

LE CACHING

Les copies techniques provisoires des œuvres sur Internet

Vianney FOURNEL

DEA de propriété intellectuelle

Université de Nantes

Mémoire réalisé sous la direction du Professeur André LUCAS

Juin 2003

PLAN

TITRE I. Le caching : une exception de copie technique provisoire au droit de reproduction	10
Chapitre 1. Un acte de reproduction provisoire.....	10
Section 1. Une reproduction.....	10
Section 2. Une reproduction provisoire	13
Chapitre 2. Un acte exempté du droit de reproduction.....	16
Section 1. L'exception de copie technique provisoire	17
Section 2. L'alternative du <i>fair use</i> américain	26
TITRE II. Le caching : un acte inhérent à la représentation de l'œuvre sur Internet	30
Chapitre 1. Un acte nécessaire à la communication de l'œuvre au public	31
Section 1. Le contenu du caching nécessaire.....	31
Section 2. Un caching accessoire de la représentation	33
Chapitre 2. Un acte de confort pour la communication de l'œuvre au public.....	41
Section 1. Le contenu du caching de confort	41
Section 2. Un caching dépendant de la représentation.....	42
CONCLUSION	47
BIBLIOGRAPHIE	48
INDEX ALPHABETIQUE	50
TABLE DES MATIERES.....	52

INTRODUCTION

« Comme la Hongrie, le monde informatique a une langue qui lui est propre. Mais il y a une différence. Si vous restez assez longtemps avec des Hongrois, vous finirez bien par comprendre de quoi ils parlent » (Dave BARRY).¹

[1]. Ces mots de l'humoriste américain Dave BARRY illustrent bien la difficulté que rencontre le juriste lorsqu'il doit s'immerger dans le domaine, de plus en plus incontournable, de l'informatique. L'apparition de nouvelles technologies a toujours représenté un défi de taille pour les législations relatives au droit d'auteur. Tant les accords internationaux que les diverses lois nationales sur le droit d'auteur durent s'adapter à ces technologies émergentes : l'apparition de la radio, des photocopieurs, de la télévision ou des appareils permettant la reproduction à domicile d'enregistrements sonores ont tour à tour exigé une adaptation des diverses législations sur le droit d'auteur. L'arrivée de l'Internet n'a pas échappé à la règle à la différence près que jamais auparavant, vecteur d'information n'avait connu de développement aussi rapide. L'intégration de cette technologie complexe dans les concepts parfois poussiéreux du droit, contre toute attente, s'est faite sans trop en modifier l'essence. La propriété littéraire et artistique telle que consacrée par la loi de 1957 s'est avérée moins réticente qu'on pouvait le craindre à prendre en compte les nouvelles problématiques liées à l'Internet.

[2]. Tout comme la radio et la télévision avant lui, l'Internet a ouvert ainsi un nouveau marché très prometteur aux auteurs et aux auxiliaires de la création². La propriété littéraire et artistique a en effet cela de particulier, qu'elle ne s'épanouie véritablement que dans une large diffusion. ROUBIER va même jusqu'à dire que l'auteur ne trouve l'objet de son monopole qu'en mettant son œuvre à la disposition de tous et résume ainsi son propos : « *Le propriétaire referme la main sur la chose qu'il possède, alors que l'auteur l'ouvre toute grande pour livrer au public son trésor* »³. L'Internet constitue donc un atout majeur pour les titulaires de droits. Là où le bas blesse c'est que le numérique offre aussi de nouveaux moyens aux contrefacteurs. Nombre d'internautes, se réfugiant derrière une vision un peu surannée du web -espace de liberté dans lequel il n'existerait aucune loi-, prive les auteurs d'une rémunération parfois très substantielle en réalisant des copies numériques illégales de leurs œuvres. On estime ainsi qu'une quinzaine de pays dépasse, en part de marché, les soixante dix pour cent de copies pirates (la palme revenant à la Chine dont, en moyenne, quatre vingt dix œuvres sur cent sont des copies illégales)⁴. La technologie, en elle-même, n'est pas responsable de ce fléau qui se nourrit de l'ère numérique, mais s'explique par l'incapacité (ou le manque de volonté) des pouvoirs publics à faire appliquer le droit d'auteur et les droits voisins sur Internet. Ce contrôle lacunaire laisse ainsi prospérer une véritable psychose du numérique parmi les titulaires de droits qui, par un effet d'entraînement, a atteint le législateur communautaire. Le mal se propage donc au gré des transpositions nationales et l'un de ses symptômes les plus inquiétants réside dans le traitement reçu par les copies techniques provisoires sur Internet.

