

Capsule

**Les limites de l'approche technique
de la reproduction : les copies sur
écran et copie en cache au regard
du droit d'auteur**

**CJUE, 5 juin 2014, *Public relations consultants
Association Ltd c Newspaper Licensing
Agency Ltd*, aff. C-360/13**

Guillaume Busseuil*

Introduction	871
1. L'admission implicite de la qualification de « reproduction »	873
2. Le rejet explicite du régime de l'autorisation	875
3. L'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et l'absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayants droit	877
4. Libre circulation des contenus numériques et rejet d'une chaîne de consentement.	878

© Guillaume Busseuil, 2014.

* Maître de conférences en droit privé, Université de Bourgogne ; membre du CREDIMI.

[Note de la rédaction : ce texte a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

Introduction

La diffusion des œuvres sur Internet continue de cristalliser de nouvelles revendications des ayants droit tendant à voir accroître le champ de la protection du droit d'auteur, au risque de nourrir « la crise de légitimité du droit d'auteur »¹. Nouvel épisode dans la confrontation entre les règles du droit de la propriété intellectuelle et l'architecture des réseaux numériques², l'arrêt *Public Relations Consultants Association* du 5 juin 2014, relatif aux reproductions provisoires d'œuvres, a donné l'occasion à la Cour de justice de l'Union européenne de se pencher sur le traitement des copies informatiques – copies à l'écran, et copie dans le cache³ du disque dur – eu égard au droit d'auteur.

Après l'important arrêt *Svensson*⁴ rendu cette année à propos de la qualification juridique de l'hyperlien au regard du droit d'auteur, la Cour est une nouvelle fois aux prises avec la tentation des titulaires de droit d'auteur d'étendre son champ d'application ; ceux-ci se heurtent pourtant à l'optimisation du fonctionnement des réseaux et une volonté de la juridiction de s'en tenir à une définition juridique, et non technique, de la reproduction.

Les faits étaient les suivants. La société Meltwater offre aux professionnels des relations publiques un service de suivi des

-
1. André Lucas, Henri-Jacques Lucas, Agnès Lucas-Schoetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd (Paris, LexisNexis, 2012) au n° 142.
 2. Jacques de Werra, *La propriété intellectuelle confrontée aux réseaux*, in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^{ème} anniversaire de l'IRPI*, Préface de Jean-Christophe Galloux (Paris, LexisNexis, 2013) aux pp 51 et s.
 3. La mémoire cache est une mémoire intégrée au processeur de l'ordinateur qui permet un stockage temporaire de données et la consultation hors connexion.
 4. Arrêt du 13 février 2014 CJE *Nils Svensson c Retriever Sverige AB*, C-466/12, non encore publié (Recueil général) ; Note André Lucas, [2014] 4 *Propriétés intellectuelles* 165 ; Christophe Caron, [2014] 4 *Communication Commerce Électronique* 3030 ; Emmanuel Derieux, « Lien hypertexte et droit d'auteur », [2014] 3 *Revue Lamy de Droit de l'Immatériel* 9. Voir également Guillaume Busseuil, « La libre circulation des contenus numériques entre accès et consentement : les précisions de la CJUE en matière de respect des droits de propriété intellectuelle », [2014] 6 *Revue Lamy de Droit de l'Immatériel*, p 12 et s [Busseuil, « La libre circulation »].

médias, et d'articles de presse publiés sur Internet, en fonction de mots clés fournis par les clients. Plusieurs éditeurs de journaux au Royaume-Uni ont estimé que Meltwater et ses clients devaient obtenir une autorisation des titulaires de droit d'auteur pour, respectivement, fournir et recevoir ce service. En effet, du point de vue des auteurs, la consultation du site Internet aboutit à la réalisation de copies sur écran et de copies dans la mémoire cache de l'ordinateur de l'utilisateur, soit des reproductions nécessitant l'autorisation des ayants droit. L'éditeur avait consenti à souscrire une licence de base de données Internet pour intégrer les publications et fournir son service, tandis que les auteurs soutenaient que la réception en ligne des rapports de suivi des médias nécessitait également leur autorisation.

