

**Problèmes de droit d’auteur en relation avec les images
miniatures (*thumbnails*) dans les moteurs de recherche
d’images**

Travail de Master en propriété intellectuelle II

présenté par

Eugenia HUGUENIN-ELIE / Numéro d’étudiant : 10-406-528

Chemin des Esserts 8

1936 Verbier

Eugenia.Huguenin-Elie@UniFr.ch

cand. M Law, 3^{ème} semestre

Sous la direction du Prof. Ivan Cherpillod

Professeur à la Faculté de droit de l’Université de Fribourg

Travail de Master commencé le 7 janvier 2016.

Travail de Master rendu le 23 janvier 2016.

Table des matières

Table des matières	I
Table des abréviations.....	III
Bibliographie	V
Introduction	1
I. Le contexte de la problématique	1
A. Le contexte numérique – les moteurs de recherches, les <i>thumbnails</i>, le <i>inline linking</i> et le <i>framing</i>	2
1. Les moteurs de recherche d’images	2
2. Les <i>thumbnails</i>	3
3. Le <i>hotlinking</i> ou <i>inline linking</i> et le <i>framing</i>	5
4. La problématique	6
B. Le contexte légal – le droit d’auteur suisse	7
1. Le champ d’application de la LDA	7
2. Le contenu du droit d’auteur	9
2.1 La nature du droit d’auteur	9
2.2 Les droits protégés	10
3. Les restrictions au droit d’auteur.....	12
II. Les problèmes posés les <i>thumbnails</i> des moteurs de recherches d’images à l’aune du droit d’auteur suisse.....	13
A. Les <i>thumbnails</i> en tant qu’<u>atteinte</u> au droit d’auteur	14
1. Les droits exclusifs potentiellement touchés.....	14
1.1 Le droit de reproduction (art. 10 al. 2 lit. a LDA)	14
1.2 Le droit à préserver l’intégrité de l’œuvre (art. 11 LDA).....	14
1.3 Le droit de mettre à disposition (art. 10 al. 2 lit. c LDA)	17
2. L’analyse au vu du contexte légal	17
B. Les <i>thumbnails</i> en tant qu’<u>atteinte licite</u>	19
1. Les restrictions potentiellement applicables	19
1.1 La reproduction est <u>provisoire</u> (art. 24a LDA)	19
1.2 La reproduction sert de citation (art. 25 LDA)	21
1.3 Le consentement tacite à la création du <i>thumbnail</i>	26

III. Les problèmes posés par l'utilisation de l'<i>inline linking</i> et du <i>framing</i> pour mettre mise à disposition des œuvres en taille originale à l'aune du droit d'auteur suisse	29
A. Le <i>inline linking</i> et le <i>framing</i> en tant qu' <u>atteinte</u> au droit d'auteur	30
B. Les <i>thumbnails</i> en tant qu' <u>atteinte licite</u>	31
IV. La problématique à l'étranger	32
A. Aux États-Unis	32
1. Affaire Kelly contre Arriba, Soft Corporation	32
2. Affaire Perfect 10 contre Amazon.com, A9.com et Google.com	39
B. En Europe	40
1. Arrêt allemand : Arrêt du Bundesgerichtshof du 29 avril 2010	41
2. Arrêt français : Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 janvier 2011	44
3. Quelques observations	46
Conclusion	48

Table des abréviations

al.	alinéa
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch du 18 août 1896 (RS allemand 400-2)
c.	contre
CA	Cour d'appel
CB	Convention de Berne du 9 novembre 1886 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)
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
ch.	chiffre
consid.	considérant
Copyright Act	Copyright Act américain du 1 ^{er} janvier 1978 (Public Law 94-553)
CPI	Code français de la propriété intellectuelle créé par la loi n° 92-597 du 1 ^{er} juillet 1992
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Directive n° 2001/29/CE	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
éd.	édition
édit.	éditeurs
FF	Feuille fédérale
<i>infra</i>	plus bas, ci-dessous
JdT	Journal des Tribunaux
LCEN	Loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1)
lit.	<i>litera</i>

OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
p.	page
par.	paragraphe
p.ex.	par exemple
pp.	pages
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	et le (la) suivant(e)
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SJ	Semaine judiciaire
ss	et les suivant(e)s
<i>supra</i>	plus haut, ci-dessus
t.	tome
trad.	traduction
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte du 16 septembre 1965 (RS allemand 440-1)
URL	Uniform Resource Locator

Bibliographie

Doctrine

AMSTUTZ Marc / BERGER Mathis / HILTY Reto M. / JACCARD Michel / MARBACH Eugen / RIGAMONTI Cyrill P. / RITSCHER Michael / DE WERRA Jacques (éd.), *sic! - Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence*, Zürich.

BARRELET Denis / EGLOFF Willi, *Le nouveau droit d'auteur – Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^{ème} éd., Berne 2008.

VON BÜREN Roland / DAVID Lucas (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht : Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, vol. II/1, 2^{ème} éd., Bâle 2006.

CHAPPUIS Christine / MAHON Pascal / PIOTET Denis / TORRIONE Henri / JOYE Charles, *quid iuris ?*, Genève / Zürich / Bâle 2015.

CHERPILLOD Ivan, *Schranken des Urheberrechts*, in : VON BÜREN Roland / DAVID Lucas (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht : Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, vol. II/1, 2^{ème} éd., Bâle 2006 (cité : CHERPILLOD, *Schranken*).

CHERPILLOD Ivan, *art. 8 et 10 LDA*, in : DE WERRA Jacques / GILLIÉRON Philippe (édit.), *Propriété Intellectuelle – Commentaire Romand*, Bâle 2013 (cité : CR LDA-CHERPILLOD).

CHERPILLOD Ivan, *Titularité et transfert des droits*, in : MARCHETTO Fabio (édit.), *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur*, Lausanne 1994, p. 69 ss (cité : CHERPILLOD, *Titularité*).

COLLIER Pierre, *Les juges français et allemand s'accordent sur la non-violation du droit d'auteur par Google Images - approche comparée de BGH*, 29 Avril 2010, in : Les blogs pédagogiques de l'Université de Paris Ouest (<http://blogs.u-paris10.fr/content/les-juges-français-et-allemand-s'accordent-sur-la-non-violation-du-droit-dauteur-par-google-i>), consulté le 22.01.16.

COTTIER Bertil / GRABER Christoph Beat / RIKLIN Franz, STUDER Pete / WERLY Stéphane, *Medialex – Revue de droit de la communication*, Berne.

DE WERRA Jacques / GILLIÉRON Philippe (édit.), *Propriété Intellectuelle – Commentaire Romand*, Bâle 2013 (cité : CR LDA).

DE WERRA Jacques, *art. 16 – 18 LDA*, in : DE WERRA Jacques / GILLIÉRON Philippe (édit.), *Propriété Intellectuelle – Commentaire Romand*, Bâle 2013 (cité : CR LDA) (cité : CR LDA-DE WERRA).

DE WERRA Jacques, *Défis du droit d’auteur dans un monde connecté*, in : AMSTUTZ Marc / BERGER Mathis / HILTY Reto M. / JACCARD Michel / MARBACH Eugen / RIGAMONTI Cyrill P. / RITSCHER Michael / DE WERRA Jacques (éd.), *sic! - Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l’information et de la concurrence*, Zürich 2014, p. 194 ss (cité : DE WERRA, *Défis*).

DESSEMONTET François, *Le droit d’auteur*, Lausanne 1999 (cité : DESSEMONTET, *Droit d’auteur*).

DESSEMONTET François, *art. 2 et 3 LDA*, in : DE WERRA Jacques / GILLIÉRON Philippe (édit.), *Propriété Intellectuelle – Commentaire Romand*, Bâle 2013 (cité : CR LDA-DESSEMONTET).

DREIER Thomas, *État des lieux – La situation en Allemagne*, in : HILTY Reto M. / GEIGER Christophe (éd.), *Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts / Perspectives d’harmonisation du droit d’auteur en Europe: Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog / Rencontres franco-allemandes*, Heidelberg 2007.

GILLIÉRON Philippe, *Les liens hypertextes et le droit privé*, in : AMSTUTZ Marc / BERGER Mathis / HILTY Reto M. / JACCARD Michel / MARBACH Eugen / RIGAMONTI Cyrill P. / RITSCHER Michael / DE WERRA Jacques (éd.), *sic! - Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l’information et de la concurrence*, Zürich 2000, p. 755 ss (cité : GILLIÉRON, *Liens hypertextes*).

GILLIÉRON Philippe, *Propriété intellectuelle et Internet*, CEDIDAC, Lausanne 2003 (cité : GILLIÉRON, *Propriété intellectuelle*).

GILLIÉRON Philippe, *Google Actualités: faux problème ou vrai danger pour les éditeurs de presse ?*, in : COTTIER Bertil / GRABER Christoph Beat / RIKLIN Franz / STUDER Pete / WERLY Stéphane, *Medialex – Revue de droit de la communication*, Berne 2010, p. 71 ss. (cité : GILLIÉRON, *Google*).

GILLIÉRON Philippe, *art. 24a LDA*, in : DE WERRA Jacques / GILLIÉRON Philippe (édit.), *Propriété Intellectuelle – Commentaire Romand*, Bâle 2013 (cité : CR LDA-GILLIÉRON).

HILTY Reto M. / GEIGER Christophe (éd.), *Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts / Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe: Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog / Rencontres franco-allemandes*, Heidelberg 2007.

HUG Gitti, *art. 8 LDA (URG)*, in : MÜLLER Barbara K. / OERTLI Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG)*, 2^{ème} éd., Berne 2012 (cité : SHK URG-HUG).

HÜRLIMANN Daniel, *Suchmaschinenhaftung – Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internetsuchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht*, in : REHBINDER Manfred / HILTY Reto M., *SMI – Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Band*, Bern 2012.

INFOWEBMASTER, *Comment fonctionne un moteur de recherche ?*, in : InfoWebMaster (<http://www.infowebmaster.fr>), p. « <http://www.infowebmaster.fr/108.news-comment-fonctionne-moteur-recherche.html> », consulté le 22.01.16.

MACCIACCHINI Sandro / OERTLI Reinhard, *art. 25 – 28 URG*, in : MÜLLER Barbara K. / OERTLI Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG)*, 2^{ème} éd., Berne 2012 (cité : SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI).

MARCHETTO Fabio (édit.), *La nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur*, Lausanne 1994.

Message du Conseil fédéral datant 19 juin 1989 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, FF 1989 p. 465 ss (cité : Message LDA).

MÜLLER Barbara K. / OERTLI Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG)*, 2^{ème} éd., Berne 2012 (cité : SHK URG).

PFORTMÜLLER Herbert, *art. 9 et 11 LDA*, in : MÜLLER Barbara K. / OERTLI Reinhard (édit.), *Urheberrechtsgesetz (URG)*, 2^{ème} éd., Berne 2012 (cité : SHK URG-PFORTMÜLLER).

PHILIPPIN Edgar, *art. 9 – 12 LDA*, in : DE WERRA Jacques / GILLIÉRON Philippe (édit.), *Propriété Intellectuelle – Commentaire Romand*, Bâle 2013 (cité : CR LDA-PHILIPPIN).

REHBINDER Manfred / HILTY Reto M., *SMI – Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Band*, Bern.

RENOLD Marc-André / CONTEL Raphaël, *art. 14 – 15 et 25 – 28 LDA*, in : DE WERRA Jacques / GILLIÉRON Philippe (édit.), *Propriété Intellectuelle – Commentaire Romand*, Bâle 2013 (cité : CR LDA-RENOLD/CONTEL).

ROUSE Margaret, *Thumbnail*, in : WhatIs (<http://www.whatis.techtarget.com>), p. « <http://whatis.techtarget.com/definition/thumbnail> », consulté le 22.01.16.

RUEDIN Pierre-Emmanuel, *Introduction aux art. 19-28, art. 19 et 20 LDA*, in : DE WERRA Jacques / GILLIÉRON Philippe (édit.), *Propriété Intellectuelle – Commentaire Romand*, Bâle 2013 (cité : CR LDA-RUEDIN)

RUEDIN Pierre-Emmanuel, *La citation en droit d'auteur – Étude de l'article 25 LDA dans son contexte constitutionnel et international*, Thèse, Neuchâtel 2010 (cité : RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*).

SALVADÉ Vincent, *Droit d'auteur et technologies de l'information et de la communication*, in : CHAPPUIS Christine / MAHON Pascal / PIOTET Denis / TORRIONE Henri / JOYE Charles, *quid iuris ?*, Genève / Zürich / Bâle 2015.

SCHWEIZER Marc, *Kelly vs. Arriba Zur Zulässigkeit von Thumbnails und Inlinelinks nach US- und Schweizer Recht*, in : AMSTUTZ Marc / BERGER Mathis / HILTY Reto M. / JACCARD Michel / MARBACH Eugen / RIGAMONTI Cyrill P. / RITSCHER Michael / DE WERRA Jacques (éd.), *sic! - Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence*, Zürich 2003, p. 249 ss.

THOUVENIN Florent, *BestWater: Der EuGH auf blinder Fahrt in trüben Gewässern*, in : AMSTUTZ Marc / BERGER Mathis / HILTY Reto M. / JACCARD Michel / MARBACH Eugen / RIGAMONTI Cyrill P. / RITSCHER Michael / DE WERRA Jacques (éd.), *sic! - Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence*, Zürich 2015 p. 704 ss.

TISSOT Nathalie, *art. 29 LDA*, in : DE WERRA Jacques / GILLIÉRON Philippe (édit.), *Propriété Intellectuelle – Commentaire Romand*, Bâle 2013 (cité : CR LDA-TISSOT).

WIKIPEDIA, *Copyright aspects of hyperlinking and framing*, in : Wikipedia (<http://en.wikipedia.org>), p. « https://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_aspects_of_hyperlinking_and_framing#Inline_link », consulté le 22.01.16.

WIKIPEDIA, *Miniature (informatique)*, in : Wikipedia (<http://fr.wikipedia.org>), p. « [https://fr.wikipedia.org/wiki/Miniature_\(informatique\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Miniature_(informatique)) », consulté le 22.01.16.

WIKIPEDIA, *Moteur de recherche*, in : Wikipedia (<http://fr.wikipedia.org>), p. « https://fr.wikipedia.org/wiki/Moteur_de_recherche », consulté le 22.01.16.

Jurisprudences

Américaines

Campbell c. Acuff-Rose Music, In corporation, 510 U.S. 569 (6th Cir. 1994)

Playboy Enterprises, In corporation c. Webworld, In corporation, 991 F.Supp. 543 (N.D.Texas 1997)

Playboy Enterprises, In corporation c. Russ Hardenburgh, In corporation, 982 F.Supp. 503 (N.D.Ohio 1997)

Sony Computer Entertainment America, In corporation c. Bleem, 214 F.3d 1022 (9th Cir. 2000).

Worldwide Church of God c. Philadelphia Church of God, 227 F.3d 1110 (9th Cir. 2000)

Nunez c. Caribbean International News Corporation, 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000)

Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002)

Perfect 10, In corporation c. Amazon.com, In corporation, A9.com, In corporation et Google In corporation, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)

Européennes

Arrêt Nils Svensson et autres c. Retriever Sverige AB, du 13 février 2014, CJUE C-466/12.

Arrêt BestWater International c. Michael Mebes und Stefan Potsch, du 21 octobre 2014, CJUE C-348/13

Allemandes

BGH Urteil vom 20.11.1970, I ZR 50/69

BGH Urteil vom 20.10.2010, I ZR 69/08

Françaises

Cour d'appel de Paris, 14^{ème} chambre, New Look c. Entrevue, 2 février 2005

Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile, New Look c. Entrevue, 7 novembre 2006, n° 05/17165

Cour d'appel de Paris, Pôle 5, Chambre 1, SAIF c. les sociétés Google France et Google In corporation, 26 janvier 2011, n° 08/13423

Introduction

Internet est devenu un monde à lui-même. Comme tout individu au sein d'une société, chaque ordinateur possède son identité : l'adresse IP. Comme dans toute communauté, chaque protagoniste tient un rôle et interagira avec l'autre. Les pages web servent de supports à la publication de contenus et cherchent à répondre à la demande des internautes. Quant à eux, en naviguant sur ces pages, ils leur offrent (souvent sans le savoir) leurs informations et leurs préférences qui seront exploitables. Ainsi, depuis les années 90, Internet est progressivement devenu le plus vaste marché de l'information et du commerce au monde.

Or, toute révolution pratique d'envergure telle que celle-ci s'accompagne généralement de problèmes d'adaptation. Bien que la plupart des systèmes juridiques se soient sensibilisés aux enjeux et mis à l'ordre du jour, la sphère Internet reste un chantier où beaucoup reste à faire¹. Tout particulièrement quand nous pensons aux **moteurs de recherches** devenus des monstres de l'information, répondant à toute requête en sélectionnant automatiquement le contenu important et populaire. C'est bien parce qu'ils représentent aujourd'hui les colosses du renseignement, qu'ils se permettent d'utiliser tout ce qu'ils dénichent sur le net sans égard par exemple à l'artiste qui n'a pas su protéger ses œuvres publiées sur sa page web.