¹ D. BARRY, *Chroniques déjantées de l'Internet et autres cyberdélires*, Eyrolles, 1998.

² Ce terme renvoie aux titulaires de droits voisins.

³ P. Roubier, *Droits intellectuels ou droits de clientèle*, RTDCiv. 1935, P. 276

⁴ Source : chiffres 2001 du journal du net (www.journaldunet.com). Site visité en février 2003.

[3]. – Définition du caching. – Ces copies techniques provisoires, que nous engloberons sous le terme *caching*⁵, sont utilisées pour permettre notamment la transmission des informations sur le net. Que recouvre la notion de caching ? L'anglicisme *caching* prend son origine dans le verbe français *cache*⁶ et le terme de *cache*, qui nous a été emprunté par les Anglo-saxons⁷ avant de revenir en France. Littéralement, le caching est l'opération qui consiste à cacher, c'est-à-dire à mettre dans un cache, des données. Un cache est un espace de mémoire où sont enregistrées temporairement des données. Ce procédé n'est certes pas dédié seulement à l'Internet, mais c'est là son domaine de prédilection. Sur Internet, le caching est utilisé à différents endroits du parcours de l'information et surtout à l'initiative de plusieurs intervenants : les éditeurs de sites, les fournisseurs de services Internet (les intermédiaires) et les utilisateurs (internauts ou administrateurs de réseaux internes). Détaillons ces différentes formes de caching.

[4]. – Copies techniques provisoires des éditeurs de sites. – Le responsable d'un site Internet (l'auteur du site ou le cessionnaire des différents éléments du site le plus souvent) a la possibilité de créer des « sites miroirs », qui sont des copies à l'identique du site original, placées à des endroits stratégiques du réseau Internet pour optimiser sa diffusion (nous emploierons le terme de *caching miroir*)⁸. Par exemple, un site américain à fort trafic pourrait disposer d'une copie miroir hébergée en Europe, de sorte que les européens ne soient pas dans l'obligation de traverser virtuellement l'atlantique pour acquérir l'information souhaitée.

[5]. – Copies techniques provisoires des intermédiaires. – Ces copies sont de trois ordres. Les premières ont pour objet de permettre la transmission des données sur le réseau. Le fonctionnement de l'Internet suppose techniquement que de nombreuses copies de données soient réalisées et cachées sur des serveurs dit de « routage », le temps que dure la transmission⁹. On parlera donc de *caching routeur*¹⁰. Les deuxièmes ont pour objet d'améliorer la vitesse de la transmission en cachant des données sur des serveurs plus proches (ou serveurs *proxy*¹¹) de l'internaute. Ainsi, la prochaine demande concernant les données cachées sera exécutée à partir de ce serveur proche et non plus de celui d'origine. Ce caching, que nous nommerons *caching proxy*¹², est réalisé à l'initiative des fournisseurs d'accès pour leurs clients. Les dernières sont les copies cache réalisées par les moteurs de recherche¹³ qui archivent pendant une période limitée les sites que le logiciel d'exploration a

⁵ Le terme « antémémorisation » est un synonyme employé particulièrement au Québec. Ce terme a reçu la préférence de l'AFNOR sur l'anglicisme « caching ». Pourtant, compte tenu de l'emploi très majoritaire du mot « caching » dans la doctrine et par les opérateurs du net, nous emploierons ce terme dans notre étude qui renvoie à l'opération de mise en cache de données.

⁶ Compte tenu de cette filiation, il nous arrivera de décliner dans notre étude le verbe « cacher » dans le sens particulier de : « mettre en cache ».