Le cadre juridique du litige est fixé par l'importante directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. L'article 2 prévoit un droit exclusif pour les auteurs d'autoriser la reproduction de leur œuvre, qui est assorti de nombreuses exceptions listées à l'article 5 ; par exemple, l'exception de copie privée (article 5§2b.), ou encore celle attachée aux actes de reproduction provisoires, transitoires ou accessoires et constituant une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique (article 5§1). Cette dernière exception est au cœur de l'arrêt commenté.

Le degré d'harmonisation recherché par le législateur de l'Union européenne dans les directives est variable. Ainsi, l'exception concernant les copies provisoires est la seule qui est imposée par la directive de 2001 aux États membres de l'Union européenne, tandis qu'ils ont conservé la liberté de transposer les autres exceptions dans leur droit interne⁵. Il était, en effet, indispensable de conférer à l'article 5§1 un caractère obligatoire pour les États membres, car les communications en ligne seraient nécessairement entravées si certains États membres, et pas les autres, soumettaient les reproductions transitoires à autorisation.

Ces reproductions ont déjà fait l'objet d'une décision *Infopaq*, en 2009⁶. Était en cause dans cette affaire l'activité d'une société dans le domaine de la veille et de l'analyse de la presse écrite qui consistait à

5. Voir Jérôme Passa, « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », [2001] 26 *Semaine juridique – édition générale*, au n° 331.

6. Arrêt CJÉ *Infopaq International A/S c Danske Dagblades Forening*, C-5/08, [2009] ECR I-06569.

établir des synthèses d'une sélection d'articles tirés de la presse quotidienne danoise et de divers périodiques. La Cour a estimé que la numérisation des articles et la mise en mémoire informatique d'extraits ainsi que leur impression sur support papier ne présentent pas un caractère transitoire et doivent donc recueillir le consentement des titulaires des droits d'auteur. En effet, l'impression sur support papier, donc en dehors de la sphère informatique, fait dépendre la suppression de la reproduction de la seule volonté de l'utilisateur, et ne revêt pas un caractère transitoire.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, l'affaire commentée soulève la question de savoir si les copies écran et en cache présentent un caractère transitoire, et bénéficient de l'exception de l'article 5§1 de la directive de 2001 sur le droit d'auteur, ce qu'admet clairement la Cour interrogée par voie préjudicielle par une juridiction britannique. Implicitement, c'est également la qualification même de « reproduction » des copies litigieuses qui prêtait à discussion.

1. L'admission implicite de la qualification de « reproduction »

Certes focalisée sur le champ couvert par l'exception de reproduction transitoire, la question préjudicielle supposait néanmoins implicitement que les copies à l'écran et dans le cache du disque dur soient qualifiées de « reproduction » au sens de l'article 2 de la directive.

En creux, c'est donc bien la notion de reproduction qui se trouve interrogée : est-ce que l'on est dans les limites internes du droit d'auteur, à savoir que celui-ci aurait pu s'appliquer à défaut de texte législatif venant le paralyser, ou est-ce qu'on ne se situe pas davantage dans les limites externes du droit d'auteur, c'est-à-dire en dehors du monopole⁷ ?

Si une telle qualification paraît peu douteuse, tant la définition de la reproduction portée par la directive de 2001 est large⁸, elle peut

7. Sur cette distinction, Christophe Caron, « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français » dans André Lucas, Pierre Sirinelli et Alexandra Bensamoun, dir, *Les exceptions au droit d'auteur : état des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, 8^e éd (Paris, Dalloz, 2012) à la p 34.

8. « Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout en partie, pour les auteurs de leurs œuvres ».

être accueillie avec circonspection s'agissant de copies purement techniques, qu'elles soient le fait de l'utilisateur ou de l'intermédiaire fournisseur d'accès à Internet.