À la nage, le moteur de recherche d'images « crawl » donc plus vite que son ombre les visuels qu'il trouve et en propose un aperçu (le *thumbnail*) à l'internaute qui recherche une image en particulier. Dans un second temps, lorsque l'on clique dessus, le moteur se charge généralement de montrer l'original à la place du publicateur initial et ce, sans passer par la case merci (notamment par le biais de l'*inline linking* et du *framing*). De nos jours, ce sont tout particulièrement ces problématiques qui se posent en droit d'auteur². Elles sont importantes puisqu'elles sont symptomatiques des conflits d'intérêts que voient naître le web³ : le moteur de recherche doit promouvoir l'information alors que l'auteur mérite que son œuvre soit protégée et qu'il puisse l'utiliser comme il le souhaite.

Dans ce contexte, notre rôle sera de nous pencher sur ces problèmes de droit d'auteur posés par les moteurs de recherches d'images lorsqu'ils reprennent des œuvres protégées pour en créer des *thumbnails* (II) et qu'ils les utilisent pour montrer l'image originale (III). Dans une quatrième partie, nous allons analyser la manière dont les juridictions étrangères gèrent ce

¹ DE WERRA, *Défis*, p. 195.

² DE WERRA, *Défis*, p. 197.

³ COLLIER

genre de situations (IV). Et, **finalement**, nous allons conclure par une synthèse de la situation et notre perception de la problématique.

I. Le contexte de la problématique

Avant toute chose, nous allons nous attarder sur les différents acteurs numériques et leurs rôles dans la problématique (A), pour ensuite développer le champ d'application du droit d'auteur suisse (B).

A. Le contexte numérique – les moteurs de recherches, les thumbnails, le inline linking et le framing

1. Les moteurs de recherche d'images – définition et fonctionnement

Chacun peut choisir de poster sur sa propre page web ses créations. Cependant, la communication en ligne suppose également l'intervention de différents intermédiaires, notamment les moteurs de recherche. Bien qu'à l'heure actuelle la notion n'appelle plus tellement d'interrogations tant le monde est devenu interconnecté, il nous apparaît nécessaire de comprendre dans quel contexte s'insère la problématique.

Qu'est-ce qu'un moteur de recherche ? Aux termes du Larousse, un moteur de recherche est « un logiciel à disposition des internautes, destiné à répondre à leurs requêtes, énoncées sous la forme de mots-clés, afin d'identifier sur le web des sites, des adresses de messagerie ou des forums ». Manque à cette définition un de ses autres objectifs : trouver des ressources visuelles telles que des vidéos ou des images. Ces services de recherches ont donc pour vocation de collecter l'information provenant d'autres pages web et d'en copier leurs adresses URL afin de les rendre plus accessibles au public⁴. Ils représentent ainsi les dictionnaires, annuaires et galeries 2.0 d'adresses URL.

Comment fonctionnent ces instruments de recherche ? Sans intervention humaine, ce qui les distingue d'annuaires⁵. Ils agissent par des **robots** (appelés *spiders* ou *crawlers*) qui inspectent automatiquement et à intervalles réguliers la sphère Internet afin de repérer de nouvelles pages web pour les référencer. Pour ce faire, ils enregistrent dans un premier temps

⁴ COLLIER

⁵ SALVADÉ, p. 19 ; WIKIPEDIA, *Moteur de recherche*, Définition.

l'adresse de la page elle-même. Ils passent en revue les liens hypertextes qu'elle contient pour ensuite, eux aussi, les copier, en extraire leurs contenus et les référencer dans leurs bases de données⁶. Seront ainsi enregistrés les adresses URL des pages et de leurs contenus.

Pour que l'internaute puisse accéder à l'information qu'il souhaite, les moteurs indexent certains mots clefs pertinents et les référencent par rapport aux contenus auxquels ils renvoient. Tous les mots ne sont toutefois pas listés ; les « stop words » ou les « mots vides », tels que 'la', 'le', 'de', etc. ne sont pas retenus⁷. De même que toutes les pages ne sont pas indexées avec la même crédibilité, à l'exemple de Google qui dispose de deux index : un premier avec les pages de confiance et un autre avec pages à vérifier⁸.

Après ce tri, lorsque l'internaute entrera les mots clefs correspondant à ce qu'il recherche et pressera le « Enter », les résultats vont s'afficher. Ils seront classés en fonction de la pertinence et la popularité des pages et des images⁹ et affichés de manière à ce que la personne soit redirigée aussi rapidement que possible vers l'information qui l'intéresse, grâce à son **lien hypertexte**, soit l'adresse URL de la page web ou du contenu. En cliquant sur celui-ci, on y est directement renvoyé. Le lien hypertexte a besoin d'un point d'arrivée : le site auquel il renvoie, et un point d'origine : le site sur lequel il est situé. Souvent, le lien hypertexte est l'adresse même soulignée dans une autre couleur (p. ex. : <http://www.letemps.ch>), mais parfois lorsqu'ils renvoient à des fichiers visuels, il peut être figuratif, comme une petite image miniature : les *thumbnails*.

2. Les *thumbnails* – définition et utilité

À l'instar de tous les néologismes et anglicismes auxquels l'on a de plus en plus affaire à l'ère de la génération 2.0 et qui ne trouvent pas leurs définitions au sein de nos chers piliers de références (Larousse, le Petit Robert ou même les textes juridiques), les « *thumbnails* » ou les images miniatures en font sans aucun doute partie. Tant et si bien que pour éclaircir ce à quoi nous faisons allusion, nous irons chercher au lieu même de leur création : **Internet**. La première définition donnée est celle de Wikipedia : « Une miniature ou vignette ou imagerie, encore désignée par l'anglicisme *thumbnail* ou son apocope *thumb* (littéralement « ongle de

⁶ SALVADÉ, p. 19 ; HÜRLIMANN, p. 66 ss ; INFOWEBMASTER.

⁷ INFOWEBMASTER ; WIKIPEDIA, *Moteur de recherche*, Fonctionnement.

⁸ HÜRLIMANN, p. 69 s. ; INFOWEBMASTER

⁹ INFOWEBMASTER ; WIKIPEDIA, *Moteur de recherche*, Fonctionnement.

pouce », en référence à sa taille), est, en informatique, une version d'une image dont la taille est réduite par rapport à l'original. En principe, cliquer sur une miniature dirige vers l'image dans sa version normale, par exemple au moyen d'un hyperlien »¹⁰.

L'intérêt de la miniature est donc d'avoir un aperçu rapide et prématuré du contenu d'une photographie, d'une image ou d'un tableau sans avoir à se souvenir du nom de chaque fichier¹¹. « Leur **utilité** principale est similaire à celle d'un index ou d'une table des matières pour du texte : [...] [elles permettent] d'en visualiser un plus grand nombre à la fois et d'adopter plus facilement une vue d'ensemble sur elles, éventuellement afin d'en choisir une »¹². Nous trouvons ces *thumbnails* dans le cadre de logiciels de gestion d'images (p. ex. : Adobe Acrobat), dans les sites de partage, mais surtout dans les moteurs de recherche d'images (p. ex. : Google Images, Yahoo Images, etc.)¹³. L'avantage de ces miniatures repose sur le fait qu'elles sont de taille relativement faible (100 à 300 pixels, variable selon les situations) par conséquent les pages web sont moins « lourdes » à charger et la navigation Internet s'en trouve nettement facilitée¹⁴.

Les moteurs de recherche se servent des *thumbnails* afin de permettre à l'internaute de trouver l'image à laquelle il est intéressé dans l'ensemble de la sphère Internet et de lui permettre d'y accéder en taille originale sur le site web original. Pour ce faire, on incorpore au *thumbnail* l'adresse URL originale de l'image pour qu'ils forment ensemble un **lien hypertexte figuratif**. Lorsque l'on clique dessus, on accède à l'original¹⁵.

Alors qu'un lien hypertexte « normal » (sous forme de texte souligné) ne saurait répondre pour lui-même à la définition d'œuvre protégée (puisqu'il s'agit que d'une succession de lettres), le *thumbnail* est susceptible de reprendre le contenu d'un visuel protégé par le droit d'auteur et alors porter atteinte à l'auteur qui n'aurait pas consenti à cela : c'est le **premier problème** posé par l'utilisation de *thumbnails*¹⁶.

¹⁰ WIKIPEDIA, *Miniature (informatique)*, Définition ; HÜRLIMANN, p. 83.

¹¹ ROUSE ; WIKIPEDIA, *Miniature (informatique)*, Utilité.

¹² WIKIPEDIA, *Miniature (informatique)*, Utilité.

¹³ ROUSE

¹⁴ WIKIPEDIA, *Miniature (informatique)*, Technique.

¹⁵ GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 764.

¹⁶ GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 764.

Parfois, les moteurs de recherche usent de *thumbnails* pour diffuser l'image en taille originale, mais dans leur propre page web. Cela s'appelle le *hotlinking* ou *inline linking* ou le *framing* en fonction de la manière dont le contenu se matérialise sur l'écran.

3. Le *hotlinking* ou *inline linking* et le *framing* – définitions et concepts

Certains moteurs de recherche d'images usent des *thumbnails* pour diffuser une image d'un autre site en taille originale mais sous leurs propres enseignes¹⁷. Pour ce faire, ils n'enregistrent pas le fichier, ni ne l'installent sur leurs propres serveurs, mais ils se servent de la miniature créée et y apposent le lien du site web d'origine. En cliquant dessus, s'affiche l'image en taille originale et dans le contexte de leur page web si bien que l'utilisateur peut avoir l'impression que l'image provient du moteur¹⁸. Nous appelons cela : le *hotlinking* (ou liaison automatique et en anglais : *inline linking*)¹⁹. En règle générale, il y a violation des droits d'auteur ou « vol de bande passante » lorsqu'une personne n'a pas consenti à l'utilisation d'un tel lien²⁰.

Les services de recherches d'images peuvent aussi afficher leurs résultats sous forme de *thumbnails*, mais alors lorsque l'on clique dessus deux nouvelles fenêtres s'ouvrent : une étant celle du moteur de recherche lui-même et une autre ouvrant la page web originale mais dans le « cadre » du moteur de recherche²¹. Dans ce cas-là, le moteur publie également le contenu indépendamment de son site d'origine mais avec la possibilité de le charger²². Nous appelons ce procédé « *framing* »²³.

La jurisprudence confond souvent ces deux notions. Le *framing* implique nécessairement la reprise de liens hypertextes (« *linking* ») pour qu'une nouvelle fenêtre s'ouvre. Il est alors certain que si le *framing* viole le droit d'auteur l'*inline linking* aussi²⁴.

¹⁷ GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 756.

¹⁸ GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 756 s.

¹⁹ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 939 (9th Cir. 2002)

²⁰ GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 765 s.

²¹ GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 756 s.

²² GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 756 s. ; GILLIÉRON, *Propriété intellectuelle*, n^{os} 426 s.

²³ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 939 (9th Cir. 2002)

²⁴ WIKIPEDIA, Copyright aspects of hyperlinking and framing, Introduction.

4. La problématique

Par l'action de leurs robots, les moteurs de recherche recensent l'entier des pages et contenus disponibles sur Internet. Seuls ceux qui font l'effort de protéger leurs pages web passeront en dehors de leur champ. Ainsi, toute personne, qui choisit de publier ses créations (photographie, dessin, peinture ou autre) sur le net tout en décrivant le contenu et sans le programmer pour sortir des sentiers des sites de référencement, retrouvera certainement un beau jour ses œuvres sur les moteurs de recherche qui n'auront eu que faire qu'elle ait été d'accord ou non.

À quoi peut-elle prétendre lorsqu'elle le découvre ? **Que** peut-elle opposer à ces géants de l'Internet ? N'a-t-elle pas usé de ses droits en publiant ces images sur le net ?

Parmi les divers types de problèmes juridiques que l'on peut rencontrer autour de la question (notamment en droit de la personnalité, droit de la concurrence déloyale, droit international privé, etc.), nous allons nous attacher aux **problèmes de droit d'auteur** que soulèvent les *thumbnails*. Notamment :

- Lorsque les moteurs de recherches d'images créent des *thumbnails* à partir d'œuvres d'art protégées sans l'accord de leur auteur **(II)**

et

- Lorsqu'ils incorporent au *thumbnail* le lien hypertexte de l'œuvre originale de telle sorte qu'il y renvoie directement mais dans leur page web **(III)**

À l'heure actuelle, même si les problèmes entourant les moteurs de recherches ne sont pas étrangers à la Suisse, **aucun jugement** ne fait état précisément de violations du droit d'auteur par l'existence de *thumbnails*²⁵. De même qu'aucune disposition légale de la LDA ne traite plus généralement du rôle de ces intermédiaires²⁶. Les tribunaux dénoncent régulièrement cette absence et demandent au législateur qu'il adopte des dispositions en la matière²⁷. Alors

²⁵ DE WERRA, *Défis*, p. 198

²⁶ DE WERRA, *Défis*, p. 198.

²⁷ ATF non publié du 14 janvier 2013, 5A_792/2011, consid. 6.3 ; ATF 136 II 508 (trad.), JdT 2011 II p. 446, consid. 6.4.

qu'à l'étranger, la question a déjà eu l'occasion d'atteindre à plusieurs reprises la sphère judiciaire.

Dans ce contexte, nous devons donc nous reposer sur les dispositions en vigueur de la LDA et les débats doctrinaux. Pour bien comprendre comment la problématique peut concerner le droit d'auteur, nous allons commencer par reprendre de manière générale les conditions auxquelles une œuvre bénéficie de la protection du droit d'auteur et les prérogatives qu'il octroie (**B**).

B. Le contexte légal – le droit d'auteur suisse

En Suisse, le droit d'auteur est régi par la Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA ; RS 231.1) et son Ordonnance d'application (ODAu ; RS 231.11). L'art. 1 al. 2 LDA réserve toutefois l'application des traités internationaux ratifiés en la matière, notamment :

- la **Convention de Berne** pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886, révisée à Paris en 1971 (CB ; RS 0.231.15)
- le **Traité** de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur de 1996 (Traité OMPI ; RS 0.231.151)

Par ailleurs, on ne saurait omettre l'importante influence des directives et décisions européennes sur l'ordre juridique suisse.

1. Le champ d'application de la LDA

Qui dit violation du droit d'auteur, dit « œuvre d'art protégée ».

Pour qu'un *thumbnail* implique une violation du droit d'auteur, il faut que l'œuvre qu'il reproduit soit une œuvre protégée par le droit d'auteur.

Le droit d'auteur suisse protège les « œuvres littéraires et artistiques » (art. 1 LDA) ; en d'autres termes, les créations. Cette notion est à considérer dans un sens large, les critères

esthétiques ne vont pas être pris en considération²⁸. Comme nous l'avons mentionné plus haut, les *thumbnails* reprennent un contenu visuel : une image, une photographie, une peinture ; contenus précisément protégés à l'art. 2 al. 2 lit. c, d et g LDA. La protection n'est octroyée que si l'on peut considérer que l'œuvre répond à la notion d' « œuvre protégée ». Cette définition est donnée à l'art. 2 al. 1 LDA : « 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 ». Pour y correspondre, l'œuvre en question doit remplir trois critères cumulatifs :

- I. L'œuvre doit être une **création** au sens où ce ne doit pas être une copie. Il doit s'agir d'un produit de la volonté humaine et « l'expression d'une pensée »²⁹. Les ouvrages n'étant pas des produits d'une recherche intellectuelle d'un être humain ne sont pas des œuvres. L'appréciation ne tient pas compte non plus des méthodes ou l'investissement³⁰. Pour ne pas être une copie, ce produit doit apporter quelque chose de nouveau et original³¹.
- II. L'œuvre doit appartenir au **domaine littéraire** ou **artistique**. Ces deux qualificatifs n'appellent pas plus de précisions. De plus, ce n'est pas en fonction de l'étendue de la définition que l'on en donne, qu'une activité littéraire ou artistique sera protégée, mais bien plutôt en fonction de *l'individualité* que représente la création³².
- III. L'œuvre doit présenter un caractère **individuel**. Cette notion se définit de manière objective : elle doit se distinguer des autres et « doit avoir un cachet propre »³³. Pour évaluer l'individualité d'un œuvre, il faut la prendre dans son contexte et au vu de l'observation qu'en fait le public ou un juge extérieur³⁴ : on doit en prendre les caractéristiques constitutives pour elles-mêmes.

En droit suisse, aucune **formalité** telles que dépôt ou enregistrement n'est requise ; l'œuvre répondant à la notion d'œuvre protégée bénéficiera de la protection dès sa conception (art. 29 al. 1 LDA)³⁵. Dès lors, l'auteur de l'œuvre deviendra titulaire d'un droit d'auteur sur l'entier de son ouvrage, ainsi que sur ses éventuelles parties (art. 2 al. 4 LDA).

²⁸ BARRELET/EGLOFF, art. 2 n° 10.

²⁹ ATF 130 III 168 traduit au JdT 2004 I 285 consid. 4 ss.

³⁰ BARRELET/EGLOFF, art. 2 n°s 5 et 9.

³¹ BARRELET/EGLOFF, art. 2 n° 6 ; CR LDA-DESSEMONTET, art. 2 n° 17.