⁷ J. G. GRENIER, *Dictionnaire de l'informatique de d'Internet*, La Maison du dictionnaire, 1996.

⁸ Autre terme employé : le *mirroring*.

⁹ Internet est composé de multiples ordinateurs dont les points nodaux, les ordinateurs de routage ou « routeurs », constituent en quelque sorte les indicateurs Bisons futé de la circulation des autoroutes de l'information. Les routeurs répartissent les paquets de données vers d'autres routeurs par la voie la plus rapide et la moins encombrée.

¹⁰ Autre terme employé : le *routing*.

¹¹ Ce terme signifie serveur « de proximité ».

¹² La doctrine utilise souvent le terme de *caching* renvoyant à cette seule hypothèse du caching de proximité des fournisseurs d'accès. Nous ne retiendrons pas une approche aussi restrictive (V. *infra*, n°7).

¹³ Un moteur de recherche est un logiciel d'indexation automatique de pages Internet qui permet à ses utilisateurs de trouver les pages à l'aide de mots-clés (exemple : google.com). Il faut bien le distinguer de l'annuaire de sites qui n'indexe que les adresses de sites Internet par catégorie, de la même façon que les pages jaunes (exemple : yahoo.fr).

copiés lors de leur indexation dans la base de données. Ce service permet à l'internaute de retrouver le contenu d'un site même si celui-ci a disparu ou si le lien hypertexte qui y renvoie n'est plus correct et est indispensable pour réaliser une recherche approfondie. Ce procédé sera appelé キャッシング moteur de recherche.

[6]. – Copies techniques provisoires des utilisateurs. – En ce qui concerne l'internaute individuel qui se connecte directement à Internet (sans passer par un réseau interne du type intranet¹⁴), on peut isoler deux formes de caching : le caching RAM et le caching navigateur. Le caching RAM¹⁵ correspond aux copies cachées dans la mémoire vive de l'ordinateur lors de la consultation des pages. Ces copies permettent l'affichage à l'écran des données consultées par l'internaute et ne subsistent que le temps de cet affichage. Le *streaming*¹⁶ est un cas particulier de caching RAM. Le caching navigateur¹⁷ correspond quant à lui aux copies cachées (par défaut de façon automatique) par le logiciel de navigation (le navigateur) de l'internaute sur le disque dur de celui-ci. Ces copies sont utilisées pour améliorer la vitesse de chargement des pages, puisque le navigateur n'ira plus chercher sur Internet les informations qui sont déjà sur le disque dur (il s'agit d'un caching de proximité, comme le caching *proxy*, réalisé non pas sur un serveur Internet mais directement sur l'ordinateur de l'internaute). Enfin, s'ajoutent à cela, lorsque l'utilisateur accède à Internet à travers un réseau interne, les copies prévues par le responsable du réseau sur ses serveurs. Le mécanisme est le même que le caching *proxy*, sauf que les copies sont cachées sur un serveur « privé », c'est-à-dire géré par l'administrateur du réseau interne d'une entreprise ou d'une administration (Il s'agit donc d'un キャッシング proxy interne).

[7]. – Elargissement de la notion de caching. – La doctrine a tendance à retenir une vision très restrictive de ce qu'est le caching. Selon elle, cette notion ne renvoie qu'aux copies réalisées sur les serveurs *proxy*. Pourtant, ce procédé de prélecture est présent dans toutes les autres hypothèses que nous avons citées. Dès lors, il nous paraît nécessaire de nous affranchir de cette approche doctrinale trop étroite. En revanche, certains auteurs incluent dans les copies provisoires, à tort selon nous, les liens hypertextes¹⁸. Ces liens, qui permettent à la toile de se tisser, ne conduisent pas à la fixation d'une œuvre ou d'un objet protégé¹⁹.

[8]. – Dictionnaire Franco-hongrois. – Pour bien comprendre le déroulement et la répartition de ces différents types de caching lors du parcours de l'information, prenons l'exemple d'un Français qui souhaite acquérir une photographie de kangourous hébergée sur un serveur australien. Notre internaute cobaye va tout d'abord devoir effectuer une recherche

¹⁴ Un intranet est un réseau informatique privé (accessible uniquement en interne par le personnel d'une entreprise ou d'un organisme) qui utilise les protocoles de communication et les technologies du réseau Internet.

