellement possible », ce critère laisse subsister une part de subjectivité, et donc d'incertitude²⁰⁷. Il n'est en outre pas décisif, en ce sens qu'une œuvre, en plus d'être unique, doit se distinguer suffisamment de ce qui est connu : les créations de l'esprit banales ou de pure routine, si proches de ce qui est connu qu'elles auraient pu être réalisées de la même manière par n'importe qui, n'ont pas de caractère individuel²⁰⁸.

L'individualité est donc un critère de nouveauté qualifiée : pour être protégée, une œuvre doit non seulement différer de ce qui est connu (notion de nouveauté), mais également de ce qui en découle directement (notion d'individualité)²⁰⁹.

L'individualité doit s'apprécier de manière objective : elle ne s'évalue pas par rapport à l'auteur et à son style, mais par rapport aux biens créés ou susceptibles d'être créés par d'autres personnes²¹⁰.

Il est communément admis que les exigences en matière d'individualité dépendent de la liberté de création à disposition de l'auteur : lorsque la nature

²⁰² Barrelet/Egloff n. 8 ad art. 2, Braun p. 10.

²⁰³ Braun p. 10, Sommer/Gordon p. 288, von Büren/Meer p. 70.

²⁰⁴ Voir Kummer p. 30 ss.

²⁰⁵ Cherpillod, thèse, n. 222.

²⁰⁶ Kummer p. 30. Voir aussi ATF 130 III 168 (171 ss), Braun p. 11 ss, Cherpillod, URG, n. 23 ss ad art. 2 et thèse, n. 222, Häuptli p. 17, Nobel/Weber n. 22 ad chap. 11, von Büren n. 234.

²⁰⁷ Braun p. 13, Cherpillod, thèse, n. 222 et URG, n. 25 ad art. 2, Tissot, évolution, p. 422 ss, von Büren/Meer p. 72. Voir également les critiques de Häuptli p. 17 s.

²⁰⁸ ATF 134 III 166 (170 s.), Barrelet/Egloff n. 8 ad art. 2, Cherpillod, thèse, n. 223 et URG, n. 30 ss ad art. 2, Häuptli p. 18, Widmer/Bähler, Internet, p. 103.

²⁰⁹ Braun p. 11, Cherpillod, thèse, n. 222.

²¹⁰ Ainsi, notamment, une œuvre peut être protégée même si elle ne renferme pas une empreinte personnelle de son auteur. Sur ces points, voir ATF 136 III 225 (228 s.), 134 III 166 (169 s.), 130 III 168 (172), 714 (717), Message LDA p. 507, Barrelet/Egloff n. 8 ad art. 2, Braun, moral, p. 10 s., cd-rom droit d'auteur, chap. 2.3, ch. 1.3.2., Cherpillod, URG, n. 18 et 22 ad art. 2 et thèse, n. 220 ss, Dessemontet, commentaire, n. 18 ad art. 2, Gaide p. 15 ss, Gilliéron, signes, n. 163, Häuptli p. 18, Hug, Schnappschuss, p. 58, Tissot, évolution, p. 420 s., von Büren/Meer p. 70.

même de l'œuvre ne laisse subsister que peu de marge de manœuvre, une activité créatrice réduite suffit à fonder la protection²¹¹.

2.5. Critères sans pertinence

Les autres critères n'ont aucune pertinence en droit d'auteur. Ainsi, notamment, la valeur et la destination ne jouent aucun rôle pour déterminer si une œuvre est protégée²¹², pas plus que les qualités esthétiques ou l'utilité. Le droit d'auteur protège donc aussi les œuvres de faible valeur, notamment celles qui ont essentiellement un but fonctionnel, sans valeur créative élevée²¹³, ainsi que les œuvres illicites ou contraires aux mœurs²¹⁴.

Chaque œuvre est protégée dès sa création, indépendamment de sa fixation sur un support matériel²¹⁵ ou de l'accomplissement d'une quelconque formalité de dépôt ou d'enregistrement²¹⁶.

2.6. Types d'œuvres protégées

L'article 2 alinéa 2 LDA dresse une liste exemplative²¹⁷ d'œuvres protégeables. Dans d'autres dispositions, la loi mentionne également les logiciels²¹⁸, les œuvres dérivées²¹⁹ et les recueils²²⁰.

Selon l'article 2 alinéa 4 LDA, les titres et les parties d'œuvres sont aussi protégés s'ils remplissent les conditions de l'alinéa premier. En pratique, les titres ne sont en règle générale pas suffisamment individuels pour être

²¹¹ ATF 136 III 225 (229), 130 III 168 (170), 125 III 328 (331), 117 II 466 (468), 113 II 190 (196) et réf. citées, Barrelet/Egloff n. 8 ad art. 2, Braun p. 13, Bu, Internet, p. 46 s., cd-rom droit d'auteur, chap. 2.3, ch 1.3.2., Cherpillod, URG, n. 19 ad art. 2, Gilliéron, Internet, n. 322 et signes, n. 163 et réf. citées, Rehbindler/Viganò n. 1 ad art. 2 URG, Tissot, évolution, p. 429 ss, von Büren n. 235, von Büren/Meer p. 73. Voir toutefois les critiques de Hilty, Anmerkung, p. 29 ss et Thouvenin p. 62 ss.

²¹² Art. 2 al. 1 LDA.

²¹³ Sur ces points, voir Barrelet/Egloff n. 6 et 9 s. ad art. 2, Braun p. 6, Cherpillod, URG, n. 6 ad art. 2 et thèse, n. 8, Geiger, remedies, p. 182, Rehbindler, Urheberrecht, n. 36, Tissot, évolution, p. 419 ss, von Büren n. 239 s.

²¹⁴ Barrelet/Egloff n. 10a ad art. 2, Cherpillod, URG, n. 7 ad art. 2, von Büren n. 239.

²¹⁵ Art. 29 al. 1 LDA.

²¹⁶ Barrelet/Egloff n. 3 ad art. 2, Braun p. 6, Cherpillod, URG, n. 8 ad art. 2, Dessemontet, propriété, n. 52, IFPI p. 8, Rehbindler/Viganò n. 4 ad art. 2 URG, Ruedin, auteur, n. 337, Tissot, commentaire, n. 2 ad art. 29.

²¹⁷ Son caractère non-exhaustif est manifesté par l'emploi du terme « notamment ».

²¹⁸ Art. 2 al. 3 LDA.

²¹⁹ Art. 3 LDA.

²²⁰ Art. 4 LDA.

protégés²²¹, mais des exceptions sont possibles²²².

2.7. Protection des recueils

L'article 4 alinéa 1 LDA prévoit que « les recueils sont protégés pour eux-mêmes, s'ils constituent des créations de l'esprit qui ont un caractère individuel en raison du choix ou de la disposition de leur contenu »²²³.

Le recueil est donc un assemblage d'éléments apparaissant en lui-même comme une création de l'esprit²²⁴. Le critère déterminant est l'individualité du choix ou de la disposition du contenu : le recueil doit apparaître « comme une nouvelle unité et non pas comme une simple addition »²²⁵.

Au contraire de l'article 2 chiffre 5 de la Convention de Berne, qui ne protège que « les recueils d'œuvres littéraires ou artistiques », il est indifférent,

²²¹ Barrelet/Egloff n. 13 ad art. 2, Cherpillod, URG, n. 68 ad art. 2, David, *Lexicon*, p. 162, Dessemontet, commentaire, n. 65 ad art. 2, Gilliéron, *presse*, p. 73 s., Sommer/Gordon p. 289, von Büren n. 269, von Büren/Meer p. 80 s. ; voir aussi Ott, 2007, p. 412.

²²² En France, par exemple, le célèbre titre « les liaisons dangereuses » a été protégé (CA Paris, 4.04.1960, Dalloz 1960, p. 535 s.). Pour d'autres exemples, voir Cherpillod, URG, nbp 10 ad art. 2, Kummer p. 83, et von Büren n. 269, ainsi que TPI Bruxelles, 13.02.2007, <<http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/223-1.pdf>>, p. 26 s. Sur la protection des parties d'œuvres, voir Barrelet/Egloff n. 27 ad art. 2, Cherpillod, URG, n. 35 ad art. 2, David/Reutter p. 536, Ruedin, auteur, n. 338 ss, von Büren n. 268, ainsi que CJUE, 2.05.2012, C-406/10, n. 65 et 16.07.2009, C-5/08, n. 38 s., Larrieu p. 95 (« la propriété intellectuelle, quand les conditions en sont réunies, peut protéger le tout et chacune des parties »), Ott, *Snippets*, p. 559, Reinemann/Remmert p. 218.

²²³ Selon l'article 5 WCT, « les compilations de données ou d'autres éléments, sous quelque forme que ce soit, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégées comme telles. Cette protection ne s'étend pas aux données ou éléments eux-mêmes et elle est sans préjudice de tout droit d'auteur existant sur les données ou éléments contenus dans la compilation ».

²²⁴ L'article 2 chiffre 5 CB cite l'exemple des encyclopédies et des anthologies. Un journal peut aussi constituer un recueil (voir par exemple, en droit allemand, OLG Hamm, 25.02.2008, I-4 U 157/07, B-III-2 s.).

²²⁵ Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 4, se référant à Troller p. 376. Voir aussi ATF 107 II 82 (87), Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 671, Cherpillod, URG, n. 1 ad art. 4, Gilliéron, commentaire, n. 3 ad art. 4, Nobel/Weber n. 34 ad chap. 11, Rehbindler/Viganò n. 2 ad art. 4 URG, Salvadé, protection, p. 261, Tissot, données, p. 196 ss, von Büren/Meer p. 136, Weber, *Recht*, p. 289. Voir aussi, en droit allemand, BGH, 27.03.2013, I ZR 9/12, n. 57. Par exemple, un annuaire téléphonique n'est en principe pas protégé en tant que recueil en droit suisse (David, *Lexicon*, p. 59, von Büren/Meer p. 136). Selon David (*Lexicon*, p. 282), un recueil ne peut être protégé, en raison de la condition d'individualité du choix de ses éléments, que s'il contient au moins quatre contributions.

sous l'angle de l'article 4 alinéa 1 LDA, que les parties appartenant au recueil constituent ou non des œuvres²²⁶.

La reprise d'une partie d'un recueil ne tombe sous le coup du droit d'auteur que si cette partie remplit en elle-même les conditions de l'article 2 alinéa 1 LDA²²⁷.

3. Protection des ressources publiées sur Internet

3.1. Introduction

La LDA ne précise pas de quelle manière une œuvre doit être exprimée ou matérialisée pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. La perception peut tout à fait n'intervenir que de manière indirecte²²⁸, par l'intermédiaire d'un écran d'ordinateur.

Le fait que des informations soient codées, transcrites et transmises de manière numérique n'est en lui-même pas déterminant quant à leur protection sous l'angle du droit d'auteur²²⁹.

Le support de l'œuvre est indifférent : les œuvres publiées sur Internet, qu'elles constituent ou non des reproductions d'œuvres publiées sur d'autres supports, sont protégées de la même manière que les œuvres traditionnelles, aux conditions posées par l'article 2 alinéa 1 LDA²³⁰.

3.2. Protection du contenu d'une page *web*

3.2.1. Introduction

Les pages *web* contiennent une combinaison de différents types de ressources, protégées si elles satisfont aux conditions de l'article 2 alinéa 1 LDA.

²²⁶ Message LDA p. 509, Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 4, Cherpillod, URG, n. 1 ad art. 4, Gilliéron, commentaire, n. 8 ad art. 4, Nobel/Weber n. 34 ad chap. 11, Rehbinder/Viganò n. 2 ad art. 4 URG, Salvadé, protection, p. 261, Tissot, données, p. 198, von Büren n. 274, von Büren/Meer p. 136, Weber, Recht, p. 255.

²²⁷ Cherpillod, URG, n. 4 s. ad art. 4, Gilliéron, commentaire, n. 19 ad art. 4, Tissot, données, p. 199. Voir aussi BGH, 27.03.2013, I ZR 9/12, n. 57.

²²⁸ Tissot, contenu, p. 202.

²²⁹ Tissot, contenu, p. 202. Sur la numérisation et sur ses conséquences en droit d'auteur, voir aussi Ott, Linking, p. 236 ss.

²³⁰ Bühler p. 121, de Werra, contenus, p. 60, Spahr p. 77, Tissot, contenu, p. 202 s. Voir aussi Koch, Grundlagen, p. 417.

3.2.2. Texte

Le texte présent sur une page *web* constitue une « œuvre recourant à la langue » au sens de l'article 2 alinéa 2 lettre a LDA.

Les textes du langage courant ne sont protégés que s'ils sont individuels. Tel n'est pas le cas des combinaisons d'expressions banales ou imposées par la logique qui figurent souvent sur les sites commerciaux et sur les sites de particuliers, à moins qu'une caractéristique particulière ne leur confère une individualité suffisante²³¹.

De courtes séquences de mots ne peuvent être protégées qu'exceptionnellement par le droit d'auteur²³². Ainsi, faute de posséder un caractère individuel, les titres²³³ et les noms de domaines²³⁴ ne sont en règle générale pas protégés.

Les adresses URL ne sont pas susceptibles d'être protégées en tant que telles, car elles ne constituent pas des créations, mais ne sont que des indications identifiant des ressources publiées sur le *web*²³⁵.

Faute d'individualité suffisante, les courts extraits de texte repris par les moteurs de recherche²³⁶, ainsi que les courtes dépêches d'actualité²³⁷, les

²³¹ Sur la protection de ce type d'expressions, voir Barrelet/Egloff n. 13 ad art. 2, Sommer/Gordon p. 290 s.

²³² GK VIII Bern-Laupen, 2.06.2000, sic! 2000, p. 500 s. (500), Sommer/Gordon p. 289, von Büren/Meer p. 80. Sur la protection de ces éléments en droit allemand, voir BGH, 1.12.2010, I ZR 12/08, n. 54 et Raue p. 1088 ss. Sur la protection des slogans publicitaires, voir von Büren/Meer p. 82 ss. Selon Cherpillod, même des combinaisons de deux ou trois mots peuvent, de manière exceptionnelle, être individuelles (Cherpillod, URG, n. 68 ad art. 2 ; voir aussi von Büren n. 269). Même un néologisme est susceptible d'être protégé dans certains cas (von Büren/Meer p. 79 s.).

²³³ Voir chiffre 2.6. ci-dessus.

²³⁴ Voir par exemple GK VIII Bern-Laupen, 2.06.2000, sic! 2000, p. 500 s. et Cherpillod, URG, n. 47 ad art. 2. La protection n'est pas exclue si le nom de domaine est suffisamment individuel (voir Larrieu p. 52 s.). Tel fut notamment le cas, en France, du nom de domaine « écran noir » (TGI Nanterre, 20.09.2000, n. *JurisData* 2000-134192, p. 3 s.).

²³⁵ Voir première partie, section 2, chiffre 1.2. Dans le même sens, voir Bühler nbp 1419, Burk (« *the URL is essentially a location or identification number referencing a file somewhere on the Internet. [...] Because it is in essence an address, the reference is not the proper subject of copyright: it is simply an indicator of location, which is to say, a fact* »). *Contra*, n'excluant pas la possibilité que des adresses URL puissent être protégées : Koch, Webseiten, p. 300, Verbiest, liens, n. 6. Ott (question, p. 54) est du même avis, mais exclut toute possibilité de protection lorsqu'une telle adresse est utilisée dans le code d'un hyperlien. Voir aussi, ambigus, Strowel/Hanley p. 76.

²³⁶ Hoeren, Leistung, n. 7, Hürlimann, Internet, p. 92 s., Macciachini/Oertli n. 15 ad art.

annonces²³⁸ et les conditions générales²³⁹, qu'on retrouve sur un certain nombre de sites, ne sont le plus souvent pas non plus protégés.

Les textes fictionnels sont en principe toujours individuels²⁴⁰. En règle générale, les exposés de films, les interviews, les poèmes et les paroles de chansons sont également protégés²⁴¹.

Plusieurs cours allemandes ont admis, à notre avis à tort, la protection de formules en elles-mêmes non individuelles sur une page *web*, du seul fait qu'elles permettaient de la faire apparaître en bonne place dans les résultats des moteurs de recherche²⁴².

On précisera enfin que même lorsque le texte figurant sur une page n'est pas protégé, les textes publiés sur plusieurs pages, considérés dans leur

25, Ruedin, auteur, n. 485 et réf. citées. Pour les extraits d'articles de presse repris par *Google Actualités*, voir aussi Kazemi p. 100, Klein p. 463, Rapport AGUR12 p. 16. *Contra* : CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copiepresse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>>, n. 28 s. (pour *Google Actualités*) ; voir aussi Höppner p. 633, Schippan p. 362 et 368 s. En droit européen, la CJUE a toutefois admis la possibilité qu'un texte de 11 mots puisse être protégé (CJUE, 16.07.2009, C-5/08, n. 30 ss, 48). Sur la protection des textes courts, voir aussi Reinemann/Remmert p. 218 s.

²³⁷ Barrelet/Egloff n. 13 ad art. 2, Nobel/Weber n. 29 ad chap. 11, Ruedin, auteur, n. 335, von Büren/Meer p. 93. Voir aussi, nuancé, Rehbindner, Nachrichten, p. 4 s. Pour une étude détaillée de la question, voir Rehbindner/Rohner p. 135 ss. Les autres articles de journaux, par contre, sont en général suffisamment individuels pour être protégés (Barrelet/Egloff n. 7 et 13 ad art. 2, Cherpillod, URG, n. 43 ad art. 2 ; voir par exemple ATF 131 III 480 (485), et, dans le même sens, BGH, 16.01.1997, I ZR 9/95, II-2, CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copiepresse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>>, n. 22, Schippan p. 367). La protection des dépêches de l'Agence France-Presse a été admise en France (TCom. Paris, 5.02.2010, RIDA 226/2010, p. 518 ss (521) ; voir aussi Sirinelli, œuvres p. 373 ss) et en Allemagne (OLG Karlsruhe, 10.08.2011, 6 U 78/10, II-2).

²³⁸ Barrelet/Egloff n. 13 ad art. 2, Cherpillod, URG, n. 45 ad art. 2, Nobel/Weber n. 29 ad chap. 11.

²³⁹ Cherpillod, URG, n. 45 ad art. 2, von Büren/Meer p. 91. En France, voir dans le même sens CA Paris, 24.09.2008, n. 07/03336, <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2544>.

²⁴⁰ Barrelet/Egloff n. 13 ad art. 2, Cherpillod, URG, n. 42 ad art. 2.

²⁴¹ Barrelet/Egloff n. 13 ad art. 2.

²⁴² Voir OLG Rostock, 27.06.2007, 2 W 12/07, 2, puis, se référant à cet arrêt, LG Cologne, 12.08.2009, 28 O 396/09, II-2. Le principe a été par la suite rappelé par le LG Cologne, 6.04.2011, 28 O 900/10 (arrêt confirmé en appel, OLG Cologne, 30.09.2011, 6 U 82/11). Voir les critiques de Ott, 2010, p. 686 s. et 2007, p. 405 s. Bernreuther considère (p. 1062 ss), à notre avis à tort, que cette optimisation de contenu peut être protégée en tant que programme d'ordinateur. Son analyse est critiquée par Ott, à l'adresse <<http://www.linksandlaw.de/news1153-suchmaschinenoptimierung-computerprogramm-urhg.htm>>.

ensemble, peuvent atteindre une individualité suffisante, en raison de leur contenu ou de leur agencement²⁴³.

3.2.3. Photographies, films et musique

De nombreuses pages contiennent des photographies, visées par l'article 2 alinéa 2 lettre g LDA. Selon les critères généraux, elles ne sont protégées que si elles constituent des créations de l'esprit à caractère individuel²⁴⁴. Très fréquentes sur les sites de particuliers, les simples prises de vue ou les banales photos-souvenir qui ne font que reproduire le réel, sans véritable apport original, sont en principe dénuées de protection, faute d'individualité suffisante²⁴⁵.

Les séquences filmées sont également visées par l'article 2 alinéa 2 lettre g LDA²⁴⁶. En raison de leur combinaison d'éléments visuels et auditifs, leur individualité est en général suffisante pour leur valoir la protection du droit d'auteur²⁴⁷. Il faut tout de même pouvoir déceler une action créatrice dans la séquence, par exemple dans le choix des images ou dans la réalisation, allant au-delà de la simple reproduction cinématographique du déroulement d'un événement naturel²⁴⁸. Ainsi, par exemple, les films d'amateurs qui se bornent à représenter des faits banals, tels les films de vacances, ne sont en règle générale pas protégés²⁴⁹. De même, les images des *webcams* filmant des lieux en continu ne constituent pas des œuvres, faute d'activité créatrice.

Certains sites accompagnent leurs pages de fichiers musicaux pouvant être téléchargés ou lus par un programme ou par un plugin dans un navigateur, souvent en format MIDI²⁵⁰ ou MP3²⁵¹. Les œuvres acoustiques sont visées par l'article 2 alinéa 2 lettre b LDA²⁵².

²⁴³ Voir, en Allemagne, LG Berlin, 26.01.2006, 16 O 543/05.

²⁴⁴ Sur la protection des photographies en droit d'auteur, voir notamment Barrelet/Egloff n. 19 ad art. 2, Cherpillod, URG, n. 58 ad art. 2, Rehbinder/Viganò n. 13 ad art. 2 URG, Sommer/Gordon p. 297.

²⁴⁵ Dessemontet, commentaire, n. 49 ad art. 2, von Büren/Meer p. 120 s.

²⁴⁶ Barrelet/Egloff n. 20 ad art. 2.

²⁴⁷ Dessemontet, commentaire, n. 47 ad art. 2, von Büren/Meer p. 122.

²⁴⁸ Cherpillod, URG, n. 59 ad art. 2, Rehbinder, Urheberrecht, p. 99, Sommer/Gordon p. 297 s. Voir par exemple KG, 28.03.2012, 24 U 81/11, II-A-1-a-bb, TGI Strasbourg, 16.11.2001, n. *JurisData* 2001-159070, p. 8 (protection des journaux télévisés).

²⁴⁹ Rehbinder/Viganò n. 14 ad art. 2 URG, von Büren/Meer p. 123, Weber, Recht, p. 257.

²⁵⁰ *Musical Instrument Digital Interface*. Sur ce format, voir Newton, 2013, p. 771.

²⁵¹ *MPEG Layer-3*. Voir Newton, 2013, p. 789.

²⁵² Sur la protection ce type d'œuvres, voir Barrelet/Egloff n. 14 ad art. 2, Cherpillod, URG, n. 48 ad art. 2, Rehbinder/Viganò n. 8 et 22 ad art. 2 URG, Sommer/Gordon p.

3.2.4. Autres éléments

Les pages *web* contiennent une multitude d'autres éléments, qui sont eux aussi susceptibles d'être protégés s'ils sont individuels.

Les formes stylisées utilisées à des fins publicitaires et les logos d'entreprises sont souvent protégés en raison de leur design individuel²⁵³. Tel n'est pas le cas des combinaisons banales de lettres et de chiffres présentées de manière classique²⁵⁴, ainsi que des formes géométriques simples ou des couleurs, qui ne peuvent être protégées que dans leurs combinaisons²⁵⁵.

Certaines pages contiennent des ressources susceptibles d'être protégées en tant qu'« œuvres à contenu scientifique ou technique » au sens de l'article 2 alinéa 2 lettre d LDA, comme, par exemple, des cartes météorologiques ou topographiques²⁵⁶.

De nombreuses pages contiennent des fonctionnalités supplémentaires qui peuvent être écrites dans différents langages informatiques²⁵⁷ ayant diverses utilités²⁵⁸, permettant d'augmenter leur attractivité. A condition d'être suffisamment individuels, ces éléments sont eux aussi protégés²⁵⁹, souvent en tant que programmes d'ordinateur s'ils en remplissent les caractéristiques²⁶⁰. L'individualité des logiciels est admise relativement facilement, vu le peu de marge de manœuvre dont disposent leurs auteurs²⁶¹.

Les animations visuelles sont en général suffisamment individuelles pour être protégées, en raison de la combinaison d'éléments textuels, graphiques et sonores qu'elles renferment.

Enfin, l'aspect purement fonctionnel de renvoi à une adresse URL d'un

292, von Büren/Meer p. 97 ss.

²⁵³ Voir Cherpillod, URG, n. 52 ad art. 2 et réf. citées.

²⁵⁴ Voir David, Lexicon, p. 162, von Büren/Meer p. 101 s.

²⁵⁵ Von Büren/Meer p. 101 ss. Les petits éléments graphiques utilitaires, comme les icônes, ne sont ainsi en règle générale pas suffisamment individuels pour être protégés (Bechtold p. 429). On notera qu'une couleur peut être enregistrée comme marque lorsqu'elle s'est imposée comme l'identifiant commercial d'une entreprise (voir Cherpillod, marques, p. 65 s. et réf. citées).

²⁵⁶ Sur la protection de ce type d'œuvres, voir Cherpillod, URG, n. 54 ad art. 2, von Büren/Meer p. 110.

²⁵⁷ Par exemple les *applets java* (voir Newton, 2000, p. 77).

²⁵⁸ Notamment compter les visiteurs ou permettre une interaction avec eux.

²⁵⁹ Bühler p. 125, Rosenthal p. 165.

²⁶⁰ Sur la notion de programme d'ordinateur en droit d'auteur, voir chiffre 3.3.3.2.1. ci-dessous.

²⁶¹ Voir Neff/Arn p. 131 ss, Sommer/Gordon p. 299, Thomann p. 13.

hyperlien n'est pas protégeable en tant que tel²⁶². Par contre, le pointeur d'un lien activable²⁶³ est protégeable s'il est individuel²⁶⁴. Le plus souvent, les pointeurs sont établis de manière très standardisée, par une désignation ou une description banale des ressources référencées, et n'ont dès lors pas l'individualité requise pour être protégés²⁶⁵.

Par contre, une série de liens en eux-mêmes non individuels peut être protégée²⁶⁶ en tant que recueil²⁶⁷, au sens de l'article 4 alinéa 1 LDA²⁶⁸, si elle constitue en elle-même une création individuelle, notamment en raison des jugements de valeur et des choix qui en sont à l'origine²⁶⁹.

3.3. Protection d'une page *web*

3.3.1. Principe

Indépendamment de la protection des éléments qu'elle contient, une page *web* peut être protégée en elle-même en raison de son organisation d'ensemble, déterminée par son code²⁷⁰, si elle remplit les critères de l'article 2 alinéa 1 LDA²⁷¹.

²⁶² Voir Athanasekou n. 3, Bühler p. 126, Carrière p. 475, Koch, Grundlagen, p. 420, Zimmerling/Werner p. 70 et 93.

²⁶³ Voir première partie, section 2, chiffre 2.6.1.

²⁶⁴ Voir aussi, à ce sujet, Strowel/Hanley p. 76 ss.

²⁶⁵ Bühler p. 126.

²⁶⁶ Bühler p. 126. Voir aussi, à l'étranger, Bechtold p. 429, Carrière p. 475 s., Garrote p. 192, Lucas, auteur, n. 50, Strowel/Hanley p. 80.

²⁶⁷ Bu, Internet, p. 50. Voir aussi Zimmerling/Werner p. 77 et 93.

²⁶⁸ Il est en effet indifférent pour la protection d'un recueil que les ressources qu'il compile constituent ou non des œuvres protégées, voir chiffre 2.7. ci-dessus.

²⁶⁹ Dans le même sens, le Tribunal fédéral a admis la protection des renvois à d'autres dispositions légales, pris dans leur ensemble, dans un code annoté (26.05.1994, RSPI 1996, p. 81 ss (83) ; voir aussi, à propos de cette affaire, Tissot, données, p. 203 ss). En Allemagne, la jurisprudence et la doctrine admettent qu'une liste de liens peut être protégée en tant que base de données (voir notamment AG Rostock, 20.02.2001, 49 C 429/99, I-1-b, Gramespacher n. 9, Klett p. 44, Zimmerling/Werner p. 93).

²⁷⁰ Voir première partie, section 2, chiffre 1.3.

²⁷¹ Voir Brunner p. 18, Bühler p. 125, Cherpillod, URG, n. 61 ad art. 2, Spahr p. 77. En droit allemand, voir OLG Celle, 8.03.2012, 13 W 17/12, II-1-b-bb, OLG Rostock, 22.06.2007, 2 W 12/07, 2, OLG Francfort, 22.03.2005, 11 U 64/2004, II-1.1, Bechtold p. 428, Glöckner p. 83, Zimmerling/Werner p. 92. *Contra* : Bisges, Internet, p. 731. En droit français, voir notamment TCom. Paris, 30.10.2009, <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php?id_article=2832>, Caron, Internet et réf. citées, Féral-Schuhl n. 70.13.

3.3.2. Conditions de protection

3.3.2.1. *Création de l'esprit humain*

De nombreux logiciels offrent une assistance à l'élaboration de pages *web*. Le *webmaster* effectue encore une activité créatrice lorsque ces programmes se bornent à l'aider dans son travail de développement, notamment en générant automatiquement un code²⁷². Selon Bühler, tel n'est plus le cas lorsqu'ils établissent au contraire toute l'infrastructure du site et ne laissent que quelques options à l'utilisateur, comme le choix du texte qui figurera sur la page²⁷³.

3.3.2.2. *Individualité*

Les pages réalisées de manière banale ou dont la présentation ne sert qu'un but purement utilitaire ou des nécessités techniques ne sont généralement pas individuelles.

L'individualité des pages réalisées au moyen de logiciels de publication doit s'apprécier de cas en cas. Ainsi, selon Renold, « si le concepteur n'a fait que reprendre des choix parmi les différentes options que lui donne un programme de création de site, il n'y aura pas d'œuvre au sens du droit d'auteur. Par contre, s'il a utilisé sa liberté créatrice pour élaborer un site *web* unique, on pourra alors parler d'œuvre protégée en tant que telle »²⁷⁴.

Le degré d'individualité requis ne doit toutefois pas être trop élevé, le droit d'auteur protégeant aussi les créations à caractère fonctionnel ayant peu de valeur créative²⁷⁵.

3.3.2.3. *Indifférence du mode d'affichage*

L'affichage d'une page *web* à l'écran de l'utilisateur dépend non seulement de son code et des ressources auxquelles il renvoie²⁷⁶, mais aussi d'un certain nombre d'autres facteurs, dont le type d'écran de l'utilisateur, sa résolution et sa

²⁷² Bühler p. 124, Weber, *Recht*, p. 258. De Werra (contenus, p. 61) écrit que le code HTML ne peut pas être considéré comme une création lorsqu'il est généré automatiquement. Cette position doit à notre avis être nuancée, le code d'une page ne constituant que l'expression des choix de son auteur.

²⁷³ Bühler p. 124.

²⁷⁴ Renold p. 95. Sur cette problématique, voir aussi Bühler p. 124 s., de Werra, contenus, p. 60, Gilliéron, *Internet*, n. 346.

²⁷⁵ Voir notamment Stadler, *Internet*, n. 199 et chiffre 2.5. ci-dessus.

²⁷⁶ Voir première partie, section 2, chiffre 1.3.

configuration, ainsi que le navigateur qu'il utilise et son paramétrage²⁷⁷.

La protection d'une page *web* doit uniquement dépendre de son individualité telle qu'elle ressort de son code : il ne serait pas imaginable qu'une page ne soit protégée que vis-à-vis des utilisateurs pour lesquels elle apparaît à l'écran d'une manière individuelle. La protection d'une œuvre ne doit pas dépendre de la qualité de l'instrument de perception utilisé²⁷⁸.

3.3.3. Rattachement à un type d'œuvre

3.3.3.1. Introduction

Il est important de déterminer si une page *web* peut être considérée comme un programme d'ordinateur au sens de l'article 2 alinéa 3 LDA, ce type d'œuvre étant soumis à un régime spécial de protection en droit suisse²⁷⁹.

3.3.3.2. Programme d'ordinateur

3.3.3.2.1. Notion

Au sens de l'art. 2 al. 3 LDA, « les programmes d'ordinateurs (logiciels) sont également considérés comme des œuvres »²⁸⁰. Le législateur a renoncé à définir le concept de « programme d'ordinateur », pour tenir compte du développement rapide de l'informatique²⁸¹.

Cette absence de définition se retrouve dans plusieurs autres ordres juridiques. Même la Directive sur la protection juridique des programmes d'ordinateur²⁸² renonce à définir cette notion²⁸³.

²⁷⁷ Voir Ott, Linking, p. 266 s. Il est par exemple possible de désactiver l'affichage des images sur un navigateur.

²⁷⁸ Voir aussi Ott, Linking, p. 267 s., qui utilise l'analogie des lunettes.

²⁷⁹ La durée de protection est réduite à 50 ans après le décès de l'auteur pour les programmes d'ordinateur (art. 29 al. 2 let. a LDA), et l'exception d'utilisation privée ne leur est pas applicable (art. 19 al. 4 LDA).

²⁸⁰ La version germanophone ne mentionne que les « *Computerprogramme* ». Comme dans la version francophone de la LDA, nous emploierons dans ce travail les termes « programme d'ordinateur » et « logiciel » comme des synonymes, bien que le terme de logiciel (ou « *software* ») puisse être entendu dans une acception plus large que la stricte notion de programme d'ordinateur (voir Dessemontet, traité, n. 129, Lutz p. 175 s., OMPI, logiciel, p. 9, Thomann p. 10 s., Toubol n. 2).

²⁸¹ Message LDA p. 507.

²⁸² Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JO L 111 du

Selon Larousse, un programme est un « ensemble d'instructions et de données représentant un algorithme et susceptible d'être exécuté par un ordinateur »²⁸⁴.

L'OMPI, dans ses « dispositions types sur la protection du logiciel » de 1978, définit le programme d'ordinateur comme « un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposé sur un support déchiffrable par machine, faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particulier par une machine capable de faire du traitement de l'information »²⁸⁵.

Dans un autre document, en 1998, l'OMPI évoque « un ensemble d'instructions qui commande les opérations d'un ordinateur afin de lui permettre d'accomplir une tâche déterminée, comme la mémorisation ou la restitution d'informations »²⁸⁶.

En Suisse, Rauber définit un programme d'ordinateur comme « une séquence d'instructions caractérisée par son autonomie et son univocité logique, dont la saisie sur un ordinateur a pour but et pour effet direct ou indirect d'amener celui-ci à traiter des données fournies par l'utilisateur suivant un protocole précis (application), et à afficher ou imprimer le résultat, selon les besoins »²⁸⁷.

Dessemontet, se référant au *Copyright Act* des Etats-Unis, évoque « une suite ordonnée d'instructions destinées à être utilisées par l'ordinateur pour parvenir à un certain résultat »²⁸⁸.

Enfin, le Conseil fédéral le définit comme « un procédé destiné à exécuter certaines tâches », puis comme « une succession d'ordres que l'ordinateur exécute pour accomplir une tâche »²⁸⁹.

5.05.2009, p. 16 ss.

283 Voir Commission, programmes, p. 9.

284 <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/programme>>, Informatique.

285 Voir OMPI, logiciel, p. 9.

286 OMPI, notions, n. 20.

287 « *in sich geschlossene, logisch eindeutige Befehlsfolge, welche bezweckt und nach Eingabe in einen Computer mittelbar oder unmittelbar bewirkt, dass dieser Computer ihm vom Benutzer eingegebene Daten nach einer bestimmten Aufgabenstellung (Applikation) verarbeitet und das Verarbeitungsergebnis nach Bedarf anzeigt oder ausgibt* » (Rauber p. 15).

288 Dessemontet, commentaire, n. 57 ad art. 2.

289 Message LDA p. 507.

3.3.3.2.2. Application aux pages *web*

Selon une partie de la doctrine, le code d'une page *web* peut être considéré comme un « programme d'ordinateur »²⁹⁰. La même conception a été retenue en juillet 2001 par la Cour suprême autrichienne dans l'affaire *carribbean-villas.com*²⁹¹.

Selon Rosenthal, une page *web* doit être considérée comme un logiciel si son code ne se borne pas à définir son apparence, mais contient des éléments fonctionnels²⁹² ou fait appel à des éléments extérieurs, comme des images²⁹³.

Bühler critique cette qualification : il considère que, puisque les dispositions relatives à la protection des programmes d'ordinateur en droit suisse constituent une exception aux règles régissant les autres catégories d'œuvres, la notion doit être interprétée de manière restrictive²⁹⁴ et sa portée limitée. La notion ne s'applique selon lui qu'aux suites d'informations exécutables²⁹⁵ et non aux suites de données statiques. En lui-même, le code d'une page n'est pas exécutable de manière *autonome*, puisqu'un site *web* ne peut être affiché qu'au moyen d'un navigateur qui, lui, est un programme d'ordinateur. Pour ce motif, une page *web* n'est, selon Bühler, pas assimilable à un programme d'ordinateur²⁹⁶.

Cet argument est à notre avis fondé et décisif. Le code HTML d'une page *web* n'est qu'un langage descriptif qui indique au navigateur sous quelle forme la représenter²⁹⁷. Les éléments susceptibles de figurer sur une page ne lui confèrent pas, de par leur présence, un caractère de logiciel²⁹⁸ : ils ne sont pas directement inclus dans le code, qui ne fait qu'indiquer leur adresse URL et donner l'instruction au navigateur de les télécharger et de les afficher lors de la

²⁹⁰ De Werra, contenus, p. 61, Kikinis, Internet, p. 236, Rosenthal p. 164 s. (nuancé). Tissot (données, p. 208) laisse la question ouverte. En Allemagne, voir notamment Bechtold p. 428, Leistner, cyberspace, p. 150 s., Ott, Linking, p. 248 s. Voir aussi Garrote p. 196.

²⁹¹ OGH, 10.07.2001, 4 Ob 155/01z. Pour une présentation détaillée de cette affaire, voir Tissot, données, p. 206 ss.

²⁹² Tels des champs de saisie, des commandes actives ou même des hyperliens. Dans le même sens, voir Rojinsky, hyperliens.

²⁹³ Rosenthal p. 164 s.

²⁹⁴ Voir aussi, du même avis, Brunner p. 21.

²⁹⁵ Fichiers d'extension *exe* ou *com* notamment.

²⁹⁶ Bühler p. 127 s. Dans le même sens, voir notamment Gilliéron, Internet, n. 347, Weber, Recht, p. 258. Häuptli (p. 22) considère ce critère comme discutabile.

²⁹⁷ Il peut sous cet angle se comparer à d'autres documents descriptifs utilisés par des applications, comme par exemple les documents *Word*.

²⁹⁸ Du même avis, Weber, Recht, p. 258 s.

consultation de la page²⁹⁹. Les pages *web* ne sont donc pas des programmes d'ordinateur³⁰⁰, bien que leur code HTML puisse provoquer l'exécution de certains d'entre eux lorsqu'elles sont affichées³⁰¹.

Au surplus, si l'on adoptait la théorie de Rosenthal, on devrait aussi admettre que les courriels, qui contiennent parfois des images, des liens ou des documents réalisés à l'aide de programmes de traitement de texte puissent être considérés comme des logiciels, ce qui serait à notre avis clairement inexact³⁰².

3.3.3.3. Autres catégories d'œuvres

Si la qualification de recueil au sens de l'art. 4 al. 1 LDA est surtout susceptible d'être retenue pour un site considéré dans son ensemble³⁰³, elle n'est pas exclue pour une page *web*, si cette dernière répond aux conditions générales de protection des recueils³⁰⁴.

Les pages qui ne peuvent être rattachées à aucun des types d'œuvres expressément prévus par la LDA sont protégeables en tant qu'« œuvres innomées »³⁰⁵.

3.4. Protection d'un site *web*

Un site *web* peut être protégé en lui-même en tant qu'œuvre s'il remplit les

²⁹⁹ Voir première partie, section 2, chiffre 1.3.

³⁰⁰ Du même avis, considérant qu'une page *web* n'est pas un programme d'ordinateur, voir notamment Brunner p. 19 ss, Bu, Internet, p. 48, Gilliéron, Internet, n. 347, Weber, Recht, p. 258. En Allemagne, la jurisprudence et la doctrine majoritaire vont dans le même sens (voir par exemple OLG Rostock, 27.06.2007, 2 W 12/07, 1 (pour les pages qui ne sont écrites qu'en HTML), OLG Erfurt, 10.11.2006, 5 C 1724/06, OLG Francfort, 22.03.2005, 11 U 64/2004, II-1.2-a, Dreier n. 12 ad § 69a, Gercke, Schutz, p. 930, Stadler, Internet, n. 199). Le langage XML (voir première partie, section 2, chiffre 2.8.2.) ne constitue pas non plus un programme d'ordinateur (voir LG Francfort, 8.11.2012, 2-03 O 269/12, CR 2013, p. 286 ss (287)).

³⁰¹ Certaines pages sont programmées d'une manière qui pourrait constituer un cas limite, en raison des langages de programmation utilisés, mais cette problématique ne concerne par directement notre étude, les copies confectionnées suite à la consultation d'une page *web* chez l'utilisateur et chez les intermédiaires (voir première partie, section 2, chiffre 2.7.) n'incluant que des éléments qui ne peuvent être considérés comme des logiciels.

³⁰² Voir aussi, du même avis, Brunner p. 20.

³⁰³ Voir chiffre 3.4. ci-dessous.

³⁰⁴ Bu, Internet, p. 49, Bühler p. 129. Sur ces conditions, voir chiffre 2.7. ci-dessus.

³⁰⁵ Bühler, p. 131. Voir aussi, en droit français, Lucas, propriété, n. 76.

conditions de l'article 2 alinéa 1 LDA³⁰⁶.

Indépendamment de l'individualité de ses différentes pages, l'individualité d'un site peut résulter de son architecture globale³⁰⁷ : si le choix ou la disposition de son contenu présente un caractère individuel, il peut être protégé en tant que recueil au sens de l'article 4 alinéa 1 LDA³⁰⁸.

Contrairement au droit de l'Union européenne, le droit suisse ne prévoit pas de protection spécifique des bases de données³⁰⁹. Lorsqu'un site *web* correspond à la définition que donne d'une base de données l'article 1 paragraphe 2 de la Directive concernant la protection juridique des bases de données³¹⁰, il ne dispose pas d'une protection spécifique à ce titre en droit suisse³¹¹.

³⁰⁶ Brunner p. 95, Bu, Internet, p. 49, Bühler p. 124 s., Cherpillod, URG, n. 61 ad art. 2, de Werra, contenus, p. 61, Gilliéron, Internet, n. 346, Renold p. 94, Salvadé, responsabilité, p. 83 et information, p. 2, Vögeli p. 83, Widmer/Bähler, Internet, p. 103. Voir aussi OGH, 10.07.2001, 4 Ob 155/01z (*carribbean-villas*), Glöckner p. 83, Zimmerling/Werner p. 92. Sur le détail des conditions de protection, on se référera aussi aux considérations émises en relation avec la protection d'une page *web* (chiffre 3.3.2. ci-dessus), qui s'appliquent également ici.

³⁰⁷ Voir Bu, Internet, p. 49, Bühler p. 125, Cherpillod, URG, n. 61 ad art. 2, Gilliéron, Internet, n. 348, Koch, Webseiten, p. 298, Larrieu p. 95, Zimmerling/Werner p. 92.

³⁰⁸ Brunner p. 96, Bühler p. 129, Cherpillod, URG, n. 2 ad art. 4, de Werra, contenus, p. 60, Gilliéron, commentaire, n. 7 ad art. 4, Kikinis, Internet, p. 236, Salvadé, responsabilité, p. 88, Weber, Recht, p. 259. Voir aussi Tissot, données, p. 208 s.

³⁰⁹ Barrelet/Egloff n. 5a ad art. 4, Bu, Internet, p. 49, David, Lexicon, p. 59 s., Gilliéron, Internet, n. 344 s., Kikinis, Internet, p. 248. Sur la protection des bases de données en droit d'auteur, voir Tissot, données, p. 187 ss. En droit européen, voir la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, JO L 77 du 27.03.1996, p. 20 ss.

³¹⁰ Selon cette disposition, une base de données se définit comme « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière ». Sur la protection d'un site *web* en tant que base de données, voir notamment OGH, *carribbean-villas*, cité ci-dessus (et, sur cet aspect de l'arrêt, Tissot, données, p. 208 s.), OLG Hambourg, 22.02.2001, 3 U 247/00, II-1 (*Roche Lexicon*, détaillé dans la cinquième partie de notre travail, section 2, chiffre 1.3.), Dieselhorst p. 707, Féral-Schuhl n. 70.24, Gilliéron, Internet, n. 348, Joppich p. 506, Larrieu p. 96, Leistner, cyberspace, p. 138 ss, Ott, Linking, p. 253 ss, Recommandation hyperliens p. 27, Stadler, Internet, n. 198, Worm p. 25 ss, Zimmerling/Werner p. 92. Une page *web* peut également correspondre à cette définition (voir notamment Gilliéron, Internet, n. 348 ; *contra* : OGH, *carribbean-villas*, cité ci-dessus).

³¹¹ Voir Gilliéron, Internet, n. 345. Pour une comparaison entre les dispositions de la Directive concernant la protection juridique des bases de données et celles de la LDA, voir Tissot, protection, p. 194 ss. L'article 10 alinéa 2 ADPIC, directement applicable comme toute disposition dont la formulation « est suffisamment précise et claire pour

Les sites qui ne peuvent être rattachés à aucun des types d'œuvres expressément prévus par la LDA sont protégeables, tout comme leurs pages considérées individuellement³¹², en tant qu'« œuvres innomées ».

pouvoir constituer le fondement d'une décision concrète » (Message nLDA p. 3271 ; voir ATF 124 IV 23 (31)), ne fonde à notre avis pas une protection plus large que celle de la LDA. L'article 5 WCT n'a pas non plus apporté de modification au droit en vigueur (voir Message nLDA p. 3284). Sur ces deux dispositions, voir aussi Tissot, données, p. 189 ss.

³¹² Voir chiffre 3.3.3.3. ci-dessus.

Section 2 - Les droits de l'auteur d'une œuvre protégée

1. Les droits patrimoniaux

1.1. Le droit d'utilisation

En droit suisse, les droits patrimoniaux de l'auteur d'une œuvre protégée se fondent sur l'article 10 LDA. Selon l'alinéa premier, « l'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée ».

Cette disposition forme une véritable clause générale, que précise la liste exemplative du deuxième alinéa³¹³. Très large, l'alinéa premier englobe tous les types d'utilisations visées aux lettres a à f de l'article 10 alinéa 2 LDA³¹⁴, ainsi que, notamment, les nouvelles formes d'utilisations n'ayant pas été envisagées par le législateur³¹⁵.

L'article 10 LDA vise aussi les utilisations partielles d'œuvres protégées, pour autant que l'élément utilisé soit individuel³¹⁶.

Le droit d'utilisation, et plus généralement le droit d'auteur, est un droit exclusif, en ce sens que seul l'auteur peut donner son consentement à l'utilisation de son œuvre, et absolu car il peut être opposé à tous³¹⁷. La doctrine l'a souvent comparé au droit de propriété sur les biens matériels de l'article

³¹³ Beutler p. 80 s., Cherpillod, contenu, p. 263, Dessemontet, traité, n. 219, Macciachini, Urheberrecht, p. 29 s., Nobel/Weber n. 45 s. ad chap. 11, Rehbindler/Viganò n. 3 ad art. 10 URG, Rosenthal p. 168, Weber, Recht, p. 266 s.

³¹⁴ Ainsi que certains actes équivalents dans leurs effets, bien que la clause générale ne doive pas servir à combler les lacunes volontaires de la loi, ou à rendre inopérantes ses limites (voir Cherpillod, Schranken, p. 264, Rehbindler, Urheberrecht, n. 117 (qui considère, à notre avis à tort, que la clause générale n'est applicable qu'aux formes d'utilisations futures)).

³¹⁵ Beutler p. 81, Braun p. 59, Bühler p. 145, Cherpillod, réponses, n. 4, Dessemontet, traité, n. 219, Gasser, Eigengebrauch, p. 38, Macciachini, Urheberrecht, p. 31, Rehbindler, Urheberrecht, n. 117, Rosenthal p. 168, Semadeni p. 5, von Büren n. 300, Weber, Recht, p. 266.

³¹⁶ Voir Cherpillod, commentaire, n. 5 ad art. 10 et, en droit allemand, Ott, Snippets, p. 559. Pour le droit de reproduction, voir aussi Cherpillod, contenu, p. 267, CJUE, 16.07.2009, C-5/08, n. 48. Sur la protection d'une partie d'œuvre, voir section 1, chiffre 2.6. ci-dessus.

³¹⁷ Message LDA p. 513, Barrelet/Egloff n. 9 ad art. 9, Braun p. 59, Gaide p. 134, Hug, URG, n. 1 ad art. 9, Philippin n. 5 et 8 ad art. 9, Rigamonti, Urheber, p. 220 ss et réf. citées, Rubli n. 38, Schweizer, production, p. 120, Semadeni p. 3. Voir aussi le texte de l'article 9 alinéa 1 LDA, qui dispose que « l'auteur a le droit exclusif sur son œuvre ».

641 CC³¹⁸.

De ce droit de propriété découle naturellement le droit de l'auteur de contrôler toute utilisation qui est faite de son œuvre, même lorsqu'elle intervient sans but lucratif³¹⁹ ou lorsqu'elle n'a pas d'impact économique sur l'exploitation de l'œuvre³²⁰.

Le droit d'auteur n'est pas pour autant illimité.

D'abord, le simple usage d'une œuvre³²¹, sa perception ou sa consommation, ne tombent pas sous le coup de l'article 10 LDA³²² : le droit d'auteur ne vise que les actes de *reproduction* ou de *communication*³²³, d'*expression* et de *réexpression* d'œuvres protégées, sous n'importe quelle forme³²⁴.

³¹⁸ Voir notamment Barrelet/Egloff n. 9 ad art. 9, Braun p. 59, Cherpillod, Schranken, p. 265, Gaide p. 134, Hug, URG, n. 1 ad art. 9, Nobel/Weber n. 6 ad chap. 11. Cette qualification n'est pas unanimement admise (pour une présentation détaillée de cette problématique, voir Dusollier n. 389 ss, Lucas, propriété, n. 22 ss).

³¹⁹ Barrelet/Egloff n. 1 ad art. 10, Macciachini, Urheberrecht, nbp 123, Probst, Lizenzvertrag, n. 13, Rehbindler, Urheberrecht, n. 118, Rosenthal p. 186, Semadeni p. 6.

³²⁰ A l'image des lois allemande (§ 15 ch. 1 UhrG) et française (art. L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle), une partie de la doctrine qualifie le droit d'utilisation de l'article 10 LDA (*Verwendung*) de droit d'exploitation (*Verwertung* ; voir notamment Beutler p. 81 s., Cherpillod, commentaire, n. 8 ad art. 10 et contenu, p. 263 s., Dessemontet, propriété, p. 79, Rehbindler, Urheberrecht, n. 117, Spahr p. 84, Widmer/Sutter p. 705). L'emploi du terme neutre d'« utilisation » pour qualifier le droit visé par l'article 10 LDA nous paraît préférable : certes, l'auteur dispose d'un monopole sur l'exploitation économique de son œuvre, lui permettant de retirer tous les avantages matériels qui découlent de son utilisation, mais l'article 10 LDA protège aussi ses intérêts idéaux, et non seulement ses intérêts économiques (voir aussi Semadeni p. 4 ss). Par exemple, l'auteur d'un poème dispose du droit exclusif de décider de son utilisation même s'il ne l'a pas commercialisé. Si le droit d'utilisation ne permettait de contrôler que les actes qui ont un impact économique sur l'exploitation de l'œuvre, la portée des exceptions au droit d'auteur des articles 19 ss LDA serait singulièrement réduite, puisque ces exceptions visent en grande partie (mais pas uniquement) des actes qui n'ont pas d'impact sur l'exploitation économique de l'œuvre. *Werkgenuss*.

³²¹ On vise ici, par exemple, le fait de lire un livre, d'écouter de la musique ou de regarder une image. Voir Brändli/Tamò p. 656 s., Cherpillod, commentaire, n. 3 ad art. 10 et Schranken, p. 266, Egloff, Eigengebrauch, p. 36 s. et 39, Forschung, p. 11 s. et Urheberrecht, p. 707, Girsberger p. 64, Macciachini, Urheberrecht, p. 30 s., Rubli n. 67, Ruedin, commentaire, n. 11 ad art. 19. Voir aussi, à l'étranger, BGH, 4.10.1990, I ZR 139/89, 3-d, Dusollier n. 416 et réf. citées, Wandtke, Zeitalter, p. 651, Wimmers/Schulz p. 171 s.

³²³ Cherpillod, commentaire, n. 3 ad art. 10. Voir aussi Macciachini, Urheberrecht, p. 29 ss.

³²⁴ Par exemple, le simple fait de fredonner un air protégé dans la rue tombe sous le coup

Ainsi, la recherche d'œuvres ou au sein d'œuvres à l'aide de mots-clés ne tombe pas sous le coup de l'article 10 LDA³²⁵. De même, la simple consultation d'une page *web*, indépendamment des copies qu'elle génère³²⁶, en constitue également une consommation qui échappe au monopole de l'auteur.

Le droit d'auteur est aussi limité, notamment, par les restrictions prévues aux articles 19 à 28 LDA³²⁷.

Parmi les droits consacrés par l'article 10 alinéa 2 LDA, le droit de reproduction, le droit de communication, le droit de diffusion et le droit de faire voir ou entendre une œuvre doivent être présentés dans le cadre de notre étude.

1.2. Le droit de reproduction

Selon l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA, l'auteur a le droit exclusif « de confectionner des exemplaires de l'œuvre, notamment sous la forme d'imprimés, de phonogrammes, de vidéogrammes ou d'autres supports de données »³²⁸.

En prévoyant la confection d'exemplaires sous forme « d'autres supports de données », le législateur a adopté une formulation très souple, qui permet d'appliquer le droit exclusif de reproduction à plusieurs formes de copies numériques d'œuvres protégées.

Ainsi, tombent notamment sous le coup du droit exclusif de reproduction de l'auteur :

- le scannage d'une œuvre³²⁹ et son stockage sur un support informatique³³⁰,

³²⁵ du droit exclusif d'utilisation de son auteur.
ATF 133 III 473 (481), Barrelet/Egloff n. 20a ad art. 19, Ruedin, commentaire, nbp 22 et n. 63 ad art. 19.

³²⁶ Voir première partie, section 2, chiffre 2.7.

³²⁷ Voir, plus en détails, section 3, chiffre 2.1. ci-dessous.

³²⁸ L'article 9 chiffre 1 CB prévoit que ce droit vise les reproductions effectuées « de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ».

³²⁹ AH Berne, 21.05.2001, sic! 2001, p. 613 ss (617), ZG Bâle-Ville, 19.06.2002, sic! 2003, p. 217 ss (221 s.), Barrelet/Egloff n. 12 ad art. 10, de Werra, contenus, p. 62, Rehbinder/Viganò n. 8 ad art. 10 URG, Rohn nbp 715, Spacek p. 200, von Büren n. 302, Weber, Recht, p. 268. Voir aussi TGI Paris, 18.12.2009, n. *JurisData* 2009-016553. En droit allemand, voir Adolphsen/Mutz p. 791, Bohne/Elmers p. 588, Ott, Google, p. 564. Burmeister considère (p. 81) que le scannage d'une œuvre, considéré indépendamment de l'enregistrement qui suit dans la mémoire de l'ordinateur, n'en constitue pas en soi une reproduction (voir aussi Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 673).

³³⁰ Par exemple un disque dur ou un cd-rom. Voir AH Berne, 21.05.2001, sic! 2001, p.

- son téléchargement sur Internet³³¹,
- son chargement sur un serveur³³².

La formulation très générale du texte légal ne permet pas, en elle-même, de déterminer si les copies temporaires engendrées par la simple consultation de ressources mises en ligne sur Internet³³³ en constituent des reproductions au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA.

Cette question a divisé la doctrine jusqu'à la révision de 2007. La discussion a principalement porté sur la qualification juridique des copies éphémères effectuées en mémoire RAM sur le système de l'utilisateur³³⁴, avant que le Tribunal fédéral ne juge que ces copies ne tombent pas sous le coup du droit exclusif de reproduction de l'auteur, puisqu'elles ne peuvent pas être

613 ss (617), Barrelet/Egloff n. 12 ad art. 10, Baumgartner p. 48 s., Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 672, Bühler p. 157, cd-rom droit d'auteur, chap. 2.3, ch. 2.1.1.1., Cherpillod, commentaire, n. 10 ad art. 10 et contenu, p. 263, de Werra, contenus, p. 62, Dehmer n. 10, Dessemontet, propriété, n. 112, Rehbinder/Viganò n. 8 ad art. 10 URG, Salvadé, nuage, p. 162, Tissot, Internet, p. 27, von Büren n. 302, Weber, Recht, p. 268, Widmer/Bähler, Internet, p. 113. Voir aussi la Déclaration commune concernant l'art. 1 al. 4 WCT, ainsi que Larrieu p. 13 s., Lucas, propriété, n. 260.

³³¹ *Downloading*. AH Berne, 21.05.2001, sic! 2001, p. 613 ss (617), Barrelet/Egloff n. 12 ad art. 10, Baumgartner p. 199 s., Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 672 s., Bühler p. 158 s., de Werra, contenus, p. 62, Gilliéron, Internet, n. 392, Legler p. 24, Nobel/Weber n. 65 ad chap. 11, Pfortmüller n. 5 ad art. 10, Rehbinder, Urheberrecht, n. 120, Rehbinder/Viganò n. 8 ad art. 10 URG, Rigamonti, Eigengebrauch, p. 280, Ruedin/Tissot p. 420, Salvadé, nuage, p. 162 et information, p. 7 s., von Büren n. 302, Weber, Recht, p. 268, Widmer/Bähler, Internet, p. 115.

³³² *Uploading*. AH Berne, 21.05.2001, sic! 2001, p. 613 ss (617), Auf der Maur/Meyer p. 197, Barrelet/Egloff n. 12 ad art. 10, Bu, Internet, p. 55, Bühler p. 157, cd-rom droit d'auteur, chap. 1.2, ch. 2., Cherpillod, commentaire, n. 10 ad art. 10, de Werra, contenus, p. 62, Gilliéron, Internet, n. 392, Glarner, Internet, p. 97 s., Nobel/Weber n. 65 ad chap. 11, Pfortmüller n. 5 ad art. 10, Rehbinder/Viganò n. 8 ad art. 10 URG, Rohn p. 157, Salvadé, nuage, p. 162 et information, p. 7, Tissot, édition, p. 211 s., von Büren n. 302, Weber, Recht, p. 268. A l'étranger, voir notamment Klett p. 74, Larrieu p. 16, Lucas, propriété, n. 260, Reinemann/Remmert p. 223. L'*uploading* peut donc constituer à la fois une reproduction et une mise à disposition d'une œuvre protégée (voir chiffre 1.3. ci-dessous et Salvadé, nuage, p. 162).

³³³ Voir première partie, section 2, chiffre 2.7.

³³⁴ Voir par exemple, considérant que ces copies tombent sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA, Dessemontet, traité, n. 222, Gilliéron, Internet, n. 361, Häuptli p. 168, Renold p. 98, et de l'avis contraire, Bühler p. 159 ss, Cherpillod, contenu, p. 263 ss et Schranken p. 267. La question fut également très discutée à l'étranger (voir notamment Burmeister p. 101 ss, Klett p. 116 ss, Ott, Linking, p. 297 ss, Reinstadler n. 21 ss).

réutilisées et font partie intégrante du processus de transmission de l'œuvre³³⁵.

La révision de 2007, avec l'adoption de l'article 24a LDA, a permis de clarifier la question : en droit positif, une interprétation systématique mène à la conclusion que l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA vise toutes les copies causées par la simple consultation de pages *web*, mais que ces copies sont exemptées par l'article 24a LDA³³⁶.

Le droit de reproduction prévu par la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur est lui aussi très large : l'article 2 dispose en effet que « les Etats membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie : (a) pour les auteurs, de leurs œuvres ». En droit européen, le droit de reproduction s'applique donc aussi aux copies en mémoire RAM³³⁷.

1.3. Le droit de communication

L'article 10 alinéa 2 lettre c LDA confère à l'auteur le droit exclusif « de réciter, de représenter et d'exécuter l'œuvre, de la faire voir ou entendre en un lieu autre que celui où elle est présentée et de la mettre à disposition, directement ou par quelque moyen que ce soit, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

Ces prérogatives englobent dans leur portée le droit de communication au public de l'article 8 WCT³³⁸, repris dans l'article 3 paragraphe 1 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur. Nous les regrouperons, comme Cherpillod³³⁹, sous l'expression de « droit de communication ».

La mise en ligne d'une œuvre protégée sur Internet en libre accès, lorsque l'utilisateur peut déterminer le moment de sa consultation, en constitue une mise à disposition au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA³⁴⁰. Le simple

³³⁵ ATF 133 III 473 (481 s.).

³³⁶ Voir section 3, chiffre 4.6. ci-dessous.

³³⁷ Voir aussi, pour les copies transitoires dans un décodeur et sur un écran de télévision, CJUE, 4.10.2011, C-403-08 et C-429/08, n. 159.

³³⁸ Barrelet/Egloff n. 22a ad art. 10, de Werra, contenus, p. 68, Salvadé, responsabilité, nbp 37, gestion, p. 100 et information, p. 8.

³³⁹ Cherpillod, commentaire, titre II.-C. ad art. 10.

³⁴⁰ Message nLDA p. 3293 s., Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 672 et 674, Cherpillod, commentaire, n. 25 ad art. 10, Hürlimann, Internet, p. 47, Rehbinder/Viganò n. 19 ad art. 10 URG, Salvadé, nuage, p. 162, von Büren n. 305, Weber, Recht, p. 270. En droit allemand, voir notamment BGH, 12.11.2009, I ZR 166/07, n. 18 ss, Conrad, Links, p. 306, Dreier n. 6a ad § 19a, Ott, Haftung, p. 558 et

chargement d'une œuvre sur un serveur, indépendamment du fait qu'elle soit accessible par le truchement de liens internes depuis un site *web*, en constitue déjà une mise à disposition³⁴¹. Tel est aussi le cas de l'offre d'une œuvre protégée sur un réseau *peer-to-peer*³⁴².

Selon une partie de la doctrine, la *transmission* d'une œuvre à l'utilisateur, occasionnée par la consultation de la page *web* sur laquelle elle figure ou par un téléchargement subséquent, tombe elle aussi sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA³⁴³.

Cherpillod, qui était du même avis avant la révision de 2007³⁴⁴, considère que l'introduction explicite du droit de mise à disposition dans l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA a modifié la situation : dorénavant, seule la mise à disposition d'une œuvre protégée, réalisée par sa mise en ligne, tomberait sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA³⁴⁵. En d'autres termes, la

Linking, p. 321, Schulze, Inhalt, p. 4. Voir aussi Ginsburg, right, p. 5 s. Avant la révision de 2007 (RO 2008 2421), la doctrine était divisée au sujet de la qualification de la mise à disposition d'œuvres protégées sur Internet : certains auteurs considéraient qu'elle tombait sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre b LDA, tandis que d'autres considéraient déjà qu'elle tombait sous le coup de la lettre c. L'introduction explicite du droit de mise à disposition a réglé la question.

³⁴¹ Voir notamment OLG Hambourg, 8.02.2010, 5 W 5/10, n. 21 ; voir aussi Lederer.

³⁴² Voir notamment EWHC, 20.02.2012, [2012] EWHC 268 (Ch), n. 69, OLG Cologne, 23.12.2009, 6 U 101/09, II-2, ALAI p. 3, Dreier n. 6a ad § 19a, Gaertner/Frank p. 454, Ginsburg, right, p. 10, Nordemann/Dustmann p. 380, Schulze, Inhalt, p. 4, Schwartmann p. 9, Sommer/Brinkel p. 69, Weber, Recht, p. 317, Wolter n. 79 s.

³⁴³ Voir notamment, après la révision de 2007, Barrelet/Egloff n. 22 ad art. 10 (qui écrivent, se référant au message du Conseil fédéral cité ci-dessous, que « la consultation à distance sur écran » d'une œuvre protégée tombe sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA ; nous supposons qu'ils visent ici l'acte de transmission et non la consultation par l'utilisateur). Voir aussi Beranek Zanon/De la Cruz Böhlinger p. 673 s. En 1989, le Conseil fédéral précisait déjà que l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA « règle certaines formes de diffusion immatérielle des œuvres, comme par exemple [...] un système de réseau diffusant un programme d'ordinateur » (Message LDA p. 514). La transmission d'une œuvre sur Internet est parfois considérée comme une distribution au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre b LDA (voir AH Berne, 21.05.2001, sic! 2001, p. 613 ss (617), Gilliéron, numérique, p. 770 et Internet n. 365, ainsi que Salvadé, responsabilité, p. 86, Tissot, édition, p. 212 (en cas d'enregistrement durable chez l'utilisateur)). A notre avis, le droit de distribution vise plutôt le transfert d'œuvres protégées incorporées à des supports matériels (en droit européen, voir le considérant 28 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur, ainsi que Synodinou, history, p. 223). Quelle que soit la qualification donnée à la transmission, il était en tout cas admis avant la révision qu'il s'agissait d'une utilisation au sens de l'article 10 LDA (voir cd-rom droit d'auteur, chap. 1.2, ch. 2.).

³⁴⁴ Cherpillod, contenu, p. 270 et complicité, p. 240.

³⁴⁵ Voir Cherpillod, commentaire, n. 22 et 24 ad art. 10.

transmission étant une conséquence de la mise à disposition, elle serait « absorbée » par l'acte de mise à disposition³⁴⁶.

Nous ne partageons pas cette interprétation, et considérons plutôt que la mise à disposition d'une œuvre protégée et sa transmission constituent deux actes distincts de communication, qui tombent tous deux sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA. Il n'existe à notre avis aucun motif de considérer que l'acte de mise à disposition devrait « absorber » les transmissions ultérieures.

Le droit exclusif de mise à disposition faisait déjà partie des prérogatives incluses dans l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA avant d'y être expressément introduit³⁴⁷. La simple clarification que constitue son introduction explicite dans cette disposition ne doit pas modifier la qualification juridique des transmissions d'œuvres protégées sur Internet.

A notre avis, en droit positif, les transmissions d'une œuvre protégée à l'utilisateur lorsque ce dernier consulte une page *web* ou effectue des téléchargements subséquents constituent donc également des communications relevantes en droit d'auteur.

Dans le même sens, l'article 8 WCT précise bien que « les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ». Le droit exclusif prévu par cette disposition couvre tant la mise à disposition d'une œuvre protégée que ses transmissions ultérieures³⁴⁸.

Il en va de même en droit européen, où l'article 3 paragraphe 1 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur, qui reprend la formulation de l'article 8 WCT, a la même portée³⁴⁹.

En Allemagne, dans le même sens, la doctrine majoritaire considère également que la mise à disposition d'une œuvre protégée et sa transmission

³⁴⁶ Dans le même sens, avant la révision, voir Salvadé, responsabilité, p. 86 s.

³⁴⁷ Voir Barrelet/Egloff n. 22a ad art. 10, Cherpillod, commentaire, n. 25 ad art. 10, Salvadé, information, p. 8, Tissot, révision, p. 3 et édition, p. 211 s.

³⁴⁸ Voir aussi, à ce sujet, Brunet p. 908 ss, Schack, Übermittlung, p. 641, ainsi que ECS n. 21 et réf. citée.

³⁴⁹ Voir consid. 23 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur, qui précise que le droit de communication au public « couvre toute transmission [...] d'une œuvre au public ». Voir aussi CJUE, 4.10.2011, C-403/08 et C-429/08, n. 193, ECS n. 9, 15, 23 ss et réf. citées, Poll p. 477 s.

ultérieure tombent toutes deux sous le coup du paragraphe 19a UrhG³⁵⁰.

Ainsi, celui qui met en ligne une œuvre protégée sans droit viole le droit exclusif de communication de son auteur non seulement par l'acte initial de mise à disposition, mais aussi lors de chaque transmission subséquente de l'œuvre aux utilisateurs.

1.4. Le droit de diffusion

L'article 10 alinéa 2 lettre d LDA prévoit le droit exclusif « de diffuser l'œuvre par la radio, la télévision ou des moyens analogues ». Sur Internet, cette disposition vise les services de diffusion linéaire de chaînes de radio et de télévision³⁵¹.

La mise à disposition d'une œuvre sur le réseau, lorsque l'utilisateur détermine le moment de l'utilisation offerte, n'en constitue pas une diffusion au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre d LDA, car la notion ne s'applique qu'aux transmissions *simultanées* d'une ressource à un nombre illimité de personnes³⁵².

1.5. Le droit de faire voir ou entendre une œuvre

Selon l'article 10 alinéa 2 lettre f LDA, l'auteur a le droit exclusif « de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition, diffusées ou retransmises ».

Cette disposition vise traditionnellement la réception en dehors du cercle privé d'une œuvre diffusée ou retransmise³⁵³. On songera par exemple au restaurateur qui offre à ses clients la possibilité de suivre des émissions télévisées, au grand magasin qui permet à sa clientèle d'écouter de la musique, ou encore au dentiste ou au coiffeur qui travaillent le poste allumé³⁵⁴.

³⁵⁰ Voir notamment Dreier n. 1 et 6a ad § 19a, Ott, Haftung, p. 558 et Google, p. 564, Poll p. 478 s., Schack, Übermittlung, p. 640 s. Voir aussi Conrad, Links, p. 310, Ullrich p. 853, ainsi que les réflexions de Schulze, Inhalt, p. 8 s.

³⁵¹ Voir Barrelet/Egloff n. 26a ad art. 10, Cherpillod, commentaire, n. 36 s. ad art. 10, Rohn p. 158, Weber, Recht, p. 270 s.

³⁵² Voir Barrelet/Egloff n. 26 ad art. 10, Bühler p. 192 s., Cherpillod, commentaire, n. 33 ss ad art. 10, de Werra, contenus, p. 68, Gilliéron, Internet, n. 369 et numérique, p. 774, Rohn n° 719, Weber, Recht, p. 270 s., Widmer/Bähler, Internet, p. 117.

³⁵³ Voir Cherpillod, commentaire, n. 46 ss ad art. 10.

³⁵⁴ Voir ATF 139 IV 11 (14), Barrelet/Egloff n. 37 ad art. 10, Cherpillod, commentaire, n. 48 ad art. 10, von Büren n. 308. En droit européen, certains de ces actes peuvent tomber sous le coup du droit de communication au public de l'article 3 paragraphe 1 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur (voir notamment consid. 23 de la

Depuis la révision de 2007, elle s'applique aussi aux œuvres mises à disposition sur Internet³⁵⁵, conférant à l'auteur le droit exclusif de les « faire voir ou entendre ».

Comme l'explique le Conseil fédéral, « de la même manière que l'on peut faire voir ou entendre des émissions par le biais d'un écran, par exemple dans un restaurant, on peut faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition à un cercle de personnes autre que celui pour lequel l'usage à des fins privées est autorisé. Dans ce sens, l'acte de faire voir ou entendre des œuvres, que ce soit à la suite d'une diffusion, d'une retransmission ou d'une mise à disposition par le biais de services à la demande, constitue une utilisation secondaire, qui relève du droit exclusif de l'auteur »³⁵⁶.

Contrairement à ce qu'affirme Häuptli³⁵⁷, l'article 10 alinéa 2 lettre f LDA ne vise à notre avis pas la simple consultation d'une page *web* par l'utilisateur. Comme certains auteurs l'ont précisé en relation avec l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA³⁵⁸, la notion de « faire voir ou entendre » vise celui qui communique une œuvre, et non celui qui ne fait que l'afficher sur son écran pour son usage personnel.

On précisera enfin que cette disposition « suppose l'absence d'installation supplémentaire entre le poste récepteur et les utilisateurs » et ne vise donc notamment pas « le cas de l'hôtelier dont les clients ont la possibilité de regarder la télévision »³⁵⁹.

2. Les droits moraux

2.1. Le droit de divulgation

Selon l'article 9 alinéa 2 LDA, l'auteur « a le droit exclusif de décider si, quand, de quelle manière et sous quel nom son œuvre sera divulguée ».

L'alinéa 3 précise qu'« une œuvre est divulguée lorsqu'elle est rendue accessible pour la première fois, par l'auteur ou avec son consentement, à un

Directive (« ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication »), et CJUE, 4.10.2011, C-403-08 et C-429/08, n. 183 ss, spéc. 207 ; cet aspect de l'arrêt est présenté par Bonadio/Santo p. 277 ss).

³⁵⁵ Voir Cherpillod, commentaire, n. 47 ad art. 10.

³⁵⁶ Message nLDA p. 3294.

³⁵⁷ Häuptli p. 169.

³⁵⁸ Voir notamment Govoni/Gasser p. 250.

³⁵⁹ ATF 139 IV 11 (14). Voir aussi Barrelet/Egloff n. 37 ad art. 10, Pfortmüller n. 13 ad art. 10.

grand nombre de personnes ne constituant pas un cercle de personnes étroitement liées au sens de l'art. 19, al.1, let. a »³⁶⁰.

On considère que l'œuvre est divulguée lorsque l'auteur la met à disposition d'un cercle de personnes qu'il ne peut plus contrôler³⁶¹, sauf si elles sont étroitement liées entre elles³⁶².

Pour qu'il y ait divulgation, il n'est pas nécessaire que le public ait effectivement pris connaissance de l'œuvre protégée : il suffit qu'elle lui ait été rendue accessible³⁶³. En outre, une œuvre divulguée à l'étranger est considérée comme l'étant également en Suisse³⁶⁴.

Enfin, l'œuvre n'est divulguée que si l'auteur a consenti à ce qu'elle soit rendue accessible au public³⁶⁵. Le consentement n'est soumis à aucune forme et peut être donné de manière tacite³⁶⁶. Par exemple, lorsqu'il vend son tableau, un artiste admet implicitement qu'il soit divulgué, sauf convention contraire³⁶⁷. De même, la remise par un journaliste d'un article à son employeur indique en principe qu'il accepte que le produit de son travail soit divulgué³⁶⁸. Par contre, l'auteur qui fait réparer son ordinateur en laissant une œuvre sur son disque dur ne donne pas son consentement implicite à ce qu'elle soit divulguée.

Sur Internet, la mise à disposition d'une œuvre sur un serveur par l'auteur ou avec son consentement en constitue déjà une divulgation³⁶⁹.

³⁶⁰ Sur la notion de « cercle de personnes étroitement liées », voir section 3, chiffre 3.1. ci-dessous. Pour une présentation détaillée du droit de divulgation, voir Rigamonti, Urheber, p. 223 ss, Ruedin, auteur, n. 346 ss.

³⁶¹ Message LDA p. 513, Braun p. 68, Gasser/Morant p. 232, Hug, URG, n. 28 ad art. 9, Macciachini, Urheberrecht, p. 116 s., Philippin n. 34 ad art. 9, Rehbinder, Urheberrecht, n. 133, Rehbinder/Viganò n. 13 ad art. 9 URG, Rigamonti, Urheber, p. 229, Ruedin, auteur, n. 359, Seemann p. 146 s. Sur la notion de « grand nombre de personnes », voir aussi Philippin n. 34 ss ad art. 9, Rigamonti, Urheber, p. 228 ss, Ruedin, auteur, n. 358 ss.

³⁶² Philippin n. 38 ad art. 9.

³⁶³ Barrelet/Egloff n. 24 ad art. 9, Cherpillod, Schranken, p. 268, Gasser, Eigengebrauch, p. 43 s., Hug, URG, n. 29 ad art. 9, Philippin n. 36 ad art. 9, Rigamonti, Urheber, p. 230 s., Ruedin, auteur, n. 370, Seemann p. 145 s.

³⁶⁴ Barrelet/Egloff n. 25 ad art. 9, Cherpillod, Schranken, p. 268, Ruedin, auteur, n. 380.

³⁶⁵ Barrelet/Egloff n. 26 ad art. 9, Hug, URG, n. 30 ad art. 9, Rigamonti, Urheber, p. 232, Seemann p. 148.

³⁶⁶ Hug, URG, n. 31 ad art. 9, Rigamonti, Urheber, p. 233, Ruedin, auteur, n. 375.

³⁶⁷ Voir Barrelet/Egloff n. 21 ad art. 9, Hug, URG, n. 31 ad art. 9, Ruedin, auteur, n. 375 ; voir aussi, plus nuancés, Rehbinder/Viganò n. 17 ad art. 9 URG.

³⁶⁸ Voir Barrelet/Egloff n. 21 ad art. 9.

³⁶⁹ Bu, Internet, p. 55, Bühler p. 223, Gasser, Eigengebrauch, p. 45 s., Philippin n. 36 ad art. 9, Ruedin, auteur, n. 364. Voir aussi CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copie>

2.2. Le droit de paternité

Le droit de paternité se fonde sur l'article 9 alinéa 1 *in fine* LDA, qui dispose que l'auteur a « le droit de faire reconnaître sa qualité d'auteur » et sur l'alinéa 2, selon lequel « il a le droit exclusif de décider [...] sous quel nom son œuvre sera divulguée ».

Le droit de paternité se définit comme le droit de choisir le nom sous lequel l'on souhaite apparaître comme auteur³⁷⁰, mais aussi le droit d'opter pour l'anonymat³⁷¹.

Il implique le droit de faire indiquer le nom choisi lors de toute utilisation de l'œuvre, au sens de l'article 10 LDA, et notamment de le faire figurer sur chaque exemplaire lorsqu'elle est reproduite³⁷². Ce droit existe aussi lorsque l'œuvre n'est que partiellement utilisée, par exemple dans le cadre d'une citation au sens de l'article 25 LDA³⁷³.

Lorsqu'une œuvre n'est pas utilisée, au sens de l'article 10 LDA, mais qu'elle n'est que mentionnée, l'auteur ne peut exiger que son nom soit indiqué³⁷⁴. Les libertés de communication impliquent en effet la liberté de mentionner une œuvre sans avoir à préciser le nom de son auteur³⁷⁵.

La manière d'indiquer le nom dépend, en l'absence de convention entre l'auteur et l'utilisateur, des usages dans le domaine en cause et des

presse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>, n. 40, Féral-Schuhl n. 71.21, Klett p. 95, Lucas, propriété, n. 518. Rigamonti (Urheber, p. 229) paraît considérer, à notre avis à tort, qu'une œuvre n'est pas divulguée lorsque son URL n'est connue que par un petit nombre de personnes.

³⁷⁰ Nom véritable, initiales ou pseudonyme.

³⁷¹ Alder p. 334 s., Barrelet/Egloff n. 10 ad art. 9, Braun p. 60, cd-rom droit d'auteur, chap. 2.3, ch. 2.2.1., de Werra, moral, p. 531, Hug, URG, n. 15 et 18a ad art. 9, Macciachini, Urheberrecht, p. 118, Nobel/Weber n. 69 ad chap. 11, Philippin n. 13 ad art. 9, Rehinder, Urheberrecht, n. 135, Rehinder/Viganò n. 6 s. ad art. 9 URG, Rigamonti, Urheber, p. 259 et 262, Seemann p. 151, von Büren n. 316.

³⁷² Voir Barrelet/Egloff n. 11 ad art. 9, Braun p. 60, Macciachini, Urheberrecht, p. 118, Nobel/Weber n. 69 ad chap. 11, Philippin n. 14 ad art. 9.

³⁷³ Barrelet/Egloff n. 12 ad art. 9, Seeman p. 154. Sur le droit de citation, voir section 3 chiffre 5. ci-dessous.

³⁷⁴ Dans le même sens, mais nuancés, voir Macciachini, Urheberrecht, p. 119 s. et Seemann p. 154 s., qui reconnaissent le principe de manière générale. Voir aussi, en Allemagne, BGH, 24.05.2007, I ZR 42/04, n. 35. *Contra* : Rehinder, Urheberrecht, n. 134.

³⁷⁵ Sur les libertés de communication, voir synthèse, section 4, chiffre 2.3. Seemann (p. 154 s.) fait quant à lui reposer ce principe sur des motifs de sécurité du droit.

circonstances pratiques dans lesquelles l'œuvre est utilisée³⁷⁶.

Sur Internet, la nécessité d'indiquer le nom de l'auteur doit à notre avis être nuancée. Lorsque le titulaire d'un site reproduit une œuvre protégée, un lien activable³⁷⁷ sur le site de l'auteur ou des ayants droit, ou sur un site mentionnant la paternité de l'œuvre, ou même la simple mention des adresses URL correspondantes, peut suffire, suivant les circonstances, pour « faire reconnaître » la qualité d'auteur.

Le droit de paternité protège aussi le créateur d'une œuvre de toute usurpation de sa qualité d'auteur : il peut s'opposer à ce qu'un tiers soit désigné à tort comme auteur de l'œuvre qu'il a créée³⁷⁸, même lorsque l'œuvre n'est que mentionnée³⁷⁹.

Le droit de ne pas être désigné comme auteur d'une œuvre qu'on n'a pas créée³⁸⁰ était prévu dans l'ancienne LDA, mais n'a pas été repris dans la loi de 1992. Il ne protège pas les rapports entre un auteur et son œuvre, mais plutôt la personnalité de celui qui ne souhaite pas être désigné comme l'auteur d'une œuvre qu'il n'a pas créée. Il ne doit donc pas être rattaché aux droits moraux, mais repose sur les droits de la personnalité des articles 28 et suivants CC³⁸¹.

2.3. Le droit à l'intégrité

2.3.1. Introduction

Parmi les différents droits de l'auteur d'une œuvre protégée, le droit à l'intégrité de l'œuvre est celui qui apparaît comme le moins unifié sur le plan international.

L'article 6^{bis} CB dispose que l'auteur d'une œuvre a le droit « de s'opposer

³⁷⁶ Voir Barrelet/Egloff n. 11 ad art. 9, Philippin n. 14 ad art. 9, Rigamonti, Urheber, p. 261 s., Seemann p. 150 s.

³⁷⁷ Pour autant que le lien fasse apparaître la page référencée en remplacement de la page liante ou dans une nouvelle fenêtre.

³⁷⁸ Barrelet/Egloff n. 14 ad art. 9, Braun p. 60, Bühler p. 213, Hug, URG, n. 21 ad art. 9, Nobel/Weber n. 68 ad chap. 11, Philippin, n. 16 ad art. 9, Rehbindler, Urheberrecht, n. 134, Rehbindler/Viganò n. 5 ad art. 9 URG, Rigamonti, Urheber, p. 255, Schweizer, production, p. 161, Seemann p. 150, von Büren n. 317.

³⁷⁹ Rigamonti, Urheber, p. 256, Seemann p. 153 s.

³⁸⁰ Souvent appelé droit de « non-paternité ».

³⁸¹ Alder p. 341, Braun p. 60 s., de Werra, intégrité, n. 34, Dessemontet, traité, n. 290, Hug, URG, n. 24 ad art. 9, Macciachini, Urheberrecht, p. 120, Philippin n. 19 ad art. 9, Rehbindler, Urheberrecht, n. 134, Rehbindler/Viganò n. 5 ad art. 9 URG, Rigamonti, Urheber, p. 258, von Büren n. 317. *Contra* : Barrelet/Egloff n. 18 ad art. 9, Gaide p. 134.

à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation »³⁸².

Si certains Etats s'en tiennent à cette formule, d'autres confèrent une portée plus large au droit à l'intégrité³⁸³. Tel est notamment le cas de la France et de l'Allemagne.

En France, l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle reconnaît à l'auteur le « droit au respect [...] de son œuvre ». Ce dernier peut ainsi « s'opposer d'une part à toute modification portant atteinte à l'intégrité de l'œuvre, d'autre part à toute utilisation de l'œuvre portant atteinte à son esprit »³⁸⁴.

En Allemagne, le paragraphe 14 UrhG confère à l'auteur le droit de s'opposer aux atteintes de nature à compromettre les « intérêts légitimes, de nature intellectuelle ou personnelle qui sont les siens à l'égard de l'œuvre »³⁸⁵.

En droit suisse, le droit à l'intégrité de l'œuvre repose sur l'article 11 LDA. Selon l'alinéa premier de cette disposition, « l'auteur a le droit exclusif de décider :

- (a) si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être modifiée ;
- (b) si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être utilisée pour la création d'une œuvre dérivée ou être incorporée dans un recueil ».

2.3.2. Modification de l'œuvre

2.3.2.1. Principe

En principe, l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA vise toute modification d'une œuvre protégée, indépendamment de l'existence d'un préjudice, du but

³⁸² On précisera que cette disposition constitue la source principale des droits moraux en droit international (Rigamonti, *Urheber*, p. 178). Sur l'historique de cette disposition et sur le développement ultérieur des droits moraux dans les traités internationaux, voir Rigamonti, *Urheber*, p. 166 ss.

³⁸³ Voir Lucas, *auteur*, n. 475 ss.

³⁸⁴ Lucas, *auteur*, n. 475. Sur la notion d'« esprit de l'œuvre », voir Lucas, *propriété*, n. 546, Pollaud-Dulian p. 103 ss.

³⁸⁵ « *Der Urheber hat das Recht, eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten, die geeignet ist, seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden* ». Sur cette disposition, voir Lucas-Schloetter p. 49 ss, Ott, *Linking*, p. 285 ss, Schulze, *Kommentar*, n. 1 ss ad § 14 et URG, ad art. 11.

poursuivi, ou de l'importance et de l'effet des modifications apportées³⁸⁶.

2.3.2.2. Atteintes directes

L'auteur est protégé contre toute atteinte *directe* à son œuvre, réalisée lorsqu'une modification tangible est apportée à sa substance, donc à la forme sous laquelle elle apparaît³⁸⁷.

Par exemple, la copie partielle d'une œuvre³⁸⁸ ou sa reproduction de mauvaise qualité³⁸⁹ en constituent des modifications au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA. Tel est également le cas de la retouche d'une photographie³⁹⁰.

Par contre, la simple numérisation d'une œuvre³⁹¹ ou sa compression d'un format numérique à un autre³⁹² ne la modifient pas, pour autant que ces opérations n'entraînent pas une perte perceptible de qualité³⁹³.

2.3.2.3. Atteintes indirectes

En droit suisse, la doctrine admet très largement que le droit à l'intégrité permet aussi à l'auteur de s'opposer aux atteintes *indirectes* à l'intégrité de son

³⁸⁶ Sur ces points, voir ATF 114 II 368 (370), Barrelet/Egloff n. 4 ss ad art. 11, Braun p. 61, de Werra, intégrité, n. 46, Pfortmüller n. 3 ad art. 11, Philippin n. 6 ad art. 11, Seemann p. 140.

³⁸⁷ De Werra, intégrité, n. 50, Macciachini, Urheberrecht, p. 112 s., Rigamonti, Urheber, p. 283, Seemann p. 140. En droit allemand, l'auteur peut également s'opposer à toute modification de son œuvre (voir von Ungern-Sternberg, 2009, p. 275 s. et réf. citées).

³⁸⁸ Voir notamment de Werra, intégrité, n. 50 s. et réf. citées, Philippin, commentaire, n. 7 ad art. 11. Pour la copie partielle d'un texte, voir CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copiepresse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>>, n. 42. Pour l'échantillonnage numérique d'une œuvre musicale, voir de Werra, intégrité, n. 50 et réf. citées, ainsi que Larrieu p. 13.

³⁸⁹ De Werra, intégrité, n. 45.

³⁹⁰ De Werra, intégrité, n. 50.

³⁹¹ Barrelet/Egloff n. 6a ad art. 11, Beutler p. 59, Bühler p. 218 s., Glarner, Internet, p. 98 s., Pfortmüller n. 4 ad art. 11, Rigamonti, Urheber, p. 284, Ruedin, auteur, n. 401.

³⁹² Bühler p. 218 s., Gilliéron, Internet, n. 392, Glarner, Internet, p. 99, Rigamonti, Urheber, p. 284, Weber/Unternährer p. 1377. Sur la qualification de la reprise d'une œuvre sous forme d'imagette, voir troisième partie, section 4, chiffre 2.2.3.

³⁹³ Dans le même sens, voir Beutler p. 59, Bühler p. 219, Gilliéron, Internet, n. 392, Glarner, Internet, p. 99, Pfortmüller n. 3 ad art. 11, Philippin n. 7 ad art. 11, Rigamonti, Urheber, p. 284 et, en France, CA Paris, 14.03.2007, n. 06/03307, <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1926> (numérisation de dessins de Tintin, avec perte visible de qualité), TGI Paris, 13.07.2007, n. *JurisData* 2007-344340, p. 7 (diffusion d'une œuvre en « *streaming* »), Féral-Schuhl n. 71.32.

œuvre, résultant du contexte dans lequel elle est utilisée³⁹⁴.

En ce sens, de Werra considère qu'il existe une atteinte à l'intégrité de l'œuvre « dès lors que la présentation ou le contexte entourant l'œuvre "sont de nature à donner au public une idée inexacte de l'œuvre" »³⁹⁵. Le droit à l'intégrité est selon lui aussi touché si « l'œuvre, sans être modifiée, est présentée dans un contexte qui la déprécie ou la dénigre »³⁹⁶.

S'appuyant sur le droit exclusif d'utilisation de l'article 10 alinéa 1 LDA³⁹⁷, il considère même que l'auteur peut s'opposer à toute modification de « l'impression d'ensemble » qu'il « a cherché à exprimer dans son œuvre »³⁹⁸ et même, plus généralement encore, à « toute modification du contexte dans lequel l'œuvre est utilisée »³⁹⁹.

Renold et Contel, de manière moins large, admettent que l'auteur peut s'opposer à toute utilisation de l'œuvre protégée dans un contexte qui lui est « nuisible »⁴⁰⁰.

Le Tribunal fédéral a lui-même admis le principe selon lequel le droit à l'intégrité peut aussi sanctionner des atteintes indirectes⁴⁰¹.

A notre avis, ces interprétations de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA sont contestables. Selon son texte même, cette disposition ne vise en effet que les *modifications* d'œuvres protégées⁴⁰².

Lorsqu'une œuvre est présentée dans un contexte qui lui est nuisible ou qui, plus généralement, est propre à modifier l'« impression d'ensemble » que

³⁹⁴ Voir notamment Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 11, Braun p. 61 s., de Werra, intégrité, n. 52 ss et moral, p. 536, Gaide p. 155, Renold/Contel n. 28 ad art. 25, Rigamonti, Urheber, p. 283, Salvadé, responsabilité, p. 84, Seemann p. 140 s. *Contra* : Schweizer, production, p. 163 s. (apparemment) et réf. citées.

³⁹⁵ De Werra, intégrité, n. 52, citant Puttemans n. 11. Dans le passage cité, cette dernière se réfère uniquement à la CB et au droit italien.

³⁹⁶ De Werra, intégrité, n. 54.

³⁹⁷ De Werra, intégrité, n. 52.

³⁹⁸ De Werra, intégrité, n. 55. Voir aussi Braun p. 61 s., Seemann p. 140 s.

³⁹⁹ De Werra, intégrité, n. 56.

⁴⁰⁰ Renold/Contel n. 28 ad art. 25.

⁴⁰¹ ATF 131 III 480 (492 ss).

⁴⁰² Dans le même sens, Puttemans, pourtant citée par de Werra à l'appui de son interprétation (voir ci-dessus), souligne elle-même (n. 13 s.) que la loi belge en vigueur à l'époque, qui ne visait dans son texte, tout comme la LDA, que les « modifications », ne protégeait pas l'auteur contre les atteintes indirectes à son œuvre, et que « l'auteur belge victime d'une atteinte non constitutive d'une modification de son œuvre » devait donc « nécessairement baser son action sur l'article 6*bis* de la Convention de Berne », ce qui entraînait « des conséquences quant aux conditions d'exercice du droit » (n. 13).

l'auteur a cherché à exprimer, elle n'est pas pour autant modifiée.

A notre avis, une atteinte indirecte ne devrait pas tomber sous le coup de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA⁴⁰³. Il n'existe pour nous aucun motif justifiant de se livrer à une interprétation s'écartant du texte clair de la loi⁴⁰⁴.

On pourrait argumenter qu'une interprétation plus large s'impose en vertu de l'article 6^{bis} CB, qui prévoit un minima de protection supérieur, en conférant à l'auteur d'une œuvre le droit « de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ».

Le droit national doit certes être interprété d'une manière conforme au droit international⁴⁰⁵, et la Convention de Berne a pour objet de garantir une « protection minimale » que les Etats membres doivent accorder aux auteurs⁴⁰⁶.

Cependant, la législation nationale n'est « pas liée par le minimum de protection prévu par la Convention de Berne », elle est « libre de prévoir une protection moins étendue »⁴⁰⁷. La conséquence en sera simplement que les œuvres soumises au droit national bénéficieront d'une protection moins étendue que les œuvres protégées par la Convention⁴⁰⁸.

Une interprétation du droit national conforme à la Convention de Berne est certes « souhaitable »⁴⁰⁹, mais elle n'est pas obligatoire, encore moins lorsque le sens d'une disposition est clair.

Une atteinte indirecte n'est pas pour autant sans conséquence en droit suisse puisque, si une œuvre est utilisée, l'article 10 LDA reste applicable⁴¹⁰. En outre, si l'œuvre est présentée dans un contexte qui est nuisible à son auteur, il

⁴⁰³ La situation est différente en France et en Allemagne, où les dispositions visant le droit à l'intégrité, rédigées de manière plus ouverte (voir leur teneur sous chiffre 2.3.1. ci-dessus), visent aussi les atteintes indirectes.

⁴⁰⁴ On ne peut s'écarter du sens clair d'un texte légal que de manière exceptionnelle, notamment lorsque ce sens ne peut être celui qui a été voulu par le législateur (ATF 136 I 297 (299), Moor/Flückiger/Martenet p. 127 et réf. citées). Même une norme contraire à la Constitution, mais dont le sens est clair, ne peut être « corrigée » par voie d'interprétation pour ce seul motif (Moor/Flückiger/Martenet p. 128 et réf. citées).

⁴⁰⁵ Voir synthèse, section 4, chiffre 2.1.

⁴⁰⁶ Voir Auf der Maur/Meyer p. 199, Förster p. 188.

⁴⁰⁷ Ruedin, auteur, n. 220. Tel est par exemple le cas de l'article 5 LDA (voir Barrelet/Egloff n. 2 ad art. 5).

⁴⁰⁸ Sur ces points, voir Ruedin, auteur, n. 220 ss et réf. citées. Voir aussi Senftleben, copyright, p. 43 (« *this system has a privileging effect in favour of foreign authors if national legislation falls short of the minimum standard set out in the Convention* »).

⁴⁰⁹ Voir Ruedin, auteur, n. 435 et réf. citées.

⁴¹⁰ Voir chiffre 1. ci-dessus.

pourra aussi agir en se fondant sur les articles 28 et suivants CC⁴¹¹.

Si l'on devait admettre une interprétation large de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA, en considérant que la notion de « modification » vise aussi certaines atteintes indirectes, cette interprétation ne pourrait être effectuée que sur le plan civil, et non dans l'application de la disposition pénale correspondante, en raison du principe de légalité. L'article 67 alinéa 1 lettre c LDA ne sanctionne en effet lui aussi que celui qui « modifie une œuvre »⁴¹².

2.3.3. Création d'une œuvre dérivée

Le droit à l'intégrité protège l'auteur d'une œuvre contre son utilisation « pour la création d'une œuvre dérivée »⁴¹³.

L'article 3 alinéa 1 LDA définit l'œuvre dérivée comme « toute création de l'esprit qui a un caractère individuel, mais qui a été conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes reconnaissables dans leur caractère individuel »⁴¹⁴.

La qualification d'« œuvre dérivée » suppose que l'original soit « modifié sur le plan qualitatif », que la nouvelle œuvre découle d'une « activité individuelle autonome »⁴¹⁵. Par exemple, la simple intégration d'une œuvre sur

⁴¹¹ Dans le même sens, voir Macciachini/Oertli n. 26 ad art. 25, Schweizer, production, p. 164.

⁴¹² Voir les réflexions formulées sous section 3, chiffre 3.3.2. ci-dessous, également applicables ici.