En effet, à supposer que l'on puisse différencier plusieurs séquences successives de reproduction des œuvres, le dispositif de l'arrêt qui vise « les copies sur l'écran d'ordinateur de l'utilisateur et les copies dans le cache du disque dur de cet utilisateur, effectuées par un utilisateur final au cours de la consultation d'un site internet », porte sur le *caching* d'utilisation, distinct du *caching* d'intermédiation⁹, c'est-à-dire les reproductions purement techniques opérées par les fournisseurs d'accès à Internet afin d'acheminer les contenus numériques vers l'utilisateur.

La qualification de reproduction appliquée aux différentes copies, qu'elles soient réalisées par l'utilisateur ou l'intermédiaire, prête le flanc à la critique car le fait générateur du droit d'auteur repose sur un acte d'exploitation¹⁰. Or, les copies écran ou dans le cache sont inhérentes à la consultation des contenus numériques par l'internaute. Comme le relève un auteur, « l'absence de signification économique indépendante aurait d'ailleurs pu justifier un raisonnement non pas en termes d'exception mais d'exclusion du champ du droit exclusif »¹¹. Il semble davantage que seules les copies qui génèrent un acte d'exploitation distinct du processus technique dont elles font partie devraient pouvoir être qualifiées de « reproduction ».

C'est bien la raison pour laquelle, indépendamment de la qualification de « reproduction » au sens du droit d'auteur, le *caching* des intermédiaires fait l'objet d'un encadrement par la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000, qui exonère ces derniers d'une éventuelle responsabilité à son article 13.

Malgré ces interrogations, ces copies sont clairement envisagées dans l'arrêt comme des reproductions, de sorte que la question de l'application de l'article 5§1 relatif aux reproductions transitoires se posait.

9. [2013] Lamy numérique n° 2386.

10. Séverine Dusollier, « L'exploitation des œuvres : une notion centrale en droit d'auteur » dans Mélanges en l'honneur d'André Lucas (Paris, LexisNexis, 2014) à la p 267.

11. *Supra* note 5 au point 23.

2. Le rejet explicite du régime de l'autorisation

L'article 5§1 précité prévoit qu'un acte de reproduction est exempté du droit de reproduction à condition qu'il soit provisoire, transitoire ou accessoire, qu'il constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, que son unique finalité soit de permettre une transmission dans un réseau entre un tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé et qu'il n'ait pas de signification économique indépendante.

On relèvera d'emblée l'intensité de la coopération entre la Cour de justice et la juridiction nationale, dans la mesure où les deux dernières conditions ne sont pas examinées par la Cour de justice, qui s'en tient au périmètre de la question soumise par la juridiction nationale, limitée aux trois premières conditions¹². Parmi celles-ci, c'est bien le caractère transitoire ou accessoire de la reproduction qui soulevait le plus de difficulté en l'espèce.

En effet, tandis que les copies sur écran sont tout simplement supprimées lorsque l'internaute quitte le site Internet consulté, les copies en cache sont remplacées automatiquement par d'autres contenus après un certain temps d'utilisation, en fonction de la contenance du cache. Ces deux types de copies revêtent donc bien un caractère provisoire, de sorte que la première des conditions exigées par l'article 5§1 de la directive se trouvait remplie.

Ensuite, les actes de reproduction doivent constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, ce qui signifie que les actes de reproduction sont entièrement effectués dans le cadre de la mise en œuvre d'un procédé technique et, d'autre part, que la réalisation de ces actes de reproduction est nécessaire dans le sens où le procédé technique ne peut pas fonctionner sans ces actes¹³.

Confirmant son analyse dans l'affaire *Infopaq*, la Cour considère que le procédé technique utilisé n'exclut pas l'intervention humaine, ce qui était le cas en l'espèce puisque la copie écran ou cache est déclenchée par l'internaute lui-même qui consulte des pages sur Internet. Si les copies écran rendent possible la consultation par Internet, les copies cache sont un gage d'optimisation de la

12. CJE *Public relations consultants Association Ltd c Newspaper Licensing Agency Ltd*, C-360/13, non encore publié(e) (Recueil général) au n° 25.

13. *Supra* note 6 au n° 61.

navigation, sans lesquelles il serait impossible de consulter des documents volumineux.