³² BARRELET/EGLOFF, art. 2 n° 7.

³³ BARRELET/EGLOFF, art. 2 n° 8 ; CR LDA-DESSEMONTET, art. 2 n° 18.

³⁴ BARRELET/EGLOFF, art. 2 n° 8 ; CR LDA-DESSEMONTET, art. 2 n° 18.

³⁵ BARRELET/EGLOFF, art. 29 n° 6 ; CR LDA-TISSOT, art. 29 n° 2.

Quant à la **qualité d’auteur**, elle est présumée pour la personne indiquée par son nom ou son pseudonyme sur les exemplaires de l’œuvre ou lorsqu’elle est divulguée (art. 8 al. 1 LDA). Cette présomption est réfragable. Quant à l’alinéa 2, il institue, selon les opinions, soit une présomption (réfragable) en faveur de la personne qui éditerait l’œuvre pour éviter à l’auteur de sortir de l’anonymat³⁶, soit une fiction (non réfragable) qui permettrait au publicateur ou divulgateur d’exercer les droits d’auteur (en partie ou totalement selon les diverses doctrines) jusqu’à ce que l’auteur ne se désigne de manière à l’identifier clairement³⁷ ; cette dernière opinion est celle de la Convention de Berne (CB ; RS 0.231.15).

2. Le contenu du droit d’auteur

2.1 La nature du droit d’auteur

Les droits d’auteur s’appréhendent de deux manières selon les différents ordres juridiques : soit en conception **moniste**, soit en conception **dualiste**. La première envisage le droit d’auteur comme un tout dont la titularité se transfère uniquement « en bloc » ; en ce sens qu’aucune faculté particulière (telle que patrimoniale ou morale) ne pourrait faire l’objet d’une licence³⁸. Il s’agit de la conception adoptée en Allemagne³⁹. La seconde approche – française notamment⁴⁰ – conçoit quant à elle le droit d’auteur en tant que combiné de droits moraux (relevant des droits de la personnalité et de la propriété intellectuelle) et de droit patrimoniaux (droit des biens immatériels)⁴¹. Le système suisse est sujet à controverses doctrinales : DESSEMONTET parle d’une vision moniste en référence à la notion de droit exclusif⁴², alors que les Romands s’en réfèrent à une conception plutôt dualiste tout en la relativisant⁴³. Pour preuve, l’art. 16 al. 2 LDA envisage le « transfert d’autres droits partiels » ouvrant la porte à la distinction entre prérogatives morales et patrimoniales. Cependant, la loi ne les met pas clairement en évidence et n’en traite pas davantage quant à leur cessibilité.

L’ensemble de la doctrine s’entend néanmoins sur le fait que le droit d’auteur est un droit **absolu**⁴⁴ et **exclusif**⁴⁵, c’est-à-dire que respectivement l’auteur peut opposer son droit à tous et

³⁶ CR LDA-CHERPILLOD, art. 8 n° 7 ; SHK URG-HUG, art. 8 n° 12.

³⁷ BARRELET/EGLOFF, art. 8 n° 6.

³⁸ DESSEMONTET, *Droit d’auteur*, n° 184 ; CR LDA-PHILIPPIN, art. 9 n° 2.

³⁹ Par. 11 UrhG.

⁴⁰ Art. L121-1 CPI.

⁴¹ CR LDA-PHILIPPIN, art. 9 n° 3.

⁴² DESSEMONTET, *Droit d’auteur*, n° 185.

⁴³ CR LDA-PHILIPPIN, art. 9 n° 4.

⁴⁴ ATF 117 II 463 traduit au JdT 1992 I 393 consid. 3.

⁴⁵ BARRELET/EGLOFF, art. 9 n° 9 ; CR LDA-PHILIPPIN, art. 9 n° 8.

que les prérogatives conférées ne peuvent être exercées que par lui ; situation assimilable au droit de propriété de l'art. 641 CC si ce n'est que son droit est limité dans le temps⁴⁶.

2.2 Les droits protégés

La LDA protège donc à la fois des prérogatives patrimoniales et morales.

Les **droits patrimoniaux** servent principalement à l'auteur à gérer l'utilisation de ses œuvres : en tirer profit ou en autoriser l'exploitation par un tiers⁴⁷. Il dispose librement de ses droits, il peut les transférer ou en concéder des licences⁴⁸. Il s'agit de droits exclusifs⁴⁹. L'énumération des droits protégés par l'art. 10 al. 2 LDA n'est pas exhaustive⁵⁰, toutefois on observe qu'elle recouvre presque toutes les utilisations que l'on pourrait envisager, soit :

- Le droit de reproduction (lit. a) permet à l'auteur de confectionner autant d'exemplaires de son œuvre qu'il le souhaite⁵¹ (*infra* II / A / 1 / 1.1).
- Le droit de mise en circulation (lit. b) implique le droit de proposer au public, d'aliéner ou de mettre en circulation des exemplaires d'œuvre⁵² (*infra* II / A / 1 et 2)
- Le droit de récitation, de représentation et d'exécution ainsi que le droit de mise à disposition (lit. c) parlent pour eux-mêmes, à préciser que la mise à disposition peut également se faire sur Internet⁵³ (*infra* II / A / 1 / 1.3)
- Le droit de diffuser, de retransmettre, de faire voire ou entendre (lit. d – f) son œuvre à la radio, à la télévision ou moyens analogues,
- Le droit à l'intégrité de l'œuvre (art. 11 al. 1 LDA) comporte un aspect patrimonial⁵⁴ au sens où il permet à l'auteur de définir les contours de l'utilisation de l'œuvre notamment comment elle peut être modifiée (lit. a), utilisée pour la création d'une œuvre dérivée (lit. b) ou incorporée dans un recueil (lit. b) (*infra* II / A / 1 / 1.2)
- Le droit de location (art. 13 LDA) implique un droit de rémunération lorsque l'auteur a consenti à la vente de ses œuvres et qu'elles sont exploitées par un tiers⁵⁵.

⁴⁶ BARRELET/EGLOFF, art. 9 n° 9 ; DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, n° 196 ; CR LDA-PHILIPPIN, art. 9 n° 5 s.

⁴⁷ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 1 et 8.

⁴⁸ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 1 et 8.

⁴⁹ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 9.

⁵⁰ BARRELET/EGLOFF, art. 10 n° 3 ; CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 1 ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 10 n° 3.

⁵¹ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 10.

⁵² CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 14.

⁵³ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 25.

⁵⁴ CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 5.

⁵⁵ CR LDA-CHERPILLOD, art. 13 n° 2.

La protection couvre l'utilisation de l'œuvre par un tiers dans son entier, mais également *partiellement* ou de manière *modifiée* à la condition que les éléments repris bénéficient pour eux-mêmes de la protection⁵⁶. Pour déterminer s'il y a reprise constitutive d'une violation, le juge devra, dans un premier temps, établir quels sont les éléments communs à l'œuvre et la « reproduction » et, dans un second, déterminer s'ils sont protégés individuellement ou dans leur ensemble. À partir de là, deux éventualités s'envisagent : soit les éléments repris sont dépourvus de caractère individuel, ils ne sont alors pas protégés et donc la reproduction ne saurait être illicite, soit le « reprenneur » viole un des droits protégés à l'alinéa 2⁵⁷.

S'agissant des prérogatives **morales** dérivant du droit d'auteur, la doctrine est nuancée quant à admettre qu'elles relèvent partiellement ou entièrement de la LDA ou des droits de la personnalité. Selon le Commentaire Romand, ils relèvent essentiellement du droit d'auteur. Leur existence sert à préserver les rapports qui lient l'œuvre à son auteur⁵⁸. Les droits moraux sont indissociables de l'auteur ou de ses héritiers, ils ne peuvent donc être cédés⁵⁹. Néanmoins, leur utilisation peut être sujette à autorisation (licence, etc.). Les droits moraux comprennent trois prérogatives essentielles :

- Le droit à la paternité de l'œuvre (art. 9 al. 1 LDA) permet à l'auteur de choisir le nom avec lequel il a envie de voir son œuvre identifiée. Il inclut également le droit de faire reconnaître sa qualité d'auteur⁶⁰.
- Le droit de divulguer l'œuvre (art. 9 al. 2 LDA) autorise l'auteur à décider du sort de son œuvre : s'il veut qu'elle soit divulguée ou non⁶¹.
- Le droit à l'intégrité (art. 11 al. 2 LDA) ou droit au respect implique « une protection de l'auteur contre toute altération de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité »⁶². Cet article protège contre toute modification portant atteinte gravement à la personnalité de l'auteur, à son honneur ou sa réputation⁶³. Ce droit est assimilable à ceux conférés par les art. 28 ss CC, toutefois les modifications apportées à une œuvre protégée et

⁵⁶ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 5.

⁵⁷ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 5.

⁵⁸ SHK URG-HUG, art. 9 n° 6.

⁵⁹ BARRELET/EGLOFF, art. 9 n° 7.

⁶⁰ BARRELET/EGLOFF, art. 9 n° 3.

⁶¹ BARRELET/EGLOFF, art. 9 n° 10 s.

⁶² BARRELET/EGLOFF, art. 9 n° 19 ; DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, n° 256 ; CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 4 s.

⁶³ BARRELET/EGLOFF, art. 11 n° 13 ; CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 25.

attentatoires à la personnalité de l'auteur sont exclusivement soumises au régime de la LDA⁶⁴.

- Le droit d'accès (art. 14 LDA) permet à l'auteur de demander au possesseur ou propriétaire de son œuvre d'y accéder « dans la mesure où cela est indispensable à l'exercice de son droit d'auteur ». Ce droit représente une exception au principe de l'épuisement du droit (art. 12 LDA)⁶⁵. Selon ce principe, lorsqu'un auteur se sépare d'un exemplaire de son œuvre, il n'abandonne pas ses droits d'auteur hormis son droit de mise en circulation de l'art. 10 al. 2 lit. b LDA⁶⁶. Le droit d'accès permet à l'auteur d'accéder à l'œuvre s'il en a besoin ce qui représente une intrusion dans le droit de mise en circulation du nouveau titulaire.
- La protection en cas de destruction (art. 15 LDA) implique que le nouveau propriétaire voulant détruire l'unique exemplaire d'une œuvre offre la possibilité à l'auteur de la reprendre⁶⁷.

2.3 Les restrictions au droit d'auteur (art. 19 – 28 LDA)

Les articles 19 à 28 de la LDA prévoient une quinzaine de restrictions au droit d'auteur. Elles servent à reconnaître et imposer à l'auteur l'intérêt des tiers à utiliser ses œuvres ; intérêts notamment protégés par la Constitution (art. 16, 17, 20 et 21 Cst.)⁶⁸. S'agissant de savoir si ces restrictions sont de nature **impérative**, seul l'art. 24 al. 2 LDA prévoit expressément qu'aucune dérogation n'est possible. Quant à la jurisprudence, celle-ci n'a tranché que très brièvement la question : « la cour cantonale est partie de la prémisse que les règles de la LDA étaient impératives. Cette affirmation doit être confirmée »⁶⁹. En l'état actuel et à la lecture des dispositions légales, si l'on doit déterminer que les restrictions sont impératives, elles ne doivent l'être que de manière relative, c'est-à-dire qu'une dérogation n'est admise qu'au détriment du titulaire du droit d'auteur⁷⁰.

Nous n'allons pas faire l'examen de toutes les restrictions admises par le droit suisse, mais nous contenter d'en énumérer les principales, soit :

⁶⁴ CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 28.

⁶⁵ BARRELET/EGLOFF, art. 14 n° 2 ; CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 14 n° 2.

⁶⁶ BARRELET/EGLOFF, art. 12 n° 1.

⁶⁷ BARRELET/EGLOFF, art. 15 n° 1 s.

⁶⁸ CR LDA-RUEDIN, Intro. art. 19-28 LDA n° 2 s.

⁶⁹ ATF 127 III 26 consid. 4.

⁷⁰ CR LDA-RUEDIN, Intro. art. 19-28 LDA n° 9.

- L'usage à titre privé (art. 19 et 20 LDA), c'est-à-dire toute utilisation à des fins personnelles, dans une perspective pédagogique par un professeur ou par l'administration. De plus, lorsque l'auteur a consenti à la reproduction, les œuvres mises à disposition sur les services web à la demande et utilisées à des fins privées par les internautes sont licites⁷¹. Par contre, le « downloadeur », qui publie le fichier sur une page web et dont quiconque peut en avoir l'utilisation, commet une violation du droit de mise à disposition de l'art. 10 al. 2 lit. c LDA.
- La citation (art. 25 LDA). Toutes les œuvres (à l'exception controversée de celles des arts plastiques, *infra* II / B) peuvent être citées.
- La libre utilisation. Il s'agit d'une restriction développée par la jurisprudence qui permet de s'inspirer de l'œuvre d'autrui afin d'en créer une nouvelle⁷².
- Les restrictions relatives aux médias (art. 22 ss LDA).
- La reproduction provisoire (art. 24a LDA) est autorisée à certaines conditions cumulatives afin de permettre essentiellement les copies stockées en mémoire cache lors de la navigation Internet⁷³.
- Les comptes rendus de l'actualité (art. 28 LDA).

II. Les problèmes posés les *thumbnails* des moteurs de recherches d'images à l'aune du droit d'auteur suisse

Nous avons évoqué le champ d'application du droit d'auteur suisse ainsi que l'ensemble des prérogatives protégées pour une œuvre. De même que nous avons mentionné les restrictions que l'on peut imposer à l'auteur en rapport avec son œuvre. Comment s'insère la problématique liée aux *thumbnails* dans ce contexte ? Pour qu'il y ait un problème/une violation du droit d'auteur, il faut que le *thumbnail* porte atteinte une œuvre protégée. Le présent chapitre va donc être consacré, **premièrement**, à analyser comment les *thumbnails* en tant que reproductions miniatures d'œuvres protégées portent atteinte aux prérogatives de droit d'auteur et lesquelles (A). Et, **deuxièmement**, si de telles atteintes sont justifiables (B).

⁷¹ CR LDA-RUEDIN, art. 19 n° 49.

⁷² ATF 125 III 328 traduit à la SJ 2000 I 26.

⁷³ CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n° 3 ss.

C. Les *thumbnails* en tant qu'atteinte au droit d'auteur

1. Les droits exclusifs potentiellement touchés

1.1 Le droit de reproduction (art. 10 al. 2 lit. a LDA)

L'art. 10 al. 2 lit. a LDA confère au titulaire d'un droit d'auteur **un droit exclusif de reproduire** son œuvre sur le support de son choix ; il peut être analogique (papier, etc.) ou numérique (CD, disque dur, etc.)⁷⁴. Tel que le formule le Commentaire Romand : « toute matérialisation de l'œuvre sous forme d'exemplaires tombe sous le coup de ce droit exclusif »⁷⁵. La notion de « support » est interprétée de manière extensive au sens où l'on retiendra également le qualificatif de « support » même s'il n'est pas destiné au commerce mais qu'il intègre l'œuvre durablement ; comme cela peut être le cas lorsque l'on charge une image sur le serveur d'un ordinateur⁷⁶. La protection recouvre également une œuvre qui n'est reproduite que partiellement ou sous forme modifiée à la condition que les éléments repris bénéficient seuls ou dans leur association de la protection du droit d'auteur⁷⁷.

Parfois, la violation du droit de reproduction peut aussi s'accompagner d'une atteinte à un autre droit conféré. Par exemple, dans le contexte de Internet, lorsque l'on reproduit une image en l' « uploadant » / la chargeant sur un site web, cela peut également s'appréhender comme une mise à disposition⁷⁸ (art. 10 al. 2 lit. c LDA ; *infra* II / A / 1 / 1.3). Toujours dans le contexte de Internet, depuis 2007, la loi traite des reproductions temporaires ; elles sont admissibles en tant que restriction au droit d'auteur lorsqu'elles sont accessoires, n'ont pas de signification économique indépendante et font partie intégrante d'un procédé technique (art. 24a LDA ; *infra* II / B / 1 / 1.1).

1.2 Le droit à préserver l'intégrité de l'œuvre (art. 11 LDA)

L'art. 11 LDA est composé à la fois d'un volet de prérogatives morales (al. 2) et un autre de prérogatives patrimoniales (al. 1).

⁷⁴ CR LDA-CERPILLOD, art. 10 n° 10.

⁷⁵ CR LDA-CERPILLOD, art. 10 n° 10.

⁷⁶ BARRELET/EGLOFF, art. 10 n° 12.

⁷⁷ CR LDA-CERPILLOD, art. 10 n° 11.

⁷⁸ CR LDA-CERPILLOD, art. 10 n° 11.

L'art. 11 al. 1 lit. a permet à l'auteur de consentir ou d'interdire les **modifications** (importantes ou non) qu'un tiers veut apporter à son œuvre. Les conséquences matériellement opportunes ou préjudiciables qu'elles impliquent importent peu⁷⁹. La majeure partie du temps, qui dira modification illicite, dira reproduction illicite⁸⁰ puisque si une œuvre est modifiée, elle a nécessairement été reproduite dans un premier temps. Toutefois, le droit de contester une modification possède une portée propre : pour qu'une reproduction soit illicite, cela suppose l'absence de consentement de l'auteur de l'œuvre. Alors que même en cas de modification consentie, l'auteur peut invoquer ce droit si les modifications prévues sont altérées en cours de processus⁸¹.