⁴¹³ Article 11 alinéa 1 lettre b LDA. On parle en allemand de *Bearbeitungsrecht* (voir Bühler p. 217, Nobel/Weber n. 72 ad chap. 11, Rehbinder, Urheberrecht, n. 98, Rigamonti, Urheber, p. 280 ss, Seemann p. 141 s., Widmer/Bähler, Internet, p. 120). En Allemagne, le droit exclusif de confectionner des œuvres dérivées est prévu par le paragraphe 23 UrhG (voir à ce propos Schulze, URG, ad art. 11, ainsi que Loschelder p. 1078 ss).

⁴¹⁴ Une traduction ou une adaptation, par exemple, constituent des œuvres dérivées (art. 3 al. 2 LDA). Ainsi, la reprise d'un film en traduisant les sous-titres dans une autre langue et en modifiant sa bande sonore (comme dans l'état de fait de l'ATF 96 II 409, portant sur un film de *Charlie Chaplin*) en constitue une adaptation et, donc, une œuvre dérivée. Le résumé d'une œuvre en constitue une utilisation, qui tombe en principe sous le coup de l'article 10 LDA si les éléments repris sont individuels (voir Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 3, Macciachini/Oertli n. 19 et réf. citées). En présence d'une activité individuelle propre, le résumé peut constituer une œuvre dérivée (Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 3), ou même, si l'activité individuelle est suffisante, une libre utilisation (sur ce principe, voir ci-dessous ; en droit allemand, voir BGH, 1.12.2010, I ZR 12/08, n. 20 ss, Haberstumpf, Urheberrecht, p. 535 s. et Anmerkung, p. 159, Obergfell p. 210, Schippan p. 364 s. et 369, Slowinski p. 990).

⁴¹⁵ Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 3. Voir aussi Pfortmüller n. 6 ad art. 11, Rehbinder/Viganò n. 1 ad art. 3 URG.

un nouveau support ne crée pas une œuvre dérivée⁴¹⁶.

Selon la loi, pour qu'il y ait existence d'une « œuvre dérivée », l'œuvre originale doit être reconnaissable dans son caractère individuel au sein de la nouvelle œuvre. En d'autres termes, l'individualité qui a valu à l'objet antérieur d'être considéré comme une œuvre protégée doit apparaître dans la nouvelle œuvre pour qu'elle puisse être qualifiée d'œuvre dérivée⁴¹⁷.

Il n'y a pas de « création d'une œuvre dérivée », mais une libre utilisation d'une œuvre protégée quand le second créateur « ne fait que s'inspirer de l'œuvre d'autrui, par l'emprunt de quelques éléments individuels, de telle sorte que l'emprunt passe à l'arrière-plan de l'œuvre nouvelle, et que l'individualité des éléments copiés est diluée par celle de la création nouvelle »⁴¹⁸.

2.3.4. Incorporation dans un recueil

Aux termes de l'article 11 alinéa 1 lettre b LDA, l'auteur a le droit exclusif de décider « si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être utilisée pour [...] être incorporée dans un recueil »⁴¹⁹.

Le législateur protège ici l'auteur contre les influences du « voisinage forcé » avec les œuvres d'autres auteurs sur la perception de l'œuvre par le public⁴²⁰.

Ainsi, par exemple, l'intégration d'une chanson d'un groupe de rock dans

⁴¹⁶ Voir Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 3, qui citent les exemples de la copie d'une peinture sur un trottoir, ou de celle d'une statue dans un bas-relief.

⁴¹⁷ Message LDA p. 509, Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 3, Cherpillod, URG, n. 1 ad art. 3, Hochreutener n. 25.

⁴¹⁸ Cherpillod, commentaire, n. 7 ad art. 10. Sur ce principe, voir ATF 125 III 328 (332), 85 II 120 (128 s., reprise des personnages de *Sherlock Holmes* et du docteur *Watson* dans une pièce, résumé et critiqué par Gaide p. 99 ss), Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 3 et n. 12 ad art. 11, Cherpillod, commentaire, n. 7 ad art. 10, contenu, p. 268 s., réponses, n. 6 et thèse, n. 237 ss, Gaide p. 196 ss, Hochreutener n. 31, Hug, Urheberrecht, p. 164 ss, Macciachini, Urheberrecht, p. 131 ss, Pfortmüller n. 6 ad art. 11, Philippin n. 12 ad art. 11, Rehbindler/Viganò n. 1 ad art. 3 URG, Rigamonti, Urheber, p. 281 s., Tissot, contenu, p. 210, von Büren n. 271, Weber, Recht, p. 272, Widmer/Bähler, Internet, p. 120. Dessemontet conteste l'existence d'un droit de libre utilisation en droit positif, tout en admettant qu'il n'existe pas dans un tel cas de figure d'utilisation relevante en droit d'auteur (Dessemontet, commentaire, n. 12 ad art. 3 et traité, n. 400 ss). En droit allemand, le principe de libre utilisation est prévu au paragraphe 24 UrhG (voir à ce propos Schulze, URG, ad art. 11).

⁴¹⁹ Sur la notion de recueil, voir section 1, chiffre 2.7. ci-dessus.

⁴²⁰ Barrelet/Egloff n. 11 ad art. 11, de Werra, intégrité, n. 53.

une compilation de titres de groupes extrémistes⁴²¹, ou d'un poème romantique dans un recueil de textes pornographiques⁴²² peuvent tomber sous le coup de cette disposition.

⁴²¹ De Werra, intégrité, n. 53.

⁴²² Barrelet/Egloff n. 15 ad art. 11.

Section 3 - Les restrictions au droit d'auteur

1. Introduction

Les articles 19 à 28 LDA prévoient des restrictions aux droits conférés à l'auteur d'une œuvre protégée.

Trois d'entre elles sont importantes dans le cadre de notre étude : l'exception d'usage privé, l'exception de reproduction provisoire et le droit de citation⁴²³. Nous les présenterons après avoir formulé quelques considérations relatives à l'interprétation des restrictions en droit d'auteur.

On mentionnera également que l'article 5 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur prévoit une liste exhaustive d'exceptions et de limitations aux droits de reproduction, de communication au public et de distribution⁴²⁴. Cette uniformisation des restrictions au droit d'auteur a représenté une évolution très importante dans l'harmonisation du droit d'auteur dans l'Union européenne⁴²⁵.

2. L'interprétation des restrictions au droit d'auteur

2.1. Exceptions et limitations

En droit d'auteur, plusieurs intérêts à première vue divergents entrent en ligne de compte, dont ceux des auteurs à pouvoir décider de l'utilisation de leurs œuvres et à pouvoir en tirer de justes revenus, les intérêts de ceux qui souhaitent pouvoir utiliser ces œuvres et l'intérêt public, incluant notamment le progrès scientifique et le développement culturel, social et économique⁴²⁶.

⁴²³ D'autres exceptions, qui ne sont susceptibles de s'appliquer que dans des cas particuliers et ne concernent pas directement la problématique des hyperliens, ne seront pas abordées. Tel est notamment le cas de l'exception de comptes rendus d'actualité (art. 28 LDA).

⁴²⁴ Voir le considérant 32 de la Directive, ainsi que Egloff, *harmonisierung*, p. 745 s. et Spindler, *Urheberrecht*, p. 110. Les deux premiers paragraphes visent les exceptions au droit exclusif de reproduction. Le troisième vise aussi les exceptions au droit de communication au public. Le quatrième permet d'adopter certaines exceptions au droit de distribution. L'exception du premier paragraphe, qui s'applique à la reproduction provisoire (voir chiffre 4. ci-dessous), doit obligatoirement être intégrée dans la législation des Etats membres, tandis que celles des paragraphes suivants sont facultatives (Ott, *Linking*, p. 314).

⁴²⁵ Egloff, *harmonisierung*, p. 745 s.

⁴²⁶ Sur ces intérêts, voir notamment Message aLDA p. 186 s., Akester, *balance*, p. 372 s.,

Ces différents intérêts reposent sur des droits fondamentaux, dont pour l'auteur la garantie de la propriété de l'article 26 Cst. et pour les utilisateurs les libertés de communication des articles 16 et 17 Cst.⁴²⁷.

Par des dispositions qui confèrent des droits aux auteurs d'œuvres protégées, et par d'autres qui restreignent ces droits, les législations de droit d'auteur réalisent un compromis entre ces différents intérêts⁴²⁸.

Dans ce contexte, il apparaît que les restrictions au droit d'auteur s'analysent plus comme des « limitations » que comme des « exceptions », en ce sens qu'il n'y a pas de hiérarchie à adopter entre les intérêts des auteurs et ceux des utilisateurs et du public, qui reposent sur des droits constitutionnels de rang égal⁴²⁹. Dans une optique plus large, le droit d'auteur peut lui-même s'analyser comme une exception au principe général de liberté⁴³⁰.

Les exceptions au droit d'auteur constituent un outil qui permet au législateur de délimiter la portée du droit d'auteur, afin de maintenir un juste *équilibre* entre les intérêts des auteurs et ceux des tiers⁴³¹.

Dusollier n. 362 ss, Geiger, information, n. 6 ss et 18 ss, Geiger/Griffiths/Hilty p. 493 s., Girsberger p. 58 ss.

⁴²⁷ Voir synthèse, section 4, chiffres 2.3. et 2.5.

⁴²⁸ Voir notamment Message nLDA p. 3307 s., Dreier, n. 1 ad Vor § 44a, IViR p. 41, Pahud, Sozialbindung, p. 1, Senftleben, copyright, p. 5.

⁴²⁹ Sur ces points, voir Buydens p. 464, Gasser/Oertli n. 3a ss, Geiger, information, n. 220 ss, Interessenausgleich, p. 818 s. et Schranken, p. 82 ss, Macciachini, Urheberrecht, p. 41 s. et 47, Morant p. 43, Pahud, Sozialbindung, p. 109 s., Ruedin, auteur, n. 279 s. Voir aussi AIPPI, B, nbp 4, Pahud, Sozialbindung, p. 1, Rigamonti, Eigengebrauch, p. 281. Sur l'absence de hiérarchie entre les droits fondamentaux, voir aussi synthèse, section 4, chiffre 2.2.2. L'article 5 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur évoque des « exceptions et limitations », sans opérer de distinction explicite entre ces deux termes. Il est intéressant de noter que, dans le cadre de cette disposition, la CJUE interprète l'exception comme une « exclusion totale » d'un droit, et la limitation comme une restriction moins importante (27.06.2013, C-457/11 à C-460/11, n. 33 s.).

⁴³⁰ Voir Geiger, information, n. 220 (qui cite l'image d'« un îlot de droit exclusif dans une mer de liberté »), 222 et réf. citées, et rights, p. 272. On pourrait dès lors opposer à la théorie de l'interprétation restrictive des exceptions au droit d'auteur celle selon laquelle les droits conférés à l'auteur devraient eux-mêmes s'interpréter de manière étroite selon cette optique (voir notamment Geiger, remedies, p. 188 ss ; voir aussi CourEDH, 10.01.2013, 36769/08, n. 38, rappelant sa jurisprudence, selon laquelle la liberté d'expression « est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite »). Cette conception doit à notre avis elle aussi être rejetée, en raison du principe d'égalité de rang des droits fondamentaux (voir aussi, du même avis, Pahud, Sozialbindung, p. 107).

⁴³¹ Baumgartner p. 52 s., Correa p. 573, OMPI, survey, n. 67, Geiger, remedies, p. 193, Geiger/Griffiths/Hilty p. 493, Rapport AGUR12 p. 32, Ruedin, auteur, n. 12, 86 et 279

Comme l'écrit Macciachini, lorsque le législateur a recours à une disposition d'exception, il n'entend pas par là lui conférer un statut inférieur par rapport aux droits de l'auteur. Bien plutôt, il indique par cette démarche qu'il confère dans certaines circonstances une importance supérieure à la protection des intérêts des utilisateurs et des tiers⁴³².

La précision est importante en relation avec l'interprétation des restrictions au droit d'auteur : comme une partie de la doctrine, nous considérons que le principe général d'interprétation restrictive des exceptions⁴³³, couramment invoqué dans le cadre de l'interprétation des restrictions au droit d'auteur⁴³⁴ est à rejeter⁴³⁵.

et commentaire, n. 3 ad Intro art. 19-28. Voir aussi Dusollier n. 369, Girsberger p. 66, Wistrand p. 51 ss et, dans le même sens, ATF 131 III 480 (490), CJUE, 1.12.2011, C-145/10, n. 134, 4.10.2011, C-403-08 et C-429/08, n. 164, TPI Bruxelles, 13.02.2007, <<http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/223-1.pdf>>, p. 17, ainsi que le préambule du WCT et les considérants 14 et 31 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur. Pour des exemples des conséquences auxquelles peut mener une application déséquilibrée du droit d'auteur, voir la lettre ouverte du 19.04.2005 de Jeanne Doe au ministre français de la Culture, reproduite à l'adresse <<http://www.onpeutlefaire.com/forum/topic/4385-p2p-nayez-pas-peur/?hl=droit+d%27auteur>>, ou encore <<http://linksandlaw.blogspot.de/2013/02/video-vom-meteoriten-schauer-fur.html>> (vidéos de chutes de météorites filmées par des automobilistes n'ayant pas pu être mises en ligne sur *YouTube* (<<http://www.youtube.com>>) en raison des musiques diffusées par les radios des véhicules durant les enregistrements).

⁴³² Macciachini, Urheberrecht, p. 47. Voir aussi IFPI p. 4 (« il existe toute une série d'utilisations licites dans les domaines où le législateur a considéré que l'intérêt public de pouvoir utiliser librement des œuvres l'emportait sur les intérêts de l'auteur »), Ruedin, auteur, n. 279. Dans le même sens, voir encore CJUE, 1.12.2011, C-145/10, n. 135, Colin, auteur, p. 181 s.

⁴³³ Parfois appelé, dans un sens identique ou légèrement différent, principe d'interprétation « stricte » ou « étroite ».

⁴³⁴ Voir notamment cd-rom droit d'auteur, chap. 2.3, ch. 6.2. (pour l'art. 19 LDA), Cherpillod, Schranken, p. 265 (voir toutefois réponses, n. 8, où il précise que « le principe d'interprétation restrictive n'est pas reconnu par la jurisprudence »), Rehbindler, Urheberrecht, n. 141, Rehbindler/Viganò n. 8 ad art. 19 URG. A l'étranger, voir notamment CJUE, 17.01.2012, C-302/10, n. 27, 1.12.2011, C-145/10, n. 109, 16.07.2009, C-5/08, n. 56 s., BGH 29.04.2010, I ZR 69/08, n. 27, 24.01.2002, I ZR 102/99, p. 7, OGH, 3.10.2000, 4 Ob 224/00w, ZUM 2001, p. 574 ss (577), CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copiepresse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>>, n. 45, Caron, copie, Doutelepont p. 413, Ott, Linking, p. 380 s. et Thumbnails, nbp 43, Sirinelli, réseaux, p. 539.

⁴³⁵ Voir notamment Gasser/Oertli n. 15, Macciachini, Urheberrecht, p. 46 ss, Morant p. 42 s., Pahud, Sozialbindung, p. 109 ss, Rigamonti, Eigengebrauch, p. 284, Ruedin, auteur, n. 277 ss (considérant que le principe ne doit pas être utilisé « de manière schématique », n. 282). A l'étranger, voir BVerfG, 17.11.2011, 1 BvR 1145/11, n. 17 (rejetant le principe lorsqu'une exception repose sur un droit fondamental), Geiger,

Pour les mêmes raisons, le principe selon lequel, dans le doute, les dispositions du droit d'auteur doivent s'interpréter dans l'intérêt de l'auteur doit lui aussi être rejeté⁴³⁶.

Quand plusieurs interprétations sont possibles, l'interprète doit privilégier celle qui apparaît comme la plus juste en utilisant l'ensemble des méthodes d'interprétation traditionnelles⁴³⁷. Si elle existe, il doit privilégier celle qui améliore la position d'une des parties sans léser celle des autres⁴³⁸.

2.2. Le « test des trois étapes »

2.2.1. Généralités

Selon l'article 10 alinéa 1 WCT, « les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ».

Ce principe du « test des trois étapes », aussi appelé « triple test »⁴³⁹, fut introduit pour la première fois⁴⁴⁰ dans l'article 9 alinéa 2 de la Convention de Berne⁴⁴¹, puis repris, sous une forme élargie⁴⁴², notamment aux articles 13 ADPIC, 10 WCT et 5 paragraphe 5 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur.

Le test des trois étapes tel qu'inclus dans ces différentes dispositions n'est pas formulé de manière rigoureusement identique, et n'a pas dans tous les cas la

information, n. 225, Schranken, p. 77 ss et Interessenausgleich, p. 819, Leistner, limitations, p. 426 s. Le Tribunal fédéral précise lui-même, de manière générale, que « les dispositions d'exception ne doivent être interprétées ni restrictivement ni extensivement, mais conformément à leur sens et à leur but, dans les limites de la règle générale » (17.12.2009, 8C_898/2008, 4.1 et réf. citées).

⁴³⁶ Voir ATF 124 III 321 (331 s.), Cherpillod, URG, n. 1 ad art. 1, Geiger, information, n. 42, Macciachini, Urheberrecht, p. 47, Ruedin, auteur, n. 283 (défavorable à une utilisation de ce principe « de manière schématique ») et commentaire, n. 7 ad Intro. art. 19-28. *Contra* : Ott, Linking, p. 380 s. et Thumbnails, nbp 43.

⁴³⁷ Pahud, Sozialbindung, p. 111 s., Ruedin, commentaire, n. 7 ad Intro. art. 19-28. Voir aussi Gasser/Oertli n. 14.

⁴³⁸ Gasser/Oertli n. 12. Voir aussi Turner/Callaghan p. 38.

⁴³⁹ Ou, notamment, « *three-step test* » en anglais et « *drei-Stufen-Test* » en allemand.

⁴⁴⁰ Message nLDA p. 3286, Colin, œuvres, n. 581, Colin/Dusollier p. 284, Ficsor, WTO, p. 111 s., Senftleben, Internet, p. 45.

⁴⁴¹ Pour les restrictions au droit exclusif de reproduction.

⁴⁴² Pour les restrictions au droit exclusif de reproduction et aux autres types d'utilisations visés par les traités concernés.

même portée. Toutefois, la formulation du test dans la CB, dans l'ADPIC et dans le WCT, tous applicables à la Suisse, paraît suffisamment proche pour que ces dispositions puissent être interprétées conjointement⁴⁴³.

La finalité du test est « de veiller à un juste équilibre » entre les intérêts des auteurs, des utilisateurs et du public⁴⁴⁴. C'est en ce sens qu'il doit être interprété⁴⁴⁵.

Son objet est de définir, et donc de limiter, le cadre dans lequel le législateur peut prévoir des restrictions au droit d'auteur⁴⁴⁶. Il s'applique à toutes les restrictions au droit d'auteur⁴⁴⁷.

Les trois étapes sont cumulatives, chacune constituant une condition que toute exception doit satisfaire pour être conforme aux exigences du droit international⁴⁴⁸.

2.2.2. Certains cas spéciaux

La première étape du test, limitant les restrictions « à certains cas spéciaux », impose qu'une restriction prévue dans une législation nationale « soit clairement définie et ait une portée et une étendue restreintes »⁴⁴⁹.

En d'autres termes, elle « interdit la formulation de dispositions d'exception d'application générale »⁴⁵⁰.

⁴⁴³ Dans le même sens, voir Peukert, copyright, p. 161 s. Tel est à tout le moins le cas dans le cadre de la brève présentation du test à laquelle nous nous livrons ici et de l'utilisation restreinte que nous en ferons dans le cadre de notre travail. Pour un historique et une présentation des différentes versions du test des trois étapes, voir Geiger, copyright, p. 486 ss, Senftleben, Dreistufentests, p. 200 ss.

⁴⁴⁴ Message nLDA p. 3286. Voir aussi Girsberger p. 71, Senftleben, Dreistufentests, p. 205, Synodinou, interests, p. 840 ss.

⁴⁴⁵ Voir Geiger/Griffiths/Hilty p. 492 ss, Peukert, copyright, p. 162.

⁴⁴⁶ Il constitue ainsi une « restriction aux restrictions » du droit d'auteur (Senftleben, Dreistufentests, p. 200).

⁴⁴⁷ Voir Barrelet/Egloff n. 1a ad art. 19. Tel est également le cas en droit européen (article 5 paragraphe 5 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur).

⁴⁴⁸ Baumgartner p. 105, Bühler p. 244 s., Cohen Jehoram, restrictions, p. 361, Ficsor, WTO, p. 127, Förster p. 189 s., Masouyé n. 9.6., OMC n. 6.97, Peukert, copyright, p. 162, Ruedin, commentaire, n. 5 ad Intro. art. 19-28, Ruedin/Ruedin p. 799.

⁴⁴⁹ OMC n. 6.112. Voir aussi OMC n. 6.108 s., ATF 133 III 473 (485), Message nLDA p. 3286, Baumgartner p. 105, Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 679, Fangerow/Schulz p. 682, Ricketson p. 22, Ruedin/Ruedin p. 799.

⁴⁵⁰ Message nLDA p. 3286. Voir aussi ATF 133 III 473 (485), Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 679, Buydens/Dusollier n. 4, Lucas, propriété, n. 358, Rehbinder/Viganò n. 6 ad art. 19 URG, Ruedin/Ruedin p. 799.

Les droits des auteurs ne doivent pas être limités de manière arbitraire : toute restriction doit reposer sur des motifs justificatifs valables, comme, notamment, le respect des libertés fondamentales⁴⁵¹.

2.2.3. Exploitation normale

Selon les rapporteurs de l'OMC, l'« exploitation » d'œuvres se définit comme « l'activité par laquelle les titulaires du droit d'auteur usent des droits exclusifs qui leur ont été conférés pour tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres »⁴⁵².

La notion d'« exploitation normale », en raison de son caractère vague et subjectif, est difficile à définir et peut s'interpréter de diverses manières⁴⁵³. Il ressort clairement de son analyse que toutes les utilisations qui entrent dans le champ des droits exclusifs de l'auteur, même si elles impliquent un gain commercial, ne portent pas nécessairement atteinte à l'« exploitation normale » d'une œuvre protégée ; considérer le contraire reviendrait à restreindre exagérément la portée des exceptions au droit d'auteur⁴⁵⁴.

Selon les rapporteurs de l'OMC, une restriction entrave l'exploitation normale de l'œuvre si elle a pour effet d'autoriser des utilisations constituant « une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l'œuvre [...] et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles »⁴⁵⁵. Ils ajoutent que doivent aussi être prises en compte les formes d'exploitation potentielles « qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable »⁴⁵⁶.

D'autres auteurs interprètent ce concept de manière plus restrictive. Geiger, notamment, considère que seul le « noyau dur » de l'exploitation devrait être protégé⁴⁵⁷ et que, dans l'environnement numérique, le test ne devrait s'utiliser

⁴⁵¹ Voir aussi Ficsor, WTO, p. 129 ss, Senftleben, copyright, p. 152.

⁴⁵² OMC n. 6.165.

⁴⁵³ Voir Geiger, copy, p. 126 et copyright, p. 490, Peukert, copyright, p. 164, Ruedin/Ruedin p. 799, van den Bulck/Verbiest/Reynaud I-B-2. Comme l'écrit Lucas (propriété, n. 359), cette étape est celle qui a suscité les plus vives controverses dans l'interprétation du test des trois étapes. Pour le détail de l'interprétation de la notion d'« exploitation normale » par les rapporteurs de l'OMC, voir OMC n. 6.176 ss.

⁴⁵⁴ Voir OMC n. 6.167 et 6.182, Ruedin/Ruedin p. 800.

⁴⁵⁵ OMC n. 6.183. Voir aussi Ficsor, WTO, p. 137 s., Ruedin/Ruedin p. 800.

⁴⁵⁶ OMC n. 6.180. Voir aussi n. 6.185, et Ficsor, WTO, p. 137 s., Geiger, test, p. 691 ss (critique sur cette approche), Lucas, propriété, n. 359, Ruedin/Ruedin p. 799 s.

⁴⁵⁷ Geiger, exception, p. 81 (« *the "core" of the exploitation of the work* »). Voir aussi Baumgartner p. 109, Fangerow/Schulz p. 682, Senftleben, standard, p. 437 et copyright,

que comme un critère correctif, qui n'aurait pour effet que d'empêcher les atteintes les plus évidentes à l'exploitation de l'œuvre⁴⁵⁸.

Le Conseil fédéral, enfin, déduit simplement du concept d'« exploitation normale » que les restrictions doivent être soumises « à un examen de proportionnalité par rapport aux possibilités d'exploitation du droit d'auteur »⁴⁵⁹.

A titre d'exemple, Masouyé considère qu'une disposition prévoyant une licence obligatoire d'impression et de vente au public de livres porterait atteinte à leur exploitation normale⁴⁶⁰.

2.2.4. Préjudice injustifié aux intérêts légitimes

La notion d'« intérêts » de la troisième étape du test englobe les intérêts tant actuels que potentiels de l'auteur d'une œuvre protégée⁴⁶¹.

Sont « légitimes » les intérêts qui sont « justifiables au regard des objectifs qui sous-tendent la protection de droits exclusifs »⁴⁶².

Toutes les exceptions au droit d'auteur limitent par définition les droits de l'auteur, et sont ainsi susceptibles de lui causer un préjudice : seuls les préjudices qui apparaissent comme « injustifiés » sont visés par la troisième étape du test.

L'appréciation de ce qui est « injustifié » implique un examen de proportionnalité, en procédant à une mise en balance des intérêts des auteurs et de ceux des tiers⁴⁶³.

p. 187 ss.

⁴⁵⁸ Geiger, copy, p. 126 s.

⁴⁵⁹ Message nLDA p. 3286. Voir aussi ATF 133 III 473 (485), Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 680, Gasser/Oertli n. 16a, Rehbindler/Viganò n. 6 ad art. 19 URG. Dans le même sens, certains auteurs considèrent qu'il n'y a pas d'atteinte à l'exploitation normale lorsque les exceptions « reposent sur d'importantes considérations de valeur égale à celles qui sous-tendent la protection » (« *are based on important competing considerations* », Geiger/Griffiths/Hilty p. 495, traduction reprise de la version française du texte). *Contra* : Lucas, propriété, n. 359 et interprétation, p. 279 s.

⁴⁶⁰ Masouyé n. 9.7.

⁴⁶¹ Voir OMC n. 6.223, Ruedin/Ruedin p. 800, Senftleben, copyright, p. 217.

⁴⁶² OMC n. 6.224. Par exemple, « l'auteur ne peut mettre à néant le bénéfice d'une exception dans un but de censure » (Dusollier n. 568).

⁴⁶³ Voir Message nLDA p. 3286, ATF 133 III 473 (485 ss), OMC n. 6.225, Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 680, Colin/Dusollier p. 291, Gasser/Oertli n. 16a, Geiger, copyright, p. 490, remedies, p. 195 s. et test, p. 696, Ginsburg, WTO, p. 57, IViR p. 43, Ricketson p. 27, Senftleben, standard, p. 438 et copyright, p. 210 ss et

Par exemple, la photocopie d'un ouvrage ne cause pas un préjudice injustifié à son auteur, pas plus que celle d'un court article par un conférencier en vue de le lire durant sa conférence. Par contre, la copie à des milliers d'exemplaires d'une monographie éditée à faible tirage par une entreprise industrielle pour la distribuer à ses correspondants, ou la confection par un conférencier d'un très grand nombre d'exemplaires et leur distribution aux auditeurs causent un préjudice injustifié à l'auteur⁴⁶⁴.

Lorsqu'une exception cause un manque à gagner à l'auteur, le fait que la loi lui attribue une compensation financière équitable peut faire apparaître le préjudice comme justifié⁴⁶⁵. Par exemple, le Tribunal fédéral a considéré que la réalisation d'une revue de presse électronique au sein d'une entreprise à des fins d'information interne, effectuée contre rétribution, est compatible avec la troisième étape du test⁴⁶⁶.

2.2.5. Application du test

Le test des trois étapes s'adresse avant tout au législateur⁴⁶⁷. Les concepts qu'il utilise sont très généraux et subjectifs, et par conséquent susceptibles d'être compris de plusieurs façons⁴⁶⁸.

226 ss, Weber, Recht, p. 273, Zagouras p. 554.

⁴⁶⁴ Masouyé n. 9.8.

⁴⁶⁵ ATF 133 III 473 (486), Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 680, Cohen Jehoram, restrictions, p. 361, Ginsburg, WTO, p. 53, IViR p. 43, Lucas, propriété, n. 360, Peukert, copyright, p. 172, Ricketson p. 27, Senftleben, Dreistufentests, p. 205, copyright, p. 130 et standard, p. 435. Voir aussi, pour l'exception de copie privée, CJUE, 16.06.2011, C-462/09, n. 21 s.

⁴⁶⁶ ATF 133 III 473 (486 s.).

⁴⁶⁷ Voir le texte même des dispositions topiques de la CB, de l'ADPIC et du WCT, ainsi que Benabou, copie, p. 2 s., Cohen Jehoram, restrictions, p. 363 s., Colin, œuvres, n. 852 ss, Geiger, test, p. 689 (pour la CB), Johnson p. 266, Rigamonti, Eigengebrauch, p. 286. Par exemple, à propos de l'article 19 LDA, le Conseil fédéral écrit que « la précision des limites de cette restriction se fait également dans la perspective du test des trois étapes [...] auquel les Etats contractants doivent se conformer [...] dans l'aménagement des exceptions au droit d'auteur » (Message nLDA p. 3301 ; voir aussi, à propos de l'article 24a LDA, p. 3303). Concernant la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur, la situation est moins claire (voir Buydens/Dusollier n. 4, Cohen Jehoram, restrictions, p. 363 s., Colin, œuvres, n. 855 ss, Dusollier n. 562 s., Geiger, information, n. 305, copyright, p. 488 s. et test, p. 689 ss, Gotzen p. 23 ss, Koelman p. 407 s., Lucas, propriété, n. 362, Senftleben, copyright, p. 278 ss).

⁴⁶⁸ Comme l'exprime Masouyé (n. 9.6.), le test des trois étapes est une formule « dont l'interprétation est de nature à susciter les plus grandes divergences d'opinion, tant en doctrine qu'en jurisprudence ». Dans le même sens, voir Geiger, test, p. 684 et 688 et copy, p. 126, Geiger/Griffiths/Hilty p. 491 (« *highly abstract and imprecise* »),

Le test laisse une marge de manœuvre importante au législateur qui le transpose en droit interne⁴⁶⁹ et doit davantage s'appréhender comme une disposition cadre, un guide de politique législative que comme une norme d'application stricte⁴⁷⁰.

Il appartient donc en priorité au législateur, lorsqu'il prévoit des exceptions au droit d'auteur, de les confronter aux conditions du test.

Dans une certaine mesure, le test doit également être pris en compte par l'interprète⁴⁷¹, mais avec une grande prudence⁴⁷². A notre avis, il ne peut l'utiliser, lorsque plusieurs interprétations d'une disposition légale sont possibles, que pour écarter celles qui en constituent une violation manifeste.

En tous les cas, le test ne doit pas conférer à l'interprète, et encore moins au juge, un « pouvoir de révision des exceptions légales »⁴⁷³, ce qui le mènerait à clairement outrepasser son rôle⁴⁷⁴.

Ainsi, dans le cadre de notre travail, ce n'est qu'avec retenue et circonspection que nous utiliserons le test des trois étapes dans l'interprétation des exceptions au droit d'auteur.

Ginsburg, WTO, p. 57 s. (qui souligne le caractère « potentiellement manipulable » (« *potentially manipulable* ») de la deuxième condition et les « incertitudes interprétatives » (« *interpretative uncertainties* ») de l'examen de la troisième), Ruedin/Ruedin p. 799, Thomas p. 250 s. Voir aussi, pour le concept d'« exploitation normale », chiffre 2.2.3. ci-dessus.

⁴⁶⁹ Voir Ruedin/Ruedin p. 799 et réf. citées.

⁴⁷⁰ Geiger (information, n. 296) évoque un cadre qui laisse au législateur « une certaine marge de manœuvre quant à la mise en balance des différents intérêts », un « texte de compromis » qui « relève donc d'une grande flexibilité, permettant d'adapter les exceptions aux exigences sociales ». Fischman Afori, dans le même sens, écrit (doctrine, p. 86) que ce test constitue « *an open standard guideline, which can be interpreted narrowly or broadly, based on policy considerations and ideology* ».

⁴⁷¹ L'interprétation des normes de droit interne doit être conforme aux normes des traités internationaux ratifiés par la Suisse (voir synthèse, section 4, chiffre 2.1. et, pour les restrictions au droit d'auteur, Ruedin, commentaire, n. 6 ad Intro. art. 19-28).

⁴⁷² L'interprétation doit être « respectueuse de l'arbitrage réalisé en amont par le législateur entre les intérêts du public et le droit de l'auteur » (expression de Colin, œuvres, n. 893).

⁴⁷³ Expression de Benabou, copie, p. 5.

⁴⁷⁴ Dans le même sens, voir Benabou, copie, p. 5, Brinkel p. 72, Colin, auteur, p. 187 et œuvres, n. 891. La situation est différente si le triple test est directement intégré dans une législation nationale de droit d'auteur (voir Dusollier n. 562 s., Geiger, copie, p. 127 et adaptation, p. 418 s., Gotzen p. 27 s., IViR p. 57). Sur les problèmes que peut causer l'application du test des trois étapes par le juge, voir Colin, œuvres, n. 866 ss, Geiger, copyright, p. 489 s. et Lucas, propriété, n. 362, qui mentionnent notamment l'insécurité juridique qui en découle pour l'utilisateur, problématique sous l'angle du principe de légalité du droit pénal.

3. L'exception d'usage privé

« Le monopole conféré à l'auteur par le droit commun de la propriété littéraire et artistique[...] souffre quelques exceptions de bon sens pour permettre à chacun de se délecter des œuvres de ses auteurs préférés en les recopiant dans son journal intime, en les récitant à sa bien-aimée ou en les chantant sous sa douche... »

Larrieu p. 31

3.1. Généralités

Aux termes de l'article 19 alinéa 1 LDA, « l'usage privé d'une œuvre divulguée⁴⁷⁵ est autorisé ».

La lettre a précise que l'usage privé implique « toute utilisation à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents et amis ».

Cette disposition autorise notamment toutes les formes d'utilisations, au sens de l'article 10 LDA, d'une œuvre protégée⁴⁷⁶.

Elle ne s'applique qu'aux personnes physiques⁴⁷⁷.

Malgré le texte ambigu de la version germanophone de la loi⁴⁷⁸, l'usage « à des fins personnelles » ne se définit pas en fonction du lieu de l'utilisation, mais du but de l'utilisateur⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ Sur la notion d'« œuvre divulguée », voir section 2, chiffre 2.1. ci-dessus. L'usage, même privé, d'une œuvre non divulguée n'est pas couvert par l'exception d'usage privé et nécessite l'autorisation de l'auteur (ATF 120 IV 208 (212), Barrelet/Egloff n. 7a ad art. 19, Baumgartner p. 82, Cherpillod, Schranken, p. 268, Gasser, URG, n. 5 ad art. 19 et Eigengebrauch, p. 43).

⁴⁷⁶ Bühler p. 255, Cherpillod, Schranken, p. 269, Gasser, URG, n. 9 ad art. 19, Glarner, Internet, p. 78, Rehbindler/Viganò n. 11 ad art. 19 URG, Ruedin, commentaire, n. 28 ad art. 19. A l'étranger, la copie privée fait souvent l'objet de dispositions spécifiques, distinctes de celles relatives à d'autres formes d'utilisation (voir par exemple l'article 5 paragraphe 2 lettre b de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur).

⁴⁷⁷ Barrelet/Egloff n. 8 ad art. 19, Baumgartner p. 83, Bu, Internet, p. 71, Cherpillod, Schranken, p. 271, Egloff, Urheberrecht, p. 707, Gasser, URG, n. 6 ad art. 19 et Eigengebrauch, p. 50, Häuptli p. 107, Ruedin, commentaire, n. 17 ad art. 19, von Büren n. 340.

⁴⁷⁸ « *Werkverwendung im persönlichen Bereich* ».

⁴⁷⁹ Barrelet/Egloff n. 10 ad art. 19, Dessemontet, traité, n. 437 ss, Gasser, URG, n. 8 ad art.

Un cercle de personnes étroitement liées se définit comme « un groupe bien délimité de personnes physiques qui entretiennent des relations personnelles »⁴⁸⁰.

Une œuvre peut être utilisée « dans un cercle de personnes étroitement liées » même lorsqu'elle est transmise sur Internet, par exemple lorsqu'elle est envoyée dans un courriel⁴⁸¹.

Un usage peut être considéré comme privé même lorsqu'il est effectué dans un cadre commercial ou professionnel⁴⁸², mais, selon la doctrine majoritaire, seulement pour autant qu'il n'ait pas un but directement lucratif, donc qu'il ne procure pas en lui-même des recettes⁴⁸³.

On précisera également qu'il n'est pas nécessaire d'être propriétaire, ni même possesseur d'une œuvre pour pouvoir en faire un usage privé⁴⁸⁴.

19, Ruedin, commentaire, n. 12 ad art. 19. Rehbindler et Viganò (n. 14 ad art. 19 URG) évoquent le « contexte social » dans lequel l'œuvre est utilisée (« *der «persönliche Bereich» ist [...] nicht an einem bestimmten Ort gebunden [...], sondern an den sozialen Handlungskontext* »).

480 Ruedin, commentaire, n. 21 ad art. 19. Le lien entre les employés d'une entreprise ou entre les membres d'une association, d'un parti politique ou les adeptes d'une religion n'est pas suffisant. Sur ces points, voir Barrelet/Egloff n. 8 ad art. 19, Cherpillod, Schranken, p. 271 s., Dehmer n. 8, Gasser, URG, n. 7 ad art. 19 et Eigengebrauch, p. 53 ss, Nobel/Weber n. 80 ad chap. 11, Rigamonti, Urheber, p. 227, Ruedin, commentaire, n. 25 ad art. 19 et réf. citées. Les liens virtuels tels ceux tissés entre personnes qui ne se connaissent que par l'intermédiaire de réseaux sociaux sur Internet ne sont pas non plus suffisants (Rigamonti, Urheber, p. 227). Le lien entre personnes vivant sous le même toit est en principe suffisant (Cherpillod, Schranken, p. 272, Ruedin, commentaire, n. 24 ad art. 19).

481 Bu, Internet, p. 71, Bühler p. 255 s., Cherpillod, Schranken, p. 269 s., Glarner, Internet, p. 79, Rosenthal p. 175, Ruedin, commentaire, n. 49 ad art. 19, Ruedin/Tissot p. 420, Weber, Recht, p. 274.

482 Par exemple, la copie d'une œuvre par un avocat dans le cadre de ses recherches peut être licite (Cherpillod, Schranken, p. 271, Gasser, Eigenbebrauch, p. 64).

483 Baumgartner p. 87 s., Bu, Internet, p. 71, Gasser, URG, n. 8 ad art. 19 et Eigengebrauch, p. 64 s., Nobel/Weber n. 80 ad chap. 11 (qui excluent l'usage commercial de l'exception d'usage privé), Rehbindler/Viganò n. 17 ad art. 19 URG, Ruedin, commentaire, n. 13 ad art. 19. Voir toutefois Cherpillod, Schranken, p. 271 (qui considère que l'usage privé n'exclut pas un but lucratif), AIPPI, B, p. 132 (qui admet la possibilité de couvrir ses coûts). L'article 5 paragraphe 2 lettre b de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur ne s'applique quant à lui qu'aux reproductions faites « pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales ».

484 Cherpillod, Schranken, p. 270, Gasser, Eigengebrauch, p. 61 s., Rigamonti, Eigengebrauch, p. 281, Ruedin, commentaire, n. 8 ad art. 19, Schwarzenegger p. 226, Weber/Unternehmer p. 1381.

3.2. La copie privée sous forme numérique

L'applicabilité de l'exception de copie privée à la reproduction sous forme numérique, bien qu'encore discutée⁴⁸⁵ est majoritairement admise sur le plan international.

Dans sa déclaration commune concernant l'article 10 WCT, l'OMPI affirme le principe d'applicabilité des exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique. Elle y précise en effet qu'« il est entendu que les dispositions de l'article 10 permettent aux Parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques ».

Dans le même sens, l'article 5 paragraphe 2 lettre b de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur réserve explicitement aux Etats membres la faculté de prévoir des restrictions au droit de reproduction « lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support ».

En droit suisse, l'exception d'usage privé de l'article 19 lettre a LDA s'applique à la reproduction d'œuvres protégées sous forme numérique⁴⁸⁶.

3.3. Le téléchargement sur Internet

3.3.1. Téléchargement d'œuvres mises en ligne de manière licite

3.3.1.1. Principe

Avant la révision de 2007, la doctrine majoritaire admettait déjà que l'exception d'usage privé de l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA s'appliquait au

⁴⁸⁵ Elle fut par exemple remise en cause par plusieurs cours françaises dans la célèbre affaire *Mulholland Drive*, qui portait sur la copie privée d'un DVD, sous l'angle du test des trois étapes (à propos de cette affaire et des différentes décisions rendues, voir notamment Benabou, copie, p. 1 ss et France, p. 217 ss, Colin, œuvres, n. 860 ss, Geiger, test, p. 683 ss, Lucas, propriété, n. 359, Sirinelli, copie, p. 235 ss et exceptions, p. 211 ss).

⁴⁸⁶ Barrelet/Egloff n. 7c ad art. 19, Baumgartner p. 83 s., Dehmer n. 10, Gasser, Eigengebrauch, p. 68, Häuptli p. 107, Ruedin, commentaire, n. 10 ad art. 19, Weber/Unternährer p. 1377.

téléchargement d'œuvres mises en ligne avec l'autorisation de leurs auteurs⁴⁸⁷.

La révision a permis de clairement confirmer cette interprétation⁴⁸⁸, qui devrait dorénavant être retenue de manière unanime⁴⁸⁹.

3.3.1.2. Utilisation de l'ordinateur d'un tiers

Selon l'article 19 alinéa 2 LDA, « la personne qui est autorisée à effectuer des reproductions pour son usage privé peut aussi, sous réserve de l'al. 3, en charger un tiers ». Sont notamment considérés comme des tiers, au sens de cette disposition, « les bibliothèques, les autres institutions publiques et les entreprises qui mettent à la disposition de leurs utilisateurs un appareil pour la confection de copies ».

L'alinéa 3 lettre a interdit « la reproduction de la totalité ou de l'essentiel des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché », lorsqu'elle s'effectue « en dehors du cercle de personnes étroitement liées » au sens de l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA⁴⁹⁰.

L'usage privé est ainsi restreint lorsque la copie est confectionnée par un tiers, ou en utilisant les infrastructures d'un tiers⁴⁹¹, s'il n'appartient pas au cercle de personnes étroitement liées⁴⁹².

L'utilisateur qui se sert d'un appareil dont il est possesseur sans en être propriétaire n'a pas recours au service d'un tiers au sens de l'article 19 alinéa 2 LDA⁴⁹³.

Par contre, l'utilisateur qui télécharge une œuvre en se servant d'un

⁴⁸⁷ Voir notamment Bu, Internet, p. 71, Bühler p. 255, Cherpillod, Schranken, p. 266 s., Gilliéron, Internet, n. 392, Kikinis, Internet, p. 238, Rosenthal p. 175, Spahr p. 88, Weber, Sprengstoff, n. 18. *Contra* : Häuptli p. 114, 168 s. (pour les copies découlant directement de la consultation, nuancé) et 173 (pour celles découlant des autres téléchargements, en raison du fait que le processus de transmission se déroule hors de la sphère privée), Rohmer/Sambuc Bloise p. 54 s.

⁴⁸⁸ Voir chiffre 3.3.2. ci-dessous, relatif à la copie d'œuvres mises en ligne sans droit, applicable à plus forte raison au téléchargement d'œuvres ayant été mises en ligne de manière licite.

⁴⁸⁹ Voir notamment, après la révision, Ruedin, commentaire, n. 53 s. ad art. 19, Ruedin/Tissot p. 420.

⁴⁹⁰ Sur la notion de « cercle de personnes étroitement liées », voir chiffre 3.1. ci-dessus.

⁴⁹¹ Barrelet/Egloff n. 18 ad art. 19, Ruedin, commentaire, n. 58 ad art. 19.

⁴⁹² Voir sur ces points Message LDA p. 525, ATF 128 IV 201 (214), Barrelet/Egloff n. 22 ad art. 19, Bühler p. 261, Cherpillod, Schranken, p. 273, Gasser, URG, n. 28 ad art. 19, Ruedin, commentaire, n. 67 ad art. 19, Ruedin/Tissot nbp 8.

⁴⁹³ Häuptli p. 112 s.

ordinateur⁴⁹⁴ mis à disposition du public dans une bibliothèque ou dans un cybercafé a recours aux services d'un tiers⁴⁹⁵. Il devrait de ce fait être soumis aux restrictions de l'article 19 alinéa 3 LDA, et ne pouvoir, par conséquent, télécharger la totalité ou l'essentiel d'une œuvre commercialisée⁴⁹⁶.

L'alinéa 3bis de l'article 19 LDA, introduit par la révision de 2007, dispose toutefois que « les reproductions confectionnées lors de la consultation à la demande d'œuvres mises à disposition licitement ne sont soumises ni aux restrictions prévues par le présent article, ni aux droits à rémunération visés à l'art. 20 »⁴⁹⁷.

Cette disposition vise tous les téléchargements d'œuvres mises à disposition de manière licite⁴⁹⁸ sur Internet⁴⁹⁹, qu'elles le soient de manière gratuite ou payante⁵⁰⁰. Sa formulation, quelque peu ambiguë⁵⁰¹, doit se

⁴⁹⁴ Le concept d'« appareil » de l'article 19 alinéa 2 LDA doit s'entendre de manière large (voir Barrelet/Egloff n. 19 ad art. 19, Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 677).

⁴⁹⁵ Tout comme, par exemple, un étudiant qui se sert d'une photocopieuse dans une bibliothèque (sur cet exemple, voir Häuptli p. 112, Ruedin, commentaire, n. 67 ad art. 19).

⁴⁹⁶ Les œuvres qui peuvent être téléchargées sur Internet dans le but d'être enregistrées définitivement sont « disponibles sur le marché » au sens de l'article 19 alinéa 3 lettre a LDA (Barrelet/Egloff n. 23a ad art. 19, Ruedin, commentaire, n. 73 ad art. 19), pour autant qu'elles soient commercialisées (cette interprétation nous paraît découler du but de l'article 19 alinéa 3 lettre a LDA, qui est d'« empêcher que la commercialisation des exemplaires d'une œuvre ne soit mise en péril par l'usage privé » (Ruedin, commentaire, n. 70 ad art. 19)). Ainsi, le simple téléchargement d'une page *web* disponible en libre accès n'est, sauf dans des cas particuliers, pas touché par cette disposition.

⁴⁹⁷ Le Projet du Conseil fédéral prévoyait qu'il s'agisse de l'alinéa 5 de l'article 19 LDA (FF 2006 3315). La version adoptée par le Parlement est identique à celle du Projet, à l'exception du fait que ce dernier mentionnait *in fine* le « droit à rémunération visé à l'art. 20, al. 3 ».

⁴⁹⁸ Donc avec le consentement de leurs auteurs ou des titulaires de droits (Barrelet/Egloff n. 28d ad art. 19, de Werra, œuvres, p. 171, Egloff, Download, p. 75, Gasser, URG, n. 48c ad art. 19, Ruedin, commentaire, n. 92 ad art. 19, Ruedin/Tissot p. 425 s.).

⁴⁹⁹ Barrelet/Egloff n. 5a, 7 et 28a ss ad art. 19, Dessemontet, propriété, n. 144, Egloff, Forschung, p. 16 et Download, p. 73, Rehbindler/Viganò n. 37 ad art. 19 URG, Ruedin, commentaire, n. 92 ad art. 19.

⁵⁰⁰ Barrelet/Egloff n. 28e ad art. 19, Baumgartner p. 185, Egloff, Download, p. 73, Ruedin, commentaire, n. 90 ad art. 19, Ruedin/Tissot p. 425.

⁵⁰¹ Plusieurs auteurs ont souhaité que la portée de l'article 19 alinéa 3bis LDA soit clarifiée (voir notamment Ruedin/Tissot p. 427). Le texte allemand est plus clair (« *Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, sind von den in diesem Artikel enthaltenen Einschränkungen des Eigengebrauchs sowie von den Vergütungsansprüchen nach Artikel 20 ausgenommen* »).

comprendre en ce sens qu'elle autorise les téléchargements d'œuvres mises en ligne avec l'autorisation de leurs auteurs, sans que les restrictions à l'usage privé des articles 19 et 20 LDA ne soient applicables⁵⁰².

L'utilisation visée par l'alinéa 3bis n'est donc pas soumise aux restrictions de l'alinéa 3, même lorsqu'elle est effectuée par un tiers⁵⁰³.

Ainsi, le téléchargement d'œuvres mises à disposition de manière licite sur Internet effectué en utilisant le poste d'un tiers est couvert par l'exception d'usage privé de l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA⁵⁰⁴.

3.3.2. Téléchargement d'œuvres mises en ligne sans droit

La question de l'applicabilité de l'exception de copie privée aux téléchargements d'œuvres mises en ligne sans droit a fait l'objet de vives controverses, tant en Suisse qu'à l'étranger⁵⁰⁵. Elle est pour l'heure loin de faire l'objet d'un consensus sur le plan international⁵⁰⁶.

Dans l'Union européenne, bien que la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur ne pose pas comme condition d'application de l'exception d'usage privé que la copie soit effectuée à partir d'une source licite⁵⁰⁷, plusieurs Etats membres ont adopté des dispositions plus restrictives.

Tel est notamment le cas de la France, où après des années de débats fournis, tant devant les tribunaux⁵⁰⁸ que dans la doctrine⁵⁰⁹, l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, modifié en décembre 2011⁵¹⁰, précise

⁵⁰² Message nLDA p. 3301 s., Barrelet/Egloff n. 28a et 28b ad art. 19, Beranek Zanon/De la Cruz Böhringer p. 677 s., Dessemontet, propriété, n. 144, Egloff, Download, p. 72 ss et Urheberrecht, p. 709 s., Glarner, Werknutzung, p. 647, Ruedin, commentaire, n. 95 s. ad art. 19, Salvadé, révision, p. 63 et nuage, p. 162 et 164. *Contra*, interprétant (à notre avis à tort) cette disposition comme excluant l'application de l'exception d'usage privé à ces copies, Lindner p. 330.

⁵⁰³ Barrelet/Egloff n. 28b ad art. 19.

⁵⁰⁴ Dans le même sens, voir Egloff, Urheberrecht, p. 709 s.

⁵⁰⁵ Cette problématique se pose surtout en relation avec le partage de fichiers sur des plateformes d'échange dites « *peer-to-peer* ». Sur la notion de « *peer-to-peer* », voir première partie, section 2, chiffre 2.9.

⁵⁰⁶ Pour un aperçu des solutions retenues dans différents pays, voir Delforge p. 112 ss, Lucas, propriété, n. 380.

⁵⁰⁷ Voir article 5 paragraphe 2 lettre b de la Directive et Dubuisson p. 29.

⁵⁰⁸ Voir notamment les affaires listées par Geiger, dispositif, p. 70 s. et Lucas, propriété, n. 380.

⁵⁰⁹ Voir Geiger, dispositif, p. 71, Lucas, propriété, n. 380, Thoumyre, *peer-to-peer*, p. 1 s. et réf citées.

⁵¹⁰ Art. 1 al. 1 ch. 1 de la loi n. 2011-1898 du 20 décembre 2011 relative à la rémunération

dorénavant que l'exception de copie privée ne vise que les copies « réalisées à partir d'une source licite »⁵¹¹.

L'Allemagne a adopté une position plus nuancée, le paragraphe 53 chiffre 1 UrhG⁵¹² restreignant expressément l'application de l'exception de copie privée aux copies d'exemplaires n'ayant pas été fabriqués ou mis à disposition de manière manifestement illicite⁵¹³.

En droit suisse, jusqu'à la révision de la LDA de 2007, la question de l'applicabilité de l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA aux copies d'œuvres mises en ligne sans droit a divisé la doctrine^{514,515}.

Les auteurs interprétant le texte légal de manière restrictive se sont notamment fondés sur le test des trois étapes, considérant que la copie « pirate » causerait un préjudice injustifié à l'auteur, l'entravant dans l'exploitation normale de son œuvre^{516,517}.

pour copie privée, J.O. 21.12.2011, n. 295.

⁵¹¹ Pour une critique de cette disposition, voir Lucas, propriété, n. 380.

⁵¹² Modifié par l'article 1 chiffre 15 lettre a de la *Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft* du 10 septembre 2003, BGBl. 2003 I, p. 1774 ss.

⁵¹³ « *Eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage* ». A propos de cette disposition, voir notamment Baumgartner p. 160 ss, Reinbacher p. 394 ss, Rigamonti, Eigengebrauch, p. 286 ss.

⁵¹⁴ Voir notamment, favorables, cd-rom droit d'auteur, chap. 1.2, ch. 2., Cherpillod, Schranken, p. 270 s., Gilliéron, Internet, n. 392, Glarner, Werknutzung, p. 644 ss, Rigamonti, Eigengebrauch, p. 280 ss, Salvadé, responsabilité, p. 86, Schwarzenegger p. 227. De l'avis contraire, voir notamment Bu, Umfeld, n. 6 et Internet, p. 70, Häuptli p. 168, Kikinis, Internet, p. 238, Weber, Sprengstoff, n. 18, Weber/Unternährer p. 1382. Baumgartner (p. 89) proposait une solution intermédiaire consistant, en s'inspirant du modèle allemand, à limiter l'application de l'exception d'usage privé aux cas dans lesquels l'illicéité de la source n'était pas clairement reconnaissable pour l'utilisateur.

⁵¹⁵ On précisera que certains auteurs parlent d'œuvres auxquelles « l'accès est obtenu sans droit » en visant la problématique développée dans cette partie de notre étude, distincte de celle de l'accès illicite aux œuvres mises en ligne avec le consentement de leurs auteurs, dont nous traiterons sous chiffre 3.3.3. ci-dessous. Dans les cas ambigus, nous avons interprété les sources consultées dans le sens qui nous a paru le plus correct.

⁵¹⁶ Voir notamment Weber/Unternährer p. 1382 ainsi que, après la révision, Rehbinder/Viganò n. 19 ad art. 19 URG. Dans le même sens, à l'étranger, voir notamment Albrieux p. 55, Caron, copie, Jani p. 845 s., Ott, Linking, p. 392, Ricketson p. 80 (apparemment). *Contra* : Rigamonti, Eigengebrauch, p. 285 s. On précisera que le fait même que le téléchargement illégal nuise réellement aux auteurs est difficile à démontrer (voir notamment, à ce sujet, Dubuisson p. 23 ss).

⁵¹⁷ Nous ne saurions résister ici à la tentation de citer le groupe national suisse de l'IFPP, qui écrivit en 2005 qu'« admettre qu'une copie légale peut avoir pour base une copie piratée aurait pour conséquence « d'ennoblir » la copie piratée postérieurement, ce qui n'a aucun sens, ni juridiquement ni même moralement ». Il ajouta que « l'article 19 de

Parmi les auteurs considérant que l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA doit s'appliquer aux copies d'œuvres mises en ligne sans droit, plusieurs se sont appuyés, à notre avis à raison, sur le principe de la légalité de l'article 1 CP, applicable aux normes pénales de la LDA⁵¹⁸, selon lequel « nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi »⁵¹⁹.

Ils expliquent que l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA a une portée pénale, puisqu'il légitime, notamment, certaines des reproductions sanctionnées par l'article 67 alinéa 1 lettre e LDA⁵²⁰. Il doit donc être interprété d'une manière conforme aux principes du droit pénal⁵²¹. Ajouter à l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA l'élément constitutif non écrit de la licéité de la source reviendrait à l'interpréter d'une manière contraire à son texte⁵²², ce qui n'est possible, en droit pénal, que lorsque le texte est contraire au sens voulu par le législateur, à tout le moins lorsque l'interprétation est défavorable aux intérêts du

la Loi sur le droit d'auteur n'est pas destiné au « blanchiment » de produits illégaux », et conclut de manière péremptoire que « ceci n'était jamais et ne sera jamais l'intention du législateur » (IFPP). Le groupe ajouta même que « le grand écart pratiqué par ceux qui estiment que le téléchargement de fichiers musicaux illégaux est légal, bien que les télétransmissions soient indubitablement illégales et que le téléchargement de fichiers illégalement télétransmis soit tout aussi indubitablement autorisé, est rocambolesque et impossible à mettre en œuvre lors d'une prise en considération sérieuse de la chose », et que « l'ambition romantique de donner quelque chose gratuitement à la population suisse est certainement agréable en soi, mais elle n'est pas franche, car la propriété n'est jamais mise gratuitement à la disposition d'autrui, que ce soit ailleurs ou en Suisse » (IFPP). La teneur de ce texte évoque plus un discours politique partisan qu'une analyse appuyée sur de réelles considérations juridiques, et fait songer aux conseils de Tercier et Roten, qui ont écrit que « s'il est compréhensible qu'un avocat plaide la cause de son client avec emphase, la tradition scientifique préfère la modération dans les affirmations ou dans la critique d'auteurs ou de tribunaux soutenant des thèses différentes », et ajoutent que « la force de persuasion dépend de la qualité intrinsèque des arguments, non de la charge explosive qu'on y met », et que des termes trop péremptores « révèlent souvent une faiblesse de l'argumentation que l'on souhaite couvrir par plus de bruit » (Tercier/Roten n. 1802).

⁵¹⁸ Article 333 alinéa 1 CP.

⁵¹⁹ Sur le principe de légalité, voir notamment Favre/Pellet/Stoudmann n. 1.2. ss ad art. 1, Graven n. 12 ss et 35, ainsi que Glarner, *Werknutzung*, p. 645.

⁵²⁰ L'article 67 alinéa 1 LDA ne sanctionne que les actes commis « sans droit ». Le fait d'agir « sans droit », donc sans être au bénéfice d'une exception légale ou d'une autorisation de l'auteur, est donc un élément constitutif de l'infraction visée par cette disposition (voir Cherpillod, commentaire, n. 3 ad art. 67 ; sur la notion d'élément constitutif objectif, voir Graven n. 38). Ainsi, l'infraction ne peut être commise que si la copie n'est pas légitimée par l'exception d'usage privé (voir aussi Glarner, *Internet*, p. 75 s., Rigamonti, *Eigengebrauch*, p. 281).

⁵²¹ Glarner, *Werknutzung*, p. 644 ss. Voir aussi, dans le même sens, Schwarzenegger p. 227.

⁵²² Schwarzenegger p. 227.

justiciable⁵²³.

D'autres arguments ont été avancés par les auteurs favorables à une interprétation large de l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA. Il fut notamment considéré qu'une stricte application du droit d'auteur à des actes qui se produisent dans le cadre privé risquerait de mener à des mesures qui seraient susceptibles de causer une atteinte excessive à la sphère privée de l'utilisateur⁵²⁴.

Bien qu'elle n'ait pas abouti à une modification du texte légal, la procédure de révision de la LDA a permis de clarifier la question. Après plusieurs communiqués de l'administration fédérale privilégiant une interprétation large de l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA⁵²⁵, le Conseil fédéral l'a confirmée dans son Message, en écrivant que « lorsqu'une œuvre est utilisée dans un cercle de personnes étroitement liées, on ne fait [...] pas de distinction entre source légale et source illégale »⁵²⁶.

Durant les débats parlementaires, une minorité de la commission parlementaire a proposé l'ajout d'un nouvel alinéa 6, disposant que « les reproductions conformes aux dispositions relatives à l'utilisation privée ne doivent pas être réalisées au moyen d'exemplaires fabriqués ou mis à disposition illicitement de manière évidente »⁵²⁷.

Cette disposition, qui s'inspirait apparemment du modèle allemand du paragraphe 53 chiffre 1 UrhG, a été rejetée par le Conseil national⁵²⁸, qui a ainsi clairement confirmé l'interprétation selon laquelle l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA légitime le téléchargement d'une œuvre protégée mise en ligne sans droit

⁵²³ Glarner, *Werknutzung*, p. 645 s. Il faut dans ce cas que la solution trouvée « s'impose de manière pressante » (ATF 103 IV 129, Favre/Pellet/Stoudmann n. 1.12. ad art. 1), autrement dit « que l'interprétation conforme au texte ne puisse raisonnablement correspondre au sens véritable de la loi » (Graven n. 27 ; voir aussi ATF 103 IV 129, Stratenwerth § 4 n. 32). Sans effectuer ce raisonnement, d'autres auteurs se sont simplement appuyés sur le vieil adage « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* » (là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas non plus distinguer).

⁵²⁴ Cherpillod, *Schranken*, p. 270 s. On précisera dans ce cadre que le Tribunal fédéral a récemment condamné la collecte et le traitement de données sur des utilisateurs de réseaux *peer-to-peer* (ATF 136 II 508, *Logistep*). Sur cette problématique, voir aussi Fossoul p. 307 ss.

⁵²⁵ Voir notamment DFJP, révision, p. 1, où le DFJP considère, à propos des copies réalisées à partir de sources illicites, que « selon le droit en vigueur, le téléchargement à des fins privées est assimilé aux copies réservées à l'usage privé », et qu'« il est donc autorisé ».

⁵²⁶ Message nLDA p. 3302. Voir aussi Salvadé, révision, p. 64.

⁵²⁷ BO CN 2007, p. 1202.

⁵²⁸ BO CN 2007, p. 1202 ss.

sur Internet⁵²⁹.

Il devrait donc dorénavant être admis que l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA s'applique également à la copie d'œuvres mises en ligne sans droit⁵³⁰.

On précisera encore que, contrairement à ce qui fut parfois affirmé⁵³¹, cette interprétation ne revient pas à « presque légaliser les copies pirates », puisque la mise à disposition d'une œuvre sur Internet en constitue une utilisation⁵³² qui, elle, n'est pas couverte par l'exception d'usage privé⁵³³.

⁵²⁹ En outre, durant les débats parlementaires, plusieurs intervenants l'ont rappelé (voir BO CE 2006, p. 1199 et 1212, et BO CN 2007, p. 1197 ss). Voir aussi la réponse du Conseil fédéral au postulat 10.3263 de la parlementaire Géraldine Savary, disponible sur le site <<http://www.parlement.ch>>.

⁵³⁰ Voir, après la révision, Barrelet/Egloff n. 7b ad art. 19, Hürlimann, Internet, p. 43, Küchler p. 207 s., Rapport AGUR12 p. 36, Ruedin, commentaire, n. 9 et 55 ad art. 19, Ruedin/Tissot p. 421, Vion n. 17, Weber, Recht, p. 318. *Contra* : Rehbindler/Viganò n. 19 ad art. 19 URG, dont l'argumentation, qui s'appuie notamment sur la citation de deux arrêts du Tribunal fédéral présentés à tort comme rejetant l'applicabilité de l'exception d'usage privé aux copies pirates, peine à convaincre. Dessemontet, propriété, n. 144, peu clair, semble du même avis. On précisera qu'en réponse à la motion 12.3834 déposée en septembre 2012 par le parlementaire Oskar Freysinger, chargeant le Conseil fédéral de proposer une modification de la législation fédérale, le DFJP a précisé dans un communiqué que la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga considère que « les poursuites pénales contre les utilisateurs finaux, comme le prévoit la législation de certains pays » ne constituent « pas une voie praticable. Un volet répressif empêcherait toute solution de rencontrer l'approbation nécessaire » (DFJP, auteur). Dans le même sens, le Conseil fédéral a répondu à l'interpellation 12.3902 de Kurt Fluri que « l'ampleur de la violation des droits rend une application par la voie judiciaire traditionnelle impossible ». Voir aussi Rapport utilisations p. 10 ss.

⁵³¹ Voir par exemple Bu, Internet, p. 70.

⁵³² Voir section 2, chiffres 1.2. et 1.3. ci-dessus.

⁵³³ Voir notamment Rigamonti, Eigengebrauch, p. 283. Sur le fait que la mise en ligne d'œuvres protégées en libre accès sur Internet en constitue une utilisation qui sort du cadre de l'usage privé, voir aussi Bühler p. 255 s., cd-rom droit d'auteur, chap. 1.2, ch. 2., Cherpillod, Schranken, p. 267 et 270, Drusc/Meier n. 11.37, Gilliéron, Internet, n. 392, Glarner, Internet, p. 78 s., IFPI p. 18, Rosenthal p. 175, Ruedin, commentaire, n. 52 ad art. 19, Ruedin/Tissot p. 420, Salvadé, information, p. 8, Spahr p. 88, Vion n. 15, Widmer/Bähler, Internet, p. 126 s. Cette problématique se pose notamment en relation avec les logiciels de téléchargements *peer-to-peer*, qui, souvent, sont configurés par défaut pour que les fichiers soient transférés dans un dossier de partage, et, ainsi, mis à disposition des autres utilisateurs (voir à ce sujet tribunal cantonal des Grisons, 27.06.2006, sic! 2008, p. 205 ss (205 s.) et la critique de Küchler p. 208, ainsi que Barrelet/Egloff n. 28c ad art. 19, Baumgartner p. 201, Drusc/Meier n. 11.48, Dubuisson p. 27, Fehlbaum p. 856, Gasser, URG, n. 10d s. ad art. 19, Gilliéron, Internet, n. 392, Glarner, Werknutzung, p. 642, Larrieu p. 29 s., Schwarzenegger p. 228 ; sur le fait que la mise à disposition d'une œuvre sur un réseau *peer-to-peer* sort du cadre privé, voir aussi cd-rom droit d'auteur, chap. 1.2, ch. 2., Cherpillod, projet, n. 22 et révision, n. 10,

3.3.3. Copie privée et accès illicite

La question de l'applicabilité de l'exception d'usage privé aux copies d'œuvres mises en ligne sans droit⁵³⁴ ne doit pas être confondue avec celle de son applicabilité aux copies d'œuvres mises à disposition de manière licite, mais auxquelles l'accès est obtenu de manière illicite par l'utilisateur procédant à la copie, par exemple par le vol d'un exemplaire d'un ouvrage dans une librairie ou par l'accès frauduleux à une banque de données en ligne.

Dans de tels cas, selon une partie de la doctrine, l'exception d'usage privé de l'article 19 lettre a LDA n'est pas applicable⁵³⁵. Tel paraît également être l'avis du Tribunal fédéral⁵³⁶.

De l'avis contraire, Glarner considère que l'usage privé est uniquement un droit d'utilisation, et non un droit d'accès : il n'entre en ligne de compte qu'à partir du moment où l'utilisateur s'est procuré un accès à l'œuvre qu'il entend utiliser, l'accès indu étant visé par les dispositions pénales sanctionnant l'obtention frauduleuse d'une prestation⁵³⁷ et la soustraction de données⁵³⁸. Il se fonde aussi sur le texte de l'article 19 LDA, qui ne contient aucune mention de la nécessité d'un accès licite à l'œuvre utilisée⁵³⁹.

Cette argumentation nous paraît convaincante. On renverra aussi aux considérations reposant sur le principe de la légalité, citées dans le cadre de l'étude de l'admissibilité des reproductions d'œuvres mises en ligne sans droit⁵⁴⁰, qui nous paraissent également applicables ici.

Dehmer n. 11, Drusc/Meier n. 11.44, IFPI p. 18, Ruedin, commentaire, n. 54 ad art. 19, Ruedin/Tissot p. 420, Salvadé, mesures, n. 12, Schwarzenegger p. 219, Weber/Unternährer p. 1377, Widmer/Bähler, Ausblick, n. 29).

⁵³⁴ Traitée sous chiffre 3.3.2. ci-dessus.

⁵³⁵ Barrelet/Egloff n. 7b ad art. 19, Bu, Umfeld, n. 6 et Internet, p. 69 s., Gasser, URG, n. 10b ad art. 19 et Eigengebrauch, p. 61 s., Häuptli p. 114, Ruedin, commentaire, n. 8 ad art. 19, Weber/Unternährer p. 1381. *Contra* : Glarner, Werknutzung, p. 643 s., Rigamonti, Eigengebrauch, p. 282.

⁵³⁶ ATF 128 IV 201 (214).

⁵³⁷ Art. 150 CP.

⁵³⁸ Art. 143 CP. Voir Glarner, Werknutzung, p. 643.

⁵³⁹ Glarner, Werknutzung, p. 643. Dans le même sens, voir Rigamonti, Eigengebrauch, p. 281 s.

⁵⁴⁰ Voir chiffre 3.3.2. ci-dessus.

4. L'exception de reproduction provisoire

4.1. Généralités

Selon l'article 24a LDA, « la reproduction provisoire d'une œuvre est autorisée aux conditions suivantes:

- (a) elle est transitoire ou accessoire;
- (b) elle constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique;
- (c) son unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite de l'œuvre;
- (d) elle n'a pas de signification économique indépendante ».

Introduite par la révision de 2007, cette disposition reprend pour l'essentiel la formulation de l'article 5 paragraphe 1 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur⁵⁴¹. Elle a été introduite pour des raisons pratiques, notamment « par souci de rendre plus efficace l'utilisation des systèmes de communication modernes »⁵⁴². Ses conditions d'application sont cumulatives⁵⁴³.

L'article 24a LDA ne s'applique qu'aux reproductions provisoires, soit aux copies numériques « qui sont effacées après un laps de temps relativement court »⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ Message nLDA p. 3303, Barrelet/Egloff n. 2 ad art. 24a, Oertli n. 3 ad art. 24a, Rehbindler/Viganò n. 2 ad art. 24a URG. En droit allemand, l'exception a été reprise au paragraphe 44a UrhG.

⁵⁴² Message nLDA p. 3303. Voir aussi les explications de Lucas, propriété, n. 367.

⁵⁴³ Message nLDA p. 3303, AIPPI, B, p. 132, Barrelet/Egloff n. 3 ad art. 24a, Brändli/Tamò p. 658, Cherpillod, révision, n. 22, Gilliéron, commentaire, n. 10 ad art. 24a et presse, p. 73, Oertli n. 4 ad art. 24a, Weber, Recht, p. 268. Voir aussi CJUE, 17.01.2012, C-302/10, n. 26, 16.07.2009, C-5/08, n. 55, Dreier n. 1 ad § 44a, Lucas, propriété, n. 365, Petersen p. 147, Spindler, Urheberrecht, p. 111, Wandtke/von Gerlach p. 678.

⁵⁴⁴ Barrelet/Egloff n. 3 ad art. 24a. Gilliéron (numérique p. 769) propose d'interpréter ce critère de manière relativement large, « pour ne pas porter préjudice aux évolutions technologiques ». Selon lui, « lorsque la reproduction revêt un caractère accessoire qui, en tant que tel, ne permet pas la consommation du contenu protégé et ne revêt, considéré de manière isolée, aucune signification économique propre, l'art. 24a LDA devrait pouvoir être invoqué et le caractère "provisoire" de la reproduction relativisé ». Il précise (commentaire, n. 13 ad art. 24a), que « le fait qu'une reproduction persiste plusieurs jours voire davantage ne s'oppose pas à son caractère « provisoire » ». Dans le même sens, voir Busch p. 501, ainsi que CJUE, 5.06.2014, C-360/13, n. 26 s. (qui admet que les copies en mémoire cache confectionnées chez l'utilisateur suite à la consultation d'une page *web*, qui ne durent qu'« un certain temps », peuvent être

4.2. Copie transitoire ou accessoire

Une copie est transitoire lorsqu'elle « n'est pas durablement fixée sur quelque support numérique que ce soit »⁵⁴⁵, ou plus précisément « si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné » et si elle est effacée « d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée »⁵⁴⁶, ou lors d'une interruption de l'alimentation électrique⁵⁴⁷.

Elle est accessoire « lorsqu'elle sert uniquement à faciliter un autre procédé d'utilisation »⁵⁴⁸.

4.3. Partie intégrante et essentielle d'un procédé technique

L'article 24a LDA prévoit que la copie doit constituer une « partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ». Cette condition met l'accent sur le fait que les copies ne doivent pas être réalisées pour elles-mêmes, mais « comme une étape dans un processus technique de communication »⁵⁴⁹.

Selon Gilliéron, elles doivent constituer une étape nécessaire dans le processus de consultation d'une œuvre, « sans avoir de finalité autre que celle de permettre à l'utilisateur d'accéder à cette consultation »⁵⁵⁰.

Cette condition de « nécessité » dans le processus de communication, qui aurait pour effet d'exclure les copies cache confectionnées par les utilisateurs

qualifiées de « provisoires »).

⁵⁴⁵ Gilliéron, commentaire, n. 12 ad art. 24a.

⁵⁴⁶ CJUE, 16.07.2009, C-5/08, n. 64 (voir aussi 5.06.2014, C-360/13, n. 40). Dans le même sens, voir Radmann p. 390, Weber, Recht, p. 268. Barrelet/Egloff écrivent (n. 5 ad art. 24a) que « les copies doivent être produites et effacées automatiquement dans le cadre d'un procédé d'utilisation » en rattachant, à notre avis à tort, cette condition à la lettre b. Il s'agit plutôt d'une caractéristique qui permet de qualifier une copie de « transitoire ». La distinction est importante, en ce sens qu'une copie qui ne remplirait pas cette condition, si elle est accessoire, doit rester susceptible d'être mise au bénéfice de l'exception de reproduction provisoire.

⁵⁴⁷ AIPPI, B, p. 132, Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 24a, Gilliéron, commentaire, n. 12 ad art. 24a (qui cite les copies en mémoire RAM ; sur ces copies, voir première partie, section 2, chiffre 2.7.).

⁵⁴⁸ Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 24a (qui citent les exemples du *browsing* et du *caching*). Voir aussi Gilliéron, commentaire, n. 13 ad art. 24a, Weber, Recht, p. 268, ainsi que CJUE, 5.06.2014, C-360/13, n. 43, Busch p. 501.

⁵⁴⁹ Lucas, propriété, n. 370. Voir aussi CJUE, 17.01.2012, C-302/10, n. 30, Oertli n. 8 ad art. 24a.

⁵⁵⁰ Gilliéron, commentaire, n. 16 ad art. 24a.

qui consultent une page *web*, ne nous paraît pas pouvoir être déduite du texte légal⁵⁵¹.

On pourra tout de même admettre qu'il faut, pour qu'une copie provisoire constitue une « partie intégrante et essentielle d'un procédé technique », qu'elle soit nécessaire pour que le procédé technique puisse « fonctionner de manière correcte et efficace »⁵⁵².

4.4. Transmission dans un réseau entre tiers ou utilisation licite

Pour bénéficier de l'exception légale, les copies doivent avoir pour « unique finalité [...] de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite de l'œuvre ».

Dans le cadre de la transmission entre tiers par un intermédiaire, « il importe peu que l'exploitation rendue possible grâce à cette transmission soit licite ou ne le soit pas »⁵⁵³.

La condition d'« utilisation licite de l'œuvre » s'applique à l'utilisation du destinataire d'une prestation et non à celle de celui qui l'offre⁵⁵⁴. Une utilisation « est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit⁵⁵⁵ ou n'est pas limitée par la loi »⁵⁵⁶. Tel est notamment le cas lorsqu'elle bénéficie d'une des restrictions au droit d'auteur des articles 19 à 28 LDA⁵⁵⁷.

⁵⁵¹ Voir aussi Hürlimann, Internet, p. 44, ainsi que, en droit européen, Spindler, Urheberrecht, p. 111, et en droit allemand Busch p. 501 et Wandtke/von Gerlach p. 679. Voir aussi, ambigus, Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 24a.

⁵⁵² CJUE, 5.06.2014, C-360/13, n. 28, 17.01.2012, C-302/10, n. 30. Voir aussi CJUE, 16.07.2009, C-5/08, n. 61 (« lesdits actes de reproduction ne sauraient excéder ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement de ce procédé technique »).

⁵⁵³ Gilliéron, commentaire, n. 19 ad art. 24a.

⁵⁵⁴ Voir notamment Brändli/Tamò p. 658, Eichelberger, Urheberrecht, p. 396, Fangerow/Schulz p. 681, Gercke, 2012, p. 634, IViR p. 33 s., ainsi que Gilliéron, commentaire, n. 20 ad art. 24a. Voir aussi l'interprétation en sens contraire, à notre avis incorrecte, de Radmann p. 391 et Wandtke/von Gerlach p. 679 ss. Dans sa jurisprudence, la CJUE n'apprécie le caractère licite de l'utilisation de l'œuvre que du point de vue du destinataire (voir C-302/10, 17.01.2012, n. 41 ss, C-403/08 et C-429/08, 4.10.2011, n. 169 ss). Voir aussi CSPLA p. 28.

⁵⁵⁵ Implicitement ou explicitement (IViR p. 34, Wandtke/von Gerlach p. 679).

⁵⁵⁶ Consid. 33 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur. Dans le même sens, voir CJUE, 17.01.2012, C-302/10, n. 42, 4.10.2011, C-403/08 et C-429/08, n. 168.

⁵⁵⁷ Voir Barrelet/Egloff n. 6 ad art. 24a, Gilliéron, commentaire, n. 20 ad art. 24a, Oertli n. 11 ad art. 24a, ainsi que Dreier n. 8 ad § 44a, Eichelberger, Urheberrecht, p. 396 et réf. citées, IViR p. 34, Radmann p. 391.

4.5. Signification économique indépendante

Les actes de reproduction provisoire ne doivent pas avoir une signification indépendante, « en ce sens que l'avantage économique tiré de leur mise en œuvre ne doit être ni distinct ni séparable de l'avantage économique tiré de l'utilisation licite de l'œuvre concernée et il ne doit pas générer un avantage économique supplémentaire, allant au-delà de celui tiré de ladite utilisation de l'œuvre protégée »⁵⁵⁸.

Un avantage tiré d'un acte de reproduction provisoire « est distinct et séparable si l'auteur de cet acte est susceptible de réaliser des bénéfices en raison de l'exploitation économique de reproductions provisoires elles-mêmes »⁵⁵⁹.

Les copies provisoires ne doivent pas permettre une nouvelle utilisation susceptible de générer un profit, indépendante de l'utilisation principale de l'œuvre reproduite, ou une utilisation qui entrave ou empêche l'exploitation normale de l'œuvre⁵⁶⁰.

Par contre, le fait que des reproductions provisoires aient pour effet de priver l'auteur de revenus actuels ou potentiels ne leur confère pas obligatoirement *ipso facto* une « signification économique indépendante »⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ CJUE, 17.01.2012, C-302/10, n. 50. Voir aussi CJUE, 4.10.2011, C-403/08 et C-429/08, n. 175, BGH, 11.04.2013, I ZR 151/11, n. 20, Dreier n. 9 ad § 44a.

⁵⁵⁹ CJUE, 17.01.2012, C-302/10, n. 52. Voir aussi BGH, 11.04.2013, I ZR 151/11, n. 20. Dans le même sens, mais de manière moins précise, Gilliéron écrit (presse, p. 73) qu'« une reproduction peut avoir une signification économique indépendante [...] lorsqu'elle permet à celui qui l'effectue d'accroître ses revenus ».

⁵⁶⁰ Sur ces points, voir Barrelet/Egloff n. 7 ad art. 24a, Dreier n. 9 ad § 44a, Fangerow/Schulz p. 680, Oertli n. 12 ad art. 24a, Radmann p. 390, Wandtke/von Gerlach p. 682, Weber, Recht, p. 268 s. Barrelet et Egloff citent comme exemples de copies exclues du régime de l'article 24a LDA les copies mises à disposition de tiers contre paiement (dans le même sens, voir aussi AIPPI, B, p. 132), ou les reproductions permettant d'économiser les coûts nécessaires pour l'acquisition d'exemplaires supplémentaires. Zech considère apparemment (p. 6), interprétant à notre avis le concept de manière trop large, que toute copie susceptible de permettre une nouvelle utilisation revêt une « signification économique indépendante ».

⁵⁶¹ Voir l'analyse de Busch p. 501, critiquant la tendance de la jurisprudence allemande à l'admettre. Gilliéron écrit de manière trop générale que « la reproduction considérée ne doit avoir aucune signification indépendante [...] pour le titulaire des droits qui se verrait privé d'une source de revenus possibles » (commentaire, n. 22 ad art. 24a) et, dans une autre publication, qu'« une reproduction peut avoir une signification économique indépendante [...] lorsqu'elle empêche les ayants droit » de réaliser des revenus (presse, p. 73). Dans le même sens, voir aussi l'interprétation, à notre avis elle aussi trop large, de Brändli/Tamò p. 658.

4.6. Application aux copies découlant de la consultation de pages *web*

L'exception de reproduction provisoire couvre en principe les copies engendrées par la simple consultation de pages *web* chez les utilisateurs⁵⁶², qu'il s'agisse des copies réalisées en mémoire vive⁵⁶³ ou en mémoire cache⁵⁶⁴.

Il en va de même des copies *proxy* réalisées par les intermédiaires⁵⁶⁵, qui sont provisoires⁵⁶⁶ et accessoires⁵⁶⁷, pour autant qu'elles n'aient pas de signification économique indépendante⁵⁶⁸.

Selon de Werra, « il semble difficile de contester que de telles copies des œuvres ont une "signification économique indépendante" [...] dans la mesure où ces copies remplacent totalement la consultation du contenu original mis à disposition sur Internet »⁵⁶⁹.

Selon d'autres auteurs, les copies réalisées par les intermédiaires n'ont pas

⁵⁶² Sur ces copies, voir première partie, section 2, chiffre 2.7.

⁵⁶³ Voir ATF 133 III 473 (482), Message nLDA p. 3303, Auf der Maur/Meyer p. 201 s., Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 24a, Tissot, données, p. 193. En droit européen, voir consid. 33 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur, UKSC, 17.04.2013, [2013] UKSC 18, n. 27 ss, Borghi p. 333, Garrote p. 193, Geiger, information, n. 299, Häuptli p. 169 s., Larrieu p. 20 s., Reinstadler n. 27, Sardain n. 14, Strowel/Hanley p. 80 s., Wandtke/von Gerlach p. 678 s., ainsi que l'analyse partielle de la CJUE, 5.06.2014, C-360/13, n. 25 ss.

⁵⁶⁴ En droit européen, voir UKSC, 17.04.2013, [2013] UKSC 18, n. 27 ss, ainsi que l'analyse partielle de la CJUE, 5.06.2014, C-360/13, n. 25 ss. En droit suisse, plusieurs auteurs paraissent le considérer, mais mentionnent les copies découlant des consultations de pages *web* sans préciser expressément s'ils visent aussi les copies confectionnées chez les utilisateurs en mémoire cache (voir par exemple Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 24a). *Contra* : Häuptli p. 170 s. (en droit européen).

⁵⁶⁵ Voir Message nLDA p. 3303, AIPPI, A, p. 680 et 682, Barrelet/Egloff n. 6 ad art. 24a, cd-rom droit d'auteur, chap. 2.3, ch. 6.5. (« cette [...] disposition [...] a pour but de limiter la responsabilité des fournisseurs de service ou d'accès »), Cherpillod, révision, n. 22, Häuptli p. 185, Rehbinder/Viganò n. 7 ad art. 24a URG, von Büren n. 357 et, en droit européen, consid. 33 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur, Colin, œuvres, n. 390 ss, Larrieu p. 20 s., Reinstadler n. 27, Sirinelli, monopole, p. 227.

⁵⁶⁶ Message nLDA p. 3303. Les serveurs des intermédiaires ont une durée de stockage limitée, dépendant notamment de leur capacité de stockage, après laquelle les données sont effacées.

⁵⁶⁷ Message nLDA p. 3303.

⁵⁶⁸ Durant la procédure de consultation organisée dans le cadre du projet de révision de la LDA, certains organismes ont souligné les problèmes posés par cette condition, et proposé sa suppression (voir Rapport consultation p. 17). On précisera que ces copies ne bénéficient pas de l'exception d'usage privé (Bu, Internet, p. 158, Klett p. 125), puisqu'elles sont réalisées dans le but de permettre un accès plus rapide aux utilisateurs (Häuptli p. 184).

⁵⁶⁹ De Werra, contenus, p. 65. Dans le même sens, voir Colin, œuvres, n. 391 et réf. citées.

de signification économique indépendante si elles ne sont réalisées que pour accélérer l'accès aux contenus copiés⁵⁷⁰.

Cette seconde interprétation nous paraît s'imposer : puisque l'exception de copie provisoire vise les copies *proxy* réalisées par les intermédiaires⁵⁷¹, on doit admettre que ces dernières, hors circonstances particulières, n'ont pas de « signification indépendante » au sens de l'article 24a LDA.

On réservera le cas particulier d'une page qui serait initialement publiée en libre accès, puis deviendrait par la suite payante, postérieurement à sa mise à disposition par les intermédiaires : dans un tel cas, les copies effectuées, en permettant un accès gratuit à l'œuvre archivée, auraient bel et bien une « signification économique indépendante »⁵⁷².

5. Le droit de citation

« The problem with quotes found on the internet is that they're not always accurate »

Abraham Lincoln
(voir nbp 645 ci-dessous)

5.1. Généralités

Aux termes de l'article 25 alinéa 1 LDA, « les citations tirées d'œuvres divulguées sont licites dans la mesure où elles servent de commentaire, de référence ou de démonstration et pour autant que leur emploi en justifie l'étendue »⁵⁷³.

Le droit de citation constitue l'une des plus importantes restrictions au droit d'auteur⁵⁷⁴, instaurée dans l'intérêt général⁵⁷⁵, « dans le but de permettre, de faciliter et de favoriser, dans tous les domaines, la libre discussion intellectuelle et le libre débat d'idées »⁵⁷⁶. Il constitue ainsi « le principal moyen

⁵⁷⁰ Voir notamment Häuptli p. 185.

⁵⁷¹ Voir ci-dessus.

⁵⁷² Gilliéron, commentaire, n. 22 ad art. 24a et presse, p. 73. Voir aussi, à ce sujet, Klein p. 475 s. (à propos des copies cache de *Google*).

⁵⁷³ Sur la notion de citation, voir Morant p. 110 ss, Ruedin, auteur, n. 6 ss.

⁵⁷⁴ Ruedin, auteur, n. 15 et réf. citées.

⁵⁷⁵ Ruedin, auteur, n. 13 et réf. citées.

⁵⁷⁶ Ruedin, auteur, n. 13. Sur les buts et les raisons d'être du droit de citation, voir aussi Barrelet/Egloff n. 1 ad art. 25 (qui limitent trop fortement la portée du droit de citation en précisant « dans la mesure où il n'en résulte pas d'inconvénient pour l'auteur »),

de réaliser la justification sociale du droit d'auteur »⁵⁷⁷. Il repose notamment sur les libertés fondamentales de communication⁵⁷⁸, qui doivent être placées au même rang que le droit d'auteur⁵⁷⁹.

L'article 25 LDA ne vise que la reprise d'œuvres protégées. Chacun peut librement reprendre une ressource qui n'est pas ou plus protégée par la LDA⁵⁸⁰, ou une partie non individuelle d'une œuvre protégée⁵⁸¹.

Le droit de citation s'applique pleinement sur Internet⁵⁸².

5.2. La citation des œuvres visuelles

La doctrine majoritaire considère que toutes les catégories d'œuvres peuvent fondamentalement être citées⁵⁸³. Elle s'appuie notamment sur le texte de la loi, qui ne comporte aucune restriction explicite.

Pour certains types d'œuvres, toutefois, l'applicabilité de l'exception de citation reste controversée⁵⁸⁴.

Tel est notamment le cas pour les œuvres visuelles que constituent les photographies, les tableaux, les caricatures, les graphiques et autres images ainsi que, sur Internet, les captures d'écrans⁵⁸⁵. Si la plupart des auteurs admettent qu'elles peuvent être citées⁵⁸⁶, d'autres s'y opposent, en se référant

Geiger, information, n. 254, Graber p. 334, Macciachini, Urheberrecht, p. 184, Ruedin, auteur, n. 13 s. et réf. citées, Wistrand p. 149.

577 Geiger, information, n. 254. Sur la notion d'« ancrage social » du droit d'auteur, voir synthèse, section 4, chiffre 2.5.

578 ATF 131 III 480 (490), Dusollier n. 594, Friedli n. 24, Graber p. 334, Macciachini, Urheberrecht, p. 184, Pahud, Sozialbindung, p. 133, Ruedin, auteur, n. 17. Voir aussi CJUE, 1.12.2011, C-145/10, n. 134 s., Geiger, information, n. 169. Pour une présentation détaillée des droits fondamentaux jouant un rôle en matière de citation et de leurs effets sur l'interprétation de l'article 25 LDA, voir Ruedin, auteur, n. 25 ss. Sur les libertés de communication, voir synthèse, section 4, chiffre 2.3.

579 Voir synthèse, section 4, chiffre 2.5.

580 Voir Ruedin, auteur, n. 329.

581 Ruedin, auteur, n. 340. Sur la protection des parties d'œuvres, voir section 1, chiffre 2.6. ci-dessus.

582 Bu, Internet, p. 89, Bühler p. 266, Ruedin, auteur, n. 427, Weber, Recht, p. 278.

583 Voir notamment Bühler p. 266, Macciachini, Urheberrecht, p. 184, Morant p. 56, Renold/Contel n. 19 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 344 et 544 ss.

584 Pour une présentation détaillée des différents types de citations et de leur admission par la doctrine, voir Ruedin, auteur, n. 544 ss et réf. citées.

585 Pour une analyse détaillée de l'admissibilité des citations d'œuvres visuelles, voir Ruedin, auteur, n. 593 ss. Sur la controverse, voir aussi les réf. citées par Ruedin, auteur, nbp 1254.

586 Voir notamment Friedli n. 5 ss, Hürlimann, Internet, p. 88, Macciachini, Urheberrecht,

principalement à l'historique des travaux législatifs⁵⁸⁷.

L'interprétation de la doctrine majoritaire, selon laquelle toutes les catégories d'œuvres peuvent être citées, nous paraît correcte.

Sous l'angle constitutionnel d'abord, interdire les citations d'œuvres visuelles constituerait une atteinte difficilement justifiable aux libertés de communication⁵⁸⁸.

Comme l'écrit Ruedin, quel que soit le type d'œuvre concerné, « il existe un intérêt évident à la restitution la plus exacte possible de l'œuvre citée », et « si elle est parfois suffisante, la simple description d'une œuvre visuelle par des mots ne permet généralement pas d'en rendre toutes les subtilités »⁵⁸⁹. Notamment, « lorsqu'une œuvre visuelle est en jeu, une réelle discussion n'est [...] possible que si les opinions exprimées peuvent être confrontées à l'œuvre visuelle elle-même »⁵⁹⁰.

Il ajoute à juste titre que « les intérêts des auteurs ne sont [...] pas plus gravement menacés par la citation d'une œuvre visuelle que par la citation d'une œuvre d'un autre type »⁵⁹¹ et que « les conditions posées par l'article 25 LDA [...] permettent d'éviter que l'atteinte à la garantie de la propriété causée par la citation d'une œuvre visuelle dépasse ce qui peut raisonnablement être exigé de l'auteur »⁵⁹².

En outre, avec le développement des technologies de l'information, « l'image devient [...] de plus en plus présente », et, dans de nombreuses situations, elle « constitue un moyen de communication beaucoup plus efficace que l'écrit ou la parole »⁵⁹³.

p. 184 ss, Macciachini/Oertli n. 5 ss ad art. 25, Morant p. 67 ss, Schweizer, Links, p. 254, Rehbinder/Viganò n. 1 ad art. 25 URG, Ruedin, auteur, n. 617 (voir toutefois n. 618 ss).

⁵⁸⁷ Voir Barrelet/Egloff n. 2 ad art. 25 (pour les « tableaux, caricatures, infographies, graphiques et autres illustrations »), Dessemontet, traité, n. 491, Gilliéron, Internet, n. 421. Cette interprétation historique a été contestée par plusieurs auteurs (voir Ruedin, auteur, n. 597 ss. et réf. citées, ainsi que Hürlimann, Internet, p. 88, Macciachini, Urheberrecht, p. 185 s., Macciachini/Oertli n. 7 ad art. 25, Morant p. 68 ss).

⁵⁸⁸ Voir Friedli n. 24 ss, Macciachini, Urheberrecht, p. 187, Ruedin, auteur, n. 611 ss, ainsi que OGH, 3.10.2000, 4 Ob 224/00w, ZUM 2001, p. 574 ss (577 s.).

⁵⁸⁹ Ruedin, auteur, n. 612. Voir aussi Friedli n. 26, Geiger, information, n. 10, Macciachini, Urheberrecht, p. 187 et Werken, p. 364, Morant p. 71 s.

⁵⁹⁰ Ruedin, auteur, n. 612. Voir aussi Friedli n. 26, Geiger, information, n. 10 et law, p. 393, Macciachini, Urheberrecht, p. 187.

⁵⁹¹ Ruedin, auteur, n. 613. Voir aussi Macciachini, Urheberrecht, p. 187.

⁵⁹² Ruedin, auteur, n. 613. Voir aussi Friedli n. 31 ss.

⁵⁹³ Ruedin, auteur, n. 594.

Sur Internet, la possibilité de citer des œuvres visuelles joue un rôle important. Il serait par exemple très malaisé de devoir se contenter de décrire de manière textuelle des images au lieu de pouvoir les reproduire ou en donner un aperçu sous forme d'images à l'utilisateur⁵⁹⁴.

On voit mal pour quel motif les captures d'écran, notamment, ne pourraient pas bénéficier de l'exception de citation, pour autant que les conditions posées par l'article 25 LDA soient remplies dans un cas d'espèce⁵⁹⁵.

L'application de l'article 25 LDA aux œuvres visuelles est conforme au but de cette disposition, puisque leur citation, lorsqu'elle est effectuée dans un but de commentaire, de référence ou de démonstration, permet de favoriser de manière particulièrement importante « la libre discussion intellectuelle et le libre débat d'idées »⁵⁹⁶.

Interdire les citations d'œuvres visuelles constituerait une inégalité de traitement, par rapport aux autres types de citations, qui serait difficilement justifiable⁵⁹⁷.

Enfin, comme le souligne une partie de la doctrine, l'absence de distinction dans le texte légal constitue un autre motif important d'admettre la possibilité d'appliquer l'exception de citation aux œuvres visuelles⁵⁹⁸.

5.3. Les conditions matérielles

5.3.1. Le cadre de la citation

Certains auteurs considèrent qu'une citation ne peut se faire qu'au sein d'une œuvre protégée⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ Voir aussi les commentaires de Ott, à l'adresse <<http://www.linksandlaw.de/news/1275-bildersuche-text.htm>>.

⁵⁹⁵ Si les œuvres visuelles ne peuvent être citées, les captures d'écran que nous proposons à titre illustratif dans le cadre de notre travail constituent des reproductions illicites tombant sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA ! Sur les conditions auxquelles les œuvres visuelles peuvent être citées, voir Ruedin, auteur, n. 618 ss.

⁵⁹⁶ Macciachini/Oertli n. 8 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 610.

⁵⁹⁷ Voir Friedli n. 22 et 36, Macciachini, Urheberrecht, p. 187, Ruedin, auteur, nbp 1292.

⁵⁹⁸ Voir Friedli n. 8 et 15 s., Macciachini, Urheberrecht, p. 185, Macciachini/Oertli n. 6 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 595 et 607, ainsi que les réflexions, formulées sous chiffre 3.3.2. ci-dessus en relation avec le principe de la légalité de l'article 1 CP, également applicables ici (voir aussi, doutant que la formulation légale permette de sanctionner celui qui cite une œuvre visuelle, Macciachini, Urheberrecht, p. 187).

⁵⁹⁹ Voir notamment Gilliéron, Internet, n. 421. *Contra* : voir les auteurs cités ci-dessous, ainsi que Friedli n. 40 (voir toutefois n. 46 s.), Macciachini, Urheberrecht, p. 184,

Plus nuancés, d'autres auteurs considèrent qu'une citation ne peut se faire qu'au sein d'une ressource qui remplit les conditions fondamentales de protection d'une œuvre, sans qu'il s'agisse nécessairement d'une œuvre protégée⁶⁰⁰. Ainsi, notamment, une citation peut selon eux se faire au sein d'un texte qui n'est plus protégé, ou qui tombe sous le coup de l'article 5 LDA⁶⁰¹.