Une incertitude pesait cependant sur la nécessité de la copie cache. Certains auteurs estiment en effet que la reproduction dans un cache, qui constitue une facilité, mais ne présente pas cette nécessité qu'exige le texte, ne peut pour la seule raison qu'elle est technique, être couverte par l'exception¹⁴.

La clarification apportée par la Cour de justice était d'autant plus bienvenue que le considérant n° 33 de la directive était sur ce point d'une aide très relative. Celui-ci prévoit que sont couverts par l'exception de l'article 5§1 de la directive les actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé. Sont ainsi couverts par l'exception de l'article 5§1

les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi.

À suivre le considérant de la directive, le *caching* ne serait donc pas soumis à autorisation de l'auteur s'il permet une transmission efficace de l'information et dès lors que l'intermédiaire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie... et de revenir, du moins en partie, au consentement du titulaire de droit, qui précisément n'a pas lieu d'être dans le champ de l'exception au droit de reproduction.

La discussion s'est concentrée en l'espèce sur une troisième condition, alternative, relative au caractère transitoire ou accessoire de l'acte de reproduction. Un acte est qualifié de transitoire si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour son bon fonctionnement, et il pourra être qualifié d'« accessoire » s'il n'a ni existence

14. Michel Vivant, Jean-Marie Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd (Paris, Dalloz, 2013) au n° 602.

ni finalité autonomes par rapport au procédé technique dont il fait partie.

Les copies écran présentent clairement un caractère transitoire, puisqu'elles sont supprimées automatiquement par l'ordinateur au moment où l'internaute quitte un site Internet.

L'application de cette troisième condition aux copies cache était en revanche malaisée, car leur conservation aux fins d'une éventuelle consultation ultérieure exclut leur suppression au moment où l'internaute cesse la consultation d'une page Internet¹⁵. Ces copies ne peuvent donc pas être qualifiées de « transitoires » et, s'agissant d'une dérogation au principe de l'autorisation de toute reproduction reconnu par la directive de 2001, l'interprétation stricte prévaut.

Pour autant, et c'est la porte de sortie empruntée par la Cour, le texte contient une condition alternative : si la copie ne revêt pas un caractère transitoire, elle peut n'être qu'accessoire. Or, les copies en cache n'ont ni d'existence ni de finalité autonomes par rapport à la consultation, et ne peuvent être mises en œuvre par l'internaute en dehors de ce procédé. Le raisonnement sur ce point ne peut qu'être salué en ce qu'il reconnaît la dimension technique des copies litigieuses, quand bien même, mais c'est l'esprit de la directive, ces copies sont maintenues de manière assez artificielle dans le champ de l'exception au droit de reproduction.

3. L'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et l'absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayants droit

La directive européenne de 2001 sur le droit d'auteur prévoit en outre à l'article 5§5, ce que la doctrine désigne par l'expression « triple test »¹⁶ : la réalisation d'un acte de reproduction provisoire n'est exempt du droit de reproduction que dans certains cas spéciaux, qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires des droits.

Certes, les internautes ont accès aux œuvres présentées sur des sites Internet sans l'autorisation des titulaires. Or, comme le relève la Cour, les œuvres sont mises en ligne par des éditeurs des

15. *Supra* note 12 au n° 47.

16. *Supra* note 14 au n° 580.

sites Internet, qui sont tenus d'obtenir une autorisation des titulaires des droits d'auteur concernés, dès lors qu'il s'agit d'une communication au public au sens de l'article 3 de la directive précitée.

À cet égard la Cour y voit, à juste titre, une exploitation normale des œuvres qui permet aux internautes de bénéficier d'une communication au public faite par l'éditeur¹⁷. Par conséquent, les conditions dans lesquelles les copies écran et dans le cache bénéficient de l'exception de reproduction transitoire ou accessoire apparaissent tout à fait raisonnables.

