

Besprechung / Compte rendu

L'admissibilité des hyperliens en droit d'auteur

STEVE REUSSER

Helbling Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, XXIV+370 Seiten, CHF 72.–,
ISBN 978-3-7190-3604-1

Internet a souvent été considéré comme un espace de liberté et certains comportements y sont devenus si évidents que leur licéité semble couler de source. Avec beaucoup de pertinence, STEVE REUSSER relève, dans sa thèse, qu'il existe une véritable «liberté de référencer» (p. 276 ss). La Cour de justice de l'Union européenne a du reste jugé qu'un lien hypertexte ne constitue fondamentalement pas une communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. En effet, la création d'un lien hypertexte vers une œuvre déjà publiée ne constitue pas une communication à un «public nouveau» (CJUE du 13 février 2014, C-466/12, «Svensson et al. c. Retriever Sverige AB»). En d'autres termes, on peut se prévaloir d'un droit fondamental d'établir des liens hypertextes sur d'autres sites Internet, dans le but de favoriser la recherche et la dissémination de l'information. D'un autre côté, dans certaines circonstances, le titulaire d'un droit d'auteur peut se prévaloir de ses droits contre un hyperlien. La «liberté de référencer» a donc des limites. Celles-ci doivent avant tout être recherchées dans son abus. L'équilibre entre la «liberté de référencer» et les prérogatives légitimes du titulaire d'un droit d'auteur sur Internet peut toutefois s'avérer délicat dans certains cas.

Pour que le droit d'auteur Suisse s'applique et que le titulaire puisse faire valoir une prérogative, encore faut-il qu'il y ait une œuvre avec un caractère individuel au sens de l'article 2 LDA. REUSSER aborde certes cette question au début de sa thèse. Il nous semble cependant pertinent de souligner que celle-ci n'est pas sans importance en pratique. En effet, seul le juge peut en définitive la trancher dans un litige. Dans certains cas, on pensera notamment aux nombreuses photographies qui circulent sur Internet, la question n'est pas si triviale et peut de surcroît avoir des réponses différentes, selon le droit applicable (par exemple pour une photographie simple ou «*Lichtbild*» protégée en droit allemand, mais pas en droit suisse). Il aurait peut-être été utile de rappeler dans les conclusions que bon nombre de liens sont déjà licites du simple fait que l'on ne se trouve pas en présence d'une œuvre protégée. Comme REUSSER le laisse du reste entendre, celui qui voudrait s'opposer à un lien sur son site pourra néanmoins, dans certains cas, s'appuyer sur les droits de la personnalité ou sur la concurrence déloyale.

Selon une terminologie qui semble s'être imposée, REUSSER distingue principalement entre les liens simples dirigés vers la page d'accueil du site Internet d'un tiers («*outlink*») et les liens profonds ancrés dans toute autre page que la page d'accueil du site d'un tiers («*deeplink*»). Pour les œuvres protégées par le droit d'auteur, sans aucun doute avec raison, il parvient à la conclusion que tant les liens simples que les liens profonds sont fondamentalement licites, sous réserve de certains abus. Tel peut par exemple être le cas en raison d'une attribution erronée de la paternité de l'œuvre ou de la reprise d'une œuvre dans un pointeur (apparence visuelle verbale ou figurative du lien hypertexte) qui ne serait justifiée ni par le droit de citation, ni par l'autorisation implicite de l'auteur. D'après REUSSER, le droit positif pour la reprise dans un pointeur n'est pas satisfaisant et il suggère l'adoption d'une nouvelle disposition. Le lecteur curieux aurait sans doute souhaité voir une proposition de formulation pour une telle disposition. Pour les liens profonds il relève, avec raison, qu'ils sont licites quand bien même des conditions générales ou des mesures techniques seraient ainsi contournées. Le détenteur du site semble en effet en mesure d'éviter lui-même ce problème. Quant aux liens vers des sites mettant à disposition des moyens de contourner des mesures techniques, il relève que cela est licite en droit suisse, s'il est établi uniquement dans un but d'information comme dans l'affaire «Heise Verlag» (publication d'un article sur un logiciel permettant la copie de DVD tout en neutralisant les dispositifs anticopie, p. 233, 310). En d'autres termes, la liberté de presse prévaut dans un tel cas.

La mise à disposition de la ressource au moyen d'un hyperlien apparaîtra souvent dans un nouvel onglet du navigateur de l'internaute. Toutefois, certains sites utilisent des techniques dites de «transclusions», en particulier sous forme de cadrage («*framing*») ou de remplacement spécifique de la ressource liante («*inline linking*»). Ces techniques sont susceptibles de laisser croire, à tort, que la ressource liée se trouve sur le site Internet de celui qui ne fait que référencer. Pour la «transclusion» d'une œuvre protégée, REUSSER conclut qu'il s'agit d'une utilisation au sens de l'article 10, alinéa 2, lettre f LDA (droit de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition, diffusées ou retransmises) et qu'elle viole souvent les droits moraux de son auteur. L'insertion peut néanmoins bénéficier des conditions d'application du droit de citation (art. 25 LDA). S'agissant du droit à l'intégrité de l'œuvre, si le lecteur peut ne pas partager son interprétation très stricte de l'article 11 LDA (cf. notamment p. 69 s), il restera un peu sur sa faim quant à une proposition de modification législative concrète suggérée par REUSSER.

En revanche, on saluera l'exhaustivité des liens examinés. On apprendra en particulier l'existence de liens qualifiés par REUSSER de «contextuels». Il s'agit de liens en quelque sorte intelligents, par exemple dans un navigateur, ajoutant automatiquement des liens aux pages consultées et modifiant l'apparence visuelle du site consulté. D'après REUSSER, ces liens sont licites notamment par rapport aux droit patrimoniaux, dès lors qu'ils ne font que fournir un outil à l'utilisateur modifiant la manière dont les pages consultées s'affichent. À son avis, l'auteur qui publie une œuvre sur Internet ne saurait décider de quelle manière elle est visualisée (p. 259). Nous serions néanmoins plus nuancés, dans la mesure où les effets de cette technologie se rapprochent de la transclusion précitée. Se pose encore la question des liens vers des œuvres protégées dont la mise à disposition initiale est illicite. Pour ces derniers, REUSSER relève, à juste titre, qu'il faut se montrer prudent. En effet, celui qui référence n'est pas nécessairement conscient du caractère illicite du contenu du site d'origine.

De lege ferenda, REUSSER se prononce en définitive pour l'adoption d'un «usage loyal» («*fair use*») que connaît le droit américain (p. 313 ss, 320). Indépendamment de la difficulté d'intégrer une clause générale de ce genre dans la législation suisse, on rappellera que le droit d'auteur suisse moderne a été conçu comme «technologiquement neutre» (BARRELET/EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur*, Berne 2008, LDA 10 N 7a en lien avec l'ATF 133 II 263, «Tarif GT 4d») et donc suffisamment souple. En conséquence, il nous semble préférable d'interpréter les clauses existantes si nécessaire, plutôt que d'introduire une notion qui peut s'avérer trop large en définitive et impliquerait une modification de la conception du principe des exceptions prévues dans la loi.

Ces quelques commentaires n'enlèvent rien à cet excellent ouvrage. On ne peut que saluer le travail approfondi et très complet effectué par REUSSER et conseiller sa lecture à tous ceux qui s'intéressent à ce sujet très spécifique.

Pascal Fehlbaum, avocat, docteur en droit, D.E.A., Genève