Pour Ruedin, la loi n'impose pas que la citation s'opère au sein d'une œuvre⁶⁰², mais l'exigence posée par la loi que la citation ait un but précis⁶⁰³ « garantit que la reprise de l'œuvre d'un tiers ait lieu dans un cadre présentant un certain degré d'individualité » et « implique presque automatiquement qu'une citation soit contenue dans une œuvre »⁶⁰⁴.

A notre avis, même un texte qui ne remplit pas les conditions de protection de l'article 2 alinéa 1 LDA, comme par exemple un tract politique non original⁶⁰⁵, peut valablement citer une œuvre protégée⁶⁰⁶.

Un contenu propre reste néanmoins indispensable : l'exception de citation ne couvre ainsi par exemple pas la simple reprise d'une œuvre dans une rubrique du type « citation de la semaine »⁶⁰⁷, sur une carte postale⁶⁰⁸, ou la publication d'un recueil de citations⁶⁰⁹.

Macciachini/Oertli n. 15a ad art. 25, Rehbinder/Viganò n. 2 ad art. 25 URG. Dans le même sens que ces auteurs, la CJUE considère, sous l'angle de l'article 5 paragraphe 3 lettre d de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur, que « le point de savoir si la citation est faite dans le cadre d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou, au contraire, d'un objet non protégé par un tel droit, est dépourvu de pertinence » (CJUE, 1.12.2011, C-145/10, n. 136).

⁶⁰⁰ Barrelet/Egloff n. 7 ad art. 25, Gasser/Morant p. 233 s., Morant p. 100 ss.

⁶⁰¹ Morant p. 105, Renold/Contel n. 9 ad art. 25.

⁶⁰² Ruedin, auteur, n. 423.

⁶⁰³ Voir chiffre 5.3.2. ci-dessous.

⁶⁰⁴ Ruedin, auteur, n. 421. Dans le même sens, voir Renold/Contel n. 10 ad art. 25.

⁶⁰⁵ Voir Cherpillod, Schranken, nbp 135, Ruedin, auteur, n. 417.

⁶⁰⁶ Dans le même sens, voir Hürlimann, Internet, p. 87 s.

⁶⁰⁷ Macciachini, Urheberrecht, p. 189, Ruedin, auteur, n. 445.

⁶⁰⁸ Ruedin, auteur, n. 456.

⁶⁰⁹ Barrelet/Egloff n. 3 ad art. 25, Bühler p. 267, Cherpillod, Schranken, p. 298, Gaide p. 250, Gasser/Morant p. 235, Macciachini/Oertli n. 10 ad art. 25, Morant p. 103, Renold/Contel n. 5 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 481 ss, von Büren n. 361, Weber, Recht, p. 278.

5.3.2. Le but de la citation⁶¹⁰

5.3.2.1. Les trois fonctions légales

Pour être licite, selon le texte légal, une citation doit servir « de commentaire, de référence ou de démonstration ».

La loi pose ainsi les fonctions que doit remplir une citation, qu'il ne faut pas confondre avec l'objectif poursuivi par le cadre, les raisons pour lesquelles il est fait recours à la citation⁶¹¹ : la citation « ne doit pas *faire l'objet*, mais bien *servir* de commentaire, de référence ou de démonstration »⁶¹².

Un « commentaire » désigne « une remarque ou une explication à propos d'un sujet »⁶¹³. La notion doit être comprise comme « une forme d'illustration du cadre dans lequel la citation est insérée », par exemple pour « faciliter la compréhension d'un raisonnement » ou pour « préciser une réflexion »⁶¹⁴.

La « référence » est « l'action de se référer, de renvoyer à une source, à une autorité »⁶¹⁵.

Selon Ruedin, « la notion de référence ne doit [...] pas être comprise dans un sens trop large, toute utilisation d'une œuvre ayant fondamentalement pour but de s'y référer. [...] La citation qui sert de référence permet par exemple de fonder, de soutenir et d'approfondir un raisonnement propre ou de poursuivre celui d'un tiers. Elle peut aussi servir à confirmer une affirmation ou à présenter un avis divergent »⁶¹⁶. La reprise qui ne se fait que dans le but de faciliter l'accès à l'œuvre citée n'est pas couverte par l'exception de citation⁶¹⁷.

Le simple renvoi que désigne souvent le terme « référence » dans le langage courant, sans reproduction d'une œuvre protégée, ne constitue pas une citation, mais une simple indication, qui peut en principe être effectuée librement⁶¹⁸.

La « démonstration » est « ce qui sert à [...] fournir la preuve, à établir la

⁶¹⁰ Pour une présentation détaillée des points qui seront développés sous ce chiffre, voir Ruedin, auteur, n. 429 ss.

⁶¹¹ Voir Morant p. 167 s., Ruedin, auteur, n. 432 et 463 ss. *Contra* : Renold/Contel n. 21 s. ad art. 25 (peu clairs).

⁶¹² Ruedin, auteur, n. 432.

⁶¹³ Ruedin, auteur, n. 434.

⁶¹⁴ Ruedin, auteur, n. 435.

⁶¹⁵ Ruedin, auteur, n. 436.

⁶¹⁶ Ruedin, auteur, n. 437. Voir aussi Macciachini, Urheberrecht, p. 190, Morant p. 172.

⁶¹⁷ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.2.2.

⁶¹⁸ Ruedin, auteur, n. 438.

vérité de quelque chose »⁶¹⁹. La notion doit être interprétée largement : « la citation qui sert de démonstration permet par exemple de soutenir un raisonnement ou de renforcer la crédibilité d'une réflexion par l'apport d'éléments qui font autorité »⁶²⁰.

Ces trois fonctions légales doivent être appréhendées ensemble, elles « se complètent et se précisent mutuellement », et « sont naturellement appelées à être combinées et mélangées »⁶²¹.

5.3.2.2. *Le lien de connexité*

Les trois fonctions légales impliquent que la citation doit entretenir un rapport concret, direct et étroit avec le cadre dans lequel elle est insérée : il doit exister un véritable lien de connexité entre l'œuvre citée et le cadre de la citation⁶²².

La citation ne doit pas constituer un prétexte pour l'utilisation de l'œuvre d'un tiers, en se bornant à sa simple reprise ou à sa présentation dans un autre cadre⁶²³. Elle ne doit pas avoir pour seul but de compléter le cadre de la citation, ou de s'épargner du travail⁶²⁴.

Les citations qui ne servent qu'à agrémenter le cadre de la citation, notamment à le décorer ou à l'embellir ne sont pas admissibles⁶²⁵, même lorsqu'il existe un lien thématique entre la citation et son cadre⁶²⁶.

5.3.3. L'étendue de la citation

Selon les termes de l'article 25 alinéa 1 LDA, les citations sont licites « pour autant que leur emploi en justifie l'étendue ».

⁶¹⁹ Ruedin, auteur, n. 439.

⁶²⁰ Ruedin, auteur, n. 441.

⁶²¹ Ruedin, auteur, n. 442. Voir aussi Morant p. 173.

⁶²² ATF 131 III 480 (487 s.), Barrelet/Egloff n. 3 ad art. 25, Gasser/Morant p. 235, Macciachini, Urheberrecht, p. 190, Macciachini/Oertli n. 17 ad art. 25, Morant p. 168 ss, Rehbindler/Viganò n. 3 ad art. 25 URG, Renold/Contel n. 3 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 443 ss, Sengel n. 13. La notion provient de la doctrine et de la jurisprudence allemandes (voir Ruedin, auteur, nbp 901 et réf. citées).

⁶²³ Ruedin, auteur, n. 445 et réf. citées.

⁶²⁴ Morant p. 169. Ruedin, auteur, n. 445. En droit allemand, voir BGH, 29.04.2010, I ZR 69/08, n. 26.

⁶²⁵ Friedli n. 38, Gasser/Morant p. 234, Macciachini/Oertli n. 11 ad art. 25, Morant p. 103, Rehbindler/Viganò n. 3 ad art. 25 URG, Ruedin, auteur, n. 456.

⁶²⁶ Ruedin, auteur, n. 446, qui fournit l'exemple de la citation d'un poème consacré aux arbres, inséré dans un texte consacré à la forêt.

L'étendue de la citation doit ainsi être justifiée par son but⁶²⁷ : elle doit se limiter à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre le but visé de commentaire, de référence ou de démonstration⁶²⁸.

Pour autant que les conditions de l'article 25 LDA soient remplies, la citation intégrale d'une œuvre est possible⁶²⁹, mais elle n'est pas admissible si une citation partielle aurait suffi pour atteindre le but visé. Par exemple, lorsque l'auteur d'un article se réfère à certains passages de l'article d'un tiers, il ne peut reproduire que ces passages, et non l'article dans son intégralité⁶³⁰.

L'étendue de la citation ne doit pas être telle qu'elle lui permette d'atteindre une signification autonome, ou même la signification principale⁶³¹. Le Tribunal fédéral rattache ce principe à l'exclusion des citations « manifestement abusives »⁶³² sous l'ancienne LDA de 1922, suscitant l'intérêt principal du lecteur et faisant apparaître la citation comme un simple prétexte⁶³³.

Ainsi, « la citation ne peut être que l'accessoire de la publication où elle figure et non la raison d'être de celle-ci »⁶³⁴. Le cadre de la citation doit « dominer l'impression d'ensemble »⁶³⁵.

⁶²⁷ Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 25, Bühler p. 266, Cherpillod, Schranken, p. 297, Friedli n. 41, Gaide p. 250, Gasser/Morant p. 238, Macciachini, Urheberrecht p. 191, Macciachini/Oertli n. 16 ad art. 25, Morant p. 190 s., Nobel/Weber n. 84 ad chap. 11, Ruedin, auteur, n. 488, Salvadé, parodie, p. 98, Schweizer, Links, p. 253 s, Stengel n. 13, Weber, Recht, p. 277.

⁶²⁸ ATF 131 III 480 (488 ss), Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 25, Cherpillod, Schranken, p. 297, Friedli n. 41, Macciachini/Oertli n. 16 ss ad art. 25, Morant p. 194, Ruedin, auteur, n. 488 et 492 et réf. citées, Schweizer, Links, p. 254, Weber, Recht, p. 277.

⁶²⁹ Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 25, Bühler p. 266, Cherpillod, Schranken, p. 296 s., David, Lexicon, p. 377, Gaide p. 250, Gasser/Morant p. 239, Macciachini/Oertli n. 4 ad art. 25, Morant p. 196, Rehbindler/Viganò n. 4 ad art. 25 URG, Renold/Contel n. 25 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 499 ss (513), Schweizer, Links, p. 254, Stengel n. 4 s. *Contra* : Spahr p. 91. La version germanophone de l'article 25 alinéa 1 LDA utilise la formulation « *veröffentlichte Werke dürfen zitiert werden* » (les œuvres divulguées peuvent être citées), moins ambiguë que celle de la version francophone, qui prévoit que « les citations tirées d'œuvres divulguées sont licites ».

⁶³⁰ ATF 131 III 480 (488 ss), Ruedin, auteur, n. 448 et 493.

⁶³¹ ATF 131 III 480 (487 s.), Friedli n. 40, Macciachini, Urheberrecht, p. 190, Macciachini/Oertli n. 11 s. ad art. 25, Nobel/Weber n. 84 ad chap. 11, Rehbindler/Viganò n. 3 ad art. 25 URG, Ruedin, auteur, n. 450, Widmer/Sutter p. 703.

⁶³² « *offensichtlich missbräuchlich* ».

⁶³³ ATF 131 III 480 (488) et réf. citées.

⁶³⁴ Wistrand p. 182 (en droit français).

⁶³⁵ Morant nbp 452 (« *das Zitatum muss Kernstück sein und den Gesamteindruck dominieren* »).

On précisera encore, en conformité avec le test des trois étapes⁶³⁶, que la citation ne doit en principe pas entrer en concurrence avec l'œuvre citée, en ce sens qu'une citation ne doit pas avoir une étendue telle qu'elle ait pour effet de rendre sans intérêt sa consultation ou son acquisition⁶³⁷.

5.4. Conditions formelles

L'article 25 alinéa 2 LDA dispose que « la citation doit être indiquée » et que « la source et, pour autant qu'il y soit désigné, l'auteur, doivent être mentionnés »⁶³⁸.

La citation doit être reconnaissable comme telle⁶³⁹, en se démarquant clairement du cadre dans lequel elle est insérée⁶⁴⁰. Par exemple, la citation écrite d'un texte doit être placée entre guillemets, ou reproduite d'une manière qui permette de la distinguer du reste du texte citant⁶⁴¹.

La mention de la source « doit comprendre l'ensemble des informations permettant au public d'accéder facilement à l'œuvre dont la citation est tirée »⁶⁴².

Lorsqu'on cite une ressource mise à disposition licitement sur Internet, l'exigence de mention de la source est à notre avis satisfaite par l'indication de son adresse URL, de l'adresse URL de la page sur laquelle elle figure ou même de celle du point d'entrée de la collection de ressources dont elle fait partie⁶⁴³. A

⁶³⁶ Voir chiffre 2.2. ci-dessus.

⁶³⁷ Barrelet/Egloff n. 4 s. ad art. 25, Gasser/Morant p. 236 et 239, Hürlimann, Internet, p. 88 s., Morant p. 197 s., Pahud, Sozialbindung, p. 134 s., Ruedin, auteur, n. 462, Stengel n. 18 s.

⁶³⁸ L'article 10 chiffre CB prévoit que « les citations [...] devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source ». L'article 5 paragraphe 3 lettre d de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur impose que la source et le nom de l'auteur soient indiqués, « à moins que cela ne s'avère impossible ».

⁶³⁹ Barrelet/Egloff n. 11 ad art. 25, Cherpillod, Schranken, p. 298, Gasser/Morant p. 239, Macciachini/Oertli n. 20 ad art. 25, Morant p. 208 s., Renold/Contel n. 3 et 33 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 521.

⁶⁴⁰ Ruedin, auteur, n. 521. Certains auteurs considèrent, à notre avis à tort car contre le texte clair de la loi, qu'il n'est pas nécessairement obligatoire d'indiquer une citation si elle est clairement reconnaissable (Barrelet/Egloff n. 11 ad art. 25, Renold/Contel n. 33 ad art. 25).

⁶⁴¹ Barrelet/Egloff n. 11 ad art. 25, Dessemontet, traité, n. 472, Gasser/Morant p. 239, Morant p. 209, Renold/Contel n. 3 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 522.

⁶⁴² Ruedin, auteur, n. 527. Voir aussi Macciachini/Oertli n. 21 ad art. 25, Morant p. 210 et 216 ss, Renold/Contel n. 34 ad art. 25.

⁶⁴³ Par exemple par une phrase du type « cette image provient du site www.images.ch ». Cette mention est suffisante, tout comme l'est par exemple la mention d'un livre dont

notre avis, cette mention suffit même lorsque la ressource est aussi publiée sous forme imprimée. D'autre part, l'indication du titre de la ressource ou de l'œuvre dont elle fait partie ne nous paraît pas nécessaire⁶⁴⁴.

La loi exige encore que le nom de l'auteur, s'il est mentionné à la source, soit également indiqué⁶⁴⁵.

Cette condition nous paraît peu adaptée sur Internet, puisque l'indication d'une adresse URL permet d'accéder de manière directe à la source, et donc au nom de l'auteur s'il y est mentionné⁶⁴⁶. Cette exigence rend d'autre part impossible l'application de l'exception de citation aux moteurs de recherche, lorsque les pages référencées indiquent les noms des auteurs concernés, puisque ces moteurs ne peuvent pas, en l'état actuel de la technique, trouver et mentionner de manière automatique les noms de ces auteurs⁶⁴⁷.

Le texte de la loi est toutefois suffisamment clair pour ne laisser, à notre avis, aucune place à une interprétation contraire, d'autant plus que cette exigence est reprise dans la norme pénale que constitue l'article 68 LDA.

Les articles 25 et 68 LDA ont certes été promulgués sans prise en compte des spécificités des citations sur Internet, puisqu'ils datent d'avant le développement du réseau dans le grand public, mais ils n'ont pas été modifiés dans le cadre de la révision de 2007⁶⁴⁸.

De lege lata, donc, il faut admettre que la citation d'une œuvre publiée sur

on extrait un passage (même si la mention précise de la page est préférable). Du même avis, voir Hürlimann, Internet, p. 89, Salvadé, responsabilité, p. 92 s. Voir aussi Schweizer, Links, p. 254 s.

⁶⁴⁴ *Contra* : Bisges, Internet, p. 733 (en droit allemand), Morant p. 150 (nuancé), Renold/Contel n. 35 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 539. Bisges, Morant et Ruedin s'appuient sur le fait que l'URL peut changer, rendant impossible l'identification de l'auteur de la ressource citée. Nous ne partageons pas cette analyse. Il appartient au *webmaster* qui publie l'œuvre citée de prévoir une URL stable, qui ne change pas. En outre, si une URL change, le moteur de recherche disponible à l'adresse <<http://www.archive.org>> permet le plus souvent de retrouver aisément la ressource qui était publiée à l'ancienne adresse (voir sixième partie, section 4, chiffre 1.).

⁶⁴⁵ Nous en profitons pour préciser que la (fausse) citation utilisée au début de notre présentation de l'article 25 LDA est une plaisanterie circulant sur Internet.

⁶⁴⁶ La portée pratique de ce problème est cependant limitée, la plupart des pages ne mentionnant pas le nom de leurs auteurs, ou des auteurs des ressources qui y figurent.

⁶⁴⁷ Voir Schweizer, Links, p. 255.

⁶⁴⁸ L'article 5 paragraphe 3 lettre d de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur de 2001, qui impose lui aussi que le nom de l'auteur soit mentionné, a également été adopté après la démocratisation d'Internet.

Internet doit mentionner le nom de son auteur, s'il est indiqué à sa source⁶⁴⁹.

⁶⁴⁹ Renold/Contel n. 35 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 539, Schweizer, Links, p. 255. Seemann considère que l'exigence de mention du nom de l'auteur ne fonde pas un nouveau droit mais ne constitue qu'un rappel de l'existence du droit de paternité (p. 151). Cette analyse est à notre avis discutable, le droit de paternité n'entraînant pas l'obligation, en cas de reproduction d'une œuvre sur Internet, d'indiquer dans tous les cas le nom de son auteur (voir section 2, chiffre 2.2. ci-dessus). Rattachant ce droit aux droits de la personnalité des articles 28 ss CC, Seemann estime qu'une limitation du droit de paternité peut être justifiée si elle est commandée en pratique par une pesée des intérêts en présence (Seemann p. 151 et 197 ss). Une pesée des intérêts ne nous paraît pas suffisante pour justifier une interprétation allant contre le texte clair de la loi, en particulier dans le cadre de l'interprétation de la norme pénale que constitue l'article 68 LDA.

Section 4 - La protection des mesures techniques

« L'idée essentielle est que la technique peut venir au secours du droit d'auteur menacé par la technique. Et, afin que cette effectivité retrouvée grâce à la technique puisse véritablement produire ses effets, le législateur a décidé qu'il fallait protéger les dispositifs techniques de protection des œuvres par une couche juridique et qu'il fallait sanctionner les actes de contournement de ces dispositifs techniques qui mettaient en péril les œuvres ou la propriété littéraire. Donc dans un jeu de miroirs sans fin, le droit vient au secours de la technique qui venait au secours du droit »

Colloque sur les droits d'auteur et
droits voisins dans la société de l'information
28-29 novembre 2003
Intervention de Pierre Sirinelli

Les titulaires de droits sur des œuvres protégées ont souvent recours à des mesures techniques « pour empêcher ou contrôler une utilisation non autorisée de leurs œuvres et de leurs prestations dans le domaine numérique »⁶⁵⁰.

L'article 11 du WCT, premier accord international à prévoir une protection des mesures techniques⁶⁵¹, impose aux parties contractantes de « prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits [...] et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi »⁶⁵².

Cette disposition est notamment à la source de la section 1201 du titre 17

⁶⁵⁰ Rapport explicatif p. 22. Voir aussi, sur cette problématique, Dusollier n. 12 ss, Jaccard/Heumann n. 1 ad art. 39a. Ils tentent aussi, parfois, de se servir des mesures techniques pour restreindre des utilisations licites, mais qu'ils désirent empêcher ou contrôler, de leurs œuvres (voir Rigamonti, Schutz, p. 2 s.). Pour une présentation des différentes mesures techniques utilisées pour protéger les œuvres, voir Baumgartner p. 17 ss, Dusollier n. 19 ss, Gilliéron, Internet, n. 397 ss.

⁶⁵¹ Girsberger p. 122.

⁶⁵² Sur cette disposition, voir Girsberger p. 122 ss, Rigamonti, Schutz, p. 4 ss. Le Traité ne définit pas les notions de « neutralisation » et de « mesure technique efficace ». Sur la notion de « protection juridique appropriée », voir Dusollier n. 90 ss.

du *United States Code*⁶⁵³, de l'article 6 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur⁶⁵⁴ et de l'article 39a LDA, introduit par la révision de 2007.

L'article 39a LDA « protège les mesures techniques auxquelles ont recours les auteurs et les titulaires pour empêcher ou contrôler une utilisation non autorisée de leurs œuvres ou de leurs prestations dans le domaine numérique »⁶⁵⁵.

L'article 39a alinéa 1 LDA dispose qu'« il est interdit de contourner les mesures techniques efficaces servant à la protection des œuvres et d'autres objets protégés ».

Les mesures techniques ne sont pas protégées dans l'absolu, mais uniquement si elles protègent des œuvres elles-mêmes protégées par le droit d'auteur ou des prestations protégées par les droits voisins. Cette disposition ne vise pas le contournement de mesures techniques protégeant des contenus ou des prestations ne bénéficiant pas de la protection du droit d'auteur ou tombés dans le domaine public⁶⁵⁶. Une protection absolue des mesures techniques, indépendamment des contenus qu'elles protègent ou de la titularité des droits de celui qui les a mises en place, ne serait pas légitime en droit d'auteur⁶⁵⁷.

Le « contournement » peut se définir comme tout acte qui permet l'accès à l'œuvre ou son utilisation, en « passant outre » la mesure technique de protection⁶⁵⁸.

⁶⁵³ Sur cette disposition, voir notamment de Werra, mesures, p. 103 ss, Foged p. 530 ss, Girsberger p. 135 ss, Gottschalk p. 149 s.

⁶⁵⁴ Sur cette disposition, voir Baumgartner p. 146 ss, de Werra, mesures, p. 135 ss, Foged p. 535 ss, Girsberger p. 143 ss, IViR p. 69 ss, Spindler, Urheberrecht, p. 116 ss. Elle fut qualifiée, suivant les inspirations, de « désastreuse » (*disastrous*), d'une « complexité inquiétante » (*worrying complexity*, Geiger, exception, p. 75), d'« extrêmement complexe », d'« incompréhensible », d'« obscure », de « cafouillage » et même d'« espèce de monstre » (voir Gotzen p. 35 et réf. citées). La formulation du WCT est plus heureuse (voir aussi Gotzen p. 51 s.).

⁶⁵⁵ Message nLDA p. 3297.

⁶⁵⁶ Message nLDA p. 3297, Auf der Maur n. 3 ad art. 39a, Barrelet/Egloff n. 3 et 4a ad art. 39a, Jaccard/Heumann, n. 10 ad art. 39a, Platz n. 20, Rehbindler/Viganò n. 11 ad art. 39a URG, Rubli n. 196, Salvadé, mesures, n. 4, Tissot, revision, p. 3, Weber, Recht, p. 263.

⁶⁵⁷ Voir aussi Hoeren, thoughts, p. 115 s.

⁶⁵⁸ Voir Dreier n. 10 ad § 95a, ainsi que Barrelet/Egloff n. 6 ad art. 39a, Jaccard/Heumann n. 14 ad art. 39a, Rehbindler/Viganò n. 10 ad art. 39a URG, Salvadé, accès, p. 114. La doctrine francophone définit le contournement comme un acte qui « rend inefficace » la mesure technique qui en fait l'objet. Cette formulation nous paraît à éviter, car elle pourrait faire croire à tort que le contournement d'une mesure lui fait perdre son caractère de mesure « efficace », et, ainsi, sa protection légale (la LDA ne protégeant

Selon l'alinéa 2, « sont considérées comme des mesures techniques efficaces au sens de l'al. 1 les technologies et les dispositifs tels que les contrôles d'accès, les protections anticopies, le cryptage, le brouillage et les autres mécanismes de transformation destinés et propres à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées d'œuvres et d'autres objets protégés ».

Les restrictions du droit d'auteur, notamment, prévalent donc sur la protection des mesures techniques⁶⁵⁹. La protection des mesures techniques ne doit en effet servir qu'à protéger les droits conférés à l'auteur par les autres dispositions légales. Elle ne doit pas avoir pour effet d'étendre artificiellement ces droits, en limitant la faculté de procéder à une utilisation licite d'une œuvre protégée, ou de favoriser une telle utilisation⁶⁶⁰.

La liste légale n'est pas exhaustive : l'article 39a LDA vise « toutes les technologies actuelles et futures permettant de contrôler l'accès ou ayant une fonction de protection anticopies »⁶⁶¹.

Les mesures de contrôle d'accès sont, comme leur nom l'indique, celles qui permettent aux prestataires de déterminer à quelles conditions l'utilisateur peut accéder aux données protégées⁶⁶². Sur le *web*, les dispositifs permettant de subordonner l'accès aux pages intérieures d'un site à la saisie d'un nom d'utilisateur et/ou d'un mot de passe constituent des mesures techniques au sens de l'article 39a LDA⁶⁶³.

Selon le texte légal, les mesures techniques, pour être « efficaces », doivent être destinées et propres à empêcher l'utilisation non autorisée des objets protégés. La portée exacte de la notion de « mesure technique efficace » est difficile à définir⁶⁶⁴.

que les mesures « efficaces »).

⁶⁵⁹ Voir Message nLDA p. 3297, Rohmer/Sambuc, droit, p. 833 s., Salvadé, mesures, n. 12, ainsi que l'alinéa 4 de l'article 39a LDA.

⁶⁶⁰ Voir aussi, dans le même sens, Girsberger p. 203.

⁶⁶¹ Barrelet/Egloff n. 7 ad art. 39a. Voir aussi Platz n. 7.

⁶⁶² Glarner, Werknutzung, p. 648. Voir par exemple Salvadé, accès, p. 111 s.

⁶⁶³ Dans le même sens, voir Barrelet/Egloff n. 7 ad art. 39a, Gilliéron, Internet, n. 398.

⁶⁶⁴ Selon l'article 6 paragraphe 3 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur, « les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation [...] est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection [...] qui atteint cet objectif de protection ». Le droit américain protège les mesures permettant un « contrôle effectif » de l'accès à l'œuvre, soit toute mesure qui, « dans le cadre normal de son fonctionnement, requiert l'application d'une information, d'une procédure ou d'un traitement, avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, pour gagner accès à l'œuvre » (« a technological measure "effectively controls access to a work" if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the

Comme le précise de Werra, « des mesures techniques déficientes, soit des mesures qui peuvent être contournées trop facilement – ou même par accident – ne peuvent pas être protégées contre le contournement »⁶⁶⁵.

La loi ne protège donc que les mesures techniques dont le contournement pose au moins « un niveau de difficulté minimal »⁶⁶⁶. Une mesure est efficace « lorsqu'elle empêche un consommateur moyen ou un utilisateur moyen d'utiliser ou de reproduire une œuvre ou une prestation protégée »⁶⁶⁷. Toutefois, « la possibilité de contourner une mesure technique ne peut remettre en cause ni la finalité ni l'efficacité de la mesure, sinon l'interdiction serait sans objet »⁶⁶⁸.

La notion de mesure technique n'inclut pas les clauses purement contractuelles qui n'ont aucun effet technique de restriction de l'accès à l'œuvre

application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work », Section 1201, lettre a, chiffre 3-B du Titre 17 du *United States Code*, traduction de de Werra, mesures, p. 109). Selon Lucas (auteur, n. 540), cette exigence d'efficacité « s'explique probablement par l'idée que le droit n'a pas à venir au secours de celui qui n'utilise même pas toutes les ressources de la technique ».

⁶⁶⁵ De Werra, mesures, p. 143 (à propos de l'article 6 paragraphe 3 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur). Dans le même sens, voir Girsberger p. 130, IViR p. 75.

⁶⁶⁶ Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 39a. Voir aussi Colin, œuvres, n. 423, Dreier n. 15 ad § 95a.
⁶⁶⁷ Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 39a. Dans le même sens, voir Auf der Maur n. 2 ad art. 39a, Jaccard/Heumann n. 12 ad art. 39a, Rehbindler/Viganò n. 13 ad art. 39a URG. Voir aussi, en droit européen, Brinkel p. 75, Gutman p. 492, Hoeren, Entwurf, p. 520, Spindler, Urheberrecht, p. 115 s. et, en droit allemand, OLG Hambourg, 24.06.2009, 5 U 165/08, II-1-b-aa-1 et réf. citées, Janish/Lachenmann p. 214, Redlich p. 716, Stadler, Link, n. 6, Stichelbrock p. 738. *Contra* : Baumgartner p. 149 (qui considère que cette notion cause une trop grande insécurité juridique). En France, Caprioli considère (n. 9), à notre avis de manière beaucoup trop large, qu'une mesure technique est efficace « si le titulaire des droits sur l'œuvre entendait contrôler ses droits en l'apposant », indépendamment de « la viabilité ou l'obsolescence manifeste de la mesure technique », et qu'« il n'est donc pas question de savoir si la mesure technique peut faire facilement ou non l'objet d'un contournement pour lui attribuer la protection légale » (dans le même sens, voir aussi Colin, œuvres, n. 425). On précisera encore que s'il existe sur le marché des logiciels destinés à neutraliser une mesure technique, elle peut à notre avis devenir « inefficace » si l'« utilisateur moyen » a connaissance et accès aux logiciels considérés (voir aussi, dans le même sens mais nuancés, Jaccard/Heumann n. 13 ad art. 39a, ainsi que Dreier n. 15 ad § 95a et réf. citées).

⁶⁶⁸ Rapport explicatif p. 23. Voir aussi Auf der Maur n. 2 ad art. 39a, Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 39a, Baumgartner p. 149, Girsberger p. 129 s., ainsi que Caprioli n. 9, Colin, œuvres, n. 424, Lucas, propriété, n. 970 et, en droit allemand, OLG Hambourg, 24.06.2009, 5 U 165/08, II-1-b-aa-1 et réf. citées, Dreier n. 15 ad § 95a, Ernst, Kopierschutz, p. 40, Pleister/Ruttig p. 765, Redlich p. 716, Stichelbrock p. 738, Strömer/Gaspers p. 17.

ou de son utilisation⁶⁶⁹.

L'alinéa 3 dispose qu'« il est interdit de fabriquer, d'importer, de proposer au public, d'aliéner ou de mettre en circulation de quelque autre manière, de louer, de confier pour usage, de faire de la publicité pour, de posséder dans un but lucratif des dispositifs, des produits ou des composants ainsi que de fournir des services qui présentent une des caractéristiques suivantes:

- (a) ils font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation visant à contourner des mesures techniques efficaces;
- (b) ils n'ont, le contournement de mesures techniques efficaces mis à part, qu'une finalité ou une utilité commerciale limitée;
- (c) ils sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement des mesures techniques efficaces »⁶⁷⁰.

L'alinéa 3 interdit ainsi « tout acte qui prépare ou permet le contournement de mesures techniques »⁶⁷¹, et constitue un moyen de protection des mesures techniques encore plus efficace que l'interdiction même de contournement de l'alinéa 1⁶⁷². Par exemple, la publication d'instructions permettant de contourner une mesure technique de protection tombe sous le coup de cette disposition, que ces instructions soient considérées comme un « produit » ou comme un « service ».

Pour que la protection des mesures techniques n'empêche pas l'utilisation licite d'une œuvre protégée, l'alinéa 4 prévoit enfin que « l'interdiction de contourner ne peut pas frapper celui qui contourne une mesure technique efficace exclusivement dans le but de procéder à une utilisation licite »⁶⁷³.

⁶⁶⁹ En droit européen, voir Gutmann p. 492.

⁶⁷⁰ La formulation de cet alinéa est relativement proche de celle de l'article 6 paragraphe 2 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur.

⁶⁷¹ Message nLDA p. 3298.

⁶⁷² Message nLDA p. 3298.

⁶⁷³ Dans le même sens, l'article 11 WCT n'impose une protection des mesures techniques que contre les actes « qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi » (voir Girsberger p. 125 s., Stieper p. 129), sans toutefois forcer les signataires à protéger les utilisations autorisées par la loi (voir Akester, impact, p. 55 s. et réf. citées). En droit européen, l'article 6 paragraphe 4 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur prévoit aussi un système tenant compte des restrictions au droit d'auteur, dont la complexité et la qualité rédactionnelle laissent songeur (la disposition prévoit notamment que « les Etats membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions [...] puissent bénéficier desdites exceptions [...] dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à

Au sens de cet alinéa, une utilisation est licite « lorsqu'elle est consacrée par une restriction au droit d'auteur »⁶⁷⁴.

En préservant la portée des restrictions au droit d'auteur, l'alinéa 4 a pour fonction de maintenir l'équilibre voulu par le législateur entre les droits des auteurs d'œuvres et ceux des tiers⁶⁷⁵.

Ainsi, « tout contournement des mesures techniques est interdit », mais « une violation de cette interdiction ne fait l'objet ni de poursuites civiles, ni de poursuites pénales si le contournement a servi exclusivement à permettre une utilisation licite de l'objet protégé »⁶⁷⁶.

Les actes préparatoires visés à l'alinéa 3 sont punissables même quand ils ont pour but de favoriser une utilisation licite⁶⁷⁷, sauf s'ils ne peuvent être utilisés que pour procéder à une telle utilisation⁶⁷⁸.

l'œuvre protégée [...] en question»). Sur cette disposition, voir notamment Baumgartner p. 149 ss, Dusollier n. 207 ss, Foged p. 536 ss, IViR p. 105 ss, Rieber-Mohn p. 187 ss, Salvadé, accès, p. 116, Spindler, Urheberrecht, p. 117 ss, Stieper p. 129 s. En droit américain, voir Foged p. 531 ss, Salvadé, accès, p. 115 s., Stieper p. 129 et réf. citées. Sur la problématique, voir aussi Akester, impact, p. 31 ss, Buydens/Dusollier n. 9 s., Foged p. 526 ss.

⁶⁷⁴ Message nLDA p. 3298. Notamment l'exception d'usage privé de l'article 19 LDA (voir AIPPI, B, p. 132, Barrelet/Egloff n. 12 ad art. 39a, Cherpillod, réponses, n. 5, Jaccard/Heumann n. 27 ad art. 39a, Lindner p. 331, Platz n. 4 et 16, Rehbindler/Viganò n. 28 ad art. 39a URG, Salvadé, mesures, n. 11, Tissot, révision, p. 3 s.) ou le droit de citation de l'article 25 LDA (voir Rehbindler/Viganò n. 28 ad art. 39a URG, Ruedin, auteur, n. 21). Voir aussi, à propos des mesures techniques et des restrictions au droit d'auteur, Dusollier n. 186 ss. Toujours en rapport avec l'alinéa 4, le Message du Conseil fédéral ajoute (p. 3298) qu'une utilisation est aussi licite « lorsqu'elle porte sur une œuvre ou une prestation non protégée par le droit d'auteur en vertu de l'art. 5 LDA ou pour laquelle la durée de protection a expiré ». En réalité, dans de tels cas, le contournement n'est pas légitimé par l'alinéa 4 : il ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de l'alinéa 1, qui ne vise que « les mesures techniques efficaces servant à la protection des œuvres et d'autres objets protégés » (voir ci-dessus).

⁶⁷⁵ Voir Cherpillod, révision, n. 34. Sur la problématique de l'équilibre des droits en relation avec les mesures techniques, voir notamment Baumgartner p. 222 ss, Correa p. 580 ss, Geiger, copy, p. 124 ss, exception, p. 74 ss et Interessenausgleich, p. 820 s., Gotzen p. 37 ss, Salvadé, accès, p. 114 s., 117 et 119, Widmer/Bähler, Ausblick, n. 24 ss, Wolter n. 49 ss. Elle s'est notamment posée en France dans l'affaire *Mulholland Drive* (voir section 3, chiffre 3.2. ci-dessus et réf. citées).

⁶⁷⁶ Message nLDA p. 3298. Voir aussi Auf der Maur n. 15 ad art. 39a, Böttcher p. 247, Jaccard/Heumann n. 25 ad art. 39a, Rehbindler/Viganò n. 26 s. ad art. 39a URG, Weber, Recht, p. 263.

⁶⁷⁷ Böttcher p. 248, Rehbindler/Viganò n. 27 ad art. 39a URG.

⁶⁷⁸ Rubli n. 468.

Section 5 – Responsabilité civile et pénale

1. Responsabilité civile

Les articles 61 et suivants LDA prévoient les actions civiles qui peuvent être ouvertes suite à une violation du droit d’auteur.

Parmi celles-ci, l’action en abstention de l’article 62 alinéa 1 lettre a LDA permet à « la personne qui subit ou risque de subir une violation de son droit d’auteur [...] de demander au juge [...] de l’interdire, si elle est imminente ». L’action en cessation de la lettre b lui permet « de la faire cesser, si elle dure encore ». La légitimation passive à ces deux actions est indépendante de toute faute⁶⁷⁹.

L’article 62 alinéa 2 LDA réserve « les actions intentées en vertu du code des obligations », dont celles « qui tendent au paiement de dommages-intérêts ». Ce renvoi déclaratif vise notamment l’article 41 alinéa 1 CO, qui prévoit que « celui qui cause, d’une manière illicite⁶⁸⁰, un dommage à autrui⁶⁸¹, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ».

2. Responsabilité pénale

L’article 67 LDA sanctionne les violations du droit d’auteur. Cette disposition vise ainsi, notamment, celui qui « utilise une œuvre sous une désignation fautive ou différente de celle décidée par l’auteur » (lettre a)⁶⁸², « divulgue une œuvre » (lettre b), « modifie une œuvre » (lettre c), « utilise une

⁶⁷⁹ Message LDA p. 550, Frech p. 273 et réf. citées, Rehbindler/Viganò n. 1 ad art. 62 URG, Salvadé, gestion, p. 116 et information, p. 16, Schlosser n. 10 et 20, Schweizer, production, p. 240 s.

⁶⁸⁰ L’atteinte à un droit de propriété intellectuelle sans motif justificatif constitue un acte illicite au sens de cette disposition. Voir à ce sujet Benhamou n. 434, Frech p. 326, Honsell/Isenring/Kessler n. 3 ad § 4, Killias p. 41, Lavanchy p. 23, Rehbindler/Viganò n. 12 ad art. 62 URG, Schlosser n. 31, Werro n. 305. En effet, selon la théorie de l’illicéité objective, adoptée par le Tribunal fédéral et la doctrine dominante, tout acte qui lèse un droit absolu sans motif justificatif est illicite (voir ATF 123 II 577 (581) et réf. citées, Benhamou n. 434 et réf. citées). Voir aussi Briner p. 388, Honsell/Isenring/Kessler n. 1 s. ad § 4.

⁶⁸¹ Le plus souvent, une atteinte au droit d’auteur est en elle-même constitutive d’un dommage (voir les réf. citées par Dessemontet, traité, n. 807). Tel n’est toutefois pas nécessairement le cas (voir notamment Vion n. 36 ss et réf. citées).

⁶⁸² La question de savoir si cette disposition vise aussi les cas dans lesquels l’œuvre est utilisée en omettant le nom de l’auteur est controversée (voir Cherpillod, commentaire, n. 7 ad art. 67 et réf. citées).

œuvre pour créer une œuvre dérivée » (lettre d), « confectionne des exemplaires d'une œuvre par n'importe quel procédé » (lettre e), « récite, représente ou exécute une œuvre, directement ou par n'importe quel procédé ou la fait voir ou entendre en un lieu autre que celui où elle est présentée » (lettre g), « met une œuvre à disposition, par quelque moyen que ce soit, de manière que toute personne puisse y avoir accès d'un endroit et à un moment qu'elle peut choisir à sa convenance » (lettre g^{bis}), ou qui « fait voir ou entendre une œuvre mise à disposition, diffusée ou retransmise » (lettre i).

L'article 68 LDA réprime l'omission de la source, en visant « quiconque, intentionnellement, omet de mentionner, dans les cas où la loi le prescrit (art. 25 et 28), la source utilisée et, pour autant qu'il y soit désigné, l'auteur ».

L'article 69a LDA sanctionne la violation de la protection des mesures techniques. L'alinéa 1 lettre a vise celui qui « contourne des mesures techniques efficaces au sens de l'art. 39a, al. 2, avec l'intention de faire une utilisation illicite d'œuvres ou d'autres objets protégés ». La lettre b punit celui qui « fabrique, importe, propose au public, aliène ou met en circulation de quelque autre manière, loue, confie pour usage, fait de la publicité pour ou possède dans un but lucratif des dispositifs, produits ou composants, ou propose ou fournit des services:

- (1) qui font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation visant le contournement de mesures techniques efficaces,
- (2) qui n'ont, le contournement de mesures techniques efficaces mis à part, qu'une finalité ou utilité économique limitée,
- (3) qui sont principalement conçus, fabriqués, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de mesures techniques efficaces ».

Ces infractions pénales ne sont punissables que si elles sont commises intentionnellement, soit avec conscience et volonté⁶⁸³. Le dol éventuel suffit⁶⁸⁴.

⁶⁸³ Article 18 alinéas 1 et 2 CP, applicable à ces dispositions en vertu de l'article 333 alinéa 1 CP.

⁶⁸⁴ Article 18 alinéa 2 CP.

Troisième partie - Les liens simples

Section 1 - Introduction

Dans cette partie de notre étude, nous examinerons d'abord comment l'établissement d'un lien simple doit fondamentalement s'analyser en droit d'auteur, tant sous l'angle des droits patrimoniaux que des droits moraux des auteurs des ressources référencées⁶⁸⁵.

Nous partirons dans ce cadre de l'hypothèse que les liens considérés sont conformes, qu'ils ne reprennent pas d'œuvres protégées dans leurs pointeurs et qu'ils référencent des sites licites sous l'angle du droit d'auteur⁶⁸⁶.

Après cette analyse générale, nous traiterons des problèmes particuliers que posent les liens non-conformes⁶⁸⁷ et les liens reprenant des œuvres protégées dans leurs pointeurs⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ Voir section 2 ci-dessous.

⁶⁸⁶ Dans le cas contraire, voir sixième partie, section 1.

⁶⁸⁷ Voir section 3 ci-dessous.

⁶⁸⁸ Voir section 4 ci-dessous.

Section 2 – Admissibilité fondamentale des liens simples en droit d’auteur

1. Droits patrimoniaux

1.1. Problématique

Sur le plan international, la doctrine et la jurisprudence ont toujours majoritairement reconnu que les liens simples sont fondamentalement admissibles sous l’angle des droits patrimoniaux des auteurs des ressources référencées⁶⁸⁹. Le consensus n’a fait que se renforcer au fil du temps.

Si le principe n’est aujourd’hui presque plus remis en question, il a reposé, principalement dans la doctrine, sur des analyses juridiques variées.

Pour de nombreux auteurs, les liens simples sont légitimés par une *autorisation implicite de lier*⁶⁹⁰ accordée par le titulaire du site référencé⁶⁹¹. Le raisonnement formulé est que l’auteur qui met en ligne une œuvre protégée connaît le fonctionnement du réseau, qui repose en grande partie sur les liens⁶⁹², et doit de ce fait s’attendre à être lié et accepter ce principe fondamental du fonctionnement du *web*⁶⁹³.

⁶⁸⁹ Voir les sources citées ci-dessous.

⁶⁹⁰ Parfois improprement qualifiée de « licence implicite ». Il ne s’agit pas d’un contrat de licence, même implicite, un tel contrat nécessitant un échange de volontés concordantes et non une simple déclaration unilatérale de volonté (Cherpillod, avis exprimé au cours d’une discussion orale ; voir aussi Garrote p. 187 et, pour une présentation détaillée du contrat de licence, Probst, *Lizenzvertrag*, n. 1 ss). On précisera que la doctrine et la jurisprudence, particulièrement en Allemagne, font usage de plusieurs expressions différentes pour caractériser ce type de construction juridique, ou des figures voisines. Nous les avons regroupées, lorsque le sens nous a paru suffisamment proche, sous cette notion d’« autorisation implicite ».

⁶⁹¹ Dans la suite de ce travail, l’expression « titulaire du site référencé », en droit d’auteur, devra en règle générale être comprise comme une simplification de langage englobant l’auteur du site, les auteurs des œuvres qui y sont publiées, ainsi que leurs ayants droit.

⁶⁹² Voir l’introduction de notre travail.

⁶⁹³ Voir notamment, admettant le principe de l’autorisation implicite, Battisti, *hyperlien*, p. 9, Bechtold p. 432, Bühler p. 228 s., Farasse/Labbé I-1-b-ii, Gilliéron, *hyperliens*, p. 763, Klett p. 184, Leistner, *cyberspace*, p. 156 et *Websites*, n. 64, Niemann, *Anmerkung*, p. 530, OMPI, *survey*, n. 94, Oppenheim, *Platz* p. 603, Poenig p. 22 s., Roggenkamp, *Kommentar*, p. 329, Sableman p. 60 ss, Salvadé, *responsabilité*, p. 85, *gestion*, p. 115 et *information*, p. 16, Stadler, *Internet*, n. 203b, Stomper-Rosam p. 229 s., Strowel, *auteur*, p. 18, Strowel/*Ide* p. 31 s., Tucker n. 36 s., Weber, *Recht*, p. 303 s. On précisera que certains de ces auteurs considèrent par ailleurs que les liens sont valables indépendamment de toute autorisation implicite. L’existence d’une

Certains auteurs considèrent que les liens simples sont couverts par l'exception de *fair use*⁶⁹⁴ du droit américain⁶⁹⁵.

Une partie de la doctrine estime que, fondamentalement, les liens simples sont toujours licites, indépendamment de toute construction juridique pour justifier leur établissement, car ils ne violent aucun droit d'auteur⁶⁹⁶. Le corollaire de cette légitimité de principe est qu'il n'est nul besoin, sous l'angle des droits patrimoniaux, d'obtenir une autorisation du titulaire du site référencé pour établir un lien sur son site⁶⁹⁷.

La question de savoir si les liens simples sont en eux-mêmes toujours licites ou s'ils ne sont légitimés que par l'octroi d'une autorisation implicite est importante, car les conséquences sont différentes lorsque le site référencé contient une mention interdisant tout référencement ou le soumettant à l'octroi d'une autorisation préalable⁶⁹⁸.

autorisation implicite a aussi été largement admise par la jurisprudence (voir par exemple TCom. Paris, 26.12.2000, n. *JurisData* 2000-174348, <<http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/351-1.pdf>>, p. 4).

⁶⁹⁴ 17 USC Sec. 107, qui légitime l'usage loyal d'une œuvre protégée dans certaines situations (« *the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include - (1) the purpose and the character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and the substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work* »). Pour une présentation détaillée de l'exception de *fair use*, voir notamment Ayazi p. 372 ss, Dnes p. 431 ss, Förster p. 9 ss.

⁶⁹⁵ Voir Garrote p. 187 s., Gilliéron, hyperliens, p. 763, OMPI, survey, n. 94, Salvadé, gestion, p. 115 et information, p. 16, Tucker n. 37.

⁶⁹⁶ Voir notamment, en Suisse, Brunner p. 27 s., Bu, Internet, p. 61, Bühler p. 227 s., de Werra, contenus, p. 73 s., Gilliéron, hyperliens, p. 763 s. et Internet, n. 417 et 420, Kikinis, Geschäftsverkehr, p. 124, Macciachini/Oertli n. 15 ad art. 25, Rohn p. 158, Rosenthal p. 184, Ruedin, auteur, nbp 891, Salvadé, responsabilité, p. 85 (« le plus souvent ») et gestion, p. 115, Weber, Recht, p. 301 s., Wegener, Musik, p. 418. A l'étranger, voir notamment Burk p. 7 s., de Oliveira Ascensão p. 292 s., Reinemann/Remmert p. 221 s., Reinstadler n. 33, Strowel, auteur, p. 17, Tucker n. 38.

⁶⁹⁷ Voir notamment de Oliveira Ascensão p. 293, Strowel/Ide p. 31.

⁶⁹⁸ Voir, par exemple, le site de la banque Raiffeisen, sur lequel il est mentionné que « la mise en place, sur le site web d'un tiers, d'un lien vers un site de Raiffeisen est soumise à l'autorisation préalable du Groupe Raiffeisen » (<<http://www.raiffeisen.ch/web/disclaimer+website>>, partie « Liens avec d'autres sites web »). Pour d'autres exemples de mentions ayant pour but de restreindre la liberté de lier, voir le site « Cachez ce lien

Il s'agit donc ici d'étudier si l'établissement d'un lien simple peut violer les droits patrimoniaux des auteurs des ressources qu'il référence, soit directement, soit en raison de la consultation que son activation implique.

1.2. Etablissement d'un lien simple

Techniquement, un lien simple activable ne constitue rien d'autre que l'indication interactive de l'emplacement d'une ressource publiée sur Internet⁶⁹⁹.

Il ne fait ainsi que *favoriser l'accès* à une page *web*⁷⁰⁰, en indiquant son emplacement et en permettant à l'utilisateur de la consulter d'un simple « clic » de souris.

Les liens simples ont souvent été comparés aux références bibliographiques sur support papier, la seule différence résidant dans l'accès direct qu'ils permettent⁷⁰¹.

L'intervenant d'un forum a aussi proposé, fort à propos, l'analogie avec une télécommande : à l'instar de cet appareil, neutre en droit d'auteur, les liens simples ne font que permettre à l'utilisateur qui les active d'être « destinataire du contenu » qu'ils référencent⁷⁰².

Si ces analogies sont utiles pour mieux comprendre le fonctionnement des hyperliens, la comparaison avec les simples mentions d'adresses URL est celle qui nous paraît la plus utile pour appréhender leur nature et pour les qualifier juridiquement.

Il paraît clair que la simple mention de l'adresse URL d'une page *web* n'en

que je ne saurais voir », <<http://oumph.free.fr/textes/hyperliens.html>>, ainsi que la page <<http://www.linksandlaw.com/linkingcases-linkingpolicies-beispiele.htm>>.

⁶⁹⁹ Voir première partie, section 2, chiffre 2.5.

⁷⁰⁰ Pour autant que la page référencée apparaisse en remplacement de la page sur laquelle figure le lien ou dans une nouvelle fenêtre. L'analyse est différente en cas de transclusion. Voir sur ces points première partie, section 2, chiffre 2.4., et cinquième partie, section 2, chiffre 2.1.

⁷⁰¹ Voir notamment CSC, 19.10.2011, 2011 CSC 47, n. 27 et 30 (avec critique du juge Deschamps, n. 96), *US District Court*, C.D. California, 27.03.2000, 2000 U.S. Dist. LEXIS 4553, Akdeniz p. 282, Appl/Bauer p. 186, Bechtold p. 433, Bühler p. 227 s., Burk p. 3, Ernst/Wiebe p. 20, Farasse/Labbé I-1-A-i, Garrote p. 185, Klein p. 462, Koch, Webseiten, p. 300, Köcher p. 717, Lucas, propriété, n. 309 et auteur, n. 592, OMPI, survey, n. 94, Reinstadler n. 31, Sableman p. 67, Tucker n. 28, Volkmann, Urheberrecht, p. 202, Weber, Recht, p. 301 s.

⁷⁰² Voir Recommandation hyperliens p. 22 s. Voir aussi Schmidbauer, Zulässigkeit, n. 11, qui compare l'établissement d'hyperliens avec la présélection de postes de radio.

constitue pas une utilisation au sens de l'article 10 LDA, car elle ne fait, tout comme une note de bas de page sur support papier, qu'indiquer l'emplacement d'une ressource. Pour accéder à la page mentionnée, il suffit à l'utilisateur d'effectuer un « copier-coller » de son adresse, ou de la recopier manuellement dans la barre d'adresses de son navigateur⁷⁰³.

La seule différence entre la mention d'une adresse URL et l'établissement d'un lien simple réside dans le fait que ce dernier permet à l'utilisateur d'accéder au site référencé sans avoir à effectuer un « copier-coller » ou à saisir manuellement l'adresse en question⁷⁰⁴.

Comme l'a écrit Schmidbauer⁷⁰⁵, si on se représente le *web* comme un immense mur d'affichage, la fourniture d'une adresse URL revient à indiquer à l'utilisateur où se trouve une affiche, et celle d'un hyperlien revient à l'y conduire⁷⁰⁶.

En droit d'auteur, traiter l'établissement d'un lien différemment de la simple mention d'une adresse URL au seul motif qu'il permet un accès direct à l'œuvre référencée serait, à notre avis, erroné⁷⁰⁷. Le lien simple n'est qu'une référence, qui n'utilise pas le site lié et son contenu⁷⁰⁸.

En particulier, un lien simple ne reproduit pas la page référencée au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA⁷⁰⁹. Il n'en constitue pas non plus une

⁷⁰³ On rappellera par ailleurs que les adresses URL ne constituent pas des œuvres susceptibles d'être protégées (voir deuxième partie, section 1, chiffre 3.2.2. ; voir aussi Bechtold p. 429).

⁷⁰⁴ Dans le même sens, voir BGH, 17.07.2003, I ZR 259/00, p. 17, Garrote p. 185 (« *the HREF link is a shortcut to avoid the typing of the URL* »).

⁷⁰⁵ Zulässigkeit, n. 11.

⁷⁰⁶ Voir aussi OGH, 20.09.2011, 4Ob105/11m, 2.6.3., et Appl/Bauer p. 185 s. Les hyperliens ont parfois été comparés, de manière à notre avis erronée, à des panneaux indicateurs (<<http://www.right2link.org>> ; voir aussi, sous une forme qui nous paraît plus pertinente, *US District Court*, S.D. New York, 17.08.2000, 111 F.Supp.2d 294 (339) et Schwartmann p. 16). C'est en réalité la mention d'une adresse URL qui peut être considérée comme l'équivalent numérique d'un panneau indicateur.

⁷⁰⁷ Dans le même sens, voir Appl/Bauer p. 185 s.

⁷⁰⁸ Dans le même sens, voir les références citées sous chiffre 1.1. ci-dessus.

⁷⁰⁹ Bu, Internet, p. 62, Bühler p. 227, Cherpillod, complicité, p. 240, de Werra, contenus, p. 73 s., Dessemontet, propriété, n. 151, Gilliéron, hyperliens, p. 764 et Internet, n. 417, Müller p. 276, Rohn nbp 720, Salvadé, responsabilité, p. 85, Weber, Recht, p. 302. A l'étranger, voir BGH, 17.07.2003, I ZR 259/00, p. 16, *US District Court*, C.D. California, 27.03.2000, 2000 U.S. Dist. LEXIS 4553 (« *hyperlinking does not itself involve a violation of the Copyright Act [...] since no copying is involved* »), Appl/Bauer p. 246, Brinkel p. 265 s., Burk p. 8, de Oliveira Ascensão p. 293, Dittrich n. 7, Dreier n. 28 ad § 97, Ernst, Hyperlinks, p. 224, Ernst/Wiebe p. 20, Farasse/Labbé I-1-A-i, Garrote p. 191, Julia-Barcelo p. 116, Koch, Grundlagen, p. 430, Ott, Linking, p.

« proposition au public », une « aliénation » ou une autre mise en circulation d'exemplaires au sens de la lettre b de cette disposition⁷¹⁰.

La question de la soumission de l'établissement d'un lien simple aux droits de communication, visés en droit suisse par l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA, a donné lieu à plus de controverses⁷¹¹. Elle devrait encore être beaucoup discutée suite à l'arrêt *Svensson* de la Cour de justice de l'Union européenne⁷¹² qui, s'il admet qu'un hyperlien ne constitue fondamentalement pas une communication au public au sens de l'article 3 paragraphe 1 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur parce qu'il ne communique pas l'œuvre référencée à un « public nouveau »⁷¹³, considère tout de même, contre l'avis de la doctrine majoritaire⁷¹⁴, qu'en offrant « un accès direct à l'œuvre référencée »⁷¹⁵, il en constitue une « mise à disposition » et doit dès lors s'analyser comme un « acte de communication »⁷¹⁶.

A notre avis, l'établissement d'un lien simple ne tombe sous le coup d'aucun des droits exclusifs visés par l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA⁷¹⁷ : comme le montrent les analogies précitées, un lien ne communique pas l'œuvre référencée aux utilisateurs, mais ne fait que leur permettre d'y accéder plus facilement. En d'autres termes, ce n'est qu'un outil de cheminement qui conduit

321, Plaß p. 601, Reinemann/Remmert p. 221 s., Sardain n. 14, Schulze, Kommentar, n. 14 ad § 16, Stadler, Internet, n. 201, Strowel/Hanley p. 80, Strowel/Ide p. 69, Volkmann, Urheberrecht, p. 201, Wolter n. 66. Le fait que l'établissement d'un lien favorise des reproductions ne saurait lui valoir la qualification de reproduction en droit suisse (certains l'ont proposé à l'étranger ; voir par exemple, en droit français, CSPLA p. 32 s.).

⁷¹⁰ Bu, Internet, p. 63, Bühler p. 227, Rohn nbp 720, Weber, Recht, p. 301. A l'étranger, voir notamment Burk p. 8, Dittrich n. 8, Ernst/Wiebe p. 20, Julia-Barcelo p. 116, Plaß p. 601, Schardt/Lehment/Peukert p. 872.

⁷¹¹ Voir par exemple Recommandation hyperliens p. 18 et 22 s., qui résume les positions adoptées à ce propos en France il y a une dizaine d'années.

⁷¹² 13.02.2014, C-466/12.

⁷¹³ N. 25 ss.

⁷¹⁴ Voir ci-dessous.

⁷¹⁵ N. 18.

⁷¹⁶ N. 20. L'arrêt vise l'établissement de liens profonds sur des articles de journaux (voir quatrième partie, section 2, chiffre 1.), mais cette qualification paraît, à la lecture du jugement, viser l'ensemble des hyperliens. On précisera qu'une autre demande de décision préjudicielle, demandant à la CJUE si l'établissement d'un lien constitue une communication au public au sens de l'article 3 paragraphe 1 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur (affaire C-348/13), est encore pendante à la clôture de notre rédaction.

⁷¹⁷ Du même avis en droit suisse, voir Müller p. 277. Voir aussi, pour les divers droits conférés à l'auteur par cette disposition, les références citées ci-dessous.

l'utilisateur vers l'œuvre, et non le contraire⁷¹⁸.

Comme l'écrit Diméglio⁷¹⁹, le lien est « un moyen d'accès à une communication, il facilite même son accès, mais en lui-même, mis à part l'expression de la référence, il n'est ni un moyen de communication, ni une communication ». En d'autres termes, « renvoyer n'est pas communiquer mais faciliter l'accès à une communication »⁷²⁰.

Un hyperlien ne met pas non plus l'œuvre qu'il référence à disposition des utilisateurs⁷²¹ : comme le précisent Strowel et Ide, « l'œuvre étant déjà disponible à l'adresse web du site relié au bénéfice de l'ensemble de la communauté des internautes, il ne peut être question d'une nouvelle mise à disposition du public. En effet, le lien n'élargit pas le public de l'œuvre : ceux qui vont avoir accès à l'œuvre suite à l'activation du lien pouvaient aussi directement consulter cette page (à condition d'en connaître l'URL) »⁷²².

Comme l'écrit de Oliveira Ascensão, « si l'œuvre est mise à disposition en ligne, cela signifie justement que chacun est libre d'y accéder. L'établissement d'un hyperlien en soi ne change rien [...] l'hyperlien, outre que permettre une citation commune, facilite également l'accès direct. Cela ne concerne en rien le

⁷¹⁸ Voir Recommandation hyperliens p. 22. On pourra, avec prudence, faire une analogie avec la Déclaration commune concernant l'article 8 WCT, qui précise qu'« il est entendu que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité » (considération reprise dans le considérant 27 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur).

⁷¹⁹ Cité par Recommandation hyperliens nbp 55.

⁷²⁰ Voir aussi, dans le même sens, Salvadé, responsabilité, p. 85, ainsi que CSC, 19.10.2011, 2011 CSC 47, n. 26 (« la communication d'une information diffère nettement de la simple mention que l'information existe ou encore de l'endroit où elle se trouve »), ECS n. 36, Garrote p. 191, Julia-Barcelo p. 116, Lucas, propriété, n. 309 et auteur, n. 592, Strowel, auteur, p. 17. *Contra* (notamment) : Farasse/Labbé I-1-B-ii-b (établissant une analogie (à notre avis malheureuse) avec les télévisions payantes (*pay-per-view*), où l'utilisateur doit sélectionner le film qu'il désire visionner avant qu'on le lui communique, de la même manière que l'utilisateur doit sélectionner le lien avant « qu'on lui communique » l'œuvre référencée). Voir aussi Leistner, cyberspace, p. 155.

⁷²¹ Voir notamment les références citées ci-dessous, ainsi que AIPPI, B, p. 134, Conrad, Links, p. 314, Dreier n. 6a ad § 19a, Gaertner/Frank p. 455, Ginsburg, right, p. 8 s., Nolte, Links, p. 542, Ott, Linking, p. 338, Schmidbauer, Urheberrecht, von Ungern-Sternberg, 2012, p. 253, Wolter n. 66. *Contra* : Benizri p. 470 ss, Wiebe, Anmerkung, p. 724. Voir aussi Stomper-Rosam p. 229.

⁷²² Strowel/Ide p. 71. Dans le même sens, voir aussi BGH, 12.11.2011, I ZR 166/07, n. 21, 29.04.2010, I ZR 39/08, n. 24, 17.07.2003, I ZR 259/00, p. 20, Appl/Bauer p. 187, Brinkel p. 267, de Oliveira Ascensão p. 300, ECS n. 46 ss, Jaeschke n. 11, Reinstadler nbp 30, Rehbinder/Viganò n. 19 ad art. 10 URG, Schwartmann p. 16.

droit d'auteur »⁷²³. Le lieur « se borne à fournir un accès simplifié vers un matériel déjà libéré, sans changer les conditions établies par les titulaires. Fournir un accès est une contribution à la finalité poursuivie par les titulaires, et non une intrusion dans un domaine réservé »⁷²⁴.

Le lieur ne fait que *faciliter l'accès* à une œuvre déjà mise à disposition des utilisateurs⁷²⁵. Le *webmaster* du site lié demeure libre, à tout moment, de supprimer la ressource référencée ou de modifier son adresse URL, empêchant ainsi l'utilisateur qui active le lien d'y accéder⁷²⁶.

Cette analyse est également valable, pour les mêmes motifs, lorsque la page référencée est difficilement trouvable, notamment parce qu'elle n'est pas indexée par les principaux moteurs de recherche⁷²⁷.

Enfin, toujours au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA, un lien simple ne fait pas « voir ou entendre » l'œuvre visée « en un lieu autre que celui où elle a été présentée »⁷²⁸, puisqu'il ne fait que permettre à l'utilisateur d'aller la consulter sur le site référencé.

Un lien simple ne *diffuse* pas non plus l'œuvre référencée au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre d LDA⁷²⁹.

Enfin, l'établissement d'un lien simple ne tombe pas sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre f LDA, car il ne fait pas « voir ou entendre une œuvre mise à disposition », bien que la formulation de cette disposition puisse prêter à confusion. Contrairement au restaurateur qui diffuse à sa clientèle un match de football sur grand écran, le lieur ne fournit aucun moyen de percevoir directement la ressource référencée. Lors de l'activation du lien, c'est uniquement le titulaire du site référencé qui fait voir (et, parfois, entendre) à l'utilisateur la page consultée et son contenu. Un lien simple ne fait pas davantage « voir ou entendre » l'œuvre qu'il référence que la simple mention de

⁷²³ De Oliveira Ascensão p. 292.

⁷²⁴ De Oliveira Ascensão p. 300.

⁷²⁵ Voir aussi Appl/Bauer p. 185 s., ECS n. 40, Hürlimann, Internet, p. 48, Ullrich p. 857, Volkman, Urheberrecht, p. 201 s., Weber, Recht, p. 304.

⁷²⁶ Voir Bu, Internet, p. 63, Hürlimann, Internet, p. 48, Rosenthal p. 184, Weber, Recht, p. 304, ainsi que BGH, 29.04.2010, I ZR 39/08, n. 24, 17.07.2003, I ZR 259/00, p. 20, OGH, 20.09.2011, 4Ob105/11m, 2.6.3., ECS n. 41, Reinemann/Remmert p. 222, Stadler, Internet, n. 203b.

⁷²⁷ Voir les réflexions formulées sous sixième partie, section 2, chiffre 4.1.1., également applicables ici.

⁷²⁸ Cherpillod, commentaire, n. 23 ad art. 10 et complicité, p. 240. Voir aussi Bu, Internet, p. 63, Bühler p. 227 s., Rohn nbp 720, Rosenthal p. 184, Spahr p. 85, Wegener, Musik, p. 418.

⁷²⁹ Bu, Internet, p. 63, Müller p. 277.

son adresse URL.

1.3. Activation d'un lien simple

L'activation d'un lien simple entraîne la consultation par l'utilisateur de la page référencée.

Cette consultation génère plusieurs copies chez l'utilisateur et chez les intermédiaires⁷³⁰, qui constituent des reproductions tombant sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA⁷³¹.

Depuis la révision de 2007, ces copies sont légitimées par l'exception de reproduction provisoire de l'article 24a LDA⁷³².

Les copies confectionnées par les utilisateurs bénéficient aussi de l'exception d'usage privé de l'article 19 LDA⁷³³, même lorsqu'elles sont effectuées en utilisant l'ordinateur d'un tiers⁷³⁴.

On précisera encore que ces copies sont, à notre avis, aussi couvertes par une autorisation implicite de l'auteur.

Lorsque l'utilisateur visite un site licite sous l'angle du droit d'auteur, il ne fait en effet qu'utiliser une œuvre conformément à la volonté de son auteur. Celui qui publie une œuvre sur Internet accepte qu'elle soit consultée, et le fait normalement dans ce but⁷³⁵. Il doit donc admettre que les copies qui découlent de cette consultation, dans le cadre du fonctionnement normal du réseau, soient confectionnées, tant chez les utilisateurs que chez les intermédiaires⁷³⁶.

Ainsi, l'établissement d'un lien simple ne fait que favoriser des utilisations

⁷³⁰ Voir première partie, section 2, chiffre 2.7.

⁷³¹ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.2.

⁷³² Voir deuxième partie, section 3, chiffre 4.6. Même dans le cas très particulier que nous avons envisagé d'une page disponible en libre accès qui deviendrait payante postérieurement à sa mise à disposition par les intermédiaires et dont les copies qu'ils auraient confectionnées acquerraient de ce fait une « signification économique indépendante », ces copies resteraient couvertes par l'exception de l'article 24a LDA au moment de leur confection, entraînée par la consultation de la ressource référencée (alors encore disponible en libre accès), découlant de l'activation du lien.

⁷³³ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 3.3.1.1.

⁷³⁴ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 3.3.1.2.

⁷³⁵ « *When someone opens a shop, they expect people to walk into the shop* » (Oppenheim). Dans le même sens, voir aussi ATF 133 III 473 (482), ainsi que Zimmerling/Werner p. 70, qui considèrent que celui qui ne souhaite pas que son œuvre soit rendue publique n'a aucune raison de la publier sur Internet.

⁷³⁶ Voir Bu, Internet, p. 158 s., de Werra, contenus, p. 66, Gilliéron, Internet, n. 361, Häuptli p. 184, Nolte, Links, p. 545. Voir aussi IViR p. 34.

licites lorsqu'il est activé. Il ne pose donc aucun problème sous cet angle en droit d'auteur⁷³⁷.

1.4. Conclusion

Sous l'angle des droits patrimoniaux, tant l'établissement d'un lien simple que la consultation de la page d'accueil qu'il favorise sont fondamentalement licites.

2. Droits moraux

2.1. Droit de divulgation

Selon l'article 9 alinéa 2 LDA, une œuvre est divulguée lorsqu'elle est rendue accessible pour la première fois, avec le consentement de l'auteur, à un nombre de personnes qu'il ne peut plus contrôler⁷³⁸.

Sur Internet, le chargement d'une œuvre sur un serveur avec l'accord de son auteur en constitue une divulgation⁷³⁹, même lorsqu'elle est difficile d'accès⁷⁴⁰.

Par conséquent, l'établissement d'un lien simple, bien que propre à augmenter la fréquentation de la page d'accueil qu'il référence et de son contenu, ne les divulgue pas au sens de l'article 9 alinéa 2 LDA⁷⁴¹.

2.2. Droit de paternité

Un lien simple n'utilise pas la page d'accueil qu'il référence⁷⁴². Pour ce motif, il n'appartient pas au lieu, mais au titulaire du site référencé de mentionner les noms des auteurs des ressources référencées. En droit d'auteur, en effet, l'auteur ne peut exiger que son nom soit indiqué que si son œuvre est utilisée, et non lorsqu'elle n'est que mentionnée⁷⁴³. En plus, un lien simple se distingue des autres types de mentions en ce qu'il renvoie directement au matériel « mentionné ».

⁷³⁷ Voir aussi, du même avis, Häuptli p. 180, Vögeli p. 85 et, à l'étranger, Farasse/Labbé I-1-b-i, Julia-Barcelo p. 116.

⁷³⁸ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.1.

⁷³⁹ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.1.

⁷⁴⁰ Par exemple parce qu'elle ne peut être trouvée à l'aide de moteurs de recherche, et est publiée sous une URL complexe. Voir Brunner p. 26 s.

⁷⁴¹ Voir aussi Müller p. 276.

⁷⁴² Voir chiffre 1.2. ci-dessus.

⁷⁴³ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

L'établissement d'un lien simple sans mention des noms des auteurs des ressources référencées ne viole donc pas leur droit de paternité⁷⁴⁴, même si le site référencé contient une clause soumettant l'autorisation de lier à la condition que le lieur indique leurs noms⁷⁴⁵.

A l'inverse, si un auteur n'est pas mentionné sur le site référencé mais qu'il est désigné par le lieur, l'auteur ne pourrait se plaindre d'une violation de son « droit d'opter pour l'anonymat »⁷⁴⁶, ce droit visant plutôt la possibilité de ne pas être désigné lors de la publication de l'œuvre. Il pourrait toutefois éventuellement se plaindre d'une atteinte à sa personnalité au sens des articles 28 et suivants CC.

2.3. Droit à l'intégrité

2.3.1. Les atteintes possibles

Un lien simple ne modifie jamais directement la page qu'il référence au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA, et ne l'utilise pas pour la création d'une œuvre dérivée ou pour l'incorporer dans un recueil au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre b LDA⁷⁴⁷, puisqu'il se borne à en faciliter l'accès.

Il peut dans certaines hypothèses causer une *atteinte indirecte* à l'intégrité du matériel référencé, en modifiant « l'impression d'ensemble » que l'auteur « a cherché à exprimer dans son œuvre », ou en la présentant « dans un contexte qui la déprécie ou la dénigre »⁷⁴⁸.

L'atteinte peut d'abord résulter de la différence de nature entre le site lieur et le site référencé. Pour divers motifs, il se peut que le titulaire d'un site ne souhaite pas être référencé par n'importe quel type de site⁷⁴⁹.

Par exemple, certains sites de nature pornographique renvoient à des sites destinés aux enfants lorsque l'utilisateur déclare ne pas être majeur⁷⁵⁰. Dans un autre registre, l'auteur d'une œuvre musicale pourrait être référencé par un groupe musical extrémiste, le lien faisant ainsi croire à tort à l'existence de

⁷⁴⁴ Voir Dittrich n. 12, Farasse/Labbé I-2-a, Müller p. 276, Plaß p. 602.

⁷⁴⁵ Une telle clause est dépourvue d'effet en droit d'auteur, puisqu'elle ne repose sur aucun droit exclusif.

⁷⁴⁶ Sur ce droit, voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

⁷⁴⁷ Voir aussi Müller p. 276.

⁷⁴⁸ Sur les « atteintes indirectes », voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.2.3.

⁷⁴⁹ Voir Carrière p. 485 (« on est souvent jugé par ce que l'on fréquente ou qui nous fréquente ! »), Farasse/Labbé I-2-b, Garrote p. 192, Verbiest/Wéry, droit, n. 311.

⁷⁵⁰ Voir Ott, Linking, p. 291. Voir aussi Carrière p. 485.

relations entre eux⁷⁵¹.

Parallèlement à ces stricts problèmes d'association entre le site lieur et le site lié, le pointeur du lien et/ou son environnement peuvent aussi causer un préjudice au titulaire de l'œuvre référencée. Tel pourrait par exemple être le cas si le pointeur d'un lien désigne une « œuvre fasciste » en renvoyant en réalité à un poème anodin.

On peut aussi songer au cas d'un lien intégré dans une liste de liens d'une tout autre nature, établie de telle manière qu'elle soit propre à provoquer chez l'utilisateur une association malheureuse entre les divers éléments qu'elle contient⁷⁵².

Dans cette partie de notre étude, nous donnerons d'abord un aperçu de la manière dont la doctrine qualifie ces atteintes à l'étranger, puis nous étudierons comment elles doivent être analysées en droit suisse.

2.3.2. Aperçu des positions retenues à l'étranger

En France, où le droit à l'intégrité est conçu de manière relativement large⁷⁵³, Lucas considère qu'un lien simple viole le droit au respect de l'œuvre « dès lors que le contexte est de nature à porter atteinte à l'esprit de l'œuvre »⁷⁵⁴.

Le Forum des droits sur l'Internet conseille quant à lui de veiller « à ce que la présentation du lien ne tende pas à faire croire au visiteur à l'existence d'une coopération entre le site liant et la ressource liée, particulièrement lorsque la nature du site liant, de la page liante ou du commentaire accompagnant le pointeur risque de porter atteinte à l'image de l'œuvre liée », et donc à son intégrité⁷⁵⁵.

En Allemagne, la doctrine paraît partagée. Si certains auteurs considèrent que l'établissement de liens simples ne peut tomber sous le coup du droit à l'intégrité⁷⁵⁶, d'autres estiment que l'environnement dans lequel est établi un

⁷⁵¹ Voir Plaß p. 603.

⁷⁵² Voir Brunner p. 30, Carrière p. 485 (qui imagine l'exemple d'un lien sur un restaurant inséré dans une liste de liens sur des sites d'entreprises de dératisation), Verbiest/Wéry, droit, n. 311.

⁷⁵³ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.1.

⁷⁵⁴ Lucas, auteur, n. 479.

⁷⁵⁵ Recommandation hyperliens p. 26 s. (voir aussi p. 43).

⁷⁵⁶ Voir notamment Dittrich n. 13, Schardt/Lehment/Peukert p. 872.

lien peut causer une violation de ce droit⁷⁵⁷.

Au Canada, certains auteurs considèrent que le « droit d'aval », faisant partie du droit à l'intégrité⁷⁵⁸, permet au titulaire du site référencé de s'opposer à l'établissement d'un lien par un site auquel il ne veut pas être associé⁷⁵⁹.

2.3.3. Droit suisse

En Suisse, la question a été peu discutée par la doctrine.

Brunner, par analogie avec un arrêt dans lequel le Tribunal fédéral a considéré qu'une atteinte à l'environnement d'une œuvre architecturale peut violer son intégrité⁷⁶⁰, admet que l'établissement d'un lien simple peut violer le droit à l'intégrité des ressources référencées dans certains cas, l'appréciation d'une éventuelle violation devant s'effectuer suivant les circonstances propres à chaque cas d'espèce⁷⁶¹.

Selon lui, par exemple, un lien sur un site de « poèmes d'amour »⁷⁶², intégré dans une liste de liens sur des sites pornographiques, violerait l'intégrité de l'œuvre référencée⁷⁶³.

Salvadé considère quant à lui que seuls les liens en provenance de sites illicites pourraient éventuellement causer une violation du droit à l'intégrité, de tels sites ne correspondant pas à l'exploitation normale qui peut être faite d'une œuvre sur Internet⁷⁶⁴.

A notre avis, l'établissement d'un lien simple, toujours dans le cadre des

⁷⁵⁷ Voir notamment Ott, Linking, p. 290 s. (qui admet une violation du droit à l'intégrité lorsqu'un site est référencé dans une liste de liens d'une tout autre nature, et non du seul fait de la différence de nature entre le site lieu et le site référencé), Schack, Links, p. 14.

⁷⁵⁸ L'article 28.2 chiffre 1 de la Loi sur le droit d'auteur canadienne (disponible, avec valeur officielle, à l'adresse <<http://lois-laws.justice.gc.ca/fra/lois/C-42>>) dispose qu'« il n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'œuvre ou la prestation, selon le cas, est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur ou de l'artiste-interprète, déformée, mutilée ou autrement modifiée, ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution ».

⁷⁵⁹ Carrière p. 485, Farasse/Labbé I-2-b. Dans le même sens, voir Sardain n. 23 (en droit français ; « c'est l'interactivité même qui pourrait causer des rapprochements jugés inadmissibles »), Strowel/Ide p. 115 s. Sur le droit d'aval, voir aussi Gendreau p. 430.

⁷⁶⁰ ATF 120 II 65 (67 ss).

⁷⁶¹ Brunner p. 29 s.

⁷⁶² *Liebesgedichten*.

⁷⁶³ Brunner p. 30.

⁷⁶⁴ Salvadé, responsabilité, p. 84. Il précise toutefois que « la question relèvera plus du droit de la personnalité que du droit d'auteur ».

hypothèses que nous avons posées⁷⁶⁵, ne viole jamais le droit à l'intégrité des œuvres référencées en droit suisse.

Comme nous l'avons exprimé précédemment, nous considérons que les atteintes indirectes ne tombent pas sous le coup de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA⁷⁶⁶.

Même si l'on devait admettre le contraire, l'établissement d'un lien simple ne pourrait à notre avis jamais violer le droit à l'intégrité des ressources référencées, car un tel lien ne les *utilise pas* : il ne constitue qu'une *mention interactive* de l'URL d'une page, à laquelle il ne fait que *faciliter l'accès*⁷⁶⁷.

Comme le Tribunal fédéral, la doctrine admet certes, parfois, que l'intégrité d'œuvres architecturale puisse être touchée, en raison d'une modification de leur environnement, sans qu'elles soient elles-mêmes utilisées, mais en tenant en réalité compte de l'atteinte à l'« œuvre complexe composée des différents bâtiments en détruisant l'harmonie des structures et l'équilibre des espaces existants, tout en laissant intacte la substance même des bâtiments construits »⁷⁶⁸.

La construction d'un nouvel immeuble dans un complexe de bâtiments et l'établissement d'un lien simple sur une page *web* constituent deux situations radicalement différentes. Un site *web* n'a pas d'« environnement » comparable à celui d'une œuvre architecturale. Il ne s'agit que d'un ensemble de pages *web* reliées entre elles et appartenant à un même domaine⁷⁶⁹, qui n'est doté en tant que tel d'aucun voisinage. Les pages *web* considérées individuellement ont un « environnement », constitué par les autres pages avec lesquelles elles forment un site, mais cet environnement n'est en rien modifié par l'établissement d'un hyperlien. L'analogie utilisée par Brunner nous paraît donc malheureuse.

Le type d'atteinte qu'est susceptible de causer un lien simple pourrait plutôt se comparer aux atteintes que pourrait entraîner la présentation inexacte d'une œuvre architecturale par un guide touristique.

Le contexte dans lequel est établi un lien peut avoir une influence sur la manière dont l'utilisateur qui l'active va percevoir l'œuvre référencée, de la même manière que la façon dont une œuvre architecturale est présentée dans un guide touristique peut déterminer l'impression produite sur le lecteur. Dans les deux cas, toutefois, l'œuvre visée n'est en rien modifiée, ni directement, ni

⁷⁶⁵

Voir section 1 ci-dessus.

⁷⁶⁶

Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.2.3.

⁷⁶⁷

Voir chiffre 1.2. ci-dessus.

⁷⁶⁸

De Werra, intégrité, n. 54.

⁷⁶⁹

Voir première partie, section 2, chiffre 1.4.

indirectement : elle reste présentée dans son propre environnement, qui n'est en rien altéré par l'auteur de l'atteinte.

Nous rejoignons pleinement les auteurs qui considèrent que, dans les exemples que nous avons cités⁷⁷⁰, un lien simple peut causer un préjudice au titulaire du site référencé. De tels cas ne constituent toutefois pas, à notre avis, des violations du droit d'auteur, mais plutôt des atteintes aux droits de la personnalité des articles 28 et suivants CC, ou, suivant les circonstances, des actes de concurrence déloyale susceptibles de tomber sous le coup de la LCD⁷⁷¹.

2.4. Conclusion

Fondamentalement, l'établissement d'un lien simple ne viole aucun des droits moraux des auteurs de la page référencée et des ressources qui y sont publiées.

3. Conclusion

L'établissement d'un lien simple est fondamentalement licite sous l'angle de la LDA. Il ne viole ni les droits patrimoniaux, ni les droits moraux des auteurs des ressources qu'il référence.

Par conséquent, dans le strict cadre des hypothèses de travail que nous avons posées⁷⁷², le créateur d'un lien simple n'a nullement à requérir une autorisation du titulaire du site référencé avant d'établir son lien, et les mentions qui limitent le droit de lier ou le soumettent à une autorisation préalable n'ont aucune portée en droit d'auteur, puisqu'elles ne s'appuient pas sur l'existence d'un droit exclusif⁷⁷³.

⁷⁷⁰ Voir chiffre 2.3.1. ci-dessus.

⁷⁷¹ Voir à ce sujet Reusser, hyperliens.

⁷⁷² Voir section 1 ci-dessus.

⁷⁷³ On précisera qu'elles pourraient avoir un effet sur le plan contractuel, si le leur les a ratifiées en consultant le site référencé.

Section 3 - Les liens non conformes

1. Divergences entre le pointeur et le code d'un hyperlien

En raison de l'indépendance entre le pointeur et le code d'un hyperlien, la ressource désignée par le pointeur peut fort bien différer de celle à laquelle renvoie le code du lien⁷⁷⁴.

Dans de tels cas, si l'inexactitude a pour conséquence d'attribuer la paternité de la ressource référencée au créateur du lien⁷⁷⁵ ou à un tiers, le procédé tombe à notre avis sous le coup de l'article 9 alinéa 1 LDA, puisque le droit de paternité implique notamment, pour l'auteur d'une œuvre protégée, la faculté de s'opposer à toute usurpation de sa qualité d'auteur, même lorsque l'œuvre n'est que mentionnée⁷⁷⁶.

Par contre, celui qui se verrait à tort, dans le pointeur d'un hyperlien, attribuer la titularité d'une ressource qu'il n'a pas créée ne pourrait se plaindre que d'une violation des droits de la personnalité des articles 28 et suivants CC, la LDA ne protégeant plus le droit dit de « non-paternité »⁷⁷⁷.

2. Fossilisation

Les liens brisés peuvent être causés soit par l'indication d'une adresse URL inexistante, soit par la suppression, l'indisponibilité provisoire ou le changement d'adresse URL de la ressource désignée par leur code⁷⁷⁸.

Lorsque la page désignée dans le pointeur ou dans l'environnement d'un hyperlien existe, mais est accessible sous une URL différente de celle qu'indique le code du lien, ce dernier est susceptible d'éveiller chez l'utilisateur l'impression trompeuse que le site référencé n'est plus en ligne⁷⁷⁹, lésant ainsi les intérêts des titulaires des ressources désignées.

⁷⁷⁴ Voir première partie, section 2, chiffre 2.6.1. Par exemple, le pointeur d'un lien peut désigner l'« Université de Neuchâtel » alors que son code renvoie à la page d'accueil de l'Université de Genève.

⁷⁷⁵ Par exemple, sur un site de formation à la guitare, par des commentaires du type « vous pouvez consulter *notre logiciel d'accordage* », alors que le lien renvoie en réalité à un site tiers.

⁷⁷⁶ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2. Il ne s'agit à notre avis pas d'une utilisation, au sens de l'article 10 LDA, même si le lieu cherche à « s'approprier la titularité » de la ressource référencée.

⁷⁷⁷ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

⁷⁷⁸ Voir première partie, section 2, chiffre 2.5.

⁷⁷⁹ Malgré le nombre important de liens brisés sur le *web*.

Cette atteinte est entièrement imputable au lieur lorsque le lien est brisé *ab initio*.

L'analyse est différente lorsqu'un lien se brise postérieurement à son établissement : on peut certes considérer que le lieur doit faire preuve de diligence en vérifiant périodiquement que ses liens sont à jour, mais il appartient aussi au titulaire du site lié de maintenir une page d'avertissement sur son ancienne page d'accueil, en y faisant figurer un lien renvoyant à sa nouvelle adresse URL. Il peut même prévoir une redirection automatique de l'utilisateur sur la nouvelle adresse de page d'accueil de son site⁷⁸⁰.

Au Canada, Carrière paraît considérer qu'un lien brisé pourrait constituer une violation de l'intégrité des ressources désignées⁷⁸¹.

En droit suisse, un lien brisé ne porte à notre avis jamais atteinte aux droits de l'auteur de l'œuvre désignée par son pointeur. Notamment, il ne l'utilise pas au sens de l'article 10 LDA, pas plus qu'il ne la modifie au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA. On pourrait tout au plus admettre, dans certains cas, qu'il lui porte une atteinte indirecte, qui ne tombe pas sous le coup de cette dernière disposition, même interprétée largement, puisque l'œuvre désignée n'est pas utilisée⁷⁸².

⁷⁸⁰ Voir première partie, section 2, chiffre 5.

⁷⁸¹ Voir Carrière p. 485 s.

⁷⁸² Voir les raisonnements formulés sous section 2, chiffre 2.3.3. ci-dessus, également applicables ici. L'application des droits de la personnalité des articles 28 et suivants CC ou de la LCD est théoriquement possible, mais sera rarement envisageable en pratique, au vu de la fréquence des liens brisés sur le *web* (voir aussi Reusser, hyperliens).

Section 4 - Reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un lien simple

1. Introduction

Le pointeur d'un hyperlien peut reproduire une œuvre protégée, qu'elle soit de type verbal⁷⁸³ ou visuel⁷⁸⁴. Souvent, l'œuvre est reprise en taille réduite⁷⁸⁵, ou de manière partielle⁷⁸⁶.

De tels cas ne concernent pas directement la problématique des hyperliens : c'est en effet la reprise d'une œuvre protégée qui est susceptible de constituer une violation du droit d'auteur, et non le fait qu'elle soit associée à un hyperlien⁷⁸⁷.

Ils méritent toutefois d'être traités dans le cadre de notre étude, car le fait qu'un hyperlien soit associé à la reprise peut parfois, comme nous le verrons ci-dessous⁷⁸⁸, la légitimer.

2. Reprise d'une œuvre protégée

2.1. Droits patrimoniaux

La reprise d'un texte remplissant les conditions de protection de l'article 2 alinéa 1 LDA, même s'il ne s'agit que d'un extrait⁷⁸⁹, en constitue une reproduction, au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA, et une mise à disposition au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA⁷⁹⁰.

⁷⁸³ Voir première partie, section 2, chiffre 2.6.2. Il peut par exemple reprendre le titre d'un article de journal (comme dans la célèbre affaire *Shetland, Court of Sessions Edimbourg*, 24.10.1996, 1997 S.C. 316 ; sur cette affaire, voir notamment Bühler nbp 1411, Gilliéron, hyperliens, p. 758 s., Klett p. 180 s., Oppenheim, Ott, Linking, p. 87 s., Sableman p. 13 ss, Strowel/Hanley p. 77) ou une adresse URL (qui ne peut être protégée en droit d'auteur, voir deuxième partie, section 1, chiffre 3.2.2.).

⁷⁸⁴ Voir première partie, section 2, chiffre 2.6.3.

⁷⁸⁵ Les reprises d'éléments visuels en taille réduite sont communément appelées « imagettes », ou *thumbnails* en anglais.

⁷⁸⁶ On songera par exemple à la reprise du résumé introductif d'un article dans le pointeur d'un hyperlien. Sur la protection des parties d'œuvres, voir deuxième partie, section 1, chiffre 2.6.

⁷⁸⁷ Brunner p. 28 s., Farasse/Labbé I-1-a-i.

⁷⁸⁸ Voir chiffre 3. ci-dessous.

⁷⁸⁹ L'article 10 LDA vise en effet aussi les utilisations partielles d'œuvres protégées (voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.1.).

⁷⁹⁰ Voir par exemple, à propos de la reprise d'extraits d'articles opérée par *Google* dans le

La reprise d'un élément visuel suppose, sauf en cas de transclusion par insertion⁷⁹¹, qu'il soit d'abord chargé par le lieu sur son propre serveur⁷⁹². Ce chargement en constitue une reproduction au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA⁷⁹³, ainsi qu'une mise à disposition au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA⁷⁹⁴.

Sous l'angle de l'article 10 LDA, le fait que l'élément repris constitue le pointeur d'un hyperlien est indifférent : l'acte d'utilisation d'une œuvre protégée sur un site Internet s'analyse de la même manière, que la reprise soit ou non associée à un hyperlien⁷⁹⁵.

2.2. Droits moraux

2.2.1. Droit de divulgation

Comme pour toute autre publication d'une œuvre protégée⁷⁹⁶, la reprise d'une œuvre protégée non divulguée dans le pointeur d'un hyperlien constitue

cadre de son service *Google Actualités* (<<http://news.google.ch>>), CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copiepresse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>>, n. 28 ss (voir aussi, à ce sujet, la critique de Vandendriessche p. 155). Voir aussi Salvadé, responsabilité, p. 85 (pour le droit de reproduction). Sur la protection des éléments textuels présents sur les pages *web*, voir deuxième partie, section 1, chiffre 3.2.2.

⁷⁹¹ Voir première partie, section 2, chiffre 2.4.

⁷⁹² Voir aussi première partie, section 2, chiffre 2.6.3.

⁷⁹³ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.2., Salvadé, responsabilité, p. 85, ainsi que Bühler nbp 1419, Gilliéron, hyperliens, p. 764, Hürlimann, Internet, p. 85. Voir aussi, à l'étranger, Farasse/Labbé I-1-a-i, Strowel, auteur, p. 17. Tel est aussi le cas pour les imageries confectionnées par les moteurs de recherche (voir Macciachini/Oertli n. 15 ad art. 25, Ruedin, auteur, n. 485 ainsi que BGH, 29.04.2010, I ZR 69/08, n. 20, Bisges, Bilder, n. 5, Euler, Bild, p. 618, Kazemi p. 100, Peguera, Copyright, p. 172, Schack, Anmerkung, n. 4, Wiebe, Eigentum, p. 889).

⁷⁹⁴ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.3. Tel est aussi le cas pour les imageries confectionnées par les moteurs de recherche (en droit allemand, voir BGH, 19.10.2011, I ZR 140/10, n. 13, 29.04.2010, I ZR 69/08, n. 22, Bisges, Bilder, n. 6, Dreier n. 6a ad § 19a, Euler, Bild, p. 618, Fahl p. 438, Hüsch p. 454, Leistner, limitations, p. 423, Leistner/Stang p. 502, Ott, Bilder, p. 345, Schack, Anmerkung, n. 4, Wiebe, Eigentum, p. 889. *Contra* : Schrader/Rautenstrauch p. 769).

⁷⁹⁵ Certains auteurs considèrent que les imageries confectionnées par les moteurs de recherche ne constituent pas des utilisations, en se basant sur les droits fondamentaux (Wässle p. 731) ou en contestant le caractère d'utilisateur de l'exploitant du moteur de recherche (Heymann/Nolte p. 762 s.; voir aussi Wimmers/Schulz p. 177). Ces considérations, qui sont discutables, ne peuvent en tous les cas pas être appliquées à la reprise d'éléments protégés par les créateurs manuels d'hyperliens (pour les droits fondamentaux, voir aussi, plus en détails, synthèse, section 4, chiffre 2.6.2.).

⁷⁹⁶ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.1.

une violation du droit exclusif de divulgation de son auteur, au sens de l'article 9 alinéa 2 LDA.

2.2.2. Droit de paternité

Le droit de paternité de l'article 9 alinéa 1 LDA implique pour l'auteur le droit de faire indiquer son nom lors de toute utilisation de l'œuvre, au sens de l'article 10 LDA, et notamment de le faire figurer sur chaque exemplaire lorsqu'elle est reproduite⁷⁹⁷.

Comme nous l'avons déjà précisé, la nécessité d'indiquer le nom de l'auteur doit être nuancée sur Internet. Lorsque la reprise d'une œuvre protégée est associée à un lien activable sur le site de l'auteur ou des ayants droit, ou sur un site mentionnant la paternité de l'œuvre, le renvoi peut, suivant les circonstances, être suffisant pour « faire reconnaître » la qualité de l'auteur de la ressource reproduite⁷⁹⁸.

Ainsi, notamment, la reprise dans le pointeur d'un lien simple d'une capture d'écran du site référencé ou d'une ressource publiée sur ce site est à notre avis admissible sous l'angle du droit de paternité.

Le fait que le site référencé ne précise pas les noms des auteurs concernés n'y change rien : il appartient au titulaire du site référencé, et non au lieu, d'indiquer les noms des auteurs des ressources qui y figurent⁷⁹⁹.

2.2.3. Droit à l'intégrité

La reprise d'un élément visuel sous forme d'imagette, donc en réduisant sa taille, viole le droit exclusif de l'auteur de décider « si, quand et de quelle manière son œuvre peut être modifiée », selon les termes de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA⁸⁰⁰.

Il ne s'agit par contre pas d'une œuvre dérivée, au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre b LDA, la création d'une telle œuvre supposant « une activité individuelle autonome », qui fait défaut lorsqu'une œuvre est simplement

⁷⁹⁷ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

⁷⁹⁸ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

⁷⁹⁹ Voir aussi, dans le même sens, Ott, 2007, p. 411. *Contra* : CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copiepresse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>>, n. 34 et 41.

⁸⁰⁰ Gilliéron, Internet, n. 421, Schweizer, Links, p. 253. Voir aussi Ruedin, auteur, n. 405. *Contra* : Hürlimann, Internet, p. 84 s. A l'étranger, voir notamment CA Paris, 4.02.2011, n. *JurisData* 2011-004802 (atteinte à l'intégrité de l'œuvre par les « recadrages opérés » par le moteur *Google images* ; pourvoi rejeté sur ce point par la Cour de cassation, 12.07.2012, n. *JurisData* 2012-015812).

reprise sous forme d'imagette⁸⁰¹.

La reprise d'un extrait d'une œuvre textuelle dans le pointeur d'un hyperlien tombe elle aussi sous le coup de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA⁸⁰². L'établissement d'un résumé d'une œuvre dans le pointeur d'un hyperlien peut, selon les cas, en constituer une utilisation (si des éléments individuels sont repris), créer une œuvre dérivée ou consister en une libre utilisation⁸⁰³.

Si l'on devait considérer que l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA vise aussi les atteintes indirectes aux œuvres utilisées⁸⁰⁴, la reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien pourrait parfois tomber sous le coup de cette disposition même en l'absence d'atteinte directe, l'œuvre reprise étant utilisée⁸⁰⁵.

3. Légitimation d'une reprise

3.1. Exception de *fair use*

Inconnue en droit suisse, l'exception de *fair use*⁸⁰⁶ a été appliquée, en droit américain, dans plusieurs affaires portant sur la reprise par des moteurs de recherche d'images d'œuvres protégées sous forme d'imagettes.

Dans la plus ancienne d'entre elles, l'affaire *Kelly c. Arriba Soft Corp., Arriba*, le moteur de recherche mis en cause, indexait des images en les copiant provisoirement sur son serveur, puis en les représentant sous forme d'imagettes. La demanderesse, dont les photographies avaient été reproduites et référencées par *Arriba*, a ouvert action contre l'exploitant du moteur⁸⁰⁷.

Dans un jugement rendu en juillet 2003, la cour d'appel du 9^{ème} Circuit de Californie a considéré que l'utilisation des œuvres référencées était en l'espèce

⁸⁰¹ Voir Barrelet/Egloff n. 4 ad art. 3, Hürlimann, Internet, p. 84 et, en Allemagne (sous l'angle du *Bearbeitungsrecht* du § 23 UrhG), BGH, 19.10.2011, I ZR 140/10, n. 14, 29.04.2010, I ZR 69/08, n. 22, Bisges, Bilder, n. 4, Heymann/Nolte p. 760, Hüsch p. 453 s., Leistner/Stang p. 501, Schack, Anmerkung, n. 4, Schrader/Rautenstrauch p. 763 s., Spindler, Schranken, p. 786. Voir aussi Brinkel p. 173 s.