Une difficulté demeure cependant s'agissant des copies cache. Elle tient à ce que les transmissions à partir du cache ne supposent pas une connexion directe au site d'origine et risquent par conséquent de ne pas pouvoir toujours être contrôlées et comptabilisées par l'exploitant du site, titulaire des droits sur les œuvres communiquées aux utilisateurs, ni même par le cédant de droits, en principe rémunéré par l'exploitant du site en proportion des recettes, donc du nombre des connexions au site ; autrement dit, on peut se demander si l'exception de reproduction transitoire ne pourrait pas être écartée lorsque le nombre des consultations à partir de la mémoire cache ne peut être répertorié auprès du site principal¹⁸. L'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, fondée sur le triple test, pourrait asseoir cette solution ; la généralité de la motivation développée par la Cour dans son arrêt du 5 juin 2014¹⁹ ne laisse néanmoins guère de place pour l'accueillir.

4. Libre circulation des contenus numériques et rejet d'une chaîne de consentement

En effet, comme le relève l'auteur Lucas, « toute pratique interactive suppose des fixations transitoires, aussi bien dans le système de l'utilisateur qu'en amont dans la chaîne des prestataires acheminant l'information »²⁰. Cette préoccupation est précisément celle de la Cour lorsqu'elle écarte la possibilité d'instituer une chaîne de consentement dans l'exploitation des œuvres sur Internet et évite

17. *Supra* note 12 au n° 61.

18. Jérôme Passa, *Divers – Internet et droit d'auteur*, dans *JurisClasseur – Propriété littéraire et artistique* (Paris, Juris-Classeur, 2001) fascicule 1970 au § 67.

19. *Supra* note 12 au n° 60 : « il y a lieu de constater que la réalisation des copies écran et des copies en cache ne porte pas atteinte à l'exploitation normale des œuvres ».

20. André Lucas, *Droit d'auteur et numérique* (Paris, Litec, 1998) au n° 243 à la p 121.

ainsi l'écueil d'une surprotection du droit d'auteur dans la sphère numérique.

Dès lors qu'il a consenti initialement à l'exploitation de l'œuvre par l'éditeur, l'auteur ne peut exiger une réitération de son consentement au moment où l'utilisateur final prend connaissance de l'œuvre qui est l'objet d'une communication licite au public. Par ailleurs, l'absence d'autorisation au stade de la consultation n'empêche pas l'auteur de prendre en considération ces reproductions provisoires inhérentes à la consultation de l'œuvre dans la rémunération due.

La décision sous commentaire peut être rapprochée de l'arrêt *Svensson* du 13 février 2014²¹, dans lequel la Cour a considéré, en amont cette fois du champ d'application du droit d'auteur, que la fourniture sur un site Internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet ne constitue pas un acte de communication au public.

L'auteur ne peut ainsi exciper d'un nouveau consentement au moment de la pose d'un lien dirigé vers le site éditeur de l'œuvre, dès lors qu'il a consenti initialement à la mise en ligne de son œuvre, que le public ciblé par la communication initiale est constitué, dans l'esprit de la Cour, de l'ensemble des visiteurs potentiels du site, et que l'accès à l'œuvre ne fait l'objet d'aucune restriction²².

En refusant de soumettre au droit exclusif de reproduction toutes les fixations éphémères sur écran ou dans la mémoire cache, la Cour se départit d'une approche purement technique du droit d'auteur, envisagée par le texte, mais dénoncée par certains auteurs²³ et préserve la finalité du droit de reproduction, à savoir être adossé à un acte d'exploitation de l'œuvre ; et la Cour d'inciter clairement les titulaires de droit d'auteur à consentir de manière éclairée, *ex ante*, à une juste rémunération de la mise en circulation de l'œuvre.

21. *Nils Svensson supra* note 4.

22. Busseuil, *supra* note 4 à la p 15.

23. Lucas, Lucas et Lucas-Schoetter, *supra* note 1 au n° 258 : « dès lors que la communication de l'œuvre au public donne prise en elle-même au droit d'auteur, ce qui est le cas bien sûr pour la diffusion sur les réseaux numériques, il est inutile et dangereux de segmenter artificiellement le processus, pour prétendre identifier des actes distincts de reproduction, afin de soumettre au contrôle de l'auteur ou de son ayant droit toutes les fixations provisoires permettant d'acheminer les informations, et en aval, toute visualisation d'une œuvre sur l'écran de l'utilisateur ».