Lorsque le nouvel auteur opère des remaniements purement techniques sur l'œuvre tels que changer son support ou « l'enregistrer selon une technique différente » (p.ex. : numériser un enregistrement audio) ne sont pas considérés comme des modifications, mais comme une reproduction selon l'art. 10 al. 2 lit. a LDA⁸². Les restrictions au droit d'auteur tels que le droit de citer (art. 25 LDA) ou de faire des comptes rendus d'actualité (art. 28 LDA) permettant de justifier une atteinte au droit de reproduction de l'auteur sont également envisageables pour permettre certaines modifications⁸³.

L'alinéa 1 lit. b permet, quant à lui, à l'auteur de maîtriser l'utilisation de son œuvre s'agissant de la création d'œuvres dérivées au sens de l'art. 3 LDA. Qu'est-ce qu'une **œuvre dérivée** ? Est une œuvre dérivée « 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 » (art. 3 al. 1 LDA), notamment les adaptations audiovisuelles (al. 2). Elle est protégée pour elle-même. La nouvelle œuvre doit comprendre des expressions typiquement assimilables à l'œuvre préexistante afin d'être qualifiée de dérivée⁸⁴. En l'absence de quoi, nous serons en présence d'une œuvre originale. La protection des œuvres préexistantes est toutefois réservée en ce sens que l'auteur original peut faire valoir ses droits à l'encontre de l'auteur dérivé : il pourra notamment s'opposer à l'utilisation de son œuvre et à toute activité commerciale générée par l'œuvre dérivée⁸⁵. L'auteur dérivé doit alors

⁷⁹ CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 6 ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 11 n° 3.

⁸⁰ CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 6.

⁸¹ CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 6.

⁸² BARRELET/EGLOFF, art. 11 n° 6a ; CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 7 ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 11 n° 3.

⁸³ BARRELET/EGLOFF, art. 11 n° 9 ; CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 10.

⁸⁴ CR LDA-DESSEMONTET, art. 3 n° 3 et 5.

⁸⁵ CR LDA-DESSEMONTET, art. 3 n° 7.

s'assurer préalablement que l'auteur original donne son **consentement** à la conception de sa propre œuvre (art. 11 al. 1 lit. b LDA)⁸⁶. Les restrictions au droit d'auteur applicables aux copies permettent également d'atténuer les conséquences de ce régime⁸⁷.

Dans cette logique, aussi longtemps qu'une œuvre est modifiée de manière à ce qu'elle ne devienne pas pour elle-même une « œuvre de deuxième main » dotée d'une originalité propre, elle ne sera pas considérée d'œuvre dérivée mais d'œuvre modifiée et le régime applicable restera celui de l'art. 11 al. 1 lit. a LDA⁸⁸. Comme par exemple lorsque l'on convertit une image numérisée dans un format de moins bonne qualité⁸⁹. De même que si l'œuvre originale n'apparaît plus que comme source d'inspiration et que ses éléments distinctifs ne sont plus reconnaissables, on devra considérer qu'il s'agit d'une nouvelle œuvre pour elle-même⁹⁰. Ou d'une **libre utilisation** ?

Le Tribunal fédéral et certains auteurs, notamment CHERPILLOD⁹¹, considèrent qu'il s'agit d'un principe non écrit du droit d'auteur suisse⁹² en vertu duquel si un auteur se contente de s'inspirer d'éléments caractéristiques d'une œuvre originale mais dont le caractère individuel est faible, la nouvelle création n'emporte pas la violation des droits d'utilisation de l'œuvre préexistante⁹³. La nouvelle création doit faire apparaître l'individualité des éléments repris de la source d'inspiration au second plan et doit être particulièrement originale. Selon eux, l'application de ce principe devrait rester exceptionnelle afin d'éviter de rendre ineffective la protection du droit d'auteur⁹⁴. Or, dès 1992, l'exception de « **libre utilisation** » au droit d'auteur reconnue aux œuvres musicales est supprimée de la LDA⁹⁵ et la plupart des auteurs estiment qu'il n'y a plus justification à cela puisque si l'œuvre potentiellement originale est si éloignée de la seconde, il faut tout simplement reconnaître qu'il s'agit d'une nouvelle œuvre⁹⁶.

⁸⁶ CR LDA-DESSEMONTET, art. 3 n° 7.

⁸⁷ CR LDA-DESSEMONTET, art. 3 n° 11.

⁸⁸ BARRELET/EGLOFF, art. 11 n° 9 ; CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 12.

⁸⁹ SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 11 n° 6.

⁹⁰ BARRELET/EGLOFF, art. 11 n° 12 ; CR LDA-PHILIPPIN, art. 11 n° 12 ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 11 n° 6.

⁹¹ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 7.

⁹² ATF 125 III 328, consid. 4c.

⁹³ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 7.

⁹⁴ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 7.

⁹⁵ DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, n°s 403 ss.

⁹⁶ CR LDA-DESSEMONTET, art. 3 n° 12 ; DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, n° 406.

1.3 Le droit de mettre à disposition (art. 10 al. 2 lit. c LDA)

Avant les modifications de 2007, une partie de la doctrine considérait que le droit « de faire voir ou entendre l'œuvre en un autre lieu » appréhendait aussi le droit de transmettre une œuvre par Internet. Depuis lors, lorsqu'il appartient à l'internaute de choisir le moment où il visionne une œuvre protégée relève de la mise à disposition (art. 10 al. 2 lit. c LDA). Lorsqu'il n'a pas ce choix, cela aurait pu tomber sous le coup du droit de faire ou entendre en un autre lieu. Cependant, dès à présent, selon le Commentaire Romand, les « services linéaires » tels que la radio diffusant une émission sur sa page web à une heure précise relèvent de l'art. 10 al. 2 lit. d LDA⁹⁷.

Ainsi, le droit de mettre à disposition prévu par l'art. 10 al. 2 lit. c LDA comprend la mise à disposition par l'auteur d'une œuvre sur Internet⁹⁸, mais de manière plus générale, « tout acte par lequel une œuvre peut être rendue perceptible à la demande de l'utilisateur par le moyen des réseaux de télécommunication, directement ou indirectement par une mise en mémoire en vue de sa consultation »⁹⁹.

2. L'analyse au vu du contexte légal

Tout d'abord pour qu'une reproduction, une modification ou la création d'une œuvre dérivée constitue une violation, il faut qu'elles aient été créées sans autorisation. Un *thumbnail* représente une œuvre mais sous forme réduite. Est-ce que la réduction modifie à un tel point l'œuvre qu'elle fait apparaître les éléments caractéristiques de l'œuvre originale au second plan et en devient une œuvre vraiment nouvelle, soit **une œuvre dérivée** au sens de l'art. 11 al. 1 lit. b et 3 LDA ? Non. Un *thumbnail* reprend l'image originale dans son entier. Elle ne sert pas de source d'inspiration dans un processus créatif et la réduction n'altère pas profondément l'essence de l'œuvre. Il s'agit précisément du but d'un *thumbnail* de faire reconnaître l'œuvre d'art originale parmi d'autres. Ainsi, il n'emporte pas la violation de l'art. 11 al. 1 lit. b en tant que création d'œuvre dérivée sans le consentement de l'auteur.

⁹⁷ CR LDA-CHEPILLOD, art. 10 n^{os} 22 et 36.

⁹⁸ CR LDA-CHEPILLOD, art. 10 n^o 25.

⁹⁹ CR LDA-CHEPILLOD, art. 10 n^o 25.

Dans cette logique, on ne saurait non plus admettre qu'un *thumbnail* est une reproduction d'éléments d'une œuvre en **libre utilisation**¹⁰⁰, c'est-à-dire l'assemblage d'éléments dont l'individualité est faible.

S'agit-il néanmoins d'une **œuvre modifiée** ? En Suisse, SCHWEIZER est le seul auteur à penser qu'un *thumbnail* est une modification de l'œuvre¹⁰¹, alors que MACCIACCHINI, OERTLI, RUEDIN et HÜRLIMANN considèrent tous qu'il s'agit de reproductions¹⁰². Vu que SCHWEIZER considère que l'atteinte portée au droit d'auteur par le *thumbnail* se justifie car il s'agit d'une citation (soit un extrait d'une œuvre), il est logique qu'il retienne que ce ne soit qu'une œuvre modifiée (*supra* II / A / 1 / 1.1). HÜRLIMANN argumente que le fait de réduire la qualité de l'image est un processus aisément réversible. Il mentionne également que les reproductions de musiques en sonneries de téléphone ne sont pas assimilables à la réduction d'images en *thumbnails*. En effet, le fait de réduire la qualité d'une image reviendrait plutôt à diminuer la capacité sonore d'une piste de musique¹⁰³. RUEDIN, quant à lui, tranche la question expéditivement en affirmant que : « bien que la résolution graphique soit basse, ils [les *thumbnails*] constituent une reproduction de l'intégralité de l'image trouvée »¹⁰⁴. Tout comme MACCIACCHINI et OERTLI qui mettent en opposition les brèves d'actualités et les *thumbnails* ; ils en tirent la conséquence que les brèves ne donnent qu'un aperçu minime du texte d'un auteur et n'en reflètent aucunement la qualité. Alors que les *thumbnails*, même si le contenu de l'image est réduit, permettent de se rendre compte immédiatement s'il s'agit de l'œuvre que l'on recherche¹⁰⁵.

Ainsi, de manière généralement admise en Suisse (à l'exception de SCHWEIZER), les remaniements du genre techniques tels que peut l'être la réduction d'une image ne sont pas considérés comme une modification, mais comme une reproduction au sens de l'art. 10 al. 2 lit. a LDA. La création de *thumbnails* emporte donc **la violation du droit exclusif de reproduction** de son auteur.

Nous pourrions penser que les *thumbnails* soient des reproductions **mises en circulation**. Cependant, la jurisprudence retient de longue date que les reproductions d'œuvres distribuées

¹⁰⁰ HÜRLIMANN, p. 84 ; SCHWEIZER, p. 253.

¹⁰¹ SCHWEIZER, p. 253.

¹⁰² RUEDIN, n° 485 ; SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI, art. 25 n° 15 ; HÜRLIMANN, p. 85.

¹⁰³ HÜRLIMANN, p. 84 s.

¹⁰⁴ RUEDIN, n° 485.

¹⁰⁵ SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI, art. 25 n° 15.

par Internet ne tombent pas sous le coup de l'art. 10 al. 2 lit. b LDA¹⁰⁶. Cette éventualité ne concerne que les « exemplaires corporels susceptibles de faire l'objet d'une aliénation et d'un épuisement »¹⁰⁷. Quid d'**une mise à disposition** (art. 10 al. 2 lit. c LDA) ? Certains auteurs estiment également qu'en chargeant une reproduction d'œuvre sur un site web, l'atteinte au droit de reproduction s'accompagne de celle du droit de mise à disposition¹⁰⁸ (art. 10 al. 2 lit. c LDA). Bien qu'ils soient de qualité réduite, les *thumbnails* sont des reproductions d'œuvres originales mises à disposition de quiconque à la demande. Ils portent donc atteinte au droit de mise à disposition.

D. Les *thumbnails* en tant qu'atteinte licite

1. Les restrictions potentiellement applicables

1.1 La reproduction est provisoire (art. 24a LDA)

Le fait de mettre en ligne des œuvres protégées implique nécessairement leur reproduction afin de pouvoir les consulter. La consultation de Internet crée au minimum une copie voire plusieurs dans la mémoire de l'ordinateur afin d'assurer techniquement la transmission des informations¹⁰⁹. Dès qu'il cesse d'être alimenté, le contenu disparaît c'est ce qu'il le rend « provisoire »¹¹⁰. C'est pour cette raison notamment que le législateur a trouvé nécessaire de ne pas sanctionner toute **reproduction numérique** de contenus protégés temporaire et accessoire. Pour que de telles reproductions soient admissibles, elles doivent répondre aux conditions cumulatives suivantes :

I. être transitoires **ou** accessoires (lit. a) :

- a. **transitoire** : la reproduction ne doit pas être durablement ancrée sur un support digital au sens où que « la reproduction est transitoire lorsqu'elle est rendue techniquement nécessaire pour assurer la transmission de l'information et sa consultation, mais qu'elle n'est pas conservée une fois l'alimentation de l'appareil interrompue »¹¹¹. Cela comprend notamment la consultation de films *en streaming*.

¹⁰⁶ BARRELET/EGLOFF, art. 10 n° 16 ; CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 15.

¹⁰⁷ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 15.

¹⁰⁸ HÜRLIMANN, p. 85 ; GILLIÉRON, *Google*, p. 74.

¹⁰⁹ CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n° 2.

¹¹⁰ CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n° 2 s.

¹¹¹ CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n° 12.

- b. **accessoire** : la reproduction doit aider à l'utilisation d'un autre procédé numérique. Contrairement à la reproduction transitoire, elle peut rester accessible même en l'absence d'alimentation et pendant plusieurs jours, voire plus. Toutefois, elle doit demeurer provisoire au sens littéral de la définition : elle ne doit pas rester définitivement sur un support¹¹². Dans ce contexte, on peut penser aux caches internet qui par exemple servent à mémoriser des mots de passe et d'accéder plus rapidement à un site web.
- II. appartenir intégralement et essentiellement à **un procédé technique** (lit. b) : la consultation d'une œuvre doit nécessairement passer par l'utilisation de ces reproductions¹¹³.
- III. avoir pour but de permettre une **transmission** dans un réseau entre tiers ou une utilisation licite (lit. c) :
- a. La reproduction doit poursuivre l'objectif de faire circuler le contenu protégé sur un réseau entre tiers, peu importe que cela soit licite ou non ; le réseau étant Internet et le tiers généralement admis un fournisseur d'accès Internet ou un hébergeur. Le tiers est un intermédiaire technique qui garantit le transfert d'informations sur le réseau. Le titulaire du droit d'auteur ne peut pas être considéré comme un tiers¹¹⁴.
- b. La reproduction provisoire doit permettre une utilisation licite de l'œuvre, notamment celles prévues aux art. 19 ss LDA¹¹⁵.
- IV. ne pas avoir de **signification économique indépendante** (lit. d) : les reproductions ne doivent pas compromettre l'exploitation des œuvres protégées, ni être préjudiciables aux intérêts du titulaire du droit d'auteur. La reproduction en tant que telle ne doit pas générer de profits et surtout ne pas en priver le titulaire du droit d'auteur¹¹⁶. La question à se poser est la suivante : est-ce que la copie provisoire pourrait être une source de revenus pour le titulaire ? Cela serait le cas si la reproduction prive l'auteur de l'octroi de licence¹¹⁷.

¹¹² CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n° 13.

¹¹³ CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n°s 16 s.

¹¹⁴ CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n° 19.

¹¹⁵ CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n° 20.

¹¹⁶ CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n° 22.

¹¹⁷ CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n° 22.

Quid des *thumbnails* ?

La question de savoir si l'atteinte au droit d'auteur suscitée par un *thumbnail* peut se justifier au regard de l'exception de l'art. 24a LDA est brièvement tranchée par GILLIÉRON dans le Commentaire Romand. *Dans un premier temps*, il décrète que les contenus hébergés par les prestataires techniques (dans lesquels il inclut les moteurs de recherche) ne revêtent aucun caractère accessoire. *Dans un deuxième*, il ajoute à cela que « bien que les images en format réduit soient destinées à faciliter la consultation de l'information, ces reproductions ne revêtent aucun caractère provisoire, de sorte que l'application de l'art. 24a LDA est exclue en la matière »¹¹⁸.

RUEDIN, à l'instar de SCHWEIZER et GILLIÉRON, considère que les *thumbnails* et le lien hypertexte qu'ils contiennent surtout favorisent l'exploitation de l'œuvre puisqu'ils en facilitent l'accès¹¹⁹. Ils revêtent donc une signification économique indépendante et ne peuvent être justifiés à cet endroit.

1.2 La reproduction sert de citation (art. 25 LDA)

L'emploi licite d'une citation ne nécessite **pas d'autorisation** de l'auteur de l'œuvre¹²⁰. Par contre, si les conditions de l'art. 25 LDA ne sont pas respectées, la citation emporte la violation du droit de reproduction de l'auteur (art. 10 al. 2 lit. a LDA)¹²¹. Sous un angle matériel, il faut qu'il y ait un **lien de connexité** entre la citation et le contexte dans lequel elle est insérée. De manière généralement admise par la doctrine, cela suppose un rapport interne direct et étroit entre la citation et le contenu¹²². Toutefois, ce lien de connexité ne saurait être si intense qu'il aurait pour effet de créer une œuvre dérivée (art. 3 LDA). C'est pour cela que l'utilisation de citation doit répondre à d'autres conditions **matérielles** plus spécifiques¹²³.

Au niveau **formel**, il est impératif de faire ressortir que la citation se distingue de l'œuvre originale (par des guillemets, une référence, etc. ; art. 25 al. 2 LDA)¹²⁴ ; ce qui a pour conséquence de prévenir que le contexte dans lequel est insérée la citation et la citation elle-

¹¹⁸ CR LDA-GILLIÉRON, art. 24a n° 15.