¹⁵ RAM signifie Rapid Access Memory ou mémoire à accès rapide (cet acronyme est un synonyme de mémoire vive). Un autre terme employé pour caching RAM est « *browsing* » (butinage). Ce terme renvoie à l'idée qu'il faut assimiler le feuilletage des pages Internet à celui des pages d'un livre.

¹⁶ Le *streaming* est un procédé qui permet d'écouter ou de visionner un contenu multimédia à la volée, c'est à dire simultanément à son téléchargement. Le plus souvent les procédés de *streaming* sont protégés dans la mesure où le contenu n'est chargé que dans la mémoire vive et disparaît une fois l'information consultée.

¹⁷ Certains auteurs intègrent ce caching dans le terme *browsing*, ce qui est peu convaincant et ne permet plus de faire un parallèle avec la lecture d'un livre qui n'implique, elle, aucune reproduction.

¹⁸ Le Petit Robert définit les liens hypertextes (ou hyperliens) comme « un procédé permettant d'accéder aux fonctions ou informations liées à un mot affiché à l'écran en cliquant simplement sur ce mot ».

¹⁹ L'URL (Uniform Resource Locator) du site ciblé par le lien peut parfois être considérée comme la reproduction d'une marque ou d'un titre. Pourtant, même dans ces cas extrêmes, il ne s'agit pas d'une reproduction technique provisoire.

pour trouver le site Internet en tapant judicieusement les mots « photo » et « kangourous ». Le moteur de recherche va lui proposer non seulement les sites qui ont inscrits les mots recherchés dans les mots-clés de leur page d'accueil²⁰, mais également tous ceux qui utilisent ces mots dans le contenu même des pages du site et ce, grâce au *caching moteur de recherche*. Il pourra même trouver par le biais de ce caching le contenu de certains sites qui ne sont plus en ligne.

Notre internaute trouve le site et lance le chargement de l'image désirée. Le navigateur de son ordinateur va d'abord vérifier qu'il n'a pas déjà cette image en mémoire sur le disque dur (*caching navigateur*). Si oui, il vérifiera qu'il n'y a pas eu de mise à jour de cette image en réalisant le trajet jusqu'au site australien une seule fois, puis, à défaut, il affichera l'image à sa disposition. Supposons, en l'espèce, que c'est la première fois qu'une telle demande est faite. L'image ne se trouve donc pas encore dans le cache du navigateur. La demande doit poursuivre son chemin. Si l'internaute passe par un réseau interne à une entreprise, le navigateur va alors fouiller dans le cache du serveur interne (*caching proxy interne*), puis, dans tous les cas, dans celui du serveur *proxy* du fournisseur d'accès à Internet de l'internaute (*caching proxy*). S'il ne trouve toujours pas l'image, le logiciel de navigation ira la chercher à sa source. Cependant, si une copie miroir du site australien a été réalisée en France (à Paris par exemple), la source de l'image se trouvera à Paris et plus seulement à Melbourne (*caching miroir*). Malheureusement pour notre internaute, il n'existe pas de copie miroir du site hébergée en France. Le navigateur va donc envoyer ses requêtes au site australien pour obtenir les différentes parties de l'image.