⁸⁰² Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.2.2.

⁸⁰³ Voir nbp 414.

⁸⁰⁴ Ce qui n'est pas notre avis, voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.2.3.

⁸⁰⁵ Voir chiffre 2.1. ci-dessus. En droit allemand, voir, pour les imagettes, Ott, Bilder, p. 346.

⁸⁰⁶ Sur la notion, voir section 2, chiffre 1.1. ci-dessus.

⁸⁰⁷ Pour une présentation détaillée de cette affaire, voir Ayazi p. 377 ss, Strowel/Hanley p. 84 ss.

couverte par l'exception de *fair use*⁸⁰⁸.

La cour s'est notamment appuyée sur l'usage « transformatif » des images par *Arriba*, différent de celui effectué par la demanderesse, sur la valeur ajoutée du référencement pour les utilisateurs, et sur le fait que les imagerie ne remplaçaient pas la consultation des photographies originales et ne causaient pas de préjudice à la demanderesse.

Quatre ans plus tard, en mai 2007, la même cour a rendu un jugement similaire dans l'affaire *Perfect 10 c. Google*⁸⁰⁹.

Dans cette affaire, le site *Perfect 10* reprochait à *Google* d'avoir reproduit sur son serveur et indexé sous forme d'imagerie, dans son moteur de recherche d'images, de nombreuses photographies protégées.

La cour a à nouveau considéré que ce type de référencement pouvait bénéficier de l'exception de *fair use*, malgré un usage commercial plus marqué que dans l'affaire *Kelly c. Arriba Soft Corp.*⁸¹⁰.

En mai 2008, appliquant le droit américain, le tribunal de grande instance de Paris a lui aussi livré une analyse similaire dans l'affaire *SAIF c. Google*, qui mettait à nouveau en cause le moteur de recherche d'images de *Google*⁸¹¹.

Enfin, en octobre 2010, dans l'affaire *Righthaven c. Realty One Group*, une cour de district du Nevada a elle aussi mis au bénéfice de l'exception de *fair use* la reprise de 8 des 30 phrases d'un article⁸¹².

⁸⁰⁸ 7.07.2003, 336 F.3d 811 (817 ss).

⁸⁰⁹ 16.05.2007, 508 F.3d 1146. Sur cette affaire, voir notamment Band p. 144 s., Strowel, *Google*, p. 122 ss, Strowel/Hanley p. 101 ss.

⁸¹⁰ P. 1163 ss. Après plusieurs autres défaites devant plusieurs cours, dans différentes procédures, et après avoir offert 25'000 dollars à quiconque pourrait apporter des preuves d'une violation de ses droits d'auteur par *Google*, *Perfect 10* a fini par signer en 2012 une convention impliquant notamment l'engagement à ne plus ouvrir d'action contre *Google* pour tous les actes commis jusqu'à la date de la transaction (voir <<http://www.linksandlaw.de/news2204-perfect-10-google-ende.htm>> et réf. citées ; la transaction est disponible à l'adresse <<http://fr.scribd.com/doc/93050403/p10-goog1>>).

⁸¹¹ 20.05.2008, n. *JurisData* 2008-362899. Sur cette affaire, voir CSPLA p. 20, Sirinelli, limites, p. 397 ss, Strowel, *Google*, p. 132 ss, Strowel/Hanley p. 103 s. Le 26.01.2011, la cour d'appel de Paris (n. 08/13423, RIDA 229/2011, p. 488 ss) a infirmé ce jugement, appliquant le droit français au litige (voir aussi Sirinelli, limites, p. 403 ss).

⁸¹² 18.10.2010, 2010 U.S. Dist. LEXIS 111576, III. La reprise était apparemment associée à un lien sur l'article (« *additionally, Nelson directed readers of his blog to the full text of the Work* »). Pour une analyse détaillée de l'applicabilité de l'exception de *fair use* aux différents types de sites agrégateurs d'articles de journaux, voir Isbell p. 9 ss.

3.2. Droit de citation

3.2.1. Principe

La citation d'une œuvre protégée est licite lorsqu'elle satisfait aux conditions de l'article 25 LDA⁸¹³.

Selon l'article 25 alinéa 1 LDA, la citation doit servir « de commentaire, de référence ou de démonstration », et son emploi doit « en justifier l'étendue ».

Dans cette partie de notre étude, nous examinerons dans quelle mesure la reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien pourrait être légitimée par l'exception de citation.

3.2.2. Notion de « référence »

Dans un sens courant, un hyperlien constitue une « référence », puisqu'il a précisément pour fonction de « référencer » l'œuvre liée.

Dès lors, il s'agit d'examiner si une reprise effectuée uniquement dans le but de faciliter le renvoi au site lié pourrait « servir de référence », au sens du texte légal.

La question a surtout été discutée en relation avec les résultats fournis par les moteurs de recherche. Certains auteurs sont favorables à une interprétation large du droit de citation, qui légitimerait ce type de reprise⁸¹⁴.

⁸¹³ Sur ces conditions, voir deuxième partie, section 3, chiffre 5.

⁸¹⁴ Hürlimann, Internet, p. 85 ss et 93, Salvadé, responsabilité, p. 92, Schweizer, Links, p. 253 s. (pour les imageries). Voir aussi AIPPI, B, p. 134. *Contra* : Gilliéron, presse, p. 74 (pour les ressources reprises par le service *Google Actualités*), Macciachini/Oertli n. 15 ad art. 25, Morant p. 275 ss (pour les imageries), Ruedin, auteur, n. 486. En droit allemand, le BGH a considéré que la confection d'imageries par les moteurs de recherche n'est pas couverte par l'exception de citation du § 51 UrhG (pour une présentation détaillée de cette disposition, voir Dreier n. 1 ss ad § 51, Förster p. 85 ss, Ruedin, auteur, n. 254 ss), les imageries ne visant qu'à faciliter l'accès à l'information et non à poursuivre un but privilégié de la citation (*Zitatzweck*), comme l'illustration de la pensée (BGH, 29.04.2010, I ZR 69/08, n. 25 ss ; voir aussi 19.10.2011, I ZR 140/10, n. 14). La doctrine allemande rejette aussi majoritairement l'application du droit de citation aux imageries confectionnées par les moteurs de recherche (voir notamment Assion, Bisges, Bilder, n. 13, Euler, Bild, p. 619 s., Fahl p. 439, Hüscher p. 454 s., Niemann, Kommentar, p. 508, Ott, Thumbnails, p. 125 et Bilder, p. 346, Schack, Anmerkung, n. 5, Spindler, Schranken, p. 788 ; *contra* : Heymann/Nolte p. 763 s. et réf. citées). La jurisprudence néerlandaise admet quant à elle l'application de l'exception de citation aux moteurs de recherche (voir Senftleben, Internet, p. 25 s.). Concernant la reprise d'extraits d'articles de presse, l'application de l'exception de citation a été

Comme nous l'avons précédemment indiqué, toutefois, la citation qui sert de référence doit aller au-delà du simple renvoi à une œuvre protégée : elle doit par exemple permettre « de fonder, de soutenir et d'approfondir un raisonnement propre ou de poursuivre celui d'un tiers », ou « peut servir à confirmer une affirmation ou à présenter un avis divergent »⁸¹⁵.

C'est en d'autres termes l'objet de la citation qui doit être utilisé dans un but de référence. Par la reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien, effectuée dans le seul but de la référencer, on se réfère à l'objet de la citation. L'œuvre n'est pas utilisée dans un but de référence, elle est directement référencée.

La reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien, effectuée dans l'unique but d'en faciliter l'accès, sans réel contenu propre, n'est donc probablement pas couverte par l'exception de citation en droit suisse⁸¹⁶.

On précisera encore que même si l'on devait se rallier à la position contraire, le droit de citation ne saurait couvrir la reprise d'une série d'images ou d'extraits de textes, associée à des liens, puisque l'exception de citation ne s'applique pas aux recueils de citations⁸¹⁷.

3.2.3. Reprise sous forme d'image

La citation d'une œuvre visuelle est fondamentalement admissible⁸¹⁸.

La reprise d'une œuvre visuelle sous forme d'image en constitue une

rejetée en Belgique (CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copiepresse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>>, n. 31 ss.), mais admise en France (TGI Nancy, 6.12.2010, n. *JurisData* 2010-029557, p. 12 s.). En droit européen, Senftleben n'est pas certain que le droit de citation serait interprété suffisamment largement par la CJUE pour couvrir les résultats générés par les moteurs de recherche (Internet, p. 29 ss), mais considère qu'une telle interprétation pourrait reposer sur la liberté d'expression et d'information (p. 39 s.).

⁸¹⁵ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 5.3.2.1.

⁸¹⁶ En outre, on mentionnera que contrairement à ce que paraissent considérer certains auteurs (voir notamment Battisti, hyperlien, p. 11), l'établissement d'un hyperlien en lui-même, indépendamment de son pointeur, ne constitue pas non plus une citation, en droit Suisse à tout le moins, pour les mêmes motifs.

⁸¹⁷ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 5.3.1.

⁸¹⁸ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 5.2. Dessemontet (propriété, p. 109 s.) considère que les images ne constituent pas des citations parce que ces procédés « reproduisent forcément sans commentaire l'œuvre protégée ». Cet argument nous paraît infondé, la reprise d'une image pouvant naturellement s'accompagner, dans l'environnement du lien, de commentaires.

modification, puisqu'elle réduit sa taille⁸¹⁹. La citation d'une œuvre sous forme modifiée est possible, à certaines conditions⁸²⁰.

Selon Ruedin, la réduction de la taille d'une image est admissible si elle est imposée « par le cadre dans lequel la citation est insérée »⁸²¹.

Dans le cadre d'une citation effectuée sur Internet, la nécessité de réduire ou non la taille d'une image doit s'apprécier de cas en cas. La citation d'une page *web*, quant à elle, implique nécessairement de réduire sa taille.

Ruedin ajoute qu'« il doit ressortir de manière claire du cadre dans lequel elle est insérée que l'œuvre citée a été modifiée »⁸²².

Si l'imagette est une capture d'écran d'une page *web*, la modification est évidente pour l'utilisateur.

Dans les autres cas, lorsqu'une ressource est citée sous forme d'imagette et associée à un hyperlien permettant de la consulter dans sa taille originale sur le site référencé, la modification nous paraît suffisamment apparente, pour autant que l'utilisateur puisse clairement comprendre que l'œuvre originale est publiée sur le site référencé.

3.2.4. Conditions formelles

L'article 25 alinéa 2 LDA dispose encore que « la citation doit être indiquée », et que « la source et, pour autant qu'il y soit désigné, l'auteur, doivent être mentionnés ».

La première condition implique que la citation doit être reconnaissable comme telle, en se démarquant clairement du cadre dans lequel elle est insérée⁸²³. Tel est en règle générale le cas lorsque la ressource reproduite est associée à un hyperlien⁸²⁴.

⁸¹⁹ Voir chiffre 2.2.3. ci-dessus.

⁸²⁰ Voir Bühler p. 266, Cherpillod, Schranken, p. 297 (qui précise que les modifications doivent être « *von völlig nebensächlicher Bedeutung* »), Rehbindler, Urheberrecht, n. 145 (« *im Rahmen des Zitierzweckes* »), Schweizer, Links, p. 254, Wegener, Sampling, p. 262 s. (« *der Zitatzweck bestimmt auch das Ausmass zulässiger Veränderungen* »). Selon Ruedin, il est en principe interdit de modifier une œuvre citée (auteur, n. 392 ss), mais des exceptions sont possibles (n. 400 ss). Dans le même sens, voir Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 25.

⁸²¹ Ruedin, auteur, n. 405.

⁸²² Ruedin, auteur, n. 406.

⁸²³ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 5.4.

⁸²⁴ Hürlimann (Internet, p. 89) et Schweizer (Links, p. 254) considèrent que les imagettes confectionnées par les moteurs de recherche satisfont aussi à cette condition.

Quant à la nécessité d'indiquer la source, on peut considérer que le lien, de par sa fonction de renvoi, l'indique en lui-même, pour autant que l'œuvre reproduite figure sur la page d'accueil référencée, ou fasse à tout le moins partie de la même collection de ressources⁸²⁵. Dans le cas contraire, la source de l'élément reproduit devra être indiquée.

Enfin, on rappellera que l'exigence que le nom de l'auteur soit indiqué s'il est mentionné à la source s'applique aussi lorsqu'une œuvre est reprise sur Internet⁸²⁶.

3.3. Autorisation implicite

L'idée selon laquelle la reprise, dans le pointeur d'un hyperlien établi manuellement, d'une œuvre protégée figurant sur le site référencé est couverte par une autorisation implicite de son auteur a été émise par la doctrine⁸²⁷.

Si cette problématique a été jusqu'ici très peu abordée, la question voisine de l'octroi aux exploitants de moteurs de recherches d'une autorisation implicite de confectionner des imagerie des ressources référencées a été largement discutée en Allemagne, tant par la doctrine⁸²⁸ que devant les tribunaux.

⁸²⁵ Voir à ce sujet deuxième partie, section 3, chiffre 5.4.

⁸²⁶ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 5.4. *Contra*, pour la confection d'imagerie par les moteurs de recherche : Hürlimann, Internet, p. 89 s.

⁸²⁷ Voir Gilliéron, hyperliens, p. 764, qui n'a toutefois, à notre connaissance, pas repris cette opinion dans ses publications ultérieures. Les autres auteurs paraissent réticents à admettre la possibilité d'une telle autorisation (voir par exemple Ott, light, point b, dont la réflexion implique clairement qu'une autorisation implicite pour la reprise d'éléments protégés dans les pointeurs d'hyperliens établis manuellement ne serait pas envisageable, ou Roggenkamp, Kommentar, p. 329, qui considère que, sur Internet, une autorisation implicite ne peut viser que les actes de référencement typiques (comme les liens simples ou profonds, ou la simple indexation par des moteurs de recherche, à l'exclusion des reprises d'images par les moteurs de recherche d'images)). On précisera que certains auteurs admettent que l'utilisation de l'image d'un produit dans le but de lui faire de la publicité est couverte par une autorisation implicite (voir Ruedin, auteur, nbp 1023).

⁸²⁸ Voir notamment Berberich p. 393 s., Fahl p. 439 s., Heymann/Nolte p. 761 s., Kazemi p. 100, Leistner/Stang p. 503 ss, Meyer, Google, p. 183, Ott, Thumbnails, p. 126 s., Roggenkamp, Kommentar, p. 328 s., Schack, Anmerkung, n. 6, et les références citées ci-dessous. Selon Ott, la reprise sous forme d'imagerie par un moteur de recherche d'images n'est admissible qu'à cinq conditions : l'auteur ne s'y est pas expressément opposé, il n'a pas utilisé une balise excluant le référencement de ses ressources, la reprise se limite à ce qui est techniquement absolument nécessaire (dans le même sens, voir Berberich p. 394) et elle ne va pas à l'encontre des intérêts de l'auteur, auquel il n'est raisonnablement pas possible de demander son autorisation (voir Ott, light, point b et Thumbnails, p. 126 s.). En droit suisse, Ruedin (auteur, n. 487) admet l'existence

En avril 2010, dans le célèbre arrêt *Vorschaubilder I*, le BGH a débouté une artiste qui avait assigné *Google* en justice en raison de la reproduction, par le moteur de recherche d'images de *Google*, d'œuvres qu'elle avait mises en ligne⁸²⁹.

Le BGH a admis que l'artiste n'avait accordé aucune autorisation implicite de reproduire ses œuvres, mais a rejeté l'action sur le fondement de la théorie de la *schlichte Einwilligung*, reposant sur l'idée qu'une utilisation est licite lorsque l'utilisateur peut de bonne foi déduire du comportement du titulaire des droits qu'il accepte que son œuvre soit utilisée. En l'espèce, la Cour a admis que *Google* pouvait déduire de bonne foi du comportement de la demanderesse qu'elle autorisait la reproduction de ses images⁸³⁰.

La Cour a notamment tenu compte de l'utilité du service offert par *Google* et du fait que la plaignante n'avait pris en l'espèce aucune mesure pour empêcher l'indexation de ses images⁸³¹ et, au delà, avait même optimisé son site pour qu'il soit mieux référencé par les moteurs de recherche⁸³².

En octobre 2011, dans l'arrêt *Vorschaubilder II*, le BGH a étendu le principe, en déboutant un photographe dont l'œuvre avait été publiée sans droit sur deux sites, puis indexée par le moteur de recherche d'images de *Google*⁸³³.

d'une autorisation implicite, sans poser de condition. Hürlimann admet le principe de l'existence d'une telle autorisation pour la confection d'images (Internet, p. 90) puis, dans une publication ultérieure, ajoute, relativement à la reprise d'extraits de textes, que l'autorisation implicite ne peut être retirée que par l'utilisation d'un fichier permettant d'exclure le référencement par les moteurs de recherche (Replik, n. 5 ss). Macciachini et Oertli (n. 15 ad art. 25) reprennent le raisonnement formulé par le BGH dans l'arrêt *Vorschaubilder I* (voir ci-dessous). Voir aussi, sur l'existence d'une autorisation implicite portant sur la reprise par *Google* d'éléments textuels protégés, Ott, Snippets, p. 562 s.

⁸²⁹ BGH, 29.04.2010, I ZR 69/08. Pour une présentation de cette affaire, voir notamment Strowel, *Google*, p. 128 ss.

⁸³⁰ N. 28 ss. Cet aspect du jugement a donné lieu à des appréciations contrastées dans la doctrine (voir notamment Conrad, 2010, p. 586 s., Hüsch p. 455 s., Hüttner, Internet, p. 1012 ss, Meyer, 2010, p. 221, Niemann, Kommentar, p. 508, Ohly p. 987, Senftleben, Internet, p. 61, Spindler, Schranken, p. 789 ss, Wiebe, Eigentum, p. 889 ss). Pour une présentation détaillée la théorie de la *schlichte Einwilligung*, voir von Ungern-Sternberg, *Einwilligung*, p. 369 ss et 2011, p. 328 et réf. citées.

⁸³¹ N. 36. Ce point du jugement a été largement critiqué, notamment parce qu'il va à l'encontre du principe communément admis en droit d'auteur selon lequel la protection du droit d'auteur ne doit pas être conditionnée à l'adoption de mesures protectrices par le titulaire des droits (voir notamment Höppner p. 633 ss, Klass p. 7, Meyer, 2010, p. 221, Sirinelli, limites, p. 425 ss, Trautmann, Wiebe, Eigentum, p. 890).

⁸³² N. 36.

⁸³³ BGH, 19.10.2011, I ZR 140/10.

En l'espèce, le photographe avait autorisé la publication de son image sur d'autres sites. Le BGH a considéré que la *schlichte Einwilligung* s'étend, lorsqu'une image est publiée sur Internet avec le consentement de son auteur, aux reprises sous formes d'images de copies publiées sans droit sur d'autres sites⁸³⁴.

Dans une autre affaire célèbre, l'affaire *Copiepresse c. Google*, la cour d'appel de Bruxelles a considéré qu'aucune autorisation implicite ne peut légitimer la reprise d'extraits d'articles de presse par le service *Google Actualités*, même quand les titulaires des droits sur les articles référencés ne prennent aucune mesure pour en exclure la reprise⁸³⁵.

Il paraît clair que la théorie de la *schlichte Einwilligung* du BGH ne peut être appliquée aux hyperliens établis manuellement, la situation étant radicalement différente : l'auteur qui accepte que son œuvre soit publiée doit s'attendre à ce qu'elle soit reprise et référencée par les moteurs de recherche, puisque tout contenu publié en libre accès est susceptible d'être indexé par ces moteurs, mais pas à ce qu'elle soit reproduite dans des pointeurs d'hyperliens établis manuellement.

Même si l'on peut probablement admettre que l'auteur qui publie une œuvre sur le *web* accorde une autorisation implicite de la référencer⁸³⁶, cette autorisation ne s'étend pas de manière généralisée à la reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien, malgré l'utilité que peut présenter une telle reprise.

Si les liens, en eux-mêmes, sont indispensables au bon fonctionnement du réseau et constituent son essence même⁸³⁷, tel n'est pas les cas des reprises d'œuvres protégées dans leurs pointeurs.

A notre avis, on peut néanmoins admettre, à des conditions restrictives, l'existence d'une autorisation implicite lorsqu'une reprise ne cause aucun préjudice significatif à l'auteur, et qu'on peut partir du principe qu'elle serait

⁸³⁴ N. 16 ss (spéc. 28). Ce point du jugement a été largement critiqué par la doctrine (voir notamment Conrad, 2011, p. 481, Euler, Bild, p. 618, Höppner p. 634, Klass p. 6 ss, Ohly p. 988, Senftleben, Internet, p. 63 ss, Spindler, Anmerkung, p. 386 s., von Ungern-Sternberg, 2012, p. 261).

⁸³⁵ CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copiepresse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>>, n. 49 ss. Le jugement précise notamment (n. 50) qu'« il ne peut être admis qu'un titulaire soit privé de ses droits par le simple fait qu'il a omis de mettre en œuvre un procédé technique ». Pour une présentation de cette affaire, voir Sirinelli, limites, p. 431 ss.

⁸³⁶ Voir les réf. citées sous section 2, chiffre 1.1. ci-dessus.

⁸³⁷ Voir l'introduction de notre travail.

admise par tout auteur « raisonnable ». Une autorisation implicite de reprendre une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien établi manuellement ne pourrait dans cette optique être admise qu'aux conditions cumulatives suivantes :

- l'œuvre a été mise en ligne avec le consentement de l'auteur ou des ayants droit ;
- le titulaire du site référencé n'a inséré sur son site aucune clause limitative relative à l'établissement d'hyperliens et à l'utilisation des œuvres qui y sont publiées ;
- la reprise présente un intérêt pour l'utilisateur⁸³⁸ ;
- la reprise a pour unique but de faciliter le référencement⁸³⁹ ;
- la reprise ne remplace pas la consultation de l'œuvre sur le site référencé⁸⁴⁰.

4. Conclusion

La reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un lien simple sans autorisation de son auteur⁸⁴¹ viole ses droits patrimoniaux et, le plus souvent, ses droits moraux.

En droit suisse, qui ne connaît pas l'exception de *fair use*, un tel acte ne peut être légitimé que par le droit de citation lorsque la reprise satisfait aux conditions de l'article 25 LDA⁸⁴², ou par une autorisation implicite de l'auteur

⁸³⁸ La reprise d'œuvres visuelles dans les pointeurs de liens renvoyant aux sites sur lesquels elles sont publiées est de nature à simplifier leur recherche. En donnant à l'utilisateur un aperçu du contenu référencé, une imagerie peut aussi lui faire gagner du temps en lui permettant de déterminer si la consultation de la ressource référencée l'intéresse, sans avoir à activer le lien. Il en va de même pour la reprise de titres d'articles de journaux référencés (voir aussi Turner/Callaghan p. 36). Par contre, en général, la reprise du logo d'un site ne simplifie en elle-même pas la recherche de l'utilisateur.

⁸³⁹ Ainsi, un hyperlien ne doit pas être utilisé comme prétexte pour une reprise qui n'aurait en réalité, par exemple, qu'un simple rôle d'ornement.

⁸⁴⁰ Cette condition s'inspire de la deuxième étape du test des trois étapes (voir deuxième partie, section 3, chiffre 2.2.3.). Ainsi, une œuvre visuelle doit en principe être reprise dans un format réduit, et ne doit pouvoir être affichée dans son format normal que sur le site référencé. Une œuvre verbale ne doit pas être reprise ou résumée dans une mesure qui dispense l'utilisateur de sa consultation sur le site référencé.

⁸⁴¹ L'autorisation peut figurer sur le site de l'auteur ou, par exemple, être donnée au lieu dans un courriel.

⁸⁴² Il peut aussi, dans certains cas, éventuellement être légitimé par l'exception de l'article

de l'œuvre référencée, aux conditions que nous avons posées⁸⁴³.

⁸⁴³ 28 LDA.
Voir chiffre 3.3. ci-dessus.

Section 5 - Conclusion

L'établissement d'un lien simple est fondamentalement licite en droit d'auteur, tant sous l'angle des droits patrimoniaux que des droits moraux des auteurs des ressources référencées⁸⁴⁴.

La même conclusion s'applique aux liens non conformes, sauf, sous l'angle du droit de paternité, quand un hyperlien a pour effet d'usurper la qualité d'auteur du créateur de la ressource référencée⁸⁴⁵.

La reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien viole les droits patrimoniaux et, le plus souvent, les droits moraux de son auteur. Elle peut parfois être légitimée par l'exception de citation, aux conditions posées par l'article 25 LDA, ou par l'existence d'une autorisation implicite⁸⁴⁶. Lorsque tel n'est pas le cas, elle constitue le plus souvent une violation du droit d'auteur tombant sous le coup de l'article 67 LDA⁸⁴⁷. Sur le plan civil, le copieur peut notamment engager sa responsabilité civile sur le fondement de l'article 41 alinéa 1 CO, et voir dirigée contre lui l'action en cessation de l'article 62 alinéa 1 lettre b LDA⁸⁴⁸.

⁸⁴⁴ Voir section 2. ci-dessus.

⁸⁴⁵ Voir section 3. ci-dessus.

⁸⁴⁶ Voir section 4. ci-dessus.

⁸⁴⁷ Sur cette disposition, voir deuxième partie, section 5, chiffre 2.

⁸⁴⁸ Sur ces dispositions, voir deuxième partie, section 5, chiffre 1. En droit suisse, la responsabilité du fournisseur d'un hyperlien doit en effet s'apprécier selon les dispositions du droit commun de la responsabilité civile et pénale (voir à ce propos Reusser, responsabilité).

Quatrième partie - Les liens profonds

Section 1 - Introduction

Les liens profonds, du fait qu'ils renvoient à une page intérieure d'un site et non à sa page d'accueil⁸⁴⁹, posent certaines questions spécifiques en droit d'auteur.

Dans cette partie de notre étude, à l'image de la démarche que nous avons suivie dans la partie consacrée aux liens simples et en nous référant aux réflexions que nous y avons formulées⁸⁵⁰, nous examinerons dans un premier temps comment l'établissement d'un lien profond doit fondamentalement s'analyser en droit d'auteur, tant sous l'angle des droits patrimoniaux que des droits moraux des auteurs concernés par le référencement⁸⁵¹.

Nous traiterons ensuite de l'admissibilité des liens profonds permettant le contournement de conditions générales ou de mesures de contrôle d'accès⁸⁵².

Les problèmes soulevés par les liens non-conformes et par les liens reprenant une œuvre protégée dans leur pointeur ont déjà été traités en relation avec les liens simples⁸⁵³, et ne présentent pas de particularité lorsque le lien mis en cause référence une page intérieure. Nous n'en traiterons donc pas dans cette partie de notre étude.

⁸⁴⁹ Voir première partie, section 2, chiffre 2.3.3.

⁸⁵⁰ Voir troisième partie, section 2.

⁸⁵¹ Voir section 2 ci-dessous. Les auteurs concernés sont les auteurs du site référencé, de la page référencée et des ressources qui y figurent.

⁸⁵² Voir sections 3 s. ci-dessous.

⁸⁵³ Voir troisième partie, sections 3 s.

Section 2 - Admissibilité fondamentale des liens profonds en droit d'auteur

1. Aperçu de jurisprudence

Sur le plan international, de nombreuses affaires ont porté sur la question de l'admissibilité de principe des liens profonds. Un bref rappel des plus importantes d'entre elles se justifie, pour donner un aperçu des problèmes que ces liens peuvent poser, ainsi que des tendances suivies par la jurisprudence.

Aux Etats-Unis, dans l'affaire *Ticketmaster Corp. c. Tickets.com*, la défenderesse, qui proposait la vente en ligne de billets pour divers spectacles, établissait des liens profonds sur les offres de plusieurs sociétés concurrentes, dont la société *Ticketmaster*, pour permettre aux utilisateurs d'acheter des tickets pour les événements qu'elle ne couvrait pas elle-même. Saisie d'une plainte de *Ticketmaster*, une cour de district californienne a considéré en mars 2000 que l'établissement de liens profonds est licite en droit d'auteur, parce que ces liens ne reproduisent pas les ressources référencées⁸⁵⁴.

En Allemagne, l'admissibilité de principe des liens profonds a été consacrée en juillet 2003 par le BGH dans l'affaire *Handelsblatt c. Paperboy*⁸⁵⁵.

Dans ce litige, *Handelsblatt* s'est plainte de l'indexation des articles de presse qu'elle avait publiés en ligne par *Paperboy*, un moteur de recherche spécialisé dans le référencement de ce type de ressources. Le BGH a considéré que les liens profonds effectués ne constituaient ni des reproductions⁸⁵⁶, ni des mises à disposition⁸⁵⁷ des œuvres référencées, et qu'ils ne faisaient en l'espèce que faciliter l'accès à des ressources mises à disposition sans restriction d'accès par le titulaire du site référencé, comme le ferait la simple fourniture d'une adresse URL⁸⁵⁸.

En France, dans l'affaire *Stepstone c. Ofir*, le tribunal de commerce de Nanterre a considéré en novembre 2000 que les liens profonds établis par *Ofir France* sur les offres d'emploi publiées sur le site de *Stepstone France* ne

⁸⁵⁴ *US District Court*, C.D. California, 27.03.2000, 2000 U.S. Dist. LEXIS 4553 (« *hyperlinking does not itself involve a violation of the Copyright Act [...] since no copying is involved* »). Pour un résumé de cette affaire, voir Sableman p. 21 s.

⁸⁵⁵ BGH, 17.07.2003, I ZR 259/00.

⁸⁵⁶ P. 16.

⁸⁵⁷ P. 19 ss. Voir aussi BGH, 29.04.2010, I ZR 39/08, n. 24.

⁸⁵⁸ P. 17.

portaient en l'espèce « atteinte à aucun droit de propriété intellectuelle »⁸⁵⁹.

Près de 10 ans plus tard, dans l'affaire *Métropole Télévision c. SBDS*, le tribunal de grande instance de Paris a considéré, dans le même sens, que les liens profonds établis par la défenderesse vers les rediffusions d'émissions mises à disposition par la société *M6 Web* ne constituaient pas des représentations de ces œuvres⁸⁶⁰.

Selon les juges, la défenderesse, « en mettant les programmes » de *M6* « à la disposition du public »⁸⁶¹, ne les « communique nullement elle-même », mais ne fait qu'« aider » l'utilisateur « en lui indiquant un lien permettant de les visionner directement » sur les sites de *M6*⁸⁶².

En Suède, dans l'affaire *Svensson*, plusieurs journalistes se sont plaints du référencement de leurs articles par des liens profonds. Saisie d'une demande de décision préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré en février 2014 que les liens attaqués ne constituent pas des communications au public au sens de l'article 3 paragraphe 1 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur, les œuvres n'étant pas communiquées à un « public nouveau »⁸⁶³.

D'autres juges européens ont admis la licéité de liens profonds établis par des moteurs de recherche, en se fondant parfois sur l'existence d'une autorisation implicite accordée par le titulaire du site référencé⁸⁶⁴. Aux Pays-

⁸⁵⁹ 8.11.2000, n. *JurisData* 2000-141759, <http://www.legalis.net/breves-article.php?id_article=83>.

⁸⁶⁰ 18.06.2010, <http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2941>.

⁸⁶¹ Cette formulation est malheureuse, car elle pourrait donner l'impression trompeuse que le jugement considère l'établissement de liens profonds comme une mise à disposition au sens du droit d'auteur. Tel n'est pas le cas en l'espèce, le lieu n'ayant été reconnu coupable d'aucune violation du droit d'auteur.

⁸⁶² Ce jugement a été ultérieurement confirmé, pour l'essentiel, par la cour d'appel de Paris, qui n'a toutefois pas abordé la question de l'admissibilité des liens profonds en droit d'auteur (27.04.2011, n. 10/15910, <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3152>). La Cour de cassation a rejeté un pourvoi dirigé contre le jugement de la cour d'appel (31.10.2012, n. *JurisData* 2012-030256).

⁸⁶³ 13.02.2014, C-466/12, n. 25 ss.

⁸⁶⁴ Voir notamment Pihlajarinne p. 704 et réf. citées. On notera que la figure de l'autorisation implicite n'a pas toujours été admise : par exemple, dans l'affaire *Cadres online c. Keljob*, qui portait sur un cas de transclusion, le Tribunal de commerce de Paris a précisé que « s'il est admis que l'établissement de liens hypertextes simples est censé avoir été implicitement autorisé par tout opérateur de site Web, il n'en va pas de même pour ce qui concerne les liens dits « profonds » et qui renvoient directement aux pages secondaires d'un site cible, sans passer par sa page d'accueil » (26.12.2000, n. *JurisData* 2000-174348, <<http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/351-1.pdf>>, p. 4).

Bas, notamment, après plusieurs jugements condamnant l'établissement de liens profonds, la jurisprudence a apparemment évolué et consacré leur admissibilité⁸⁶⁵.

On peut dégager de ces quelques jugements une très claire tendance jurisprudentielle à admettre l'admissibilité fondamentale des liens profonds en droit d'auteur.

2. Droits patrimoniaux

2.1. Etablissement d'un lien profond

La seule différence entre un lien simple et un lien profond réside dans l'emplacement de la ressource référencée au sein de la collection de ressources dont elle fait partie⁸⁶⁶.

Comme nous l'avons vu⁸⁶⁷, les notions de « page d'accueil » et de « page intérieure » sont purement subjectives et ne reposent sur aucun critère technique : la « page d'accueil » d'un site n'est que celle que son titulaire considère comme « le point d'entrée » de son site. Un lien n'est « profond » que parce qu'il référence une page considérée par le titulaire du site référencé comme une page intérieure dans l'arborescence de son site.

La question de savoir si un lien utilise la page à laquelle il renvoie, au sens de l'article 10 LDA, ne saurait, à notre avis, recevoir des réponses différentes selon un critère purement subjectif, qui ne repose sur aucune réalité technique.

Tout comme un lien simple⁸⁶⁸, un lien profond ne fait qu'indiquer l'emplacement exact de la ressource qu'il référence et en faciliter l'accès. Il n'utilise donc pas la page liée⁸⁶⁹. En particulier, il ne la reproduit pas⁸⁷⁰, pas plus qu'il ne la distribue, la communique ou la diffuse⁸⁷¹.

⁸⁶⁵ Voir Verbiest, study, p. 99 et réf. citées.

⁸⁶⁶ Voir première partie, section 2, chiffre 2.3.3.

⁸⁶⁷ Voir première partie, section 2, chiffre 2.3.3.

⁸⁶⁸ Voir troisième partie, section 2, chiffre 1.2.

⁸⁶⁹ Bühler p. 227 (à propos des « hyperlinks », incluant les liens profonds, voir p. 225), de Werra, contenus, p. 73, Rosenthal p. 184 ss, Ruedin, auteur, nbp 891, Weber, Recht, p. 300 ss. Voir aussi BGH, 29.04.2010, I ZR 39/08, n. 24, Lucas, propriété, n. 309, Reinemann/Remmert p. 221 s. *Contra* : Schultze, Kommentar, n. 14 ad § 16.

⁸⁷⁰ Bu, Internet, p. 62, Cherpillod, complicité, p. 240, de Werra, contenus, p. 73 s., Dittrich n. 7, Farasse/Labbé 1-1-A-i, Gilliéron, Internet, n. 423, Plaß p. 601, Salvadé, responsabilité, p. 89, Sosnita p. 698, Weber, Recht, p. 302. Voir aussi les références citées dans la troisième partie, section 2, chiffre 1.2.

⁸⁷¹ Voir, pour le droit de communication au public, Lucas, propriété, n. 309 et Salvadé,

Même lorsque le titulaire d'un site qui n'a qu'un contenu propre très restreint établit de très nombreux liens profonds sur l'offre de sites tiers et augmente de ce fait la valeur de son site, les œuvres référencées ne sont à notre avis pas utilisées au sens de l'article 10 LDA : ce ne sont pas les ressources référencées en tant que telles qui permettent d'augmenter la valeur de l'offre du lieu, mais plutôt la prestation consistant à les référencer⁸⁷².

2.2. Activation d'un lien profond

L'activation d'un lien profond permet la consultation de la page référencée. Cette consultation génère, chez l'utilisateur et les intermédiaires, des copies qui constituent des reproductions tombant sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA, mais qui bénéficient de l'exception de reproduction provisoire de l'article 24a LDA et, pour les copies confectionnées par les utilisateurs, de l'exception d'usage privé de l'article 19 LDA⁸⁷³.

On précisera en outre que l'autorisation implicite de consulter la page référencée et d'en confectionner des copies s'étend à notre avis aussi aux pages intérieures, pour autant que ces dernières soient librement accessibles⁸⁷⁴.

Certes, le titulaire d'un site souhaite souvent que ce dernier soit consulté dans un certain ordre, pour divers motifs : il peut par exemple vouloir que l'utilisateur soit confronté à des publicités ou à des avertissements figurant en amont d'une page intérieure, ou vouloir que sa pensée soit comprise dans sa globalité. L'auteur d'un site de formation peut souhaiter que des pages contenant des exercices soient consultées avant celles qui proposent leurs solutions.

Cependant, les liens profonds faisant partie intégrante du fonctionnement du *web*, l'auteur doit s'attendre à ce que des pages intérieures de son site soient référencées et consultées de manière directe⁸⁷⁵.

On doit à notre avis admettre que l'auteur d'un site qui n'a pas pris de

responsabilité, p. 89, pour le droit de mise à disposition du public, Dreier n. 6a ad § 19a, ainsi que, sur ces points, les considérations émises et les références citées dans la troisième partie, section 2, chiffre 1.2., également applicables ici.

⁸⁷² Dans le même sens, voir les affaires citées sous chiffre 1. ci-dessus. Voir aussi, sur la question, les considérations de Rosenthal p. 185 ss. Sur l'admissibilité de tels liens sous l'angle de la LCD, voir Reusser, hyperliens.

⁸⁷³ Sur ces points, voir troisième partie, section 2, chiffre 1.3.

⁸⁷⁴ Voir aussi, dans le même sens, Aplin p. 151 s.

⁸⁷⁵ A plus forte raison lorsqu'il n'a pas pris de mesure pour exclure le référencement de ses pages intérieures par les moteurs de recherche, puisque ces derniers référencent tant les pages d'accueil que les pages intérieures.

mesure pour rediriger les utilisateurs sur sa page d'accueil⁸⁷⁶ et qui n'a pas établi sur son site de conditions générales dont la ratification est nécessaire pour consulter des pages situées en aval (lorsque la structure normale de consultation du site est respectée)⁸⁷⁷, accepte que son site soit consulté dans n'importe quel ordre, et que les copies qui en découlent, dans le cadre du fonctionnement normal du réseau, soient confectionnées chez les utilisateurs et chez les intermédiaires⁸⁷⁸.

Tout comme un lien simple⁸⁷⁹, un lien profond ne fait donc que favoriser des utilisations licites, et est donc licite sous cet angle en droit d'auteur.

2.3. Conclusion

En droit d'auteur, l'établissement d'un lien profond ne viole aucun des droits patrimoniaux des auteurs des ressources référencées.

Par conséquent, le créateur d'un lien profond n'a nullement à requérir une autorisation du titulaire du site référencé avant d'établir son lien, même si le site contient des mentions qui interdisent les liens profonds ou les soumettent à l'octroi d'une autorisation préalable, de telles mentions ne reposant sur aucun droit exclusif.

3. Droits moraux

3.1. Droit de divulgation

L'établissement d'un lien profond sur une page intérieure, déjà divulguée lors de sa mise à disposition sur le *web*, ne fait qu'augmenter sa fréquentation et ne la divulgue pas au sens de l'article 9 alinéa 2 LDA⁸⁸⁰.

3.2. Droit de paternité

Lorsque la page intérieure référencée indique les noms des auteurs du site dont elle fait partie et des ressources qu'elle inclut, leur droit de paternité n'est

⁸⁷⁶ Voir première partie, section 2, chiffre 5.

⁸⁷⁷ Dans le cas contraire, voir section 3 ci-dessous.

⁸⁷⁸ Cette question ne doit pas être confondue avec celle de l'existence d'une autorisation implicite d'établir des liens profonds. Ainsi, à notre avis, cette autorisation implicite de naviguer doit être admise même lorsque le titulaire d'un site interdit l'établissement de liens profonds ou les soumet à l'octroi d'une autorisation préalable.

⁸⁷⁹ Voir troisième partie, section 2, chiffre 1.3.

⁸⁸⁰ Voir les réflexions formulées sous troisième partie, section 2, chiffre 2.1., également applicables ici.

en rien touché par l'établissement d'un lien profond⁸⁸¹.

Il en va de même si le site référencé ne mentionne pas les noms des auteurs concernés, car il n'appartient pas au lieu de les indiquer en lieu et place du titulaire du site référencé⁸⁸².

La question d'une éventuelle violation du droit de paternité est plus complexe lorsque les noms des auteurs des ressources référencées ne sont pas mentionnés par le lieu, et qu'ils ne sont indiqués que sur d'autres pages que la page référencée.

Salvadé considère qu'en principe, le droit de paternité n'est pas touché par l'établissement d'un lien profond⁸⁸³.

Gilliéron est plutôt d'avis qu'une violation du droit de paternité est envisageable « lorsque l'ensemble des pages créées constitue une œuvre protégée et que la page d'accueil permet d'identifier le titulaire des droits d'auteur sur les pages créées » : selon lui, en établissant un lien profond, le lieu « empêche en effet le titulaire du site de faire connaître aux internautes son identité », violant ainsi son droit de paternité⁸⁸⁴.

En France, le Forum des droits sur l'internet recommande dans le même sens, en cas de « liens profonds effectués vers des pages ou des fichiers ne faisant aucune référence à la paternité de l'auteur, d'accompagner le pointeur des mentions permettant de l'identifier clairement ou, à défaut, d'accompagner le lien profond d'un lien simple »⁸⁸⁵.

En droit allemand, les auteurs axent essentiellement leur réflexion sur la question de savoir si le fait que l'URL du site référencé apparaisse après l'activation du lien suffit à ce que le droit de paternité des auteurs des ressources référencées soit respecté⁸⁸⁶.

La question de l'admissibilité des liens profonds sous l'angle du droit de

⁸⁸¹ Voir Dittrich n. 12, Farasse/Labbé I-2-A (qui admettent également que ce droit est respecté si la page référencée comprend un lien interne vers la page d'accueil), Ott, Linking, p. 277.

⁸⁸² Voir aussi troisième partie, section 2, chiffre 2.2.

⁸⁸³ Salvadé, responsabilité, p. 89.

⁸⁸⁴ Gilliéron, Internet, n. 424. Dans le même sens, à l'étranger, voir Lobet/Fortin/Darbon p. 18, Plaß p. 602. Sosnitza considère (p. 701) que dans un tel cas, l'auteur qui a mis à disposition ses pages intérieures en libre accès accorde au moins une autorisation implicite de les consulter, qui légitime le lien sous l'angle du droit de paternité.

⁸⁸⁵ Recommandation hyperliens p. 26.

⁸⁸⁶ De cet avis, voir notamment Ott, Linking, p. 277 s., Schack, Links, p. 14, Sosnitza p. 700 s. *Contra* : Dittrich n. 12, Plaß p. 602.

paternité revient en fait à déterminer s'il est de la responsabilité du titulaire du site référencé ou de celle du lieu de préciser le nom des auteurs des œuvres référencées⁸⁸⁷.

En droit suisse, le droit de paternité implique le droit de faire indiquer le nom choisi lors de toute utilisation de l'œuvre, au sens de l'article 10 LDA. Lorsqu'une œuvre n'est pas utilisée, l'auteur ne peut en principe pas exiger que son nom soit indiqué⁸⁸⁸.

Comme un lien profond n'utilise pas l'œuvre à laquelle il ne fait que renvoyer⁸⁸⁹, il appartient à notre avis au titulaire du site référencé d'indiquer les noms des auteurs concernés sur les pages sur lesquelles il estime qu'ils doivent figurer, ou au moins de prévoir un lien interne vers une page qui contienne les mentions nécessaires. Le lieu ne saurait être tenu pour responsable de l'absence de telles mesures.

Contrairement à ce qu'affirme Gilliéron, le lieu n'« empêche » en rien le titulaire du site référencé de faire connaître les identités des auteurs concernés aux utilisateurs. Il n'appartient qu'à lui de prévoir les mentions et redirections nécessaires pour que les utilisateurs puissent disposer des informations qu'il entend leur transmettre.

Cela reste vrai même si le fournisseur du lien crée l'illusion que le contenu référencé fait partie de son offre, sauf en cas de lien non-conforme⁸⁹⁰ : soit le titulaire du site prend lui-même, sur son site, les mesures nécessaires à « faire reconnaître » la qualité d'auteur des créateurs concernés, soit il ne le fait pas, et le lieu n'en est pas responsable, puisque l'œuvre n'est pas utilisée⁸⁹¹.

3.3. Droit à l'intégrité

3.3.1. Problématique

Tout comme un lien simple⁸⁹², un lien profond ne modifie jamais directement la page qu'il référence au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA, et ne l'utilise pas pour créer une œuvre dérivée ou pour l'incorporer dans un

⁸⁸⁷ Voir Farasse/Labbé I-2-a, qui laissent la question ouverte.

⁸⁸⁸ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

⁸⁸⁹ Voir chiffre 2.1. ci-dessus.

⁸⁹⁰ Dans une telle hypothèse, voir troisième partie, section 3, chiffre 1.

⁸⁹¹ *Contra* : Plaß p. 602. Bien entendu, dans un tel cas, d'autres lois peuvent sanctionner l'établissement d'un lien profond (on songera notamment à la LCD, voir Reusser, hyperliens).

⁸⁹² Voir troisième partie, section 2, chiffre 2.3.1.

recueil au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre b LDA, puisqu'il se borne à en faciliter l'accès.

Lorsqu'un lien référence une page intérieure, deux atteintes spécifiques sont envisageables : il peut modifier l'ordre de consultation qu'avait prévu l'auteur du site référencé, et il peut avoir pour effet de sortir une page de son contexte⁸⁹³.

3.3.2. Altération de la structure du site référencé

Lorsqu'un site contient plusieurs pages, la vocation de la page d'accueil est souvent de présenter son titulaire, ainsi que le contenu des pages intérieures. Par le choix de la forme et du contenu de sa page d'accueil, l'auteur d'un site définit l'impression qu'il veut donner aux utilisateurs et dans quel ordre son site sera consulté par le jeu des liens internes qu'il y fait figurer.

Dans certaines hypothèses, comme nous l'avons vu, le fait que son site soit consulté en suivant une séquence définie peut revêtir une certaine importance pour lui⁸⁹⁴.

Selon Gilliéron, « le titulaire du site pourrait éventuellement invoquer le fait que la reprise isolée d'une page interne viole le droit à l'intégrité de son site en application de l'art. 11 al. 2 LDA, puisque le lien intérieur « détruirait » la structure qu'il a donnée à l'ensemble de son site pour guider l'internaute ». Il ajoute que « l'interprétation de cette disposition, qui suppose une altération portant atteinte à la personnalité de l'auteur, ne devrait toutefois pas être d'une grande utilité au titulaire du site, le recours à un lien intérieur ne pouvant que difficilement réaliser une telle atteinte »⁸⁹⁵.

En droit français, qui connaît une conception large du droit à l'intégrité⁸⁹⁶, Lobet, Fortin et Darbon considèrent qu'un lien profond, « entraînant le public vers une page d'un site susceptible d'être considéré en son ensemble comme une œuvre, a fortiori si cette œuvre a été conçue pour être visualisée ou visitée dans un ordre particulier, peut conduire à une véritable dénaturation de l'œuvre.

⁸⁹³ Selon Salvadé (responsabilité, p. 88 s.), il peut y avoir atteinte indirecte à l'intégrité du site référencé en raison du voisinage forcé avec le site du lieu. Sur cette problématique, nous renvoyons aux analyses que nous avons effectuées en relation avec les liens simples (voir troisième partie, section 2, chiffre 2.3.3.), à notre avis également applicables aux liens profonds.

⁸⁹⁴ Voir les exemples cités sous chiffre 2.2. ci-dessus.

⁸⁹⁵ Gilliéron, *Internet*, n. 424. La question devrait en réalité plutôt être examinée sous l'angle de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA (voir aussi, dans le même sens, Salvadé, responsabilité, p. 89).

⁸⁹⁶ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.1.

L'auteur pourra alors considérer qu'elle est mutilée, et sa pensée, hors contexte ou incomplète, dénaturée. Or, l'insertion d'une œuvre dans un certain environnement est largement prise en compte dans l'appréciation du respect qui lui est dû »⁸⁹⁷.

Dans le même sens, le Forum des droits sur l'internet recommande de « ne pas effectuer de lien profond vers un site dont l'auteur exigerait un mode de consultation particulier, étant entendu que cette hypothèse ne s'applique qu'à des sites constituant des œuvres artistiques à part entière »⁸⁹⁸.

En droit suisse, à notre avis, une violation de l'intégrité du site référencé suite à l'établissement d'un lien profond, en raison de « l'atteinte portée à sa structure », n'est pas concevable, même si le site est protégé en tant que recueil, au sens de l'article 4 alinéa 1 LDA, en raison de son architecture globale⁸⁹⁹. L'auteur d'un recueil est protégé contre la copie du choix ou de la disposition du contenu des éléments composant son œuvre⁹⁰⁰, et non contre le fait que seule une partie en soit référencée par l'établissement d'un lien profond⁹⁰¹.

A notre avis, un lien profond ne tombe jamais sous le coup de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA : comme nous l'avons déjà exprimé, cette disposition ne sanctionne, selon l'interprétation que nous en avons effectuée, que les atteintes directes⁹⁰², et un lien profond ne modifie en rien le site référencé ou sa structure⁹⁰³.

Même si on devait admettre une interprétation plus large de cette disposition, l'établissement d'un lien profond ne pourrait être considéré comme une atteinte indirecte aux ressources référencées constituant une violation du droit à l'intégrité de leurs auteurs, car un tel lien ne les *utilise pas*⁹⁰⁴.

La solution pourrait être différente en droit français, qui prévoit le droit « au respect » de l'œuvre, et en droit allemand, qui permet à l'auteur de s'opposer aux atteintes de nature à compromettre les « intérêts légitimes, de nature intellectuelle ou personnelle qui sont les siens à l'égard de l'œuvre »⁹⁰⁵.

⁸⁹⁷ Lobet/Fortin/Darbon p. 19.

⁸⁹⁸ Recommandation hyperliens p. 27.

⁸⁹⁹ Voir deuxième partie, section 1, chiffre 3.4.

⁹⁰⁰ Puisque c'est dans ces éléments que devra être recherchée l'individualité nécessaire à ouvrir la protection du droit d'auteur, voir deuxième partie, section 1, chiffre 2.7.

⁹⁰¹ Voir aussi, dans le même sens, Salvadé, responsabilité, p. 88.

⁹⁰² Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.2.3.

⁹⁰³ Voir aussi, dans le même sens, Salvadé, responsabilité, p. 88.

⁹⁰⁴ Voir le raisonnement formulé sous troisième partie, section 2, chiffre 2.3.3., également applicable aux liens profonds.

⁹⁰⁵ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.1.

Même dans ces deux systèmes, toutefois, nous estimons qu'une violation du droit à l'intégrité ne devrait être admise que dans des circonstances exceptionnelles, l'existence pour l'auteur d'un « droit à ce que son site soit consulté dans l'ordre voulu », quel que soit l'ordre juridique considéré, étant fortement discutable.

3.3.3. Page sortie de son contexte

Une partie de la doctrine admet une violation du droit à l'intégrité lorsque la page référencée est « sortie de son contexte »⁹⁰⁶.

En ce sens, Salvadé considère qu'une atteinte au droit à l'intégrité est possible en cas de « dénaturation » du message que l'auteur « entendait donner ». Il considère qu'une atteinte indirecte est surtout envisageable « pour les liens profonds établis à partir de sites au contenu pouvant dénigrer ou déprécier » les œuvres contenues sur les pages référencées⁹⁰⁷.

Gilliéron imagine l'exemple d'un site publiant des documents historiques sur le national-socialisme à des fins d'information, dont un extrémiste se servirait au moyen d'un renvoi pour faire de la propagande raciste⁹⁰⁸.

Pour les raisons que nous avons mentionnées ci-dessus⁹⁰⁹, même de tels cas ne tombent à notre avis pas sous le coup du droit à l'intégrité en droit suisse⁹¹⁰.

3.4. Conclusion

En droit suisse, un lien profond ne viole fondamentalement pas les droits moraux des auteurs des ressources qu'il référence.

4. Conclusion

L'établissement d'un lien profond est fondamentalement licite sous l'angle de la LDA. Il ne viole ni les droits patrimoniaux, ni les droits moraux des auteurs des ressources qu'il référence.

Il peut en conséquence être établi sans autorisation préalable, même si le site référencé interdit les liens profonds, ou les soumet à une demande

⁹⁰⁶ Voir Farasse/Labbé I-2-B, Gilliéron, Internet, n. 424, Sosnitza p. 701.

⁹⁰⁷ Voir Salvadé, responsabilité, p. 88 s.

⁹⁰⁸ Gilliéron, Internet, n. 424.

⁹⁰⁹ Voir chiffre 3.3.2. ci-dessus.

⁹¹⁰ Gilliéron précise d'ailleurs lui-même (Internet, n. 424) que cette problématique relève plus des droits de la personnalité que du droit d'auteur.

d'autorisation préalable, de telles mentions ne reposant sur aucun droit exclusif.

Section 3 - Lien sur une page située en aval de conditions générales

1. Introduction

De nombreux titulaires de sites prévoient des conditions générales dont la ratification électronique⁹¹¹ est nécessaire pour accéder à certaines pages intérieures, situées en aval dans la structure de leur site.

L'établissement d'un lien profond sur une page située en aval de telles clauses contractuelles « prive » le titulaire du site référencé du consentement qu'il avait cherché à obtenir de la part de l'utilisateur, par exemple à s'abstenir de tout téléchargement durable, à respecter la confidentialité de certaines informations, ou à accepter une limitation de responsabilité du titulaire du site pour le contenu publié sur ses pages intérieures.

Pour l'essentiel, les analyses que nous avons effectuées relativement à l'admissibilité fondamentale des liens profonds⁹¹² s'appliquent aussi aux liens sur des pages situées en aval de conditions générales. Deux questions spécifiques doivent néanmoins être étudiées : le respect du droit de paternité des auteurs concernés, et les conséquences de l'activation de tels liens.

2. Droit de paternité

Lorsqu'un lien profond permet le contournement de conditions générales, et que les mentions relatives aux auteurs concernés figurent ailleurs que sur la page référencée, la question d'une violation de leur droit de paternité au sens de l'article 9 alinéa 1 LDA se pose de manière accrue, puisque le lien permet un cheminement de consultation qui ne correspond clairement pas à celui qu'entendait « imposer » le titulaire du site référencé.

Nous sommes néanmoins d'avis que, même dans ce cas, le droit de paternité des auteurs concernés n'est pas touché.

Selon les termes de la loi, le droit de paternité implique pour l'auteur le droit « de faire reconnaître sa qualité d'auteur ». En l'espèce, il n'appartient qu'à lui de la faire reconnaître, en faisant figurer les mentions nécessaires sur son site, ou en prévoyant des redirections sur ses pages intérieures⁹¹³, ou des liens internes vers les pages contenant les mentions adéquates.

⁹¹¹ Le plus souvent par un clic de souris sur une icône du type « j'accepte ».

⁹¹² Voir section 2 ci-dessus.

⁹¹³ Voir première partie, section 2, chiffre 5.

Il est important de garder à l'esprit qu'un lien profond n'utilise pas l'œuvre référencée, qu'il ne fait que mentionner⁹¹⁴. Il est légitime que l'auteur puisse exiger que son nom soit mentionné lorsque son œuvre est utilisée, notamment lorsqu'elle est reproduite ou communiquée, mais un lien ne constitue qu'un renvoi.

Si on admettait une violation du droit de paternité dans un tel cas, il faudrait en toute logique aussi l'admettre pour la simple mention d'une adresse URL d'une page située en aval de conditions générales. Une telle interprétation de l'article 9 alinéa 1 LDA nous paraîtrait non seulement erronée, mais également incompatible avec les libertés fondamentales de communication⁹¹⁵.

3. Activation du lien

L'activation d'un lien profond sur une page située en aval de conditions générales entraîne la confection de copies licites en droit d'auteur⁹¹⁶.

On précisera que ces copies ne bénéficient à notre avis pas d'une autorisation implicite de l'auteur⁹¹⁷, la consultation ne s'effectuant pas selon le mode qu'il avait initialement prévu et voulu.

4. Conclusion

En droit suisse, les liens profonds sont fondamentalement admissibles en droit d'auteur même quand ils référencent des pages situées en aval de conditions générales⁹¹⁸.

⁹¹⁴ Voir section 2, chiffre 2.1. ci-dessus.

⁹¹⁵ Sur ces libertés, voir synthèse, section 4, chiffre 2.3.

⁹¹⁶ Voir section 2, chiffre 2.2. ci-dessus.

⁹¹⁷ Contrairement au cas général, voir section 2, chiffre 2.2. ci-dessus.

⁹¹⁸ D'autres lois, en particulier la LCD, pourraient sanctionner l'établissement de tels liens. Sur cette question, voir Reusser, hyperliens.

Section 4 - Lien sur une page située en aval d'une mesure de contrôle d'accès

1. Introduction

Certains sites conditionnent l'accès à certaines de leurs pages intérieures à la saisie d'un nom d'utilisateur et/ou d'un mot de passe.

Si cette protection est construite d'une manière techniquement correcte, l'accès à ces pages intérieures par simple saisie de leurs adresses URL, sans avoir saisi au préalable les informations d'identification requises, est impossible.

Il existe toutefois encore certains sites dont l'accès aux pages intérieures « protégées » reste possible par simple saisie de leurs adresses URL⁹¹⁹. Un lien profond établi sur ce type de site permet par conséquent d'éviter les mesures d'identification prévues, fournissant ainsi à l'utilisateur un accès non autorisé par le titulaire du site référencé.

L'objet de cette partie de notre étude est d'examiner dans quelle mesure de tels liens profonds pourraient constituer des violations des droits des auteurs concernés.

Après la présentation d'une affaire allemande dans laquelle cette problématique s'est posée⁹²⁰ et des considérations émises par la CJUE dans l'affaire *Svensson*, nous étudierons la question sous l'angle du droit suisse.

2. Jurisprudence

2.1. L'affaire *Session-ID*

En Allemagne, le site *Stadtplandienst.de* propose des plans de villes et de communes. Après la saisie d'une adresse sur un formulaire de la page d'accueil, l'extrait de carte correspondant est affiché sur une page intérieure.

Le service est gratuit pour les particuliers, mais payant en cas d'usage commercial ou durable.

Pour limiter les possibilités d'utilisation gratuite du site, les titulaires ont

⁹¹⁹ Les pages intérieures peuvent avoir des URL communes pour tous les utilisateurs, ou des URL spécifiques pour chaque utilisateur enregistré, du type (par exemple) <http://login:password@www.abc.com/secret.html> (voir aussi Appl/Bauer nbp 54).

⁹²⁰ Pour un autre exemple, voir aussi l'affaire citée par Spirig p. 264.

mis en place une mesure technique de protection, en conditionnant l'accès aux cartes à l'utilisation d'un « identifiant de session », fourni en consultant la page d'accueil et accordé pour une durée limitée⁹²¹.

En 2003, les titulaires ont ouvert une action contre une société de location d'appartements qui avait réalisé un programme permettant d'établir des liens profonds sur les cartes du site, pour permettre à ses utilisateurs de situer les appartements qu'elle proposait en location sur son propre site. Les liens permettaient un accès direct aux cartes, sans que les utilisateurs aient à passer par la page d'accueil du site *Stadtplandienst*.

La plainte fut rejetée tant par le *Landgericht*⁹²² que par l'*Oberlandesgericht*⁹²³ de Hambourg. En avril 2010, le BGH a annulé le jugement de l'OLG et lui a renvoyé la cause⁹²⁴.

Dans son arrêt, le BGH a explicitement renoncé à examiner si l'« identifiant de session » constituait en l'espèce une mesure technique efficace au sens du paragraphe 95a UrhG⁹²⁵.

Après avoir rappelé, en citant l'arrêt *Paperboy*⁹²⁶, que l'établissement d'un lien profond ne constitue fondamentalement pas une utilisation de l'œuvre référencée, et ne la met notamment pas à disposition du public⁹²⁷, le BGH a précisé que l'analyse est différente lorsqu'un tel lien permet de contourner une mesure technique de protection.

Dans un tel cas, le BGH considère qu'un lien profond constitue une violation du droit exclusif de mise à disposition du public de l'œuvre référencée au sens du paragraphe 19a UrhG, le lien permettant de créer un nouvel accès à l'œuvre liée, différent de celui qu'a voulu accorder le titulaire du site référencé⁹²⁸.

Le jugement précise aussi que l'établissement d'un lien profond permettant le contournement d'une mesure technique peut violer le droit exclusif de mise à disposition de l'auteur même quand la mesure n'est pas efficace au sens du paragraphe 95a UrhG. Il suffit, pour qu'on puisse admettre une violation du droit exclusif de mise à disposition de l'auteur, que les mesures techniques de

⁹²¹ Sur les identifiants de sessions, voir aussi Appl/Bauer nbp 54, Glöckner p. 35.

⁹²² 17.11.2006, 308 O 154/05.

⁹²³ 20.02.2008, 5 U 68/07.

⁹²⁴ 29.04.2010, I ZR 39/08.

⁹²⁵ N. 33.

⁹²⁶ BGH, 17.07.2003, I ZR 259/00, présenté sous section 2, chiffre 1. ci-dessus.

⁹²⁷ N. 24.

⁹²⁸ N. 25 ss.

protection rendent reconnaissable sa volonté de limiter l'accès à son œuvre⁹²⁹.

2.2. L'arrêt *Svensson*

Dans l'arrêt *Svensson*⁹³⁰, la Cour de justice de l'Union européenne considère que « dans l'hypothèse où un lien cliquable permet aux utilisateurs du site sur lequel ce lien se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés et, ainsi, constitue une intervention sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées, il y a lieu de considérer l'ensemble de ces utilisateurs comme un public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale »⁹³¹.

Elle en déduit dès lors, puisqu'elle considère par ailleurs qu'un hyperlien constitue un « acte de communication »⁹³² et puisque, dans l'hypothèse visée, l'œuvre est communiquée à un « public nouveau », que « l'autorisation des titulaires s'impose à une telle communication au public »⁹³³.

3. Qualification juridique

3.1. Contournement d'une mesure technique

L'article 39a alinéa 1 LDA interdit de « contourner les mesures techniques efficaces servant à la protection des œuvres et d'autres objets protégés ». L'alinéa 3 interdit notamment de « fournir des services » qui sont principalement « réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement des mesures techniques efficaces ».

Sur le *web*, les dispositifs permettant de subordonner l'accès aux pages intérieures d'un site à la saisie d'un nom d'utilisateur et/ou d'un mot de passe constituent des mesures techniques de « contrôle d'accès » au sens de l'article 39a alinéa 2 LDA⁹³⁴.

La question de l'efficacité de telles mesures est délicate. Lorsque le

⁹²⁹ « *Es reicht aus, dass die Schutzmaßnahmen den Willen des Berechtigten erkennbar machen, den öffentlichen Zugang zu dem geschützten Werk nur mit den von ihm vorgesehenen Einschränkungen zu ermöglichen* » (n. 30).

⁹³⁰ CJUE, 13.02.2014, C-466/12.

⁹³¹ N. 31.

⁹³² N. 20.

⁹³³ N. 31.

⁹³⁴ Voir deuxième partie, section 4.

titulaire d'un site souhaite contrôler de manière performante l'accès à son site, il doit non seulement prévoir une mesure de contrôle d'accès sur sa page d'accueil, mais aussi empêcher l'accès direct à ses pages intérieures, par exemple en prévoyant une redirection automatique sur la page d'accueil⁹³⁵. C'est uniquement lorsque le contrôle d'accès est techniquement déficient qu'il est possible de l'éviter en référençant une page intérieure.

L'« efficacité » de la mesure technique de contrôle d'accès ne peut toutefois pas être niée du seul fait qu'elle peut être contournée⁹³⁶. Une mesure de contrôle d'accès est « efficace » si elle empêche « l'utilisateur moyen » d'accéder par ses propres moyens aux pages intérieures du site considéré⁹³⁷.

Une mesure de protection figurant sur une page d'accueil ne peut à notre avis être considérée comme « efficace » qu'à deux conditions cumulatives :

- les pages intérieures ne doivent pas être indexées par les moteurs de recherche⁹³⁸, et
- les adresses des pages intérieures ne doivent pas être facilement déterminables⁹³⁹.

Dans le cas contraire, l'utilisateur moyen peut aisément accéder aux pages intérieures « protégées », et la mesure de contrôle d'accès devra être considérée comme « inefficace » au sens de la loi.

Il reste à déterminer si l'établissement d'un lien peut être qualifié de « contournement » au sens de l'article 39a alinéa 1 LDA, ou considéré comme un service conçu dans le but de permettre un contournement au sens de l'alinéa 3.

L'utilisateur qui active un lien profond ou qui saisit manuellement l'adresse URL d'une page intérieure dans la barre d'adresse de son navigateur, procède-t-il réellement au contournement d'une mesure technique de protection ?

⁹³⁵ Sur les mesures de redirection, voir première partie, section 2, chiffre 5.

⁹³⁶ Voir deuxième partie, section 4.

⁹³⁷ Voir deuxième partie, section 4.

⁹³⁸ Le titulaire d'un site doit l'avoir empêché en utilisant le fichier adéquat sur son serveur (voir première partie, section 2, chiffre 5.) et ce fichier doit avoir été pris en compte par les principaux moteurs de recherche.

⁹³⁹ Cette condition n'est pas remplie si elles se déduisent de l'URL de la page d'accueil (par exemple si elles ne se distinguent de l'adresse de la page d'accueil que par un suffixe simple, comme « 1.html ») ou de son contenu (par exemple si la page d'accueil contient une rubrique « conseils » et que l'URL de la page intérieure ne fait qu'ajouter à celle de la page d'accueil le suffixe « conseils.html »).

Tel n'est à notre avis pas le cas. Techniquement, chaque page publiée sur Internet l'est de manière indépendante des autres pages de la collection de ressources à laquelle elle appartient. La notion de « structure » d'un site *web* est subjective, et ne repose sur aucune réalité technique⁹⁴⁰.

Considérer que l'utilisateur qui accède de manière directe à une page qui peut être affichée par simple saisie de son adresse URL effectuée un « contournement » d'une mesure technique en raison de la structure que le titulaire du site référencé a souhaité établir n'a aucun sens sur le plan technique.

De même, du point de vue du lieu, la fourniture d'une simple information de localisation ne peut s'analyser comme un acte de contournement, ou de favoritisation d'un contournement⁹⁴¹.

Un lien profond sur un site dont la page d'accueil prévoit une mesure de contrôle d'accès ne tombe ainsi, à notre avis, pas sous le coup de l'article 39a LDA.

En outre, même si on devait admettre qu'un lien profond constitue un service conçu dans le but de permettre un contournement, un tel lien resterait à notre avis licite sous l'angle de l'article 39a LDA, cette disposition ne sanctionnant pas celui qui offre des moyens de contournement qui ne peuvent être utilisés que pour procéder à une utilisation licite⁹⁴².

En l'espèce, les copies découlant de la consultation des pages situées en aval d'une mesure de protection sont couvertes par l'exception de reproduction provisoire de l'article 24a LDA⁹⁴³, et les éventuels téléchargements subséquents de l'utilisateur bénéficient de l'exception d'usage privé de l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA, bien que l'accès aux ressources téléchargées ait été obtenu sans

⁹⁴⁰ Voir première partie, section 2, chiffre 2.3.3.

⁹⁴¹ Si l'auteur d'une encyclopédie en plusieurs volumes indiquait qu'une information importante a été dissimulée dans un des volumes, et proposait d'indiquer son emplacement précis sur demande et contre rétribution, on ne saurait considérer que celui qui aurait trouvé la page de l'information en question et proposerait de l'indiquer contournerait une « mesure technique » ou fournirait un moyen de la contourner. La situation nous paraît similaire dans l'hypothèse dont nous traitons dans cette partie de notre étude. Selon de Werra (mesures, p. 113 s., relativement au concept de « neutralisation » du DMCA), un lien profond pourrait constituer, ou permettre, un contournement s'il était assorti d'un dispositif permettant d'accéder à une page interne malgré l'existence d'une redirection automatique sur la page d'accueil. Cette hypothèse nous paraît très théorique, une telle possibilité n'existant, à notre connaissance, pas à l'heure actuelle.

⁹⁴² Voir deuxième partie, section 4.

⁹⁴³ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 4.6.

droit⁹⁴⁴.

3.2. Communication

Nous avons déjà précisé qu'un lien profond n'utilise pas, au sens de l'article 10 LDA, la page intérieure qu'il ne fait que référencer⁹⁴⁵. Cette analyse reste à notre avis valable même lorsque cette page est située, dans la structure du site référencé, en aval d'une mesure de contrôle d'accès.

Dans un tel cas, un lien profond ne constitue en particulier pas, au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA, une « mise à disposition » de la ressource référencée⁹⁴⁶.

La transmission des ressources référencées à l'utilisateur s'effectue hors de la « sphère de contrôle » du lieu : la mise à disposition est effectuée par le titulaire du site référencé. Il suffit que ce dernier retire la page référencée de son serveur, en modifie l'URL ou effectue une redirection sur sa page d'accueil pour que le lien devienne brisé⁹⁴⁷ ou inopérant.

Lorsque le titulaire du site référencé adopte une mesure de contrôle d'accès techniquement déficiente, un lien profond ne fait que référencer une ressource directement accessible à toute personne qui connaît son adresse URL.

La qualification de « mise à disposition » ne doit pas dépendre du seul fait que l'auteur considère la page référencée comme une page intérieure de son site, et qu'il a souhaité en restreindre l'accès en adoptant une mesure technique déficiente.

Considérer que l'établissement d'un lien profond sur une page située en aval d'une mesure de contrôle d'accès déficiente constitue une mise à disposition de cette page, alors même que l'acte ne tombe pas sous le coup de l'article 39a LDA, constituerait en outre une extension artificielle de la protection des mesures techniques, et une interprétation du texte légal peu défendable sur le plan systématique⁹⁴⁸.

Au surplus, si l'on devait admettre qu'un tel lien constitue une mise à disposition, on devrait aussi logiquement le considérer pour la simple mention

⁹⁴⁴ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 3.3.3.

⁹⁴⁵ Voir section 2, chiffre 2.1. ci-dessus.

⁹⁴⁶ *Contra* : BGH, 29.04.2010, I ZR 39/08 (voir chiffre 2.1. ci-dessus), ALAI p. 1 (apparemment), Dreier n. 28 ad § 97, Schmidbauer, Urheberrecht. Voir aussi Appl/Bauer p. 186 s. et 190, Stomper-Rosam p. 229 s.

⁹⁴⁷ Sur cette notion, voir première partie, section 2, chiffre 2.5.

⁹⁴⁸ Voir aussi Conrad, Links, p. 317.

d'une adresse URL d'une page situé en aval d'une mesure technique, ce qui serait à notre avis inexact⁹⁴⁹.

Pour les mêmes motifs, nous estimons que l'établissement d'un tel lien ne constitue pas une « communication au public » de l'œuvre référencée, la page liée n'étant pas communiquée par le lieu, qui ne fait qu'indiquer son adresse URL, mais par le titulaire du site référencé⁹⁵⁰.

La CJUE, qui considère dans l'arrêt *Svensson* qu'un lien qui « permet aux utilisateurs [...] de contourner des mesures de restriction » constitue une communication au public⁹⁵¹, précise elle-même qu'elle vise « une intervention » sans laquelle les utilisateurs « ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées »⁹⁵². Tel n'est pas le cas de l'établissement d'un lien sur une page située en aval d'une mesure de contrôle d'accès déficiente, puisque les utilisateurs pourraient accéder à l'œuvre référencée par simple saisie de son adresse URL.

On précisera en outre que le critère adopté par le BGH dans l'affaire *Session-ID*⁹⁵³, consistant à faire dépendre la qualification de « mise à disposition » du caractère reconnaissable de la volonté de l'auteur de limiter l'accès à son œuvre nous paraît infondé : en droit d'auteur, la notion d'utilisation est une notion objective, qui ne devrait pas dépendre en elle-même, quand à sa caractérisation, du caractère apparent de la volonté de l'auteur. Ce caractère joue un rôle quant à l'admission d'une éventuelle autorisation de l'auteur, ou, en matière de responsabilité civile ou pénale, dans l'appréciation, en cas de violation du droit d'auteur, de l'existence d'une faute ou du caractère intentionnel de la commission d'une infraction, mais il ne devrait pas être pris en compte dans l'appréciation de l'existence même d'un acte d'utilisation.

En suivant la logique du BGH, on devrait admettre, à l'extrême, qu'une simple mention sur le site référencé, même en l'absence d'une mesure technique inefficace, serait suffisante pour qu'un lien profond constitue une mise à disposition, ce qui n'a aucun sens d'un point de vue technique⁹⁵⁴.

⁹⁴⁹ L'indication de l'emplacement d'un fichier sur Internet, tout comme celle de l'emplacement physique d'un objet dans le monde matériel, ne le met pas à disposition des utilisateurs.

⁹⁵⁰ Voir aussi les réflexions formulées sous troisième partie, section 2, chiffre 1.2., à notre avis également applicables aux liens profonds référençant des pages situées en aval de mesures de contrôle d'accès.

⁹⁵¹ Voir chiffre 2.2. ci-dessus.

⁹⁵² N. 31.

⁹⁵³ Voir chiffre 2.1. ci-dessus.

⁹⁵⁴ Voir pourtant, en ce sens Schulze, Kommentar, n. 14 ad § 16.

On signalera encore, même si cette considération n'est pas déterminante juridiquement, que l'adoption du critère proposé par le BGH causerait des difficultés pratiques importantes⁹⁵⁵, l'établissement de liens profonds, qui font partie intégrante du fonctionnement du réseau et sont une condition de son efficacité⁹⁵⁶, devenant alors bien plus difficile. Le lieu devrait en effet systématiquement s'assurer que l'auteur du site référencé n'a pris aucune mesure technique déficiente reconnaissable pour empêcher les liens profonds, voir qu'il n'a pas simplement indiqué qu'il s'oppose à l'établissement de liens profonds, sous peine de risquer d'engager sa responsabilité.

La délimitation des mesures pouvant être qualifiées de « mesures techniques » serait en outre difficile⁹⁵⁷, de même que l'évaluation du caractère « reconnaissable » de la volonté du titulaire du site lié de restreindre l'accès à son site⁹⁵⁸. A l'extrême, l'utilisation du critère du BGH pourrait en outre remettre en cause l'existence même des moteurs de recherche.

3.3. Cas particulier du contournement d'un identifiant de session

L'analyse est différente lorsque le titulaire du site référencé conditionne l'accès à ses pages intérieures à la fourniture d'un identifiant de session, et que l'URL de chaque page intérieure est personnalisée pour chaque utilisateur et fournie pour une durée limitée, comme dans l'affaire *Session-ID*⁹⁵⁹.

Dans un tel cas, il n'est pas possible de référencer de manière durable des pages intérieures uniquement au moyen de liens profonds, en raison du caractère éphémère de leurs adresses URL. La mesure de protection ne peut être contournée qu'au moyen d'un logiciel spécifiquement réalisé dans ce but, pour autant que les circonstances concrètes le permettent⁹⁶⁰.

Ces cas particuliers, qui pourraient s'analyser comme des contournements de mesures techniques, ou comme des mises à disposition des contenus référencés⁹⁶¹, ne constituent pas des cas d'établissements manuels de liens

⁹⁵⁵ Dans le même sens, voir aussi Böhrer.

⁹⁵⁶ Voir synthèse, section 2, chiffre 4.2.

⁹⁵⁷ Voir Ott, 2010, p. 680 (qui précise notamment que l'analyse du BGH pourrait par exemple mener à sanctionner l'établissement d'un lien profond lorsque le titulaire d'un site n'a fait qu'exclure, au moyen d'un fichier, l'accessibilité de ses pages intérieures aux moteurs de recherche).

⁹⁵⁸ Dans le même sens, voir aussi Volkmann/Gaßmann p 31.

⁹⁵⁹ Voir chiffre 2.1. ci-dessus.

⁹⁶⁰ La possibilité de générer des liens profonds dépendra notamment du type de serveur *web*, du langage de programmation utilisé et de l'architecture du site lié.

⁹⁶¹ Voir aussi Appl/Bauer p. 186 s.

profonds, et dépassent donc le cadre de notre étude. Dans de tels cas, ce n'est pas l'établissement d'un lien en lui-même qui est susceptible de constituer une violation du droit d'auteur, mais bien le procédé constituant à générer des identifiants de sessions et à fournir des liens profonds utilisant ces identifiants, considéré dans son ensemble.

4. Activation du lien

L'activation d'un lien profond, même lorsqu'il référence une page située en aval d'une mesure déficiente de contrôle d'accès, entraîne la confection de copies qui sont licites en droit d'auteur⁹⁶².

On précisera que ces copies ne bénéficient pas d'une autorisation implicite de l'auteur⁹⁶³, la consultation ne s'effectuant pas selon le mode qu'il avait initialement prévu et voulu.

5. Conclusion

En droit d'auteur suisse, les liens profonds sont à notre avis admissibles même quand ils référencent des pages situées en aval de mesures techniques déficientes de contrôle d'accès⁹⁶⁴.

⁹⁶² Voir section 2, chiffre 2.2. ci-dessus.

⁹⁶³ Contrairement au cas général, voir section 2, chiffre 2.2. ci-dessus.

⁹⁶⁴ Comme pour les liens situés en aval de conditions générales (voir section 3, chiffre 4. ci-dessus), d'autres lois, en particulier la LCD, pourraient sanctionner l'établissement de tels liens. Sur cette question, voir Reusser, hyperliens.

Section 5 - Conclusion

L'établissement d'un lien profond est fondamentalement licite en droit d'auteur. Il ne viole ni les droits patrimoniaux, ni les droits moraux des auteurs des ressources qu'il référence⁹⁶⁵.

Il en va de même lorsqu'un tel lien référence une page située en aval de conditions générales⁹⁶⁶, ou d'une mesure technique de contrôle d'accès⁹⁶⁷.

Ce résultat, qui correspond à celui auquel nous sommes parvenus pour les liens simples⁹⁶⁸, n'est guère surprenant, puisque la qualification des liens simples et des liens profonds ne dépend que de l'appréciation subjective que fait le titulaire du site référencé de la structure de son offre, et ne repose sur aucune réalité technique⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵ Voir section 2 ci-dessus.
⁹⁶⁶ Voir section 3 ci-dessus.
⁹⁶⁷ Voir section 4 ci-dessus.
⁹⁶⁸ Voir troisième partie, section 5.
⁹⁶⁹ Voir première partie, section 2, chiffre 2.3.3.

Cinquième partie - Les techniques de transclusion

Section 1 - Introduction

Dans le cadre de notre étude, nous qualifions de transclusions les liens simples et profonds qui font apparaître la ressource référencée non pas en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre, mais dans un cadre, dans un emplacement spécifique de la ressource liante ou en diffusion simultanée⁹⁷⁰.

La ressource qui fait l'objet d'une transclusion peut provenir soit de la collection de ressources du lieu, soit de celle d'un tiers. Dans l'apparence à l'écran de la page du lieu, rien ne permet à l'utilisateur de déterminer, si le lieu ne le précise pas, d'où proviennent les ressources intégrées.

Dans cette partie de notre étude, nous examinerons dans quelle mesure les transclusions d'œuvres protégées, qu'elles soient automatiques ou activables⁹⁷¹, violent les droits patrimoniaux et moraux des auteurs des œuvres sur lesquelles elles portent⁹⁷².

⁹⁷⁰ Voir première partie, section 2, chiffre 2.4. La doctrine présente souvent les insertions et le cadrage comme deux types particuliers de liens, alors qu'il s'agit en réalité de modes particuliers d'affichage des ressources liées.

⁹⁷¹ Voir première partie, section 2, chiffre 2.3.1. Sauf précision contraire, nos considérations s'appliqueront indistinctement à tous les types de transclusions.

⁹⁷² Quand nous nous référerons à la doctrine, nous nous efforcerons de mentionner systématiquement quand un auteur émet une considération qui concerne spécifiquement les insertions ou le cadrage, une partie des contributions ne traitant pas de tous les types de transclusions, ou ne les abordant pas ensemble.

Section 2 - Admissibilité des transclusions

1. Aperçu de jurisprudence

1.1. Introduction

Sur le plan international, la question de l'admissibilité des transclusions a fait l'objet de nombreux jugements, dont nous présenterons ci-dessous les plus importants.

Quelques-uns d'entre eux ont porté sur l'établissement de transclusions par des moteurs de recherche d'images. Bien que notre étude ne porte pas directement sur ce type de reprise, une brève présentation de certaines des décisions rendues dans ce domaine se justifie, les problèmes posés étant très proches de ceux qui concernent les transclusions établies manuellement.

Les affaires de transclusions les plus importantes ont été jugées par les cours américaines, allemandes, autrichiennes et françaises⁹⁷³.

1.2. Etats-Unis

Dans l'affaire *Kelly c. Arriba Soft Corp.*⁹⁷⁴, le moteur de recherche *Arriba* ne se bornait pas à reproduire sous forme d'images les photographies réalisées par la demanderesse, mais les avait également assorties de transclusions activables.

En février 2002, la cour d'appel du 9^{ème} Circuit de Californie a considéré que les transclusions d'images réalisées par *Arriba* ne constituaient pas des reproductions des œuvres référencées, mais qu'il s'agissait en l'espèce de violations du « *right to display the copyrighted work publicly* »⁹⁷⁵.

Les juges ont estimé que ces transclusions ne pouvaient être couvertes par l'exception de *fair use*⁹⁷⁶, notamment en raison du fait que les utilisateurs n'avaient plus à se rendre sur le site de la demanderesse pour consulter ses images, mais pouvaient se contenter de les consulter sur le site d'*Arriba*⁹⁷⁷.

⁹⁷³ On mentionnera encore qu'aux Pays-Bas, un tribunal a condamné en décembre 2012 l'auteur de transclusions sonores activables de *webradios*, en considérant apparemment les liens effectués comme des communications au public (voir CSPLA p. 43 s.).

⁹⁷⁴ Présentée sous troisième partie, section 4, chiffre 3.1.

⁹⁷⁵ 6.02.2002, 280 F.3d 934 (944 ss).

⁹⁷⁶ Sur cette exception, voir troisième partie, section 2, chiffre 1.1.

⁹⁷⁷ P. 947 s.

Pour des motifs de procédure, la demanderesse n'ayant pas attaqué les transclusions dans sa première plainte, cette décision a été corrigée par la cour dans un second jugement, rendu en juillet 2003⁹⁷⁸.

Dans l'affaire *Perfect 10 c. Google*, *Google* fut mise en cause pour avoir, comme *Arriba*, assorti de transclusions les imquettes confectionnées en réponse aux recherches effectuées par les utilisateurs.

Contrairement à ce qu'elle avait considéré dans l'affaire *Kelly c. Arriba Soft Corp.*, la cour d'appel a jugé que les transclusions en cause ne tombaient pas sous le coup du « *display right* » de la défenderesse⁹⁷⁹. Adoptant une approche dite du « *server test* », privilégiant la réalité technique par rapport à l'apparence visuelle produite⁹⁸⁰, les juges ont considéré, comme l'instance inférieure, que seul celui qui stocke les données sur son serveur et les fournit à l'utilisateur représente une œuvre protégée.

1.3. Allemagne

L'Allemagne a connu de nombreuses affaires de cadrage, qui ont donné lieu à des jugements aux conclusions très diverses.

Dans l'une des plus célèbres d'entre elles, l'affaire *Roche Lexicon*, la plaignante exploitait sur son site un lexique médical comportant notamment plus de 60'000 entrées, ainsi que plus de 40'000 traductions de termes en anglais⁹⁸¹.

La défenderesse, qui exploitait un site d'informations médicales, avait établi un lien activable sur le lexique, permettant son affichage dans une nouvelle fenêtre de son propre site⁹⁸², privé de certains de ses éléments, notamment de son menu original.

En 2001, l'*Oberlandesgericht* de Hambourg a condamné ce procédé, en raison des copies qu'il engendrait chez les utilisateurs⁹⁸³. Il a considéré que la

⁹⁷⁸ 7.07.2003, 336 F.3d 811 (822).

⁹⁷⁹ 16.05.2007, 508 F.3d 1146 (1159 ss). Sur cet aspect de l'affaire, voir Ginsburg, chronique, p. 279 ss, Strowel, *Google*, p. 126 s.

⁹⁸⁰ L'autre approche, l'« *incorporation test* », consistant à privilégier l'apparence visuelle.

⁹⁸¹ Pour une présentation détaillée de cette affaire et du jugement de première instance, voir Tissot, données, p. 209 ss.

⁹⁸² Telle est du moins la compréhension que nous en avons à la lecture des deux jugements rendus dans cette affaire.

⁹⁸³ 22.02.2001, 3 U 247/00, II-2. Les copies ne pouvaient en l'espèce pas être légitimées par l'exception de copie privée, le lexique constituant une base de données (§ 53 ch. 5 UrhG).

partie plaignante n'avait pas conféré au lieu une autorisation implicite de cadrer son site, bien qu'elle n'ait pris aucune mesure technique pour empêcher le cadrage de ses pages⁹⁸⁴.

Dans une affaire de cadrage de photographies par un site touristique, le *Landgericht* de Munich I a rejeté fin 2002 la plainte déposée contre le lieu, notamment au motif que ce dernier n'avait pas reproduit la ressource référencée, et qu'il ne faisait que favoriser les copies des utilisateurs, légitimées par l'exception de copie privée du paragraphe 53 chiffre 1 UrhG⁹⁸⁵.

Le jugement admet aussi, bien que laissant la question ouverte, que les reproductions confectionnées par les utilisateurs devraient en l'espèce être couvertes par une autorisation implicite⁹⁸⁶.

Dans les années qui ont suivi, après l'adoption du paragraphe 19a UrhG, le débat a surtout porté sur la possibilité de qualifier une transclusion de « mise à disposition du public »⁹⁸⁷ au sens de cette disposition.

Cette qualification fut retenue pour la première fois, à notre connaissance, par le *Landgericht* de Munich I en 2007, dans une affaire de cadrage d'une photographie de poisson⁹⁸⁸.

Le juge unique s'est notamment basé sur le fait que le cadrage était propre à donner l'impression aux utilisateurs que la ressource cadrée provenait du site du lieu, l'acte produisant dès lors les mêmes effets que si l'œuvre référencée avait été reproduite sur le serveur du lieu, puis publiée sur son propre site.

En 2008, se référant explicitement au critère adopté par le *Landgericht* de Munich I, le *Landgericht* de Hambourg a considéré, comme la cour d'appel du 9^{ème} Circuit de Californie⁹⁸⁹, que les transclusions d'images opérées par *Google* ne constituaient pas des violations du droit d'auteur, en se basant sur le fait qu'il était suffisamment clair pour les utilisateurs que les images intégrées

⁹⁸⁴ II-3-b. Quelques mois plus tard, dans l'affaire *derpoet.de*, jugée sous l'angle de la protection des bases de données, le *Landgericht* de Cologne a laissé la question ouverte lorsqu'un cadrage reprend toute la page référencée, n'est pas trompeur et n'altère pas son utilisation, mais a rejeté l'existence d'une autorisation implicite dans le cas jugé, la défenderesse ayant ajouté des publicités sur la page cadrant la ressource liée (2.05.2001, 28 O 141/01).

⁹⁸⁵ 14.11.2002, 7 O 4002/02, I-2-b s.

⁹⁸⁶ I-3.

⁹⁸⁷ *Öffentliche Zugänglichmachung*.

⁹⁸⁸ 10.01.2007, 21 O 20028/05, II-1-b.

⁹⁸⁹ Voir chiffre 1.2. ci-dessus.

provenaient de sites tiers⁹⁹⁰.

En 2011, l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf a qualifié de mises à disposition les cadrages de deux photographies, sans réelle motivation juridique de cette interprétation⁹⁹¹.

Selon les juges, bien que le titulaire du site référencé soit celui qui permet l'accès aux images, cet accès ne devrait se produire que sur ses pages et de la manière qu'il a prévue. En l'espèce, le titulaire des ressources référencées avait un intérêt accru à ce qu'elles soient consultées sur son site, notamment pour favoriser la conclusion de contrats de licence et pour attirer de nouveaux partenaires publicitaires.

Dans son jugement, l'OLG précise aussi que les cadrages mis en cause ne pouvaient en l'espèce bénéficier ni du droit de citation, ni d'une autorisation implicite du titulaire du site référencé⁹⁹².

En mars 2012, le *Kammergericht* a condamné l'auteur de cadrages de cartes du site *Euro-Cities*⁹⁹³, en estimant que le lieur avait mis à disposition les ressources référencées, parce qu'il avait contourné des mesures techniques⁹⁹⁴. Il a précisé au surplus que le cadrage constitue en lui-même un acte d'utilisation, sans le qualifier de manière plus précise.

Le même mois, dans une nouvelle affaire portant sur des cadrages de photographies, l'*Oberlandesgericht* de Cologne a considéré, en utilisant à nouveau le critère introduit par le *Landgericht* de Munich I en 2007, que les liens effectués ne violaient en l'espèce aucun droit d'auteur, parce que les utilisateurs pouvaient clairement se rendre compte que le contenu intégré provenait d'un site tiers⁹⁹⁵.

Six mois plus tard, la même cour a suivi la même approche dans une autre affaire de cadrage, portant sur un collage publié sans droit sur *amazon*⁹⁹⁶, en

⁹⁹⁰ LG Hambourg, 26.09.2008, 308 O 42/06, B-I-4-b. Le jugement, qui condamnait *Google* pour d'autres motifs, a été annulé par l'OLG Hambourg (12.05.2000, 5 U 221/08), le plaignant n'ayant pas démontré qu'il était titulaire des droits qu'il avait invoqués.

⁹⁹¹ 8.11.2011, I-20 U 42/11, B-3.

⁹⁹² B-4.

⁹⁹³ <<http://www.euro-cities-ag.de>>

⁹⁹⁴ 21.03.2012, 24 U 130/10, B-I-1-c-bb.

⁹⁹⁵ 16.03.2012, 6 U 206/11, II-1-a. L'OLG a aussi expressément rejeté la qualification d'« utilisation innomé » proposée par Ott (voir chiffre 2.1. ci-dessous), considérant que cette figure juridique n'est pas nécessaire et est contraire au principe de sécurité du droit (II-1-e).

⁹⁹⁶ <<http://www.amazon.com>>. Le cadrage de ressources mises en ligne sans droit n'est

s'appuyant là encore sur le fait que la provenance de la ressource cadrée était claire pour les utilisateurs⁹⁹⁷.

Dans son jugement, citant l'arrêt *Paperboy*⁹⁹⁸, l'OLG a précisé que le cadrage ne constituait pas une mise à disposition de la ressource référencée, cette mise à disposition ayant été effectuée lors de la publication de la ressource sur le site référencé, et le lien étant destiné à se briser en cas de retrait de la ressource⁹⁹⁹.

En juillet 2012, le *Landgericht* de Munich I a à nouveau adopté le critère de l'impression produite sur les utilisateurs, et condamné le cadrage d'articles de journaux par un moteur de recherche¹⁰⁰⁰, en considérant que ces liens constituaient des mises à dispositions des articles référencés¹⁰⁰¹, qui n'étaient pas couvertes par une autorisation implicite¹⁰⁰².

En mai 2013, enfin, le *Bundesgerichtshof* a suspendu une autre procédure pour déposer une demande de décision préjudicielle à la CJUE¹⁰⁰³.

Dans cette affaire, la plaignante, une société fabriquant des systèmes de filtres à eau, a réalisé un film publicitaire de deux minutes sur la pollution de l'eau, qui aurait été mis en ligne sans son autorisation sur *YouTube*¹⁰⁰⁴.

Les deux défenderesses, des concurrentes de la plaignante, ont effectué une insertion¹⁰⁰⁵ de la vidéo sur leurs sites.

Dans sa décision, le BGH précise d'abord que les liens effectués ne constituent pas des mises à disposition du film au sens du paragraphe 19a UrhG, le lieu ne pouvant décider de la durée pendant laquelle l'œuvre reste à disposition des utilisateurs¹⁰⁰⁶.

pas le sujet de cette partie de notre étude, mais les conclusions de cet arrêt sont aussi applicables aux transclusions d'œuvres mises en ligne avec l'autorisation de leurs auteurs.

⁹⁹⁷ 14.9.2012, 6 U 73/12, II-3-a.

⁹⁹⁸ Pour une présentation de cet arrêt, voir quatrième partie, section 2, chiffre 1.

⁹⁹⁹ Partie II-3-a.

¹⁰⁰⁰ 24.07.2012, 33 O 9655/12 (introuvable à notre connaissance en libre accès sur Internet à la clôture de notre rédaction, mais publié in ZUM 2013, p. 230 ss).

¹⁰⁰¹ Partie II-3.

¹⁰⁰² Partie II-4.

¹⁰⁰³ 16.05.2013, I ZR 46/12, affaire C-348/13. Sur cette décision, voir aussi Crackau/Schneider, Rauer/Ettig p. 430 s., Schapiro/Jenssen p. 665 ss.

¹⁰⁰⁴ <<http://www.youtube.com>>

¹⁰⁰⁵ Et non, contrairement à la terminologie employée par le BGH, un cadrage (voir Schapiro/Jenssen p. 665).

¹⁰⁰⁶ N. 7 et 9.

A l'encontre du critère souvent adopté par des cours inférieures dans les affaires que nous avons mentionnées ci-dessus, il précise à cet égard que l'impression produite sur les utilisateurs est indifférente : la solution est la même lorsque le lieu « fait sienne » la ressource référencée, notamment lorsqu'il produit l'apparence qu'elle fait partie de son site¹⁰⁰⁷.

Il précise toutefois que ce type de lien pourrait constituer une « utilisation innomée », suivant l'interprétation du paragraphe 15 alinéa 2 UrhG qui pourrait être commandée par le droit de communication au public de l'article 3 paragraphe 1 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur¹⁰⁰⁸, et demande à la CJUE une clarification en ce sens¹⁰⁰⁹.

1.4. Autriche

En Autriche, deux affaires célèbres ont donné lieu à des jugements de l'*Oberster Gerichtshof*, favorables à l'établissement de transclusions.

Présente sur Internet depuis 1997, la firme *Meteo-data* a défrayé la chronique dans les années qui ont suivi. Cette société de prévisions et autres services météorologiques a envoyé des factures qui totaliseraient plusieurs millions d'euros à près de mille sites allemands, autrichiens et suisses qui avaient établi des liens profonds et des transclusions sur des pages de son site, pour « utilisation non-autorisée de prestations »¹⁰¹⁰. En règle générale, les factures auraient porté sur des montants compris entre 1'000 et 10'000 euros¹⁰¹¹.

Après avoir constaté le cadrage de ses pages par une société de construction et avoir tenté de lui facturer l'utilisation de ses services, *Meteo-data* a ouvert action contre elle.

¹⁰⁰⁷ N. 9.

¹⁰⁰⁸ N. 10 ss.

¹⁰⁰⁹ N. 20 ss. L'autre demande de décision préjudicielle pendante devant la CJUE (C-348/13) pourrait aussi permettre de clarifier la qualification des transclusions, la Cour devant déterminer si « la manière dont le lien est fourni » peut influencer sa qualification sous l'angle de l'article 3 paragraphe 1 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur. Dans l'arrêt *Svensson* (13.02.2014, C-466/12), la Cour de justice de l'Union européenne considère, sans mentionner explicitement les transclusions, que les liens ne constituent pas des communications au public lorsque l'œuvre référencée « apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site où se trouve ce lien, alors que cette œuvre provient en réalité d'un autre site » (n. 29). Il est impossible, à la lecture de l'arrêt, de déterminer avec certitude si cette considération vise les transclusions.