¹¹⁹ RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, n° 486 ; GILLIÉRON, *Google*, p. 76 ; SCHWEIZER, p. 254.

¹²⁰ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 1.

¹²¹ ATF 131 III 480 traduit au JdT 2005 I 391, consid. 2.2.

¹²² BARRELET/ÉGLOFF, art. 25 n° 3 ; CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 3 ; RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, n° 444.

¹²³ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 4.

¹²⁴ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 3.

même forme une œuvre dérivée¹²⁵. Ainsi, le lien de connexité ne doit être ni trop lâche, ni trop intense.

Les conditions matérielles plus spécifiques à l'exercice du droit de citation sont les suivantes (art. 25 al. 1 LDA) :

I. Conditions relatives à **l'œuvre citée** :

- a. L'œuvre doit être **protégée** : la citation doit provenir d'une « œuvre divulguée » (art. 25 al. 1 LDA). L'art. 25 al. 1 LDA fait donc référence à la notion d'œuvre au regard de l'art. 2 LDA et puisque le droit de citation constitue une exception aux prérogatives découlant du droit d'auteur, il ne s'applique qu'à une œuvre protégée par le droit d'auteur (art. 2 LDA)¹²⁶. Est-ce que le contenu dans lequel est inséré la citation doit également être une œuvre en elle-même ? Aux termes de la formulation de l'art. 25 al. 1 LDA, il ne ressort pas que le support de la citation doit être une œuvre¹²⁷.
- b. L'œuvre doit être **divulguée** : pour être valablement citée, l'œuvre doit préalablement avoir été rendue accessible au public (art. 9 al. 3 LDA). Cette condition sert à empêcher au « citeur » de décider à la place de l'auteur du moment et de la manière de la divulgation de l'œuvre. Pour admettre l'exception de citation, il faut que le contenu dans lequel figure la citation soit accessible à un grand nombre de personnes¹²⁸ car le fait de citer pour soi pour est déjà couvert par l'exception de l'art. 19 al. 1 lit. a LDA (restriction au droit d'auteur admise pour toute utilisation à des fins privées).
- c. Les œuvres « **citables** » : à priori, toutes les œuvres listées à l'art. 2 al. 2 LDA sont « citables ». Toutefois, la question des citations musicales et d'ouvrages d'art plastique (tableaux, gravures, photographies ou autre) divise la doctrine. Certains auteurs¹²⁹ suivent l'interprétation historique de la disposition selon laquelle la citation d'œuvres d'art plastique ne serait pas envisageable puisqu'elle implique nécessairement la reprise de l'œuvre dans son entier¹³⁰. En cela, admettre l'exception pourrait compromettre de manière considérable

¹²⁵ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 4.

¹²⁶ BARRELET/EGLOFF, art. 25 n° 6 ; CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 8.

¹²⁷ RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, n° 423 s ; CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 10.

¹²⁸ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 12.

¹²⁹ BARRELET/EGLOFF, art. 25 n° 2 ; DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, n° 491.

¹³⁰ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 16.

leur protection. De plus, le système spécial de gestion collective imposée par la loi générerait déjà efficacement les droits de reproduction pour ce genre d'œuvres¹³¹. Toutefois au vu de l'évolution de la technique et le fait que l'on publie de plus en plus d'œuvres à caractère visuel sur Internet, il se justifie d'interpréter la notion d'œuvre de manière extensive¹³².

II. Condition relative **au lien de connexité**: la citation doit servir de « **commentaire**, de **référence** ou de **démonstration** » (art. 25 al. 1 LDA). La citation est donc subordonnée au contenu. Si le contenu a besoin d'être précisé par un commentaire, une référence ou une démonstration, il y aura citation. C'est donc le contenu qui donne naissance à la citation et qui lui attribuera ensuite une fonction¹³³. Il s'agira alors d'un accessoire¹³⁴ et ne devra pas acquérir de portée propre¹³⁵. Le contenu reprenant une œuvre a pour charge de circonscrire son utilité en tant que moyen pour commenter, se référer ou démontrer¹³⁶. Les citations sont autorisées « pour autant que leur emploi en justifie l'étendue ». L'examen de proportionnalité se fera pour autant que les autres conditions matérielles soient remplies : il faut déjà établir le lien de connexité, que la citation est subordonnée et rempli une des trois fonctions¹³⁷.

III. **Limites** liées à l'utilisation matérielle de la citation : puisqu'elle va ne reprendre qu'une partie de l'œuvre pour l'insérer dans un autre contenu, la citation compresse le droit à l'intégrité que l'auteur possède sur son œuvre. Il s'agit donc d'une sorte de modification. Il ne faut pas qu'elle soit dénaturée dans le processus¹³⁸.

L'alinéa 2 de l'art. 25 impose des **conditions formelles**. Elles doivent être assez claires afin de permettre facilement l'identification de l'œuvre d'où provient la citation¹³⁹. En cas de publication sur Internet, la mention de l'adresse URL ne suffit généralement pas, il faut

¹³¹ Message LDA, p. 529.

¹³² Approches suivies par CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 19, RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, n°s 593 ss, SCHWEIZER, p. 254.

¹³³ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 20.

¹³⁴ ATF 131 III 480 traduit au JdT 2005 I 390, consid. 2.1.

¹³⁵ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 20.

¹³⁶ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 21.

¹³⁷ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 25

¹³⁸ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n°s 26 ss.

¹³⁹ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n° 34.

également mentionner le titre de l'œuvre, le nom de l'auteur ainsi que la date de publication¹⁴⁰.

Quid des thumbnails ?

L'aspect relatif au type d'œuvres « citables » concerne de manière marginale notre problématique puisque c'est avant tout le lien de connexité qui fait défaut.

En effet, **la fonction des *thumbnails***, contrairement aux citations, n'est pas de servir de commentaire, de référence ou de démonstration mais de donner accès à l'information : les *thumbnails* sont utilisés pour eux-mêmes, il n'appuie pas un contenu¹⁴¹. MACCIACCHINI et RUEDIN sont de cet avis : à leurs yeux, à cause de cet objectif poursuivi par les moteurs de recherches, il y a un manque patent de connexité entre les reproductions d'œuvres visuelles en *thumbnails* et le contexte dans lequel elles sont insérées¹⁴². De plus, ces moteurs de recherches, avec leurs robots explorateurs, affichent des résultats complètement automatisés sans intervention humaine¹⁴³. Ils notent également le fait que les moteurs de recherches ne sont pas tout le temps capables d'identifier l'auteur original de l'œuvre, condition formelle indispensable à la citation¹⁴⁴.

Quant à SCHWEIZER, il est partisan du fait qu'un *thumbnail* constitue bien une citation au sens de l'art. 25 LDA. Son avis s'inscrit dans une mouvance contraire à l'interprétation historique des dispositions de la LDA prônant qu'une œuvre d'art plastique ne peut pas faire l'objet d'une citation¹⁴⁵. Tout comme RUEDIN, il critique le **système de gestion collective** qui ne gère pas l'entier des œuvres présentes sur le marché. En effet, la plus grande partie des œuvres visuelles (p. ex. : les caricatures, les publicités ou les œuvres d'amateurs) ne font pas l'objet d'une quelconque gestion¹⁴⁶.

Cependant, il s'éloigne de RUEDIN et de la plupart des autres auteurs. Comment ? Le *thumbnail* étant une image réduite de l'œuvre originale, SCHWEIZER l'appréhende comme une

¹⁴⁰ CR LDA-RENOULD/CONTEL, art. 25 n° 35.

¹⁴¹ GILLIÉRON, *Google*, p. 74.

¹⁴² RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, n° 486 ; SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI, art. 25 n° 15.

¹⁴³ RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, n° 486 ; SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI, art. 25 n° 15.

¹⁴⁴ RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, n° 486, note de bas de page n° 1022 ; SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI, art. 25 n° 15.

¹⁴⁵ SCHWEIZER, p. 254 ;

¹⁴⁶ SCHWEIZER, p. 254 ; RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, n° 606.

œuvre modifiée¹⁴⁷ (*supra* II / A / 2). Par nature, une citation ne doit pas reprendre l'œuvre dans son entier¹⁴⁸ (au quel cas ce serait une reproduction au sens de l'art. 10 al. 1 lit. a LDA), elle ne fait que montrer un extrait ou une partie d'une œuvre. Dans sa logique, un *thumbnail* est pensable en tant que citation.

S'agissant du **lien de connexité**, SCHWEIZER règle rapidement la question en affirmant que les *thumbnails* servent de références et qu'ils utilisent de manière proportionnelle au but qu'ils doivent atteindre¹⁴⁹. S'orientant plutôt vers une approche conventionnelle, il reprend l'exigence du « triple test » des art. 9 ch. 2 et 10 de la Convention de Berne imposant notamment que la citation ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne pas causer de **préjudice injustifié** aux intérêts légitimes de l'auteur¹⁵⁰. Il s'en réfère sur ce point aux considérations faites dans l'affaire Kelly c. Arriba se résumant ainsi : les *thumbnails* ne peuvent empiéter sur les marchés où l'auteur original opère puisque les intérêts de ces derniers sont de vendre leurs images, d'en céder des licences et d'attirer des gens sur son site. Or, les *thumbnails* n'empiètent en rien sur ces marchés puisque la taille en est tellement réduite, qu'ils seraient invendables¹⁵¹.

En opposition par rapport au raisonnement de RUEDIN, SCHWEIZER considère que les **conditions formelles** de la citation (soit citer la source ainsi que l'auteur ; art. 25 al. 2 LDA) ne sont pas strictes : la mention ne doit pas être expresse, mais reconnaissable¹⁵². Il estime qu'il est évident pour tout internaute que lorsqu'il se rend sur un moteur de recherche, il ne va pas y trouver les œuvres du moteur lui-même mais des autres. De plus, il estime que l'on doit considérer le lien hypertexte incorporé au *thumbnail* (souvent par le procédé de *inline linking*), comme une indication valable de la source de l'image¹⁵³. Il affirme qu'à l'exemple de la jurisprudence américaine, le droit suisse devrait faire la distinction entre mention du lien source et intégration du lien source. Dans la dernière partie de son article, il traite des copies provisoires caches que les *thumbnails* peuvent engendrer¹⁵⁴. Aujourd'hui, le problème est réglé par l'art. 24a LDA entré en vigueur en 2008.

¹⁴⁷ SCHWEIZER, p. 254.

¹⁴⁸ CHERPILLOD, *Schranken*, p. 267.

¹⁴⁹ SCHWEIZER, p. 254.

¹⁵⁰ SCHWEIZER, p. 254.

¹⁵¹ SCHWEIZER, p. 254.

¹⁵² SCHWEIZER, p. 254.

¹⁵³ SCHWEIZER, p. 255.

¹⁵⁴ SCHWEIZER, p. 255.

Nous pouvons donc attester que la tendance générale de tous les auteurs est de déclarer qu'une atteinte au droit d'auteur causé par un *thumbnail* ne saurait être justifiée au titre qu'il représente une citation.

1.3 Le consentement tacite à la création du *thumbnail*

Lorsque les moteurs de recherche reproduisent des exemplaires d'œuvres sous format réduit, soit en *thumbnails*, agissent-ils conformément à une cession tacite du droit de reproduire l'œuvre ?

Selon la lettre de l'art. 16 al. 1 LDA, « **les droits d'auteur sont cessibles** ». Alors que tous les droits d'utilisation conférés notamment par l'art. 10 al. 2 LDA sont cessibles dans leur ensemble ou de manière individuelle¹⁵⁵, la jurisprudence récente a déclaré l'incessibilité du droit moral¹⁵⁶.

La cession de prérogatives de droit d'auteur est opposable à tout tiers (: il s'agit de droits absolus)¹⁵⁷, alors que la conclusion d'un contrat de *licence* n'a qu'un effet relatif¹⁵⁸. La distinction est importante notamment lorsqu'il y a volonté de transférer des droits à un tiers : le cessionnaire d'un droit patrimonial peut en disposer librement tandis que le preneur de licence doit demander l'accord du donneur pour en faire de même¹⁵⁹. La validité de la cession d'un droit d'utilisation dépend de la validité de l'acte générateur d'obligation, notamment le contrat¹⁶⁰. Les limites générales à la liberté contractuelle sont également applicables dans ce contexte-là : limites quant à l'objet (art. 19 et 20 CO), limite aux engagements excessifs (art. 27 CC)¹⁶¹.

Aucune exigence de forme n'est imposée à la cession du droit d'auteur¹⁶². Toutefois, en cas d'accord tacite, certains problèmes d'interprétation peuvent surgir notamment quant à l'existence d'un tel accord, de sa nature et surtout de l'étendue des droits transférés¹⁶³. En cas de litige, on se réfère donc aux *principes généraux d'interprétation* du droit des contrats (art.

¹⁵⁵ BARRELET/EGLOFF, art. 16 n° 6 ; CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 6.

¹⁵⁶ ATF non publié 4A_638/2009, consid. 3.3.

¹⁵⁷ BARRELET/EGLOFF, art. 16 n° 2 ; CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 7.

¹⁵⁸ BARRELET/EGLOFF, art. 16 n° 2 ; CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 7.

¹⁵⁹ BARRELET/EGLOFF, art. 16 n° 10.

¹⁶⁰ CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 8.

¹⁶¹ CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 13 s.

¹⁶² ATF non publié 4A_104/2008, consid. 4.1 ; CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 34.

¹⁶³ CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 37.

7 CC). Nous cherchons d'abord la volonté réelle et concordante des parties (interprétation subjective)¹⁶⁴. À défaut d'une telle volonté ou en cas de volonté mais non concordante, nous recourons au principe de la confiance (interprétation objective) au regard duquel nous examinons la lettre du contrat (si tant qu'il ait été matérialisé), le contexte ainsi que tous les éléments pertinents¹⁶⁵. Lors de la conclusion d'un contrat de droit d'auteur, il y a certaines règles d'interprétation spécifiques, telles que :

- **La théorie de la finalité** qui permet de déterminer en cas de doute l'étendue des droits cédés en rapport avec « le but du contrat concerné ». Elle n'entre en ligne de compte que lorsque l'on ne peut établir la réelle volonté des parties¹⁶⁶. Contrairement à la règle d'interprétation de l'art. 16 al. 2 LDA, elle permet également de déterminer la *nature* ainsi que la *durée* de la cession. En cas de doute quant à la nature du contrat (est-ce une cession ou une licence ?), le principe est de retenir une licence¹⁶⁷.
- **La règle de l'art. 16 al. 2 LDA** selon laquelle « le transfert d'un des droits découlant du droit d'auteur n'implique pas le transfert d'autres droits partiels » permet de protéger l'auteur qui doit avoir l'opportunité d'être le premier bénéficiaire de l'exploitation de son œuvre¹⁶⁸. De cette règle découle notamment que la cession de son droit de reproduction (art. 10 al. 2 lit. a LDA) n'implique pas le droit d'en créer une œuvre dérivée (art. 11 al. 1 lit. b LDA), de même qu'il n'implique pas celui de la modifier (art. 11 al. 1 lit. a LDA). Certains auteurs considèrent que la théorie de la finalité provient de l'art. 16 al. 2 LDA¹⁶⁹. Cependant, la règle de l'art. 16 al. 2 LDA a un champ d'application plus restrictif : il ne traite que de l'étendue des droits conférés, non pas de leur durée¹⁷⁰. D'ailleurs, quand l'étendue des droits transférés n'a pas été établie expressément, nous devons recourir à la théorie de la finalité et la déterminer en fonction du but du contrat¹⁷¹.
- **La règle de l'art. 16 al. 3 LDA** selon laquelle « le transfert de la propriété d'une œuvre, [...], n'implique pas celui de droits d'auteur » impose un détachement entre les prérogatives réelles (le droit de propriété) et celles du droit d'auteur¹⁷². Cela prête

¹⁶⁴ ATF non publié 4A_104/2008, consid. 4.2.

¹⁶⁵ ATF non publié 4A_104/2008, consid. 4.2.

¹⁶⁶ BARRELET/ÉGLOFF, art. 16 n° 21 ; CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 40 s.

¹⁶⁷ CHERPILLOD, *Titularité*, p. 97 s.

¹⁶⁸ CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 48.

¹⁶⁹ BARRELET/ÉGLOFF, art. 16 n° 20.

¹⁷⁰ CHERPILLOD, *Titularité*, p. 95 note de bas de page 62 ; DESSEMONTET, *Droit d'auteur*, n° 944 ss.

¹⁷¹ CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 50.

¹⁷² CR LDA-DE WERRA, art. 16 n° 50 ; ATF 68 III 65 traduit au JdT 1943 II 11.

souvent à confusion puisque ce n'est pas parce que l'on transfère la propriété d'un exemplaire physique de l'œuvre que les droits d'auteur de l'œuvre suivent pour autant. Il s'agit d'une présomption réfragable au bénéfice de l'auteur : il est présumé encore titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre même après transfert de propriété de l'exemplaire¹⁷³.

Quid des thumbnails ?