En effet, sur Internet, l'information est fractionnée, pour faciliter sa circulation, en petits paquets de données qui voyagent séparément et qui sont reconstitués à leur arrivée comme les pièces d'un puzzle. Le site va donc envoyer les paquets les uns après les autres en réponse aux requêtes de l'internaute. Lors du passage des paquets d'information dans les canalisations du net (les fils de la toile), les serveurs de routage (les nœuds de la toile) vont réaliser une copie des paquets qu'ils font transiter (le temps du transit et le temps de s'assurer que l'information est bien arrivée au serveur suivant) (*caching routeur*). Ce routeur va également choisir pour ce paquet la route la moins chargée pour que celui-ci ne soit pas pris dans un embouteillage (les serveurs de routage sont, pour cette raison, comparés à des « bisons futés » du net). Les serveurs *proxy* (interne ou non) vont garder en mémoire l'image et ainsi assurer plus rapidement les demandes ultérieures (*caching proxy*). Enfin, l'image est copiée sur le disque dur de l'internaute pour être ensuite enregistrée dans la mémoire vive de l'ordinateur ce qui permettra à l'internaute de la visualiser (*caching RAM*). Certains éléments des pages web resteront sur le disque dur de l'utilisateur une fois l'ordinateur éteint pour un éventuelle demande ultérieure (*caching navigateur*). La prochaine demande de cette même image par notre Français ou par l'un de ses compatriotes sera exécutée, grâce au caching, incomparablement plus vite. L'image se trouvera sur le disque dur de l'internaute, mais aussi sur le serveur de son entreprise ou de son fournisseur d'accès, de sorte que de nombreuses personnes bénéficieront de cette copie s'ils souhaitent acquérir l'image.

Notons de surcroît que les serveurs *proxy* s'échangent les données qu'ils copient, ainsi, nos kangourous pourront être accessibles également par d'autres abonnés en fonction de la demande.

[9]. – Intérêt pratique du caching. – L'intérêt pratique du caching pour la technologie Internet est encore plus visible si l'on reprend notre exemple en ôtant le recours aux copies

²⁰ Ces mots-clés ou Meta tags sont inscrit dans l'entête HTML des pages web. Ils ne sont pas visibles par l'internaute sauf si celui-ci demande à son logiciel de navigation d'afficher le code HTML.

cache. Tout d'abord, la recherche préliminaire de notre internaute ne renverrait plus que les adresses des sites qui ont inscrit dans les mots-clés de leur page d'accueil les mots de la recherche (ce qui limite considérablement les résultats sans être forcément rédhibitoire). Supposons que le site australien recherché par l'utilisateur ait bien procédé à cette inscription. Le navigateur va envoyer une requête pour recevoir le premier paquet (première pièce du puzzle) constituant l'image. La demande va être traitée par le site australien qui va expédier les données souhaitées.

Première difficulté : sans la possibilité de fixer temporairement l'information en transit, les routeurs ne pourront tout simplement pas réaliser la transmission. Supposons cependant que les Dieux du web soient cléments et que le paquet arrive on ne sait comment à bon port. Le trajet aller-retour jusqu'au site australien devra à nouveau être couvert pour chacune des pièces du puzzle composant l'image (lorsque l'on sait que cette route à vol d'oiseau représente près de trente quatre mille kilomètres, on comprend que, même pour un voyage virtuel, multiplier les trajets n'est pas sans conséquences). Enfin, si l'ensemble des paquets est bien acheminé (ce qui, convenons-en, relèverait du miracle), l'image ne pourra pas être copiée sur le disque dur de l'ordinateur ni être enregistrée dans la mémoire vive (enregistrement qui, rappelons-le nécessite une mise en cache de l'image). Ainsi, notre internaute ne pourrait tout simplement ni télécharger, ni visualiser l'image tant espérée. Que vaudrait un vecteur d'information qui imposerait à ses utilisateurs de tels désagréments pour une simple photo de kangourous ?

[10]. – Intérêt juridique du caching. – Le défi que représente l'affichage d'une image distante de plusieurs milliers de kilomètres, dans les quelques secondes que tolèrent l'internaute avant de renoncer, doit apparaître plus clairement après une telle démonstration. On comprend mieux également qu'il soit très délicat de se pencher sur la question de la copie technique provisoire dans son ensemble tant sa typologie est multiple et ses effets complexes. Pourquoi ce procédé, particulièrement technique, doit-il retenir l'attention du juriste ? Le caching consiste à stocker temporairement une copie de certains éléments extraits de pages Internet dans des caches présents à différents niveaux du parcours de l'information. Or, parmi ces éléments se trouvent très majoritairement des œuvres originales (images, textes, vidéos, sons...), lorsque ce n'est pas la page entière qui est qualifiée ainsi. On comprend dès lors que ce procédé intéresse particulièrement les auteurs. La question qui se pose pour eux est de savoir si cette pratique met en jeu leurs droits patrimoniaux.