¹⁰¹⁰ « *Unerlaubte Nutzung von Leistungen* ».

¹⁰¹¹ Voir notamment les articles publiés aux adresses <<http://www.zdnet.de/news/tkomm/0,39023151,2105340,00.htm>> et <<http://derstandard.at/?url=?id=999316>>.

Fin 2002, l'OGH a débouté la demanderesse¹⁰¹². Laissant ouverte la question de l'existence d'un acte d'utilisation par le lieu, il a notamment considéré que le procédé de cadrage entraîne chez l'utilisateur une reproduction couverte par l'exception d'usage privé, et que les pages *web* de la demanderesse n'étaient en l'espèce pas suffisamment individuelles pour être protégées.

Sommée par les titulaires d'autres sites de rembourser les montants qui lui avaient été indûment versés, *Meteo-data* se mit en faillite peu après le jugement¹⁰¹³.

Dans une autre affaire, en 2011, l'OGH a jugé que les insertions d'images dans la liste de résultats du moteur de recherche de personnes *123people* ne constituaient aucune violation du droit d'auteur¹⁰¹⁴, notamment parce que les reproductions des ressources référencées étaient confectionnées par les navigateurs des utilisateurs, de manière automatisée suite à une requête, et non par le lieu.

1.5. France

Dans l'affaire *Cadres on line c. Keljob, Keljob*, un moteur de recherche spécialisé dans la recherche d'offres d'emploi avait référencé des annonces mises en ligne par la société *Cadres on line*, en les faisant apparaître sous ses propres adresses URL.

Saisi de la cause, le Tribunal de commerce de Paris a rendu en décembre 2000 une ordonnance de référé dans laquelle il paraît considérer le procédé comme une représentation et comme une violation du « droit moral inaliénable et imprescriptible » des auteurs des ressources référencées, non couvertes par une autorisation implicite¹⁰¹⁵.

Près de dix ans plus tard, le titulaire du site *voyanet.com*, une agence de voyage spécialisée dans la vente de séjours et de billets d'avion à prix réduits, s'est plaint de son référencement dans la rubrique « *Agences de voyage* » du site *pressvoyages.com*, un annuaire de professionnels du tourisme.

Lorsque l'utilisateur cliquait sur un site référencé par l'annuaire après avoir effectué une recherche, le site apparaissait dans un cadre inférieur sur le site du

¹⁰¹² OGH, 17.12.2002, 4 Ob 248/02b.

¹⁰¹³ Voir l'article publié à l'adresse <<http://www.heise.de/newsticker/meldung/Umstrittener-Linkverrechner-Meteo-data-ist-bankrott-77271.html>>.

¹⁰¹⁴ OGH, 20.09.2011, 4Ob105/11m, 4.3 ss. Pour une présentation détaillée et une critique de cet arrêt, voir Staudegger p. 5 ss.

¹⁰¹⁵ 26.12.2000, n. *JurisData* 2000-174348, <<http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/351-1.pdf>>, p. 4.

lieur. Dans le cadre supérieur, le logo de l'annuaire, ainsi que des publicités, restaient visibles.

En juin 2009, le tribunal de grande instance de Paris a considéré que ce procédé constituait une représentation non autorisée du site référencé¹⁰¹⁶.

Dans une série d'affaires mettant en cause le cadrage de résultats de recherches effectué par *Google Vidéo France*¹⁰¹⁷, la cour d'appel de Paris a livré en janvier 2011 le même type d'analyse en considérant, dans quatre décisions rendues le même jour¹⁰¹⁸, que le procédé permettait aux sociétés de *Google* mises en cause de « s'accaparer le contenu stocké sur des sites tiers afin d'en effectuer la représentation directe sur leurs pages à l'intention de leurs propres clients, distincts de ceux des sites tiers »¹⁰¹⁹.

Toutes les décisions rendues en France ne sont pas allées dans ce sens : en décembre 2010, le tribunal de grande instance de Nancy a considéré que le cadrage par le site *dijonscope.com* de pages *web* de deux quotidiens régionaux contenant des extraits d'articles de presse, effectué au moyen de liens activables au sein d'une rubrique dite « revue du web », ne constituait ni une représentation, ni une reproduction des ressources référencées¹⁰²⁰.

Le jugement relève notamment que « la défenderesse ne communique pas elle-même les articles en litige au public, mais met uniquement à disposition de ce dernier les liens lui permettant de visionner les sites [...] sur lesquels s'effectue la représentation »¹⁰²¹.

1.6. Conclusion

Cet aperçu des décisions les plus importantes rendues en matière de transclusions montre qu'elles sont loin d'aboutir à un consensus, et reposent sur des raisonnements juridiques très différents.

La plupart des autres litiges ont abouti à des transactions dans lesquelles le

¹⁰¹⁶ 25.06.2009, <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2720>.

¹⁰¹⁷ <<http://www.google.ch/videohp>>

¹⁰¹⁸ 14.01.2011, n. *Jurisdata* 2011-002034, 2011-002035, n. 09/11739, 09/11779, présentées et référencées à l'adresse <http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=3129>.

¹⁰¹⁹ En juillet 2012, la Cour de cassation a rendu deux arrêts cassant et annulant deux de ces jugements sur d'autres points, mais ne remettant pas en cause les raisonnements précités (12.07.2012, n. *JurisData* 2012-015888 et 2012-015877).

¹⁰²⁰ 6.12.2010, n. *JurisData* 2010-029557, p. 11 s.

¹⁰²¹ P. 12.

lieur s'est engagé à retirer ses transclusions¹⁰²², ou à des retraits « spontanés »¹⁰²³.

2. Droits patrimoniaux

2.1. Etablissement d'une transclusion

Contrairement aux liens qui font apparaître la ressource référencée en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre, une transclusion permet, visuellement¹⁰²⁴, de l'intégrer sur le site du lieu.

L'intégration est si forte qu'en cas de cadrage d'une page *web*, l'utilisateur peut naviguer sur l'ensemble du site référencé sans jamais quitter le site du lieu, et sans jamais afficher les URL des pages consultées.

Cette intégration, qui va nettement au-delà d'un simple référencement, modifie la présentation et l'exploitation de la ressource qui en fait l'objet, et s'analyse en réalité comme une véritable appropriation de la ressource d'un tiers¹⁰²⁵, permettant de l'exploiter.

Les transclusions doivent donc être traitées juridiquement différemment des liens simples et profonds qui ont fait l'objet des parties précédentes de notre étude¹⁰²⁶, qui ne constituent, quant à eux, que des *chemins d'accès* vers les œuvres référencées¹⁰²⁷.

Une transclusion s'analyse comme une utilisation au sens de l'article 10 LDA¹⁰²⁸, de portée très large¹⁰²⁹.

¹⁰²² Tel fut notamment le cas dans l'affaire *Washington Post c. Total News* (sur cette affaire, voir Aplin p. 157, Brunner p. 9 s., Cavazos/Miles n. 13 ss, Gilliéron, hyperliens, p. 760 s., Sableman p. 27 ss, Tucker n. 55 ss).

¹⁰²³ Comme dans le cas dit du *Dilbert comic strip*, qui reste probablement aujourd'hui encore l'exemple le plus connu de liens par insertion. Dans cette affaire, un étudiant avait ouvert un site permettant aux utilisateurs de consulter les images d'une bande dessinée (intégrées sur son site au moyen de liens par insertion) dans une mise en page différente de celle qui avait été effectuée sur le site original (sur cette affaire, voir Cavazos/Miles n. 11 ss, Gilliéron, hyperliens, p. 762, Ott, Linking, p. 115, Sableman p. 26 s., Tucker n. 38 s.).

¹⁰²⁴ Ou auditivement en cas de diffusion simultanée d'un fichier sonore.

¹⁰²⁵ Voir aussi, dans le même sens, Recommandation hyperliens p. 10.

¹⁰²⁶ Voir troisième et quatrième parties.

¹⁰²⁷ Voir aussi, dans le même sens, Bechtold p. 435 (insertions), Bühler p. 231, de Oliveira Ascensão p. 297, Recommandation hyperliens p. 24, Weber, Recht, p. 305 s.

¹⁰²⁸ Brunner p. 125 s., Bu, Internet, p. 64, Bühler p. 231 s. (dans la mesure où le lieu en tire un profit), Gilliéron, hyperliens, p. 767 et Internet, n. 427 (cadrage), Rohn p. 158 s., Salvadé, responsabilité, p. 91, gestion, p. 116 et information, p. 16 s., Schweizer, Links,

Admettre le contraire aurait pour conséquence d'exempter un acte qui, dans ses effets, est comparable à la mise en ligne sur un site d'une œuvre protégée qui, elle, tombe sous le coup de cette disposition¹⁰³⁰. Un traitement différencié de deux actes qui produisent des effets similaires serait contraire à l'esprit de l'article 10 LDA¹⁰³¹.

Il reste à déterminer comment une transclusion doit être qualifiée sous l'angle de cette disposition.

Techniquement, l'établissement d'une transclusion ne reproduit pas la ressource qui en fait l'objet : une transclusion ne fait que donner une instruction de téléchargement et d'affichage au navigateur lorsque la page est consultée par un utilisateur.

Certes, le lien donne l'apparence d'une reproduction de la ressource référencée, tant qu'il n'est pas brisé¹⁰³², mais, selon la lettre de la loi, le droit exclusif de reproduction ne vise que la confection d'exemplaires d'une œuvre.

La transclusion d'une ressource n'en constitue donc pas une reproduction au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA¹⁰³³.

p. 255 s. (insertions), Weber, Recht, p. 305. Voir aussi Kikinis, Geschäftsverkehr, p. 125. Schulze (Kommentar, n. 14 ad § 16) considère lui aussi que les transclusions constituent des utilisations. Voir toutefois, estimant qu'aucun droit d'utilisation n'est touché par l'établissement d'une transclusion : Klett p. 187 (insertions), Maslaton (cadrage), Reinstadler n. 53 (cadrage), Schapiro/Jenssen p. 666 s. (sauf, éventuellement, lorsqu'une transclusion est effectuée dans un but lucratif), Stadler, Internet, n. 211 (cadage). Ullrich (p. 857 ss) considère quant à lui que les transclusions sont des utilisations indirectes, l'acte d'utilisation n'ayant pas nécessairement à être effectué par l'utilisateur lui-même.

¹⁰²⁹ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.1.

¹⁰³⁰ Voir deuxième partie, section 2, chiffres 1.2. et 1.3.

¹⁰³¹ Les effets sont similaires jusqu'à ce que la ressource référencée soit retirée du serveur sur lequel elle figure, que son URL soit modifiée ou que l'auteur adopte une mesure technique contre la transclusion effectuée. Pour l'auteur et pour le titulaire du serveur sur lequel figure la ressource référencée, l'effet est même pire qu'une reproduction pure et simple, puisqu'une transclusion permet au lieu de bénéficier directement d'éventuelles mises à jour de la ressource référencée, et d'effectuer un vol de bande passante (voir, dans le même sens, Templeton (insertions) ; « *the effect is the same, and to add injury to insult, not only are you seeming to use their image without permission, you're making them do the work. They're getting the bill for web service -- and images are the bulk of web traffic at most servers* »). Sur la notion de « vol de bande passante », voir chiffre 4.2. ci-dessous.

¹⁰³² Sur cette notion, voir première partie, section 2, chiffre 2.5.

¹⁰³³ Brunner p. 120 (insertions), Bühler p. 231, de Werra, contenus, p. 74 s., Gilliéron, hyperliens, p. 767, Hürlimann, Replik, n. 11, Rohn p. 158 s., Salvadé, gestion, p. 116 et information, p. 17, Schweizer, Links, p. 255 (insertions). Voir aussi, à l'étranger, Aplin

Elle ne tombe à notre avis pas non plus sous le coup des différents droits prévus par l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA¹⁰³⁴.

Nous considérons qu'il ne s'agit notamment pas d'une mise à disposition¹⁰³⁵. Une œuvre est mise à disposition au moment de sa mise en ligne¹⁰³⁶, et son référencement, même sous forme de transclusion, n'en constitue pas une nouvelle mise à disposition¹⁰³⁷.

En outre, la transmission se fait hors de la « sphère d'influence du lieu »¹⁰³⁸ : si l'œuvre est retirée du site lié, si son adresse URL est modifiée ou si le *webmaster* prend des mesures techniques contre le lien, l'œuvre cesse d'être intégrée sur le site du lieu¹⁰³⁹.

On précisera encore, contrairement à ce qu'ont retenu plusieurs tribunaux allemands¹⁰⁴⁰, que la qualification de « mise à disposition », si elle peut se discuter, ne doit en tous les cas pas, à notre avis, dépendre du caractère reconnaissable de la transclusion aux yeux des utilisateurs¹⁰⁴¹. L'existence d'une

p. 155 et 157, Appl/Bauer p. 246, Athanasekou n. 4 (cadrage), Benizri p. 462 s., Burk p. 8, Burmeister p. 83 (cadrage), Cavazos/Miles n. 25, Dieselhorst p. 706, Garrote p. 194, Heidrich III (cadrage), Klett p. 186 (insertions), Niemann, Anmerkung, p. 529 (cadrage), Ott, Haftung, p. 558 (insertions), Reinstadler n. 53 (cadrage), Stadler, Internet, n. 211 (cadrage), Strowel/Ide p. 69, Volkmann, Urheberrecht, p. 201, Zimmerling/Werner p. 84 et 96. Voir toutefois, favorables à une interprétation large du concept de reproduction : Farasse/Labbé I-1-A-i.

¹⁰³⁴ Du même avis, voir Gilliéron, Internet, n. 426 (cadrage). *Contra* : de Werra, contenus, p. 74 s., Salvadé, responsabilité, p. 90 s. et les réf. citées ci-dessous.

¹⁰³⁵ Dans le même sens, voir notamment Conrad, Links, p. 314, Hürlimann, Replik, n. 11, Ott, Framing, p. 363 s. (cadrage), Volkmann, Urheberrecht, p. 202. *Contra* : ALAI p. 1 (« l'établissement d'un lien vers un contenu ciblé porte atteinte au droit de « mise à disposition » [...] si la disponibilité du contenu [...] va [...] à l'encontre de la volonté déclarée ou clairement implicite du titulaire de droits »), Aplin p. 155 s. (insertions), Appl/Bauer p. 189 s., Benizri p. 470 ss, Cherpillod, commentaire, n. 23 ad art. 10 (pour les liens sur des fichiers s'exécutant « dans un lecteur sur le site d'origine »), Lucas, propriété, n. 309 (pour les liens automatiques en général), Roggenkamp, Kommentar, p. 328, Völtz, Links, p. 111 ss (insertions). Voir aussi Stomper-Rosam p. 229 et, laissant la question ouverte, Gilliéron, numérique, p. 768 s. (pour les insertions de vidéos) et Niemann, Anmerkung, p. 529 (cadrage).

¹⁰³⁶ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.3.

¹⁰³⁷ Du même avis, voir Strowel/Hanley p. 81 (cadrage). Voir aussi troisième partie, section 2, chiffre 1.2.

¹⁰³⁸ Dans le même sens, voir aussi Conrad, Links, p. 114, Ott, Framing, p. 363 (cadrage), Schapiro/Jenssen p. 665. Contrairement à ce qu'écrit Schulze (Kommentar, n. 14 ad § 16), l'auteur d'une transclusion ne met pas la ressource qui en fait l'objet à la disposition des utilisateurs sur son propre serveur.

¹⁰³⁹ Voir aussi troisième partie, section 1, chiffre 1.2.

¹⁰⁴⁰ Voir chiffre 1.3. ci-dessus.

¹⁰⁴¹ Voir aussi, dans le même sens, ALAI p. 9, Conrad, Links, p. 315 s., Ott, Anmerkung, p.

mise à disposition doit s'apprécier d'une manière objective, et non en fonction de l'existence ou de l'absence d'une mention précisant que le contenu référencé provient d'un site tiers¹⁰⁴².

L'établissement d'une transclusion ne s'analyse à notre avis pas non plus, à tout le moins depuis la révision de 2007, comme l'acte de « faire voir ou entendre » une œuvre « en un lieu autre que celui où elle est présentée », au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA¹⁰⁴³, mais plutôt comme l'acte de « faire voir ou entendre » une œuvre mise à disposition, au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre f LDA.

Contrairement au créateur d'un lien simple ou profond, l'auteur d'une transclusion intègre, visuellement ou auditivement, l'œuvre référencée sur son site. Le degré d'intégration que permet une transclusion est probablement suffisant pour qu'on puisse considérer qu'il « fait voir ou entendre » l'œuvre référencée. L'acte s'apparente aux hypothèses traditionnellement visées dans la définition de la portée de cette disposition¹⁰⁴⁴ : à l'image du restaurateur qui offre à ses clients la possibilité de suivre des émissions télévisées, du grand magasin qui permet à sa clientèle d'écouter de la musique, ou encore du dentiste ou du coiffeur qui travaillent le poste allumé, le lieur « fait voir ou entendre » les ressources référencées lorsque son site est consulté.

Si l'on devait interpréter autrement cette disposition, les transclusions tomberaient alors à tout le moins sous le coup de la clause générale de l'article 10 alinéa 1 LDA¹⁰⁴⁵.

264 (cadrage) et Haftung, p. 559 (cadrage), Schapiro/Jenssen p. 665, ainsi que Ullrich p. 859. *Contra* : Dreier n. 6a ad § 19a, Nolte, Links, p. 542 (insertions), Reinemann/Remmert p. 222 s. et 226, Schulze, Inhalt, p. 10 (cadrage).

¹⁰⁴² Ce critère aura plus de pertinence pour déterminer si une transclusion peut constituer une violation du droit de paternité de l'auteur, ou pour la qualifier sous l'angle de la LCD (voir sur ces points chiffre 3.2. ci-dessous, Ott, Haftung, p. 559 (cadrage), Reusser, hyperliens ; voir aussi Appl/Bauer p. 189).

¹⁰⁴³ Bühler p. 231 s., Rohn p. 158 s., Schweizer, Links, p. 255 (insertions). *Contra* (avant la révision) : Bu, Internet, p. 63 s., Salvadé, gestion, p. 116 et information, p. 17, Vögeli p. 86 s. (plus nuancée pour le cadrage). Certains auteurs voient dans l'établissement d'une transclusion un acte de communication au public (voir notamment Bäcker/Höfner p. 629 ss, Garrote p. 194 (insertions) et 196 (cadrage), Salvadé, responsabilité, p. 90 s.) ou de représentation (Sardain n. 18).

¹⁰⁴⁴ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.5.

¹⁰⁴⁵ De cet avis, voir notamment Gilliéron, Internet, n. 427 et hyperliens, p. 767 (cadrage), Salvadé, responsabilité, p. 91, Schweizer, Links, p. 255 s. (insertions). En droit allemand, Ott considère qu'une transclusion constitue une utilisation innommée tombant sous le coup du paragraphe 15 UrhG, sauf lorsque le lieur n'utilise pas la ressource référencée pour compléter son offre, par exemple lorsqu'il ne fait que fournir

2.2. Activation d'une transclusion

L'activation d'une transclusion génère souvent, chez l'utilisateur et chez les intermédiaires, des copies qui constituent des reproductions tombant sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA, mais qui bénéficient de l'exception de reproduction provisoire de l'article 24a LDA et, pour les copies confectionnées par les utilisateurs, de l'exception d'usage privé de l'article 19 LDA¹⁰⁴⁶.

On précisera en outre que ces copies ne bénéficient pas d'une autorisation implicite de consulter¹⁰⁴⁷. Certes, l'auteur, en mettant son œuvre en ligne, accepte qu'elle soit consultée, et de ce fait reproduite, mais cette consultation ne s'effectue pas selon le mode qu'il avait initialement prévu.

2.3. Conclusion

L'établissement d'une transclusion constitue une utilisation de la ressource qui en fait l'objet au sens de l'article 10 LDA. Il s'agit à notre avis d'une violation du droit exclusif de « faire voir ou entendre » l'œuvre référencée, au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre f LDA.

3. Droits moraux

3.1. Droit de divulgation

La transclusion d'une ressource déjà divulguée lors de sa mise à disposition sur le *web* ne fait qu'augmenter la fréquence de sa consultation et ne la divulgue pas au sens de l'article 9 alinéa 2 LDA¹⁰⁴⁸.

3.2. Droit de paternité

En comparaison avec les liens que nous avons étudiés jusqu'ici, les transclusions posent des problèmes spécifiques sous l'angle du droit de paternité, puisqu'elles utilisent, au sens de l'article 10 LDA, les ressources

à l'utilisateur un moyen de traduire les pages consultées, et donc de déterminer lui-même le contenu affiché (voir Ott, BGH, n. 3 (cadrage), Framing, p. 364 (cadrage), Haftung, p. 560, et Linking, p. 332 ss). *Contra* : Burmeister p. 83 s. (cadrage).

¹⁰⁴⁶ Sur ces points, voir troisième partie, section 2, chiffre 1.3.

¹⁰⁴⁷ Dans le même sens, voir Burmeister p. 114 (cadrage). *Contra* : Kikinis, Geschäftverkehr, p. 125, Ott, Framing, p. 366 (cadrage).

¹⁰⁴⁸ Voir les réflexions formulées sous troisième partie, section 2, chiffre 2.1., également applicables ici.

intégrées¹⁰⁴⁹.

Le droit de paternité implique pour l'auteur le droit de faire indiquer le nom qu'il a choisi lors de toute utilisation¹⁰⁵⁰. La manière d'indiquer le nom dépend des usages dans le domaine en cause et des circonstances pratiques dans lesquelles l'œuvre est utilisée¹⁰⁵¹.

Si une transclusion porte sur une ressource qui indique le nom de son auteur, elle ne viole en rien son droit de paternité¹⁰⁵².

Si une telle indication ne figure pas sur l'œuvre intégrée, une transclusion constitue une violation du droit de paternité si elle a pour effet de cacher le nom de l'auteur¹⁰⁵³. Ainsi, lorsque le nom de l'auteur est mentionné dans la collection de ressources à laquelle appartient l'œuvre qui fait l'objet d'une transclusion, le lieu doit indiquer que l'objet intégré sur son site provient d'un site tiers, et mentionner l'adresse URL du point d'entrée de la collection de ressources à laquelle il appartient¹⁰⁵⁴, ou toute autre adresse permettant d'en identifier l'auteur. L'établissement d'un lien activable sur l'une de ces adresses, faisant apparaître la page référencée en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre, est à notre avis également suffisant¹⁰⁵⁵. De telles indications sont suffisantes même sans mention du nom de l'auteur de la ressource faisant l'objet de la transclusion¹⁰⁵⁶.

Lorsque le nom de l'auteur n'est pas indiqué dans la collection de ressources dont fait partie l'objet de la transclusion, le lieu doit tout de même

¹⁰⁴⁹ Voir chiffre 2.1. ci-dessus.

¹⁰⁵⁰ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

¹⁰⁵¹ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

¹⁰⁵² Dans le même sens, voir Dittrich n. 12, Heidrich III (cadrage), Ott, Linking, p. 279 et 284, et Framing, p. 359 s. (cadrage), Worm p. 59 s. (cadrage).

¹⁰⁵³ Dans le même sens, voir notamment Heidrich III (cadrage), Klett p. 190 (cadrage), Ott, Linking, p. 284 (insertions), Recommandation hyperliens p. 26. Voir aussi CSPLA, qui précise (p. 46 s.) que celui qui établit une transclusion doit reprendre « autant que faire se peut tous les éléments relatifs à l'identification de l'œuvre et de son auteur ».

¹⁰⁵⁴ Par exemple par une mention du type « cette page provient du site www.meteosuisse.ch ».

¹⁰⁵⁵ Par contre, prévoir des indications relatives à la paternité de la ressource intégrée dans le code source de sa page ne suffit pas (dans le même sens, voir Ott, Linking, p. 281 ss, Worm p. 60 s.), ce code n'étant que très rarement consulté par les utilisateurs.

¹⁰⁵⁶ Sur Internet, en effet, la condition d'indication du nom de l'auteur doit à notre avis être nuancée (voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.). *Contra* : Brunner p. 123 s. (insertions), qui considère que le nom de l'auteur doit être mentionné, et Sardain n. 22 (cadrage). Le Forum des droits sur l'internet recommande d'accompagner le lien des mentions permettant « d'identifier clairement » l'auteur (Recommandation hyperliens p. 26).

mentionner que l'objet intégré sur son site provient d'un site tiers, et au moins préciser le nom de ce site, ou l'adresse URL de sa page d'accueil, ou encore celle de la ressource intégrée¹⁰⁵⁷.

Le droit de paternité est toujours violé lorsqu'une transclusion est établie d'une manière propre à donner l'impression à l'utilisateur que le lieu est l'auteur de la ressource liée¹⁰⁵⁸, puisque ce droit inclut, pour l'auteur, le droit de s'opposer à toute usurpation de sa qualité d'auteur¹⁰⁵⁹.

3.3. Droit à l'intégrité

3.3.1. Modification de l'œuvre référencée

L'article 10 alinéa 2 lettre a LDA protège l'auteur contre toute atteinte directe à l'intégrité de son œuvre, réalisée lorsqu'une modification tangible est apportée à sa substance, donc à la forme sous laquelle elle apparaît¹⁰⁶⁰.

Le cadrage d'une page *web* la fait apparaître à l'intérieur d'un cadre sur le site du lieu, de manière incomplète¹⁰⁶¹ et en taille réduite. Lorsqu'une page *web* est cadrée, ou même lorsqu'elle est simplement affichée sous une adresse URL appartenant au lieu, elle est donc transmise aux utilisateurs sous une forme différente de celle sous laquelle elle a été publiée sur le site d'origine.

Dans un tel cas, il existe bel et bien, à notre avis, une modification tangible de la forme sous laquelle l'œuvre référencée apparaît, et donc une atteinte directe à son intégrité, imputable au lieu¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁷ Dans le même sens, Brunner considère (p. 123, insertions) que l'indication de la source suffit lorsque le nom de l'auteur est difficilement trouvable.

¹⁰⁵⁸ Voir Bühler p. 232 et nbp 1374, Dittrich n. 12, Ernst, Hyperlinks, p. 225 (cadrage), Heidrich III (cadrage), Ott, Framing, p. 359 (cadrage), Plaß p. 602, Reinstadler n. 55 (cadrage), Schweizer, Links, p. 256 (insertions), Stadler, Internet, n. 212 s. et 215, Vögeli p. 86 s., Weber, Recht, p. 307, Worm p. 60 s.

¹⁰⁵⁹ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

¹⁰⁶⁰ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.2.2.

¹⁰⁶¹ L'adresse URL d'origine n'est notamment pas affichée. D'autres éléments de la page cadrée, comme des bannières publicitaires ou des logos, peuvent être supprimés.

¹⁰⁶² De Oliveira Ascensão considère quant à lui (nbp 7, voir aussi p. 301) qu'un cadrage ne modifie pas l'œuvre qui en fait l'objet. En droit allemand, Burmeister considère lui aussi (p. 98 ss) que le lieu, qui ne fait selon lui que référencer une ressource, n'en effectue aucune modification, mais admet dans certains cas une violation du paragraphe 14 UrhG par l'utilisateur qui active la transclusion (p. 110 s.). Cette analyse nous paraît erronée : l'utilisateur ne viole aucun droit moral lorsqu'il consulte la page du lieu et, au sein de cette page, la ressource qui fait l'objet d'une transclusion : il ne fait que les afficher sur son écran.

Par contre, la transclusion d'une image ou d'un son n'en constitue en principe pas une modification, l'œuvre n'étant que référencée par un lien renvoyant à son adresse URL¹⁰⁶³, sauf, pour une image, si le lieu la fait apparaître dans une taille différente.

3.3.2. Modification du contexte dans lequel est présentée l'œuvre référencée

La transclusion d'une œuvre la présente dans un nouveau contexte, qui peut être préjudiciable aux intérêts de son auteur¹⁰⁶⁴.

En Allemagne, une partie de la doctrine admet qu'une transclusion peut tomber sous le coup du paragraphe 14 UrhG quand l'intégration est propre à léser les intérêts de l'auteur de la ressource qui en fait l'objet¹⁰⁶⁵.

Sur le plan international, d'autres auteurs considèrent qu'une telle atteinte peut constituer une violation du droit à l'intégrité de l'œuvre¹⁰⁶⁶.

En droit suisse, tel n'est à notre avis pas le cas, puisque nous considérons que l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA ne vise pas les atteintes indirectes à une œuvre protégée¹⁰⁶⁷. Si on devait admettre le contraire, les transclusions pourraient alors parfois tomber sous le coup de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA même en l'absence d'atteinte directe¹⁰⁶⁸, puisqu'elles constituent des utilisations des œuvres référencées¹⁰⁶⁹.

3.3.3. Création d'une œuvre dérivée

L'article 11 alinéa 1 lettre b LDA prévoit que l'auteur a le droit exclusif de

¹⁰⁶³ Du même avis, voir Brunner p. 125.

¹⁰⁶⁴ On pourra par exemple songer à des situations du type de celles que nous avons évoquées sous quatrième partie, section 2, chiffre 3.3.3. La doctrine cite aussi, notamment, les exemples du cadrage d'une ressource avec les propres publicités du lieu (Ott, Framing, p. 360), ou du cadrage d'une page à caractère religieux par un site pornographique (Verbiest/Wéry, droit, n. 302).

¹⁰⁶⁵ Voir notamment Dittrich n. 14, Ernst, Hyperlinks, p. 225 (cadrage), Klett p. 187 et 190, Ott, Framing, p. 360 (cadrage) et Haftung, p. 558, Stadler, Internet, n. 214 s. Selon Burmeister, une violation de cette disposition ne peut être commise que par l'utilisateur (voir nbp 1062 ci-dessus).

¹⁰⁶⁶ Voir notamment Battisti, hyperlien, p. 7, ECS n. 58, Garrote p. 194 (insertions) et 197 (cadrage), Strowel/Hanley p. 81 s. (cadrage), Strowel/Ide p. 83 s., Verbiest, liens, n. 10, Verbiest/Wéry, droit, n. 302.

¹⁰⁶⁷ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.2.3.

¹⁰⁶⁸ Voir notamment, de cet avis, Brunner p. 122 s. (insertions), Gilliéron, Internet, n. 427 (insertions), Schweizer, Links, p. 256 (insertions).

¹⁰⁶⁹ Voir chiffre 2.1. ci-dessus.

décider « si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être utilisée pour la création d'une œuvre dérivée ».

La notion d'œuvre dérivée est définie par l'article 3 alinéa 1 LDA, qui précise qu'il s'agit de « toute création de l'esprit qui a un caractère individuel, mais qui a été conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes reconnaissables dans leur caractère individuel ».

Une partie de la doctrine considère que la transclusion d'une œuvre protégée peut entraîner la création d'une œuvre dérivée¹⁰⁷⁰.

Gilliéron admet que l'impression d'ensemble qui résulte d'un cadrage pourrait donner l'illusion de la création d'une œuvre dérivée, mais considère que l'absence de reproduction sur la page du lieu rend difficilement concevable l'application d'une telle notion¹⁰⁷¹.

Salvadé rejette cette approche, à notre avis à raison, au motif que « l'objet du droit d'auteur, par définition, est immatériel », qu'« il n'a pas besoin d'être fixé sur un support », et que « ce qui compte, c'est qu'il soit perceptible par le public »¹⁰⁷². Par ailleurs, le texte de l'article 11 alinéa 1 lettre b LDA ne pose nullement la condition qu'une reproduction soit effectuée.

Cela dit, l'établissement d'une transclusion ne crée à notre avis pas en lui-même, indépendamment de son activation, une œuvre dérivée.

Comme l'écrit de Oliveira Ascensão, « il n'y a aucun endroit dans le cyberspace où page d'origine et page de destination se combinent. Elles restent

¹⁰⁷⁰ Voir de Werra, contenus, p. 74 s., Salvadé, responsabilité, p. 90. Se référant apparemment à la même disposition, les auteurs germanophones évoquent une violation du *Bearbeitungsrecht* (voir notamment Bu, Internet, p. 63, Bühler p. 232, Häuptli p. 180, Weber, Recht, p. 307). Aux Etats-Unis, une partie de la doctrine considère aussi que les transclusions créent un « *derivative work* » (voir Sableman p. 26 s. et 73, Sangal p. 64, Templeton (cadrage), Tucker n. 66 (cadrage) ; voir aussi, sur la question, Garrote p. 194 s. (cadrage). Burk (p. 8 s.) est opposé à une telle qualification). En Allemagne, certains auteurs considèrent que le cadrage d'une page *web* peut tomber sous le coup du *Bearbeitungsrecht* du paragraphe 23 UrhG (voir notamment Conrad, Links, p. 317 (transclusions), Klett p. 190, Niemann, Anmerkung, p. 529. *Contra* : Burmeister p. 97 s. (qui ne l'admet que pour l'utilisateur, p. 108 ss), Dittrich n. 9, Heidrich III. Ott (Linking, p. 339 ss et Framing, p. 364 s.) considère qu'un cadrage ne tombe en règle générale pas sous le coup de cette disposition, mais admet que des exceptions sont possibles).

¹⁰⁷¹ Gilliéron, hyperliens, p. 767 et Internet, n. 426.

¹⁰⁷² Salvadé, responsabilité, p. 90. Dans le même sens, voir de Werra, contenus, p. 75 (cadrage) et, en droit américain, Tucker n. 66 (cadrage ; « *a copyright owner's exclusive right to prepare derivative works is infringed even if no unlawful copy of the material is made* »).

toujours séparées ». Il ajoute à raison que « c'est seulement sur l'écran du cybernaute que cette manifestation visuelle se produit, fruit d'une superposition de parties des pages conjuguées, lorsque l'hyperlien est activé », et qu'« il n'y a donc pas d'œuvre préexistante à l'appel provoqué par le cybernaute », et, ainsi, « pas d'œuvre dérivée disponible en ligne »¹⁰⁷³.

Ce n'est que lors de la consultation de la page du lieur par l'utilisateur qu'une œuvre dérivée est susceptible d'être créée par son navigateur. Tout au plus pourrait-on ainsi considérer que le lieur favorise la création d'une œuvre dérivée, qui devrait être couverte par l'exception d'usage privé de l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA¹⁰⁷⁴. Tel n'est cependant à notre avis pas le cas, l'utilisateur ne faisant qu'afficher une page, sans déployer aucune activité créatrice¹⁰⁷⁵.

Même si on admettait que le lieur puisse théoriquement créer une œuvre dérivée par l'établissement d'une transclusion, indépendamment de son activation, tel serait rarement le cas en pratique, faute de réelle activité créatrice individuelle. Des exceptions seraient néanmoins concevables si le lieur effectue un réel travail créatif personnel sur sa page, au point de la faire apparaître, avec la ressource intégrée, comme une « nouvelle œuvre »¹⁰⁷⁶.

3.3.4. Incorporation dans un recueil

L'article 11 alinéa 1 lettre b LDA *in fine* confère à l'auteur le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre peut être « incorporée dans un recueil »¹⁰⁷⁷.

Le but de cette disposition est notamment de protéger l'auteur des influences sur la perception de l'œuvre par le public du « voisinage forcé » avec des travaux d'autres auteurs¹⁰⁷⁸.

Selon une partie de la doctrine, l'établissement d'une transclusion d'une

¹⁰⁷³ De Oliveira Ascensão p. 298 s.

¹⁰⁷⁴ Dans le même sens, voir Ott, Linking, p. 342 s.

¹⁰⁷⁵ Voir Ott, Linking, nbp 1233.

¹⁰⁷⁶ Une telle qualification suppose un lien suffisant entre l'œuvre liante et la ressource intégrée. On pourrait l'admettre plus souvent en cas d'insertion qu'en cas de cadrage (voir Häuptli nbp 1181 ; voir aussi, considérant qu'un tel lien existe rarement en cas de cadrage, Ott, Framing, p. 364 s.). Tel aurait pu être le cas, par exemple, dans l'affaire du *Dilbert comic strip* (voir nbp 1023), dans laquelle le lieur avait intégré des bandes dessinées en modifiant leur mise en page (voir Sableman p. 26 s.). Häuptli (nbp 1181) cite l'exemple d'assemblages similaires aux créations de type « collages ».

¹⁰⁷⁷ Sur la notion de recueil, voir deuxième partie, section 1, chiffre 2.7.

¹⁰⁷⁸ Voir deuxième partie, section 1, chiffre 2.7.

œuvre protégée peut tomber sous le coup de cette disposition¹⁰⁷⁹, pour autant que le lien figure sur une page ou sur un site constituant un recueil¹⁰⁸⁰, la notion d'« incorporation » devant s'entendre dans un sens large, en ce sens qu'elle n'implique pas nécessairement une reproduction¹⁰⁸¹.

Nous ne sommes pas de cet avis. Au sens strict, le lieu n'« incorpore » pas la ressource qui fait l'objet d'une transclusion sur son site, il ne fait que la référencer au moyen d'une ligne de code. Ce n'est que lors de l'activation de la transclusion que la ressource sera visuellement intégrée sur le site du lieu, par le navigateur de l'utilisateur.

3.4. Conclusion

La transclusion d'une œuvre protégée, suivant les circonstances dans lesquelles elle est effectuée, peut fréquemment constituer une violation du droit de paternité de l'œuvre de l'auteur de la ressource qui en fait l'objet. La transclusion d'une page *web* en constitue en outre une modification qui viole le droit à l'intégrité de l'œuvre de son auteur.

4. Légitimation d'une transclusion

4.1. Droit de citation

La transclusion d'une œuvre protégée peut bénéficier du droit de citation de l'article 25 LDA si elle en remplit les conditions d'application¹⁰⁸², ce qui implique notamment, selon les termes de l'alinéa premier de cette disposition, qu'elle serve « de commentaire, de référence ou de démonstration », et que son emploi en justifie l'étendue.

Une transclusion ne saurait bénéficier de cette exception si elle est opérée dans le seul but d'augmenter l'attractivité du site du lieu, de lui permettre de compléter son site ou de lui épargner du travail¹⁰⁸³.

Par ailleurs, une citation doit se limiter à ce qui est strictement nécessaire

¹⁰⁷⁹ Voir Brunner p. 124 s. (insertions), de Werra, contenus, p. 74 s.

¹⁰⁸⁰ Voir deuxième partie, section 1, chiffres 3.3.3.3. et 3.4.

¹⁰⁸¹ De Werra, contenus, p. 70.

¹⁰⁸² Bühler p. 266, Ruedin, auteur, nbp 891. Voir aussi, l'admettant mais précisant que ces conditions ne seront le plus souvent pas remplies en pratique, Bu, Internet, p. 89 s., Rohn nbp 721. Dans le même sens, en droit allemand, voir Bisges, Internet, p. 730. Sur les conditions d'application de l'article 25 LDA, voir deuxième partie, section 3, chiffre 5.

¹⁰⁸³ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 5.3.2.2.

pour atteindre le but légitime qu'elle vise¹⁰⁸⁴. Pour ce motif, le cadrage d'une page *web* ne peut en principe pas être couvert par l'exception de citation¹⁰⁸⁵, car une telle transclusion permet une véritable navigation sur le site dont fait partie la page référencée, sans quitter le site du lieu.

Si le titulaire d'un site souhaite « citer » une page *web*, il lui suffit d'en reproduire une capture d'écran sur son site.

S'il souhaite permettre à ses visiteurs de l'utiliser, par exemple pour effectuer des exercices dans le cadre d'un site de formation, il peut en provoquer l'affichage dans une nouvelle fenêtre. Le simple fait que le cadrage d'un site tiers soit plus « pratique », pour permettre aux utilisateurs de rester sur la même page, ne nous paraît pas suffisant pour admettre qu'il puisse bénéficier de l'exception de l'article 25 LDA.

L'insertion d'une image ou d'un son ne diffère d'une mise en ligne « classique » qu'en ce sens que l'objet référencé figure sur un serveur tiers et non sur le serveur du lieu. L'exception de citation est dans un tel cas applicable, aux conditions usuelles¹⁰⁸⁶. Il est indifférent, quant à l'applicabilité de l'article 25 LDA, que la ressource référencée figure sur le serveur du lieu ou sur le serveur du titulaire du site référencé¹⁰⁸⁷.

4.2. Autorisation implicite

En grande majorité, la doctrine nie, à raison, l'octroi par l'auteur d'une ressource d'une autorisation implicite de l'intégrer sur un site tiers¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁴ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 5.3.3.

¹⁰⁸⁵ *Contra*, en droit allemand : Bisges, Internet, p. 730, Ott, Linking, p. 388 s.

¹⁰⁸⁶ Voir aussi, en droit allemand, admettant l'applicabilité de l'exception de citation aux insertions, Bisges, Internet, p. 730, Ott, Linking, p. 388 s.

¹⁰⁸⁷ On précisera que le fait que le code source de la page du lieu, en cas d'insertion, permette de connaître l'URL de la ressource référencée ne constitue aucunement une indication suffisante de la source (voir nbp 1055 ci-dessus).

¹⁰⁸⁸ Voir Bühler p. 232, Rohn nbp 721, Ruedin, auteur, nbp 1023 (insertions), Salvadé, responsabilité, p. 90, Schweizer, Links, p. 255 s. (insertions), Weber, Recht, p. 306. A l'étranger, voir notamment Bechtold p. 434 s. (insertions), Farasse/Labbé I-1-B-ii-b, Garrote p. 194 (insertions) et 195 (cadrage), Klett p. 186 et 189, Niemann, Anmerkung, p. 529 s. (cadrage), Ott, linking, p. 376 (et réf. citées p. 363 s.), Roggenkamp, Kommentar, p. 329, Schulze, Kommentar, n. 14 ad § 16, Strowel/Ide p. 35 s., ainsi que les réf. citées par Pihlajarinne nbp 16. *Contra* : Brunner p. 121 s., Plaß p. 603 s. (sauf en cas de violation des droits moraux), Schapiro/Jenssen p. 667. Plus nuancé, Leistner (cyberspace, p. 156 s. et Websites, n. 65 s.) admet l'existence possible d'une autorisation implicite de référencer en cas de cadrage, pour autant, notamment, qu'il soit clair pour l'utilisateur que la ressource référencée appartient à un site tiers, mais la

Contrairement aux autres types de liens que nous avons étudiés, les transclusions ne sont en rien indispensables au fonctionnement efficace du réseau : l'établissement d'une transclusion n'est jamais nécessaire au référencement d'une ressource, qui peut tout aussi bien se faire au moyen d'un lien simple ou profond la faisant apparaître en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre¹⁰⁸⁹. En outre, loin de se borner à référencer le site lié, les transclusions « détournent le mode d'exploitation de l'œuvre initialement prévu par le titulaire des droits »¹⁰⁹⁰.

En plus de modifier la manière dont l'auteur a souhaité présenter son œuvre, les transclusions peuvent lui être préjudiciables pour d'autres raisons, comme le vol de bande passante. La mise en ligne d'un site *web* présuppose la signature d'un contrat avec un fournisseur d'hébergement qui, parfois, prévoit le versement, en plus d'un montant fixe, d'une surtaxe en fonction du trafic de données téléchargées sur le site¹⁰⁹¹. L'établissement d'une transclusion a pour conséquence d'augmenter la fréquence de consultation de la ressource qui en fait l'objet, qui peut entraîner des coûts supplémentaires pour le titulaire du site référencé, sans qu'il puisse bénéficier de ce trafic supplémentaire et des conséquences qu'il serait propre à entraîner en terme de valorisation commerciale de son site, puisque les données ne sont visuellement pas affichées dans le contexte de son site¹⁰⁹².

En outre, une transclusion entraîne l'impossibilité, pour l'utilisateur, d'enregistrer la page sur laquelle figure réellement l'œuvre référencée dans ses « favoris »¹⁰⁹³.

rejette pour les insertions. Cette figure juridique a aussi été majoritairement rejetée par la jurisprudence (voir section 2, chiffre 1. ci-dessus).

¹⁰⁸⁹ Dans le même sens, voir aussi Niemann, Anmerkung, p. 530 (cadrage).

¹⁰⁹⁰ Recommandation hyperliens p. 24.

¹⁰⁹¹ On précisera qu'à l'heure actuelle, les offres incluant un trafic illimité tendent à se généraliser. Un site *web* peut aussi être auto-hébergé.

¹⁰⁹² La problématique a été abordée dans un jugement allemand (AG Hannover, 30.12.08, 439 C 9025/08). Dans cette affaire, un vendeur actif sur la plateforme *ebay* avait inséré dans une de ses annonces une photographie d'un frigidaire, publiée sur le site d'un concurrent. Le jugement, qui ne traite pas d'une éventuelle violation du droit d'auteur, souligne, de manière quelque peu excessive, vu que la page du lieu n'avait été que très peu consultée, la possible entrave à l'activité commerciale du concurrent par la sollicitation abusive de ses serveurs (voir la critique de Ott, 2009, p. 452). Sur la problématique du vol de bande passante, voir aussi Schweizer, Links, p. 256, <<http://www.a525g.com/internet/voler-bande-passante.php>> et <<http://webclipart.about.com/cs/tutorialshelp/g/bandwidth.htm>>.

¹⁰⁹³ Voir Niemann, Anmerkung, p. 530 (cadrage). Les navigateurs offrent en effet aux utilisateurs la possibilité de répertorier les pages qu'ils consultent dans une liste leur permettant de les retrouver et de s'y connecter rapidement.

Le titulaire d'un site dispose certes de moyens techniques lui permettant de se protéger contre l'établissement de transclusions sur les pages de son site et sur leur contenu¹⁰⁹⁴. On ne peut toutefois déduire du fait qu'il s'abstienne de prendre de telles mesures qu'il autorise implicitement l'établissement de transclusions sur son site¹⁰⁹⁵.

On ne peut donc déduire de la publication d'une œuvre sur Internet que son auteur accepte qu'elle soit intégrée au moyen d'une transclusion sur un site tiers¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁴ Voir première partie, section 2, chiffre 5.

¹⁰⁹⁵ Dans le même sens, voir Ernst/Wiebe p. 21 s., Ott, Linking, p. 376 s. *Contra* : Battisti, hyperlien, p. 10 (« à terme, on peut imaginer qu'il sera présumé que celui qui n'aura pas recouru à ces moyens sera supposé avoir consenti à l'établissement de liens »), Strowel/Ide p. 43 s. (« si l'autorisation implicite ne couvre actuellement pas la plupart des cas de [...] cadrage ou encore de liens automatiques, cela pourrait évoluer si les techniques permettant d'éviter ces formes de liens se généralisent »).

¹⁰⁹⁶ On précisera que l'analyse est différente lorsqu'une vidéo mise en ligne sur *YouTube* (<<http://www.youtube.com>>) fait l'objet d'une transclusion. Ce site offre une fonction permettant d'effectuer très facilement des transclusions des vidéos mises en ligne par les utilisateurs. Ces intégrations sont licites, le chiffre 8.1 B. des conditions d'utilisation prévoyant que l'auteur qui met en ligne un contenu protégé accorde aux autres utilisateurs le droit « d'utiliser, de reproduire, de distribuer, d'élaborer des œuvres dérivées, d'afficher, de rendre disponible au public, de modifier et de mettre en œuvre » ledit contenu.

Section 3 - Conclusion

La transclusion d'une œuvre protégée en constitue une utilisation, qui tombe à notre avis sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre f LDA¹⁰⁹⁷. Souvent, elle viole aussi les droits moraux de l'auteur de l'œuvre référencée¹⁰⁹⁸.

Une insertion peut, si elle respecte les conditions d'application de l'article 25 LDA, bénéficier du droit de citation¹⁰⁹⁹.

Dans tous les autres cas, celui qui désire opérer une transclusion d'une œuvre protégée doit obtenir au préalable l'autorisation de son auteur¹¹⁰⁰. A défaut, l'établissement du lien constitue une violation du droit d'auteur susceptible de tomber notamment sous le coup de l'article 67 alinéa 1 lettre i LDA¹¹⁰¹, et le lieu peut voir dirigées contre lui les actions des articles 62 alinéa 1 lettre b LDA et 41 alinéa 1 CO¹¹⁰².

¹⁰⁹⁷ Voir section 2, chiffre 2.1. ci-dessus.

¹⁰⁹⁸ Voir section 2, chiffre 3. ci-dessus. On précisera que la transclusion d'une ressource située en aval d'une mesure de contrôle d'accès n'en constitue pas un contournement (voir les considérations formulées sous quatrième partie, section 4, chiffre 3.1., également applicables aux transclusions).

¹⁰⁹⁹ Voir section 2, chiffre 4.1. ci-dessus.

¹¹⁰⁰ Dans le même sens, voir notamment Bühler p. 231, Ruedin, auteur, nbp 891, Schweizer, Links, p. 255 s. (insertions).

¹¹⁰¹ Sur cette disposition, voir deuxième partie, section 5, chiffre 2.

¹¹⁰² Voir deuxième partie, section 5, chiffre 1.

Sixième partie - Questions particulières

Section 1 - Liens sur des sites illicites

1. Liens sur des sites contenant des œuvres mises en ligne sans droit

1.1. Introduction

Sur Internet, de nombreux sites mettent en ligne des œuvres protégées sans l'autorisation de leurs auteurs¹¹⁰³, en permettant aux utilisateurs de les télécharger ou de les visionner en *streaming*¹¹⁰⁴.

L'auteur d'un lien sur un site contenant des œuvres mises en ligne sans droit favorise sa consultation par les utilisateurs, et les actes d'utilisation qui en découlent.

Dans cette partie, nous présenterons quelques jugements ayant porté sur cette problématique¹¹⁰⁵, puis étudierons comment l'établissement de tels liens doit se qualifier en droit suisse.

1.2. Aperçu de jurisprudence

Sur le plan international, plusieurs tribunaux ont condamné les auteurs de liens sur des sites contenant des œuvres mises en ligne sans droit, le plus souvent pour complicité de violation du droit d'auteur.

Tel fut notamment le cas en Belgique, dans l'affaire *IFPP c. Beckers*, où le tribunal de première instance d'Anvers a condamné en 1999 un étudiant qui avait établi sur son site de nombreux liens vers des sites permettant le téléchargement de fichiers MP3 mis en ligne sans droit¹¹⁰⁶.

La cour a considéré que « la fourniture de liens – en l'espèce une véritable discothèque de liens – sur un site web a pour but d'assister le candidat usager et

¹¹⁰³ Selon Legler (p. 4), il s'agit du cas d'acte illicite le plus fréquent de la part des fournisseurs de contenu sur Internet. Sur l'ampleur du phénomène en Allemagne, voir Schwartman p. 3 et réf. citées.

¹¹⁰⁴ Pour une définition du *streaming*, voir Brändli/Tamò p. 652 s., Markowitch p. 59 s. Sur les problèmes posés par le *streaming* en droit d'auteur, voir Borghi p. 316 ss, Brändli/Tamò p. 655 ss, Wandtke/von Gerlach p. 676 ss.

¹¹⁰⁵ Nous nous focaliserons dans notre présentation de ces affaires sur la question de l'admissibilité des liens mis en cause, et non sur celle des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile et pénale de leurs fournisseurs, qui ne fait pas l'objet d'une étude approfondie dans le cadre de notre travail (voir première partie, section 1).

¹¹⁰⁶ 21.12.1999, <<http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/27-1.pdf>>, confirmé par la cour d'appel d'Anvers, 26.01.2001, 2000/RK/27. Sur cette affaire, voir Strowel/Hanley p. 92, Strowel/Ide p. 113 s.

de lui fournir la clef nécessaire pour télécharger illégalement de la musique. Le fournisseur d'une telle clef rend un délit directement possible et est responsable de ce fait. Le fait qu'il soit possible de commettre ce délit par d'autres voies, et qu'un pirate ne doive pas nécessairement suivre la voie proposée par le défendeur – il y a effectivement beaucoup de voies qui mènent à des MP3 – ne diminue ou n'exclut pas la responsabilité de celui qui met telle ou telle voie à disposition du public »¹¹⁰⁷.

Dans le même sens, la cour d'appel française d'Aix-en-Provence a condamné en 2004 le titulaire d'un site *web* pour « complicité de contrefaçon par fourniture de moyens », pour avoir référencé des sites proposant le téléchargement illicite de jeux vidéo¹¹⁰⁸.

Certains jugements ont considéré que des liens sur des sites illicites peuvent constituer des violations à titre principal, et non seulement des complicités de violations du droit d'auteur.

Tel fut notamment le cas en France, dans l'affaire *SCPP c. Conraud*, où le tribunal de grande instance d'Epinal a condamné en 2000 un particulier qui avait successivement créé trois sites fournissant des liens sur des sites proposant des fichiers MP3 mis en ligne sans droit¹¹⁰⁹.

En juillet 2013, en Angleterre, le juge unique de la *High Court of Justice* a considéré que les transclusions opérées par le site *FirstRow*, portant sur des diffusions illicites en *streaming*, en direct, de matchs de football sur des sites tiers en constituaient des communications au public¹¹¹⁰. Dans son appréciation, il a tenu compte de l'important travail d'agrégation de *FirstRow*, et du fait que les éléments référencés faisaient l'objet de transclusions¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷ Traduction de Strowel/Ide p. 113 s.

¹¹⁰⁸ 10.03.2004, n. *JurisData* 2004-240851, p. 4.

¹¹⁰⁹ 24.10.2000, n. *JurisData* 2000-126285, p. 4 (« en mettant à la disposition des utilisateurs du réseau INTERNET, même à titre gratuit, des phonogrammes numérisés sans l'autorisation des artistes et des producteurs, Monsieur S C s'est rendu coupable du délit de contrefaçon prévu par les articles L. 335-2 et L. 335-4 du Code de la Propriété Intellectuelle »).

¹¹¹⁰ EWHC, 16.07.2013, [2013] EWHC 2058 (Ch), n. 42 ss.

¹¹¹¹ N. 42 (« *FirstRow aggregates together a large number of streams from a variety of streamers, indexes them for the convenience of the user and provides a simple link for the user to click on in order to access a specific stream. It is true that the technical effect of clicking on the link is to direct the stream from the UCG site to the user's computer, but even so the stream is presented in a frame provided by FirstRow* »). Voir aussi EWHC, 13.11.2013, [2013] EWHC 3479 (Ch), n. 32, où le juge, commentant cette décision, admet que le caractère de communication au public de transclusions d'œuvres mises en ligne sans droit peut se discuter, mais qu'en l'espèce par son

En novembre 2013, le même juge a également considéré comme des communications au public les très nombreuses transclusions, opérées par les exploitants de deux sites, de vidéos de films et de programmes de télévision, mises en ligne sans droit sur des sites tiers¹¹¹². Il s'est en l'espèce principalement basé sur le fait que les liens effectués facilitaient grandement l'accès aux œuvres référencées¹¹¹³.

Dans l'arrêt *Svensson*, rendu en février 2014¹¹¹⁴, la Cour de justice de l'Union européenne, après avoir précisé que les liens permettant de « contourner des mesures de restriction » constituent selon elle des communications au public des œuvres référencées¹¹¹⁵, ajoute que « tel est le cas, notamment, lorsque l'œuvre n'est plus à disposition du public sur le site sur lequel elle a été communiquée initialement ou qu'elle l'est désormais sur ce site uniquement pour un public restreint, alors qu'elle est accessible sur un autre site Internet sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur »¹¹¹⁶. Ce passage, ambigu, pourrait viser les liens sur des sites contenant des œuvres mises en ligne sans droit.

On précisera encore qu'aux Etats-Unis, dans l'affaire *Intellectual Reserve Inc. c. Utah Lighthouse Ministry Inc.*, une cour de district de l'Utah a rendu une injonction préliminaire interdisant la simple mention, même sans qu'elles soient associées à des hyperliens, des adresses URL de sites où pouvaient être lues des copies pirates de pages d'un ouvrage intitulé *The Church Handbook of Instructions*¹¹¹⁷.

La cour a considéré que les mentions incriminées contribuaient aux reproductions temporaires illicites effectuées par les utilisateurs amenés à consulter les textes litigieux en recopiant les adresses dans leurs navigateurs¹¹¹⁸.

¹¹¹² important travail d'agrégation, *FirstRow* allait au-delà de la simple fourniture de liens. EWHC, 13.11.2013, [2013] EWHC 3479 (Ch), n. 34.

¹¹¹³ N. 34 (« *the evidence in the present case makes it clear that it would be very difficult for members of the public to access much of the content directly from the host sites if it were not made available by the Websites. Even where the content could be accessed from the host sites, the Websites make it much easier for members of the public to find what they want. Viewed from the perspective of the user, the Websites do in a very real sense make the content available to the public* »).

¹¹¹⁴ CJUE, 13.02.2014, C-466/12.

¹¹¹⁵ Voir quatrième partie, section 4, chiffre 2.2.

¹¹¹⁶ N. 31.

¹¹¹⁷ 6.12.1999, 75 F.Supp.2d 1290. Voir aussi, à propos de cette décision, Halvorson, Strowel/Hanley p. 89, Strowel/Ide p. 107 s.

¹¹¹⁸ Voir p. 1294 s.

1.3. Analyse

1.3.1. Violation directe du droit d'auteur par le lieu

1.3.1.1. Droits patrimoniaux

Comme nous l'avons déjà précisé, l'établissement d'un lien qui fait apparaître la ressource référencée en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre, qu'il soit simple ou profond, ne constitue à notre avis jamais une violation directe des droits patrimoniaux des auteurs des œuvres référencées, ce type de lien ne faisant qu'indiquer un emplacement, et n'utilisant pas, au sens de l'article 10 LDA, les œuvres référencées¹¹¹⁹.

L'analyse est fondamentalement la même lorsqu'un lien référence un site contenant des œuvres mises en ligne sans autorisation¹¹²⁰.

En particulier, un lien sur un site illicite ne met pas à disposition les œuvres qu'il référence au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA, puisque ces ressources sont déjà mises à disposition par le titulaire du site référencé, qui peut seul décider de la durée pour laquelle elles seront accessibles. L'auteur du lien ne fait qu'en faciliter l'accès aux utilisateurs¹¹²¹.

Par contre, la transclusion d'une œuvre mise en ligne sans droit, tout comme celle d'une œuvre mise en ligne avec l'autorisation de son auteur¹¹²², en constitue à notre avis une utilisation tombant sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre f LDA¹¹²³.

¹¹¹⁹ Voir troisième partie, section 2, chiffre 1.2. et quatrième partie, section 2, chiffre 2.1.
¹¹²⁰ Dans le même sens, voir Bechtold p. 433, Bühler p. 229, Cherpillod, complicité, p. 240 et commentaire, n. 24 ad art. 10, Ernst, Hyperlinks, p. 224, Rohn p. 225, Rojinsky, responsabilité p. 7, Weber, Recht, p. 303, Wegener, Musik, p. 418. Voir aussi Cour suprême de Norvège, 27.01.2005, <<http://www.linksandlaw.com/decision138-Napsterno2.pdf>>, n. 44 (« *if the linking is regarded as making works publicly available, this will concern linking to both lawfully and unlawfully disclosed material. The conception of what constitutes making works publicly available must be the same in both cases* », traduction fournie in ICC 2006, p. 121). *Contra* : Gilliéron, Internet, n. 419 (qui considère que l'auteur d'un tel lien viole l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA).

¹¹²¹ Voir, plus en détails, les considérations émises sous troisième partie, section 2, chiffre 1.2., également applicables ici. *Contra*, notamment : ALAI p. 1 (apparemment), Caron, hyperliens, Sirinelli, réseaux, p. 517.

¹¹²² Voir cinquième partie, section 2, chiffre 2.1.

¹¹²³ Selon Gilliéron (numérique, p. 768 s.), une transclusion d'une œuvre mise en ligne sans autorisation en constitue une mise à disposition lorsque le lieu « s'approprie le contenu en le faisant sien ». Ce type de critère, à l'image de celui du « caractère reconnaissable » de la provenance du contenu intégré, développé par la jurisprudence

1.3.1.2. Droits moraux

1.3.1.2.1. Droit de divulgation

Un lien sur un site contenant des œuvres mises en ligne sans droit ne fait que favoriser leur consultation et ne les divulgue pas au sens de l'article 9 alinéa 2 LDA¹¹²⁴.

Lorsqu'une œuvre non divulguée est mise en ligne sans droit, l'atteinte au droit exclusif de divulgation est réalisée lors de son chargement sur un serveur¹¹²⁵, et non lors de son référencement par le lieu.

1.3.1.2.2. Droit de paternité

Les liens simples et profonds sur des sites contenant des œuvres mises en ligne sans droit ne violent à notre avis pas le droit de paternité des auteurs de ces œuvres, car ils ne constituent que de simples renvois, qui n'utilisent pas les ressources référencées¹¹²⁶.

La transclusion d'une œuvre mise en ligne sans droit viole le droit de paternité de son auteur si elle a pour effet de cacher son nom, ou si la transclusion est établie d'une manière propre à donner à l'utilisateur l'impression que le lieu est l'auteur de la ressource qui en fait l'objet¹¹²⁷.

1.3.1.2.3. Droit à l'intégrité

Les liens simples et profonds sur des sites contenant des œuvres mises en ligne sans droit ne violent à notre avis jamais le droit à l'intégrité de leurs auteurs, parce qu'ils ne modifient pas ces œuvres, auxquelles ils ne font que renvoyer¹¹²⁸.

Les transclusions de ressources mises en ligne sans droit s'analysent, sous

allemande (voir cinquième partie, section 2, chiffre 1.3.), ne nous paraît pas pertinent (voir aussi cinquième partie, section 2, chiffre 2.1.).

¹¹²⁴ Voir les réflexions formulées sous troisième partie, section 2, chiffre 2.1., également applicables ici.

¹¹²⁵ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.1.

¹¹²⁶ Voir les réflexions formulées dans la troisième partie, section 2, chiffre 2.2. et la quatrième partie, sections 2, chiffre 3.2. et 3 chiffre 2. de notre travail.

¹¹²⁷ Voir, plus en détails, les considérations formulées dans la cinquième partie, section 2, chiffre 3.2., également applicables aux transclusions de ressources mises en ligne sans droit.

¹¹²⁸ Voir les considérations formulées dans la troisième partie, section 2, chiffre 2.3.3., également applicables ici.

l'angle du droit à l'intégrité, comme les transclusions de ressources mises en ligne avec l'autorisation de leurs auteurs¹¹²⁹. Ainsi, le cadrage d'une page *web* la modifie au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA¹¹³⁰.

1.3.2. Participation à une violation du droit d'auteur

1.3.2.1. Introduction

L'établissement d'un lien sur un site contenant une œuvre protégée mise en ligne sans droit favorise sa consultation par l'utilisateur.

Notre propos est ici d'examiner dans quelle mesure l'auteur d'un tel lien participe, en raison de cette favorisation, aux éventuelles violations du droit d'auteur commises par le titulaire du site référencé et par les utilisateurs qui activent le lien.

Trois étapes doivent être distinguées : la première précède l'activation du lien par l'utilisateur, la deuxième porte sur l'activation du lien en elle-même, et la troisième concerne les manipulations subséquentes de l'utilisateur.

1.3.2.2. De la mise en ligne à l'activation du lien

Le chargement d'une œuvre protégée sur un serveur en constitue une reproduction, au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA, et une mise à disposition au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA¹¹³¹. Il peut aussi violer le droit exclusif de divulgation de son auteur¹¹³².

L'établissement d'un lien sur une page contenant une œuvre mise en ligne sans droit ne fait que la référencer, et ne participe pas objectivement à ces violations du droit d'auteur, commises au moment du chargement de l'œuvre sur un serveur¹¹³³.

¹¹²⁹ Voir cinquième partie, section 2, chiffre 3.3.

¹¹³⁰ Voir cinquième partie, section 2, chiffre 3.3.1.

¹¹³¹ Voir deuxième partie, section 2, chiffres 1.2. s.

¹¹³² Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.1.

¹¹³³ Dans le même sens, voir Cherpillod, commentaire, n. 24 ad art. 10 et nbp 24 ad art. 67, Jaeschke n. 11 (pour le droit de mise à disposition), Salvadé, responsabilité, p. 86 s. (pour le droit de communication au public). A l'inverse, il est parfois considéré que la mise à disposition est un délit de durée, qu'un lien peut par conséquent favoriser. Voir notamment Cour suprême de Norvège, 27.01.2005, <<http://www.linksandlaw.com/decision138-Napsterno2.pdf>>, n. 62 (« *the court of appeal has held that the unlawful acts of those uploading the music files were completed once the music was uploaded, and that there was accordingly no basis for contributory liability. I disagree with this.* »).

1.3.2.3. Activation du lien par l'utilisateur

La consultation de la page référencée par l'utilisateur qui active un hyperlien génère plusieurs copies, sur son ordinateur et chez les intermédiaires¹¹³⁴, qui constituent des reproductions tombant sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA¹¹³⁵.

Les copies confectionnées par les intermédiaires bénéficient de l'exception de reproduction provisoire de l'article 24a LDA¹¹³⁶.

Les copies confectionnées par les utilisateurs sont couvertes par l'exception de copie privée de l'article 19 LDA, aussi applicable aux copies d'œuvres mises en ligne sans droit¹¹³⁷, ainsi que par l'exception de reproduction provisoire de l'article 24a LDA¹¹³⁸.

Un lien sur un site contenant des œuvres mises en ligne sans droit ne fait donc, lorsqu'il est activé, que favoriser la confection de copies licites, et n'est donc pas problématique sous cet angle en droit d'auteur¹¹³⁹.

L'activation d'un tel lien entraîne toutefois également la transmission par le titulaire du site référencé de certaines des œuvres protégées figurant sur la page consultée par l'utilisateur. Cette transmission tombe sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA¹¹⁴⁰.

[T]he infringement of copyright lasts so long as the uploader leaves the music lying on the internet », traduction fournie in ICC 2006, p. 122), ainsi que les réf. citées par Glöckner p. 155 et, dans le même sens, Häuptli p. 182 s.

¹¹³⁴ Voir première partie, section 2, chiffre 2.7.

¹¹³⁵ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.2.

¹¹³⁶ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 4.6.

¹¹³⁷ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 3.3.2. et Cherpillod, commentaire, nbp 24 ad art. 67, Salvadé, responsabilité, p. 86. *Contra* : Häuptli p. 182. Cette exception ne s'applique toutefois que de manière limitée lorsque les copies sont confectionnées à l'aide de l'ordinateur d'un tiers, les œuvres considérées ayant été, par hypothèse, mises en ligne sans droit (voir deuxième partie, section 3, chiffre 3.3.1.2.).

¹¹³⁸ Voir aussi, à ce sujet, Appl/Bauer p. 250. Cette disposition légitime en effet les copies qui ne sont confectionnées que pour permettre une utilisation licite d'une œuvre (voir deuxième partie, section 3, chiffre 4.4.), et la consultation d'une page *web*, indépendamment des copies qu'elle génère, constitue un usage licite qui ne tombe pas sous le coup de l'article 10 LDA (voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.1.).

¹¹³⁹ Voir aussi Glarner, Internet, p. 145 (qui admet que le lieu n'est pas punissable lorsqu'il favorise la confection de copies couvertes par l'exception de l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA). On précisera que ces copies ne peuvent être mises au bénéfice d'une autorisation implicite des auteurs des œuvres publiées sur le site référencé, ces œuvres ayant été mises en ligne sans leur consentement (voir notamment Glöckner p. 100).

¹¹⁴⁰ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.3. *Contra* : Cherpillod, commentaire, n. 22 et

A notre avis, elle ne se confond pas avec l'acte de mise à disposition¹¹⁴¹ : la mise à disposition, à laquelle le lieur ne participe pas, et la transmission lors de la consultation de la page, qu'il favorise, constituent deux processus distincts, qui tombent tous deux sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA.

1.3.2.4. Actes subséquents de l'utilisateur

Après l'activation d'un lien et la simple consultation de la page référencée, l'utilisateur peut procéder au téléchargement ou à l'exécution des œuvres qui y figurent ou qui se trouvent sur d'autres pages du site consulté, accessibles par l'activation de liens internes.

Ces actes tombent sous le coup de l'article 10 LDA¹¹⁴², mais sont en règle générale couverts par l'exception d'utilisation privée de l'article 19 LDA¹¹⁴³, aux conditions prévues par cette disposition¹¹⁴⁴. Les copies générées chez les intermédiaires sont couvertes par l'exception de reproduction provisoire de l'article 24a LDA¹¹⁴⁵.

Les téléchargements subséquents des utilisateurs entraînent également la transmission par le titulaire du site référencé de copies des œuvres protégées mises en ligne sans droit, tombant sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA¹¹⁴⁶.

Objectivement, le lieur favorise ces actes, puisque c'est l'activation de son lien qui conduit l'utilisateur sur le site référencé.

24 ad art. 10 (voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.3.). Dans le même sens, Rohn considère (p. 225 s.) que l'établissement d'un lien ne favorise pas les violations commises par le titulaire du site référencé.

¹¹⁴¹ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.3.

¹¹⁴² Les téléchargements, notamment, tombent sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre a LDA (voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.2.).

¹¹⁴³ Pour le téléchargement, voir deuxième partie, section 3, chiffre 3.3.2., ainsi que Cherpillod, commentaire, nbp 31 ad art. 10, Salvadé, responsabilité, p. 86. On précisera que le téléchargement de logiciels n'est pas couvert par l'exception d'usage privé (article 19 alinéa 4 LDA), et que cette exception ne s'applique que de manière limitée lorsque les copies sont confectionnées à l'aide de l'ordinateur d'un tiers, les œuvres considérées ayant été, par hypothèse, mises en ligne sans droit (voir deuxième partie, section 3, chiffre 3.3.1.2.).

¹¹⁴⁴ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 3.

¹¹⁴⁵ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 4.6.

¹¹⁴⁶ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.3.

1.4. Conclusion

Le fournisseur d'un lien sur un site contenant une œuvre mise en ligne sans droit ne commet aucune violation directe du droit d'auteur, sauf lorsqu'il effectue une transclusion de cette ressource¹¹⁴⁷.

Son acte peut constituer une participation à la transmission illicite de copies de l'œuvre mise en ligne sans droit, qui tombe sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA¹¹⁴⁸. Il peut ainsi, sur le plan pénal, se rendre coupable de complicité de violation du droit d'auteur, au sens des articles 25 CP et 67 alinéa 1 lettre g LDA¹¹⁴⁹. Sur le plan civil, il peut notamment voir dirigées contre lui les actions des articles 62 alinéa 1 lettre b LDA et 41 alinéa 1 CO¹¹⁵⁰.

2. Liens sur des sites mettant à disposition des moyens de contourner des mesures techniques

2.1. Aperçu de jurisprudence

Aux Etats-Unis, l'affaire *Universal Studios c. Reimerdes* fut très médiatisée¹¹⁵¹.

En novembre 1999, l'éditeur du magazine « *2600: The Hacker Quarterly* », une publication qui s'adresse principalement aux *hackers*¹¹⁵², a publié sur son site un article expliquant comment pirater le système de protection CSS des DVD, ainsi que le code objet et le code source du logiciel *DeCSS*, permettant de contourner ce système de protection¹¹⁵³.

¹¹⁴⁷ Voir chiffre 1.3.1. ci-dessus.

¹¹⁴⁸ Voir chiffres 1.3.2.3. s. ci-dessus.

¹¹⁴⁹ Voir aussi Salvadé, gestion, p. 116 et information, p. 16. Sur l'article 67 alinéa 1 lettre g LDA, voir deuxième partie, section 5, chiffre 2.

¹¹⁵⁰ Voir aussi Brunner p. 36 s., Salvadé, gestion, p. 116 et information, p. 16. Sur ces actions, voir deuxième partie, section 5, chiffre 1. Sur le détail des conditions objectives et subjectives auxquelles l'auteur d'un lien sur un site illicite peut voir sa responsabilité mise en œuvre en raison de sa participation aux infractions commises par le titulaire du site référencé, tant sur le plan pénal que sur le plan civil, voir Reusser, responsabilité et réf. citées. Voir aussi, sur le fait que l'action en cessation peut être ouverte contre tout participant au trouble illicite, Barrelet/Egloff n. 5 ad art. 62, Brunner p. 37, Bühler p. 312, Rohn p. 101, Schlosser n. 5 s. ad art. 62.

¹¹⁵¹ A propos de cette affaire, voir notamment Gottschalk p. 153 ss, Ott, Linking, p. 78 ss et Inhalte, p. 24 et réf. citées, Sableman p. 53 ss, <http://en.wikipedia.org/wiki/Universal_City_Studios,_Inc._v._Reimerdes>.

¹¹⁵² Sur la notion, voir Newton, 2013, p. 578.

¹¹⁵³ Sur le CSS (*content scrambling system*) et le logiciel *DeCSS*, voir les présentations

En janvier 2000, huit studios cinématographiques majeurs ont ouvert une action contre lui, ainsi que contre deux autres *webmasters* proposant le logiciel *DeCSS* sur leurs sites.

Après avoir été contraint par une ordonnance de mesures provisionnelles de retirer les codes de son site, l'éditeur a encouragé les *webmasters* d'autres sites à mettre à disposition le logiciel, et a effectué plusieurs centaines de liens sur leurs sites.

En août 2000, une cour de district new-yorkaise a interdit les liens, pour violation de la section 1201 (a)(2) du titre 17 du *United States Code*, visant la création et la mise à disposition de dispositifs permettant le contournement de mesures techniques de protection¹¹⁵⁴.

Dans sa décision, le juge unique tient compte de l'importance des liens pour le libre échange des idées et des informations, et du fait qu'une responsabilité trop étendue serait difficilement défendable sur le plan constitutionnel, car elle pousserait les titulaires de sites à renoncer à établir leurs liens en cas de doute sur la licéité du contenu qu'ils entendent référencer. En l'espèce, les liens n'ont été interdits qu'au motif qu'ils avaient été établis en toute connaissance du caractère illicite des contenus référencés et dans le but de favoriser leur dissémination¹¹⁵⁵.

Cette décision fut confirmée en novembre 2001 par la cour d'appel du 2^{ème} Circuit de New York¹¹⁵⁶. Sans prendre position sur la question de savoir si les conditions posées par le juge de première instance s'imposent réellement sur le plan constitutionnel, les juges ont considéré que la décision rendue ne constitue pas une violation de la liberté d'expression¹¹⁵⁷.

Dans l'affaire *Comcast c. Hightech*, une cour de district de l'Illinois a refusé d'écarter les prétentions formulées sur le fondement des dispositions du *Copyright Act* sanctionnant le contournement de mesures techniques de protection à l'encontre d'un *webmaster* qui avait établi des liens sur plus de 30 sites vendant des dispositifs illicites permettant de pirater le câble¹¹⁵⁸.

En Allemagne, l'affaire *Heise*, qui a fait l'objet de sept jugements entre 2005 et 2011, a été très médiatisée¹¹⁵⁹.

détaillées effectuées dans les jugements cités ci-dessous.

¹¹⁵⁴ *US District Court*, S.D. New York, 17.08.2000, 111 F.Supp.2d 294 (346).

¹¹⁵⁵ Voir p. 340 s.

¹¹⁵⁶ 28.11.2001, 273 F.3d 429.

¹¹⁵⁷ P. 456 ss.

¹¹⁵⁸ *US District Court*, N.D. Illinois, 28.07.2004, 2004 U.S. Dist. LEXIS 14619, IV.

¹¹⁵⁹ Pour un résumé de l'ensemble de la procédure et des différents jugements rendus, voir

Dans cette cause, l'éditeur *Heise Verlag* a publié en janvier 2005 sur son site un article portant sur la dernière version du logiciel *AnyDVD*, fourni par *SlySoft*, permettant la copie de DVD en neutralisant leurs dispositifs anti-copie, dont le système de protection CSS¹¹⁶⁰. L'article contient un lien sur la page d'accueil du site de *SlySoft*.

Après une plainte de huit sociétés de l'industrie musicale, le lien a été interdit tant dans les deux premières décisions rendues en matière provisionnelle¹¹⁶¹ que dans le jugement rendu en première instance, dans la procédure principale, par le *Landgericht* de Munich I¹¹⁶².

En octobre 2008, l'*Oberlandesgericht* de Munich a confirmé l'interdiction du lien¹¹⁶³, en considérant que son établissement constituait une participation à la violation, par *SlySoft*, du paragraphe 95a chiffre 3 UrhG¹¹⁶⁴, disposition interdisant en droit allemand les actes préparant ou permettant le contournement de mesures techniques.

Les juges ont considéré qu'*Heise* avait en l'espèce intentionnellement favorisé l'accès au site illicite de *SlySoft* et, par conséquent, les téléchargements du logiciel dont elle connaissait l'illicéité¹¹⁶⁵. Ils ont précisé que le fait que l'accès au site aurait été possible par simple mention du nom de *SlySoft*¹¹⁶⁶ ne changeait rien à l'existence d'un acte de favoritisation¹¹⁶⁷.

En octobre 2010, *Heise* a finalement obtenu gain de cause devant le *Bundesgerichtshof*¹¹⁶⁸.

Le BGH a estimé que lorsque le contenu global d'un article rédactionnel est couvert par les libertés fondamentales de communication, les hyperliens qui ont pour fonction d'étayer certains éléments de l'article ou de les compléter par

<<http://www.heise.de/heisevsmi>> et <<http://www.linksandlaw.de/news1990-bgh-heise-slysoft.htm>>.

¹¹⁶⁰ L'article litigieux, dans sa version originale, est publié par *Heise* à l'adresse <<http://www.heise.de/newsticker/AnyDVD-ueberwindet-Kopierschutz-von-Un-DVDs--meldung/55297>>.

¹¹⁶¹ LG Munich I, 7.03.2005, 21 O 3220/05, OLG Munich, 28.07.2005, 29 U 2887/05.

¹¹⁶² 14.11.2007, 21 O 6742/07. On précisera que dans une affaire distincte, la même cour a interdit un lien profond référençant le même logiciel sur le site de *SlySoft*, établi par un magazine musical dans le cadre d'un article portant sur l'affaire *Heise* (11.10.2006, 21 O 2004/06).

¹¹⁶³ 23.10.2008, 29 U 5696/07.

¹¹⁶⁴ B-II-5-c.

¹¹⁶⁵ B-II-5-c-cc s.

¹¹⁶⁶ Qui, elle, aurait été licite selon eux.

¹¹⁶⁷ B-II-5-c-cc.

¹¹⁶⁸ 14.10.2010, I ZR 191/08.

des informations supplémentaires sont eux aussi couverts par ces libertés¹¹⁶⁹.

En décembre 2011, le *Bundesverfassungsgericht* a rejeté le recours déposé contre ce jugement¹¹⁷⁰. Il a notamment précisé que la liberté de la presse inclut la possibilité d'informer des opinions de tiers, et couvre aussi la simple propagation technique de leurs déclarations, même sans expression d'une opinion propre de la part de l'auteur de l'article¹¹⁷¹.

2.2. Analyse

En droit suisse, l'article 39a alinéa 3 LDA prévoit notamment l'interdiction de « faire de la publicité pour [...] des dispositifs, des produits ou des composants ainsi que de fournir des services qui [...] (c) [...] sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement des mesures techniques efficaces »¹¹⁷².

L'établissement d'un hyperlien sur un site mettant à disposition un moyen de contourner une mesure technique pourrait être considéré comme une publicité tombant sous le coup de cette disposition, suivant l'interprétation donnée à cette notion, et les circonstances concrètes dans lesquelles le lien est établi.

La loi ne définit pas la notion de publicité.

Les interprétations effectuées en droit européen ne sont pas directement utiles, le concept de publicité y étant différent de celui adopté en droit suisse : l'article 6 paragraphe 2 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur vise en effet « la publicité en vue de la vente ou de la location ». L'Allemagne a repris la même formulation dans sa disposition d'application¹¹⁷³.

¹¹⁶⁹ « Sind in einem im Internet veröffentlichten, seinem übrigen Inhalt nach dem Schutz der Presse- und Meinungsfreiheit unterfallenden Beitrag elektronische Verweise (Links) auf fremde Internetseiten in der Weise eingebettet, dass sie einzelne Angaben des Beitrags belegen oder diese durch zusätzliche Informationen ergänzen sollen, so werden auch diese Verweise von der Presse- und Meinungsfreiheit umfasst » (p. 1). Sur ce jugement, voir aussi, du même avis que le BGH, Arlt p. 467 s., Hoeren, Haftung, p. 504, Schulze, Kommentar, n. 14 ad § 16 et, critique, Barnitzke p. 329 ss.

¹¹⁷⁰ 15.12.2011, 1 BvR 1248/11.

¹¹⁷¹ N. 31.

¹¹⁷² En droit européen, certains auteurs considèrent, à notre avis à tort, que la fourniture d'un lien pourrait être considérée comme une distribution de dispositif illicite tombant sous le coup de l'article 6 paragraphe 2 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur (voir Dusollier n. 77 et réf. citée). L'article 39a alinéa 3 LDA ne mentionne pas l'acte de « distribution » d'un dispositif.

¹¹⁷³ « Die Werbung im Hinblick auf Verkauf oder Vermietung », § 95a ch. 3 UrhG.

On ne saurait non plus, parce qu'elles appartiennent à des domaines juridiques différents, se référer aux définitions de l'article 2 lettre k LRTV¹¹⁷⁴ ou, en droit européen, de l'article 2 lettre a de la Directive sur la publicité trompeuse et la publicité comparative¹¹⁷⁵.

Le Message du Conseil fédéral ne définit pas la notion de « publicité » de l'article 39a alinéa 3 LDA, mais précise que cette disposition « interdit tout acte qui prépare ou permet le contournement de mesures techniques »¹¹⁷⁶, formulation qui pourrait mener à privilégier une interprétation large du concept.

A l'appui d'une telle interprétation, la rédaction de l'article 39a alinéa 3 LDA dans son ensemble montre que cette disposition a pour but de réprimer le plus possible d'actes favorisant le contournement de mesures techniques¹¹⁷⁷.

A notre avis, le concept de publicité de l'article 39a alinéa 3 LDA doit donc s'entendre, de manière large, comme visant toute allégation¹¹⁷⁸ faite dans le but de favoriser la dissémination d'un dispositif, d'un produit ou d'un composant¹¹⁷⁹, même lorsqu'elle émane d'un particulier¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁴ Cette disposition définit la publicité comme « toute annonce publique diffusée visant à favoriser la conclusion d'un acte juridique concernant des biens ou des services, à promouvoir une cause ou une idée, ou à produire tout autre effet souhaité par l'annonceur ou par le diffuseur en échange d'une rémunération ou d'une contrepartie similaire, ou dans un but d'autopromotion ».

¹¹⁷⁵ Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, JO L 376 du 27.12.2006, p. 21 ss. Selon cette disposition, on entend par publicité « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations ». Voir notamment la distinction opérée par le BGH, I ZR 219/05, n. 21 s. Voir aussi, utilisant à notre avis à tort cette définition (tout comme certains des jugements rendus dans l'affaire *Heise*), Scheja p. 826.

¹¹⁷⁶ Message nLDA p. 3298.

¹¹⁷⁷ Dans le même sens, dans leur commentaire de l'article 69a alinéa 1 lettre b LDA, qui sanctionne sur le plan pénal les actes visés par l'article 39a alinéa 3 LDA, Jaccard et Heumann précisent (n. 8 ad art. 69a) que cette disposition « fait référence à tous les objets ou comportements qui pourraient de près ou de loin permettre, faciliter ou entraîner le contournement de mesures techniques efficaces ». Ils ajoutent (n. 8 ad art. 69a) que « cette lettre vise à englober le plus grand nombre de comportements qui s'inscriraient dans le cadre d'une volonté de contourner des mesures techniques ».

¹¹⁷⁸ Ou tout acte analogue, assimilable à une allégation. Par exemple, le BGH a considéré que l'offre à la vente d'un programme sur un site de vente aux enchères en ligne constitue une publicité au sens du § 95a al. 3 UrhG (I ZR 219/05, n. 20).

¹¹⁷⁹ Dans le même sens, voir Rubli n. 371, et BGH, 17.07.2008, I ZR 219/05, n. 20 (« *der Begriff der Werbung im Hinblick auf den Verkauf im Sinne des § 95a Abs. 3 UrhG umfasst jegliche Äußerung mit dem Ziel, den Absatz der in dieser Regelung näher bezeichneten Umgehungsmittel zu fördern* »).

Il s'applique tant aux allégations effectuées contre rétribution qu'à celles qui sont formulées à titre gratuit, sans but lucratif¹¹⁸¹.

Même les contenus rédactionnels peuvent être considérés comme des publicités au sens de l'article 39a alinéa 3 LDA quand ils dépassent le strict cadre de l'information de fait et doivent être compris, dans un cas d'espèce, comme une recommandation¹¹⁸².

Ainsi, tout lien référençant un site mettant à disposition un moyen de contourner une mesure technique doit s'analyser comme une publicité au sens de l'article 39a alinéa 3 LDA s'il ressort de l'ensemble des circonstances dans lesquelles il a été établi que le lieur a cherché à favoriser la dissémination du contenu référencé.

Un lien établi dans un but informatif dans le cadre d'un article de presse, comme dans l'affaire *Heise*, ne répond à notre avis pas à cette définition¹¹⁸³. Aucun des jugements rendus dans l'affaire *Heise* n'a d'ailleurs considéré l'article et le lien mis en cause comme des publicités au sens du paragraphe 95a chiffre 3 UrhG.

Des liens établis dans le but de favoriser la dissémination du contenu référencé pourraient tomber sous le coup de l'article 39a alinéa 3 LDA même si l'on devait adopter une définition plus étroite de la notion de « publicité », puisque cette disposition interdit aussi de « fournir des services qui [...] (c) [...] sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement des mesures techniques efficaces »¹¹⁸⁴.

¹¹⁸⁰ Dans le même sens, voir Rubli n. 371, et BGH, 17.07.2008, I ZR 219/05, n. 20 ss, Dreier n. 18 ad § 95a.

¹¹⁸¹ Le texte légal n'effectue pas de distinction, alors même qu'il précise que la possession, quant à elle, n'est illicite que si elle s'opère dans un but lucratif (« de faire de la publicité pour, de posséder dans un but lucratif »). Platz considère, tout en laissant la question ouverte, que la disposition peut s'interpréter dans le sens que l'expression « dans un but lucratif » pourrait aussi viser la publicité (n. 12). A notre avis, la formulation retenue mène plutôt à une interprétation en sens contraire.

¹¹⁸² Rehbindler/Viganò n. 23 ad art. 39a URG. Contrairement à ce qu'affirment ces auteurs, on ne saurait toutefois admettre qu'un contenu rédactionnel doit être considéré comme une publicité lorsqu'il ne contient pas de mention des interdictions de l'article 39a LDA, chaque cas d'espèce devant être apprécié en fonction de l'ensemble des circonstances qui lui sont propres.

¹¹⁸³ Dans le même sens, voir Rubli n. 371 et, en droit allemand, Scheja p. 826 (mais voir toutefois, moins affirmatif, Lejeune p. 464).

¹¹⁸⁴ Dans le même sens, voir, en droit allemand, Scheja p. 826 (qui admet, à notre avis à tort, que tel était le cas dans l'affaire *Heise* (p. 826 ss)).

L'établissement d'un lien tombant sous le coup de l'article 39a alinéa 3 LDA constitue sur le plan pénal une violation de la protection des mesures techniques au sens de l'article 69a alinéa 1 lettre b LDA¹¹⁸⁵. Sur le plan civil, son fournisseur peut voir dirigées contre lui les actions des articles 62 alinéa 1 lettre b LDA et 41 alinéa 1 CO¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁵ Voir deuxième partie, section 5, chiffre 2.

¹¹⁸⁶ Sur ces actions, voir deuxième partie, section 5, chiffre 1.

Section 2 - Liens directs sur des fichiers

1. Introduction

Dans notre étude, nous n'avons jusqu'ici traité que des liens faisant apparaître la ressource référencée en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre¹¹⁸⁷, ainsi que des transclusions de ressources¹¹⁸⁸.

Un lien peut aussi référencer un autre type de fichier qu'une page *web*, sans l'intégrer directement sur la page sur laquelle il figure. L'activation du lien par l'utilisateur déclenche alors la consultation¹¹⁸⁹ et/ou l'enregistrement de la ressource référencée sur le disque dur de l'utilisateur¹¹⁹⁰.

Souvent, les liens directs sur des fichiers référencent des œuvres mises en ligne sans droit, dans le but de favoriser leur recherche et leur téléchargement par les utilisateurs. On songera notamment aux *Hash-Links*¹¹⁹¹, facilitant la recherche d'œuvres dans des bourses d'échange, ou aux liens sur des fichiers mis à disposition sur des sites dédiés à l'hébergement et au partage de ressources¹¹⁹², générant un trafic très important¹¹⁹³.

L'objet de cette partie de notre étude est de déterminer dans quelle mesure ces liens sont admissibles en droit d'auteur, tant lorsqu'ils référencent des

¹¹⁸⁷ Voir troisième et quatrième parties.

¹¹⁸⁸ Voir cinquième partie.

¹¹⁸⁹ Par exemple l'affichage d'une image, d'un document *PDF* ou d'un document *Word* dans les programmes permettant de les visionner, ou encore l'exécution d'un fichier sonore ou vidéo dans un logiciel de lecture s'ouvrant hors de la page du lieu. Un lien peut également déclencher l'ouverture d'un logiciel de messagerie. Nous réservons le cas particulier des liens sur des fichiers sonores ou vidéos s'exécutant sur la page du lieu, que nous avons considérés comme des transclusions dans le cadre de notre étude (voir première partie, section 2, chiffre 2.4.), et renvoyons donc, pour ces liens, aux considérations formulées dans la cinquième partie de notre travail.

¹¹⁹⁰ Suivant le type de fichier et la configuration de son navigateur, l'enregistrement peut se faire soit de manière directe, soit après que l'utilisateur ait confirmé sa volonté d'effectuer le téléchargement.

¹¹⁹¹ Voir première partie, section 2, chiffre 2.9.

¹¹⁹² On désigne souvent ce phénomène par le terme de *sharehosting*. Sur le fonctionnement de ces sites, voir Reh binder, *Piraterie*, p. 248, Schwartmann p. 12.

¹¹⁹³ Par exemple, dans un arrêt rendu en 2008, l'OLG de Hambourg a calculé, en se basant sur les déclarations effectuées par le défendeur lui-même, que 9'000 œuvres piratées étaient mises quotidiennement en ligne sur le site *Rapidshare*, et qu'un total d'1,68 millions d'œuvres y étaient stockées sans droit (2.07.2008, 5 U 73/07, II-11-h-aa-bbb). Ce chiffre se base sur un taux d'œuvres mises en ligne sans droit de 5 à 6%, alors qu'il dépasse en réalité probablement les 90% sur ce type de site (voir Reh binder, *Piraterie*, p. 254 et réf. citées).

fichiers mis en ligne avec l'autorisation de leurs auteurs que lorsqu'ils référencent des ressources mises en ligne sans droit.

Après un aperçu des principaux jugements rendus sur ces questions¹¹⁹⁴ et une présentation de quelques positions exprimées dans la doctrine, nous examinerons comment ces liens doivent être qualifiés en droit suisse.

Nous n'aborderons ici que les problèmes spécifiquement posés par les liens directs sur des fichiers. Nous renvoyons aux parties précédentes de notre étude sur les problématiques communes à la plupart des types de liens, comme celle de la reprise d'un élément protégé dans le pointeur d'un hyperlien¹¹⁹⁵, ou celle du référencement de ressources situées en aval de conditions générales¹¹⁹⁶ ou de mesures de contrôle d'accès¹¹⁹⁷.

2. Aperçu de jurisprudence

2.1. Liens sur des fichiers licites

Dans l'affaire *Live Nation Motor Sports c. Davis*, un juge de district du Texas a rendu deux décisions contre le titulaire d'un site qui établissait des liens sur des retransmissions sonores en direct de courses de motocycles¹¹⁹⁸. L'activation d'un lien entraînait apparemment le déclenchement du lecteur de fichiers audio de l'utilisateur, et la retransmission en *streaming* de la course sélectionnée¹¹⁹⁹.

Dans sa première décision, une injonction préliminaire, le juge a interdit le procédé, considérant que les liens mis en cause pourraient probablement consister en des représentations des œuvres référencées¹²⁰⁰, non couvertes par l'exception de *fair use*¹²⁰¹, et qu'il existait une menace substantielle qu'ils causent des dommages « immédiats et irréparables »¹²⁰², en raison de la perte de bénéfices publicitaires découlant de l'absence de consultation des pages de la

¹¹⁹⁴ Nous ne mentionnerons que des affaires portant sur des liens établis manuellement sur des fichiers, et non celles qui concernent des liens établis de manière automatisée par des moteurs de recherche.

¹¹⁹⁵ Voir troisième partie, section 4.

¹¹⁹⁶ Voir quatrième partie, section 3.

¹¹⁹⁷ Voir quatrième partie, section 4.

¹¹⁹⁸ *US District court*, N.D. Texas, Dallas division, 11.12.2006, 2006 U.S. Dist. LEXIS 89552, puis 9.01.2007, 2007 U.S. Dist. LEXIS 2196.

¹¹⁹⁹ Voir la contribution disponible à l'adresse <http://www.theregister.co.uk/2007/01/23/texas_court_bans_deep_linking>.

¹²⁰⁰ « Copied display or performance of [...] copyrightable material ».

¹²⁰¹ P. 7 s.

¹²⁰² « Immediate and irreparable harm ».

demanderesse¹²⁰³. Dans sa seconde décision, le juge a confirmé son analyse¹²⁰⁴.

En France, dans l'affaire *Ordinateur Express c. CBS Interactive*, la défenderesse avait publié sur son site un lien direct permettant le téléchargement d'un logiciel de dactylographie publié sur le site de la demanderesse.

En mars 2010, le tribunal de grande instance de Nanterre a jugé le procédé licite, considérant notamment qu'« il importe peu que le lien ne dirige pas l'internaute vers la page d'accueil du site de l'éditeur ou que l'information à ce titre n'ait pas été complète [...] une information n'équivalant nullement à une mise à disposition »¹²⁰⁵.

Il a également considéré qu'aucune violation du droit de paternité de l'œuvre n'avait été commise en l'espèce, les mentions relatives à la titularité des droits étant présentes sur la version de présentation que le lien permettait de télécharger.

En mai 2013, dans l'affaire *C More Entertainment c. Linus Sandberg*, la Cour suprême suédoise a présenté une demande de décision préjudicielle à la CJUE¹²⁰⁶. En l'espèce, *Linus Sandberg* aurait établi des liens directs sur des retransmissions en direct de deux matchs de hockey sur glace, auxquels l'accès était fourni de manière payante par *C More Entertainment*, sur une page directement accessible par simple saisie de son adresse URL¹²⁰⁷.

La Cour demande notamment à la CJUE si la fourniture d'un lien constitue une communication au public au sens de l'article 3 paragraphe 1 de la Directive sur l'harmonisation du droit d'auteur, et si la manière dont le lien est établi, ou dont l'accès à l'œuvre référencée est restreint « d'une quelconque façon » peuvent influencer la réponse.

D'autres cas ont donné lieu à des transactions¹²⁰⁸.

1203

P. 8 s.

1204

Voir partie III-A du jugement.

1205

25.03.2010, <http://legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2897>.

1206

Högsta domstolen, 22.05.2013, affaire C-279/13.

1207

Voir <<http://www.futureofcopyright.com/home/blog-post/2010/11/20/swedish-court-direct-link-to-sports-game-is-copyright-infringement.html>>.

1208

Tel fut notamment le cas dans l'affaire *Universal Studios c. Movie List* (citée par Ott, Linking, p. 111), dans laquelle un amateur de cinéma avait établi sur son site plus de 900 liens directs sur des bandes-annonces de films.

2.2. Liens sur des fichiers mis en ligne sans droit

2.2.1. Liens directs

En Suède, dans l'affaire *Olsson*, un jeune *webmaster* fut mis en cause pour avoir établi de nombreux liens sur des fichiers MP3 pirates. En juin 2000, la Cour suprême suédoise, tout en considérant apparemment que les liens devaient en l'espèce être considérés comme des utilisations des contenus référencés, acquitta le lieur pour des motifs procéduraux¹²⁰⁹.