Les auteurs suisses¹⁷⁴, s'étant intéressés à l'utilisation de *thumbnails*, considèrent qu'à défaut de pouvoir justifier les reproductions en *thumbnails* avec les exceptions légales actuelles, il faudrait précisément admettre un **consentement tacite** de l'auteur pour justifier leur reproduction¹⁷⁵.

MACCIACCHINI et OERTLI se réfèrent notamment à la jurisprudence allemande¹⁷⁶ pour affirmer que l'auteur, qui a publié ses œuvres sur son propre site web et sans prendre les mesures techniques pour les protéger des moteurs de recherche, a donné en quelque sorte son accord tacite à ce qu'elles soient reproduites en *thumbnails* pour permettre aux internautes d'accéder rapidement à l'information. Toutefois, ce n'est pas parce que l'auteur consentirait à la reproduction que le moteur de recherche bénéficierait de droit d'utilisation sur celle-ci¹⁷⁷. En effet, c'est là que la théorie de la finalité trouve toute son application : par consentement tacite, l'auteur original cède **une licence sur la reproduction** de son œuvre (puisqu'on ne retient pas de cession quand la volonté des parties ne ressort pas clairement), **mais** cela ne veut pas dire que le moteur pourra en disposer comme il le veut, soit faire **usage** des autres prérogatives de l'art. 10 al. 2 LDA.

Dans cette logique-là, MACCIACCHINI et OERTLI ne reconnaissent pas de consentement tacite dans le cas où l'image reprise est mise à disposition ensuite en taille originale dans le moteur de recherche (par *inline linking* ou *framing* ; *infra* I / A / 3)¹⁷⁸. En effet, le moteur de recherche ferait usage du droit de distribution appartenant à l'auteur sans son consentement exprès.

¹⁷³ ATF non publié 4C.448/1997, consid. 5a).

¹⁷⁴ RUEDIN, MACCIACCHINI et OERTLI.

¹⁷⁵ RUEDIN, *La citation en droit d'auteur*, n° 487 ; SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI, art. 25 n° 15.

¹⁷⁶ BGH Urteil vom 20.10.2010, I ZR 69/08.

¹⁷⁷ SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI, art. 25 n° 15.

¹⁷⁸ SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI, art. 25 n° 15.

En cas de création de *thumbnails* sans son consentement, le titulaire du droit peut annoncer à tout moment qu'il **révoque** son « consentement » et qu'il veut que la reproduction soit désindexée. Le moteur de recherche modifiera ainsi les réglages de son robot détecteur afin de ne plus la référencer¹⁷⁹.

III. Les problèmes posés par l'utilisation de l'*inline linking* et du *framing* pour mettre mise à disposition des œuvres en taille originale à l'aune du droit d'auteur suisse

Les moteurs de recherches d'images utilisent les *thumbnails* pour y intégrer le lien hypertexte de l'image originale, mais souvent ils recourent aux procédés de *inline linking* et de *framing* pour la montrer dans leur contexte. Le *thumbnail* sert alors de **support** à ces techniques de *linking*.

Il se justifie donc, comme le fait la jurisprudence américaine et comme semble le faire la doctrine suisse, de distinguer les *thumbnails* qui servent de simples liens hypertextes figuratifs et les divers modes de *linking* permettant de mettre à disposition l'image en taille originale à la place de l'auteur. En effet, comme nous l'avons mentionné au début, le fait de reprendre un simple lien hypertexte afin de renvoyer à la page originale n'est pas illicite. Nous avons ensuite procédé à l'analyse de la situation particulière des *thumbnails* en tant que liens hypertextes figuratifs pour en déduire un consentement tacite de l'auteur à la reproduction de son œuvre en taille réduite pour créer des *thumbnails* qui serviraient l'accès à l'information.

Que dire de l'utilisation des procédés de *inline linking* ou de *framing* pour montrer les œuvres d'un auteur ? Sans son consentement, cet usage est à priori illicite puisque le moteur va montrer son œuvre en se substituant totalement à lui : il va la publier à sa place et pour lui-même.

Vu que ces techniques servent à la diffusion d'autres types d'œuvres protégées par le droit d'auteur que des images au travers de *thumbnails*, nous n'allons évoquer que les impacts qu'elles ont en lien avec ceux-ci.

¹⁷⁹ SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI, art. 25 n° 15.

A. Le *inline linking* et le *framing* en tant qu'atteinte au droit d'auteur

Nous avons vu que l'art. 10 al. 1 LDA accorde un droit général « de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée ».

Or, lorsque le moteur de recherche détecte les images de sites Internet, en prend les adresses URL pour les intégrer aux *thumbnails* (qu'ils ont préalablement créé de l'image en question) pour finalement les afficher en taille réelle dans leur page web, il porte sans aucun doute atteinte aux droits de l'auteur. Mais lequel ?

Le but de ces procédés est de montrer ou de connecter l'internaute à l'intégralité de l'œuvre, dès lors la question de savoir s'il porte atteinte à l'intégrité de l'œuvre en la modifiant ou produisant une œuvre dérivée sans le consentement de son titulaire ne se pose pas puisque : **l'œuvre est en taille originale.**

La création de *thumbnails* implique une réduction de l'image qui est ensuite stockée dans le serveur de Google, il y a alors **reproduction** au sens de l'art. 10 al. 2 lit. a LDA. Est-ce qu'en « *inline linking* » une image, le moteur diffuse une reproduction de l'œuvre ? Non, le moteur de recherche ne reproduit pas l'image en taille originale dans ses serveurs : ce n'est que le lien hypertexte qui est recensé et stocké¹⁸⁰. Le lien ne sert que de passerelle à la mise à disposition, il n'y a pas donc pas de violation du droit de reproduction : un lien hypertexte ne bénéficie pas de la protection du droit d'auteur, faute de remplir les conditions pour être considérée comme œuvre protégée¹⁸¹.

GILLIÉRON estime qu'il n'y a pas non plus violation du droit de **mise à disposition** puisque l'image provient du site internet à partir duquel l'auteur a déjà publié son œuvre (art. 10 al. 2 lit. c LDA)¹⁸². Quant à THOUVENIN, il relate la jurisprudence européenne et en déduit qu'en droit suisse la situation dans ce contexte n'est pas clairement définie : on pourrait soit retenir une violation de l'art. 10 al. 2 lit. c, soit du lit. f LDA¹⁸³. Toutefois, vu que le moteur de recherche retirent certains avantages économiques de la mise à disposition, SCHWEIZER estime qu'aucun alinéa ne correspondrait réellement à une telle utilisation, il faudrait s'en remettre à

¹⁸⁰ SALVADÉ, p. 65 s

¹⁸¹ GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 765.

¹⁸² GILLIÉRON, *Propriété intellectuelle*, n^{os} 426 s.

¹⁸³ THOUVENIN, p. 709.

la que clause générale de l'alinéa 1¹⁸⁴. Pour SALVADÉ, le fait que l'image soit située sur le serveur du moteur ou sur le site web original n'a pas d'importance, dès qu'un accès est donné à l'image originale, il y a mise à disposition au sens de l'art. 10 al. 2 lit. c LDA¹⁸⁵.

GILLIÉRON mentionne une éventuelle atteinte au **droit de paternité** de l'auteur (art. 9 al. 1 in fine et 2 LDA) en cas de *inline linking* et de *framing*¹⁸⁶. Le droit à la paternité correspond à la prérogative permettant à l'auteur de faire reconnaître sa qualité d'auteur¹⁸⁷. Il en découle une interdiction générale applicable à tout tiers de s'attribuer la paternité de son œuvre¹⁸⁸. Selon lui, l'adresse URL de l'œuvre de l'auteur intégrée dans le *thumbnail* par le moteur de recherche doit faire l'objet d'une protection pour elle-même, c'est le cas d'un lien hypertexte d'une photographie. En reprenant les œuvres dans son propre cadre, le moteur de recherche empêche l'auteur de la photographie postée sur sa page web de la faire connaître sous son identité. Il y a alors violation du droit à la paternité¹⁸⁹.

Comme le résume bien CHERPILLOD dans le Commentaire Romand, tous les auteurs reconnaissent une violation de prérogatives du droit d'auteur, mais le consensus sur laquelle en particulier n'est toujours pas établi¹⁹⁰. Dans son optique (convergente avec celle de SALVADÉ), même si le contenu d'un visuel n'est pas reproduit dans les serveurs du moteur de recherche, le fait que l'internaute puisse y accéder en format original et à sa demande en dehors de la page web d'origine permet de retenir une violation du droit de mise à disposition de l'art. 10 al. 2 lit. c LDA¹⁹¹.

B. Le *inline linking* et le *framing* en tant qu'atteinte licite au droit d'auteur

La plupart des auteurs s'entendent sur le fait qu'il y a consentement tacite pour la création de *thumbnails*. Toutefois s'agissant de *l'inline linking* et du *framing*, la doctrine suisse est plutôt frileuse à admettre un consentement tacite à cette mise à disposition opérée par les moteurs de recherches contrairement à la tendance internationale¹⁹². En effet, tant la jurisprudence

¹⁸⁴ SCHWEIZER, p. 256.

¹⁸⁵ SALVADÉ, p. 65 s.

¹⁸⁶ GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 766.

¹⁸⁷ CR LDA-PHILIPPIN, art. 9 n° 13.

¹⁸⁸ CR LDA-PHILIPPIN, art. 9 n° 16.

¹⁸⁹ GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 766.

¹⁹⁰ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 23, note de bas de page 28.

¹⁹¹ CR LDA-CHERPILLOD, art. 10 n° 23.

¹⁹² SHK URG-MACCIACCHINI/OERTLI, art. 25 n° 15 ; SCHWEIZER, p. 256.

américaine¹⁹³, que celles par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁹⁴ et par ses États membres (notamment Allemagne et France) convergent dans l'acceptation de tels procédés (analyse ci-après). Pourquoi une telle réticence ?

Si l'auteur poursuit des **activités commerciales** par la mise en ligne de ses œuvres protégées sur sa page web, le fait qu'elles soient publiées par un moteur de recherche lui fait perdre de manière non négligeable des visiteurs. Il en découlera certainement une baisse de ses recettes publicitaires au profit de celles du moteur de recherche. De plus, le moteur de recherche étant constamment relié au site d'origine, les informations sont actualisées régulièrement sans qu'il doive y travailler. Au surplus, cela peut créer un vrai risque de **confusion** dans l'esprit du visiteur qui a l'impression que le contenu appartient au moteur de recherche¹⁹⁵.

IV. La problématique à l'étranger

A. Aux États-Unis

1. Affaire Kelly contre Arriba, Soft Corporation, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002)

1.1 Les faits de la cause

Le 6 février 2002, la Cour d'appel fédérale de la côte ouest des États-Unis juge l'affaire Kelly contre Arriba Soft Corporation.

Ce cas met en scène, Leslie Kelly, le plaignant, photographe professionnel américain titulaire de droits d'auteur sur ses propres clichés. Certaines de ses images sont publiées sur son site internet personnel et également sur d'autres sites web avec lesquels il a conclu des contrats de licence¹⁹⁶. La partie défenderesse, Arriba Soft Corporation (citée : Arriba), est un moteur de recherche Internet qui répertorie également des images sous forme d'images miniatures (*thumbnails*). Pour obtenir ces informations visuelles, Arriba procède avec « **un robot explorateur**¹⁹⁷ » détectant et téléchargeant automatiquement des copies des photographies à leur taille originale sur son propre serveur¹⁹⁸. Une fois cette étape effectuée, le programme

¹⁹³ Affaire Perfect 10 c. Amazon.com et Google.com.

¹⁹⁴ Affaires Svensson/Sjögren et BestWater International.

¹⁹⁵ GILLIÉRON, *Liens hypertextes*, p. 765.

¹⁹⁶ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 938 (9th Cir. 2002)

¹⁹⁷ Traduction de « crawler »

¹⁹⁸ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 938 (9th Cir. 2002)

réduit la taille des fichiers pour en faire des *thumbnails*¹⁹⁹. Dès 1999 et durant plus d'une année, Arriba utilise les procédés de *inline linking* et de *framing* pour permettre aux internautes d'accéder aux images en taille originale dans le contexte de sa page²⁰⁰.

Kelly s'aperçoit de la situation et appelle Arriba à supprimer les *thumbnails* et les images en taille originale de sa plate-forme ; ce que Arriba fait et élimine le site web de Kelly de son programme de détection automatique²⁰¹. La première instance saisie – la Cour de district – a jugé sommairement l'affaire en faveur de Arriba²⁰². Kelly recourt contre cette décision devant la Cour d'appel fédérale des États-Unis²⁰³.

1.2 Les considérations

La Cour d'appel fédérale de la côte ouest des États-Unis distingue deux actions dans le recours de Kelly : la première consiste à attaquer la reproduction de ses photographies en *thumbnails* et l'utilisation de ceux-ci dans le moteur de recherche de Arriba²⁰⁴ (1). Tandis que la deuxième implique la mise à disposition des œuvres de Kelly au travers des techniques de « *Inline Linking* » et de « *framing* » en cliquant sur les *thumbnails*²⁰⁵ (2). Ces actions sont distinctes et impliquent des violations différentes du droit d'auteur.

La reproduction des photographies en *thumbnails* et leur utilisation

Tout titulaire d'un droit d'auteur a le droit exclusif de reproduire, distribuer et mettre à disposition publiquement des copies de son travail (art. 17 Copyright Act). Pour revendiquer une violation du droit d'auteur par reproduction, la partie plaignante doit prouver la titularité de son droit et la copie faite par la partie défenderesse. En l'espèce, il ne fait aucun doute que Arriba a reproduit les œuvres de Kelly en *thumbnails* et qu'elle a violé son droit de reproduction²⁰⁶.

¹⁹⁹ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 938 (9th Cir. 2002)

²⁰⁰ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 939 (9th Cir. 2002)

²⁰¹ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 939 (9th Cir. 2002)

²⁰² Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 939 (9th Cir. 2002)

²⁰³ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 940 (9th Cir. 2002)

²⁰⁴ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 940 (9th Cir. 2002)

²⁰⁵ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 940 (9th Cir. 2002)

²⁰⁶ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 940 (9th Cir. 2002)

Le droit américain prévoit également des restrictions au droit d'auteur, notamment la « *fair use exception* ». Pour admettre cette restriction, il est nécessaire d'analyser quatre paramètres particuliers :

- Le **but** et la **manière** dont le tiers utilise l'œuvre

D'après la jurisprudence de la Cour Suprême²⁰⁷, plus l'usage fait de la reproduction de l'œuvre est transformateur, moins les autres facteurs deviennent importants notamment l'utilisation poursuivie un but commercial²⁰⁸.

Dans le cadre de cette affaire, il est certain que Arriba en tant que moteur de recherche poursuit une activité économique. Par conséquent, les *thumbnails* des œuvres de Kelly en faisaient partie²⁰⁹. Toutefois, ces *thumbnails* sont insérés dans une base de données en comportant plusieurs milliers d'autres, ils ne servent donc pas directement à la promotion du site web de Arriba. De même que ce n'est pas le but de Arriba que de les vendre ces reproductions réduites. L'utilisation de tels *thumbnails* a donc un impact marginal sur l'activité économique de Arriba²¹⁰.

Est-ce que Arriba a simplement copié les œuvres de Kelly ou les a-t-elle transformée ? Aux yeux de la Cour, même si Arriba reproduit l'entier de chaque image, les *thumbnails* sont à chaque fois bien **plus petits**, de **moins bonne qualité** et **servent un tout autre but** que les photographies originales de Kelly. Les clichés de Kelly mettent en scène de manière artistique des scènes de l'Amérique de l'Ouest pour en servir d'illustrations. Tandis que le moteur de recherche Arriba sert à indexer une multitude d'informations (ici visuelles) et faciliter l'accès internet à certaines images et leurs sites web²¹¹.

L'utilisation doit être **transformatrice** afin d'en justifier l'utilisation, la Cour relève diverses jurisprudences dans lesquelles elle a alternativement admis ou non l'effet transformateur : notamment, copier entièrement un livre religieux d'une certaine église aux fins de l'utiliser dans une autre n'est pas transformateur car la nouvelle « œuvre » a le même contenu et poursuit le même but²¹². Alors que le fait qu'une photographie soit initialement destinée à être

²⁰⁷ Campbell c. Acuff-Rose Music, Incorporation, 510 U.S. 569, 579 (1994).

²⁰⁸ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 940 (9th Cir. 2002)

²⁰⁹ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 941 (9th Cir. 2002)

²¹⁰ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 941 (9th Cir. 2002)

²¹¹ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 941 (9th Cir. 2002)

²¹² Worldwide Church of God c. Philadelphia Church of God, 227 F.3d 1110 (9th Cir. 2000).

publiée dans un portfolio mais qui finalement est utilisée dans un article de journal constitue un usage transformateur. Le simple fait de transférer l'image dans un journal en transforme sa nature : elle passe d'une fonction de mise en valeur à un fait d'actualité²¹³. Dans notre cas, l'objectif poursuivi par l'utilisation passe d'une fonction illustratrice à une mission de référencement²¹⁴. Dans un troisième arrêt mentionné (Sony Computer Entertainment America, In corporation contre Bleem), la Cour accorde de manière intéressante plus de poids à l'intérêt du public plutôt qu'aux dommages à l'intégrité des droits d'auteur de Sony lorsque Bleem utilise des « screen shots » de jeux en ligne de Sony pour ses propres publicités²¹⁵. De la même manière, la Cour penche en faveur de la cause de Arriba puisque le public a tout intérêt à disposer de moteurs de recherche efficaces et que les dommages causés à l'intégrité de l'œuvre de Kelly sont minimes²¹⁶.