Dans l'affaire *Tono c. Bruvik*, souvent désignée par *Napster.no*, un étudiant norvégien fournissait lui aussi sur son site des liens sur des fichiers MP3 mis en ligne sans droit. Sur la page d'accueil, un lien « *add an mp3* » permettait aux utilisateurs d'ajouter eux-mêmes de nouveaux liens. Le site a compté jusqu'à 170 liens.

En 2005, la Cour suprême de Norvège a condamné l'étudiant pour complicité de mise à disposition du public d'œuvres protégées, les liens provoquant une plus grande disponibilité des fichiers référencés et l'atteinte principale au droit d'auteur subsistant, selon les juges, tant que les œuvres référencées restent disponibles sur Internet¹²¹⁰.

En Belgique, dans l'affaire *IFPP c. Skynet*, la cour d'appel de Bruxelles a acquitté *Skynet*, condamné en première instance pour avoir hébergé des sites proposant des liens vers des fichiers MP3 mis en ligne sans droit, en considérant que la notification effectuée par la demanderesse n'avait en l'espèce pas été suffisante¹²¹¹.

Dans son jugement, la cour précise que l'établissement de tels liens, qui constituent un type de « clé » permettant la reproduction et la distribution des

¹²⁰⁹ *Högsta Domstolen*, 15.06.2000, partiellement traduit et commenté par Karnell p. 368 ss. Sur cette affaire, voir aussi Boman/Lindblom p. 55 ss, Glöckner p. 145 s., Strowel/Hanley p. 89 s.

¹²¹⁰ *Højesterett*, 27.01.2005, 2004/882, <<http://www.linksandlaw.com/decision138-Napster-no2.pdf>>, traduit in IIC 2006, p. 120 ss, n. 62 s. Le tribunal de première instance avait considéré les liens comme des mises à disposition. La cour d'appel avait acquitté l'étudiant, considérant que les liens ne constituaient ni des mises à disposition, ni des complicités de mises à disposition des œuvres référencées (voir p. 120 de la traduction du jugement de la Cour suprême). Une traduction en anglais de la décision de la cour d'appel est disponible à l'adresse <<http://www.linksandlaw.com/decisions-135-napster-norway.htm>>. Sur cette affaire, voir aussi CSPLA p. 37 s., Krog p. 73 ss, Strowel/Hanley p. 92 s.

¹²¹¹ 13.02.2001, <<http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/56-1.pdf>>. Voir Strowel/Hanley p. 99 ss, Wéry.

fichiers référencés, est illicite quand le lieur sait ou devrait savoir que les fichiers référencés ont été mis en ligne sans droit¹²¹².

En Allemagne, après la fermeture du célèbre site *Kino.to* en juin 2011, plusieurs des administrateurs et collaborateurs du site ont été arrêtés et condamnés.

Le site, qui n'hébergeait aucun contenu, fournissait plus d'un million de liens permettant le visionnement en *streaming* ou le téléchargement de plus de cent mille films, documentaires et séries télévisées, mis en ligne sur des sites tiers de *sharehosting*, dont certains étaient exploités par les administrateurs et collaborateurs de *Kino.to*. Les exploitants des autres sites étaient liés avec eux par des ententes. Au moment de sa fermeture, *Kino.to* attirait plus de quatre millions de visiteurs quotidiens.

En juin 2012, le *Landgericht* de Leipzig a condamné le fondateur du site à quatre ans et demi d'emprisonnement pour avoir mis à disposition sans droit des œuvres protégées¹²¹³.

Le jugement précise explicitement que l'établissement d'un lien profond ne constitue en principe pas une mise à disposition de l'œuvre référencée, mais considère qu'en l'espèce la fourniture des liens est comparable à une mise à disposition des œuvres par le lieur sur son propre site, puisque les œuvres hébergées sur les sites de *sharehosting* n'auraient pas pu être trouvés sans l'aide des liens¹²¹⁴.

En France, le tribunal de grande instance de Thionville a condamné en novembre 2013 à dix mois de prison avec sursis et plus d'un million d'euros de dommages et intérêts l'administrateur du site de liens de téléchargement direct *Forum-DDL*, qui aurait répertorié plus de soixante mille œuvres et compté plus de cent mille membres inscrits¹²¹⁵.

2.2.2. Hash-Links

2.2.2.1. A l'étranger

Aux Etats-Unis, dans l'affaire *Columbia Pictures Industries c. Gary Fung*,

¹²¹² Voir Strowel/Hanley p. 100.

¹²¹³ 11 KLS 390 Js 191/11, ZUM 2013, p. 338 ss (345).

¹²¹⁴ P. 345.

¹²¹⁵ Voir <<http://www.pcinpact.com/news/84357-10-mois-prison-et-117-million-dommages-et-interets-contre-forum-ddl.htm>>, <<http://www.pcinpact.com/news/84391-forum-ddl-decision-tres-severe-mais-pas-surprenante.htm>>.

la cour d'appel du 9^{ème} Circuit de Californie a confirmé en mars 2013 que le titulaire d'un site mettant à disposition des liens *BitTorrent* permettant le téléchargement de copies pirates d'œuvres protégées s'est rendu coupable d'avoir induit les violations du droit d'auteur commises par les utilisateurs¹²¹⁶.

Dans l'une des décisions rendues dans cette affaire, l'instance inférieure compare les liens *BitTorrent* à du « vieux vin dans une nouvelle bouteille », considérant que le procédé ne doit pas être distingué de l'offre directe de fichiers sur un site *web* ou dans des réseaux *peer-to-peer*¹²¹⁷.

En Allemagne, le *Landgericht* de Hambourg a condamné en 2005 l'auteur de liens sur des séries télévisées pour avoir favorisé leur mise à disposition du public et leur dissémination¹²¹⁸. Aucune violation directe du droit d'auteur n'a été retenue.

Le 30 avril 2013, l'*Amtsgericht* d'Aachen a condamné l'exploitant du site *Torrent.to*, fournissant lui aussi de nombreux liens de type *BitTorrent*¹²¹⁹.

En France, en janvier 2010, le tribunal de grande instance d'Evry a quant à lui acquitté un étudiant en informatique qui avait établi sur son site plusieurs milliers de liens permettant le téléchargement de films, de séries TV et de jeux vidéo¹²²⁰. N'envisageant aucune violation directe des droits des auteurs concernés, le tribunal n'a pas non plus retenu d'acte de participation à des téléchargements illégaux, la preuve concrète de leur existence n'ayant pas été

¹²¹⁶ 21.03.2013, 710 F.3d 1020 (1031 ss ; « *liability for inducing others to infringe Columbia's copyrights* », p. 1039). Sur les liens *BitTorrent*, voir p. 1026 ss du jugement, ainsi que Gaertner/Frank p. 452 s. Même s'ils ne constituent pas au sens strict des *Hash-Links* (mais contiennent les *Hash-Links* des différents morceaux des fichiers composant le fichier final à télécharger), les fichiers *BitTorrent* sont souvent considérés comme des *Hash-Links*, et seront traités comme tels, par simplification, dans le cadre de notre étude.

¹²¹⁷ « *Defendants' technology is nothing more than old wine in a new bottle. Instead of logging into a proprietary network in order to download files from each others' computers, Defendants' users access Defendants' generally accessible website in order to download those files. And instead of downloading content files directly through Defendants' website, Defendants' users download dot-torrent files that automatically trigger the downloading of content files. These technological details are, at their core, indistinguishable from the previous technologies* » (*US District Court, C.D. California*, 21.12.2009, 2009 U.S. Dist. LEXIS 122661, VII).

¹²¹⁸ 15.07.2005, 308 O 378/05, I. Un jugement identique, rendu le même jour, est désigné par la référence 308 O 379/05.

¹²¹⁹ Voir notamment <<http://www.recht-freundlich.de/tag/ag-aachen-torrent>>, <<http://www.hollywoodreporter.com/news/operator-germanys-torrentto-gets-prison-476170>>, <<http://winfuture.de/news,75924.html>>. Le jugement n'a, à notre connaissance, pas été publié.

¹²²⁰ 19.01.2010, <<http://www.legalis.net/spip.php?article2864>>.

apportée.

A l'inverse, par la suite, plusieurs autres jugements ont sanctionné l'établissement de *Hash-Links*¹²²¹.

Ainsi, la cour d'appel de Rennes a condamné en décembre 2010 un fournisseur de tels liens pour représentation et mise à disposition illicites d'œuvres protégées¹²²², « aux motifs que le seul objet du site [...] a été de favoriser l'accès et l'usage de sites de téléchargement permettant de visualiser, d'entendre, et éventuellement de reproduire des œuvres de l'esprit, au mépris des droits de leurs auteurs et de leurs ayant droit » et « qu'il n'est pas contesté » que « le succès de ce site a tenu à la facilité d'accès qu'il a permis à ces œuvres ainsi qu'à la qualité de la reproduction de celles-ci qu'il permettait »¹²²³.

Dans le même sens, en juillet 2011, la cour d'appel de Paris a considéré que « la mise à disposition de [...] liens permettant d'accéder à des fichiers contenant des œuvres contrefaisantes ou à des pages de sites internet contenant ces liens ou encore à des moteurs de recherche permettant d'accéder à ces liens, constitue un acte illicite de contrefaçon par représentation de ces œuvres »¹²²⁴.

Elle a ajouté, de manière plus surprenante, que « la mise à disposition du public d'un matériel et d'installations permettant la reproduction massive [...] d'œuvres [...] constitue un acte illicite de contrefaçon par reproduction car il rend ces moyens matériels accessibles à des personnes n'ayant pas acquitté les droits d'auteurs ou n'ayant pas acquis de licence d'utilisation »¹²²⁵.

En mai 2012, la même cour a condamné un autre fournisseur de *Hash-Links* pour « complicité de contrefaçon par représentation » des œuvres référencées¹²²⁶.

Quelques mois plus tard, la cour d'appel de Pau a considéré que l'établissement de *Hash-Links* « constitue une communication de l'œuvre publique et donc un acte de représentation, une mise à disposition du public en violation des droits de leurs auteurs, caractérisant l'élément matériel de

¹²²¹ En plus des jugements cités ci-dessous, d'autres sont mentionnés à l'adresse <<http://www.nextinpact.com/news/85796-amende-et-prison-pour-retraite-administrateur-d-un-site-liens-torrent.htm>>.

¹²²² 16.12.2010, mentionné par Sirinelli, réseaux, p. 515 s. Un pourvoi dirigé contre ce jugement a été rejeté, sur ce point, par la Cour de cassation (21.02.2012, n. *JurisData* 2012-006396).

¹²²³ Citation reprise de l'arrêt de la Cour de cassation précité.

¹²²⁴ 1.07.2011, n. *JurisData* 2011-017963, p. 8.

¹²²⁵ P. 9.

¹²²⁶ 25.05.2012, n. *JurisData* 2012-020565, p. 11.

l'infraction de contrefaçon par représentation »¹²²⁷.

On précisera encore qu'en 2008, la cour d'appel de Bastia a condamné l'exploitant d'un site sur lequel les utilisateurs pouvaient déposer des *Hash Links*¹²²⁸.

En Espagne, plusieurs jugements ont considéré que les *Hash-Links* ne violent aucun droit d'auteur à titre principal, et qu'ils ne constituent en particulier pas des communications au public des œuvres référencées¹²²⁹.

Tel fut notamment l'avis de la cour d'appel de Madrid¹²³⁰, en 2008 dans la célèbre affaire *Sharemula*¹²³¹, puis, en 2010, dans l'affaire *cvcdgo*¹²³².

En juin 2013, toutefois, un tribunal de Valence a condamné l'administrateur de trois sites proposant des liens directs sur des fichiers pirates et des *Hash-Links*, en considérant apparemment ces liens comme des communications au public illicites¹²³³. En octobre 2013, un tribunal de Castellón a livré une analyse similaire dans un autre cas portant sur l'établissement de *Hash-Links*¹²³⁴.

D'autres jugements ont sanctionné des référencement plus indirects.

En 2006, le tribunal de grande instance de Paris a condamné, pour « contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des

¹²²⁷ 18.10.2012, n. *JurisData* 2012-027948, p. 14.

¹²²⁸ 24.09.2008, cité par Sirinelli, réseaux, p. 517 s. (avec pourvoi rejeté par la Cour de cassation, 23.03.2010, n. *JurisData* 2010-004318).

¹²²⁹ Voir Peguera, *Liability*, n. 69 ss et 94, ainsi que <<http://ispliability.wordpress.com>>, post du 17.11.2013.

¹²³⁰ *Audiencia Provincial de Madrid*.

¹²³¹ 11.09.2008, arrêt référencé et téléchargeable à l'adresse <<http://ispliability.wordpress.com>> (post du 16.06.2010). Sur cette affaire, voir aussi Peguera, *Liability*, n. 72 ss, <<http://www.nextinpact.com/archive/46144-sharemula-P2P-liens-edonkey-justice.htm>>, <<http://torrentfreak.com/linking-to-p2p-downloads-confirmed-legal-in-spain-080919>>.

¹²³² 11.05.2010, <<http://www.bufetalmeida.com/602/caso-cvcdgo-pagina-de-enlaces-la-audiencia-provincial-de-madrid-confirma-el-auto-de-archivo.html>>. Sur cet arrêt, voir <<http://ispliability.wordpress.com>> (post du 16.06.2010). Certains jugements de cours inférieures ont condamné les auteurs de *Hash Links* suite à un accord dans lequel ils se reconnaissent coupables en échange de la garantie de ne pas être poursuivis au civil (voir Peguera, *Liability*, n. 75, <<http://torrentfreak.com/file-sharing-site-admin-sentenced-to-6-months-jail-090411>>, <<http://torrentfreak.com/file-sharing-admin-convicted-for-crime-he-didnt-commit-090415>>).

¹²³³ Voir <<http://www.nextinpact.com/news/81006-espagne-195-mois-prison-pour-administrateur-trois-sites-liens.htm>>, <<http://www.hollywoodreporter.com/news/court-sends-man-jail-as-577233>>.

¹²³⁴ Voir <<http://ispliability.wordpress.com>>, post du 17.11.2013.

droits de l'auteur » l'auteur d'un lien sur un moteur de recherche de *Hash-Links*¹²³⁵. Le tribunal a notamment considéré que « compte tenu du succès rencontré par le site [...] et du nombre de fichiers disponibles par l'intermédiaire du moteur de recherche [...], le fait qu'un procès verbal ne constate pas de téléchargements effectifs de fichiers par des internautes ne saurait faire obstacle à la certitude que de nombreux fichiers ont été téléchargés illégalement ».

En juin 2011, la cour d'appel de Lyon a quant à elle confirmé la condamnation, pour complicité de contrefaçon, du titulaire d'un site qui n'avait fait qu'indiquer des mots-clés destinés à faciliter le téléchargement de films dans des réseaux *peer-to-peer*¹²³⁶.

2.2.2.2. En Suisse

A notre connaissance, deux affaires ont porté sur l'établissement de *Hash-Links* en Suisse.

Dans l'affaire *Swissmule*, après l'ouverture de plusieurs actions contre l'exploitant et contre des utilisateurs du site *swissmule.com*, le tribunal cantonal des Grisons a condamné en 2006 un utilisateur ayant posté des *Hash-Links* sur un forum du site pour complicité de distribution illicite des œuvres référencées, ainsi que des reproductions effectuées par les utilisateurs ayant activé les liens au sens des articles 25 CP et 67 alinéa 1 lettres e et f LDA¹²³⁷. Le site était divisé en plusieurs forums thématiques. L'un d'entre eux contenait des descriptifs de films, associés à des *Hash-Links*.

En février 2011, dans l'affaire *ShareReactor*, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation de l'administrateur du site *ShareReactor*, un informaticien thurgovien qui avait établi sur son site *des Hash-Links* référençant principalement des films et des jeux vidéo, notamment pour complicité de violation du droit d'auteur par métier au sens des articles 25 CP et 67 LDA, les liens favorisant les téléchargements et les mises à disposition ultérieures des fichiers par les utilisateurs sur les réseaux *peer-to-peer*¹²³⁸.

¹²³⁵ 20.06.2006, <<http://www.legalis.net/spip.php?article1832>>.

¹²³⁶ Voir <<http://www.itespresso.fr/piratage-le-createur-de-station-divx-com-veut-user-de-tous-les-recours-en-justice-43748.html>>.

¹²³⁷ 27.07.2006, sic! 2008 p. 205 ss (206 s.). Sur cette affaire, voir aussi Frech nbp 1687, Küchler p. 207 s., Müller p. 49.

¹²³⁸ 7.02.2011, 6B_757/2010, consid. 4.2 ss. Sur cette affaire et sur le jugement rendu en première instance, voir aussi Frech nbp 1687, Müller p. 50, Schwarzenegger p. 207 s., ainsi que l'article disponible à l'adresse <<http://www.numerama.com/magazine/7958->

2.3. Synthèse

Cet aperçu montre que les tribunaux, sur le plan international, admettent le plus souvent que les liens directs sur des fichiers mis en ligne sans droit sont illicites. Ils sont plus partagés sur la question de savoir s'il faut les qualifier de violations directes du droit d'auteur ou de simples participations à des violations du droit d'auteur, ainsi que sur la question de l'admissibilité des liens sur des fichiers licites.

3. Doctrine

Une partie de la doctrine considère, tout comme une partie de la jurisprudence que nous avons citée¹²³⁹, que les liens directs sur des fichiers ne constituent aucune violation du droit d'auteur à titre principal¹²⁴⁰.

Ces auteurs considèrent plutôt que les liens directs sur des fichiers, lorsqu'ils référencent des œuvres mises en ligne sans droit, constituent des actes de favorisation des violations commises par les fournisseurs de fichiers, ou par les utilisateurs qui les téléchargent¹²⁴¹.

D'autres auteurs admettent tout de même que les liens directs sur des fichiers peuvent constituer des violations du droit d'auteur à titre principal.

Le Forum des droits sur l'internet considère ainsi que « les liens pointant directement vers un fichier précis [...] s'approprient un contenu et/ou, par le résultat qu'ils cherchent à atteindre, détournent le mode d'exploitation de l'œuvre initialement prévu par le titulaire des droits »¹²⁴², et qu'« en permettant aux internautes de télécharger directement ces ressources sur leur disque dur, sans passer par la consultation de la page au sein de laquelle elles sont originellement représentées ou accessibles, le leur procède à un acte de

¹²³⁹ [Sharereactor-declare-coupable-apres-4 ans-de-procedure.html](#)>.

¹²⁴⁰ Voir chiffre 2. ci-dessus.

¹²⁴⁰ Voir notamment Gaertner/Frank p. 454 s. (pour les liens *BitTorrent*), Nordemann/Dustmann p. 383 (pour les *Hash-Links*), Rössel p. 231 s. (pour les collections de liens sur des sites de *sharehosting*), Schwarzenegger p. 239 s. (pour les *Hash-Links*), Sommer/Brinkel p. 69. Voir aussi Brinkel p. 267 et Dreier n. 6a ad § 19a (qui considèrent que les *Hash Links* ne constituent pas des mises à disposition), Strowel/Hanley p. 90 s.

¹²⁴¹ Voir notamment, pour les *Hash-Links*, Nordemann/Dustmann p. 383, Schwarzenegger p. 240 ss, Sommer/Brinkel p. 69, ainsi que, pour les collections de liens sur des sites de *sharehosting*, Rössel p. 232.

¹²⁴² Recommandation hyperliens p. 24.

représentation »¹²⁴³.

Selon Ginsburg, les liens permettant le téléchargement direct de fichiers devraient être considérés comme des mises à disposition, puisque, du point de vue de l'utilisateur, l'effet produit est le même que si le fichier avait été directement offert par le site lieu¹²⁴⁴.

Schwartzmann considère que les liens établis par des portails du type de *Kino.to*¹²⁴⁵, référençant des œuvres hébergées sur des sites de *sharehosting*, en constituent des mises à disposition, ces œuvres étant introuvables sans l'aide des liens¹²⁴⁶.

Dans le même sens, Ullrich considère qu'un lien constitue une mise à disposition lorsque le fichier référencé a été mis en ligne sans que son auteur ait l'intention de le mettre à disposition du public, et que son URL n'est portée à la connaissance du public que par l'établissement du lien¹²⁴⁷.

Enfin, l'ALAI est d'avis que « l'établissement d'un lien vers un contenu ciblé porte atteinte au droit de « mise à disposition » [...] si le contenu est mis à disposition initialement sans le consentement du titulaire de droits ou [...] si la disponibilité du contenu [...] va [...] à l'encontre de la volonté déclarée ou clairement implicite du titulaire de droits »¹²⁴⁸.

On précisera enfin que l'exposé des motifs accompagnant l'introduction du droit de mise à disposition en droit suédois précise expressément que les liens directs sur des fichiers tombent sous le coup de ce nouveau droit¹²⁴⁹.

4. Analyse

4.1. Liens sur des fichiers licites

4.1.1. Droits patrimoniaux

Les liens directs sur des fichiers forment une catégorie particulière de liens, distincte de celles que nous avons étudiées jusqu'ici.

¹²⁴³ Recommandation hyperliens p. 25.

¹²⁴⁴ Ginsburg, right, p. 8 s. Voir aussi, du même avis et se référant à Ginsburg, Benizri p. 471.

¹²⁴⁵ Voir chiffre 2.2.1. ci-dessus.

¹²⁴⁶ Schwartzmann p. 16.

¹²⁴⁷ Ullrich p. 857.

¹²⁴⁸ ALAI p. 1.

¹²⁴⁹ Ds. 2003:35, <<http://www.regeringen.se/content/1/c4/06/30/5e4dd4d3.pdf>>, p. 99 (voir Glöckner p. 147).

Ces liens diffèrent des liens profonds que nous avons étudiés précédemment¹²⁵⁰, en ce sens qu'au lieu de renvoyer à une page *web*, ils référencent de manière directe un autre type de fichier, permettant à l'utilisateur de le consulter et/ou de l'enregistrer sans avoir à consulter aucune page de la collection de ressources à laquelle il appartient. Ils détournent ainsi, comme l'a écrit le Forum des droits sur l'internet¹²⁵¹, « le mode d'exploitation de l'œuvre initialement prévu par le titulaire des droits », en permettant une consultation s'effectuant d'une manière différente de celle qu'il avait voulue.

Ces liens ne s'analysent pas pour autant comme des transclusions, le lieu n'intégrant pas la ressource référencée sur sa propre page, ni techniquement, ni en apparence.

Entre les références que constituent les liens profonds et les intégrations qu'entraînent les transclusions, le statut « intermédiaire » de ces liens particuliers rend leur qualification juridique délicate et incertaine.

A notre avis, à défaut d'une intégration comparable à celle qui s'effectue pour les transclusions, le caractère de référence de ces liens reste prépondérant : un lien direct sur un fichier ne l'utilise pas au sens du droit d'auteur, il ne fait, en le référant, que favoriser les utilisations de ceux qui l'activent.

On pourra s'inspirer à ce propos d'Antreasyan et de Sakkal, qui écrivent en relation avec les systèmes de partage de cartes permettant l'accès à des chaînes de télévision cryptées que « le droit d'exclusif d'utilisation doit être directement lié à l'œuvre », et qu'« en ce sens, le fait de faciliter la perception de l'œuvre par des tiers – sans utiliser l'œuvre elle-même mais simplement en mettant à disposition un système de piratage – n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 10 LDA »¹²⁵².

Cette réflexion, pertinente, nous paraît applicable aux liens directs sur des fichiers, qui ne font que faciliter l'utilisation de fichiers, sans réellement les utiliser.

Nous considérons donc qu'il faut admettre, comme une partie de la doctrine et de la jurisprudence que nous avons citées¹²⁵³, qu'un lien direct sur un fichier n'en constitue pas une utilisation tombant sous le coup de l'article 10 LDA.

Ces liens ne mettent notamment pas les fichiers référencés à disposition

¹²⁵⁰ Voir quatrième partie.
¹²⁵¹ Voir chiffre 3. ci-dessus.
¹²⁵² Antreasyan/Sakkal p. 133.
¹²⁵³ Voir chiffres 2. s. ci-dessus.

des utilisateurs, au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA, puisque ces fichiers sont déjà mis à disposition par leurs titulaires¹²⁵⁴, qui peuvent seuls décider de la durée pour laquelle ces fichiers seront accessibles. Le lieu ne fait qu'en faciliter l'accès aux utilisateurs¹²⁵⁵.

Ces considérations restent à notre avis valables même si le fichier référencé est difficilement trouvable sans l'aide d'un lien, notamment parce qu'il n'est pas référencé par les moteurs de recherche. La question de l'existence d'une mise à disposition pourrait tout au plus se poser lorsqu'un fichier est concrètement impossible à trouver sans que son URL soit connue¹²⁵⁶, mais ce cas de figure est avant tout théorique, l'établissement d'un lien direct sur un fichier supposant que ce dernier ait été précédemment « trouvable », puisque le lieu doit par hypothèse avoir pu lui-même trouver son adresse pour établir son lien¹²⁵⁷.

Si on admettait qu'un lien sur un fichier déjà disponible en libre accès mais difficile à trouver puisse le mettre à disposition, il faudrait en toute logique admettre que même la simple mention de l'adresse URL d'un tel fichier puisse aussi en constituer une mise à disposition, et donc une utilisation, ce qui nous

¹²⁵⁴ Le chargement d'une œuvre sur un serveur en constitue en effet une mise à disposition, voir deuxième partie, section 2, chiffre 1.3.

¹²⁵⁵ Voir, plus en détails, les considérations émises sous troisième partie, section 2, chiffre 1.2., à notre avis également applicables ici.

¹²⁵⁶ Plusieurs jugements allemands ont considéré que les fichiers chargés sur les sites de *sharehosting* sont mis à disposition au moment de la publication des liens de téléchargement (voir notamment BGH, 12.07.2012, I ZR 18/11, n. 16 (« *die Dateien mit dem geschützten Spiel werden von Nutzern des File-Hosting-Dienstes der Beklagten unter Verletzung des bestehenden Urheberrechts (§§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG) durch Bekanntgabe des Zugangslinks im Internet öffentlich zugänglich gemacht* »), OLG Hambourg, 14.03.2012, 5 U 87/09, II-4-a (confirmé par BGH, 15.08.2013, I ZR 80/12), OLG Düsseldorf, 6.07.2010, I-20 U 8/10, B, 22.03.2010, I-20 U 166/09, B-b et B-c-1, ainsi que l'affaire *Kino.to*, présentée sous chiffre 2.2.1. ci-dessus ; voir aussi Becker/Becker p. 42, Rössel p. 230, Schwartmann p. 12, Schröder p. 487). Voir aussi, considérant qu'une œuvre accessible en ligne n'est pas nécessairement mise à disposition, Appl/Bauer p. 187, ainsi que les auteurs cités sous chiffre 3. ci-dessus. A notre avis, ces considérations ne sont pas transposables au droit suisse : le § 19a UrhG, qui prévoit un droit de mise à disposition *du public* (« *öffentliche Zugänglichmachung* »), diffère sur ce point du droit suisse (en droit suisse, une œuvre est mise à disposition même lorsqu'elle ne s'adresse qu'à une seule personne, et non à un public (voir Salvadé, nuage, p. 166)). En outre, la situation des arrêts précités est différente de celle qui nous occupe ici, la discussion portant, dans ces arrêts, sur la qualification des actes des utilisateurs ayant eux-mêmes publié les fichiers sur des sites de *sharehosting*, alors que, dans le cas de figure que nous étudions, le lieu n'a pas lui-même publié les fichiers référencés.

¹²⁵⁷ Sauf dans le cas très théorique où le lieu aurait été informé de son URL par le titulaire de la ressource référencée ou par un tiers.

paraît erroné¹²⁵⁸.

L'établissement d'un lien direct sur un fichier ne le fait à notre avis pas non plus « voir ou entendre » au sens de l'article 10 alinéa 2 lettre f LDA, contrairement à ce que nous avons retenu pour les transclusions¹²⁵⁹, faute d'une réelle intégration sur le site du lieu.

L'activation d'un lien direct sur un fichier favorise sa consultation et/ou son téléchargement par l'utilisateur et, parfois, la confection de copies provisoires chez les intermédiaires¹²⁶⁰. Ces utilisations sont couvertes par les exceptions des articles 19 et 24a LDA¹²⁶¹. On précisera que, comme pour les transclusions¹²⁶², les copies confectionnées ne sont pas légitimées par l'octroi d'une autorisation implicite, l'auteur qui publie un site ne désirant le plus souvent pas que ses fichiers soient consultés directement, indépendamment des pages sur lesquelles ils figurent.

4.1.2. Droits moraux

4.1.2.1. Droit de divulgation

L'établissement d'un lien direct sur un fichier, déjà divulgué lors de son chargement sur un serveur, ne fait que favoriser sa consultation et ne le divulgue pas au sens de l'article 9 alinéa 2 LDA¹²⁶³.

4.1.2.2. Droit de paternité

Contrairement aux autres types de liens profonds¹²⁶⁴, un lien direct sur un fichier constitue à notre avis une violation du droit de paternité de l'œuvre de son auteur, au sens de l'article 9 alinéa 1 LDA, lorsqu'il a pour effet de cacher

¹²⁵⁸ Voir aussi Cour suprême de Norvège, 27.01.2005, <<http://www.linksandlaw.com/decision138-Napsterno2.pdf>>, n. 48 (« *it cannot be doubted that simply making a website address known by rendering it on the internet is not making a work publicly available. This must be the case independent of whether the address concerns lawfully or unlawfully posted material* », traduction fournie in ICC 2006, p. 121). *Contra* : Appl et Bauer considèrent (p. 187) que la simple mention d'une adresse URL ayant été obtenue sans droit, par exemple grâce à un piratage informatique, en constitue une mise à disposition lorsqu'elle n'a pas été déjà mise à disposition auparavant.

¹²⁵⁹ Voir cinquième partie, section 2, chiffre 2.1.

¹²⁶⁰ Voir première partie, section 2, chiffre 2.7.

¹²⁶¹ Voir troisième partie, section 2, chiffre 1.3.

¹²⁶² Voir cinquième partie, section 2, chiffre 2.2.

¹²⁶³ Voir les réflexions formulées sous troisième partie, section 2, chiffre 2.1., également applicables ici.

¹²⁶⁴ Voir quatrième partie, section 2, chiffre 3.2.

son nom, puisque l'œuvre référencée est consultée dans un contexte différent de celui qui avait été prévu par son auteur.

Tel est le cas lorsque la collection de ressources à laquelle appartient le fichier mentionne le nom de son auteur, que ce nom ne figure pas sur le fichier lui-même et que le lieu ne mentionne pas la provenance du fichier. En règle générale, une indication du point d'entrée de la collection de ressources à laquelle appartient le fichier référencé, ou de toute autre adresse permettant d'identifier son auteur, est à notre avis suffisante.

Lorsque le nom de l'auteur n'est pas indiqué dans la collection de ressources à laquelle appartient le fichier référencé, le lieu doit tout de même préciser qu'il provient d'un site tiers, et préciser le nom de ce site, ou l'adresse URL de sa page d'accueil, ou encore celle du fichier référencé.

Le droit de paternité est toujours violé lorsqu'un lien référence un fichier d'une manière propre à donner l'impression à l'utilisateur que le lieu est son auteur, puisque ce droit inclut, pour l'auteur, le droit de s'opposer à toute usurpation de sa qualité d'auteur¹²⁶⁵.

4.1.2.3. Droit à l'intégrité

Les liens directs sur des fichiers ne violent à notre avis jamais le droit à l'intégrité des ressources qu'ils référencent, car ils ne les modifient pas et ne les utilisent pas¹²⁶⁶.

4.2. Liens sur des fichiers mis en ligne sans droit

4.2.1. Droits patrimoniaux

Comme les liens sur des fichiers licites¹²⁶⁷, les liens sur des fichiers mis en ligne sans droit n'en constituent à notre avis pas des utilisations, pour les mêmes raisons.

Ils favorisent certaines utilisations, dont une partie sont couvertes par les exceptions des articles 19 et 24a LDA. Nous renvoyons à ce sujet aux analyses effectuées en relation avec les liens sur des sites contenant des œuvres mises en

¹²⁶⁵ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

¹²⁶⁶ Voir les considérations formulées sous troisième partie, section 2, chiffre 2.3.3. et quatrième partie, section 2, chiffres 3.3.2. s., également applicables ici, ainsi que chiffre 4.1.1. ci-dessus.

¹²⁶⁷ Voir chiffre 4.1.1. ci-dessus.

ligne sans droit, également applicables ici¹²⁶⁸.

A notre avis, tout comme les autres liens sur des sites contenant des œuvres mises en ligne sans droit, les liens directs sur des fichiers mis en ligne sans droit favorisent leur transmission, tombant sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA, par l'utilisateur ayant mis en ligne la ressource référencée¹²⁶⁹.

La particularité des *Hash-Links* est qu'ils favorisent de manière directe la mise à disposition subséquente des fichiers téléchargés par les utilisateurs les ayant activés, puisque le téléchargement d'un fichier dans un réseau *peer-to-peer* entraîne généralement sa mise à disposition, simultanée ou ultérieure. Cette mise à disposition, qui tombe sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA, sort du cadre de l'usage privé¹²⁷⁰. Le fournisseur d'un *Hash-Link* peut donc, en plus de la responsabilité découlant de la transmission qu'il favorise¹²⁷¹, se rendre coupable de complicité, voire d'instigation à une violation du droit d'auteur au sens des articles 24 et 25 CP, et 67 alinéa 1 lettre g^{bis} CP, en raison de la mise à disposition que son lien favorise¹²⁷².

4.2.2. Droits moraux

4.2.2.1. Droit de divulgation

Un lien sur un fichier mis en ligne sans droit ne fait que favoriser sa consultation et ne le divulgue pas au sens de l'article 9 alinéa 2 LDA¹²⁷³.

Lorsqu'une œuvre non divulguée est mise en ligne sans droit, l'atteinte au droit exclusif de divulgation est réalisée lors de son chargement sur un serveur¹²⁷⁴, et non lors de son référencement par le lieur.

4.2.2.2. Droit de paternité

Comme un lien direct sur un fichier mis en ligne avec l'autorisation de son

¹²⁶⁸ Voir section 1, chiffre 1.3.2. ci-dessus.

¹²⁶⁹ Voir les réflexions formulées sous section 1, chiffres 1.3.2.3. s. ci-dessus.

¹²⁷⁰ Voir nbp 533.

¹²⁷¹ Voir section 1, chiffre 1.4. ci-dessus.

¹²⁷² Voir aussi, admettant la mise en œuvre de la responsabilité du lieur en raison des mises à disposition de fichiers que les *Hash-Links* favorisent, l'arrêt *ShareReactor* du Tribunal fédéral, cité sous chiffre 2.2.2.2. ci-dessus, David, URG, n. 15 ad art. 67 et, en droit allemand, Sommer/Brinkel p. 69.

¹²⁷³ Voir les réflexions formulées sous troisième partie, section 2, chiffre 2.1., également applicables ici.

¹²⁷⁴ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.1.

auteur, un lien direct sur un fichier mis en ligne sans droit constitue à notre avis une violation du droit de paternité de l'œuvre de son auteur, au sens de l'article 9 alinéa 1 LDA, lorsqu'il a pour effet de cacher son nom¹²⁷⁵.

Le droit de paternité est aussi violé lorsqu'un tel lien référence un fichier d'une manière propre à donner l'impression à l'utilisateur que le lieu est son auteur, puisque ce droit inclut, pour l'auteur, le droit de s'opposer à toute usurpation de sa qualité d'auteur¹²⁷⁶.

4.2.2.3. *Droit à l'intégrité*

Les liens directs sur des fichiers ne violent à notre avis jamais le droit à l'intégrité des fichiers référencés, parce qu'ils ne modifient et n'utilisent pas ces ressources, auxquelles ils ne font que renvoyer¹²⁷⁷.

¹²⁷⁵ Voir chiffre 4.1.2.2. ci-dessus, et les réflexions que nous y avons formulées.

¹²⁷⁶ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.2.

¹²⁷⁷ Voir chiffre 4.1.2.3. ci-dessus.

Section 3 - Liens contextuels

1. Problématique

Dans cette section, nous étudierons comment qualifier en droit d'auteur l'ajout de liens contextuels au navigateur de l'utilisateur¹²⁷⁸.

Ces liens peuvent profondément modifier l'expérience de navigation des utilisateurs sur le *web*.

Bien conçus, ils peuvent leur rendre d'importants services, leur fournir de nombreuses informations utiles et leur faire gagner un temps précieux dans la recherche de certaines informations.

Le fait de faciliter la traduction de termes, leur recherche dans des moteurs ou des encyclopédies, ou encore de leur associer des liens permettant de découvrir des sites associés renforce encore le caractère de « toile d'araignée » du *web*¹²⁷⁹, et peut à première vue être perçu comme un complément logique et naturel aux hyperliens « classiques ».

S'ils peuvent être très utiles, les liens contextuels posent tout de même un certain nombre de problèmes, plus ou moins importants suivant la manière concrète dont ils sont conçus par leurs fournisseurs.

D'abord, ils modifient l'apparence du site consulté, lors de son affichage par le navigateur de l'utilisateur, en y ajoutant des liens. Le site consulté n'est pas réellement modifié du point de vue technique¹²⁸⁰, mais il est présenté différemment à l'utilisateur.

L'information ne lui parvient plus telle qu'elle est émise par le titulaire du site consulté. L'intégrité du message d'origine est touchée¹²⁸¹ au point, dans certains cas, de dénaturer le contenu du site consulté. Tel peut par exemple être

¹²⁷⁸ Les liens contextuels contractuels ne posent pas de problème spécifique en droit d'auteur, puisqu'ils sont par définition autorisés par l'auteur, dans la mesure où leur établissement respecte les clauses du contrat conclu. Sur les liens contextuels, voir première partie, section 2, chiffre 2.8.3.

¹²⁷⁹ Même si ces liens contextuels n'offrent rien que l'utilisateur ne puisse faire par lui-même, manuellement, s'il souhaite s'informer (voir aussi, du même avis pour les *Smart Tags*, Bowers), pour autant qu'il possède les connaissances nécessaires.

¹²⁸⁰ Son code ne change pas, et son apparence reste identique pour tous les utilisateurs qui le consultent sans avoir installé l'application fournissant les liens contextuels.

¹²⁸¹ Bowers voit dans le maintien de la pureté du message d'origine un enjeu touchant au « *right to free speech* », ce droit fondamental étant selon lui violé lorsqu'un message est altéré.

le cas lorsque sont ajoutés des liens commerciaux, ou des liens sur des sites concurrents de ceux que le titulaire du site consulté recommande.

Une partie de la doctrine considère qu'en s'insérant entre les auteurs de sites consultés et les utilisateurs, et en retirant aux auteurs le contrôle des informations figurant sur leurs sites, les liens contextuels violent l'intégrité du *web* lui-même¹²⁸². Utilisés dans un but publicitaire, ils confèrent en outre un caractère commercial à toutes les pages consultées, surtout s'ils apparaissent automatiquement, sans nécessiter une action de l'utilisateur.

Economiquement, dans une optique concurrentielle, les liens contextuels peuvent poser plusieurs difficultés.

D'abord, si leur fournisseur référence des partenaires commerciaux, il tire un profit des contenus consultés par l'utilisateur, parfois fournis par des concurrents des partenaires référencés, créant dans ce dernier cas des détournements de trafic¹²⁸³.

Des auteurs ont également souligné, en relation avec les *Smart Tags*, le fait que les petites sociétés fournisseuses de liens contextuels pourraient difficilement concurrencer des sociétés comme *Microsoft* et obtenir la confiance des utilisateurs, notamment quant à la fiabilité et à l'innocuité de leur produit¹²⁸⁴.

Enfin, si les liens contextuels ne se distinguent visuellement pas suffisamment des liens effectués par le titulaire du site consulté, l'utilisateur peut être amené, dans certains cas, à confondre les deux types de liens et à attribuer à l'auteur du site consulté l'établissement de liens qu'il n'a pas lui-même créés¹²⁸⁵.

¹²⁸² Kaminski considère ainsi qu'avec les *Smart Tags*, *Microsoft* serait devenu le directeur exécutif et créatif de chaque site Internet. Selon lui, les *Smart Tags* auraient mutilé les pages autant que si *Microsoft* les avait piratées pour y insérer ses propres liens.

¹²⁸³ Par exemple en associant au terme « Nice » un agent de voyage, auquel l'utilisateur serait renvoyé en consultant le site d'un concurrent (Kaminski), ou en associant à chaque code ISBN sur le site d'un libraire un lien vers le site d'*amazon* (<<http://www.amazon.com>>).

¹²⁸⁴ Voir notamment Kaminski. Voir aussi, sur les problèmes spécifiques qu'auraient pu poser les *Smart Tags*, notamment sur le plan concurrentiel, Ulbricht/Meuss p. 162 ss.

¹²⁸⁵ Voir notamment Kaminski, qui admet, à notre avis de manière trop large, l'existence de ce problème même quand les deux types de liens se distinguent, en raison de l'inexpérience qu'il attribue (en 2001) aux utilisateurs.

2. Droits patrimoniaux

Selon l'article 10 alinéa 1 LDA, « l'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée ».

La question de savoir si la fourniture de liens contextuels peut tomber sous le coup de cette disposition est complexe, tant elle diffère des hypothèses habituellement visées par l'article 10 LDA.

A première vue, il paraît clair que les fournisseurs de liens contextuels « utilisent » les contenus consultés par ceux qui téléchargent leurs applications, puisque ces fournisseurs se servent des termes qui figurent sur les pages consultées comme supports pour l'établissement de leurs liens. Si les liens sont commerciaux, on peut même y voir une exploitation économique.

Cette analyse se heurte toutefois à deux difficultés.

D'abord, à proprement parler, le fournisseur de liens contextuels n'exploite pas réellement le contenu de l'œuvre consultée par l'utilisateur. Il n'exploite que la présence de certains mots ou expressions prédéfinis.

Ensuite, ses liens ne s'ajoutent pas à une page en particulier, mais à l'ensemble des pages affichées par le navigateur de l'utilisateur.

Il n'existe pas de relation directe entre les liens contextuels et les pages consultées. Le fournisseur de liens contextuels n'utilise aucune page *web* en particulier, il ne fait que fournir à l'utilisateur un outil modifiant la manière dont les pages consultées lui apparaissent.

On voit difficilement, en pratique, comment le titulaire d'une page pourrait se plaindre devant un tribunal de l'existence d'un programme qui, installé dans un navigateur, pourrait amener à la consultation de sa page sous une forme modifiée, son œuvre n'étant elle-même pas directement utilisée.

En publiant une œuvre sur Internet, son auteur en reste propriétaire : il a le droit de déterminer dans quelle mesure elle peut notamment être copiée (hors de la sphère privée de l'utilisateur) ou mise à disposition sur un autre site¹²⁸⁶. Ce droit de propriété ne lui permet toutefois pas, à notre avis, de décider de la manière dont son œuvre doit être visualisée par un navigateur, malgré la large portée conférée au droit exclusif d'utilisation. Le droit de propriété n'implique pas la possibilité de s'en prendre au fonctionnement d'Internet et des navigateurs¹²⁸⁷.

¹²⁸⁶ Voir deuxième partie, section 2, chiffres 1.2. s.

¹²⁸⁷ Voir aussi les raisonnements formulés sous chiffre 3. ci-dessous.

La fourniture d'une application permettant l'usage de liens contextuels ne nous paraît donc pas constituer un acte d'utilisation des œuvres consultées au sens de l'article 10 alinéa 1 LDA.

3. Droits moraux

A l'étranger, plusieurs auteurs considèrent que les liens contextuels pourraient violer les droits moraux des auteurs des pages consultées.

Il a notamment été soutenu que ces liens peuvent constituer une atteinte à la réputation de l'auteur du site consulté, lorsque l'utilisateur les associe au contenu du site affiché¹²⁸⁸.

Certains considèrent en outre que les liens contextuels créent une œuvre dérivée¹²⁸⁹.

En droit suisse, sous l'angle du droit à l'intégrité de l'article 11 alinéa 1 LDA, on précisera d'abord que les liens contextuels ne modifient aucunement les pages consultées par les utilisateurs : les applications fournissant des liens contextuels ne modifient que la manière dont le navigateur qui en est pourvu les affiche. Le code des pages consultées ne change pas, et les applications fournissant des liens contextuels n'altèrent pas la manière dont les navigateurs qui n'en sont pas pourvus les affichent.

On peut dans ce cadre effectuer une analogie avec les bloqueurs de *pop-ups*¹²⁹⁰, les outils de traduction de pages ou les fonctions permettant la modification de l'affichage de la taille du texte dans un navigateur : ces applications et fonctions ne modifient pas les pages consultées, mais uniquement la manière dont elles apparaissent aux utilisateurs qui les consultent en se servant de ces ressources et options.

¹²⁸⁸ Voir notamment Kaminski, et le post de Michael Fraase, à l'adresse <<http://www.farces.com/smarttags-and-the-microsoft-problem-revisited>>.

¹²⁸⁹ Voir les posts d'Eric Goldman, aux adresses <http://blog.ericgoldman.org/archives/2005/02/googles_autolin.htm> et <http://blog.ericgoldman.org/archives/2005/03/google_autolink_1.htm>, ainsi que Robin Gross, citée par Kaminski et Ulbricht/Meuss p. 163. Ott (Linking, p. 339) n'admet l'existence d'une *Bearbeitung* au sens du § 23 UrhG que dans de rares cas, quand l'effet visuel produit par la page consultée est modifié par les liens qui y sont ajoutés. Schack (Links, p. 13), considère aussi que l'ajout de liens dans un texte peut tomber sous le coup du § 23 UhrG. Dans le même sens, voir aussi Synodinou, history, p. 223.

¹²⁹⁰ Licites en droit d'auteur (voir aussi Templeton). Un *pop-up* est « une fenêtre secondaire qui s'affiche, parfois sans avoir été sollicitée par l'utilisateur [...], devant la fenêtre de navigation principale lorsqu'on navigue sur Internet » (<<http://fr.wikipedia.org/wiki/Pop-up>>).

L'auteur d'une chanson pourrait se plaindre, sous l'angle du droit à l'intégrité, de sa copie dans un format entraînant une perte perceptible de qualité¹²⁹¹, mais il ne pourrait attaquer le vendeur d'un lecteur étant en lui-même de mauvaise qualité, ou insérant de manière automatisée des publicités dans les chansons jouées, en considérant que sa chanson, si elle vient à y être jouée, sera dénaturée.

Les liens contextuels ne constituent pas non plus des atteintes indirectes aux œuvres consultées, sanctionnés dans certains systèmes juridiques¹²⁹², car ils ne modifient pas l'environnement dans lequel ces œuvres apparaissent. Ils modifient uniquement la manière dont certains utilisateurs ayant téléchargé les applications ayant recours à ce type de liens les percevront en les consultant.

Le droit à l'intégrité de l'œuvre ne confère pas à l'auteur la prérogative d'interdire les applications fournissant des liens contextuels, pas plus qu'il ne lui permet de s'en prendre aux bloqueurs de *pop-ups*, aux logiciels de traduction ou aux fonctions permettant de modifier les polices d'affichage.

Le fournisseur de liens contextuels ne crée pas non plus une œuvre dérivée, au sens de l'article 10 alinéa 1 lettre b LDA, puisqu'il ne fait que fournir des liens s'ajoutant à des mots prédéfinis, ou mis en surbrillance par l'utilisateur, lors de la consultation d'un site.

Tout au plus pourrait-on admettre la création d'une œuvre dérivée, couverte par l'exception d'usage privé de l'article 19 alinéa 1 lettre a LDA, par l'utilisateur lors de la consultation d'une page *web*. Tel n'est cependant à notre avis pas le cas, l'utilisateur ne faisant qu'afficher une page, sans aucune activité créatrice, tout comme l'utilisateur qui consulte une page contenant une transclusion¹²⁹³.

¹²⁹¹ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.2.2.

¹²⁹² Voir deuxième partie, section 2, chiffres 2.3.1. et 2.3.2.3.

¹²⁹³ Voir cinquième partie, section 2, chiffre 3.3.3.

Section 4 - Liens sur des pages archivées

1. La *Wayback Machine*

Le site *Internet Archive*¹²⁹⁴ met à disposition la *Wayback Machine*, un moteur de recherche permettant d'afficher des versions archivées d'un grand nombre de pages *web*¹²⁹⁵. En juin 2014, la compagnie affirmait avoir archivé un total de 415 milliards de pages !

Les pages archivées par le site sont mises à disposition du public, en général dans un délai de 6 à 14 mois¹²⁹⁶. Les utilisateurs disposent ainsi d'un outil qualifié par le site lui-même d'« index tridimensionnel »¹²⁹⁷.

Le titulaire d'un site peut exclure ses pages du moteur de recherche en plaçant un fichier *robots.txt* sur son serveur, ou en adressant une requête par courriel¹²⁹⁸.

Les pages archivées disposant d'une URL propre, il est possible de les référencer par des liens.

Plusieurs auteurs se sont plaints de l'archivage de leurs pages par le site *Internet Archive*¹²⁹⁹.

2. Admissibilité de la mise à disposition d'une page archivée

2.1. Utilisation

En droit suisse, la reproduction et la mise à disposition d'une page archivée tombent à notre avis sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettres a et c LDA¹³⁰⁰,

¹²⁹⁴ <<http://archive.org>>

¹²⁹⁵ Pour une présentation détaillée du fonctionnement de ce moteur et de son historique, voir notamment <<http://archive.org/about/faqs.php>> et <http://en.wikipedia.org/wiki/Wayback_Machine>. Sur la problématique de l'archivage du *web*, voir aussi Chebbi p. 19 ss.

¹²⁹⁶ <<http://archive.org/about/faqs.php#18>>

¹²⁹⁷ « *Three dimensional index* » (<<http://archive.org/about/faqs.php#8>>).

¹²⁹⁸ Voir <<http://archive.org/about/exclude.php>>.

¹²⁹⁹ Voir notamment <http://en.wikipedia.org/wiki/Internet_Archive>.

¹³⁰⁰ Voir aussi, en droit allemand et sous l'angle du droit exclusif de reproduction, Bahr n. 5 et 10, Ott, 2008, p. 361, ainsi que Chebbi p. 24. On pourra songer par analogie aux versions en cache de pages *web* fournies par *Google*, qui ont aussi souvent été considérées comme des utilisations (voir notamment CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copiepresse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>>, n. 22 (voir aussi, pour une description de la fonctionnalité offerte par *Google*, n. 2), ainsi que Höppner p. 633,

et ne sont couvertes, à tout le moins pour la mise à disposition des œuvres archivées, par aucune des exceptions des articles 19 et suivants LDA.

Ainsi, notamment, l'article 24 alinéa 1bis LDA, qui dispose que certains organismes, dont « les archives accessibles au public sont autorisés à confectionner les copies d'exemplaires d'œuvres qui sont nécessaires pour la sauvegarde et la conservation de leurs collections, à condition qu'ils ne poursuivent aucun but économique ou commercial avec cette activité », ne pourrait légitimer les utilisations auxquelles procède l'*Internet Archive*. Cette disposition n'est en effet applicable qu'aux reproductions d'œuvres protégées et non à leur mise à disposition¹³⁰¹.

2.2. Absence d'autorisation implicite

L'archivage de pages *web* n'est, en l'absence de circonstances particulières, pas légitimé par l'existence d'une autorisation implicite de l'auteur : on ne saurait en effet déduire du simple fait que l'auteur d'un site n'a pas pris les mesures nécessaires à exclure le référencement de ses pages qu'il accepte qu'elles soient archivées et mises à disposition¹³⁰².

L'admission de l'existence d'une autorisation implicite, ou l'adoption d'une théorie similaire à celle dont s'est servi le *Bundesgerichtsof* dans l'affaire *Vorschaubilder I* en relation avec la reprise d'images par *Google*¹³⁰³, se heurterait au principe selon lequel la protection du droit d'auteur ne doit pas être conditionnée à l'adoption de mesures protectrices par le titulaire des droits, rappelé à raison par la doctrine ayant commenté cet arrêt¹³⁰⁴.

En l'espèce, une autorisation implicite serait encore moins susceptible d'être retenue que pour la reprise d'images par *Google* : la *Wayback Machine* étant un service bien moins connu des titulaires de sites que les moteurs de recherche d'images, il est plus difficile d'admettre que des auteurs ne souhaitant pas voir leurs pages archivées doivent le manifester spontanément. En outre, de nombreux auteurs ne souhaitent pas que des versions obsolètes de leurs pages restent accessibles au public.

¹³⁰¹ Roggenkamp, caching, p. 406 s.).
¹³⁰² Voir sur ce dernier point Gilliéron, commentaire, n. 15 ad art. 24, Rehbindler/Viganò n. 5 ad art. 24 URG.

¹³⁰³ Bahr (n. 10) laisse la question ouverte, mais fournit plusieurs exemples de cas dans lesquels une autorisation implicite ne pourrait être admise. Ott (2008, p. 361) rejette l'existence d'une telle autorisation.

¹³⁰⁴ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.3.

¹³⁰⁴ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.3.

Même si une telle figure juridique devait être adoptée, les très nombreuses pages contenant des œuvres mises en ligne sans droit et archivées par le site ne pourraient être mises au bénéfice d'une autorisation implicite, les auteurs concernés n'ayant pas consenti à la mise en ligne de leurs œuvres sur ces pages.

3. Qualification d'un lien sur une page archivée

Les pages mises à disposition par l'*Internet Archive* constituent des utilisations illicites d'œuvres protégées¹³⁰⁵.

L'établissement d'un lien sur une page archivée constitue donc un cas de lien sur un site contenant des œuvres mises en ligne sans droit. L'acte favorise ainsi les transmissions illicites opérées par l'*Internet Archive* lorsque la page référencée est consultée par les utilisateurs¹³⁰⁶.

¹³⁰⁵ Voir chiffre 2. ci-dessus.

¹³⁰⁶ Voir, plus en détails, les réflexions formulées sous section 1, chiffres 1.3.2.3. s. ci-dessus.

Synthèse

Section 1 - Introduction

« Droit et nouvelles techniques ont, de tous temps, entretenu des rapports compliqués et féconds »

Sirinelli, innovation, p. 45

Dans les premières années du développement du *web*, la doctrine et la jurisprudence se sont retrouvées confrontées, dans tous les ordres juridiques, à la délicate tâche de devoir appliquer aux problèmes posés par l'utilisation de ce service révolutionnaire des lois adoptées avant sa création, lorsque son expansion future était encore totalement imprévisible¹³⁰⁷.

Cet exercice d'équilibrisme juridique a donné lieu, durant plusieurs années, à des discussions parfois stériles sur l'interprétation de normes qui visaient à l'origine de toutes autres situations¹³⁰⁸.

Au fil des années, les lois ont été adaptées, et de nouvelles dispositions, ainsi que les procédures qui ont donné lieu à leur adoption, ont permis de clarifier certaines questions et de combler certaines lacunes¹³⁰⁹.

Dans cette ultime partie de notre travail, nous confronterons les résultats auxquels nous sommes parvenus quant à l'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur aux résultats auxquels devrait, à notre avis, permettre d'aboutir un système juridique efficace, ainsi qu'aux contraintes du droit constitutionnel, puis nous exposerons dans quelle mesure des modifications législatives nous paraîtraient souhaitables.

¹³⁰⁷ Tel était notamment le cas de la LDA du 9 octobre 1992 avant la révision de 2007.

¹³⁰⁸ On songera par exemple aux discussions portant sur l'applicabilité du droit exclusif de reproduction aux copies découlant de la simple consultation de pages *web*. L'interprétation selon laquelle la simple consultation d'une page publiée par l'auteur lui-même pouvait violer ses droits entraînait de vifs débats sur l'applicabilité de l'exception d'usage privé aux copies provoquées par une simple consultation, et sur l'existence d'une autorisation implicite de l'auteur (en particulier relativement aux copies confectionnées par les intermédiaires, qui n'étaient pas couvertes par l'exception d'usage privé).

¹³⁰⁹ En Suisse, on songera principalement, dans le cadre de notre étude, aux adoptions des articles 24a et 39a LDA, ainsi qu'à la clarification de la portée à conférer à l'exception d'usage privé de l'article 19 LDA.

Section 2 - Droit désirable

1. D'un extrême à l'autre

« Pourtant, il n'est peut-être pas nécessaire de raisonner en termes tranchés d'opposition. Si la pensée occidentale s'est construite sur le principe d'identité de Parménide, le droit gagnerait sans doute à découvrir les vertus du Tao... »

Vivant n. 2

L'apparition d'une nouvelle technologie suscite généralement deux types de réactions opposées : la peur des torts qu'elle pourrait causer, et celle que le droit vienne restreindre son utilisation¹³¹⁰.

Internet, le *web* et les hyperliens n'ont pas fait exception à cette tendance.

Comme l'écrit de Oliveira Ascensão, « l'interrogation sur la licéité de l'établissement d'hyperliens n'est née qu'à une phase relativement tardive de la vie de l'Internet – quand celui-ci s'est transformé d'un instrument scientifique et culturel en un véhicule commercial. Jusqu'alors, personne ne doutait du bien-fondé de cette pratique. L'hyperlien était le bienvenu, car il favorisait la diffusion de l'information qui se présentait comme le but même de l'Internet »¹³¹¹.

Dans les premières années du *web*, de nombreux auteurs considéraient ainsi que l'établissement d'hyperliens devait être entièrement libre, quels que soient le type de lien considéré et son utilisation¹³¹².

L'utilisateur d'un forum a par exemple écrit en ce sens : « oser imaginer l'obligation d'une autorisation pour faire pointer un lien vers un autre site me paraît être une prétention "arrogante" qui va à l'encontre de l'esprit du net »¹³¹³.

Cet angle de vue reposait sur la culture d'échange et de gratuité propre à

¹³¹⁰ A ce sujet, voir aussi Sableman p. 67.

¹³¹¹ De Oliveira Ascensão p. 291.

¹³¹² Voir aussi, à ce propos, Recommandation hyperliens p. 9 s., Sableman p. 4.

¹³¹³ Voir <<http://web.archive.org/web/20061120055022/http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=5&t=1>>. Dans le même sens, Carl Oppedahl, cité par Kaplan en 1999, déclarait « *the eventual goal of the Web is for everything to be linked to everything else. If someone says, 'You can't link to my page,' well, they are missing the point of the Web* ».

Internet, impliquant l'idée que le réseau devait nécessairement être un espace libre de droit, ou à tout le moins sur lequel les lois de propriété intellectuelle ne pouvaient s'appliquer sous leur forme traditionnelle¹³¹⁴.

Tim Berners-Lee lui-même, qui cherchait à rendre le *web* aussi efficace et intuitif que possible¹³¹⁵, écrivit : « *the web was designed to be a universal space of information, so when you make a bookmark or a hypertext link, you should be able to make that link to absolutely any piece of information that can be accessed using networks. The universality is essential to the Web: it loses its power if there are certain types of things to which you can't link* »¹³¹⁶.

Pour les auteurs adoptant ce type d'approche, toute intervention du droit limitant la liberté d'établir des hyperliens était vue comme une « ingérence » propre à nuire à l'efficacité d'Internet, voir à le condamner.

Les premiers jugements sanctionnant l'établissement d'hyperliens ont dès lors entraîné des réactions très fortes, souvent démesurées. Certains y ont notamment vu un risque de « mort définitive » des liens¹³¹⁷.

A l'inverse, avec la commercialisation du *web*, d'autres auteurs, parfois mus par des intérêts autres que purement scientifiques, ont considéré que les hyperliens ne sont admissibles qu'en présence d'une autorisation explicite, octroyée par le titulaire du site référencé¹³¹⁸.

¹³¹⁴ En ce sens, voir notamment Barlow, déclaration et idées. Voir aussi, sur le sujet, Cottier, médias, p. 9 et Internet, p. 148 (pointant le « mythe d'un Internet sans foi ni loi [...] exacerbé par quelques déclarations d'indépendance inconsidérées de surfeurs avides de liberté absolue »), Ficsor, test, p. 123 s., Mackaay p. 13 s., Pfister p. 117 s. On mentionnera à ce propos que le *Kopimisme*, un nouveau mouvement reconnu comme une organisation religieuse en Suède, considère même que l'information est sacrée et que la copie est un sacrement (voir <<http://fr.wikipedia.org/wiki/Kopimisme>> et Caron, copiez) !

¹³¹⁵ Voir l'introduction de notre travail.

¹³¹⁶ Berners-Lee, potential (le *web* fut conçu pour être un espace universel d'échange d'informations, donc quand on établit un favori ou un lien hypertexte, on devrait pouvoir le faire pointer vers absolument n'importe quelle ressource accessible sur le réseau. L'universalité est essentielle pour le *web* : il perd de sa puissance s'il y a certains types de ressources vers lesquelles on ne peut pas établir de lien). Voir aussi, à propos de cette déclaration, Ott, Linking, p. 134.

¹³¹⁷ Voir notamment Jeffrey R. Kuester, cité par Ott, Linking, p. 75.

¹³¹⁸ C'est aussi ce que paraissent considérer les titulaires de sites qui interdisent l'établissement de liens sur leurs pages sans autorisation expresse de leur part. Pour des exemples de telles clauses, voir troisième partie, section 2, chiffre 1.1. Dans le même sens, mais d'une manière moins extrême, certains considèrent que le « bon usage » du réseau impose de demander l'autorisation avant d'effectuer un lien, ou à tout le moins de « prévenir le propriétaire du site cible » (TCom. Paris, 26.12.2000, n. *JurisData*

Cette vision s'appuyait souvent sur l'idée que l'usage d'hyperliens constitue une forme de parasitisme permettant au lieu de tirer indûment profit du contenu du site référencé.

Dans ce sens, un auteur écrivit même : « *links may appear to be helpful little bits of code that whisk site visitors across the Web, but in reality they are vampires that sneak in uninvited and suck the life out of other websites* »¹³¹⁹.

Avec le développement des divers types d'utilisations du réseau et une meilleure compréhension de son fonctionnement, un changement de paradigme s'est opéré vers une dépoliarisation des approches : un relatif consensus s'est peu à peu établi sur la nécessité de soumettre l'ensemble des comportements adoptés sur Internet au droit¹³²⁰, et de les régir d'une manière raisonnable et nuancée.

2. Entre mention et intégration

Trop souvent, les réflexions portant sur la qualification juridique des hyperliens, dans les divers domaines du droit, ne tiennent pas suffisamment compte de leur réelle nature, appréciée sous un angle technique.

Les liens simples et profonds qui font apparaître les ressources référencées en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre ne constituent que des *indications interactives d'adresses URL*.

Ces liens, lorsqu'ils sont activables¹³²¹, ne diffèrent de la simple mention d'une adresse URL que sur le fait qu'ils permettent à l'utilisateur d'accéder par un simple clic de souris à la ressource référencée, sans qu'il ait à effectuer un copier-coller ou à la recopier « manuellement ».

Ils ne font ainsi que *faciliter l'accès* aux ressources référencées.

Par rapport à la simple mention d'une adresse URL, cette différence purement technique devrait, en règle générale, rester neutre sur le plan juridique¹³²².

2000-174348, <<http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/351-1.pdf>>, p. 4).

¹³¹⁹ Delio (les liens peuvent apparaître comme de petites lignes de code utiles qui orientent les visiteurs de sites sur le *web*, mais en réalité ce sont des vampires qui se faufilent sans être invités et aspirent la vie d'autres sites).

¹³²⁰ Voir aussi, sur l'inadéquation des théories selon lesquelles le droit ne devrait pas s'appliquer aux hyperliens, Sableman p. 7.

¹³²¹ Voir première partie, section 2, chiffre 2.3.1.

¹³²² Voir aussi, dans le même sens, Hoeren, Pressefreiheit, n. 3.

En d'autres termes, l'admissibilité d'un lien devrait être appréciée comme celle de la simple mention d'une adresse URL : lorsque la mention d'une adresse URL est licite, le fait de l'associer à un lien devrait en principe l'être aussi. A l'inverse, toute limitation du droit de mentionner une adresse devrait en principe s'appliquer indépendamment du fait qu'elle soit ou non associée à un hyperlien.

L'analyse est différente pour les transclusions, qui ne référencent pas un contenu tiers, mais l'intègrent sur le site du lieu.

La transclusion d'une ressource se rapproche d'une reproduction, bien qu'elle s'en distingue légèrement sur le plan technique : visuellement, elle produit une impression comparable, bien que la ressource liée ne soit en réalité que référencée.

En outre, une transclusion permet un « vol de bande passante », préjudiciable au titulaire du site sur lequel figure la ressource référencée¹³²³, et permet au lieu de bénéficier des mises à jour du contenu référencé sans avoir à effectuer aucune nouvelle intervention personnelle.

Pour ces motifs, une transclusion ne devrait pas être traitée juridiquement de manière plus favorable qu'une reproduction pure et simple du contenu référencé.

Il nous paraît essentiel de garder ces réalités techniques à l'esprit dans toute entreprise de qualification juridique des hyperliens.

3. Les problèmes posés par l'utilisation d'un tournevis

Les conceptions extrêmes que nous avons exposées¹³²⁴ appréhendent d'une manière insatisfaisante, parce que trop peu nuancée, la question de l'admissibilité juridique des hyperliens.

Elles proviennent probablement, souvent, d'une confusion entre les problèmes causés par l'outil technique que constitue un hyperlien en lui-même et ceux qui découlent des différentes manières possibles de l'utiliser.

L'analogie avec un tournevis peut permettre de mieux comprendre comment appréhender la question de l'admissibilité des hyperliens.

Un tournevis est un outil très utile lorsqu'il est utilisé dans sa destination normale, qui est de serrer ou desserrer une vis. Il n'est pas toujours

¹³²³ Voir cinquième partie, section 2, chiffre 4.2.

¹³²⁴ Voir chiffre 1. ci-dessus.

indispensable pour effectuer ce travail, mais il facilite grandement la tâche de son utilisateur.

Hors de cette fonction normale, un tournevis peut également être utilisé comme une arme d'agression. Cet outil n'est pas produit et commercialisé dans ce but, mais chacun peut choisir de s'en servir pour asséner un coup à autrui, et se rendre coupable, suivant les conséquences de son geste, de diverses infractions pénales¹³²⁵.

A notre connaissance, il n'a fort heureusement jamais été soutenu que la commission d'un homicide au moyen d'un tournevis ne devrait pas être sanctionnée par le droit pénal, au motif qu'une telle sanction risquerait de causer à plus ou moins long terme la disparition des tournevis.

A l'inverse, il n'a probablement jamais été non plus affirmé que l'achat d'un tournevis devrait être soumis à l'obtention d'une autorisation, puisque ces outils peuvent servir à commettre une infraction pénale lorsqu'ils sont utilisés d'une manière agressive.

Le droit reste neutre vis-à-vis de ces outils : il ne sanctionne que les utilisations préjudiciables qui en sont faites, lorsque le comportement adopté est illicite.

Telle est la manière dont il devrait aussi traiter l'établissement d'hyperliens. Comme l'écrit Sableman, à propos des moteurs de recherche, « *what matters is not the technology but what is done with it* »¹³²⁶.

4. Applications aux principaux types d'hyperliens

4.1. Liberté de référencer

Bien qu'un peu caricaturale, l'analogie du tournevis permet d'illustrer la nécessité d'adopter une approche nuancée de la problématique de l'admissibilité des hyperliens.

Les hyperliens ne sont pas toujours établis d'une manière inoffensive, et peuvent être préjudiciables dans certains cas, mais ils ne sont aucunement des « vampires aspireurs de contenus » dont l'établissement devrait être systématiquement limité, notamment par une soumission à l'autorisation du titulaire du site référencé.

¹³²⁵ Notamment de voies de fait (art. 126 CP), de lésions corporelles (art. 122 s. CP), voire même d'un homicide (art. 111 ss CP).

¹³²⁶ Sableman p. 71 (ce qui compte n'est pas la technologie, mais ce qu'on en fait).

Les hyperliens ne sont que des outils, qui peuvent être utilisés d'une manière plus ou moins conforme à leur destination normale.

Correctement utilisés, ils permettent de faciliter la recherche de ressources et de favoriser la dissémination de l'information. Constituant l'essence même du *web*, ils sont indispensables à son fonctionnement efficace, et sont utiles tant aux utilisateurs qu'aux titulaires des sites référencés, puisqu'ils sont propres à augmenter la fréquentation de leurs sites¹³²⁷.

Il est communément admis que la simple mention d'une adresse URL devrait être admise, en l'absence de circonstances particulières justifiant une intervention du droit. Tel devrait également être le cas lorsque cette mention est associée à un hyperlien.

Un système juridique efficace ne devrait donc pas entraver l'établissement d'hyperliens lorsqu'ils ne sont utilisés que dans le but de favoriser la recherche et la dissémination de l'information. Des règles trop restrictives auraient pour effet d'entraver gravement la qualité et l'efficacité de la navigation sur le *web*¹³²⁸.

Comme l'a écrit le Forum des droits sur l'internet, « l'hyperlien ne doit pas relever d'un cadre juridique risquant d'en contrarier les effets positifs : la créativité des internautes, la circulation de l'information à moindres coûts, la notion de partage »¹³²⁹.

Le droit doit ainsi permettre aux hyperliens d'accomplir pleinement leur rôle de « fils de la toile du *web* », en garantissant une véritable « liberté de référencer » qui ne doit être limitée qu'en cas d'usage abusif de cet outil¹³³⁰, ou

¹³²⁷ Sur ces points, voir l'introduction de notre travail.

¹³²⁸ Dans le même sens, parmi de nombreuses autres sources, voir CSC, 19.10.2011, 2011 CSC 47, n. 36, ECS n. 3 (« *the legal regulation of hyperlinking thus carries with it enormous capacity to interfere with the operation of the Internet* »), Oppenheim. Certains ont parlé d'« épée de Damoclès » (« *Damoklesschwert* », voir notamment Hilty, *Zulässigkeit*, p. 123, Vögeli p. 57). Voir aussi Julia-Barcelo p. 117 (« *to establish that a mere link infringes copyright [...] would be equivalent to killing the Internet as we know it* »), et Linant de Bellefonds (qui souligne qu'« il est [...] tout à fait irréaliste d'exiger des webmasters que, systématiquement, ils effectuent une "demande préalable d'une autorisation [...]" »).

¹³²⁹ Recommandation hyperliens p. 15. Dans le même sens, voir notamment Cottier, liens, p. 2 (« la liberté d'insérer des liens est la force motrice du *www* »), Stadler, *Internet*, n. 147. Dans le cadre de la révision de la LDA, le Conseil fédéral a lui-même précisé que la loi « doit aussi prendre en considération la nécessité de la liberté des flux d'information, véritable credo de la société de l'information moderne » (Message nLDA p. 3269).

¹³³⁰ Dans le même sens, voir notamment TGI Paris, 12.05.2003, <<http://juriscom.net/wp->

lorsque la protection d'intérêts de tiers apparaît prépondérante¹³³¹, notamment parce que d'autres formes de référencement tout aussi efficaces constitueraient une atteinte moins importante à ces intérêts¹³³².

Le droit ne saurait restreindre cette « liberté de référencer » de manière généralisée, au seul motif que certaines utilisations abusives sont susceptibles de causer un préjudice¹³³³.

On précisera aussi que le fait que le lieur puisse tirer un bénéfice, même commercial, de l'établissement de ses liens, notamment lorsqu'ils lui permettent d'augmenter la fréquentation et l'attractivité de son site, ne doit pas nécessairement être sanctionné par le droit¹³³⁴ : l'établissement d'un lien constitue une prestation, un service utile, pour laquelle il paraît juste que le lieur puisse être équitablement rétribué, même en facturant de manière directe l'accès à ses liens¹³³⁵.

Le bénéfice tiré de l'établissement d'un hyperlien n'est susceptible de devenir abusif que lorsqu'il découle d'une autre source que de la prestation de référencement en elle-même, par exemple lorsque le lieur se sert de cet outil pour tromper l'utilisateur ou pour intégrer visuellement les contenus référencés sur son site.

Par ailleurs, la licéité de l'établissement d'un hyperlien, lorsqu'elle ne dépend pas de l'octroi d'une autorisation du titulaire du site référencé, ne devrait fondamentalement pas être remise en cause lorsque ce dernier fait figurer sur son site des mentions limitant la liberté d'établir des hyperliens.

content/documents/tgiparis20030512.pdf>, p. 6 (« la liberté d'établir un lien, sauf à répondre des abus résultant de son utilisation, apparaît inhérent[e] au principe de fonctionnement de l'internet »), Battisti, hyperlien, p. 8, Sableman p. 67 s.

¹³³¹ Un hyperlien ne doit donc pas être interdit du seul fait qu'il cause ou est susceptible de causer un préjudice. Une mise en balance des intérêts touchés est nécessaire (voir aussi chiffre 4.2. ci-dessous).

¹³³² Voir aussi, dans le même sens, Hilty, Zulässigkeit, p. 153.

¹³³³ Voir aussi les réflexions formulées sous chiffre 3. ci-dessus.

¹³³⁴ Dans le même sens, voir Berners-Lee, myths.

¹³³⁵ De la même manière qu'il n'y a rien de choquant, par exemple, à ce que l'auteur d'un « guide des bons restaurants » puisse commercialiser le produit de son travail. Le Forum des droits sur l'internet est plus restrictif, en recommandant quant à lui au lieur d'envisager la nécessité d'obtenir une autorisation de lier « lorsque le site liant réalise un chiffre d'affaire à l'occasion de l'établissement des liens, notamment par la facturation de la consultation des œuvres auxquelles il renvoie » (Recommandation hyperliens p. 25 ; voir aussi p. 48). Il considère aussi (p. 48) que « l'exploitation d'un lien ou d'une collection de liens, dans la mesure où elle constitue l'activité principale du site liant, fera facilement présumer un agissement parasitaire ».

Comme l'écrit de Oliveira Ascensão, « une déclaration unilatérale ne peut limiter une liberté générale. S'il y a une liberté générale de prédisposer des hyperliens [...] la déclaration du titulaire du site [...] n'est pas obligatoire »¹³³⁶.

Il ajoute fort à propos que « celui qui établit un hyperlien n'agit pas sur le site d'autrui; il ne change rien à la page [...]. Il agit dans le cyberspace, c'est à dire, dans un domaine qui n'est pas soumis à la volonté du titulaire du site de destination. Il pourvoit seulement aux voies d'accès »¹³³⁷.

On ajoutera enfin qu'il doit rester indifférent sur le plan juridique qu'un lien externe fasse apparaître la page référencée en remplacement de la page liante ou dans une nouvelle fenêtre¹³³⁸.

4.2. Liens profonds

Les liens profonds ont un double effet, qui les rend plus difficiles à appréhender juridiquement que les liens simples : ils permettent un accès très efficace à l'information, mais entraînent un mode de consultation du site référencé qui diffère de celui qu'avait prévu son titulaire.

Qu'il soit de type idéal ou financier, l'intérêt d'un *webmaster* à ce que l'accès à son site se fasse en passant par sa page d'accueil ne doit pas nécessairement être protégé par le droit¹³³⁹ : la liberté d'établir des liens profonds ne devrait être limitée que dans les cas où cet intérêt apparaît prépondérant.

En règle générale, hors de circonstances spéciales, c'est plutôt l'intérêt à un accès direct à l'information qui devrait être privilégié : les liens profonds font partie intégrante du fonctionnement normal et efficace du *web*, et celui qui publie des pages en libre accès sans prévoir de mesure de redirection¹³⁴⁰ doit en principe accepter que les pages intérieures de son site soient référencées de

¹³³⁶ De Oliveira Ascensão p. 302. Dans le même sens, voir Battisti, hyperlien, p. 9 s.

¹³³⁷ De Oliveira Ascensão p. 303.

¹³³⁸ *Contra* : Battisti, panorama, p. 49, qui écrit à notre avis de manière clairement erronée, en s'inspirant apparemment de la « charte de l'édition électronique » du GESTE (disponible à l'adresse <<http://www.geste.fr/les-activites/les-chartes/la-charte-de-ledition-electronique>>), que « l'activation du lien doit obligatoirement ouvrir une nouvelle fenêtre faisant apparaître clairement l'adresse cible du lien ».

¹³³⁹ Ainsi, notamment, le simple fait qu'un dommage soit causé au titulaire du site référencé, par exemple sous la forme d'un manque à gagner en raison de l'absence de consultation de sa page d'accueil et des publicités qui y figurent, ne doit pas nécessairement fonder une prétention juridique (voir aussi de Oliveira Ascensão p. 294 s., Werro n. 305).

¹³⁴⁰ Voir première partie, section 2, chiffre 5.

manière directe¹³⁴¹.

Comme le précisait fort à propos l'utilisateur d'un forum, soumettre tous les liens profonds à une autorisation préalable constituerait « une régression fantastique de l'hypertextualité »¹³⁴².

De la même manière qu'il est indispensable dans tout travail scientifique de pouvoir citer un ouvrage en indiquant son numéro de page, il est nécessaire de pouvoir renvoyer l'utilisateur à la localisation précise d'une information sur un site.

Dans la mise en balance des différents intérêts touchés par l'établissement d'un lien profond, le fait que le titulaire du site référencé puisse très facilement rediriger de manière automatique les visiteurs sur sa page d'accueil¹³⁴³ doit être pris en compte : pourquoi le droit devrait-il protéger de manière absolue le droit du titulaire d'un site à ce que son œuvre soit consultée dans un ordre déterminé, alors que la technique lui permet de l'imposer de manière très facile et efficace, et qu'une interdiction généralisée des liens profonds aurait des effets catastrophiques sur l'efficacité du fonctionnement du réseau ?

Par ailleurs, comme l'écrit de Oliveira Ascensão, d'une manière qui mériterait toutefois d'être nuancée, l'utilisateur « pourrait accéder directement aux pages intérieures du site de destination. Il n'y a pas de différence juridiquement significative s'il y accède par le truchement d'un hyperlien. Il s'ensuit que l'intérêt du titulaire du site [...] à ce que l'accès se fasse par la première page n'est pas un intérêt juridiquement protégé. Si tout le contenu a été mis à la disposition en ligne, tout le contenu se prête à un accès direct ». Le titulaire du site référencé « ne peut pas s'opposer juridiquement à un parcours déterminé par l'hy[p]erlien, de la même façon que la lecture d'un journal sans passer par les pages de publicité ne peut pas être empêchée »¹³⁴⁴.

La liberté fondamentale d'établir des hyperliens couvre donc aussi les liens profonds¹³⁴⁵.

4.3. Transclusions

Les transclusions diffèrent radicalement des liens qui font apparaître la

¹³⁴¹ Voir aussi Nolte, *Links*, p. 545, Ott, question, p. 55.

¹³⁴² Voir <<https://web.archive.org/web/20061210192058/http://www.foruminternet.org/forums/read.php?f=8&i=23&t=23>>. Voir aussi Nolte, *Links*, p. 545.

¹³⁴³ Voir première partie, section 2, chiffre 5.

¹³⁴⁴ De Oliveira Ascensão p. 295.

¹³⁴⁵ De Oliveira Ascensão p. 295.

ressource référencée en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre, puisqu'elles permettent au lieu d'intégrer une ressource sur son site.

La liberté de référencer que nous avons évoquée pour les liens simples et profonds « classiques »¹³⁴⁶ ne couvre par l'établissement de transclusions, précisément parce que ces dernières s'analysent davantage comme des intégrations de ressources que comme de simples références¹³⁴⁷.

Comme nous l'avons précisé précédemment, en raison de leur apparence visuelle et des préjudices qu'elles sont susceptibles de causer, elles devraient être traitées juridiquement de manière au moins aussi sévère que les reproductions pures et simples des contenus qu'elles permettent au lieu d'intégrer sur son site¹³⁴⁸.

Un système juridique efficace devrait à notre avis conditionner de manière généralisée leur validité à l'obtention d'une autorisation du titulaire du site référencé, non seulement lorsqu'elles sont utilisées par le lieu pour « s'approprier » la ressource référencée, mais aussi lorsqu'elles sont utilisées dans d'autres buts, par exemple pour simplifier la navigation de l'utilisateur¹³⁴⁹.

Par rapport aux autres types de liens, les transclusions n'offrent aucun intérêt supplémentaire en relation avec le référencement d'informations : il n'est en rien nécessaire d'intégrer une ressource sur son site pour la référencer et permettre aux utilisateurs d'y accéder. Les transclusions ne sauraient donc être couvertes par la liberté de référencer, puisque des formes de liens permettant un référencement tout aussi efficace sont plus respectueuses des intérêts des titulaires des ressources liées.

¹³⁴⁶ Voir chiffres 4.1. s. ci-dessus.

¹³⁴⁷ Battisti (hyperlien, p. 8) évoque des « appropriations indues ».

¹³⁴⁸ Voir chiffre 2. ci-dessus.

¹³⁴⁹ On songera par exemple à la transclusion de sites juridiques dans le cadre d'un cours de recherche juridique informatisée, dans le but de permettre aux étudiants de naviguer sur les sites cadrés tout en bénéficiant, simultanément, des instructions du lieu. Selon Tucker (n. 54), le cadrage peut aussi permettre d'assister les utilisateurs « peu sophistiqués » en leur permettant un accès plus aisé à certaines ressources.

Section 3 – Résumé des résultats obtenus

1. Liens simples

Fondamentalement, en droit d’auteur suisse, l’établissement de liens simples ne viole ni les droits patrimoniaux¹³⁵⁰, ni les droits moraux¹³⁵¹ des auteurs des ressources référencées, et ne favorise aucune violation des utilisateurs qui les activent¹³⁵². Ces liens sont donc licites.

Un lien qui attribue la paternité de la ressource référencée à son fournisseur ou à un tiers viole le droit de paternité de l’œuvre de l’auteur, au sens de l’article 9 alinéa 1 LDA¹³⁵³. Les autres liens non conformes sont admissibles en droit d’auteur¹³⁵⁴.

La reprise d’une œuvre protégée dans le pointeur d’un hyperlien en constitue une reproduction et une mise à disposition au sens de l’article 10 alinéa 2 lettres a et c LDA¹³⁵⁵. Elle peut aussi, suivant les circonstances, violer les droits moraux de son auteur¹³⁵⁶.

Dans certains cas, une telle reprise peut être légitimée par le droit de citation de l’article 25 LDA¹³⁵⁷, ou par l’octroi d’une autorisation implicite de l’auteur¹³⁵⁸.

2. Liens profonds

Tout comme les liens simples, les liens profonds ne violent fondamentalement ni les droits patrimoniaux, ni les droits moraux des auteurs des ressources qu’ils référencent, et ne favorisent aucun acte illicite des utilisateurs¹³⁵⁹.

Ils sont donc licites, même lorsqu’ils référencent une page située en aval de conditions générales¹³⁶⁰ ou d’une mesure technique de contrôle d’accès¹³⁶¹.

¹³⁵⁰ Voir troisième partie, section 2, chiffre 1.2.

¹³⁵¹ Voir troisième partie, section 2, chiffre 2.

¹³⁵² Voir troisième partie, section 2, chiffre 1.3.

¹³⁵³ Voir troisième partie, section 3, chiffre 1.

¹³⁵⁴ Voir troisième partie, section 3.

¹³⁵⁵ Voir troisième partie, section 4, chiffre 2.1.

¹³⁵⁶ Voir troisième partie, section 4, chiffre 2.2.

¹³⁵⁷ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.2.

¹³⁵⁸ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.3.

¹³⁵⁹ Voir quatrième partie, section 2, chiffres 2 s.

¹³⁶⁰ Voir quatrième partie, section 3.

3. Transclusions

La transclusion d'une œuvre protégée en constitue une utilisation tombant sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre f LDA¹³⁶², et viole souvent les droits moraux de son auteur¹³⁶³.

Une insertion peut, si elle respecte les conditions d'application de l'article 25 LDA, bénéficier du droit de citation¹³⁶⁴.

4. Autres liens

Les liens sur les sites contenant des œuvres mises en ligne sans droit s'analysent pour l'essentiel comme les autres types de liens¹³⁶⁵. Leur particularité est qu'ils favorisent les transmissions aux utilisateurs des œuvres figurant sur les sites référencés, qui tombent sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA¹³⁶⁶.

Les liens sur des sites mettant à disposition un moyen de contourner une mesure technique tombent sous le coup de l'article 39a alinéa 3 LDA lorsqu'ils sont établis dans le but de favoriser la dissémination du contenu référencé¹³⁶⁷.

Les liens directs sur des fichiers sont fondamentalement admissibles en droit d'auteur¹³⁶⁸, mais constituent des violations du droit de paternité des auteurs des ressources référencées lorsqu'ils ont pour effet de cacher leurs noms, lorsqu'ils donnent la fausse impression que le lieu est l'auteur des fichiers référencés ou lorsqu'ils ne sont pas assortis des indications nécessaires¹³⁶⁹. Les liens sur des fichiers mis en ligne sans droit favorisent en outre la transmission effectuée par le *webmaster* les ayant mis en ligne, et, dans le cas des *Hash-Links*, leur mise à disposition ultérieure par les utilisateurs, tombant sous le coup de l'article 10 alinéa 2 lettre c LDA¹³⁷⁰.

Les liens contextuels sont licites¹³⁷¹. Les liens sur des pages archivées s'analysent comme les autres types de liens sur des sites contenant des œuvres

¹³⁶¹ Voir quatrième partie, section 4.
¹³⁶² Voir cinquième partie, section 2, chiffre 2.1.
¹³⁶³ Voir cinquième partie, section 2, chiffre 3.
¹³⁶⁴ Voir cinquième partie, section 2, chiffre 4.1.
¹³⁶⁵ Voir sixième partie, section 1, chiffre 1.3.
¹³⁶⁶ Voir sixième partie, section 1, chiffres 1.3.2.3. s.
¹³⁶⁷ Voir sixième partie, section 1, chiffre 2.2.
¹³⁶⁸ Voir sixième partie, section 2, chiffre 4.1.
¹³⁶⁹ Voir sixième partie, section 2, chiffre 4.1.2.2.
¹³⁷⁰ Voir sixième partie, section 2, chiffre 4.2.1.
¹³⁷¹ Voir sixième partie, section 3, chiffres 2 s.

mises en ligne sans droit¹³⁷².

¹³⁷² Voir sixième partie, section 4, chiffre 3.

Section 4 – Discussion des principaux résultats obtenus

1. Appréciation générale

1.1. Admissibilité fondamentale des liens simples et des liens profonds

Sur le principe de l'admissibilité fondamentale des liens simples et profonds, l'application du droit suisse permet d'arriver à un résultat similaire à la tendance qui s'impose clairement, à tout le moins en matière de droits patrimoniaux, sur le plan international.

Ce résultat, conforme au principe de la « liberté de référencer » que nous avons reconnu et aux considérations qui s'y rapportent¹³⁷³, nous paraît pleinement satisfaisant.

1.2. Liens non conformes

Il paraît tout-à-fait justifié que l'établissement d'un lien attribuant dans son pointeur, à tort, la titularité de la ressource référencée au créateur du lien ou à un tiers tombe sous le coup du droit d'auteur.

Dans un tel cas, le droit d'auteur ne sanctionne pas l'établissement du lien en tant que tel, mais l'usurpation de la qualité de l'auteur découlant de la divergence entre le pointeur et le code de l'hyperlien.

De même, il paraît légitime que celui qui se verrait à tort, dans le pointeur d'un hyperlien, attribuer la titularité d'une ressource qu'il n'a pas créée ne puisse se plaindre que d'une violation des droits de la personnalité des articles 28 et suivants CC¹³⁷⁴, une telle atteinte ne constituant pas à proprement parler une violation du droit d'auteur.

Enfin, les liens brisés ne constituent pas une utilisation directe de l'œuvre qu'ils désignent, et ne lui portent pas directement atteinte. Il paraît justifié qu'ils soient plutôt susceptibles de tomber sous le coup d'autres lois, comme la LCD ou les droits de la personnalité des articles 28 et suivants CC.

1.3. Reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien

La reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien, dans l'unique but de faciliter à l'utilisateur l'accès au site référencé ou à son contenu,

¹³⁷³ Voir section 2, chiffres 4.1. s. ci-dessus.

¹³⁷⁴ Voir troisième partie, section 3, chiffre 1.

est un acte conforme à l'esprit du réseau, qui devrait, en droit d'auteur, être traité différemment de la simple reprise d'une œuvre protégée, voire être fondamentalement licite.

Une telle reprise ne cause aucun réel préjudice au titulaire du site référencé, mais permet simplement un référencement plus clair, ou plus esthétique que si le lieu ne peut décrire le site qu'il référence qu'avec des mots¹³⁷⁵.

La problématique se pose de manière encore bien plus aigüe pour les moteurs de recherche, comme l'ont notamment montré les affaires allemandes que nous avons présentées, dans lesquelles le BGH a été contraint de « corriger » la loi en ayant recours à des théories juridiques qui ont été loin de faire l'unanimité dans la doctrine¹³⁷⁶.

Il paraît clair que la reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un lien, dans un but de référencement, en constitue une utilisation qui doit tomber sous le coup de l'article 10 LDA. La réflexion doit plutôt porter sur les dispositions et figures juridiques permettant de la légitimer.

Le recours à la figure de l'« autorisation implicite » est peu satisfaisant : il est quelque peu artificiel, académiquement discutable, et pose un problème de sécurité juridique, puisqu'il est impossible à l'heure actuelle, dans un cas d'espèce, de déterminer si un juge admettra ou non l'existence d'une telle autorisation.

Le droit de citation de l'article 25 LDA peut légitimer certaines reprises, à des conditions précises¹³⁷⁷, mais n'est pas applicable aux reprises effectuées dans un unique but de référencement¹³⁷⁸.

A notre avis, le droit positif règle donc cette problématique de manière insatisfaisante. L'adoption d'une nouvelle disposition pourrait être opportune¹³⁷⁹.

1.4. Atteintes à l'intégrité du site référencé

Privilégiant une interprétation stricte de l'article 11 alinéa 1 lettre a LDA,

¹³⁷⁵ L'association d'un lien à la reprise ne devrait bien entendu pas être utilisée comme « prétexte » à l'utilisation de l'œuvre d'un tiers, par exemple pour embellir le site du lieu.

¹³⁷⁶ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.3.

¹³⁷⁷ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.2.

¹³⁷⁸ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.2.2.

¹³⁷⁹ Voir chiffre 3.2. ci-dessous.

nous avons considéré que le droit exclusif de modifier l'œuvre ne vise pas les atteintes indirectes qui lui sont portées¹³⁸⁰.

Une modification des articles 11 alinéa 1 lettre a et 67 alinéa 1 lettre c LDA, permettant de conférer une portée plus large au droit à l'intégrité, nous paraîtrait souhaitable.

Cette adaptation permettrait de sanctionner l'établissement d'hyperliens dans certaines situations susceptibles de causer un préjudice au titulaire du site référencé. On songera notamment, dans certains cas, à l'insertion d'un lien dans une liste de liens d'une toute autre nature¹³⁸¹, ou aux liens profonds qui ont pour effet de sortir une page de son contexte au point de dénaturer le message que l'auteur du site référencé entendait donner¹³⁸².

Certes, d'autres lois sont susceptibles de limiter l'établissement de tels liens¹³⁸³, mais la LDA devrait aussi pouvoir le faire.

Par contre, le droit suisse ne devrait pas sanctionner l'établissement d'un hyperlien susceptible de causer un préjudice au titulaire du site référencé du seul fait de la différence de nature entre les deux sites concernés, la liberté de référencer et les principes fondamentaux du fonctionnement du *web* impliquant que tout site doit être libre de référencer n'importe quel autre site. Celui qui publie une œuvre sur Internet ne doit à notre avis pas disposer d'un « droit de ne pas être référencé » par certains types de sites.

De même, le droit ne devrait pas limiter de manière généralisée la liberté d'établir des liens profonds qui portent atteinte à la structure du site référencé.

Les liens profonds font partie intégrante du fonctionnement du *web*, et reconnaître aux titulaires de sites un droit à ce que leur œuvre soit consultée dans un ordre déterminé apparaîtrait non seulement illégitime¹³⁸⁴, mais remettrait aussi en cause le principe même de l'admissibilité fondamentale des liens profonds, et poserait de sérieux problèmes de sécurité du droit, l'importance qu'un site soit consulté dans un ordre déterminé étant une notion éminemment subjective.

On réservera certains cas très particuliers, dans lesquels l'établissement d'un lien profond pourrait apparaître comme une véritable atteinte, délibérée,

¹³⁸⁰ Voir deuxième partie, section 2, chiffre 2.3.2.3.

¹³⁸¹ Voir troisième partie, section 2, chiffre 2.3.1.

¹³⁸² Voir quatrième partie, section 2, chiffre 3.3.3.

¹³⁸³ On songera en particulier aux articles 28 et suivants CC et à la LCD (voir Reusser, hyperliens).

¹³⁸⁴ Celui qui publie sur le *web* doit en accepter les principes de fonctionnement.

aux intérêts du titulaire du site référencé. Tel pourrait par exemple être le cas lorsqu'un lien profond est établi sur la solution d'un exercice ou d'une énigme, faisant perdre à l'utilisateur tout intérêt à la consultation des pages situées en amont. De tels cas pourraient tomber soit sous le coup d'un droit à l'intégrité sanctionnant les atteintes indirectes, soit sous le coup des droits de la personnalité des articles 28 et suivants CC, ou de la LCD¹³⁸⁵.

1.5. Lien sur une page située en aval de conditions générales ou d'une mesure de contrôle d'accès

Le fait qu'un lien profond sur une page située en aval de conditions générales ou d'une mesure de contrôle d'accès soit admissible en droit d'auteur nous paraît légitime.

Un tel lien ne fait que référencer une page librement accessible. Il appartient à celui qui met un site à disposition sur le *web* mais souhaite limiter l'accès à certaines de ses pages de prévoir des mesures techniques efficaces permettant d'obtenir ce résultat.

Le seul fait qu'il manifeste sa volonté de limiter l'accès à certaines de ses pages en adoptant des mesures techniques déficientes, sans prendre les mesures nécessaires pour parvenir à cette fin de manière effective, ne nous paraît pas suffisant pour justifier une protection du droit d'auteur.

1.6. Transclusions

Les fait que les transclusions, contrairement aux autres types de liens, tombent fondamentalement sous le coup du droit d'auteur et nécessitent par conséquent l'accord préalable de l'auteur de la ressource qui en fait l'objet nous paraît tout-à-fait légitime, pour les motifs que nous avons évoqués, à savoir qu'elles ne sont pas nécessaires au référencement de ressources dont elles constituent de véritables intégrations, et qu'elles sont souvent préjudiciables au titulaire du site référencé¹³⁸⁶.

1.7. Autres liens

Il paraît pleinement justifié que celui qui établit un lien sur un site contenant une œuvre mise en ligne sans droit soit susceptible, suivant les circonstances, d'engager sa responsabilité. La question principale portera sur les

¹³⁸⁵ Voir Reusser, hyperliens.

¹³⁸⁶ Voir section 2, chiffre 4.3. ci-dessus.

conditions auxquelles cette responsabilité pourra être mise en œuvre¹³⁸⁷.

Sur la problématique des liens sur des sites mettant à disposition des moyens de contourner des mesures techniques, le droit suisse permet d'arriver à une solution satisfaisante, en ne sanctionnant que les liens établis dans le but de favoriser la dissémination du contenu référencé.

La licéité de principe des liens directs sur des fichiers, sauf lorsqu'ils violent le droit de paternité de l'auteur ou qu'ils référencent un fichier mis en ligne sans droit, nous paraît justifiée, et conforme au principe de la « liberté de référencer ».

L'admissibilité des liens contextuels en droit d'auteur est elle aussi justifiée, cette problématique ne concernant pas le droit d'auteur pour les motifs dont nous avons discuté¹³⁸⁸, soit en particulier en raison de l'absence de rapport direct entre ces liens et les pages consultées.

Enfin, on regrettera que les liens sur des pages archivées soient susceptibles d'entraîner la mise en œuvre de la responsabilité du lieu et, plus généralement, que l'archivage de pages constitue une violation du droit d'auteur. Ce service, qui offre une valeur ajoutée très importante aux utilisateurs¹³⁸⁹, voire même à l'administration de la justice¹³⁹⁰, sans causer, dans la grande majorité des cas, de réel préjudice aux auteurs des pages archivées, devrait bénéficier d'une exception au droit d'auteur, dont les contours devraient

¹³⁸⁷ Voir à ce propos Reusser, responsabilité.