- La **nature** de l'œuvre protégée par le droit d'auteur

Les photographies utilisées à des fins d'illustration, comme celles de Kelly, sont de nature créative. S'il y a déjà eu une première divulgation de l'œuvre, l'expression artistique de l'auteur aura déjà eu lieu. Ainsi, une restriction à l'exercice du droit d'auteur au titre de *fair use* est plus facilement admissible²¹⁷.

- **L'étendue** de la substance de l'œuvre utilisée par rapport au but recherché

Alors qu'en général copier l'entier d'une œuvre n'est pas admissible, des parties le sont. Cependant, l'étendue de la reproduction permise est fonction directe de l'usage qu'en fait le tiers : s'il utilise la copie de l'entier uniquement pour le but qu'il cherche atteindre, ce facteur ne sera pas retenu contre lui. En l'espèce, bien que Arriba ait copié l'entier des œuvres de Kelly, elle l'a fait de manière proportionnelle au but qu'elle recherchait : rendre les clichés plus accessibles au public. Si elle n'avait repris qu'une partie de l'image, cela aurait indubitablement réduit l'utilité du moteur de recherche d'images²¹⁸.

²¹³ Nunez c. Caribbean International News Corporation, 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000).

²¹⁴ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 942 (9th Cir. 2002)

²¹⁵ Sony Computer Entertainment America, In corporation c. Bleem, 214 F.3d 1022 (9th Cir. 2000).

²¹⁶ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 942 (9th Cir. 2002)

²¹⁷ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 943 (9th Cir. 2002)

²¹⁸ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 943 (9th Cir. 2002)

- Les **impacts** de l'utilisation de l'œuvre copiée sur le marché et sur la valeur de l'œuvre originale

Il est certain qu'une copie considérée de « transformatrice » aura moins d'impact négatif qu'une copie pure et entière sur les potentiels revenus de Kelly²¹⁹.

Les photographies de Kelly peuvent être reliées à plusieurs marchés : vente d'espaces publicitaires sur sa page web ou encore vente de ses clichés à d'autres pages web. Or, l'utilisation que Arriba fait des *thumbnails* ne porte pas atteinte à son marché puisqu'ils renvoient directement à son site, de même que si les internautes veulent accéder à l'image en taille originale. De plus, les *thumbnails* ne sont pas des reproductions de bonne qualité et ne sauraient avoir quelconque utilité pour eux-mêmes²²⁰. En outre, Arriba n'a pas volonté à vendre ou conclure des contrats de licence en rapport avec ses *thumbnails*. Dans ce contexte, la Cour ne retient aucune atteinte aux marchés sur lesquels opère Kelly.

Après examen de ces quatre facteurs, la Cour conclut que la création de *thumbnails* à partir des clichés de Kelly doit être considérée comme *fair use*²²¹.

Le *inline linking* et le *framing* des photographies originales de Kelly par Arriba

Le fait de mettre directement à disposition sur sa plate-forme les images en taille originale de Kelly fait de Arriba non plus une copieuse mais une importatrice. Ce n'est dès lors plus le droit de reproduction de Kelly qui est potentiellement touché, mais son droit exclusif de mettre à disposition publiquement ses œuvres (art. 17 Copyright Act § 106 (5)).

- Le droit exclusif de mettre à **disposition publiquement** son œuvre

Le Copyright Act définit la mise à disposition comme « le fait de montrer un exemplaire de l'œuvre protégée » (art. 17 Copyright Act § 101). Un exemplaire d'œuvre suppose un support matériel sur lequel est reprise une œuvre protégée (art. 17 Copyright Act § 101). Pour se prévaloir d'une atteinte à cette prérogative, le repeneur doit avoir mis à disposition l'exemplaire **sans son autorisation**²²². En l'espèce, Arriba a mis à disposition de tous par le biais d'un hyperlien les photographies de Kelly en taille originale et dans son moteur de recherche²²³.

²¹⁹ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 944 (9th Cir. 2002)

²²⁰ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 944 (9th Cir. 2002)

²²¹ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 944 (9th Cir. 2002)

²²² Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 945 (9th Cir. 2002)

²²³ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 945 (9th Cir. 2002)

Au regard de l'interprétation évolutive du Copyright Act, la mise à disposition inclut également la projection d'une image sur un écran. Cette manière d'appréhender la notion permet de déduire que montrer les images de Kelly sur un écran d'ordinateur est constitutif d'une mise à disposition²²⁴.

La mise à disposition doit être **publique**. Cela comprend également le fait de transmettre une œuvre déjà accessible du public (art. 17 Copyright Act § 101). En mettant à disposition les clichés de Kelly sur sa plate-forme, Arriba permet à quiconque qui possède un ordinateur avec connexion internet d'y avoir accès²²⁵.

L'historique de la loi met en évidence une interprétation extensive de la mise à disposition publique, en ce sens que l'on retient en tant que « transmetteur » toute méthode par laquelle une image ou un son permet d'être reprise et véhiculée plus loin. Il apparaît clairement que Arriba s'est substitué à Kelly afin de transmettre les œuvres publiquement la mise à disposition et a donc a enfreint son droit exclusif²²⁶.

À l'époque, la Cour ne fait état d'aucun cas traitant d'atteinte au droit d'auteur par *Inline Linking* ou *framing*. Pour retenir une telle violation, elle se base alors sur deux affaires impliquant Playboy²²⁷ dans lesquelles d'autres sites web reprennent ses images publiées pour inciter leurs visiteurs à les télécharger ou les consulter. La Cour note dans ces deux affaires que les défendeurs ont pris **une part active** dans la mise à disposition des images protégées : aussi bien Webbworld que Hardenburgh ont sélectionné les photographies qu'ils voulaient vendre ou enjoindre les internautes à télécharger. Tout comme Arriba a délibérément lancé son programme de recherche automatique sur le web, récolté les photographies de Kelly et les « *inline linké* » sur sa propre page. Son action a clairement dépassé le seuil de **canal passif** en créant un lien direct de sa plateforme avec les œuvres protégées. Elle s'est donc rendue coupable de la violation du droit exclusif appartenant à Kelly de mettre publiquement à disposition ses œuvres.

²²⁴ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 945 (9th Cir. 2002)

²²⁵ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 945 (9th Cir. 2002)

²²⁶ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 945 (9th Cir. 2002)

²²⁷ Playboy Enterprises, In corporation c. Webbworld, In corporation, 991 F.Supp. 543 (N.D.Texas 1997) et Playboy Enterprises, In corporation c. Russ Hardenburgh, In corporation, 982 F.Supp. 503 (N.D.Ohio 1997)

- L'admissibilité d'une éventuelle restriction au droit de l'auteur – *fair use*

Est-ce que la reproduction en taille originale des photographies de Kelly par Arriba est justifiable au titre de *fair use* ? La Cour passe en revue à nouveau les quatre facteurs (*supra* IV / A / 1.2) :

- L'usage fait possède un effet **transformateur** ? Non, car la mise à disposition offerte par Arriba remplace celle du site web de Kelly : le but n'est plus de promouvoir le moteur de recherche et d'accéder plus facilement à l'information, mais de donner accès aux illustrations originales, soit l'ambition initiale des œuvres de Kelly sur son site web. Par ailleurs, Arriba n'a pas le contenu des images pour les rendre transformatrices puisqu'elle a repris les photos en taille originale²²⁸.
- L'analyse relative à la **nature de l'œuvre** ne diffère pas de celle faite par rapport aux *thumbnails* (*supra* IV / A / 1.2)²²⁹.
- Quant à l'**étendue** de la substance de l'œuvre utilisée par rapport au but recherché, la Cour fait le constat que Arriba utilise les photographies publiées par Kelly dans leur entier afin d'y donner accès dans leur taille originale. Dans ce cadre, l'*inline linking* et le *framing* ne peuvent constituer des *fair use* des œuvres²³⁰.
- Finalement, s'agissant des **impacts économiques** de la mise à disposition par Arriba sur les marchés exploités par l'auteur : la Cour reconnaît que l'utilisation faite par Arriba supprime celle de Kelly dans tous les domaines. Par la publication de ses photos, Kelly cherche à attirer des publicitaires ou d'éventuels acquéreurs, de vendre ou donner en licence ses images à d'autres sites web. Désormais, Arriba permet aux internautes de consulter directement ses clichés sans avoir à aller sur son site, ils peuvent également les télécharger et en faire commerce réduisant par la même ses possibilités de gains sur tous les fronts²³¹.

Au vu des considérations faites, la Cour en conclut que la mise à disposition offerte par Arriba constitue un *unfair use* et ne justifie pas la violation du droit exclusif de Leslie Kelly à disposer personnellement et publiquement de ses œuvres protégées²³².

²²⁸ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 947 (9th Cir. 2002)

²²⁹ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 948 (9th Cir. 2002)

²³⁰ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 948 (9th Cir. 2002)

²³¹ Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 948 (9th Cir. 2002)

²³² Kelly c. Arriba Soft Corporation, 280 F.3d 949 (9th Cir. 2002)

2. Affaire Perfect 10 contre Amazon.com, A9.com et Google.com, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)

Quelques années après la décision Kelly/Arriba, la Cour fédérale d'appel des États-Unis juge le cas de Perfect 10 c. Amazon.com et Google.com²³³. La Cour se trouve à nouveau face à la problématique des *thumbnails* et du *framing*. S'agissant des *thumbnails*, la Cour reprend la plupart des considérations faites lors du cas Kelly/Arriba. Toutefois, s'agissant du *framing*, elle interprète de manière d'autant plus extensive l'exception du *fair use* afin de s'adapter aux impératifs du monde numérique. Nous n'allons pas retracer tous les développements relatifs aux *thumbnails* mais nous focaliser à ceux en rapport avec le *framing*.

1.1 Les faits de la cause

Perfect 10 est un magazine dont le contenu met en scène des femmes de manière provocante. Il possède également une page web sur laquelle, à la condition de souscrire un abonnement payant, il met à disposition du téléchargement des photographies²³⁴. Certains sites web opérant également dans ce domaine s'y sont abonnés, ont téléchargé les contenus et les ont remis gratuitement en ligne. Google les a alors « crawlé » et en a indexé le contenu pour ensuite en créer des *thumbnails*. Il a également utilisé du *framing* aux fins de diffuser l'image en taille originale dans son cadre²³⁵.

1.2 Les considérations

Dans le cadre du recours présenté à elle, la Cour fédérale reprend la solution apportée par la juridiction précédente concernant le procédé de *framing* pratiqué par Google.com.

Le *framing* permet à l'internaute de visualiser l'image protégée par le droit d'auteur en taille originale sur la page même du moteur de recherche. Pour qu'il y ait violation du droit de mise à disposition publique (art. 17 Copyright Act § 106 (3)), la Cour estime qu'il faille **une diffusion effective d'exemplaires** originaux de l'œuvre au tout public. Toutefois, les serveurs de Google n'ont jamais possédé l'image originale en tant que telle : ils n'ont fait qu'en reproduire le lien hypertexte et le programmer pour le mettre à disposition d'une certaine manière dans le cadre de leur page. *Perfect 10* affirme que le fond du problème réside quant à

²³³ Perfect 10 c. Amazon.com, In corporation, A9.com, In corporation et Google In corporation, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

²³⁴ Perfect 10 c. Amazon.com, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

²³⁵ Perfect 10 c. Amazon.com, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

l'endroit où l'image est finalement perceptible. La Cour fait fi de ses arguments pour déclarer que les serveurs Google envoient le signal à l'ordinateur de l'internaute d'aller chercher l'image depuis le serveur du site web source (en l'occurrence les sites web tiers qui distribuent les images gratuitement en lieu et place de *Perfect 10*) afin de l'afficher dans son contexte et, tout ceci, sans héberger ni transmettre de contenu directement. Le simple fait de fournir des adresses URL ne saurait être considérée comme une mise à disposition. Un lien hypertexte ne peut être protégé par le droit d'auteur : ce n'est pas une œuvre.

Dans un tel complexe de faits, la Cour considère certes que Google sert de passerelle à la consultation des images litigieuses, mais il ne saurait être tenu directement responsable pour violation du droit d'auteur : il a toujours existé des sites diffusant illégalement des contenus protégés et il en existera toujours. Google n'a aucun contrôle sur ces sites et n'a pas le pouvoir de les arrêter. Ainsi, tous les profits que ces sites web retirent de l'exploitation illégale ne bénéficient pas à Google. La Cour affirme que même si accéder à l'image originale dans le contexte du moteur de recherche peut méprendre l'internaute, ce n'est pas l'apanage du droit d'auteur de protéger ses titulaires contre ce risque de confusion. **Il n'y a donc pas violation du droit de mise à disposition.**

B. En Europe

L'Allemagne et la France, comme tout État membre de l'Union européenne, ont dû transposer la **Directive n° 2001/29/CE** sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, qui reprend elle-même certaines dispositions du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. À cette occasion, plus d'une soixantaine de dispositions ont été modifiée²³⁶. Suite à l'adaptation de leurs législations et aux jurisprudences que nous allons évoquer ci-après, nous pouvons attester que l'harmonisation souhaitée dans le domaine s'est réellement matérialisée au sein de l'UE : à la fois les juridictions françaises et allemandes touchent aux mêmes conclusions qui se veulent très **évolutives** en la matière. On ne saurait également omettre les deux brèves jurisprudences rendues par la CJUE : les affaires *Svensson/Sjögren* et *BestWater International/Mebes et Potsch* qui ont désormais érigé au niveau européen le recours licite à l'*inline linking* et le *framing* lorsque les œuvres auxquels ils renvoient ne sont pas protégées²³⁷.

²³⁶ DREIER, p. 21.

²³⁷ *Svensson/Sjögren* C466-12, consid. 27 et *BestWater International/Mebes et Potsch*, consid. 19.

1. Arrêt allemand : Arrêt du Bundesgerichtshof (BGH) du 29 avril 2010

1.1 Les faits de la cause

Le 29 avril 2010, la Cour fédérale de justice allemande (Bundesgerichtshof, cité : BGH) rend un arrêt de principe impliquant une artiste dont les œuvres ont été « *thumbnailées* » par le moteur de recherche Google Images depuis sa page web personnelle où elle présente ses photographies²³⁸. Celle-ci a été « *crawlée* » par Google Images aux fins de référencer lesdites œuvres dans sa base de données. La demanderesse estime que ses droits d'auteur ont été violés par la copie en *thumbnails* de ses photographies et le fait qu'elles aient été rendues accessibles en forme originale sans son consentement²³⁹. Elle s'est faite déboutée en première instance ainsi qu'en appel. La Cour saisie doit déterminer la nature de ces *thumbnails* au regard du droit qu'elle applique et s'ils portent atteinte aux droits d'auteur de la demanderesse.

1.2 Les considérations

La requérante estime que les *thumbnails* produits par Google Images sans son consentement constituent des copies qui violent directement ses droits d'auteur. Elle demande à ce titre une réparation en **dommages-intérêts** en vertu du par. 97 al. 1 UrhG. La Cour d'appel a admis que les photographies de la demanderesse sont des œuvres protégées par le droit d'auteur allemand (par. 2 al. 1 numéro 4 UrhG) et que les reproductions faites par le moteur de recherche sont constitutives d'une violation de ses droits. Toutefois, la Cour n'a pas consenti pas à lui octroyer des dommages-intérêts car la requérante n'a pas pris toutes les mesures techniques nécessaires aux fins de protéger ses œuvres conformément au principe de la bonne foi (par. 242 BGB). En effet, en étant propriétaire d'un site web, elle n'était pas sans savoir que Google existe et possède un champ de diffusion extra étendu. Par conséquent pour s'offusquer d'une propagation, elle aurait dû prendre un minimum de mesures techniques aptes à réduire l'accès public à sa page web²⁴⁰.

²³⁸ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, Tatbestand

²³⁹ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, Tatbestand

²⁴⁰ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. I.

La Cour fédérale reconnaît également que les œuvres reproduites sont protégées par le droit d'auteur allemand (art. 2 al. 1 ch. 4 UrhG)²⁴¹. Elle établit que les *thumbnails* de ces œuvres sont des reproductions au sens de l'art. 16 al. 2 UrhG²⁴². À l'inverse la Cour d'appel, la Cour fédérale ne va pas reconnaître finalement de violation du droit d'auteur par le moteur de recherche²⁴³.

Dans un premier temps, la Cour établit la violation du droit de divulgation (art. 19a UrhG) par le moteur de recherche qui a reproduit en *thumbnails* les œuvres de la demanderesse sans en avoir son consentement exprès²⁴⁴. Le juge consacre un développement sur la distinction entre œuvre modifiée au sens de l'art. 23 UrhG et la reproduction (cette distinction importe aussi pour l'exception de citation). Il constate toutefois qu'il n'y a pas de modification essentielle dans le contenu du *thumbnail* par rapport à l'image originale : les particularités et l'aspect général de l'œuvre originale restent identifiables malgré la réduction²⁴⁵. Il analyse ensuite une potentielle « libre utilisation » et suit alors le même raisonnement que la doctrine suisse : un *thumbnail* ne s'inspire pas des éléments banals d'une œuvre pour en créer une originale²⁴⁶. A titre de conclusion préliminaire, le tribunal retient, comme les autres juridictions, la violation du droit d'auteur par la création de *thumbnails*.