¹³⁸⁸ Voir sixième partie, section 3, chiffres 2. s.

¹³⁸⁹ Chaque jour, de très nombreuses ressources changent d'adresse URL ou cessent d'être accessibles. Il existe notamment un intérêt évident à pouvoir retrouver des contributions scientifiques qui ne sont plus disponibles en ligne (tel est le cas de plusieurs des articles que nous avons utilisés dans notre travail, et dont nous n'avons pu citer qu'une version archivée), ou même des messages postés sur des forums. On songera par exemple à la contribution de l'utilisateur d'un forum que nous avons citée sous section 2, chiffre 1. ci-dessus, qui n'est plus accessible, et qui a été citée de manière imprécise par le Forum des droits sur l'Internet. La phrase « oser imaginer l'obligation d'une autorisation pour faire pointer un lien vers un autre site me paraît être une prétention "arrogante" qui va à l'encontre de l'esprit du net » a ainsi été citée « oser imaginer l'obligation d'une autorisation pour faire pointer un lien vers un autre site est une prétention arrogante qui va à l'encontre de l'esprit du web » (Recommandation hyperliens p. 21). Les modifications opérées dans la citation font perdre au message original la nuance que l'auteur a souhaité exprimer. Il est donc précieux de pouvoir retrouver la forme sous laquelle le message a été originellement publié, tant pour son auteur que pour ceux qui souhaitent le citer.

¹³⁹⁰ Voir par exemple CourEDH, 13.07.2012, 16354/06, où il est exprimé, dans la deuxième opinion dissidente, III, que « malheureusement, le dossier ne contient pas d'impression de la page du site litigieux à la date de mars 2001, et nous ne savons pas quel était le texte exact (s'il y en avait un) qui accompagnait l'hyperlien ».

toutefois être définis de manière précise. Il serait notamment souhaitable que l'auteur ait la possibilité de demander en tout temps la suppression des pages archivées.

2. Compatibilité avec les droits fondamentaux

2.1. Principe

Lorsque plusieurs interprétations d'une disposition d'une loi fédérale sont possibles, l'interprète doit privilégier celles qui sont conformes à la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.)¹³⁹¹, ainsi qu'au droit international¹³⁹², soit à l'ensemble des traités internationaux ratifiés par la Suisse¹³⁹³.

L'objet de cette partie de notre étude est d'examiner si les résultats auxquels nous sommes parvenus découlent d'interprétations compatibles avec les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale et par les traités internationaux ratifiés par la Suisse, et si ces droits pourraient justifier des correctifs.

2.2. Droits fondamentaux

2.2.1. Généralités

En droit suisse, les droits fondamentaux prennent leur source principale dans les articles 7 à 25, 28 et 31 à 33 de la Constitution fédérale¹³⁹⁴. Cette source n'est toutefois pas exclusive¹³⁹⁵.

¹³⁹¹ RS 101. Voir ATF 133 II 305 (310), 132 II 234 (236), 130 II 65 (71), de Werra, liberté, p. 145, Gasser/Oertli n. 14, Häfelin/Haller/Keller n. 152, Macciachini, Urheberrecht, p. 45 s., Mahon n. 12 ad art. 35, Pahud, Sozialbindung, p. 106, Ruedin, auteur, n. 112 et réf. citées. Sur le principe d'interprétation conforme à la Constitution, voir aussi ATF 131 III 480 (490), Ruedin, auteur, n. 87 ss et commentaire, n. 4 ad Intro art. 19-28.

¹³⁹² ATF 130 I 312 (317), 128 IV 201 (205), 125 II 417 (424), Macciachini, Urheberrecht, p. 45 s., Ruedin, auteur, n. 127 ss et réf. citées.

¹³⁹³ Ruedin, auteur, n. 135 (voir aussi, pour les traités non ratifiés par la Suisse, n. 136). L'article 1 alinéa 2 LDA, de portée purement déclarative (Cherpillod, URG, n. 5 ad art. 1), prévoit d'ailleurs expressément que « les accords internationaux sont réservés ». Le droit européen ne constitue quant à lui qu'une aide à l'interprétation, non contraignante pour l'interprète (voir l'analyse détaillée de Piaget p. 727 ss ; voir aussi, sur la question, Probst, défi, p. 18 ss (spéc. p. 33 ss), Ruedin, auteur, n. 269 ss).

¹³⁹⁴ Voir Auer/Malinverni/Hottelier n. 79, Grisel n. 3.

¹³⁹⁵ Auer/Malinverni/Hottelier n. 79, Grisel n. 3, Mahon n. 10 p. 63. Sur les différentes sources des droits fondamentaux, voir Ruedin, auteur, n. 27 ss. On précisera aussi que

Les articles 2 à 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹³⁹⁶, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974¹³⁹⁷, en règle générale directement applicables¹³⁹⁸, constituent une autre source importante. Ils garantissent un « standard minimal de protection » sur le plan européen¹³⁹⁹.

Selon l'article 35 alinéa 1 Cst., « les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique ».

Ces droits « impliquent le pouvoir, conféré aux individus, de se prévaloir d'une norme fondamentale contre l'Etat »¹⁴⁰⁰, et obligent aussi l'Etat à garantir « une protection effective contre les préjudices causés par des particuliers », en assurant « la lutte contre les atteintes aux biens juridiques » qu'ils protègent¹⁴⁰¹.

Selon l'article 35 alinéa 3 Cst., en effet, « les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux »¹⁴⁰².

La législation met en œuvre, concrétise et limite la portée des droits fondamentaux¹⁴⁰³. Le législateur « est tenu de veiller à une protection effective et efficace des droits fondamentaux »¹⁴⁰⁴.

Ces droits sont aussi protégés par le juge, qui détermine dans un cas d'espèce si un acte entre dans le champ d'application d'un droit fondamental déterminé en interprétant la Constitution, et décide de l'admissibilité d'une restriction¹⁴⁰⁵.

Les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale ne peuvent toutefois pas conduire le juge à ne pas appliquer une disposition législative fédérale : il peut tout au plus constater qu'elle est contraire à la Constitution,

de nouveaux droits fondamentaux non-écrits peuvent être reconnus par la jurisprudence (Häfelin/Haller/Keller n. 230).

¹³⁹⁶ RS 0.101, ci-après CEDH.

¹³⁹⁷ RO 1974 2151.

¹³⁹⁸ Auer/Malinverni/Hottelier n. 92, Grisel n. 6, Häfelin/Haller/Keller n. 235, Macciacchini, Urheberrecht, p. 49, Ruedin, auteur, n. 30.

¹³⁹⁹ Voir Häfelin/Haller/Keller n. 241.

¹⁴⁰⁰ Grisel n. 10. Voir aussi Auer/Malinverni/Hottelier n. 7.

¹⁴⁰¹ Rapport cybercriminalité p. 55. Voir aussi, pour les libertés de communication, David/Reutter p. 30.

¹⁴⁰² Sur cette disposition, voir notamment Message Cst. p. 193 ss, Mahon n. 9 ss ad art. 35, Ruedin, auteur, n. 94, Weber/Breining-Kaufmann p. 417.

¹⁴⁰³ Auer/Malinverni/Hottelier n. 9.

¹⁴⁰⁴ Rapport cybercriminalité p. 57.

¹⁴⁰⁵ Auer/Malinverni/Hottelier n. 10.

mais il reste tenu de l'appliquer, en vertu de l'article 190 Cst.¹⁴⁰⁶.

Par contre, les lois fédérales doivent être interprétées d'une manière conforme à la Constitution¹⁴⁰⁷.

Les droits fondamentaux garantis par le droit international peuvent quant à eux entraîner l'inapplicabilité d'une disposition législative de droit interne, en raison du principe de primauté du droit international de l'article 5 alinéa 4 Cst.¹⁴⁰⁸.

Les libertés publiques forment une catégorie de droits fondamentaux¹⁴⁰⁹.

2.2.2. Restrictions

Les libertés ne sont pas absolues, elles sont toutes « relatives, contingentes et sujettes à des restrictions »¹⁴¹⁰.

L'article 36 Cst., qui ne s'applique probablement, malgré son texte, qu'aux libertés publiques et à la garantie de la propriété de l'article 26 Cst.¹⁴¹¹, indique les conditions, cumulatives, auxquelles ces droits peuvent être limités¹⁴¹².

Selon l'alinéa 1, « toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi »¹⁴¹³.

Selon l'alinéa 2, « toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui ».

¹⁴⁰⁶ ATF 137 I 23 (28), 133 II 305 (310) et réf. citées, 129 II 249 (263) et réf. citées, Graber/Kerekes p. 14, Häfelin/Haller/Keller n. 2086 ss, Mahon n. 3 ad art. 190, Ruedin, auteur, n. 78 s.

¹⁴⁰⁷ Voir chiffre 2.1. ci-dessus.

¹⁴⁰⁸ Voir aussi ATF 131 V 66 (70) et réf. citées, 128 IV 201 (205), Graber/Kerekes p. 15, Mahon n. 9 ad art. 190, Ruedin, auteur, n. 119 ss. L'article 1 alinéa 2 LDA rappelle d'ailleurs expressément que « les accords internationaux sont réservés ». La Constitution elle-même doit être interprétée d'une manière conforme au droit international (voir Nobel/Weber n. 10 ad chap. 2).

¹⁴⁰⁹ Auer/Malinverni/Hottelier n. 5, Grisel n. 14.

¹⁴¹⁰ Auer/Malinverni/Hottelier n. 170.

¹⁴¹¹ Auer/Malinverni/Hottelier n. 171 s. Pour les libertés publiques, voir Message Cst. p. 196. Pour la garantie de la propriété, voir Baumgartner p. 39 s., Mahon n. 10 ad art. 26, Pahud, Sozialbindung, p. 76, Ruedin, auteur, n. 74. Voir aussi, sur cette question controversée, Mahon n. 4 ad art. 36 et réf. citées.

¹⁴¹² Pour des présentations plus détaillées de cette disposition, voir notamment Auer/Malinverni/Hottelier n. 168 ss, Grisel n. 33 ss, Mahon n. 1 ss ad art. 36.

¹⁴¹³ Sur cet alinéa, voir notamment Häfelin/Haller/Keller n. 307 ss.

Un droit fondamental peut donc être restreint par le droit fondamental d'une autre personne¹⁴¹⁴. On se trouve alors dans une situation désignée par les expressions « conflit de droits fondamentaux »¹⁴¹⁵, ou « conflit entre libertés »¹⁴¹⁶.

L'article 36 alinéa 3 Cst. dispose que « toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé ».

Le principe de proportionnalité s'applique tant aux restrictions fondées sur l'intérêt public qu'aux restrictions fondées sur un conflit de droits fondamentaux¹⁴¹⁷.

Pour être légitime, la restriction d'un droit fondamental doit d'abord être propre à atteindre le but visé, soit la protection de l'intérêt public ou du droit fondamental d'autrui¹⁴¹⁸.

Elle doit ensuite se limiter à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre le but visé. Parmi les divers moyens capables de produire le résultat voulu, elle doit en outre constituer « celui qui est le plus respectueux du droit individuel en cause »¹⁴¹⁹.

Enfin, selon le critère de la proportionnalité au sens étroit, toute restriction doit être « dans un rapport raisonnable avec la fin recherchée »¹⁴²⁰, ce qui implique une pesée des intérêts¹⁴²¹ : la restriction doit dans un cas concret « peser plus lourd » que le droit fondamental qu'elle limite¹⁴²². Elle « doit rester dans les limites de ce qui peut raisonnablement être exigé du titulaire du droit fondamental »¹⁴²³.

Dans le cas d'un conflit de droits fondamentaux, « la pesée des intérêts doit prendre en considération l'ensemble des intérêts des titulaires des droits

¹⁴¹⁴ Sur cette problématique, voir aussi Ruedin, auteur, n. 101 s.

¹⁴¹⁵ Voir Mahon n. 12 ad art. 36, Ruedin, auteur, n. 101.

¹⁴¹⁶ Voir Auer/Malinverni/Hottelier p. 125.

¹⁴¹⁷ Voir Ruedin, auteur, n. 103 s.

¹⁴¹⁸ Auer/Malinverni/Hottelier n. 230 s., Häfelin/Haller/Keller n. 321, Mahon n. 16 ad art. 36, Ruedin, auteur, n. 105. Voir aussi Message Cst. p. 135.

¹⁴¹⁹ Grisel n. 81 (voir aussi n. 80). Voir aussi Message Cst. p. 135, Auer/Malinverni/Hottelier n. 232 s., Häfelin/Haller/Keller n. 322, Mahon n. 16 ad art. 36, Rapport cybercriminalité p. 59, Ruedin, auteur, n. 106.

¹⁴²⁰ Grisel n. 75. Voir aussi Message Cst. p. 135 s., Auer/Malinverni/Hottelier n. 226, Häfelin/Haller/Keller n. 323, Mahon n. 16 ad art. 36, Ruedin, auteur, n. 107.

¹⁴²¹ Auer/Malinverni/Hottelier n. 234, Häfelin/Haller/Keller n. 323, Ruedin, auteur, n. 107.

¹⁴²² Auer/Malinverni/Hottelier n. 234. Voir aussi Häfelin/Haller/Keller n. 323.

¹⁴²³ Ruedin, auteur, n. 107.

fondamentaux en jeu »¹⁴²⁴. En principe, il n'existe pas de hiérarchie entre les différents droits fondamentaux¹⁴²⁵ : toute restriction doit prendre en compte, dans toute la mesure du possible, chacun des droits en cause¹⁴²⁶.

Une restriction doit encore atteindre le véritable perturbateur. La notion de perturbateur doit s'entendre largement : elle comprend non seulement les perturbateurs directs, mais également les personnes qui « incitent les tiers à un comportement gênant »¹⁴²⁷.

Dans la CEDH, le principe de proportionnalité se déduit de la formule, répétée dans plusieurs dispositions, exigeant que les restrictions soient « nécessaires dans une société démocratique »¹⁴²⁸. La notion de « nécessité » suppose en général l'existence d'un « besoin social impérieux » pour la restriction en cause¹⁴²⁹, pour lequel les Etats disposent d'une certaine marge d'appréciation¹⁴³⁰. Une restriction doit être « proportionnée au but légitime poursuivi », et reposer sur des motifs « pertinents et suffisants »¹⁴³¹.

Enfin, l'article 36 alinéa 4 Cst. précise que « l'essence des droits fondamentaux est inviolable »¹⁴³².

2.3. Libertés de communication

2.3.1. Généralités

L'expression « libertés de communication » regroupe « un ensemble de libertés qui ont pour objet de garantir la libre formation, la libre expression et la libre réception des opinions par la parole, l'écrit, l'image, le signe, le geste et le symbole »¹⁴³³.

Leur protection s'étend « à tout le cheminement des nouvelles, des idées et du savoir au sein de la société civile, dès leur émission jusqu'à leur réception,

¹⁴²⁴ Ruedin, auteur, n. 107.

¹⁴²⁵ ATF 99 Ia 604 (618), Gasser/Oertli n. 6, Macciachini, Urheberrecht, p. 41, Morant p. 192, Pahud, Sozialbindung, p. 67 ss, Ruedin, auteur, n. 109 et réf. citées (voir toutefois n. 110).

¹⁴²⁶ Voir ATF 128 I 327 (344), Ruedin, auteur, n. 109.

¹⁴²⁷ Grisel n. 88.

¹⁴²⁸ Voir à ce propos Auer/Malinverni/Hottelier n. 238 ss, Häfelin/Haller/Keller n. 306a.

¹⁴²⁹ Voir CourEDH, 10.01.2013, 36769/08, n. 38 et réf. citées.

¹⁴³⁰ Voir CourEDH, 10.01.2013, 36769/08, n. 38 et réf. citées, 7.12.1976, 5493/72, n. 48. Voir aussi Auer/Malinverni/Hottelier n. 242 et 246.

¹⁴³¹ CourEDH, 7.12.1976, 5493/72, n. 49 s.

¹⁴³² Sur cette disposition, voir notamment Häfelin/Haller/Keller n. 324 ss.

¹⁴³³ Auer/Malinverni/Hottelier n. 529. Voir aussi Mahon n. 4 ad art. 16.

en passant par leur développement, leur diffusion, leur discussion et leur critique »¹⁴³⁴.

Les libertés de communication s'appliquent quel que soit le vecteur de transmission des opinions¹⁴³⁵. Elles sont notamment garanties sur Internet¹⁴³⁶.

Selon l'article 16 alinéa 1 Cst., « la liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties ».

L'alinéa 2 dispose que « toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion ».

Selon l'alinéa 3, « toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser ».

Dans le même sens, l'article 10 alinéa 1 CEDH dispose que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques ».

Cette disposition, de portée large, couvre la liberté de rechercher les informations, de les communiquer par tous les moyens, et garantit une information objective et pluraliste¹⁴³⁷. Elle est souvent invoquée et tend à supplanter la protection de la Constitution fédérale¹⁴³⁸.

La notion d'opinion, très large, englobe « tout jugement, toute appréciation, idée, manifestation de pensée, prise de position, conception, création artistique et littéraire, voire toute activité politique »¹⁴³⁹.

La protection « couvre l'ensemble des transmissions de la pensée humaine

¹⁴³⁴ Auer/Malinverni/Hottelier n. 529.

¹⁴³⁵ Message Cst. p. 160, TF, 8.12.2010, 1C_312/2010, consid. 4.1, Auer/Malinverni/Hottelier n. 531, Mahon n. 8 ad art. 16, Nobel/Weber n. 54 ad chap. 2.

¹⁴³⁶ Auer/Malinverni/Hottelier n. 531 et 560, Rapport cybercriminalité p. 58. Voir aussi, pour l'article 17 Cst., Grisel n. 242, Macciachini, Urheberrecht, p. 57, Mahon n. 2 et 11 ad art. 17, Nobel/Weber n. 13 et 105 ad chap. 2. Voir aussi la résolution 20/8 du 5.07.2012 du Conseil des droits de l'homme de l'ONU, CourEDH, 19.02.2013, 40397/12, 10.01.2013, 36769/08, n. 34 et réf. citées et, en Allemagne, Luch/Schulz p. 89.

¹⁴³⁷ Auer/Malinverni/Hottelier n. 543. Sur cette disposition, voir aussi Geiger, information, n. 195, Pinto p. 210.

¹⁴³⁸ Auer/Malinverni/Hottelier n. 543.

¹⁴³⁹ Auer/Malinverni/Hottelier n. 558. Voir aussi ATF 127 I 164 (168) et réf. citées, David/Reutter p. 28, Mahon n. 7 ad art. 16, Nobel/Weber n. 47 ad chap. 2, Ruedin, auteur, n. 38.

et toutes les formes de communications possibles »¹⁴⁴⁰.

La liberté d'expression protège aussi les formes non verbales d'expression¹⁴⁴¹, comme les drapeaux¹⁴⁴², ainsi que le discours commercial¹⁴⁴³.

Selon l'article 17 alinéa 1 Cst., « la liberté de la presse, de la radio et de la télévision, ainsi que des autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques est garantie ».

Les alinéas suivants de cette disposition interdisent la censure et garantissent le secret de rédaction.

Si les libertés de communication ne confèrent pas un droit général à l'accès à l'information¹⁴⁴⁴, il est parfois admis qu'elles impliquent le droit de disposer d'outils de recherche efficaces¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴⁰ ATF 127 I 145 (152 : « *Der Schutzbereich umfasst die Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens und alle möglichen Kommunikationsformen* », traduction fournie in JT 2003 I 156).

¹⁴⁴¹ Auer/Malinverni/Hottelier n. 559, Grisel n. 179, Mahon n. 8 ad art. 16, Nobel/Weber n. 48 ad chap. 2, Ruedin, auteur, n. 38, OGH 13.07.2010, 4 Ob 66/10z, 5.3. Voir par exemple CourEDH, 8.07.2008, 33629/06, n. 47, 25.11.1999, 25594/94, n. 28.

¹⁴⁴² ATF 117 Ia 472 (478) et réf. citées, Message Cst. p. 160.

¹⁴⁴³ Voir (avec les réf. citées) Auer/Malinverni/Hottelier n. 561 s., David/Reutter p. 29, Glöckner/Henning-Bodewig p. 1315, Häfelin/Haller/Keller n. 455, Junod p. 11 s., Mahon n. 7 ad art. 16, Nobel/Weber n. 49 ad chap. 2, Pinto p. 210, Senn p. 111 ss, CourEDH, 10.01.2013, 36769/08, n. 34.

¹⁴⁴⁴ Voir Dubuisson p. 91 ss, Strowel, réponses, p. 378 ss et réf. citées. Voir aussi Graber p. 335, Schnabel p. 626 ss, Strowel/Tulkens p. 13 s. Ce droit existe de manière plus large pour les médias, puisque la liberté des médias « protège en principe toute forme d'acquisition de l'information par les journalistes » (ATF 137 I 209 (212) : « *vom Schutz der Medienfreiheit erfasst wird grundsätzlich jede Form der journalistischen Informationsbeschaffung* », traduction fournie in JT 2012 I 14 ; voir aussi ATF 137 I 8 (12)), même pour les informations qui ne sont pas généralement accessibles (ATF 137 I 8 (12), 209 (212)).

¹⁴⁴⁵ Voir notamment TC Jura, 12.02.2011, CC 117/2010, ch. 4.2 et 5.2 (pour *Google Suggest*), Heymann/Nolte p. 759 s. (pour les moteurs de recherche d'images). Voir aussi TGI Paris, 10.07.2009, CCE 1/2010, p. 31, qui considère que « les moteurs de recherche sur Internet sont des outils indispensables pour rendre effective la libre diffusion de la pensée et de l'information sur ce réseau [...], dont la contribution à la valeur constitutionnellement et conventionnellement garantie de la liberté d'expression est devenue majeure », et que dans le cas d'espèce, sanctionner le service *Google Suggest* « constituerait une restriction à la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées qui excéderait, dans une société démocratique, les nécessités de la protection des droits d'autrui » (voir aussi Debet, qui considère que cette décision « affirme [...] le rôle fondamental des moteurs de recherche s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression sur Internet »). Cette position a été consacrée dans une autre affaire par la Cour de cassation (19.06.2013, n. 12-17.591, 625, n. *JurisData* 2013-

2.3.2. Restrictions

Les libertés de communication peuvent être limitées, aux conditions de l'article 36 Cst.¹⁴⁴⁶.

L'article 10 alinéa 2 CEDH, dont les critères correspondent pour l'essentiel à ceux de l'article 36 Cst.¹⁴⁴⁷, prévoit expressément la possibilité de limiter la liberté d'expression de l'alinéa premier, notamment dans le cadre des mesures nécessaires « à la protection de la réputation ou des droits d'autrui »¹⁴⁴⁸.

En matière de conflits de droits fondamentaux, cette disposition est plus large que l'article 36 alinéa 2 Cst., qui prévoit que toute restriction d'un droit fondamental doit être « justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui »¹⁴⁴⁹.

La formulation de l'article 10 alinéa 2 CEDH nous paraît plus heureuse que celle de l'article 36 alinéa 2 Cst. : tout exercice d'une liberté qui porte atteinte aux droits d'un tiers doit être susceptible d'être limité, si les autres conditions sont remplies, même s'il ne porte pas atteinte à l'intérêt public ou à un droit

012488 : « ALORS QUE la liberté d'information et de communication protège indistinctement toutes les informations, y compris celles qui heurtent ou qui fâchent ; qu'une personne ne peut faire interdire toute aide à la recherche sur elle au motif que cette recherche pourrait aboutir à des propos désagréables à son endroit, et que la légitimité d'un moteur de recherche agissant sur internet n'est pas fonction de la nature ou de la qualité des informations qui y circulent ; qu'en jugeant qu'une personne peut sur sa seule demande, faire exclure la révélation de ce que son nom a été associé à un terme désagréable ou injurieux dans le cadre de recherches effectuées sur internet par un nombre significatif d'utilisateurs du réseau passant par un moteur de recherche largement ouvert à tous, et faire limiter le fonctionnement normal d'un moteur de recherche, au prétexte inopérant du caractère insuffisant des sites vers lesquels renvoyait la recherche « lyonnaise de garantie escroc », la Cour d'appel a porté à la liberté d'information et de communication une atteinte disproportionnée et inutile au regard des exigences d'une société démocratique, et violé l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »). En Allemagne, toujours en relation avec le service *Google Suggest*, le BGH (14.05.2013, VI ZR 269/12) a pour sa part retenu une responsabilité limitée, en principe, aux cas dans lesquels *Google* a acquis une connaissance effective de propositions illicites concrètes (voir n. 11 ss et, à propos de ce jugement, Dippelhofer p. V ss, Peifer/Becker n. 1 ss). Voir aussi, pour les reprises d'extraits de textes par *Google*, Hoeren, Leistung, n. 32.

¹⁴⁴⁶ Voir chiffre 2.2.2. ci-dessus.

¹⁴⁴⁷ ATF 137 IV 313 (322 s.) et réf. citées.

¹⁴⁴⁸ Sur cette disposition, voir notamment Geiger, information, n. 196, Pinto p. 211.

¹⁴⁴⁹ En Allemagne, l'article 5 paragraphe 2 GG prévoit que les libertés de communication sont notamment limitées par les dispositions des lois générales. Sur cette disposition, voir Franke p. 395 ss.

fondamental. En pratique, la différence est faible, les droits découlant souvent de droits fondamentaux, ou leur protection étant fréquemment d'intérêt public.

Les libertés de communication sont notamment limitées par de nombreuses dispositions du Code pénal¹⁴⁵⁰, par les droits de la personnalité des articles 28 et suivants du Code civil¹⁴⁵¹, ainsi que par de multiples lois spéciales, dont la LCD¹⁴⁵² et les lois de propriété intellectuelle¹⁴⁵³.

Ces lois doivent elles-mêmes être interprétées d'une manière conforme à la Constitution, donc en tenant compte des libertés de communication¹⁴⁵⁴.

Dans l'appréciation de la proportionnalité d'une limitation à la liberté d'expression, l'« élément de substituabilité et donc la possibilité de développer des formes alternatives d'expression »¹⁴⁵⁵ constitue un facteur important.

La liberté d'expression des médias est subordonnée à la fourniture d'« informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique »¹⁴⁵⁶. Sur les questions d'intérêt général, les restrictions à leur liberté d'expression doivent être soumises à des exigences strictes et ne peuvent être admises que de manière exceptionnelle, en raison de la fonction de « chiens de garde de la démocratie » qu'ils remplissent¹⁴⁵⁷.

2.4. Liberté de référencer

La liberté de référencer n'est pas que l'élément de droit désirable que nous avons défini précédemment¹⁴⁵⁸ : elle constitue aussi, à notre avis, une composante des libertés de communication des articles 16 et 17 Cst. et de la liberté d'expression de l'article 10 CEDH¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁰ Voir Auer/Malinverni/Hottelier n. 550, Grisel n. 180 ss, Mahon n. 18 ad art. 16, Nobel/Weber n. 67 et 134 ad chap. 2.

¹⁴⁵¹ Auer/Malinverni/Hottelier n. 551, Mahon n. 19 ad art. 16, Nobel/Weber n. 67 et 134 ad chap. 2, Ruedin, auteur, n. 40. Voir aussi Strowel/Hanley p. 74.

¹⁴⁵² Auer/Malinverni/Hottelier n. 588 s., Grisel n. 270, Häfelin/Haller/Keller n. 485, Mahon n. 15 ad art. 17, Nobel/Weber n. 68 et 137 ad chap. 2. Voir aussi Strowel/Hanley p. 74.

¹⁴⁵³ Voir notamment Strowel/Hanley p. 74. Pour la LDA, voir chiffre 2.5. ci-dessous.

¹⁴⁵⁴ Voir notamment, pour le CP, Mahon n. 18 ad art. 16.

¹⁴⁵⁵ Strowel/Tulkens p. 18.

¹⁴⁵⁶ ATF 137 IV 313 (323) et réf. citées.

¹⁴⁵⁷ Voir TF, 6.04.2011, 2C_664/2010, consid. 2.2 et réf. citées.

¹⁴⁵⁸ Voir section 2, chiffre 4.1. ci-dessus.

¹⁴⁵⁹ Voir aussi, dans le même sens, CSPLA p. 14 et 90, ECS n. 4 (« *the ability to refer to a document is a fundamental right of free speech* »). De Oliveira Ascensão est plus prudent, en écrivant (p. 289) que « ce n'est pas la qualification européenne spontanée », mais qu'« en tout cas, faire référence à des sources est une pièce de base du dialogue

La liberté de référencer, « englobe [...] des désignations de toute nature »¹⁴⁶⁰. Elle inclut, sur Internet, le droit de mentionner le nom d'un site, ainsi que de communiquer son adresse URL.

Cette liberté est essentielle, non seulement pour celui qui effectue la référence, en tant qu'attribut de sa liberté d'expression¹⁴⁶¹, mais aussi pour les utilisateurs du réseau, puisque les références sont souvent indispensables pour leur permettre un accès efficace à l'information, avec tous les bénéfices qui en découlent¹⁴⁶². Sur Internet, ce qui n'est pas référencé, manuellement ou par des moteurs de recherche, est presque inexistant¹⁴⁶³.

Plus complexe est la question de savoir si la liberté de référencer couvre réellement, au delà de la simple mention d'une adresse URL, son association à un hyperlien.

A première vue, la réponse paraît devoir être négative, puisque c'est la mention de l'adresse URL elle-même qui constitue une communication, et non le fait qu'elle soit associée au procédé de renvoi direct que constitue l'hyperlien.

L'hyperlien n'est qu'un procédé technique facilitant à l'utilisateur l'accès à la ressource référencée, en lui permettant de l'afficher d'un simple clic de souris, et en le dispensant ainsi d'avoir à écrire manuellement, ou à reproduire au moyen d'un copier-coller, son adresse URL dans la barre d'adresses de son navigateur.

Il ne s'agit ni de l'expression d'une opinion, ni d'un acte nécessaire à l'expression d'une opinion ou, pour l'utilisateur, à l'accès à une information.

Certes, les hyperliens facilitent grandement la communication de références. Comme l'écrit Berners-Lee, référencer des adresses sur Internet sans

social ».

¹⁴⁶⁰ De Oliveira Ascensão p. 290, qui donne l'exemple des titres d'œuvres, qui ont, même lorsqu'ils sont protégés, une fonction de référence et doivent toujours pouvoir être utilisés dans ce but, librement, « sans justifier aucune réaction basée sur le droit d'auteur ».

¹⁴⁶¹ Toute référence est une expression. S'inspirant de Carr (p. 219), on pourrait affirmer que « toute référence contient un peu d'intelligence humaine », en raison du jugement qu'elle exprime. Comme l'écrit Strowel (Google, p. 121), établir une référence « contribue à la manifestation d'une pensée personnelle » (voir aussi p. 120 s., et Strowel/Hanley p. 74).

¹⁴⁶² Comme nous l'avons vu, il est parfois admis que la possibilité de disposer d'outils de recherche efficaces constitue une composante de la liberté d'information (voir chiffre 2.3.1. ci-dessus).

¹⁴⁶³ Voir l'introduction de notre travail. Dans le même sens, Graham considère que les informations qu'on ne peut référencer « ne font pas partie de la conversation » (« *they're not part of the conversation* »).

utiliser les hyperliens pourrait se comparer à parler avec un sac sur la tête¹⁴⁶⁴. Il n'en reste pas moins que l'établissement d'un hyperlien ne constitue pas en lui-même, au sens strict, une communication.

Néanmoins, comme l'a traditionnellement admis la jurisprudence, les libertés de communication incluent le droit d'utiliser les moyens qui permettent de les exercer, ou de favoriser leur exercice¹⁴⁶⁵.

L'établissement d'un hyperlien constitue un moyen de favoriser l'expression que constitue la mention d'une adresse URL. Il favorise l'exercice d'une communication, et est donc lui aussi couvert par les libertés de communication¹⁴⁶⁶.

A notre avis, tel ne doit être le cas que pour les liens qui font apparaître la ressource référencée en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre : les transclusions, quant à elles, ne sont en rien nécessaires au référencement des ressources liées. Le référencement peut être effectué de manière tout aussi efficace au moyen d'un lien qui n'intègre pas la ressource référencée sur le site du lieu.

Certaines transclusions peuvent avoir une utilité pratique¹⁴⁶⁷, qui ne justifie toutefois pas à elle seule une protection du droit constitutionnel.

2.5. Libertés de communication et droit d'auteur

Les rapports entre les libertés de communication et le droit d'auteur constituent un exemple typique de « conflit de droits fondamentaux ».

Le droit d'auteur, qui repose notamment sur la garantie de la propriété de

¹⁴⁶⁴ Berners-Lee, myths.

¹⁴⁶⁵ Voir ATF 120 Ib 142 (148), 107 Ia 64 (68 ss), 100 Ia 392 (405), 96 I 586 (590), Auer/Malinverni/Hottelier n. 560, David/Reutter p. 30. Voir aussi CourEDH, 22.05.1990, 12726/87, n. 47 (qui précise que l'article 10 CEDH « concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de transmission ou de captage, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations » ; voir aussi CourEDH, 19.02.2013, 40397/12).

¹⁴⁶⁶ Sur la protection de l'établissement d'hyperliens sous l'angle de l'article 10 CEDH, voir notamment Strowel, Google, p. 121, Strowel/Hanley p. 74. Aux Etats-Unis, la fourniture de liens est susceptible d'être couverte par le premier amendement de la Constitution (voir notamment Berners-Lee, myths, de Oliveira Ascensão p. 289, Garrote p. 197, Ott, Inhalte, p. 25 et réf. citées, Sableman p. 60, Strowel, Google, p. 121). Voir aussi CSC, 19.10.2011, 2011 CSC 47, n. 36, Aplin p. 151, Milstein/Lippold p. 184. Sur la liberté de référencer en relation avec les liens sur des sites illicites, voir Reusser, responsabilité et réf. citées.

¹⁴⁶⁷ Voir section 2, chiffre 4.3. ci-dessus.

l'article 26 Cst.¹⁴⁶⁸, limite les libertés de communication¹⁴⁶⁹.

A l'inverse, les libertés de communication limitent elles aussi les droits de l'auteur¹⁴⁷⁰. Le droit de propriété, dont fait partie le droit d'auteur, a un « ancrage social » (*Sozialbindung*), il est sujet à un certain nombre de limitations imposées par les intérêts des utilisateurs et par l'intérêt public¹⁴⁷¹.

Le droit d'auteur et les libertés de communication sont fondamentalement de même rang¹⁴⁷².

Les droits de propriété intellectuelle et les libertés publiques doivent être concrétisés de manière à servir les valeurs que la société cherche à protéger pour réaliser le bien commun¹⁴⁷³. Comme l'écrit la CJUE, « il incombe aux autorités et aux juridictions nationales, dans le cadre des mesures adoptées pour protéger les titulaires de droits d'auteur, d'assurer un juste équilibre entre la protection de ce droit et celle des droits fondamentaux de personnes qui sont affectées par de telles mesures »¹⁴⁷⁴.

Ainsi, sur Internet, tant les auteurs que les utilisateurs doivent pouvoir bénéficier autant que possible des technologies de communication offertes, et la

¹⁴⁶⁸ ATF 131 III 480 (490), 120 Ia 120 (121), Message Cst. p. 175, Baumgartner p. 39, Bu, Internet, nbp 36, Cherpillod, réponses, n. 1, Dessemontet, propriété, n. 102, Friedli n. 24, Häfelin/Haller/Keller n. 597, Macciachini, Urheberrecht, p. 51 ss, Mahon n. 8 ad art. 26, Morant nbp 1, Pahud, Sozialbindung, p. 70, Philippin n. 5 ad art. 9, Ruedin, auteur, n. 71. Voir aussi CJUE, 9.12.2012, C-277/10, n. 66 et 68, 24.11.2011, C-70/10, n. 43 s., 29.01.2008, C-275/06, n. 62, 12.09.2006, C-479/04, n. 65, BVerfG, 07.07.1971, 1 BvR 765/66, B-I s., Becker p. 721, Bensamoun p. 23, Bisges, Bilder, n. 24, Bonadio p. 619, Colin, œuvres, n. 968 s., Dreier n. 39 ad Einl., Geiger, Interessenausgleich, p. 817, Lucas, propriété, n. 27, Luch/Schulz p. 91, Rapport AGUR12 p. 33, Schulze, Inhalt, p. 4, von Ungern-Sternberg, 2012, p. 249.

¹⁴⁶⁹ Voir notamment Bonadio p. 629, Bu, Internet, p. 11 s., Cohen Jehoram, freedom, p. 276, Macciachini, Urheberrecht, p. 61 ss, Rapport AGUR12 p. 33, Strowel, réponses, p. 379 s., Strowel/Tulkens p. 13.

¹⁴⁷⁰ Voir notamment Benabou, source, p. 81 s. et réf. citées, Cohen Jehoram, freedom, p. 277 ss, Senftleben, copyright, p. 24 ss.

¹⁴⁷¹ Voir notamment Baumgartner p. 39 s., Bu, Umfeld, n. 4, Geiger, information, n. 154, droit, p. 109 s., balance, nbp 19, Interessenausgleich, p. 816 et rights, p. 270, Peukert, Irrtum, p. 47 s. Pour une présentation détaillée du concept d'ancrage social, voir Pahud, Sozialbindung, p. 49 ss.

¹⁴⁷² Bu, Internet, p. 12, Cherpillod, réponses, n. 1, Gasser/Oertli n. 6, Macciachini, Werken, p. 362. Voir aussi Colin, œuvres, n. 970, CSPLA p. 14 et 90, Geiger, information, n. 42 et 217, Interessenausgleich, p. 817 et future, p. 8 s., Strowel/Tulkens p. 9 ss.

¹⁴⁷³ Geiger, remedies, nbp 60.

¹⁴⁷⁴ 24.11.2011, C-70/10, n. 45. Voir aussi 29.01.2008, C-275/06, n. 68.

liberté d'information de la communauté doit être prise en compte¹⁴⁷⁵. Dans ce sens, le Conseil fédéral précise aussi que « l'accès au savoir et le partage des connaissances revêtent une importance croissante dans la société de l'information » et que la loi sur le droit d'auteur « doit tenir compte de l'intérêt public général à accéder aussi librement que possible à l'information et à utiliser les technologies de la communication »¹⁴⁷⁶. Certains auteurs considèrent même, à notre avis à tort, que la liberté d'information devrait prévaloir sur le droit d'auteur lorsqu'elle est nécessaire pour l'exercice d'autres droits fondamentaux¹⁴⁷⁷, ou lorsque le droit d'auteur est utilisé pour interdire l'accès à une œuvre protégée¹⁴⁷⁸.

Le conflit de droits fondamentaux entre le droit d'auteur et les libertés de communication n'est pas réglé de manière directe par la Constitution¹⁴⁷⁹.

En droit interne, le compromis a été réglé par le législateur, au moyen des exceptions des articles 19 à 28 LDA¹⁴⁸⁰. L'interprétation de ces dispositions, qui permet de préciser leur sens, doit se faire d'une manière conforme aux principes généraux du droit constitutionnel¹⁴⁸¹.

Par contre, l'interprète ne peut se fonder sur les libertés de communication de la Constitution fédérale pour créer de nouvelles exceptions, non-écrites, au droit d'auteur ou pour légitimer des utilisations qui ne sont pas couvertes par une exception¹⁴⁸², en vertu de l'article 190 Cst.¹⁴⁸³.

On peut par contre se demander si de telles limitations au droit d'auteur, dépassant le cadre des exceptions prévues par le droit interne, pourraient se déduire de l'article 10 CEDH, en raison du principe de primauté du droit international¹⁴⁸⁴.

Une large partie de la doctrine y est défavorable, en voyant dans ce recours

¹⁴⁷⁵ Bu, Internet, p. 12.

¹⁴⁷⁶ Message nLDA p. 3307 s.

¹⁴⁷⁷ Voir Weber/Breining-Kaufmann p. 419 s.

¹⁴⁷⁸ Strowel/Tulkens p. 35.

¹⁴⁷⁹ Bu, Internet, p. 12.

¹⁴⁸⁰ ATF 131 III 480 (490) (pour l'art. 25 LDA), Graber p. 334, Pahud, *Begrenzung*, p. 130 et *Sozialbindung*, p. 124, Rehbindler/Viganò n. 5 ad art. 25 URG, Ruedin, auteur, n. 86.

¹⁴⁸¹ Voir chiffre 2.1. ci-dessus, ainsi que Gasser/Oertli n. 14, Ruedin, commentaire, n. 4 ad Intro. art. 19-28. Voir aussi, pour l'article 25 LDA, ATF 131 III 480 (490), Graber p. 334, Ruedin, auteur, n. 86 s. et 117. En droit européen, voir CJUE, 29.01.2008, C-275/06, n. 68 et réf. citées. En droit allemand, voir Dreier n. 39 ad Einl.

¹⁴⁸² Rehbindler/Viganò n. 5 ad art. 25 URG, Ruedin, auteur, n. 86. Voir par exemple ATF 131 III 480 (491 s.). Voir aussi Cherpillod, réponses, n. 1.

¹⁴⁸³ Ruedin, commentaire, n. 4 ad Intro. art. 19-28.

¹⁴⁸⁴ Sur ce principe, voir chiffre 2.2.1. ci-dessus.

aux droits fondamentaux, qu'on qualifie de « limitation externe » au droit d'auteur, un moyen « artificiel » de tenter de le restreindre¹⁴⁸⁵, voire une « menace » pour le droit d'auteur¹⁴⁸⁶.

Plus nuancé, Lucas considère que, l'arbitrage ayant déjà été effectué par le législateur, « subordonner au cas par cas l'exercice du droit exclusif au « test de légitimité et de proportionnalité » de l'article 10 [CEDH] n'est pas admissible ». Il admet tout de même la possibilité de « faire céder ce droit exclusif lorsque l'utilisateur prouve que son exercice dégénère en abus à cause des restrictions illégitimes qu'il apporte à la liberté d'expression »¹⁴⁸⁷.

Geiger considère quant à lui que la liberté d'expression peut être invoquée dans certains cas pour justifier une utilisation non couverte par une exception au droit d'auteur¹⁴⁸⁸, et que cette liberté peut ainsi servir de correctif quand la législation ne permet pas de garantir un équilibre suffisant, ou quand les droits de propriété intellectuelle sont utilisés d'une manière contraire à leur fonction¹⁴⁸⁹.

Zollinger, soulignant les craintes suscitées par les droits de l'homme, parce qu'ils « ont vocation à remettre en question le droit positif, à soumettre ce dernier à une appréciation extérieure de pertinence », considère qu'elles ne sauraient les invalider, mais « doivent simplement conduire à examiner avec vigilance la manière dont ces derniers sont interprétés et appliqués »¹⁴⁹⁰.

Le plus souvent, la jurisprudence a refusé de recourir aux libertés de communication pour légitimer des actes tombant sous le coup du droit d'auteur, avec quelques exceptions notables¹⁴⁹¹. Dans un arrêt récent, la Cour européenne des droits de l'homme a librement examiné si une condamnation pour violation du droit d'auteur constituait en l'espèce une restriction acceptable à la liberté

¹⁴⁸⁵ Voir par exemple Sirinelli, droits, p. 249, citant des affaires dans lesquelles « instrumentalisés, ces droits fondamentaux ne servent que d'arguments «joker» quand tous les autres sont épuisés ». Voir aussi Sirinelli, limites, p. 315 s. et expression, p. 217.

¹⁴⁸⁶ Caron, public. Dans le même sens, Förster considère (p. 82) que les conflits doivent plutôt se régler par une interprétation conforme au droit constitutionnel des dispositions existantes. Voir aussi les réflexions critiques de Cohen Jehoram, freedom, p. 277 s.

¹⁴⁸⁷ Lucas, propriété, n. 350 s. Voir aussi Lucas, information, n. 22 ss et, dans le même sens, l'analyse de Colin, œuvres, n. 951 ss.

¹⁴⁸⁸ Geiger, rights, p. 276 s. et réf. citées.

¹⁴⁸⁹ Voir Geiger, rights, p. 278 ss, droit, p. 114 ss et propriété, p. 81 s.

¹⁴⁹⁰ Zollinger n. 1.

¹⁴⁹¹ Voir notamment Cohen Jehoram, freedom, p. 278 s. et réf. citées, Geiger, propriété, p. 77 ss et réf. citées. En Allemagne, notamment, la tendance est plutôt de rejeter le recours aux droits fondamentaux (voir Nieland p. 286 et réf. citées, ainsi que BGH, 21.04.2005, I ZR 1/02, p. 11).

d'expression¹⁴⁹².

A notre avis, il n'est en rien artificiel de soumettre le droit d'auteur, qui est un attribut du droit fondamental de propriété, aux principes constitutionnels régissant les conflits de droits fondamentaux. Rien ne s'oppose à ce qu'une application correcte de ces principes, en particulier du principe de proportionnalité, mène à des solutions justes et raisonnables.

Le droit d'auteur doit donc céder devant les libertés de communication lorsque son exercice leur cause une restriction qui n'apparaît pas proportionnée au sens de l'article 10 alinéa 2 CEDH¹⁴⁹³.

2.6. Appréciation des principaux résultats obtenus

2.6.1. Licéité de principe des liens simples et profonds

L'admissibilité fondamentale en droit d'auteur des liens simples et des liens profonds qui font apparaître la ressource référencée en remplacement de la ressource liante ou dans une nouvelle fenêtre ne constitue pas une restriction du droit d'auteur, parce que ces références n'entrent pas dans le champ du droit d'auteur : elles ne constituent ni des utilisations des ressources référencées, ni des atteintes aux droits moraux de leurs auteurs¹⁴⁹⁴.

Ce résultat ne pose donc aucune difficulté sur le plan constitutionnel.

2.6.2. Reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien

Le fait que la reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien ne soit admissible en droit d'auteur que lorsqu'il s'agit d'une citation au sens de l'article 25 LDA, ou lorsqu'elle bénéficie d'une autorisation implicite de l'auteur¹⁴⁹⁵, aux strictes conditions que nous avons posées¹⁴⁹⁶, constitue une restriction aux libertés de communication du lieu.

Bien que ce résultat soit peu satisfaisant, notamment pour des motifs de

¹⁴⁹² 10.01.2013, 36769/08, n. 34 ss. Voir aussi, sur cet arrêt, Nieland p. 285 ss, Zollinger n. 5 ss. Un mois plus tard, dans une autre affaire, la Cour a déclaré irrecevable, pour défaut manifeste de fondement, la requête de deux des cofondateurs d'un site d'échange de fichiers pirates condamnés pour complicité de violation du droit d'auteur (19.02.2013, 40397/12). Sur ces deux affaires, voir aussi Sirinelli, *expression*, p. 237 ss.

¹⁴⁹³ Dans le même sens, voir aussi Pinto p. 218, ainsi que l'analyse de Voorhoof p. 56 ss (en relation avec les parodies d'œuvres protégées).

¹⁴⁹⁴ Voir section 3, chiffres 1. s. ci-dessus.

¹⁴⁹⁵ Voir section 3, chiffre 1. ci-dessus.

¹⁴⁹⁶ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.3.

sécurité du droit¹⁴⁹⁷, cette restriction reste à notre avis acceptable sur le plan constitutionnel¹⁴⁹⁸ : la reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien peut faciliter le référencement d'une ressource, mais elle ne lui est en rien nécessaire, et elle est en règle générale couverte par l'existence d'une autorisation implicite lorsqu'elle présente un intérêt pour l'utilisateur, ne sert qu'à faciliter le référencement de la ressource liée et ne remplace pas la consultation de l'œuvre sur le site référencé¹⁴⁹⁹.

La théorie de l'autorisation implicite n'apparaît pas non plus comme une limitation du droit de propriété intellectuelle de l'auteur. Il ne s'agit que d'une présomption selon laquelle il accepte une utilisation qui ne lui cause aucun préjudice et qui s'inscrit dans l'unique cadre d'un référencement de la ressource qu'il a lui-même mise en ligne, et qu'il reste libre de renverser en exprimant son désaccord.

Son droit est restreint lorsque la reprise est effectuée dans le cadre d'une citation, mais d'une manière qui apparaît tout-à-fait proportionnée selon l'interprétation que nous avons effectuée de l'article 25 LDA¹⁵⁰⁰.

2.6.3. Transclusions

Puisque les transclusions ne sont pas couvertes par les libertés de communication¹⁵⁰¹, le fait qu'elles soient illicites lorsqu'elles n'ont pas été autorisées par l'auteur de la ressource référencée, sauf lorsqu'elles bénéficient du droit de citation¹⁵⁰², ne pose aucune difficulté sur le plan constitutionnel.

¹⁴⁹⁷ Voir chiffre 1.3. ci-dessus.

¹⁴⁹⁸ Dans le même sens, voir l'analyse, relativement à la reproduction d'extraits d'articles de presse par *Google* et à la fonction « cache », de la CA Bruxelles, 5.05.2011, <<http://www.copiepresse.be/pdf/Copiepresse5mai2011.pdf>>, n. 58. En réalité, la situation est toutefois probablement moins claire pour les moteurs de recherche, la faculté de disposer d'outils de recherche efficaces étant parfois considérée comme faisant partie des libertés de communication (voir chiffre 2.3.1. ci-dessus). Voir aussi, en relation avec les moteurs de recherche d'images, les réflexions de Wässle p. 731 et Wiebe, *Eigentum*, p. 804 s.

¹⁴⁹⁹ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.3.

¹⁵⁰⁰ En particulier du fait que nous n'avons pas admis que la reprise constitue, du seul fait de l'existence d'une référence, une citation (voir troisième partie, section 4, chiffre 3.2.2.).

¹⁵⁰¹ Voir chiffre 2.4. ci-dessus.

¹⁵⁰² Voir section 3, chiffre 3. ci-dessus.

2.6.4. Liens sur des sites illicites

2.6.4.1. *Liens sur des sites contenant des œuvres mises en ligne sans droit*

Sur le principe, le fait que le fournisseur d'un lien sur un site contenant des œuvres mises en ligne sans droit puisse engager sa responsabilité civile et pénale nous paraît constituer une restriction tout-à-fait légitime de sa liberté de référencer.

Au-delà du principe, ce sont plutôt les conditions de mise en œuvre de sa responsabilité qui posent des questions complexes et doivent être compatibles avec les principes auxquels doivent satisfaire les restrictions aux droits fondamentaux.

Bien que les liens sur des sites contenant des ressources mises en ligne sans droit soient susceptibles de léser les intérêts de leurs auteurs, en favorisant la transmission de leurs œuvres, les liens ne peuvent être sanctionnés dans tous les cas.

Notamment, le fournisseur d'un lien n'est pas toujours conscient de référencer un site contenant des œuvres mises en ligne sans droit, ou peut agir dans un strict but d'information, par exemple dans le cadre d'un article de presse ou d'une contribution scientifique¹⁵⁰³.

Il s'agit aussi de déterminer dans quelle mesure le fournisseur d'un lien doit se renseigner sur la licéité du contenu qu'il référence, surveiller l'évolution du site référencé, ou comment il doit réagir à d'éventuels avertissements des auteurs des contenus référencés ou de tiers. Ces questions dépassent le cadre de notre étude¹⁵⁰⁴.

2.6.4.2. *Liens sur des sites mettant à disposition des moyens de contourner des mesures techniques*

Le fait qu'un lien sur un site mettant à disposition un moyen de contourner une mesure technique ne tombe sous le coup du droit d'auteur que lorsqu'il est établi dans le but de favoriser la dissémination du contenu référencé nous paraît constituer un résultat équitable, qui représente le meilleur compromis possible entre le droit d'auteur et les libertés de communication.

¹⁵⁰³ On songera par exemple aux mentions d'adresses URL de sources archivées que nous avons effectuées dans le cadre de notre étude qui constituent, au sens strict, des cas de mentions d'adresses de ressources mises en ligne sans droit.

¹⁵⁰⁴ Pour une analyse détaillée de ces questions, voir Reusser, responsabilité.

Lorsqu'un tel lien est établi dans le but de favoriser la dissémination du contenu référencé, il paraît pleinement justifié que son établissement ne soit pas couvert par les libertés de communication.

Lorsqu'il n'est établi que dans un but d'information, comme dans l'affaire *Heise*¹⁵⁰⁵, il ne tombe pas sous le coup du droit d'auteur en droit suisse¹⁵⁰⁶, et ne constitue donc pas une restriction du droit de propriété des auteurs dont les mesures techniques pourraient être contournées.

On précisera, en rapport avec l'affaire *Heise*, que si la conclusion adoptée par le BGH selon laquelle le lien considéré était couvert par les libertés de communication nous semble justifiée, il nous aurait paru juridiquement préférable, avant de recourir aux droits fondamentaux, d'examiner si le lien en question était susceptible de tomber sous le coup du droit d'auteur¹⁵⁰⁷.

3. *De lege ferenda*

3.1. Droit d'auteur et nouvelles technologies

Même si la révision de 2007 a permis, dans une large mesure, d'adapter la LDA à l'évolution technologique, son application à Internet continue à poser certaines difficultés.

Ce problème n'est pas propre au droit suisse : l'adaptation aux nouvelles technologies est un problème récurrent du droit d'auteur¹⁵⁰⁸, et son application à des techniques pour lesquelles il n'a pas été conçu mène souvent à des résultats

¹⁵⁰⁵ Voir sixième partie, section 1, chiffre 2.1.

¹⁵⁰⁶ Voir sixième partie, section 1, chiffre 2.2.

¹⁵⁰⁷ Dans le même sens, Barnitzke (p. 329 s.) et Volkmann (2011, p. 385) regrettent que le BGH n'ait pas clarifié les conditions de mises en œuvre de la responsabilité du lien.

¹⁵⁰⁸ A ce propos, le Conseil fédéral écrit notamment que « l'évolution technologique constitue une véritable gageure pour le droit d'auteur », et qu'« elle rend la législation obsolète au fur et à mesure des innovations » (Message nLDA p. 3269). Comme l'a exprimé Pierre Bonhôte, « il n'est certainement pas de domaine où l'évolution technologique pose autant de problèmes au législateur que celui du droit d'auteur » (BO CE 2006, p. 1199), et la loi sur le droit d'auteur est « condamnée à courir après le progrès technique, sans jamais pouvoir vraiment le rattraper » (p. 1200). Voir aussi Benabou, source, p. 29 s. et 53, Correa p. 570 ss, Fischman Afori, licence, p. 276, Geiger, future, p. 7, Gurry (qui résume bien la problématique, et le type de solutions envisageables à l'avenir), Salvadé, information, p. 1 (« c'est un peu le propre du droit d'auteur que d'être sans cesse remis en cause par l'évolution technique »), Synodinou, myth, p. 618, Vion n. 54, Weber, Sprengstoff, n. 1. Sur les problèmes posés par l'ère numérique aux conceptions traditionnelles de propriété intellectuelle, voir aussi Mackaay p. 13 ss.

peu appropriés, ou nécessite l'utilisation de figures juridiques artificielles, jusqu'à ce qu'il soit modifié pour s'y adapter. Comme l'écrit Salvadé, « le progrès technique a toujours été la voile du bateau qu'est le droit d'auteur »¹⁵⁰⁹.

Sur Internet, l'application du droit d'auteur aux moteurs de recherche, notamment, est particulièrement problématique.

La reprise d'extraits de textes dans les résultats de recherche, la fourniture d'images par les moteurs de recherche d'images ou la reproduction de pages en cache constituent des fonctions permettant d'améliorer fortement l'efficacité des recherches. Les interdire entraînerait une régression importante de la qualité de la circulation de l'information, qui ne serait pas justifiée par la nécessité de protéger les intérêts des auteurs, qui ne sont, en général, pas réellement lésés par ces procédés.

Dans plusieurs pays, la jurisprudence et la doctrine, conscientes de l'importance de ces outils pour la communauté, mais contraintes de constater qu'ils occasionnent des utilisations tombant sous le coup du droit d'auteur en droit positif, ont développé diverses constructions juridiques pour les légitimer¹⁵¹⁰.

La théorie de l'octroi d'une autorisation implicite par les titulaires des ressources référencées a souvent été utilisée¹⁵¹¹. En raison des limites de cette figure juridique, notamment du fait que l'auteur d'une œuvre peut renverser cette présomption d'autorisation, d'autres théories ont été développées.

Ainsi, certains ont notamment proposé l'admission d'une autorisation implicite « obligatoire », reposant sur l'idée que celui qui publie sur Internet doit en accepter les usages typiques. Cette construction juridique lui imposerait de tolérer certaines utilisations raisonnables de son œuvre, lorsqu'elles servent à disséminer l'information de manière efficace, même lorsqu'il exprime son désaccord¹⁵¹².

En Allemagne, le BGH s'est servi de la théorie de la *schlichte Einwilligung* pour légitimer le service de recherche d'images de *Google* dans l'arrêt *Vorschaubilder I*, qui a reçu un accueil réservé de la doctrine¹⁵¹³. Certains y ont

¹⁵⁰⁹ Salvadé, protection p. 257.

¹⁵¹⁰ Voir aussi, dans le même sens, Leistner, limitations, p. 434 s., Manara p. 158, Senftleben, Internet, p. 59 ss (spéc. p. 83 et 87), ainsi que, critique, Höppner p. 635.

¹⁵¹¹ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.3.

¹⁵¹² Voir notamment Fischman Afori, Licence, p. 277 ss. Voir aussi Manara p. 161.

¹⁵¹³ Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.3. Cet arrêt se rapproche des théories admettant une autorisation implicite « obligatoire », puisque seule l'adoption de mesures techniques permet de renverser la *schlichte Einwilligung* (voir à ce sujet la

vu, *de facto*, la création d'une nouvelle exception au droit d'auteur¹⁵¹⁴, voire un « quasi *fair use* », destiné à combler l'absence d'exception applicable en droit positif¹⁵¹⁵.

Dans l'arrêt *Vorschaubilder II*¹⁵¹⁶, le souci de légitimer l'activité de *Google* apparaît plus évident encore¹⁵¹⁷, et la décision rendue ressemble encore davantage à la création artificielle d'une nouvelle exception au droit d'auteur.

En Espagne, dans l'affaire *Megakini c. Google*, la Cour suprême s'est notamment livrée à une interprétation « en sens contraire » du test des 3 étapes, juridiquement peu convaincante¹⁵¹⁸, pour faire échec à une plainte du titulaire d'un site contre la reprise d'extraits textuels de ses pages dans les résultats de recherche, et contre la mise à disposition de ses pages en mémoire cache par *Google*¹⁵¹⁹.

Selon l'arrêt, le test a aussi pour effet d'incorporer certains principes juridiques généraux en droit d'auteur, dont la doctrine du *ius usus inoqui* (selon laquelle l'auteur doit tolérer les usages de tiers qui ne lui causent aucun tort), le principe de la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit, limitant la portée du droit de propriété¹⁵²⁰.

1514 critique de Leistner, limitations, p. 429 ss).

Voir notamment Wielsch p. 672.

1515 Voir Spindler, Schranken, p. 790 s.

1516 Voir troisième partie, section 4, chiffre 3.3.

1517 Voir aussi Klass p. 8, Spindler, Anmerkung, p. 386 s.

1518 Voir aussi, dans le même sens, Colin, œuvres, n. 877 s. et auteur, p. 191 s., Lucas, propriété, n. 361, Piotraut p. 162 s. Une partie de la doctrine est pourtant favorable à une telle lecture du test (voir notamment Geiger, remedies, p. 194 ss et réf. citées, Senftleben, Internet, p. 41 ss, spéc. 55 (« le test des trois étapes de l'article 10 WCT a vocation à être non seulement un mécanisme de contrôle restrictif mais également une ligne directrice pour l'extension des limitations et exceptions existantes et pour l'introduction de nouvelles exceptions dans l'environnement numérique », traduction fournie p. 54)).

1519 *Tribunal Supremo*, 3.04.2002, 172/2012, <<http://pdfs.wke.es/8/6/1/5/pd0000078615.pdf>>. Sur cette affaire, voir aussi Senftleben, Internet, p. 79 ss, Xalabarder n. 1 ss.

1520 En droit suisse, l'interdiction de l'abus de droit de l'article 2 alinéa 2 CC pourrait éventuellement faire obstacle à une plainte contre certains des actes d'utilisation des moteurs de recherche. Cette disposition sanctionne en effet l'invocation d'un droit « alors que l'intérêt du titulaire est très faible et qu'à l'inverse l'exercice du droit implique un préjudice important pour l'autre partie » (Abbet p. 311 ; voir aussi réf. citées par Abbet, et Chappuis n. 34). Les principes de l'article 2 CC s'appliquent à l'ensemble des domaines du droit suisse (voir Steinauer n. 507 s. et réf. citées). Voir aussi, au sujet de l'abus de droit en relation avec les droits de propriété intellectuelle, Buydens p. 451 ss (qui rappelle notamment, p. 452, que « les droits de propriété intellectuelle [...] ne peuvent être exercés dans un but étranger à celui pour lequel le

Ces différentes théories, qui visent toutes à extraire du champ du droit d'auteur des actes qui apparaissent comme légitimes en tenant compte de tous les intérêts entrant en ligne de compte, parce qu'ils servent la communauté sans causer de réel préjudice aux auteurs des ressources référencées, n'en restent pas moins artificielles et, souvent, très discutables.

3.2. Adoption d'une nouvelle disposition ?

Pour permettre aux lois suisses et continentales de droit d'auteur de mieux appréhender les difficultés causées par les nouvelles technologies, nous considérons que la meilleure solution consisterait à y intégrer une clause générale se rapprochant de l'exception de *fair use* du droit américain¹⁵²¹.

Une telle clause permettrait de rendre licites des utilisations qui apparaissent comme légitimes parce qu'elles offrent une importante valeur ajoutée à la communauté sans réellement nuire aux auteurs, sans avoir à faire usage de constructions juridiques artificielles et discutables.

Elle permettrait ainsi de mieux équilibrer le droit d'auteur¹⁵²², en respectant mieux les intérêts des utilisateurs sans causer une atteinte exagérée aux intérêts des auteurs.

Comme l'écrit Benabou, « le droit d'auteur est censé représenter le meilleur moyen de favoriser l'imagination – voire l'innovation – en assurant la subsistance des personnes qui en sont à l'origine, et pour le droit moral, l'hommage rendu à leur contribution¹⁵²³. Dans cette perspective, la destination

¹⁵²¹ législateur les a conçus », Cohen Jehoram, *freedom*, p. 279. En relation avec le droit à l'intégrité, voir Puttemans n. 16 s., Salvadé, *parodie*, p. 96.

Dans le même sens, proposant l'introduction d'une telle disposition, voir Hüttner, Buchsuche, Spindler, Schranken, p. 792. Voir aussi AIPPI, B, p. 136 s., Heymann/Nolte p. 765, Kahl/Piltz n. 39, Kleinemenke p. 56, Leistner/Stang p. 503, Niiranen p. 69, Nolte, Netz, p. 241, Ott, 2008, p. 367 s. et Bilder, p. 352 s., Wandtke, Markt, p. 7, Wiebe, Eigentum, p. 893 s. L'exception du droit américain pourrait elle-même, selon une partie de la doctrine, être simplifiée (voir notamment Strowel, Google, p. 38, qui considère qu'elle est d'une « insupportable complexité »). D'autres ordres juridiques connaissent l'exception de *fair use* (elle joue par exemple un rôle important en droit israélien, voir <<http://www.droit-technologie.org/dossier-214/new-israeli-copyright-law.html>> et Fischman Afori, doctrine, p. 85 s.).

¹⁵²² Sur cette problématique, voir deuxième partie, section 3, chiffre 2.1. Cette exception est considérée aux Etats-Unis comme une « *safety valve that accomodates the exclusive rights conferred by copyright with the freedom of expression guaranteed by the First Amendment* » (une valve de sécurité permettant de concilier les droits exclusifs conférés à l'auteur avec la liberté d'expression garantie par le premier amendement), *US District Court*, S. D. New York, 17.08.2000, 111 F.Supp.2d 294 (322).

¹⁵²³ Dans le même sens, Doutrélepon rappelle (p. 409) que la fonction première du droit

naturelle de l'œuvre est le domaine public, le monopole temporaire une parenthèse, un mal nécessaire car une condition sine qua non de l'accomplissement de l'objectif premier »¹⁵²⁴.

Une clause générale de type « *fair use* » nous paraîtrait s'inscrire particulièrement bien dans cette approche.

En permettant une application plus équilibrée du droit d'auteur, elle offrirait aussi l'avantage de mieux assurer sa légitimité¹⁵²⁵. Comme l'écrit Benabou « c'est par sa capacité d'instiller en son sein une dose du "poison" de la liberté qu'il parviendra à faire taire ses détracteurs »¹⁵²⁶.

Elle permettrait aussi au droit d'auteur, rendu plus souple, de mieux s'adapter aux futures évolutions technologiques¹⁵²⁷.

On peut reprocher à l'exception de *fair use* son manque de sécurité juridique, en raison de la marge d'appréciation laissée au juge¹⁵²⁸, mais cette insécurité ne nous paraît pas supérieure à celle des autres constructions juridiques que nous avons exposées¹⁵²⁹.

Concrètement, l'application la plus importante d'une telle clause serait qu'elle permettrait de légitimer les principales utilisations des moteurs de recherche¹⁵³⁰.

d'auteur est d'« assurer la dignité morale et économique des créateurs et, par là même, [de] les inciter à créer en toute indépendance ». Sur la fonction incitative du droit d'auteur, voir aussi Dusollier n. 317.

¹⁵²⁴ Benabou, source, p. 53.

¹⁵²⁵ Sur les critiques adressées au droit d'auteur, voir notamment Benabou, source, p. 3 ss. Sur la perte de légitimité des droits de propriété intellectuelle en cas de déséquilibre, voir aussi Geiger, propriété, p. 82.

¹⁵²⁶ Benabou, source, p. 85.

¹⁵²⁷ Voir aussi, dans le même sens, Dnes p. 419 et 438 ss, Piotraut p. 160, Ricketson p. 68, Senftleben, copyright, p. 164 s. Lucas (interprétation, p. 282) est peu convaincu par cet argument. Sur les rapports entre les nouvelles technologies et l'exception de *fair use*, voir aussi Sirinelli, exploitation, p. 393 s.

¹⁵²⁸ Comme l'écrit Sirinelli, « le propre de l'exception de *fair use* est, dans le respect du cadre exposé par le législateur, la marge de manœuvre qui est laissée au juge. La recherche se fait au cas par cas et la souplesse d'interprétation, qualité du système, est aussi facteur d'incertitude et donc d'imprévisibilité » (Sirinelli, exploitation, p. 383). Voir aussi, dans le même sens, Cohen Jehoram, Ausnahmen, p. 808, Lucas, interprétation, p. 282, Piotraut p. 160, Wiebe, Eigentum, p. 894.

¹⁵²⁹ Voir chiffre 3.1. ci-dessus. Voir aussi, discutant et relativisant cet argument, Leistner, limitations, p. 436 s.

¹⁵³⁰ Voir notamment les jugements cités dans la troisième partie de notre travail, section 4, chiffre 3.1. Elle ne s'appliquerait toutefois probablement pas aux moteurs de recherche d'actualités reproduisant des parties trop importantes d'articles de presse (voir en ce

Elle légitimerait aussi l'archivage de pages *web*, ce qui représenterait un progrès certain. Le droit d'auteur ne devrait en effet pas faire obstacle à un tel service, qui offre une valeur ajoutée très importante aux utilisateurs, voire même à l'administration de la justice¹⁵³¹, sans causer, dans la grande majorité des cas, de réel préjudice aux auteurs des pages archivées¹⁵³².

Elle pourrait, enfin, légitimer la reprise d'une œuvre protégée dans le pointeur d'un hyperlien, lorsqu'elle ne s'effectue que dans le but de rendre plus efficace le référencement de la ressource liée.

Il resterait à déterminer si une telle exception serait compatible avec le test des trois étapes, et particulièrement avec la première étape, selon laquelle les exceptions et limitations doivent se limiter à « certains cas spéciaux »¹⁵³³.

Tel serait à notre avis le cas, l'exception d'usage privé étant par exemple elle aussi compatible avec le test, malgré sa nature très générale. En outre, le juge ayant la liberté de décider s'il entend appliquer l'exception dans un cas d'espèce, on pourrait considérer que la condition de spécialité est ainsi

sens *US District Court*, S.D. New York, 21.03.2013, 931 F.Supp.2d 537 (550 ss) et, au sujet de ce jugement, Hill p. 982 s.).

¹⁵³¹ Voir chiffre 1.7. ci-dessus.

¹⁵³² On précisera en outre que l'*Internet Archive* (<<http://www.archive.org>>) est une organisation à but non lucratif (voir <<http://archive.org/about/faqs.php#31>>). On pourrait se demander si ce service n'est pas déjà susceptible d'être couvert par les libertés de communication. On mentionnera à cet égard que la CourEDH a jugé que « la constitution d'archives sur Internet représentant un aspect essentiel du rôle joué par les sites Internet, [...] elle relève du champ d'application de l'article 10 [CEDH] », en considérant que « grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites Internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information » (10.03.2009, 3002/03 et 23676/03, n. 27 ; voir aussi 16.07.2013, 33846/07, n. 59). On précisera toutefois que les arrêts concernés visent l'archivage par des organes de presse de leurs propres articles sur Internet, problématique qui diffère de l'archivage généralisé des sites *web* par l'*Internet Archive*.

¹⁵³³ Voir deuxième partie, section 3, chiffre 2.2.2, ainsi que Ott, Bilder, p. 353. La doctrine est divisée sur le sujet. Voir notamment, considérant que tel n'est pas le cas, ou à tout le moins que la compatibilité est « douteuse », Lucas, interprétation, p. 78 s. et propriété, n. 358, Ricketson p. 67 ss ; voir aussi Cohen Jehoram, restrictions, p. 360 et 362, Geiger, copyright, nbp 13, Goldstein p. 218 s. A l'inverse, considérant le *fair use* est compatible avec le test, ou à tout le moins avec sa première étape, voir Förster p. 193 ss, Geiger, information, n. 294, Peukert, copyright, p. 163 (« *it seems clear that this condition does not rule out concepts like [...] fair use* »), Senftleben, copyright, p. 162 ss. Voir aussi Buydens/Dusollier n. 4, Leistner, limitations, p. 421 (« *the broad interpretation of fair use by the U.S. courts does at least not seem to violate the three-step test as implemented in international copyright law although undoubtedly it tests the very limits of this instrument* »).

remplie¹⁵³⁴.

On précisera aussi que les Etats-Unis, qui ont ratifié plusieurs conventions internationales incluant le test des trois étapes, n'ont pas modifié leur législation depuis¹⁵³⁵.

Si une exception de type « *fair use* » devait être considérée comme incompatible avec le test des trois étapes, on pourrait songer à l'adoption d'autres types de clauses ouvertes¹⁵³⁶, ou encore d'une ou de plusieurs exceptions plus spécifiques, permettant de légitimer les utilisations typiques du réseau qui sont utiles à la communauté sans léser les intérêts des auteurs¹⁵³⁷. Par exemple, l'adoption d'une nouvelle exception pour les utilisations effectuées « dans un but d'information » a été proposée¹⁵³⁸. Un élargissement de la portée du droit de citation serait également envisageable¹⁵³⁹.

On pourrait se demander si une exception d'« usage loyal » n'existe pas déjà en tant que principe non écrit imposé par le droit constitutionnel, pour les utilisations qui ne sont pas couvertes par des exceptions prévues par la loi, mais servent les intérêts des utilisateurs sans léser les intérêts des auteurs.

Sur le plan européen, une telle conception est majoritairement rejetée par la doctrine et la jurisprudence¹⁵⁴⁰.

Selon Sirinelli, l'exception de *fair use* est « absolument incompatible » avec le droit européen, qui repose sur « une liste exhaustive de limitations

¹⁵³⁴ Voir Fischman Afori, doctrine, p. 86, Senftleben, copyright, p. 164.

¹⁵³⁵ Voir aussi, à ce sujet, Geiger, instrument, p. 633 s. et copyright, nbp 13, Ott, Bilder, p. 353.

¹⁵³⁶ Voir par exemple Leistner, limitations, p. 438 s. (« *an opening provision, stating that beyond these explicitly allowed uses, further uses comparable to these categories and purposes and compliant with the three-step test in a balanced interpretation can be permitted by the courts, should then inject the necessary flexibility into the system* ») et, dans le même sens, l'article 5.5. du projet d'European Copyright Code (<<http://www.copyrightcode.eu/index.php?websiteid=3>> ; voir aussi, au sujet de ce projet, Leistner, limitations, p. 439).

¹⁵³⁷ Voir aussi Kahl/Piltz n. 38 s., Leistner/Stang p. 503, Nolte/Wimmers p. 26.

¹⁵³⁸ Haug n. 43 s. Voir aussi CSPA p. 32, qui évoque la possibilité de créer « une exception de référencement visant à autoriser la reprise des éléments d'identification des œuvres dans des ensembles plus grands, dès lors que sa finalité est de conduire l'utilisateur vers une ou plusieurs des œuvres utilisées ».

¹⁵³⁹ Une interprétation large du droit positif, comme le propose Senftleben (Internet, p. 85 ss), incluant notamment dans la portée de ce droit les résultats fournis par les moteurs de recherche, constituerait à notre avis une approche tout aussi artificielle et insatisfaisante que celles que nous avons décrites sous chiffre 3.1. ci-dessus.

¹⁵⁴⁰ Voir notamment LG Hambourg, 5.09.2003, 308 O 449/03, II-6.

répondant à des cas précis »¹⁵⁴¹.

Lucas écrit dans le même sens que l'article 10 CEDH « ne peut servir à reconstituer de manière subreptice un *fair use* européen, c'est-à-dire un système d'exception ouvert dans lequel il reviendrait au juge de dire, au vu des circonstances de l'espèce, si la prétention de l'utilisateur d'échapper au droit exclusif est raisonnable »¹⁵⁴².

En droit suisse, en vertu de l'article 190 Cst., une telle exception ne pourrait se déduire des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale, le législateur ayant déjà réglé les conflits des droits fondamentaux par les exceptions des articles 19 à 28 LDA. Elle pourrait difficilement se déduire, sous une forme aussi générale, de l'article 10 alinéa 1 CEDH¹⁵⁴³.

¹⁵⁴¹ Sirinelli, *limites*, p. 439. Voir aussi Ott, *Bilder*, p. 352, Senftleben, *Dreistufentests*, p. 207, Wiebe, *Eigentum*, p. 893 s.

¹⁵⁴² Lucas, *propriété*, n. 351.

¹⁵⁴³ Voir aussi, sur ces points, chiffre 2.5. ci-dessus.

Section 5 - Conclusion et perspectives

« Les nouvelles techniques d'une époque figurent dans les musées d'une autre. L'inventeur de l'arbalète ou ses utilisateurs ont sans doute pensé révolutionner le monde. [...] La suprématie qu'elle donnait et son efficacité étaient telles qu'il a été jugé nécessaire d'élaborer de nouvelles règles à son propos ».

Sirinelli, innovation, p. 45

La LDA, de la manière dont nous l'avons interprétée, permet d'arriver à des résultats pour l'essentiel satisfaisants et compatibles avec le droit constitutionnel.

Certaines corrections seraient souhaitables, mais, dans l'ensemble, cette loi permet d'aboutir à ce qu'on peut attendre d'un système juridique efficace : l'admissibilité de principe des hyperliens lorsqu'ils sont utilisés d'une manière conforme à leur destination première, le référencement, mais leur limitation lorsqu'ils sont utilisés à d'autres fins.

Cette tendance, qui se confirme sur le plan international avec l'harmonisation et l'adaptation à Internet des règles de droit d'auteur, et des interprétations de la doctrine et de la jurisprudence reposant, le plus souvent, sur une compréhension toujours meilleure du fonctionnement du réseau, nous paraît très positive, et en accord avec la réalité du fonctionnement d'Internet.

Elle correspond d'ailleurs aux tendances qui se dégagent dans d'autres domaines du droit, consacrant petit à petit une liberté générale d'établir des hyperliens lorsqu'ils ne sont fournis que dans le but de référencer un contenu.

Contrairement à ce que prétendent les fervents défenseurs d'une totale liberté d'action sur Internet, l'application du droit ne remet ainsi, en réalité, pas en cause le fonctionnement du réseau. Bien conçu et appliqué, le droit permet même de le rendre plus civilisé, en assurant le meilleur respect possible de la liberté et des intérêts des auteurs et des utilisateurs.

L'application de la LDA, qualifiée il y a une vingtaine d'années de « chef-d'œuvre de télescopage d'intérêts fondamentalement inconciliables »¹⁵⁴⁴, parvient finalement, après la révision de 2007, à des résultats permettant de réaliser de manière relativement heureuse, sur Internet, l'équilibre des intérêts

¹⁵⁴⁴

Tschopp, BO CN 1992, p. 5.

qui la sous-tend.

L'introduction d'une exception de type « *fair use* » constituerait un progrès important, qui permettrait de corriger l'essentiel des problèmes qui subsistent, et de rendre la LDA plus souple dans son application aux nouvelles technologies¹⁵⁴⁵.

En Suisse comme à l'étranger, certains auteurs ont souhaité l'adoption d'une loi spéciale, ou d'une disposition spécifique en droit d'auteur, portant sur la question de l'admissibilité des hyperliens, « pour favoriser la sécurité juridique et assurer le bon développement du commerce électronique »¹⁵⁴⁶.

Une telle démarche ne serait à notre avis ni nécessaire, ni même souhaitable¹⁵⁴⁷.

Il nous paraît préférable que des lois générales continuent à s'appliquer à l'établissement d'hyperliens. L'adoption de dispositions spécifiques pourrait être contre-productive, en risquant de substituer à un manque de sécurité juridique de nouveaux inconvénients¹⁵⁴⁸.

Comme l'écrit Sirinelli, « élaborer hâtivement de nouveaux textes juridiques pour appréhender les conséquences économiques ou sociales de l'essor des nouvelles techniques serait [...] imprudent. Ces dispositions conçues pour une situation donnée risqueraient de figer des situations pourtant par nature évolutives et pourraient se révéler rapidement inadaptées ou obsolètes. Et puisque « légiférer d'une main tremblante » doit rester un art à préserver, il revient aux juridictions de trouver les solutions aux problèmes nouveaux qui sont susceptibles de se poser »¹⁵⁴⁹.

Des lois trop précises présentent souvent l'inconvénient d'un manque de souplesse, qui peut très vite mener à des solutions absurdes vu l'évolution rapide et imprévisible du réseau, de ses utilisations et des techniques qui y sont développées. Elles seraient probablement, selon l'expression de Derieux,

¹⁵⁴⁵ A l'image de la LCD, à laquelle la clause générale de l'article 2 confère une remarquable adaptabilité à tous les types de comportements.

¹⁵⁴⁶ Gilliéron, hyperliens, p. 768. Voir aussi, notamment, Turner/Callaghan p. 38.

¹⁵⁴⁷ Par contre, une disposition précisant les conditions auxquelles la responsabilité du lieu pourrait être mise en cause pour l'établissement d'un lien sur un site illicite pourrait se justifier. Voir à ce sujet Reusser, responsabilité et, dans le même sens, Strowel/Ide p. 137.

¹⁵⁴⁸ On précisera que cette insécurité juridique s'atténue au fil des années, au vu du relatif consensus qui tend à s'établir sur la question de l'admissibilité des hyperliens.

¹⁵⁴⁹ Sirinelli, innovation, p. 46. Voir aussi Soreau p. 28.

« dépassées aussitôt qu'adoptées »¹⁵⁵⁰.

Les hyperliens soulèvent de nombreuses questions dans plusieurs domaines juridiques, et, dans les années à venir, leur usage connaîtra inévitablement des évolutions encore très largement imprévisibles à l'heure actuelle.

Des dispositions suffisamment générales, et même technologiquement neutres¹⁵⁵¹, laissent une marge d'appréciation bienvenue, qui permettra au juge de tenir compte des spécificités de chaque cas d'espèce, et d'appliquer la loi de la manière la plus juste possible aux futures évolutions du réseau¹⁵⁵².

Il appartient à la doctrine et à la jurisprudence d'établir des standards clairs, une typologie des comportements admissibles ou non, souple et adaptable, comme l'a fait la jurisprudence allemande, de manière plus ou moins heureuse, ces dernières années.

Comme l'a écrit Montesquieu dans son ouvrage « De l'esprit des lois », « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires ».

¹⁵⁵⁰ Voir Derieux p. 110 s. et, dans le même sens, Delforge p. 256. Voir aussi, sur cette problématique, Sableman p. 74.

¹⁵⁵¹ Cherpillod écrit dans ce sens que « l'adaptation du droit d'auteur à l'évolution technologique ne doit pas nécessairement impliquer l'adoption de normes spécifiques, mais peut conserver des règles qui soient technologiquement neutres. A cet égard, les dispositions de la loi de 1992 ont montré qu'elles pouvaient largement s'adapter aux nouvelles technologies, même si elles suscitent – inévitablement – des problèmes d'interprétation » (Cherpillod, révision, n. 38). En droit européen, voir IViR p. 167. Sur le concept de neutralité technologique du droit d'auteur, voir aussi Synodinou, myth, p. 618 ss.

¹⁵⁵² Des dispositions technologiquement neutres permettent en effet « de se prémunir contre le vieillissement prématuré des lois en évitant de les rattacher à l'une ou l'autre technologie déterminée » (Cottier, Internet, p. 150 ; voir aussi communications, p. 494 s.).

Notes relatives à la citation de la jurisprudence étrangère

Dans notre travail, nous avons désigné les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne respectivement par leur numéro de requête et leur référence. Ils peuvent être trouvés facilement en saisissant la référence indiquée dans le masque de recherche d'un moteur de recherche généraliste. Dans nos citations, nous nous sommes toujours référés aux publications disponibles sur les sites des bases de données HUDOC¹⁵⁵³ et *InfoCuria*¹⁵⁵⁴.

Les jugements allemands sont désignés par leur référence. Ils peuvent le plus souvent être trouvés sur le site *dejure.org*¹⁵⁵⁵, qui indique notamment les références de plusieurs sites proposant leur publication ou des commentaires. Dans nos citations de jugements du BVerfG et du BGH, nous nous sommes toujours référés aux publications disponibles sur les sites officiels de ces deux cours¹⁵⁵⁶.

Les jugements autrichiens, eux aussi désignés par leur référence, ont été consultés sur le site *Rechtsinformationssystem* du *Bundeskanzleramt*¹⁵⁵⁷.

Les arrêts américains publiés dans les revues *Federal Reporter* et *Federal Supplement* ont été désignés par la référence de leur publication dans ces sources. Pour les autres arrêts, nous avons indiqué la référence de leur publication dans la base de données (payante) *LexisNexis*¹⁵⁵⁸.

Enfin, pour les autres arrêts, nous avons indiqué la référence à une publication dans une revue sous forme imprimée ou dans une base de données¹⁵⁵⁹, ou l'adresse URL d'un site proposant leur publication, en version HTML ou PDF.

¹⁵⁵³ <<http://hudoc.echr.coe.int>>

¹⁵⁵⁴ <<http://curia.europa.eu>>

¹⁵⁵⁵ <<http://dejure.org>>

¹⁵⁵⁶ <<http://www.bundesverfassungsgericht.de>>, <<http://www.bundesgerichtshof.de>>

¹⁵⁵⁷ <<http://www.ris.bka.gv.at>>

¹⁵⁵⁸ <<http://www.lexisnexis.com>>

¹⁵⁵⁹ Ainsi, pour les arrêts français, nous avons indiqué les numéros *JurisData* des arrêts publiés sur *LexisNexis*.

Sources, errata et mises à jour

Notre recherche prend en compte les sources jurisprudentielles et doctrinales publiées et accessibles au 31.01.2014, ainsi que les arrêts *Svensson* (13.02.2014, C-466/12) et *Meltwater* (5.06.2014, C-360/13) de la CJUE.

Un errata et un résumé de certains des développements les plus importants depuis la clôture de notre rédaction sont disponibles sur le site <<http://www.infodroit.net>>.

Les adresses URL mentionnées dans notre travail ont été vérifiées le 15.06.2014. Les contenus qui y sont publiés peuvent au besoin être retrouvés au moyen de la *Wayback Machine*, disponible à l'adresse <<http://archive.org>>.

Bibliographie¹⁵⁶⁰

1. Doctrine

- Abbet Stéphane, *De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit – Etude de droit romain et de droit suisse*, thèse Lausanne, Zurich 2006.
- Adolphsen Jens, Mutz Martina, *Das Google Book Settlement*, GRUR Int. 2009, p. 789 ss.
- Akdeniz Yaman, *To Link or Not to Link: Problems with World Wide Web Links on the Internet*, International Review of Law, Computers & Technology, Volume 11, Issue 2, 1997, p. 281 ss.
- Akester Patricia, *The Impact of Digital Rights Management on Freedom of Expression – the First Empirical Assessment*, IIC 2010, p. 31 ss (citée : Akester, impact).
- *The New Challenges of Striking the Right Balance Between Copyright Protection and Access to Knowledge, Information and Culture*, E.I.P.R. 2010, p. 372 ss (citée : Akester, balance).
- Albrieux Sandrine, *La responsabilité du fournisseur de moyens de communication électronique à l'égard des auteurs et ayants droit*, RIDA 205/2005, p. 3 ss.
- Alder Daniel, *Urheberpersönlichkeits- und Persönlichkeitsrechte auf dem Information Highway*, in : Hilty Reto M. (édit.), *Information Highway – Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen*, Berne, Munich 1996, p. 331 ss.
- Altenburger Dieter, *Hyperlinks – Haftung für fremde Inhalte*, Vienne 2004.
- Antreasyan Sevan, Sakkal Isy, *Le «card sharing» en droit Suisse – Commentaire des arrêts du Tribunal fédéral du 11 octobre 2012, «Canal+», sic!* 2013, p. 131 ss.
- Aplin Tanya, *Copyright Law in the Digital Society – The Challenges of Multimedia*, Oxford, Portland 2005.
- Appl Clemens, Bauer Barbara, *Urheberrechtliche Grundfragen des Hyperlinkings*, medien und recht 2012, p. 180 ss et 246 ss.
- Arlt Christian, *BGH: AnyDVD - Anmerkung*, CR 2011, p. 467 s.
- Assion Simon, *"Jeder, der das Internet aktiv nutzt, begeht Urheberrechtsverletzungen"*, <<http://www.telemedicus.info/article/2016-Jeder,-der-das-Internet-aktiv-nutzt,-begeht-Urheberrechtsverletzungen.html>>, 2011.
- Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle - Suisse, *Exceptions to copyright protection and the permitted uses of copyright works in the*

¹⁵⁶⁰

Les titres mentionnés ont tous été cités dans notre travail.

hi-tech and digital sectors (Q 216) – Report of Swiss Group, sic! 2010, p. 680 ss (citée : AIPPI, A).

- *Exceptions to copyright protection and the permitted uses of copyright works in the hi-tech and digital sectors (Q 216B) – Report of Swiss Group*, sic! 2012, p. 129 ss (citée : AIPPI, B).

Association Littéraire et Artistique Internationale, *Rapport et Avis relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet – avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet*, <<http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf>>, 2013 (citée : ALAI).

Athanasekou P. Eve, *Internet and Copyright: An Introduction to Caching, Linking and Framing*, *Journal of Information Law & Technology*, <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1998_2/athanasekou>, 1998.

Auer Andreas, Malinverni Giorgio, Hottelier Michel, *Droit constitutionnel suisse – Volume II – Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne 2013.

Auf der Maur Rolf, *Art. 39a-39c*, in : Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012, p. 471 ss.

Auf der Maur Rolf, Meyer Leonz, *Piraterie im Internet*, in : Weber Rolf H., Hilty Reto M., Auf der Maur Rolf (édit.), *Geschäftsplattform Internet II – Rechtliche und praktische Aspekte*, Zurich 2001, p. 193 ss.

Ayazi Sara, *Search Engines Score Another Perfect 10: The Continued Misuse of Copyrighted Images on the Internet*, *North Carolina Journal of Law & Technology*, Volume 7, Issue 2, 2006, p. 367 ss.

Bäcker Kerstin, Höfinger Frank Michael, *Online-Vertrieb digitaler Inhalte: Erstvertrieb, nachgelagerte Nutzungen und nachgelagerte Märkte*, ZUM 2013, p. 623 ss.

Bahr Martin, *The Wayback Machine und Google Cache – eine Verletzung deutschen Urheberrechts?*, *JurPC Web-Dok.* 29/2002 (<<http://www.jurpc.de>>).

Band Jonathan, *The Perfect 10 Trilogy*, CRi 2007, p. 142 ss.

Barlow John Perry, *A Declaration of the Independance of Cyberspace*, <http://w2.eff.org/Censorship/Internet_censorship_bills/barlow_0296.declaration>, 1996 (cité : Barlow, declaration).

- *The Economy of Ideas – A framework for patents and copyrights in the Digital Age. (Everything you know about intellectual property is wrong.)*, <<http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html>>, 1994 (cité : Barlow, ideas).

Bibliographie

- Barnitzke Benno, *Link auf rechtswidrige Kopiersoftware in Pressebericht zulässig – „AnyDVD“ - Kommentar*, K&R 2011, p. 329 ss.
- Barrelet Denis, *Internet et la loi contre la concurrence déloyale*, in : Tissot Nathalie (édit.), *quelques facettes du droit de l'Internet – Volume 2 – droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Neuchâtel 2002, p. 41 ss.
- Barrelet Denis, Egloff Willi, *Le nouveau droit d'auteur – Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^e éd., Berne 2008.
- Battisti Michèle, *Le panorama de presse – Aspects juridiques*, Paris 2006 (citée : Battisti, panorama).
- « *Lier ou ne pas lier* » – *Pour un usage responsable de l'hyperlien*, <<http://archive.ifla.org/IV/ifla69/papers/034f-Battisti.pdf>>, 2003 (citée : Battisti, hyperlien).
- Baumgartner Tobias, *Privatervielfältigung im digitalen Umfeld*, thèse Zurich, Zurich, Bâle, Genève 2006.
- Bechtold Stefan, *Der Schutz des Anbieters von Information – Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz im Internet*, ZUM 1997, p. 427 ss.
- Becker Jürgen, *Schleichendes Ende des Urheberrechts im Netz – Einführung zur Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 20. April 2012*, ZUM 2012, p. 721 s.
- Becker Maximilian, Becker Felix, *Virtuelle Festplatten als Sharehoster – Prüfungspflichten im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht, Datenschutz und legitimen Nutzerinteressen*, WRP 2013, p. 41 ss.
- Benabou Valérie-Laure, *Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée – A propos de la vénérable décision de la Cour de Cassation dans l'affaire « Mulholland Drive »*, <<http://juriscom.net/2006/04/les-dangers-de-lapplication-judiciaire-du-triple-test-a-la-copie-privee>>, 2006 (citée : Benabou, copie).
- *Lettre de France*, RIDA 215/2008, p. 155 ss (citée : Benabou, France).
- *Puiser à la source du droit d'auteur*, RIDA 192/2002, p. 3 ss (citée : Benabou, source).
- Benabou Valérie-Laure, Farchy Joëlle, Méadel Cécile, *Le référencement des œuvres sur Internet – Rapport du CSPLA*, <<http://static.pcinpact.com/medias/rapport-commission-referencement--.pdf>>, 2013 (citées : CSPLA).
- Benhamou Yaniv, *Dommages-intérêts suite à la violation de droits de propriété intellectuelle – Etude de la méthode des redevances en droit suisse et comparé*, thèse Genève 2012, Genève, Zurich, Bâle 2013.
- Benizri Yohan, *L'hyperlien : Mise à jour, mise à disposition et mise à mort*, university of ottawa law & technology journal, <<http://www.uoltj.ca/articles/vol3.2/2006.3.2.uoltj.Benizri.457-475.pdf>>, 2006.

- Bensamoun Alexandra, *Portrait d'un droit d'auteur en crise*, RIDA 224/2010, p. 3 ss.
- Bently Lionel A. F., Derclaye Estelle, Dinwoodie Graeme B., Dreier Thomas, Dusollier Séverine, Geiger Christophe, Griffiths Jonathan, Hilty Reto, Hugenholtz P. B., Janssens Marie-Christine, Kretschmer Martin, Metzger Axel, Peukert Alexander, Ricolfi Marco, Senftleben Martin, Strowel Alain M., Xalabarder Raquel, *The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, <<http://ssrn.com/abstract=2220326>>, 2013 (cités : ECS).
- Beranek Zanon Nicole, De la Cruz Böhringer Carmen, *Urheberrechtliche Beurteilung von IaaS- (und XaaS)- Cloud-Diensten für die betriebliche Nutzung gemäss Art. 19 URG*, sic! 2013, p. 663 ss.
- Berberich Matthias, *LG Erfurt: Zulässige Wiedergabe von Thumbnails in Bildersuchmaschine – Anmerkung*, CR 2007, p. 393 s.
- Berners-Lee Tim, *Axioms of Web Architecture – Links and Law: Myths*, <<http://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html>>, 1997 (cité : Berners-Lee, myths).
- *Commentary on Web Architecture – Links and Law*, <<http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html>>, 1997 (cité : Berners-Lee, law).
 - *Realising the Full Potential of the Web*, <<http://www.w3.org/1998/02/Potential.html>>, 1998 (cité : Berners-Lee, potential).
- Bernreuther Friedrich, *Die suchmaschinenoptimierte Webseite – eine urheberrechtlich geschützte Unlauterkeit mit und ohne Markenverletzung – Zusammenhänge zwischen UWG einerseits und UrhG bzw. MarkenG andererseits*, WRP 2008, p. 1057 ss.
- Beutler Stephan, *Multimedia und Urheberrecht – Die Herstellung und Verwertung von Multimediaprodukten im Lichte des schweizerischen URG*, thèse, Berne 1998.
- Birchmeier Urs, *Les mutations du monde du travail dans la société du savoir*, La Vie économique 9/2001, p. 47 ss.
- Bisges Marcel, *Grenzen des Zitatrechts im Internet*, GRUR 2009, p. 730 ss (cité : Bisges, Internet).
- *Urheberrechtliche Zulässigkeit der Nutzung von Vorschaubildern im Rahmen von Bildersuchmaschinen*, JurPC Web-Dok. 127/2012 (cité : Bisges, Bilder).
- Bohne Michael, Elmers Christine, *Die Digitalisierung von Wissen in der Informationsgesellschaft und ihre rechtliche Regulierung*, WRP 2009, p. 586 ss.
- Böhner Dörte, *Wenn die Absicht zum Recht wird*, <<http://bibliothekarisch.de/blog/2010/11/16/wenn-die-absicht-zum-recht-wird>>, 2010.
- Boman Mats, Lindblom Fredrik, *Hyper-Linking may be a Criminal Offence – The Swedish MP-3 Case*, E.I.P.R. 2001, p. 55 ss.

Bibliographie

- Bonadio Enrico, *File Sharing, Copyright and Freedom of Speech*, E.I.P.R. 2011, p. 619 ss.
- Bonadio Enrico, Santo Mauro, “*Communication to the Public*” in *FAPL v QC Leisure and Murphy v Media Protection Services (C-403/08 and C-429/08)*, E.I.P.R. 2012, p. 277 ss.
- Borghi Maurizio, *Chasing Copyright Infringement in the Streaming Landscape*, IIC 2011, p. 316 ss.
- Böttcher Horst, *Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld*, thèse, Berne 2013.
- Bowers Jeremy, *The Ethics of Modern Communication*, <<http://www.jerf.org/writings/communicationEthics/communication2.html>>, 2003.
- Brändli Sandra, Tamò Aurelia, *Mainstream – Streaming als Nutzungform der Gegenwart und der Zukunft*, sic! 2013, p. 651 ss.
- Braun Martina, *Le droit moral de l’artiste interprète*, thèse Lausanne 2009, Berne 2010.
- Briner Robert G., *Haftung der Internet-Provider für Unrecht Dritter*, sic! 2006, p. 383 ss.
- Brinkel Guido, *Filesharing – Verantwortlichkeit in Peer-to-Peer-Tauschplattformen*, thèse Göttingen 2005, Tübingen 2006.
- Brunet Claude, *Le droit de mise à disposition*, Les cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 25, n. 3, 2013, p. 903 ss.
- Brunner Michel, *Die Zulässigkeit von Hyperlinks nach schweizerischem Recht – Eine Bestandaufnahme nach Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Persönlichkeits- und Firmenrecht*, thèse Zurich, Berne 2001.
- Bu Yuanshi, *Die Schranken des Urheberrechts im digitalen Umfeld – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen und chinesischen Urheberrechts*, Jusletter 10 janvier 2005 (citée : Bu, Umfeld).
- *Die Schranken des Urheberrechts im Internet*, thèse 2003, Berne 2004 (citée : Bu, Internet).
- Bühler Lukas, *Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet*, thèse, Fribourg 1999.
- Burk Dan L., *Proprietary Rights in Hypertext Linkages*, Journal of Information Law & Technology, <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1998_2/burk>, 1998.
- Burmeister Kai, *Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet*, thèse Hambourg, Lohmar, Cologne 2000.
- Busch Thomas, *Zur urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Streamingangeboten*, GRUR 2011, p. 496 ss.