La Cour fédérale n'admet pas l'exception de **reproduction provisoire** au sens de l'art. 44a UrhG car les *thumbnails* ne seraient ni temporaires, ni accessoires et ont une certaine importance économique : ils offrent la possibilité au moteur de recherches d'obtenir une multiplicité de revenus, en particulier grâce à la publicité²⁴⁷.

La Cour s'attache ensuite également à trouver potentiellement une justification à cette atteinte. Elle commence par analyser s'il s'agit d'une **citation** au sens de l'art. 51 UrhG. Comme en droit suisse, il faut qu'il y ait une relation de connexité entre le contenu dans lequel est inséré une citation et la citation elle-même²⁴⁸. Le *thumbnail* sert à donner accès à l'information et donner un aperçu rapide à l'image que l'on recherche, c'est dans cette fonction qu'il épuise.

²⁴¹ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 2a.

²⁴² BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 2a.

²⁴³ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3e et 4.

²⁴⁴ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3a.

²⁴⁵ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3b, aa)

²⁴⁶ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3b, aa)

²⁴⁷ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3b, cc)

²⁴⁸ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3b, dd)

L'auteur original de l'œuvre peut **disposer** de son œuvre comme il le souhaite : il peut notamment en céder la jouissance (art. 31 UrhG). Les prérogatives conférées par l'art. 31 al. 1 UrhG peuvent être cédées de manière expresse ou par actes concluants²⁴⁹. Afin d'être sûr que les prérogatives aient valablement été transférées par actes concluants, il faut tenir compte du contexte global et qu'il en ressorte sans ambiguïté qu'un tel accord ait eu lieu. Dans le cas d'espèce, la plaignante n'a pas accordé expressément à Google le droit de jouir de son œuvre.

La Cour fédérale reprend dans un premier temps le raisonnement de la Cour d'appel. Le fait que l'auteur rende disponible ses œuvres sur Internet démontre uniquement qu'elle souhaite les rendre accessible pour leur visionnage à d'autres internautes mais pas qu'elle consent tacitement à leur utilisation²⁵⁰. Cette manière d'appréhender les faits s'inscrit dans la logique du droit d'auteur qui a essentiellement pour objectif de préserver l'intégrité des œuvres pour l'auteur uniquement²⁵¹. Il faudrait donc que l'auteur ait émis une *manifestation de volonté expresse* pour concéder ses prérogatives de reproduction au moteur de recherche²⁵² ou dans le cas contraire que l'auteur ait apposé une note telle que « tous droits réservés » pour en indiquer le contraire.

Toutefois, la Cour retient qu'une personne, qui met en ligne ses œuvres sans prendre aucune disposition particulière pour les protéger du processus de détection automatique des moteurs de recherche, ne peut se plaindre d'une violation de son droit d'utilisation²⁵³. Tout internaute n'est pas sans savoir qu'en publiant du contenu sur Internet sans protection, il y a un risque que le contenu soit repris. Ainsi, si la personne ne prend pas de disposition particulière, elle accepte une potentielle réutilisation de ses œuvres. Ainsi, les contenus dont l'auteur ne veut pas qu'ils soient recensés doivent être protégés. À défaut de cela, il devra en demander la désindexation au moteur de recherche²⁵⁴.

²⁴⁹ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3c, aa) renvoyant à l'arrêt BGH Urteil vom 20.11.1970, I ZR 50/69, p. 362 s.

²⁵⁰ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3c, bb)

²⁵¹ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3c, bb)

²⁵² BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3d.

²⁵³ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3e, bb).

²⁵⁴ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 3e, cc).

La reproduction sous forme de *thumbnails* n'est donc pas constitutive d'une violation des prérogatives conférées par l'UrhG car en ne protégeant pas son contenu, l'auteur aurait tacitement consenti à ce qu'il soit réutilisé²⁵⁵.

2. Arrêt français : Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 janvier 2011²⁵⁶

2.1 Les faits de la cause

Le 26 janvier 2011, alors que la doctrine française n'entrevoit pas l'adoption d'une solution analogue à celle de la justice allemande²⁵⁷, la Cour d'appel de Paris juge l'affaire opposant la Société des auteurs des Arts visuels et de l'Image Fixe (citée SAIF), société de gestion de droits d'auteurs et les sociétés Google France et Google In corporation. La société accuse Google de reproduire au moyen de ses moteurs de recherches des œuvres provenant de ses registres et, ceci, sans son accord. Se faisant déboutée par les instances précédentes, elle introduit un appel contre le jugement du 20 mai 2008 devant la Cour d'appel de Paris.

2.2 Les considérations

La Cour analyse les responsabilités conjointes de Google France et Google In corporation dans la création de *thumbnails*. La Cour rappelle et développe le fonctionnement des *thumbnails* dans le moteur de recherches d'images de Google²⁵⁸.

La SAIF se plaint devant la Cour que « les services ainsi proposés portent atteinte au droit d'auteur dès lors qu'ils constituent une exploitation autonome de l'image permettant sa reproduction et sa communication au public sans son autorisation préalable, qu'ils excèdent les prestations d'un simple moteur de recherche, relèvent d'activités de fournisseur de contenus ou d'éditeur, et qu'ils caractérisent à tout le moins des actes « de complicité et/ou recel de contrefaçon » susceptibles d'engager la responsabilité des intimées »²⁵⁹. Le tribunal rappelle à cet endroit que la responsabilité desdites intimées est à examiner au regard de la Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN ; loi de transposition de la directive n° 200/31/CE du 8 juin 2000)²⁶⁰.

²⁵⁵ BGH Urteil vom 20.04.2010, I ZR 69/08, consid. 4.

²⁵⁶ CA de Paris Pôle 5, Chambre 1, SAIF c. les sociétés Google France et Google In corporation.

²⁵⁷ COLLIER.

²⁵⁸ CA de Paris Pôle 5, Chambre 1, SAIF c. Google France et Google Inc., Sur la responsabilité des sociétés Google.

²⁵⁹ CA de Paris Pôle 5, Chambre 1, SAIF c. Google France et Google Inc., Sur la responsabilité des sociétés Google.

²⁶⁰ CA de Paris Pôle 5, Chambre 1, SAIF c. Google France et Google Inc., Sur la responsabilité des sociétés Google.

Parenthèse : C'est à juste titre que la SAIF invoque **la reproduction des œuvres**. En effet, dans un recours de 2006, la Cour de cassation a clairement établi que « la reproduction intégrale d'une œuvre, quel que soit son format, ne peut s'analyser comme une courte citation »²⁶¹. Ainsi, la reproduction d'images même sous forme de vignettes ne tombe pas sous le coup de la restriction au droit d'auteur admise quant aux citations ; ce qui était encore le cas dans la décision précédente²⁶². À mon sens, toutefois, ce cas de 2006 se distingue de ceux impliquant les *thumbnails* des moteurs de recherche puisqu'il s'agissait de photographies reprises d'un magazine par un autre, dans format réduit par sept fois, mentionnant la source initiale de leur parution aux fins d'en critiquer le contenu. La citation suppose exactement cela : elle s'insère dans un commentaire cohérent et n'en constitue qu'une illustration pour défendre une opinion (à tout le moins au regard du droit suisse – art. 25 LDA)²⁶³.

Le tribunal ne contredit pas l'existence d'un « **robot explorateur** » référençant automatiquement des images d'autres sites web. Cependant, il rappelle aussi la possibilité d'en programmer les recherches et d'exclure certaines pages. Tout comme les titulaires de pages internet ont la possibilité de protéger leurs fichiers. La Cour met en avant la nécessité d'afficher les résultats sous forme de *thumbnails* pour l'activité même de Google : soit de rendre les images plus facilement accessibles aux internautes. Cette utilisation n'excède pas le but qu'il s'est donné²⁶⁴. De plus, un référencement purement textuel ne saurait répondre de manière effective à la demande de l'internaute qui veut pouvoir effectuer rapidement un choix parmi plusieurs aperçus. Une telle mise en page ne saurait à ce stade retenir la volonté active de reproduire les œuvres protégées par la demanderesse²⁶⁵.

La Cour relève le caractère **temporaire** (quelques jours, voire quelques semaines) des publications aux fins de permettre une circulation rapide de l'information. Ainsi, le *thumbnail* n'est accessible que de manière transitoire et fait partie intégrante du système d'affichage rapide de Google. Au vu de ces circonstances, la Cour enjoint à ce qu'un tel système soit « toléré » en tant que tel et n'emporte pas la responsabilité du moteur de recherche²⁶⁶.

²⁶¹ Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile, 7 novembre 2006.

²⁶² Cour d'appel de Paris, 14^{ème} chambre, 2 février 2005.

²⁶³ CR LDA-RENOLD/CONTEL, art. 25 n^{os} 1 ss.

²⁶⁴ CA de Paris Pôle 5, Chambre 1, SAIF c. Google France et Google Inc., Sur la responsabilité des sociétés Google.

²⁶⁵ CA de Paris Pôle 5, Chambre 1, SAIF c. Google France et Google Inc., Sur la responsabilité des sociétés Google.

²⁶⁶ CA de Paris Pôle 5, Chambre 1, SAIF c. Google France et Google Inc., Sur la responsabilité des sociétés Google.

Contrairement à la solution américaine qui distingue la création de *thumbnails* et le *inline linking*, la jurisprudence française va plus loin et ne fait pas de différence entre la production de miniatures et la mise à disposition de l'image en taille originale. Même pour cette dernière, elle reconnaît que cela fait partie de son activité d'indexation de visuels et que cela ne saurait s'appréhender à « un réel contrôle du contenu en ligne »²⁶⁷ : par la copie du lien original, le moteur de recherche ne sert qu'à rendre d'autant plus accessible la mise à disposition déjà effectuée par le propriétaire du site web initial. Sur cet aspect-là, Google ne revêt pas de fonction active pouvant engendrer sa responsabilité.

Finalement, la Cour refuse également qu'une telle activité soit considérée **d'abusive**. En effet, le moteur de recherche est conscient que l'indexation automatique peut atteindre des fichiers protégés par le droit d'auteur. Il met cependant en garde les utilisateurs et les enjoint à se renseigner au cas où ils souhaiteraient se servir de ces fichiers. De plus, il offre sur demande de l'internaute de retirer le contenu litigieux à la condition d'apporter des preuves d'identification et de localisation. Or, la SAIF manque à cette exigence puisqu'elle n'a pas réussi à établir les adresses URL des fichiers litigieux ni même de donner d'informations assez précises permettant de retenir une éventuelle faute des défenderesses²⁶⁸.

Au vu de ce qui précède, la Cour d'appel conclut qu'aucune responsabilité au regard de la LCEN ne peut être retenue à l'encontre des services de Google.

3. Quelques observations

Tant le droit européen, que le droit d'auteur français ou allemand sanctionnent la divulgation illicite d'une reproduction d'œuvre. Aucun moteur de recherche ne saurait être exonéré en le faisant. Toutefois, les juges ont fait le choix de relativiser les faits afin de ne pas freiner la circulation de l'information sur le web²⁶⁹ : il appartient donc à la personne qui publie en ligne ses œuvres de se protéger et veiller à ce qu'elles ne soient pas reproduites sur les services de recherche si elle ne le souhaite pas.

La jurisprudence **présume** donc que l'intervention de ces derniers est licite jusqu'à notification contraire d'un auteur qui s'estime lésé. Cette présomption de légalité bénéficie

²⁶⁷ CA de Paris Pôle 5, Chambre 1, SAIF c. Google France et Google Inc., Sur la responsabilité des sociétés Google.

²⁶⁸ CA de Paris Pôle 5, Chambre 1, SAIF c. Google France et Google Inc., Sur la responsabilité des sociétés Google.

²⁶⁹ COLLIER

dans une large mesure aux moteurs de recherches. Elle n'est toutefois pas sans conséquence puisqu'une reproduction sans droit peut rester en ligne durant un certain temps jusqu'à que son auteur la repère et la notifie. Dans une telle configuration, l'atteinte aux droits du titulaire aura lieu avant même que la présomption ne puisse être renversée et être éventuellement réparée²⁷⁰.

L'évolution de la jurisprudence s'installe donc quelque peu dans une mouvance contraire à la protection des droits d'auteur : elle reste peu contraignante pour les moteurs de recherche et la sphère web devient plus risquée pour les titulaires de droits protégés. Ces décisions ont malgré tout accru légèrement la **responsabilité de ces sites web** au sens où ils doivent prendre toutes les mesures techniques nécessaires pour vérifier et éliminer les images dénoncées par leurs ayants droit ; élargissement qui reste toutefois modéré par la présomption de légalité. De plus, en retenant que la création au *thumbnail* constitue une violation du droit de reproduction plutôt qu'une simple citation, le champ de protection des droits d'auteur s'en trouve élargi²⁷¹.

²⁷⁰ COLLIER

²⁷¹ COLLIER

Conclusion et synthèse personnelle

Selon nous, **l'approche suivie par les juridictions américaines**, soit de distinguer la création de *thumbnails* de la mise à disposition d'images en taille originale par *inline linking*, est pertinente puisqu'ils ne violent pas les mêmes droits et qu'ils ne poursuivent pas le même but.

En effet, comme nous l'avons déjà dit, les liens hypertextes renvoyant à une page web sont autorisés, de sorte qu'un *thumbnail* en tant que lien hypertexte figuratif le devrait également puisqu'il ne sert qu'à rediriger vers la page émettrice. Les procédés d'*inline linking* et de *framing* servent au contraire à s'approprier l'image et la diffuser à la place de son auteur. Nous pouvons dès lors faire le constat que ces deux types d'utilisation ont des impacts relativement différents sur l'exploitation des œuvres que peut faire l'auteur. Alors qu'un *thumbnail* en tant que lien hypertexte simple peut favoriser la consultation du site web de l'auteur et lui apporter des bénéfices, un *thumbnail* incorporant un *inline link* utilise toute l'infrastructure et le contenu de la page web émettrice, si bien qu'il se substitue à elle que l'internaute n'a plus besoin de consulter la page originale et le moteur en retirent toutes les recettes.

Si les *thumbnails* simples doivent être autorisés, toutes les **justifications** pensées et recherchées par la doctrine suisse (sur la base notamment de ce qu'il s'est dit à l'étranger) à ce sujet mènent, à notre avis, à une observation principale : il est temps pour le législateur suisse de s'adapter aux exigences du monde numérique et d'adopter une position claire quant aux responsabilités à imputer aux différents acteurs au lieu de recourir à des constructions juridiques s'efforçant de coller avec le contexte légale actuel.

Certes, s'agissant des *thumbnails* simples, le recours au consentement tacite est une réponse adéquate par rapport à ce qu'il se passe en réalité : l'artiste ne protège pas les liens hypertextes de sa page web et ses œuvres, tant pis pour lui, il doit être au courant qu'ils seront repris, il a donc accepté le risque.

Toutefois, s'agissant des **procédés d'*inline linking* et de *framing***, la situation est moins claire. Si, à notre sens et celui de la doctrine, ils ne devraient pas être autorisés. Nous pourrions très bien à nouveau retenir un consentement tacite des auteurs à qu'ils appartaient de protéger leurs œuvres. Toutefois, dans certaines circonstances, comme nous l'avons vu

dans l'arrêt *Perfect 10 c. Google et Amazon.com*, le magazine avait eu beau protéger ses contenus en imposant des services payants, des sites tiers avait déboursé les montants et rediffusé gratuitement les œuvres. Dans ce genre de cas, on ne saurait retenir un consentement tacite ou un *fair use* du droit de mise à disposition à la place de l'auteur grâce au *inline links*.

Si la **tendance internationale** s'inscrit dans l'acceptation générale de toute méthode de *linking* pratiquée par les moteurs de recherche en rapport aux œuvres librement disponibles, nous choisissons de dénoncer une telle position puisqu'elle menace indubitablement la capacité de gains de tout artiste publiant ses contenus sur le net. Les moteurs de recherche ne peuvent se cacher sous des prétextes d'informations et nous ne saurions également nous soumettre à leur hégémonie. Il s'agit certainement d'un défi d'envergure de légiférer l'utilisation des diverses sortes de *linking* et de l'imposer au monde numérique. Il en vaut toutefois la peine afin de concilier au mieux la protection méritée de l'auteur et l'activité des moteurs de recherches.

Nous amenons donc la proposition suivante au débat :

- ***Dans un premier temps***, introduire un droit exclusif au profit de l'auteur de gérer, d'utiliser et de mettre à disposition l'adresse URL de son œuvre protégée au sein de l'espace numérique (art. 10 al. 2 lit. g LDA).
- ***Dans un deuxième***, introduire une restriction à ce droit exclusif permettant l'utilisation du lien hypertexte en cas de simple renvoi s'il y a eu mise en ligne sans protection. Puis d'interdire les méthodes de *inline linking* et de *framing* (art. 24d ou 29 LDA).