- Buydens Mireille, *Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique*, RIDE 2006, p. 433 ss.
- Buydens Mireille, Dusollier Séverine, *Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses*, CCE 9/2001, chronique 22.
- Caprioli Eric A., *Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur*, CCE 11/2006, étude 30.
- Caron Christophe, « Copiez-vous les uns les autres comme je vous ai copiés », CCE 5/2012, repère 5 (cité : Caron, copiez).
- *La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ?*, CCE 10/1999, chronique 1 (cité : Caron, public).
 - *La source de la copie privée doit-elle être licite ? - Note*, CCE 9/2006, commentaire 118 (cité : Caron, copie).
 - *Les idées sont résolument de libre parcours ! - Note*, CCE 9/2003, commentaire 80 (cité : Caron, idées).
 - *Les idées toujours orphelines de protection – Note*, CCE 2/2006, commentaire 18 (cité : Caron, protection).
 - *Nouvelle rencontre du contrefacteur, de l'hyperlien et du fichier MP3 – Note*, CCE 12/2000, commentaire 125 (cité : Caron, hyperlien).
 - *Protection (maladroite) d'un site Internet par le droit d'auteur – Note*, CCE 2/2004, commentaire 14 (cité : Caron, Internet).
- Carr Nicholas, *The Big Switch – Rewiring the World, from Edison to Google*, 2^e éd., New York, Londres 2013.
- Carrière Laurent, *Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur : quelques éléments de réflexion*, Les cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 9, n. 3, 1997, p. 467 ss.
- Cavazos Edward A., Miles Coe F., *Copyright on the WWW: Linking and Liability*, Richmond Journal of Law and Technology, <<http://jolt.richmond.edu/v4i2/cavazos.html>>, 1997.
- Chappuis Christine, Art. 2, in : Pichonnaz Pascal, Foex Bénédicte (édit.), *Commentaire romand - Code civil I - Art. 1-359 CC*, Bâle 2010, p. 36 ss.
- Chebbi Aïda, *Archivage du web : quelques leçons à retenir*, Archives, volume 39, numéro 2, 2007-2008, p. 19 ss.
- Cherpillod Ivan, Art. 1-5, in : Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die*

Bibliographie

- internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012, p. 19 ss (cité : Cherpillod, URG).
- Art. 10, 67, 68 LDA, in : de Werra Jacques, Gilliéron Philippe (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle – Loi sur le droit d’auteur – Loi sur la protection des marques – Loi sur les designs – Loi sur les brevets – Droit international privé – Droit de la concurrence*, Bâle 2013, p. 81 ss et 584 ss (cité : Cherpillod, commentaire).
- *Droit d’auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l’information: le contenu des droits et leurs limitations*, in : Hilty Reto M. (édit.), *Information Highway – Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen*, Berne, Munich 1996, p. 261 ss (cité : Cherpillod, contenu).
- *Droit d’Auteur et Liberté d’Expression, Journées d’Étude ALAI – 19-20 Juin 2006 – Réponses du Groupe suisse au questionnaire*, <https://web.archive.org/web/20061018211001/http://www.aladda.org/docs/06Barcelona/Quest_Suisse_fr.pdf>, 2006 (cité : Cherpillod, réponses).
- *La révision de la loi sur le droit d’auteur*, Jusletter 11 février 2008 (cité : Cherpillod, révision).
- *Le droit suisse des marques*, Lausanne 2007 (cité : Cherpillod, marques).
- *Le nouveau projet de révision de la loi fédérale sur le droit d’auteur*, Jusletter 22 mai 2006 (cité : Cherpillod, projet).
- *L’objet du droit d’auteur – Etude critique de la distinction entre forme et idée*, thèse, Lausanne 1985 (cité : Cherpillod, thèse).
- *Schranken des Urheberrechts*, in : von Büren Roland, David Lucas (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht – II/1 – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 2^e éd., Bâle, Genève, Munich 2006, p. 259 ss (cité : Cherpillod, Schranken).
- *Violation de droits de propriété intellectuelle : complicité et instigation*, in : Ragueneau Alan (édit.), *Internet 2003*, Lausanne 2004, p. 215 ss (cité : Cherpillod, complicité).
- Ciola-Dutoit Sophie, Cottier Bertil, *Le droit de la personnalité à l’épreuve des blogs*, medialex 2008, p. 72 ss.
- Cohen Jehoram Herman, *Copyright and Freedom of Expression, Abuse of Rights and Standard Chicanery: American and Dutch Approaches*, E.I.P.R. 2004, p. 275 ss (cité : Cohen Jehoram, freedom).
- *Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht*, GRUR Int. 2001, p. 807 ss (cité : Cohen Jehoram, Ausnahmen).
- *Restrictions on Copyright and their Abuse*, E.I.P.R. 2005, p. 359 ss (cité : Cohen Jehoram, restrictions).

- Colin Caroline, *Devoir d'auteur*, RIDA 224/2010, p. 161 ss (citée : Colin, auteur).
- *Droit d'utilisation des œuvres*, thèse Paris 2008, Bruxelles 2012 (citée : Colin, œuvres).
- Colin Caroline, Dusollier Séverine, *Les perspectives de légitimation des échanges des œuvres sur les réseaux peer-to-peer en Belgique*, in : Doutrelepon Carine, Dubuisson François, Strowel Alain (direction), *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international*, Bruxelles 2012, p. 259 ss.
- Colombet Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e éd., Paris 1999.
- Commission des Communautés Européennes, *Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0199&from=FR>>, 2000 (citée : Commission, programmes).
- Conrad Albrecht, *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29. April 2010 – I ZR 69/08 – Vorschaubilder*, ZUM 2010, p. 585 ss (cité : Conrad, 2010).
- *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19. Oktober 2011 – I ZR 140/10 – Vorschaubilder II*, ZUM 2012, p. 480 ss (cité : Conrad, 2011).
 - *Kuck' mal, wer da spricht: Zum Nutzer des Rechts der öffentlichen Zugänglichkeit anlässlich von Links und Frames*, CR 2013, p. 305 ss (cité : Conrad, Links).
- Correa Carlos M., *Fair Use in the Digital Era*, IIC 2002, p. 570 ss.
- Cottier Bertil, *Autoroutes de l'information et communication du droit*, medialex 1998, p. 140 ss (cité : Cottier, droit).
- *Impact des nouveaux médias sur la science et la pratique du droit*, in : Tissot Nathalie (édit.), *quelques facettes du droit de l'Internet – droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Neuchâtel 2001, p. 1 ss (cité : Cottier, médias).
 - *Le droit de la communication électronique ou comment régir l'évolutif*, in : Bertil Cottier (direction), *Le droit des télécommunications en mutation*, Fribourg 2001, p. 493 ss (cité : Cottier, communications).
 - *Points de vue doctrinaux et solutions législatives et jurisprudentielles concernant les nouveaux procédés de télécommunications (Internet)*, in : *Rapports suisses présentés au XV^{ème} Congrès international de droit comparé – Swiss Reports Presented at the XVth International Congress of Comparative Law – Bristol, 27 juillet au 1^{er} août 1998*, Zurich 1998, p. 143 ss (cité : Cottier, Internet).
 - *Quelles responsabilités du fait de l'introduction de liens hypertextes sur une page web? (condensé)*, in : Université de Neuchâtel – Division juridique et Institut de

Bibliographie

- Microtechnique, *Vendredi 8 décembre 2000 – 7^{ème} journée de droit des ingénieurs – Internet, Actes illicites et responsabilités*, Neuchâtel 2000 (cité : Cottier, liens).
- Crackau Andy, Schneider Adrian, *EuGH-Vorlage: Verletzt Framing das Urheberrecht?*, <<http://www.telemedicus.info/article/2575-EuGH-Vorlage-Verletzt-Framing-das-Urheberrecht.html>>, 2013.
- David Lucas, Art. 67-73, in : Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012, p. 655 ss (cité : David, URG).
- *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht – I/3 – Lexicon des Immaterialgüterrechts*, Bâle, Genève, Munich 2005 (cité : David, Lexicon).
- David Lucas, Reutter Mark A., *Schweizerisches Werberecht*, 2^e éd., Zurich 2001.
- de Oliveira Ascensão José, *La liberté d'établir des hyperliens*, in : Ganea Peter, Heath Christopher, Schricker Gerhard (édit.), *Urheberrecht – Gestern - Heute - Morgen*, München 2001, p. 289 ss.
- de Werra Jacques, *La protection juridique des contenus numériques et ses limites – L'application du droit d'auteur et du droit de la concurrence dans le cadre de l'édition en ligne*, in : Tissot Nathalie (édit.), *quelques facettes du droit de l'Internet, Volume 3 et 4 – numéro spécial propriété intellectuelle – droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Neuchâtel 2003, p. 51 ss (cité : de Werra, contenus).
- *Le droit à l'intégrité de l'œuvre – Etude du droit d'auteur suisse dans une perspective de droit comparé*, thèse Lausanne 1996, Berne 1997 (cité : de Werra, intégrité).
- *Le droit moral en Suisse*, Les cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 25, n. 1, 2013, p. 527 ss (cité : de Werra, moral).
- *Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie)*, RIDA 189/2001, p. 67 ss (cité : de Werra, mesures).
- *Liberté de l'art et droit d'auteur*, medialex 2001, p. 143 ss (cité : de Werra, liberté).
- *Téléchargements d'œuvres protégées: l'impunité maintenue?*, medialex 2006, p. 171 s. (cité : de Werra, œuvres).
- Debet Anne, *Google suggest : une nouvelle fonctionnalité de Google examinée par les juges français - Note*, CCE 1/2010, commentaire 4.

- Dechilly Thomas, *Diffusion de contenus et de documents sur Internet*, in : Le Moal Jean-Claude, Hidoine Bernard, Calderan Lisette, *Publier sur Internet – Séminaire INRIA, 27 septembre – 1^{er} octobre 2004 – Aix-les-Bains*, Paris 2004, p. 65 ss.
- Dehmer Parick, *Musiktausch im Internet*, Jusletter 18 octobre 2004.
- Delforge Véronique, *La « réponse graduée » en Europe et à l'étranger : comment venir à bout de la contrefaçon en ligne ?*, in : Doutrelepon Carine, Dubuisson François, Strowel Alain (direction), *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international*, Bruxelles 2012, p. 87 ss.
- Delio Michelle, *Deep Link Foes Get Another Win*, <<http://archive.wired.com/politics/law/news/2002/07/53697>>, 2002.
- Derieux Emmanuel, *France: éléments d'actualité*, medialex 2007, p. 110 s.
- Dessemontet François, *Art. 1-3 LDA*, in : de Werra Jacques, Gilliéron Philippe (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle – Loi sur le droit d'auteur – Loi sur la protection des marques – Loi sur les designs – Loi sur les brevets – Droit international privé – Droit de la concurrence*, Bâle 2013, p. 3 ss (cité : Dessemontet, commentaire).
- *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, 2^e éd., Lausanne 2011 (cité : Dessemontet, propriété).
 - *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999 (cité : Dessemontet, traité).
- Dieselhorst Jochen, *OLG Hamburg: Urheberrechtsverletzung durch Framing – Anmerkung*, CR 2001, p. 706 ss.
- Dippelhofer Mischa, *Lost or found? – Die Störerhaftung der Suchmaschinenbetreiber nach dem BGH-Urteil „Autocomplete“*, MMR Fokus 2014, p. V ss.
- Dittrich Jörg, *Zur Frage der urheber- und wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Hyperlinks*, JurPC Web-Dok. 72/2002.
- Dnes Antony W., *Should the UK Move to a Fair-Use Copyright Exception?*, IIC 2013, p. 418 ss.
- Doutrelepon Carine, *Droit d'auteur : changement de paradigme ?*, in : Doutrelepon Carine, Dubuisson François, Strowel Alain (direction), *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international*, Bruxelles 2012, p. 407 ss.
- Dreier Thomas, in : Dreier Thomas, Schulze Gernot, *Urheberrechtsgesetz – Urheberrechtswahrnehmungsgesetz – Kunsturhebergesetz – Kommentar*, 4^e éd., Munich 2013.
- Drusc Martin, Meier Marco, *Musik- und Filmpiraterie im Internet*, in : Münch Peter, Brun Simon (édit.), *Produktpiraterie*, Zurich, Bâle, Genève 2009, p. 165 ss.

Bibliographie

- Dubuisson François, *Les implications juridiques et économiques du téléchargement d'œuvres sur Internet : les clés du débat*, in : Doutrélepon Carine, Dubuisson François, Strowel Alain (direction), *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international*, Bruxelles 2012, p. 19 ss.
- Dusollier Séverine, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, thèse Namur 2004, Bruxelles 2007.
- Egloff Willy, *Bezahlter Download zum Eigengebrauch? – Zur Tragweite des neuen Art. 3^{bis} URG*, medialex 2011, p. 72 ss (cité : Egloff, Download).
- *Das Urheberrecht und der Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen*, sic! 2007, p. 705 ss (cité : Egloff, Urheberrecht).
 - *Die EU-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes und das schweizerische URG*, sic! 2002, p. 739 ss (cité : Egloff, Harmonisierung).
 - *Revisionsbedarf beim urheberrechtlichen Eigengebrauch?*, medialex 2006, p. 35 ss (cité : Egloff, Eigengebrauch).
 - *Wissenschaftliche Forschung und Urheberrecht – Zur Notwendigkeit eines Forschungsprivilegs*, medialex 2009, p. 11 ss (cité : Egloff, Forschung).
- Eichelberger Jan, *Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2011 / 2012 (Teil 1)*, WRP 2013, p. 852 ss (cité : Eichelberger, Report).
- *Vorübergehende Vervielfältigungen und deren Freistellung zur Ermöglichung einer rechtmäßigen Werknutzung im Urheberrecht – Zur Auslegung und Anwendung von Art. 2 lit. a InfoSoc-RL/§ 16 Abs. 1 UrhG und Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL/§ 44 a Nr. 2 UrhG nach EuGH, verb. Rs. C-403/08 u. C-429/08 – Football Association Premier League*, K&R 2012, p. 393 ss (cité : Eichelberger, Urheberrecht).
- Engels Thomas, *Tauschbörsen und Urheberrecht – eDonkey-Links nach der Entscheidung des Landgerichts Hamburg*, <<http://www.aufrecht.de/4268.html>> (s.a.).
- Ernst Stefan, *Kopierschutz nach neuem UrhG – Bedeutung und Tragweite des Verbots von Umgehungsmaßnahmen und Hacking-Werkzeugen für die Praxis*, CR 2004, p. 39 ss (cité : Ernst, Kopierschutz).
- *Rechtliche Fragen bei der Verwendung von Hyperlinks im Internet*, NJW-CoR 1997, p. 224 ss (cité : Ernst, Hyperlinks).
- Ernst Stefan, Wiebe Andreas, *Immaterialgüterrechtliche Haftung für das Setzen von Links und vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten*, MMR Beilage 8/2001, p. 20 ss.

- Euler Ellen, *Bildstörung: Zur Notwendigkeit einer urheberrechtlichen Privilegierung für Vorschaubilder und Katalogbilder im Internet*, CR 2013, p. 616 ss (citée : Euler, Bild).
- "Eine nationale Kulturkatastrophe....", JurPC Web-Dok. 278/2004 (citée : Euler, Kultur).
- Fahl Constantin, *Die Nutzung von Thumbnails in der Bildersuche – Zugleich Kommentar zu BGH, 29. 4. 2010 – I ZR 69/08, K&R 2010, 501ff. – Vorschaubilder, K&R 2010*, p. 437 ss.
- Fangerow Kathleen, Schulz Daniela, *Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to – Eine urheberrechtliche Analyse des Film-Streamings im Internet*, GRUR 2010, p. 677 ss.
- Farasse François-Xavier, Labbé Eric, *La problématique des liens hypertextes : atteinte au droit d'auteur, concurrence déloyale ou diffamation ?*, <<http://web.archive.org/web/20021001194147/http://www.lexum.umontreal.ca/cipertexte/information/enjeux.html>> (s.a.).
- Favre Christian, Pellet Marc, Stoudmann Patrick, *Code pénal – Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs – Code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale*, 3^e éd., Lausanne 2011.
- Fehlbaum Pascal, *Lutte contre l'échange illicite de musique sur Internet : une autre approche?*, sic! 2007, p. 855 ss.
- Féral-Schuhl Christiane, *Cyberdroit – Le droit à l'épreuve de l'internet*, 6^e éd., Paris 2010.
- Ficsor Mihály, *How much of what ? – The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases*, RIDA 192/2002, p. 111 ss (cité : Ficsor, WTO).
- *Towards a Global Solution: The Digital Agenda of the Berne Protocol and the New Instrument – The Rorschach Test of Digital Transmissions*, in : Hugenholtz P. Bernt (édit.), *The future of copyright in a digital environment – Proceedings of the Royal Academy Colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law (Amsterdam, 6-7 July 1995)*, La Haye, Londres, Boston 1996, p. 111 ss (cité : Ficsor, test).
- Fischman Afori Orit, *An Open Standard “Fair Use” Doctrine: a Welcome Israeli Initiative*, E.I.P.R. 2008, p. 85 s. (cité : Fischman Afori, doctrine).
- *Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law*, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, <<http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol25/iss2/2>>, 2008 (cité : Fischman Afori, licence).
- Foged Terese, *U.S. v. E.U. Anti-Circumvention Legislation: Preserving the Public's Privileges in the Digital Age?*, E.I.P.R. 2002, p. 525 ss.

Bibliographie

- Förster Achim, *Fair Use – Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes*, thèse Bayreuth, Tübingen 2008.
- Fossoul Virginie, *La protection de la vie privée, obstacle à la lutte contre le téléchargement illégal ?*, in : Doutrélepont Carine, Dubuisson François, Strowel Alain (direction), *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international*, Bruxelles 2012, p. 307 ss.
- Franke Thomas, *Die Schranken der Kommunikationsfreiheiten – ein Überblick*, UFITA 2001, p. 395 ss.
- Frech Philipp, *Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen, des amerikanischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Urheber- und Markenrechts*, thèse Saint-Gall 2008, Zurich, Bâle, Genève 2009.
- Friedli Lukas, *Gibt es das Bildzitat im schweizerischen URG?*, Jusletter 24 avril 2006.
- Gaertner Reinhard, Frank Christian, *Piraten eingebuchtet? – Bewertung der Entscheidung des Tingsrätt vom 17. 4. 2009 – „The Pirate Bay“*, K&R 2009, p. 452 ss.
- Gaide Anne-Virginie, *La protection des personnages fictifs par le droit d'auteur*, thèse Lausanne 1997, Berne 1998.
- Garrote Ignacio Javier, *Linking and Framing: A Comparative Law Approach*, E.I.P.R. 2002, p. 184 ss.
- Gasser Christoph, Art. 19-20, in : Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012, p. 199 ss (cité : Gasser, URG).
- *Der Eigengebrauch im Urheberrecht*, thèse, Berne 1997 (cité : Gasser, Eigengebrauch).
- Gasser Christoph, Morant Marc O., *Das Zitatrecht im Lichte von «Kreis vs. Schweizerzeit»*, sic! 2006, p. 229 ss.
- Gasser Christoph, Oertli Reinhard, 5. Kapitel: *Schranken des Urheberrechts – Vorbemerkungen*, in : Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012, p. 187 ss.
- Geiger Christophe, “Constitutionalising” Intellectual Property Law? *The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, IIC 2006, p. 371 ss (cité : Geiger, law).

- *Copyright and Free Access to Information: For a Fair Balance of Interests in a Globalised World*, E.I.P.R. 2006, p. 366 ss (cité : Geiger, balance).
- *Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts*, GRUR Int. 2004, p. 815 ss (cité : Geiger, Interessenausgleich).
- *Droit d'auteur et droit du public à l'information – Approche de droit comparé*, thèse Montpellier 2003, Paris 2004 (cité Geiger, information).
- *Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique ?*, in : Strowel Alain, Tulkens François (direction), *Droit d'auteur et liberté d'expression – Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles 2006, p. 103 ss (cité : Geiger, droit).
- *Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law*, IIC 2008, p. 178 ss (cité : Geiger, remedies).
- *From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-step Test*, E.I.P.R. 2007, p. 486 ss (cité : Geiger, copyright).
- *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, IIC 2004, p. 268 ss (cité : Geiger, rights).
- *Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions*, IIC 2009, p. 627 ss (cité : Geiger, instrument).
- *Irrtum: Schranken des Urheberrechts sind Ausnahmebestimmungen und sind restriktiv auszulegen*, in : Berger Mathis, Macciachini Sandro (édit.), *Populäre Irrtümer im Urheberrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2008, p. 77 ss (cité : Geiger, Schranken).
- *Le dispositif juridique français de lutte contre le téléchargement sur les réseaux peer-to-peer. Une volonté préventive affichée, une solution répressive retenue*, in : Doutrelepon Carine, Dubuisson François, Strowel Alain (direction), *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international*, Bruxelles 2012, p. 65 ss (cité : Geiger, dispositif).
- *Propriété intellectuelle et censure*, medialex 2006, p. 75 ss (cité : Geiger, propriété).
- *Right to Copy v. Three-Step Test – The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment*, CRi 2005, p. 7 ss (cité : Geiger, future).
- *The Answer to the Machine Should Not be the Machine: Safeguarding the Private Copy Exception in the Digital Environment*, E.I.P.R. 2008, p. 121 ss (cité : Geiger, copy).
- *The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights of 1 August 2006 – An Adaptation to the Needs of the Information Society?*, IIC 2007, p. 401 ss (Geiger, adaptation).

Bibliographie

- *The Private Copy Exception, an Area of Freedom (Temporarily) Preserved in the Digital Environment*, IIC 2006, p. 74 ss (cité : Geiger, exception).
- *The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?*, IIC 2006, p. 683 ss (cité : Geiger, test).
- Geiger Christophe, Griffiths Jonathan, Hilty Reto M., *Towards a Balanced Interpretation of the “Three-step Test” in Copyright Law*, E.I.P.R. 2008, p. 489 ss.
- Gendreau Ysolde, *Morale publique et morale privée en propriété intellectuelle*, Revue juridique Thémis 27/1993, p. 415 ss.
- Gercke Marco, *Die Entwicklung des Internetstrafrechts 2011/2012*, ZUM 2012, p. 625 ss (cité : Gercke, 2012).
 - *Urheberrechtlicher Schutz von Computergrafiken und Stylesheets – Anmerkung zu OLG Hamm – 4 U 51/04 vom 24.8.2004*, ZUM 2004, p. 929 ss (cité : Gercke, Schutz).
- Ghernaouti-Hélie Solange, Dufour Arnaud, *Internet*, 11^e éd., Paris 2012.
- Gilliéron Philippe, Art. 4-5, 24, 24a LDA, in : de Werra Jacques, Gilliéron Philippe (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle – Loi sur le droit d’auteur – Loi sur la protection des marques – Loi sur les designs – Loi sur les brevets – Droit international privé – Droit de la concurrence*, Bâle 2013, p. 44 ss et 253 ss (cité : Gilliéron, commentaire).
 - *Google Actualités: faux problème ou vrai danger pour les éditeurs de presse?*, medalex 2010, p. 71 ss (cité : Gilliéron, presse).
 - *Le monde de l’audiovisuel à l’ère numérique: enjeux juridiques*, sic! 2009, p. 755 ss (cité : Gilléron, numérique).
 - *Les divers régimes de protection des signes distinctifs et leurs rapports avec le droit des marques*, thèse Lausanne 1999, Berne 2000 (cité : Gilliéron, signes).
 - *Les liens hypertextes et le droit privé*, sic! 2000, p. 755 ss (cité : Gilliéron, hyperliens).
 - *Propriété intellectuelle et Internet*, Lausanne 2003 (cité : Gilliéron, Internet).
- Ginsburg Jane C., *Chronique des Etats-Unis – Recent Developments in US Copyright Law – Part II, Caselaw: Exclusive Rights on the Ebb ?*, RIDA 218/2008, p. 167 ss (cité : Ginsburg, chronique).
 - *The (New?) Right of Making Available to the Public*, <<http://ssrn.com/abstract=602623>>, 2004 (cité : Ginsburg, right).
 - *Toward supranational copyright law? – The WTO Panel decision and the “three-step test” for copyright exceptions*, RIDA 187/2001, p. 3 ss (cité : Ginsburg, WTO).

- Girsberger Michael, *Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht – Die WIPO-Internetabkommen und deren Umsetzung in den Vereinigten Staaten, der Europäischen Union und der Schweiz*, thèse Lucerne 2006, Berne 2007.
- Glarner Andreas, *Musikpiraterie im Internet – Urheberstrafrechtliche Betrachtungen*, thèse Zurich, Berne 2002 (cité : Glarner, Internet).
- *Werknutzung im digitalen Zeitalter: Strafrechtliche Betrachtungen zu Art. 19 Abs. 1 lit. a URG und zum Schutz technischer Massnahmen*, sic! 2006, p. 641 ss (cité : Glarner, Werknutzung).
- Glöckner Arno, *Zivilrechtliche Haftung für Links im World Wide Web in Deutschland und den nordischen Staaten*, thèse Kiel 2010, Francfort-sur-le Main et al. 2011.
- Glöckner Jochen, Henning-Bodewig Frauke, *EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG?*, WRP 2005, p. 1311 ss.
- Goldstein Paul, *Berne in the USA*, IIC 2008, p. 216 ss.
- Gottschalk Eckart, *Das Ende von „fair use“? – Technische Schutzmaßnahmen im Urheberrecht der USA*, MMR 2003, p. 148 ss.
- Gotzen Frank, *Le droit d'auteur en Europe : quo vadis ? - Quelques conclusions après la transposition de la directive d'harmonisation dans la société de l'information*, RIDA 211/2007, p. 3 ss.
- Govoni Carlo, Gasser Christoph, *Die internationalen Urheberrechts- und leistungsschutzrechtlichen Abkommen im Lichte des Information Highway*, in : Hilty Reto M. (édit.), *Information Highway – Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen*, Berne, Munich 1996, p. 235 ss.
- Graber Christoph Beat, *Beobachtungsstelle für technische Massnahmen im Urheberrecht: erste Erfahrungen und Prüfung von Handlungsbedarf im Bereich der Wissenschaft*, sic! 2010, p. 329 ss.
- Graber Christoph Beat, Kerekes Andrea, *Medienfreiheit im Internet kleingeschrieben – Kritische Überlegungen zur Aufsichtskompetenz des BAKOM im Bereich des übrigen publizistischen Angebots der SRG*, sic! 2012, p. 12 ss.
- Graham Paul, *Web 2.0*, <<http://www.paulgraham.com/web20.html>>, 2005.
- Gramespacher Thomas, *Webdesign und Gestaltungshöhe? – Zur Anwendung von § 2 Abs. 1 Ziff. 4 UrhG auf in Webseiten eingebundene digitale Grafiken und Bilder – Gedanken zum Urteil des OLG Hamm vom 24.08.2004 – 4 U 51/04 = JurPC Web-Dok. 260/2004*, JurPC Web-Dok. 49/2005.
- Graven Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2^e éd., Berne 1995.
- Grisel Etienne, *Droits fondamentaux – Libertés idéales*, Berne 2008.

Bibliographie

- Gurry Francis, *Blue Sky Conference: Future Directions in Copyright Law – The Future of Copyright*, Queensland University of Technology, <http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html>, 2011.
- Gutman Daniel, *Rechtliche Flankierung technischer Schutzmöglichkeiten – Die Vorgaben der EU-Info-Richtlinie*, K&R 2003, p. 491 ss.
- Haberstumpf Helmut, *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 1. Dezember 2010 – I ZR 12/08 – Perlentaucher*, ZUM 2011, p. 158 ss (cité : Haberstumpf, Anmerkung).
- *Das Urheberrecht – Feind des Wissenschaftlers und des wissenschaftlichen Fortschritts? – Zugleich Besprechung zu OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 27. März 2012 – 11 U 66/11 (ZUM 2012, 574)*, ZUM 2012, p. 529 ss (cité : Haberstumpf, Urheberrecht).
- Häfelin Ulrich, Haller Walter, Keller Helen, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2012.
- Halvorson T.R., *How to start an Urban Legend: the Reporting of Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc.*, <<http://web.archive.org/web/20070311080344/http://www.llrx.com/features/urban.htm>>, 2000.
- Handig Christian, *Durch „freie kreative Entscheidungen“ zum europäischen urheberrechtlichen Werkbegriff*, GRUR Int. 2012, p. 973 ss (cité : Handig, Werk).
- *The “Sweat of the Brow” is not Enough! More than a Blueprint of the European Copyright Term “Work”*, E.I.P.R. 2013, p. 334 ss (cité : Handig, work).
- Haug Thomas Walter, *Hyperlinks und die Lokalisierung von Inhalten im Internet – Genügt der europäische Rechtsrahmen den Anforderungen der modernen Informationsgesellschaft?*, JurPC Web-Dok. 34/2008.
- Hauptli Matthias, *Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht*, thèse Bâle, Bâle, Genève, Munich 2004.
- Heidrich Jörg, *Verwendung von Frames*, <<http://www.netlaw.de/beitraege/1999/frames.htm>>, 1999.
- Heymann Britta, Nolte Georg, *Blockiert das Urheberrecht sinnvolle Informationsdienste?*, K&R 2009, p. 759 ss.
- Hill William Wesley, *Media monitoring, copyright and technology: implications of recent cases*, GRUR Int. 2013, p. 979 ss.
- Hilty Reto M., *“Hobby-Kalender” - Bundesgericht vom 19. August 2002 – Kein urheberrechtlicher Schutz bei rein handwerklicher Gestaltung – Anmerkung*, sic! 2003, p. 29 ss (cité : Hilty, Anmerkung).
- *Zur Zulässigkeit des «Link» – Rechtliches Damoklesschwert für die Internettechnologie?*, in : Weber Rolf H., Hilty Reto M., Auf der Maur Rolf (édit.),

Geschäftsplattform Internet III – Kapitalmarkt – Marktauftritt – Besteuerung, Zurich 2002, p. 123 ss (cité : Hilty, Zulässigkeit).

Hochreutener Inge, *Collage: Inspiration versus Plagiat? – Von der künstlerischen Freiheit in der bildenden Kunst – Die freie Benutzung: Ein juristischer Fallstrick im Bereich einer vermeintlichen künstlerischen Freiheit*, Jusletter 2 septembre 2013.

Hoeren Thomas, *AnyDVD und die Linkhaftung – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 14. 10. 2010 – I ZR 191/08 – AnyDVD*, GRUR 2011, p. 503 s. (cité : Hoeren, Haftung).

- *Das Leistungsschutzrecht für Presseverlage – Macht in der Schweiz nicht die deutschen Fehler!*, Jusletter 6 mai 2013 (cité : Hoeren, Leistung).

- *Electronic commerce and law – Some fragmentary thoughts on the future of internet regulation from a german perspective*, Computer Law & Security Review, Volume 16, Issue 2, 2000, p. 113 ss (cité : Hoeren, thoughts).

- *Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Überlegungen zum Zwischenstand der Diskussion*, MMR 2000, p. 515 ss (cité : Hoeren, Entwurf).

- *Illegaler Hyperlink des Heise-Verlags? – Pressefreiheit beschränkt*, Jusletter 14 novembre 2005 (cité : Hoeren, Pressefreiheit).

- *Keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr gegen Hyperlinks? – Anmerkung zum BGH-Urteil „Paperboy“*, GRUR 2004, p. 1 ss (cité : Hoeren, Hyperlinks).

Honsell Heinrich, Isenring Bernhard, Kessler Martin A., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2013.

Höppner Thomas, *Das Verhältnis von Suchmaschinen zu Inhalteanbietern an der Schnittstelle von Urheber- und Kartellrecht*, WRP 2012, p. 625 ss.

Hug Gitti, Art. 6-9, in : Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012, p. 58 ss (cité : Hug, URG).

- *Bob Marley vs Christoph Meili: ein Schnappschuss, sic!* 2005, p. 57 ss (cité : Hug, Schnappschuss).

Hug Kettmeir Gitti, *Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht*, UFITA 136/1998, p. 151 ss (cité : Hug, Urheberrecht).

Hürlimann Daniel, *Replik: Das Leistungsschutzrecht für Presseverlage*, Jusletter 13 mai 2013 (cité : Hürlimann, Replik).

- *Suchmaschinenhaftung – Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internet-Suchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht*, thèse Berne 2012 (cité : Hürlimann, Internet).

Bibliographie

- Hüsch Moritz, *Thumbnails in Bildersuchmaschinen – Zur rechtfertigenden Einwilligung in die Nutzung von Thumbnails – zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08*, CR 2010, p. 452 ss.
- Hüttner Sabine, *1, 2, 3, 4 Eckstein, keiner muss versteckt sein? – Wer sich im Internet präsentiert, muss mit Google rechnen! – Zugleich eine Besprechung des Grundsatzurteils des Bundesgerichtshofes zum Thema Thumbnails*, WRP 2010, p. 1008 ss (citée : Hüttner, Internet).
- *Urheberrechtliche Probleme der Google Buchsuche*, <<http://www.linksandlaw.de/seminararbeit-google-buchsuche.htm>>, 2008 (citée : Hüttner, Buchsuche).
- Institute for Information Law, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society – Final Report*, <http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf>, 2007 (cité : IViR).
- International Federation of the Phonographic Industry - Suisse, *Fiche des faits - Le piratage - cadre juridique en Suisse*, <http://web.archive.org/web/20060827183524/http://www.ifpi.ch/f/docs/news_f.html>, 2005 (citée : IFPP).
- Isbell Kimberly, *The Rise of the News Aggregator: Legal Implications and Best Practices*, <<http://ssrn.com/abstract=1670339>>, 2010.
- Jaccard Michel, Heumann Jérôme, *Art. 39a-39c, 69a LDA*, in : de Werra Jacques, Gilliéron Philippe (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle – Loi sur le droit d'auteur – Loi sur la protection des marques – Loi sur les designs – Loi sur les brevets – Droit international privé – Droit de la concurrence*, Bâle 2013, p. 386 ss et 594 ss.
- Jaeschke Lars, *AG Hamburg – Verletzen RSS-Feeds tatsächlich Urheberrechte?*, JurPC Web-Dok. 6/2011.
- Jani Ole, *Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG*, ZUM 2003, p. 842 ss.
- Jecklin Barbara, *Leistungsschutz im UWG?*, thèse, Berne 2003.
- Johnson Philipp, *One Small Step or One Giant Leap? – How has the WTO Panel Decision on Section 110(5) of the United States Copyright Act Changed our Understanding of the “Three-step Test”*, E.I.P.R. 2004, p. 265 ss.
- Joppich Brigitte, *Das Internet als Informationsnetz? – Zur urheber- und wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Deep Links*, CR 2003, p. 504 ss.
- Julia-Barcelo Rosa, *On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks*, E.I.P.R. 2000, p. 105 ss.
- Junod Valérie, *Publicité pour les médicaments: La santé publique l'emporte sur la liberté d'expression*, medialex 2010, p. 8 ss.

- Kahl Jonas, Piltz Carlo, *Social Sharing und die Vorschaubilder-Entscheidungen*, WRP 2013, p. 1011 ss.
- Kaminski Chris, *Much Ado About Smart Tags*, <<http://www.alistapart.com/articles/smarttags>>, 2001.
- Kaplan Carl S., *Is Linking Always Legal? The Experts Aren't Sure*, <<http://www.nytimes.com/library/tech/99/08/cyber/cyberlaw/06law.html>>, 1999.
- Karnell Gunnar W. G., *Decision of the Supreme Court (Högsta Domstolen) – June 15, 2000 – Case No. B 413-00*, IIC 2002, p. 368 ss.
- Kazemi Robert, *Online-Nachrichten in Suchmaschinen – Ein Verstoß gegen das deutsche Urheberrecht?*, CR 2007, p. 94 ss.
- Kikinis Michael, *Immaterialgüterrechte und elektronischer Geschäftsverkehr*, in : Arter Oliver, Jörg Florian S. (édit.), *Internet-Recht und Electronic Commerce Law*, 2. Tagungsband, Berne 2003, p. 93 ss (cité : Kikinis, Geschäftsverkehr).
- *Internet und Immaterialgüterrechte*, in : Arter Oliver, Jörg Florian S. (édit.), *Internet-Recht und Electronic Commerce Law*, 1. Tagungsband, Lachen, Saint-Gall 2001, p. 215 ss (cité : Kikinis, Internet).
- Killias Pierre-Alain, *La responsabilité civile des fournisseurs de services à l'exemple des fournisseurs d'accès et d'hébergement*, in : Dallèves Laure, Bagnoud Raphaël (édit.), *Internet 2005*, Lausanne 2005, p. 31 ss.
- Klass Nadine, *Neue Internettechnologien und das Urheberrecht: Die schlichte Einwilligung als Rettungsanker? – Zugleich Besprechung der Vorschaubilder I und II-Entscheidungen des BGH*, ZUM 2013, p. 1 ss.
- Klein Susanne, *Search Engines and Copyright – An Analysis of the Belgian Copiepresse Decision in Consideration of British and German Copyright Law*, IIC 2008, p. 451 ss.
- Kleinemenke Manuel, *LG Hamburg: Urheberrechtswidrige Google-Bildersuche – Anmerkung*, CR 2009, p. 55 s.
- Klett Alexander, *Urheberrecht im Internet aus deutscher und amerikanischer Sicht*, thèse Tübingen, Baden-Baden 1998.
- Koch Frank Alexander, *Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und in Online-Diensten*, GRUR 1997, p. 417 ss (cité : Koch, Grundlagen).
- *Neue Rechtsprobleme der Internet-Nutzung*, NJW-CoR 1998, p. 45 ss (cité : Koch, Internet).
- *Rechte an Webseiten - Hinweise zu Urhebervermerken, Schutzfähigkeit, Links und Haftung für die Praxis*, NJW-CoR 1997, p. 298 ss (cité : Koch, Webseiten).
- Köcher Jan K., *LG Stuttgart: Hyperlinks auf strafbare Inhalte – Anmerkung*, MMR 2005, p. 717 s.

Bibliographie

- Koelman Kamiel J., *Fixing the Three-step Test*, E.I.P.R. 2006, p. 407 ss.
- Krog Georg Philip, *The Norwegian ‘Napster case’ – Do hyperlinks constitute the ‘making available to the public’ as a main or accessory act?*, Computer Law & Security Review, Volume 22, Issue 1, 2006 p. 73 ss.
- Küchler Marcel, «*Swissmule.com*» – *Kantonsgericht Graubünden vom 27. Juli 2006 – Strafbarkeit des Herunterladens urheberrechtlich geschützter Dateien mittels Hash-Links – Anmerkung, sic!* 2008, p. 207 s.
- Kummer Max, *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Berne 1968.
- Larrieu Jacques, *Droit de l’Internet*, 2^e éd., Paris 2010.
- Lavanchy Morgan, *La responsabilité délictuelle sur Internet en droit suisse*, thèse (licence) Neuchâtel, <<http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/91-1.pdf>>, 2002.
- Le Forum des droits sur l’internet, *Recommandation – Hyperliens : statut juridique*, <<https://web.archive.org/web/20081203111235/http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-hyli-20030303.pdf>>, 2003 (cité : Recommandation hyperliens).
- *Recommandation – Quelle responsabilité pour les créateurs d’hyperliens vers des contenus illicites ?*, <<https://web.archive.org/web/20091122175938/http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-resphyli-20031023.pdf>>, 2003 (cité : Recommandation responsabilité).
- Le Moal Jean-Claude, *Préambule*, in : Le Moal Jean-Claude, Hidoine Bernard, Calderan Lissette, *Publier sur Internet – Séminaire INRIA, 27 septembre – 1^{er} octobre 2004 – Aix-les-Bains*, Paris 2004, p. 5 ss.
- Lederer Matthias, *Öffentliche Zugänglichmachung bei nicht verlinkten Dateien (Werken) auf Internetservern*, <<http://www.123recht.net/article.asp?a=87938>>, 2011.
- Legler Thomas, *Le rôle des différents acteurs de l’Internet*, in : Dallèves Laure, Bagnoud Raphaël (édit.), *Internet 2005*, Lausanne 2005, p. 1 ss.
- Leistner Matthias, *Creating Cyberspace – Intellectual Property Law and Competition Law Protection of the Web Designer*, IIC 2003, p. 132 ss (cité : Leistner, cyberspace).
- *E-Commerce und der urheberrechtlicher Schutz von Websites*, in : Lehmann Michael (édit.), *Electronic Business in Europa – Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht*, Munich, Vienne 2002, p. 437 ss (cité : Leistner, Websites).
- *The German Federal Supreme Court’s Judgment on Google’s Image Search – A Topical Example of the “Limitations” of the European Approach to Exceptions and Limitations*, IIC 2011, 417 ss (cité : Leistner, limitations).

- Leistner Matthias, Stang Felix, *Die Bildersuche im Internet aus urheberrechtlicher Sicht – Einige grundlegende Überlegungen aus Anlass des Urteils des OLG Jena vom 27.2.2008*, CR 2008, p. 499 ss.
- Lejeune Mathias, *LG München I: Haftung für Hyperlinks – Anmerkung*, CR 2005, p. 463 s.
- Leroy Michel, *Le langage XML et le développement du commerce électronique : structures et applications*, CCE 10/2005, fiche pratique 2.
- Linant de Bellefonds Xavier, *Les hyperliens*, CCE 5/2003, repère 5.
- Lindner Brigitte, *Copyright Demolished? The Implementation of the WIPO Treaties in Switzerland*, E.I.P.R. 2008, p. 328 ss.
- Lobet Jean-Luc, Fortin Hélène, Darbon Nathalie, *Les liens hypertextes et le droit*, <<http://www.enssib.fr/bibliotheque/documents/dcb/M-2003-RECH-16-darbon.pdf>>, 2003.
- Loschelder Michael, *Vervielfältigung oder Bearbeitung? – Zum Verhältnis des § 16 UrhG zu § 23 UrhG*, GRUR 2011, p. 1078 ss.
- Lucas André, *Droit d'auteur et numérique*, Paris 1998 (cité : Lucas, auteur).
- *Droit d'auteur, liberté d'expression et « droit du public à l'information » (libres propos sur deux arrêts des Cours de cassation belge et française)*, in : Strowel Alain, Tulkens François (direction), *Droit d'auteur et liberté d'expression – Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles 2006, p. 123 ss (cité : Lucas, information).
 - *For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test*, E.I.P.R. 2010, p. 277 ss (cité : Lucas, interpretation).
- Lucas André, Lucas Henri-Jacques, Lucas-Schloetter Agnès, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Paris 2012 (cité : Lucas, propriété).
- Lucas-Schloetter Agnès, *Le droit moral en Allemagne*, Les cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 25, n. 1, 2013, p. 35 ss.
- Luch Anika D., Schulz Sönke E., *Die digitale Dimension der Grundrechte – Die Bedeutung der speziellen Grundrechte im Internet*, MMR 2013, p. 88 ss.
- Lutz Martin J., *Les programmes d'ordinateur*, in : Marchetto Fabio (édit.), *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur*, Lausanne 1994, p. 167 ss.
- Macciachini Sandro, *Die unautorisierte Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken in Massenmedien*, sic! 1997, p. 361 ss (cité : Macciachini, Werken).
- *Urheberrecht und Meinungsfreiheit – Untersucht am Gegenstand der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke in der Berichterstattung der Medien*, thèse Zurich, Berne 2000 (cité : Macciachini, Urheberrecht).

Bibliographie

- Macciachini Sandro, Oertli Reinhard, *Art. 25-28*, in : Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012, p. 338 ss.
- Mackaay Ejan, *The Economics of Emergent Property Rights on the Internet*, in : Hugenholtz P. Bernt (édit.), *The future of copyright in a digital environment – Proceedings of the Royal Academy Colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law (Amsterdam, 6-7 July 1995)*, La Haye, Londres, Boston 1996, p. 13 ss.
- Mahon Pascal, in : Aubert Jean-François, Mahon Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève 2003.
- Manara Cédric, *Le droit d'auteur contre l'accès à l'information mondiale? Le cas des moteurs de recherche*, RIDE 2011, p. 143 ss.
- Maler Eve, *XML Linking: An Executive Summary*, <<http://web.archive.org/web/20030417192833/http://www.sun.com/software/xml/enterprise/xlink.html>> (s.a.).
- Markowitch Olivier, *Les aspects techniques des modèles de réponse au téléchargement*, in : Doutrelepont Carine, Dubuisson François, Strowel Alain (direction), *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international*, Bruxelles 2012, p. 47 ss.
- Maslaton Matthias, *LG München I: Framing urheberrechtlich zulässig – Framing III – Anmerkung*, MMR 2003, p. 198 s.
- Masouyé Claude, *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971)*, Genève 1978.
- McCullagh Declan, *Free Links, Only \$50 Apiece*, <<http://archive.wired.com/techbiz/media/news/2000/12/40850>>, 2000.
- Meyer Sebastian, *Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2010*, K&R 2011, p. 217 ss (cité : Meyer, 2010).
- *Google & Co. – Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen*, K&R 2007, p. 177 ss (Meyer, Google).
- Milstein Alexander, Lippold Matthias, *Suchmaschinenergebnisse im Lichte der Meinungsfreiheit der nationalen und europäischen Grund- und Menschenrechte*, NVwZ 2013, p. 182 ss.
- Mitchell Bradley, *Smart Tags – Dumb idea, brilliant concept, or just plain dangerous?*, <<http://web.archive.org/web/20051202145948/http://compnetworking.about.com/library/weekly/aa061801a.htm>>, 2001.

- Moor Pierre, Flückiger Alexandre, Martenet Vincent, *Droit administratif – Volume I – Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012.
- Morant Marc O., *Das Zitat aus urheberrechtlicher Sicht – Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung der schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechtsordnung*, thèse Bâle, Bâle, Genève, Munich 2006.
- Muller Murk, *XML und RDF Dictionary – Austausch juristischer Informationen zwischen Computern*, JurPC Web-Dok. 19/2002.
- Müller Stéphanie, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Hyperlinks nach deutschem und Schweizer Recht*, thèse Zurich 2010, Berlin 2011.
- Münst Hubert, *Einsatz von XML für die Strukturierung schweizerischer Erlasse*, in : Künzle Hans Rainer, Holenstein Urs Paul, Münst Hubert, Schäuble Peter, *Die Erneuerung der Rechtsdatenbanken in der Schweiz*, PJA 2007, p. 147 ss, p. 149 ss.
- Neff Emil F., Arn Matthias, *Urheberrechtlicher Schutz der Software*, in : von Büren Roland, David Lucas (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht – II/2 – Urheberrecht im EDV-Bereich*, Bâle, Genève, Munich 1998, p. 1 ss.
- Newton Harry, *Le Newton – Nouveau Dictionnaire des télécommunications, de l'informatique et de l'internet*, 15^e éd., Paris 2000 (cité : Newton, 2000).
- *Newton's Telecom Dictionary*, 27^e éd., New York 2013 (cité : Newton, 2013).
- Nieland Holger, *Urheberrecht vs. Presserecht – Zur Lösung von Interessenkonflikten nach der „Ashby Donald“-Entscheidung des EGMR*, K&R 2013, p. 285 ss.
- Niemann Fabian, *LG München I: Unzulässiges „Framing“ – Anmerkung*, CR 2003, p. 528 ss (cité : Niemann, Anmerkung).
- *Thumbnails in Bildersuchmaschinen nicht urheberrechtswidrig – „Vorschaubilder“ – BGH, Urteil vom 29. 4. 2010 – I ZR 69/08 – Kommentar*, K&R 2010, p. 507 ss (cité : Niemann, Kommentar).
- Niiranen Ossi, *Online Access to the World's Libraries – Legal risk analysis of book scanning and indexing projects in Europe and their implications for the freedom of information*, CRi 2006, p. 65 ss.
- Nobel Peter, Weber Rolf H., *Medienrecht*, 3^e éd., Berne 2007.
- Nolte Georg, *Paperboy oder die Kunst den Informationsfluss zu regulieren – von Datenbanken, Links und Suchmaschinen*, ZUM 2003, p. 540 ss (cité : Nolte, Links).
- *Schleichendes Ende oder Renaissance des Urheberrechts im Netz?*, ZUM 2012, p. 740 ss (cité : Nolte, Netz).
- Nolte Georg, Wimmers Jörg, *Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet – von praktischer Konkordanz, richtigen Anreizen und offenen Fragen*, GRUR 2014, p. 16 ss.

Bibliographie

- Nordemann Jan Bernd, Dustmann Andreas, *To Peer Or Not To Peer – Urheberrechtliche und datenschutzrechtliche Fragen der Bekämpfung der Internet-Piraterie*, CR 2004, p. 380 ss.
- Obergfell Eva Inés, *Konkretisierung der urheberrechtlichen Bewertung von Abstracts durch den BGH*, GRUR 2011, p. 208 ss.
- Oertli Reinhard, Art. 24a-24c, in: Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012, p. 317 ss.
- Ohly Ansgar, *Zwölf Thesen zur Einwilligung im Internet – Zugleich Besprechung zu BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 – Vorschaubilder II*, GRUR 2012, p. 983 ss.
- Oppenheim Charles, *The Internet copyright case and its implications for users of the WWW*, <<http://web.archive.org/web/20000226035201/http://www.shetland-news.co.uk/editorial/profopp1.html>>, 1996.
- Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, *Disposition types sur la protection du logiciel*, Genève 1978 (citée : OMPI, logiciel).
- *Intellectual property on the Internet: a survey of issues*, <<http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/e-commerce/pdf/survey.pdf>>, 2002 (citée : OMPI, survey).
- *Table ronde sur la propriété intellectuelle et les peuples autochtones – Genève, 23 et 24 juillet 1998 – Notions générales de droit d'auteur et de droits voisins*, <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_indip_rt_98/wipo_indip_rt_98_2_add-annex1.pdf>, 1998 (citée : OMPI, notions).
- Organisation mondiale du commerce, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Rapport du Groupe spécial*, <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/160r-00.pdf>, 2000 (citée : OMC).
- Ott Stephan, *BGH: Framing – Die Realität – Anmerkung*, MMR 2013, p. 599 s. (cité : Ott, BGH).
- *Bildersuchmaschinen und Urheberrecht – Sind Thumbnails unerlässlich, sozial nützlich, aber rechtswidrig?*, ZUM 2009, p. 345 ss (cité : Ott, Bilder).
- *Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2007*, WRP 2008, p. 393 ss (cité : Ott, 2007).
- *Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2008*, WRP 2009, p. 351 ss (cité : Ott, 2008).
- *Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2009*, WRP 2010, p. 435 ss (cité : Ott, 2009).

- *Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2010*, WRP 2011, p. 655 ss (cité : Ott, 2010).
 - *Die Google Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung?*, GRUR Int. 2007, p. 562 ss (cité : Ott, Google).
 - *Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Framing nach der BGH-Entscheidung im Fall »Paperboy«*, ZUM 2004, p. 357 ss (cité : Ott, Framing).
 - *Haftung für Embedded Videos von YouTube und anderen Videoplattformen im Internet*, ZUM 2008, p. 556 ss (cité : Ott, Haftung).
 - *Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA*, GRUR Int. 2007, p. 14 ss (cité : Ott, Inhalte).
 - *LG München I: Urheberrechtswidriges Framing – Anmerkung*, MMR 2007, p. 263 s. (cité : Ott, Anmerkung).
 - *Search Engine Law Article: Green light for search engines to use thumbnail images ?*, <<http://www.linksandlaw.com/news-update53-legality-thumbnails.htm>>, 2007 (cité : Ott, light).
 - *Snippets im Lichte des geplanten Leistungsschutzrechts für Presseverlage*, K&R 2012, p. 556 ss (cité : Ott, Snippets).
 - *To link or not to link – This was (or still is?) the question – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. 7. 2003 – I ZR 259/00 (Paperboy)*, WRP 2004, p. 52 ss (cité : Ott, question).
 - *Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing*, thèse Bayreuth 2003, Stuttgart et al. 2004 (cité : Ott, Linking).
 - *Zulässigkeit der Erstellung von Thumbnails durch Bilder- und Nachrichtensuchmaschinen? – Eine Analyse der US-amerikanischen und der deutschen Rechtsprechung*, ZUM 2007, p. 119 ss (cité : Ott, Thumbnails).
- Pahud Eric, *Die Sozialbindung des Urheberrechts*, thèse Zurich, Berne 2000 (cité : Pahud, Sozialbindung).
- *Zur Begrenzung des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit*, UFITA 2000, p. 99 ss (cité : Pahud, Begrenzung).
- Peguera Miquel, *Copyright Issues Regarding Google Images and Google Cache*, <<http://ssrn.com/abstract=2012678>>, 2011 (cité : Peguera, Copyright).
- *Internet Service Providers' Liability in Spain – Recent Case Law and Future Perspectives*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, <<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-3-2010/2823/peguera-isp-liability-spain.pdf>>, 2010 (cité : Peguera, Liability).
- Peifer Karl-Nikolaus, Becker Carina Yvonne, *Persönlichkeitsrechtsverletzende Suchergänzungsvorschläge bei Google – Anmerkung*, GRUR 2013, p. 754 s.

Bibliographie

- Perret François, *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles – Essai d'une théorie générale des droits de propriété intellectuelle*, thèse 1972, Genève 1974.
- Petersen Clement Salung, *EU: Reproduction of 11-word-snippets from Copyrighted Works – Remarks*, CRi 2009, p. 146 s.
- Peukert Alexander, *A bipolar copyright system for the digital network environment*, in : Strowel Alain (édit.), *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Cheltenham, Northampton 2009, p. 148 ss (cité : Peukert, copyright).
- *Ein möglichst hohes Schutzniveau des Urheberrechts fördert Kreativität und dynamischen Wettbewerb: Ein Irrtum?!*, in : Berger Mathis, Macciachini Sandro (édit.), *Populäre Irrtümer im Urheberrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2008, p. 39 ss (cité : Peukert, Irrtum).
- Pfister Laurent, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? – Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle*, RIDA 205/2005, p. 117 ss.
- Pfortmüller Herbert, *Art. 10-15*, in : Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012, p. 95 ss.
- Philippin Edgar, *Art. 9, 11-12 LDA*, in : de Werra Jacques, Gilliéron Philippe (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle – Loi sur le droit d'auteur – Loi sur la protection des marques – Loi sur les designs – Loi sur les brevets – Droit international privé – Droit de la concurrence*, Bâle 2013, p. 67 ss et 94 ss.
- Piaget Emmanuel, *L'influence de la jurisprudence communautaire sur l'interprétation des lois suisses relatives à la propriété intellectuelle: argument contraignant ou simple aide à l'interprétation?*, sic! 2006, p. 727 ss.
- Pihlajarinne Taina, *Setting the Limits for the Implied License in Copyright and Linking Discourse – The European Perspective*, IIC 2012, p. 700 ss.
- Pinto Timothy, *The Influence of the European Convention on Human Rights on Intellectual Property Rights*, E.I.P.R. 2002, p. 209 ss.
- Piotraut Jean-Luc, *Limitations and Exceptions: Towards a European "Fair Use" Doctrine?*, in : Ohly Ansgar (édit.), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Tübingen 2012, p. 147 ss.
- Pirlot de Corbion Sophie, *La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur Internet*, Le droit des affaires – Het ondernemingsrecht 2004/72, p. 14 ss.
- Plaß Gunda, *Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht*, WRP 2000, p. 599 ss.

- Platz Ernst, *Regelung technischer Schutzmassnahmen im revidierten URG – Welches sind die praktischen Auswirkungen der Unterstellung technischer Schutzmassnahmen unter das revidierte URG?*, Jusletter 16 juin 2008.
- Pleister Christian C.-W., Ruttig Markus, *Neues Urheberrecht – neuer Kopierschutz – Anwendungsbereich und Durchsetzbarkeit des § 95a UrhG*, MMR 2003, p. 763 ss.
- Poenig Andreas, *Die strafrechtliche Haftung des Linkanbieters im Ausland nach deutschem Recht*, thèse Berne 2005, Göttingen 2006.
- Poll Günter, *Neue internetbasierte Nutzungsformen – Das Recht der Zugänglichmachung auf Abruf (§ 19 a UrhG) und seine Abgrenzung zum Senderecht (§§ 20, 20b UrhG)*, GRUR 2007, p. 476 ss.
- Pollaud-Dulian Frédéric, *L'esprit de l'œuvre et le droit moral de l'auteur*, RIDA 215/2008, p. 103 ss.
- Probst Thomas, *Der Lizenzvertrag: Grundlagen und Einzelfragen*, Jusletter 2 septembre 2013 (cité : Probst, Lizenzvertrag).
- *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: un nouveau défi pour la pratique juridique en droit privé suisse*, RJN 2004, p. 13 ss (cité : Probst, défi).
- Puttemans Andrée, *Les auteurs sont-ils responsables de leurs actes ? (ou : du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre face aux contrats et aux exigences actuelles de commerce et de la technique)*, in : *Les journées du droit d'auteur – Actes du colloque organisé à l'Université libre de Bruxelles les 11 et 12 décembre 1987 par le Centre de droit privé et de droit économique de la Faculté de droit*, Bruxelles 1989, p. 303 ss.
- Radmann Friedrich, *Kino.ko – Filmegucken kann Sünde sein – Zur Rechtswidrigkeit der Nutzung von (offensichtlich) illegalen Streaming-Filmportalen*, ZUM 2010, p. 387 ss.
- Rauber Georg, *Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen – Eine problemorientierte Untersuchung des Werkbegriffs nach schweizerischem und internationalem Urheberrecht*, thèse, Zurich 1988.
- Raue Peter, *Das kleinste Kleinzitat*, GRUR 2011, p. 1088 ss.
- Rauer Nils, Ettig Diana, *Zur urheberrechtlichen Zulässigkeit des Framing*, K&R 2013, p. 429 ss.
- Redlich Philipp C., *Download von Video- und Audiostreams zum privaten Gebrauch – eine „rechtliche Grauzone“?*, K&R 2012, p. 713 ss.
- Rehbinder Manfred, *Nachrichten als Sprachwerke*, ZUM 2000, p. 1 ss (cité : Rehbinder, Nachrichten).
- *Schweizerisches Urheberrecht*, 3^e éd., Berne 2000 (cité : Rehbinder, Urheberrecht).

Bibliographie

- *Tauschbörsen, Sharehoster und UGC-Streamingdienste – Tatsächliche und rechtliche Aspekte zur Piraterie im Netz*, ZUM 2013, p. 241 ss (cité : Reh binder, Piraterie).
- Rehbinder Manfred, Pahud Eric, *Urheberrechtsschutz und strafrechtliche Inhaltskontrolle – Zur rechtshistorischen Entwicklung einer Grundsatzfrage*, UFITA 136/1998, p. 277 ss.
- Rehbinder Manfred, Rohner Christian, *Zum rechtlichen Schutz der Nachrichtenagenturen am Beispiel der Schweizerischen Depeschenagentur*, UFITA 139/1999, p. 123 ss.
- Rehbinder Manfred, Viganò Adriano, *URG - Urheberrecht und verwandte Schutzrechte mit ausführenden Verordnungen, Nebengesetzen, zwischenstaatlichen Verträgen (insbesondere WIPO- und TRIPS-Abkommen, RBÜ und Rom-Abkommen), weiteren Materialien sowie Sachregister*, 3^e éd., Zurich 2008.
- Reinbacher Tobias, *Strafbarkeit des Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen*, GRUR 2008, p. 394 ss.
- Reinemann Susanne, Remmert Frank, *Urheberrechte an User-generated Content*, ZUM 2012, p. 216 ss.
- Reinstadler Armin, *Browsing und Framing aus urheberrechtlicher Sicht – Einige kritische Anmerkungen zur Framing III – Entscheidung (LG München I, Urteil vom 14.11.2002 – 7 O 4002/02 = JurPC Web-Dok. 130/2003)*, JurPC Web-Dok. 332/2003.
- Renold Marc-André, *Internet et le droit d’auteur*, SJ 2002 II, p. 83 ss.
- Renold Marc-André, Contel Raphaël, *Art. 25-28 LDA*, in : de Werra Jacques, Gilliéron Philippe (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle – Loi sur le droit d’auteur – Loi sur la protection des marques – Loi sur les designs – Loi sur les brevets – Droit international privé – Droit de la concurrence*, Bâle 2013, p. 274 ss.
- Reusser Steve, *La responsabilité pour l’établissement de liens sur des sites illicites*, à paraître, références sur <<http://www.infodroit.net>> (cité : Reusser, responsabilité).
- *L’admissibilité des hyperliens en droit de la concurrence déloyale*, à paraître, références sur <<http://www.infodroit.net>> (cité : Reusser, hyperliens).
- Ricketson Sam, *Standing committee on copyright and related rights – Ninth Session – Geneva, June 23 to 27, 2003 – WIPO study on limitations and exceptions of copyright and related rights in the digital environment*, <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf>, 2003.
- Rieber-Mohn Thomas, *Harmonising Anti-Circumvention Protection with Copyright Law: The Evolution from WCT to the Norwegian Anti-Circumvention Provisions*, IIC 2006, p. 182 ss.

- Rigamonti Cyrill P., *Eigengebrauch oder Hehlerei? – Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet*, GRUR Int. 2004, p. 278 ss (cité : Rigamonti, Eigengebrauch).
- *Schutz gegen Umgehung technischer Maßnahmen im Urheberrecht aus internationaler und rechtsvergleichender Perspektive*, GRUR Int. 2005, p. 1 ss (cité : Rigamonti, Schutz).
 - *Urheberpersönlichkeitsrechte – Globalisierung und Dogmatik einer Rechtsfigur zwischen Urheber- und Persönlichkeitsrecht*, thèse d'habilitation, Berne 2013 (cité : Rigamonti, Urheber).
- Roggenkamp Jan Dirk, *Keine Urheberrechtsverletzung durch Bildanzeige in Suchmaschinen – LG Erfurt, Urteil vom 15. 3. 2007 – 3 O 1108/05 – K&R-Kommentar*, K&R 2007, p. 328 ss (cité : Roggenkamp, Kommentar).
- *Verstößt das Content-Caching von Suchmaschinen gegen das Urheberrecht?*, K&R 2006, p. 405 ss (cité : Roggenkamp, caching).
- Rohmer Sandrine, Sambuc Bloise Joëlle, *Le mp3 face au droit d'auteur du point de vue des utilisateurs*, PJA 2003, p. 51 ss.
- Rohn Patrick, *Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht*, thèse Zurich, Zurich, Bâle, Genève 2004.
- Rojinsky Cyril, *Hyperliens et droit à l'interopérabilité dans la société de l'information*, CCE 07-08/2002, chronique 18 (cité : Rojinsky, hyperliens).
- *Sens interdit – La responsabilité du créateur de lien hypertexte du fait du contenu illicite du site cible*, <<http://juriscom.net/2002/12/sens-interdit-la-responsabilite-du-createur-de-lien-hypertexte-du-fait-du-contenu-illicite-du-site-cible>>, 2002 (cité : Rojinsky, responsabilité).
- Rosenthal David, *Projekt Internet – Was Unternehmen über Internet und Recht wissen müssen*, Zurich 1997.
- Rössel Markus, *Filterpflichten in der Cloud – Vom Wortfilter der Sharehoster zum Crawler für Linkportale*, CR 2013, p. 229 ss.
- Roumieux Olivier, *Production des sites : les enjeux actuels*, in : Le Moal Jean-Claude, Hidoine Bernard, Calderan Lisette, *Publier sur Internet – Séminaire INRIA, 27 septembre – 1^{er} octobre 2004 – Aix-les-Bains*, Paris 2004, p. 101 ss.
- Rubli Dominik P., *Das Verbot der Umgehung technischer Massnahmen zum Schutz digitaler Datenangebote*, thèse Zurich 2008, Berne 2009.
- Ruedin Pierre-Emmanuel, *Intro. art. 19-28 LDA, Art. 19-20 LDA*, in : de Werra Jacques, Gilliéron Philippe (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle – Loi sur le droit d'auteur – Loi sur la protection des marques – Loi sur les designs – Loi sur les brevets – Droit international privé – Droit de la concurrence*, Bâle 2013, p. 171 ss (cité : Ruedin, commentaire).

Bibliographie

- *La citation en droit d'auteur – Étude de l'article 25 LDA dans son contexte constitutionnel et international*, thèse Neuchâtel, Bâle 2010 (cité : Ruedin, auteur).
- Ruedin Pierre-Emmanuel, Ruedin Xavier-Baptiste, *La copie de partitions à des fins personnelles*, sic! 2005, p. 795 ss.
- Ruedin Pierre-Emmanuel, Tissot Nathalie, *La rémunération du transfert d'œuvres sur Internet – Essai sur la portée de l'art. 19 al. 3^{bis} nLDA*, sic! 2008, p. 417 ss.
- Sableman Mark, *Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years*, berkeley technology law journal, <<http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol116/sableman/sableman.pdf>>, 2001.
- Salvadé Vincent, *Digital Rights Management: de l'accès à l'information au contrôle de son utilisation*, in : *L'individu face aux nouvelles technologies – Surveillance, identification et suivi*, Genève, Zurich, Bâle 2005, p. 111 ss (cité : Salvadé, accès).
- *Entre mesures techniques et redevances pour la copie privée – Quelques questions juridiques soulevées par les DRMS*, Jusletter 17 mars 2008 (cité : Salvadé, mesures).
- *Gestion collective des droits et nouvelles technologies – une mise en perspective par rapport aux questions actuelles*, in : Tissot Nathalie (édit.), *quelques facettes du droit de l'Internet, Volume 3 et 4 – numéro spécial propriété intellectuelle – droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Neuchâtel 2003, p. 95 ss (cité : Salvadé, gestion).
- *La protection du support multimédia au regard du droit d'auteur*, SJ 1996, p. 257 ss (cité : Salvadé, protection).
- *Le droit d'auteur dans la société de l'information*, <http://web.archive.org/web/20040713012454/http://educa.ch/dyn/bin/19648-19649-1-biblioth_caires_jurassiens.doc>, 2001 (cité : Salvadé, information).
- *Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard? – Aspects juridiques concernant le «cloud computing»*, sic! 2012, p. 161 ss (cité : Salvadé, nuage).
- *L'exception de parodie ou les limites d'une liberté*, medialex 1998, p. 92 ss (cité : Salvadé, parodie).
- *Responsabilité des auteurs de liens et des exploitants de moteurs de recherche*, in : Tissot Nathalie (édit.), *quelques facettes du droit de l'Internet – Volume 6 – droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication*, Neuchâtel 2005, p. 79 ss (cité : Salvadé, responsabilité).
- *Révision du droit d'auteur: des projets sans surprise*, medialex 2006, p. 63 s. (cité : Salvadé, révision).
- Salvadé Vincent, Divoux Cédric, Tissot Nathalie, Gerber Sandrine, Amgwerd Luc-Emmanuel, Ruedin Pierre Emmanuel, *Musique et droit d'auteur*, CD-ROM, Lausanne, Neuchâtel 2007 (cités : cd-rom droit d'auteur).

- Sangal Tanushree, *IP issues in linking, framing and keyword linked advertising*, C.T.L.R. 2010, p. 64 ss.
- Sardain Frédéric, *La contrefaçon du fait des liens hypertextes*, CCE 6/2005, étude 21.
- Schack Haimo, *OLG Jena: Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails – Anmerkung*, MMR 2008, p. 414 ss (cité Schack, Anmerkung).
- *Rechtsprobleme der Online-Übermittlung*, GRUR 2007, p. 639 ss (cité : Schack, Übermittlung).
- *Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames*, MMR 2001, p. 9 ss (cité : Schack, Links).
- Schapiro Leo, Jenssen Lars, *Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 16. Mai 2013 – I ZR 46/12 – Die Realität*, ZUM 2013, p. 665 ss.
- Schardt Andreas, Lehment Cornelis, Peukert Alexander, *Haftung für Hyperlinks im Internet*, UFITA 2001, p. 841 ss.
- Scheja Katharina, *OLG München: Haftung für Hyperlink auf urheberrechtswidriges Angebot – Anmerkung*, CR 2005, p. 826 ss.
- Schippa Martin, *Der Schutz von kurzen Textwerken im digitalen Zeitalter*, ZUM 2013, p. 358 ss.
- Schlösser Ralph, *Art. 62 LDA*, in : de Werra Jacques, Gilliéron Philippe (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle – Loi sur le droit d'auteur – Loi sur la protection des marques – Loi sur les designs – Loi sur les brevets – Droit international privé – Droit de la concurrence*, Bâle 2013, p. 490 ss.
- Schmidbauer Franz, *Die Zulässigkeit des Linkens aus urheberrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht*, JurPC Web-Dok. 176/2003 (cité : Schmidbauer, Zulässigkeit).
- *Was der Hyperlink nicht mit dem Urheberrecht zu tun hat – Eine Antithese zu Bettina Stomper: Urheberrechtliche Aspekte von Links*, ÖBl 2002, 212, online bei [hugelaw.com](http://www.internet4jurists.at/news/aktuell35.htm), <<http://www.internet4jurists.at/news/aktuell35.htm>>, 2003 (cité : Schmidbauer, Urheberrecht).
- Schnabel Christoph, *Geistiges Eigentum als Grenze der Informationsfreiheit*, K&R 2011, p. 626 ss.
- Schrader Paul, Rautenstrauch Birthe, *Urheberrechtliche Verwertung von Bildern durch Anzeige von Vorschaugrafiken (sog. «thumbnails») bei Internetsuchmaschinen*, UFITA 2007, p. 761 ss.
- Schröder Markus, *OLG Düsseldorf: Rapidshare – Anmerkung*, MMR 2010, p. 486 s.
- Schulze Gernot, in : Dreier Thomas, Schulze Gernot, *Urheberrechtsgesetz – Urheberrechtswahrnehmungsgesetz – Kunsturhebergesetz – Kommentar*, 4^e éd., Munich 2013 (cité : Schulze, Kommentar).

Bibliographie

- *Aspekte zu Inhalt und Reichweite von § 19 a UrhG*, ZUM 2011, p. 2 ss (cité : Schulze, Inhalt).
- *Zum europäischen und deutschen Urheberrecht*, in : Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012 (cité : Schulze, URG).
- Schwartzmann Rolf, *Filesharing, Sharehosting & Co. – Funktionsweise und rechtliche Bewertung aktueller Erscheinungsformen von Urheberrechtsverletzungen im Internet*, K&R Beihefter 2/2011, p. 1 ss.
- Schwarzenegger Christian, *Urheberstrafrecht und Filesharing in P2P – Netzwerken – Die Strafbarkeit der Anbieter, Downloader, Verbreiter von Filesharing-Software und Hash-Link-Setzer*, in : Schwarzenegger Christian, Arter Oliver, Jörg Florian S. (édit.), *Internet-Recht und Strafrecht*, 4. Tagungsband, Berne 2005, p. 205 ss.
- Schweizer Laurent, *De la production et de l'exploitation des œuvres des beaux-arts du patient soigné en établissement psychiatrique*, thèse Lausanne 1994, Zurich 1995 (cité : Schweizer, production).
- Schweizer Mark, *Kelly vs. Arriba – Zur Zulässigkeit von Thumbnails und Inlinelinks nach US- und Schweizer Recht*, sic! 2003, p. 249 ss (cité : Schweizer, Links).
- Seemann Matthias, *Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten*, thèse Zurich 2007, Berne 2008.
- Semadeni Thomas, *Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht*, thèse Zurich 2003, Berne 2004.
- Senftleben Martin, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, La Haye, Londres, New York 2004 (cité : Senftleben, copyright).
- *Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests*, GRUR Int. 2004, p. 200 ss (cité : Senftleben, Dreistufentests).
- *Internet search results – a permissible quotation ?*, RIDA 235/2013, p. 3 ss (cité : Senftleben, Internet).
- *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law*, IIC 2006, p. 407 ss (cité : Senftleben, standard).
- Senn Mischa Charles, *Kommerzielle Äusserungen im Schutze der Meinungsäusserungsfreiheit*, sic! 1999, p. 111 ss.
- Sirinelli Pierre, *Chronique de jurisprudence*, RIDA 213/2007, p. 235 ss (cité : Sininelli, copie).

- *Chronique de jurisprudence*, RIDA 217/2008, p. 199 ss (cité : Sirinelli, exceptions).
 - *Chronique de jurisprudence*, RIDA 219/2009, p. 193 ss (cité : Sirinelli, monopole).
 - *Chronique de jurisprudence*, RIDA 237/2013, p. 217 ss (cité : Sirinelli, expression).
 - *Chronique de jurisprudence – Droit d'auteur et réseaux numériques*, RIDA 234/2012, p. 413 ss (cité : Sirinelli, réseaux).
 - *Chronique de jurisprudence – Droits patrimoniaux*, RIDA 223/2010, p. 313 ss (cité : Sirinelli, droits).
 - *Chronique de jurisprudence – Exceptions, limitations et limites au droit d'auteur*, RIDA 229/2011, p. 269 ss (cité : Sirinelli, limites).
 - *Chronique de jurisprudence – Exploitation internationale des œuvres de l'esprit*, RIDA 224/2010, p. 293 ss (cité : Sirinelli, exploitation).
 - *Chronique de jurisprudence – Œuvres protégeables*, RIDA 226/2010, p. 351 ss (cité : Sirinelli, œuvres).
 - *Introduction*, in : Cour de Cassation, *Rapport annuel 2005 – L'innovation technologique*, Paris 2006, p. 45 ss (cité : Sirinelli, innovation).
- Slowinski Peter R., *Decision of the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) – 1 December 2010 – Case No. I ZR 12/08*, IIC 2011, p. 978 ss.
- Sommer Brigitte I., Gordon Clara-Ann, *Individualität im Urheberrecht – einheitlicher Begriff oder Rechtsunsicherheit ?*, sic! 2001, p. 287 ss.
- Sommer Christian, Brinkel Guido, *LG Hamburg: Haftung für eDonkey-Links – Anmerkung*, CR 2006, p. 68 ss.
- Soreau Antoine, *Faire des maisons de disque des maisons de musique*, in : *Livre blanc sur le peer to peer*, Paris 2005, p. 25 ss.
- Sosnitza Olaf, *Das Internet im Gravitationsfeld des Rechts: Zur rechtlichen Beurteilung so genannter Deep Links*, CR 2001, p. 693 ss.
- Spacek Dirk, *Das Google Book Settlement*, sic! 2010, p. 196 ss.
- Spahr Christoph, *Internet und Recht*, 3^e éd., Zurich 2002.
- Spindler Gerald, *BGH: Wiedergabe eines Lichtbilds als Vorschaubild im Internet – Vorschaubilder II – Anmerkung*, MMR 2012, p. 386 s. (cité : Spindler, Anmerkung).
- *Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht – Besprechung der BGH-Entscheidung „Vorschaubilder“*, GRUR 2010, p. 785 ss (cité : Spindler, Schranken).

Bibliographie

- *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR 2002, p. 105 ss (cité : Spindler, Urheberrecht).
- Spirig Martin, *Lauterkeitsrechtliche Konflikte im Internet – Ökonomische Analyse und Rechtsvergleichung*, thèse Saint-Gall, Berne, Stuttgart, Vienne 2001.
- Stadler Thomas, *Haftung für Informationen im Internet*, 2^e éd., Berlin 2005 (cité : Stadler, Internet).
- *Redaktioneller Link auf Anbieter von Software zur Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen*, JurPC Web-Dok. 126/2005 (cité : Stadler, Link).
- Staudegger Elisabeth, *Die urheberrechtliche Relevanz von Hyperlinks – Eine kritische Stellungnahme aus Anlass der Entscheidung OGH 4 Ob 105/11m (123 people)*, jusIT 2012, p. 5 ss.
- Steinauer Paul-Henri, *Tome I – Le Titre préliminaire du Code civil*, in : Tercier Pierre, *Traité de droit privé suisse – Volume II – Le Titre préliminaire du Code civil et Droit des personnes*, Bâle 2009, p. 1 ss.
- Stengel Cornelia, *Der Zweck heiligt die Mittel – Kann ein ganzes Werk ein Zitat sein?*, Jusletter 24 octobre 2005.
- Stickelbrock Barbara, *Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter*, GRUR 2004, p. 736 ss.
- Stieper Malte, *Das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) – wo bleibt der Interessenausgleich im Urheberrecht?*, GRUR Int. 2011, p. 124 ss.
- Stomper-Rosam Bettina, *Urheberrecht & Links: Die ich rief, die Geister ...*, medien und recht 2013, p. 227 ss.
- Stratenwerth Günter, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I : Die Straftat*, 4^e éd., Berne 2011.
- Strömer Tobias H., Gaspers Holger, „Umgehen“ des Kopierschutzes nach neuem Recht, K&R 2004, p. 14 ss.
- Strowel Alain, *Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents*, in : Dusollier Séverine (coordinatrice), *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ? – Copyright : a right to control access to works ?*, Namur, Bruxelles 2000, p. 5 ss (cité : Strowel, auteur).
- *Les réponses au téléchargement illicite en France et au Royaume-Uni : proportionnées ou attentatoires aux libertés ?*, in : Doutrelepont Carine, Dubuisson François, Strowel Alain (direction), *Le téléchargement d'œuvres sur Internet – Perspectives en droits belge, français, européen et international*, Bruxelles 2012, p. 363 ss (cité : Strowel, réponses).

- *Quand Google défie le droit – Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, Bruxelles 2011 (cité : Strowel, Google).
- Strowel Alain, Hanley Vicky, *Secondary liability for copyright infringement with regard to hyperlinks*, in : Strowel Alain (édit.), *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Cheltenham, Northampton 2009, p. 71 ss.
- Strowel Alain, Ide Nicolas, *La responsabilité des intermédiaires sur internet : actualités et question des hyperliens – Deuxième partie. La responsabilité en matière d'hyperliens*, RIDA 186/2000, p. 3 ss.
- Strowel Alain, Tulkens François, *Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur – À propos des libertés de créer et d'user des œuvres*, in : Strowel Alain, Tulkens François (direction), *Droit d'auteur et liberté d'expression – Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles 2006, p. 9 ss.
- Synodinou Tatiana-Eleni, *E-books: A New Page in the History of Copyright Law?*, E.I.P.R. 2013, p. 220 ss (citée : Synodinou, history).
- *The Lawful User and a Balancing of Interests in European Copyright Law*, IIC 2010, p. 819 ss (citée : Synodinou, interests).
- *The Principle of Technological Neutrality in European Copyright Law: Myth or Reality?*, E.I.P.R. 2012, p. 618 ss (citée : Synodinou, myth).
- Teasdale Guy, *Introduction au XML (Extensible Markup Language)*, la Lettre du bibliothécaire québécois, <<http://www.sciencepresse.qc.ca/lbq/lbq10.4.html>>, 1998.
- Templeton Brad, *Linking Rights*, <<http://www.templetons.com/brad/linkright.html>> (s.a.).
- Tercier Pierre, Roten Christian, *La recherche et la rédaction juridiques*, 6^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2011.
- Thomann Felix H., *Softwareschutz durch das Urheberrecht*, in : Thomann Felix H., Rauber Georg (édit.), *Softwareschutz*, Berne 1998, p. 1 ss.
- Thomas Nicole, *An Education: The Three-Step Test for Development*, E.I.P.R. 2012, p. 244 ss.
- Thoumyre Lionel, *La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'Internet*, <<http://juriscom.net/2009/11/la-responsabilite-penale-et-extra-contractuelle-des-acteurs-de-linternet-version-actualisee-nov-2009>>, 2009 (cité : Thoumyre, Internet).
- *Peer-to-peer : un «audiopathe» partageur relaxé pour bonne foi*, <<http://juriscom.net/2006/07/peer-to-peer-un-audiopathe-partageur-relaxe-pour-bonne-foi>>, 2006 (cité : Thoumyre, peer-to-peer).

Bibliographie

- Thouvenin Florent, *Irrtum: Je kleiner der Gestaltungsspielraum, desto eher sind die Schutzvoraussetzungen erfüllt*, in : Berger Mathis, Macciachini Sandro (édit.), *Populäre Irrtümer im Urheberrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2008, p. 61 ss.
- Tissot Nathalie, *Art. 29-32 LDA*, in : de Werra Jacques, Gilliéron Philippe (édit.), *Commentaire romand – Propriété intellectuelle – Loi sur le droit d’auteur – Loi sur la protection des marques – Loi sur les designs – Loi sur les brevets – Droit international privé – Droit de la concurrence*, Bâle 2013, p. 311 ss (citée : Tissot, commentaire).
- *Bases de données et droit d’auteur*, in : Ragueneau Alan (édit.), *Internet 2003*, Lausanne 2004, p. 185 ss (citée : Tissot, données).
- *Etat de la jurisprudence Internet*, in : Tissot Nathalie (édit.), *quelques facettes du droit de l’Internet – droit des nouvelles technologies de l’information et de la communication*, Neuchâtel 2001, p. 21 ss (citée : Tissot, Internet).
- *Evolution du champ d’application de la loi sur le droit d’auteur en relation avec les œuvres des arts appliqués*, in : Ruedin Roland (édit.), *Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle, Genève, Munich 1999, p. 419 ss (citée : Tissot, évolution).
- *La protection des bases de données accessibles par les réseaux informatiques*, *medialex* 1996, p. 194 ss (citée : Tissot, protection).
- *La protection juridique du contenu des autoroutes de l’information*, in : Hilty Reto M. (édit.), *Information Highway – Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen*, Berne, Munich 1996, p. 199 ss (citée : Tissot, contenu).
- *Le point sur la révision en cours de la loi sur le droit d’auteur et les droits voisins*, *medialex* 2007, p. 3 ss (citée : Tissot, révision).
- *L’édition en ligne*, *medialex* 2001, p. 210 ss (citée : Tissot, édition).
- Tittel Ed, James Stephen Nelson, *HTML 4 pour les Nuls*, Paris et al. 1998.
- Toubol Frédérique, *Le logiciel – Analyse juridique*, Paris 1986.
- Trautmann Arne, *Der BGH und die Google-Bildersuche – Pragmatik vs. geschriebenes Recht*, <<http://www.law-blog.de/471/der-bgh-und-die-google-bildersuche-pragmatik-vs-geschriebenes-recht>>, 2010.
- Troller Alois, *Immaterialgüterrecht – Patentrecht – Markenrecht – Muster- und Modellrecht – Urheberrecht – Wettbewerbsrecht - Band I*, 3^e éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main 1983.
- Tucker Robert L., *Information Superhighway Robbery: The Tortious Misuse of Links, Frames, Metatags, and Domain Names*, *Virginia Journal of Law and Technology*, <<http://www.vjolt.net/vol4/issue/v4i2a8-tucker.html>>, 1999.

- Turner Mark, Callaghan Dominic, *You Can Look But Don't Touch! The Impact of the Google v Copiepresse Decision on the Future of the Internet*, E.I.P.R. 2008, p. 34 ss.
- Ulbricht Johannes, Meuss Holger, *Juristische Aspekte von Extended Links und Smart Tags*, CR 2002, p. 162 ss.
- Ullrich Jan Nicolaus, *Webradioportale, Embedded Videos & Co. – Inline-Linking und Framing als Grundlage urheberrechtlich relevanter (Anschluss-) Wiedergaben*, ZUM 2010, p. 853 ss.
- van den Bulck Paul, Verbiest Thibault, Reynaud Pascal, *Adoption de la Loi DADVSI et décision du Conseil Constitutionnel : Point de répit estival !*, <<http://www.droit-technologie.org/actuality-985/adoption-de-la-loi-dadvsi-et-decision-du-conseil-constitutionnel-poi.html>>, 2006.
- van der Heide Marjolein, *Dutch Court: hyperlinks on website can constitute copyright infringement*, <<http://www.futureofcopyright.com/home/blog-post/2012/09/13/dutch-court-hyperlinks-on-website-can-constitute-copyright-infringement.html>>, 2012.
- Vandendriessche Gerrit, *Belgium: Copyright and Internet Search Engines – Comment*, CRi 2011, p. 154 s.
- Verbiest Thibault, *Liens hypertextes : quels risques juridiques pour les opérateurs de sites web ?*, <<http://lthoumyre.chez.com/pro/2/lh20000509.htm>>, 2000 (cité : Verbiest, liens).
- Verbiest Thibault, Spindler Gerald, Riccio Giovanni Maria, Van der Perre Aurélie, *Study on the liability of internet intermediaries*, <http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf>, 2007 (cité : Verbiest, study).
- Verbiest Thibault, Wéry Etienne, *Le droit de l'internet et de la société de l'information – Droits européen, belge et français*, Bruxelles 2001 (cités : Verbiest/Wéry, droit).
- *Les copies provisoires techniques confrontées au droit de reproduction*, Légicom n. 25, 2001/2, p. 87 ss (cités : Verbiest/Wéry, copies).
- Vion Adrien, *Droit d'auteur sur internet : le cadre juridique actuel est-il suffisant ?*, Jusletter 14 mai 2012.
- Vivant Michel, *Les droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, Paris, Colloque UNESCO Paris, 28-29 novembre 2003 – Rapport de synthèse*, <diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/doc/SyntheseDAVSI.doc>, 2003.
- Vögeli Esther, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Internet – einige Aspekte aus der sicht der Praxis – Zur Strafbarkeit von Links im Internet*, in : Schwarzenegger Christian, Arter Oliver, Jörg Florian S. (édit.), *Internet-Recht und Strafrecht*, 4. Tagungsband, Berne 2005, p. 55 ss.
- Volkman Christian, *Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2011*, K&R 2012, p. 381 ss (cité : Volkman, 2011).

Bibliographie

- *Haftung für fremde Inhalte: Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen Hyperlinksetzer im Urheberrecht*, GRUR 2005, p. 200 ss (cité : Volkmann, Urheberrecht).
- Volkman Christian, Gaßman Raphael, *Urheberrechtsverletzung durch Umgehung technischer Schutzmaßnahmen – „Session-ID“ – Zugleich Kommentar zu BGH, 29. 4. 2010 – I ZR 39/08, K&R 2010, 802ff. (Heft 12)*, K&R 2011, p. 30 s. (cités : Volkmann/Gaßmann).
- Völtz Gregor, *HTML 5 – neuer Standard, neue Probleme? – Ein Überblick über Neuerungen und rechtliche Fragen*, MMR 2013, p. 619 ss (cité : Völtz, Standard).
- *Öffentliche Zugänglichmachung durch Inline-Links*, AfP 2013, p. 110 ss (cité : Völtz, Links).
- von Büren Roland, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, in : von Büren Roland, Marbach Eugen, Ducrey Patrik, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 3^e éd., Berne 2008, p. 49 ss.
- von Büren Roland, Meer Michael A., *Der Werkbegriff*, in : von Büren Roland, David Lucas (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht – II/1 – Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 2^e éd., Bâle, Genève, Munich 2006, p. 51 ss.
- von Ungern-Sternberg Joachim, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil I)*, GRUR 2010, p. 273 ss (cité : von Ungern-Sternberg, 2009).
- *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2010 und 2011 (Teil II)*, GRUR 2012, p. 321 ss (cité : von Ungern-Sternberg, 2011).
- *Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2012*, GRUR 2013, p. 248 ss (cité : von Ungern-Sternberg, 2012).
- *Schlichte einseitige Einwilligung und treuwidrig widersprüchliches Verhalten des Urheberberechtigten bei Internetnutzungen*, GRUR 2009, p. 369 ss (cité : von Ungern-Sternberg, Einwilligung).
- Voorhoof Dirk, *La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ? – La parodie en tant que métaphore*, in : Strowel Alain, Tulkens François (direction), *Droit d'auteur et liberté d'expression – Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles 2006, p. 39 ss.
- W3C, *Cross-Origin Resource Sharing - W3C Recommendation 16 January 2014*, <<http://www.w3.org/TR/2014/REC-cors-20140116>>, 2014 (cité : Recommandation Cross-Origin).
- *HTML 4.01 Specification – W3C Recommendation 24 December 1999*, <<http://www.w3.org/TR/REC-html40>>, 1999 (cité : Recommandation HTML).

- *XML Linking Language (XLink) Version 1.1 - W3C Recommendation 06 May 2010*, <<http://www.w3.org/TR/2010/REC-xlink11-20100506>>, 2010 (cité : Recommandation XLink).
- Wandtke Artur-Axel, *Aufstieg oder Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter?*, UFITA 2011, p. 649 ss (cité : Wandtke, Zeitalter).
- *Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft – oder das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne?*, GRUR 2002, p. 1 ss (cité : Wandtke, Markt).
- Wandtke Artur-Axel, von Gerlach Felix-Tessen, *Die urheberrechtliche Rechtmäßigkeit der Nutzung von Audio-Video Streaminginhalten im Internet*, GRUR 2013, p. 676 ss.
- Wäßle Florian, *Rechtliche Zulässigkeit von Bilder-Suchmaschinen im Internet – Zugleich Anmerkung zu LG Hamburg, Urteil vom 26. 9. 2008 – 308 O 42/06*, K&R 2008, 759ff., K&R 2008, p. 729 ss (cité : Wässle).
- Weber Rolf H., *E-Commerce und Recht – Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen*, 2^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2010 (cité : Weber, Recht).
- *Traditionelles Urheberrecht: Sprengstoff für die Informationsgesellschaft?*, Jusletter 27 octobre 2003 (cité : Weber, Sprengstoff).
- Weber Rolf H., Breining-Kaufmann Christine, *Grundrechtsdimensionen im Urheberrecht? – Zugleich Besprechung von: Christophe Geiger, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Paris 2004*, sic! 2005, p. 415 ss.
- Weber Rolf H., Unternährer Roland, *Online-Tauschbörsen*, PJA 2004, p. 1372 ss.
- Wegener Poto, *Musik & Recht – Schweizer Handbuch für Musikschaffende*, Starnberg, Munich 2003 (cité : Wegener, Musik).
- *Sound Sampling, Der Schutz von Werk- und Darbietungsteilen der Musik nach schweizerischem Urheberrechtsgesetz*, thèse 2006, Bâle 2007 (cité : Wegener, Sampling).
- Werro Franz, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 2011.
- Wéry Etienne, *Affaire Skynet : la cour d'appel allège la responsabilité des hébergeurs*, <<http://www.droit-technologie.org/actualite-397/affaire-skynet-la-cour-d-appel-allege-la-responsabilite-des-hebergeu.html>>, 2001.
- Widmer Ursula, Bähler Konrad, *Ausblick: Urheberrechtsschutz und neue Technologien*, in : Müller Barbara K., Oertli Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG) – Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, 2^e éd., Berne 2012, p. 769 ss (cités : Widmer/Bähler, Ausblick).

Bibliographie

- *Rechtsfragen beim Electronic Commerce – Sichere Geschäftstransaktionen im Internet*, 2^e éd., Zurich 2000 (cités : Widmer/Bähler, Internet).
- Widmer Michael, Sutter Fabian, *Eigengebrauch und Nennung des Urhebers im schweizerischen Recht*, UFITA 2011, p. 703 ss.
- Wiebe Andreas, *BGH: Paperboy – Anmerkung*, MMR 2003, p. 724 s. (cité : Wiebe, Anmerkung).
- *Vertrauensschutz und geistiges Eigentum am Beispiel der Suchmaschinen*, GRUR 2011, p. 888 ss (cité : Wiebe, Eigentum).
- Wielsch Dan, *Die Zugangsregeln der Intermediäre: Prozeduralisierung von Schutzrechten*, GRUR 2011, p. 665 ss.
- Wilde Erik, Lowe David, *XPath, XLink, XPointer, and XML – A Practical Guide to Web Hyperlinking and Transclusion*, Boston et al. 2003.
- Wimmers Jörg, Schulz Carsten, *Wer nutzt? – Zur Abgrenzung zwischen Werknutzer und technischem Vermittler im Urheberrecht*, CR 2008, p. 170 ss.
- Wistrand Hugo, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres*, Paris 1968.
- Wolter Henrik Thomas, *Rechtliche Betrachtung von Digital Rights Management in Peer-to-Peer-Netzwerken*, JurPC Web-Dok. 160/2008.
- Worm Ulrich, *Die Verletzung von Urheberrechten und gewerblichen Schutzrechten durch das Setzen von Hyperlinks, Inline-Frames und Meta-Tags*, thèse 2001, Francfort-sur-le-Main et al. 2002.
- Xalabarder Raquel, *Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine... and a Flexible Reading of Copyright Statutes?*, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, <<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-3-2-2012/3445/xalabarder.pdf>>, 2012.
- Zagouras Georgios, *Electronic Press Reviews and Intellectual Property Law in Germany, Switzerland and Italy – A Comparative Perspective*, IIC 2009, p. 538 ss.
- Zakon Robert 'Hobbes', *Hobbes' Internet Timeline 11*, <<http://www.zakon.org/robert/internet/timeline>>, 2014.
- Zech Herbert, *Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud – Das Verhältnis von Urheber- und Vertragsrecht bei Verträgen über den Werkkonsum per Cloud-Computing*, ZUM 2014, p. 3 ss.
- Zimmerling Jürgen, Werner Ulrich, *Schutz vor Rechtsproblemen im Internet – Handbuch für Unternehmen*, Berlin et al. 2001.
- Zollinger Alexandre, *Droit d'auteur et liberté d'expression : le discours de la méthode. (Commentaire CEDH, 10 janv. 2013, n° 36769/08, Ashby Donald et a. c/ France)*, CCE 5/2013, étude 8.

2. Travaux préparatoires et documents de l'administration fédérale

Conseil fédéral, *Message concernant la loi fédérale sur le droit d'auteur (LDA), la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris, et la Convention universelle sur le droit d'auteur et ses protocoles additionnels 1 et 2 révisés à Paris du 29 août 1984*, FF 1984 III 177 ss (cité : Message aLDA).

- *Message concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et concernant la modification de la loi sur le droit d'auteur du 10 mars 2006*, FF 2006 3263 ss (cité : Message nLDA).

- *Message concernant une loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, LDA), une loi fédérale sur la protection des topographies de circuits intégrés (loi sur les topographies, LTo) ainsi qu'un arrêté fédéral concernant diverses conventions internationales dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins du 19 juin 1989*, FF 1989 III 465 ss (cité : Message LDA).

- *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996*, FF 1997 I 1 ss (cité : Message Cst.).

- *Rapport du Conseil fédéral sur les utilisations illicites d'œuvres sur Internet en réponse au postulat 10.3263 Savary*, <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-11-30/ber-br-f.pdf>>, 2011 (cité : Rapport utilisations).

Département fédéral de justice et police, *Poursuite de la révision du droit d'auteur*, <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/f/j10308f.pdf>, 2005 (cité : DFJP, révision).

- *Cybercriminalité – Rapport de la commission d'experts « Cybercriminalité »*, <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/kriminalitaet/gesetzgebung/netzwerkkriminalitaet/ber-netzwerkkrim-f.pdf>>, 2003 (cité : Rapport cybercriminalité).

- *Droit d'auteur et internet : première séance du groupe de travail*, <<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2012/2012-10-08.html>>, 2012 (cité : DFJP, auteur).

- *Projet 2004 – Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/f/j10305f.pdf>, 2004 (cité : Rapport explicatif).

- *Révision partielle de la loi sur le droit d'auteur - Rapport sur les résultats de la procédure de consultation*, <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1179/Ergebnisse_f.pdf>, 2005 (cité : Rapport consultation).

Groupe de travail chargé d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins (AGUR12), *Rapport final*, <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf>, 2013 (cité : Rapport AGUR12).

Bibliographie

Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, *Droit d'auteur et droits voisins*, <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Services_Links/Download/Urheberrecht/Droit-dauteur-et-droits-voisins.pdf>, 2011 (cité : IFPI).