[11]. – Mise en jeu par le caching des prérogatives des titulaires de droits. – L'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « *La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* ». Il n'est pas fait mention dans le texte des reproductions temporaires et on le comprend. Ce n'est qu'avec l'apparition plus récente du numérique que ces hypothèses ont véritablement pris leur envol. A l'échelle internationale, ni la Convention de Berne, ni les discussions de 1996 autour du traité de droit d'auteur de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), n'ont apporté une définition suffisamment précise du droit de reproduction pour clarifier cette situation. Pourtant, Les travaux préparatoires de la conférence diplomatique de Genève de 1996 avaient prévu un droit de reproduction qui couvrait les reproductions temporaires du type caching (article 7, alinéa 1 du projet de traité n°1). Les Etats membres avaient également la possibilité de prévoir des exceptions pour les reproductions temporaires de nature momentanée ou accessoire, ou lorsque cette reproduction temporaire avait pour seul but de rendre l'œuvre perceptible (article 7, alinéa 2). Cependant, l'article prévu n'a pas pu être adopté faute de

consensus. Le législateur communautaire, quant à lui, semble avoir pris position dès 1991 pour les programmes d'ordinateurs par le truchement d'une directive dans laquelle le monopole de l'auteur s'entend aussi bien des reproductions permanentes que de celles purement provisoires. Dès lors, l'idée selon laquelle toute copie d'une oeuvre, des plus volatiles soit-elle, est une reproduction a fait son chemin. Le ver était dans le fruit et dans les esprits, de sorte que l'on récolte aujourd'hui l'incohérence d'un tel postulat.

[12]. – Développements récents en droit communautaire. – Deux directives se sont intéressées récemment au caching. La première est une directive du 8 juin 2000 relative « à certains aspect juridiques des services de la société de l'information, et notamment dans le commerce électronique, dans le marché intérieur ». Ce texte, plus simplement appelée par la doctrine « directive sur le commerce électronique », a adopté une approche horizontale. Le caching est traité sous l'angle de la responsabilité des intermédiaires et ce, quelle que soit la nature des informations cachées. Cette directive prévoit ainsi un régime d'exonération de responsabilité pour le fournisseur de caching qui respecte certaines conditions²¹. La deuxième directive est celle du 22 mai 2001 sur « l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ». Ce texte a, quant à lui, retenu une approche verticale. Le caching est traité seulement en ce qui concerne les œuvres des auteurs et les objets protégés des auxiliaires de la création qui seraient mis en cache. Notre étude ne détaillera pas le régime de responsabilité général des intermédiaires du fait du contenu des caches décrit dans la première directive, mais seulement le régime plus spécifique de la directive du 22 mai 2001 concernant le sujet qui nous occupe : la mise en cache des œuvres et objets protégés des titulaires de droits.

[13]. – Enjeux du caching. – Qu'advierait-il si on appliquait le droit de reproduction au caching ? En pratique, cela conduirait à dire que la copie cache est une reproduction et que tous les prestataires de services web (hébergeurs, développeurs, fournisseurs d'accès...), mais aussi les internautes doivent demander l'autorisation des auteurs et des auxiliaires de la création pour chacune des œuvres ou prestations cachées. Lorsque l'on sait que l'accès à une information sur Internet conduit le plus souvent à la réalisation d'une centaine de copies éphémères de celle-ci (dont certaines ont une durée de vie de l'ordre de la seconde) un peu partout sur son trajet²², on peut avoir la crainte que la fièvre de la reproduction qui a envahi le législateur ne lui ait fait oublier le sens des réalités. De plus, à une époque où le droit d'auteur est attaqué de toute part par des utilisateurs qui massivement n'en comprennent plus l'intérêt, une telle solution contribuerait à porter le coup fatal à un droit qui est déjà bien malmené. D'ailleurs, une soumission systématique au droit de reproduction ne pourrait en aucune façon coïncider avec l'image communément admise d'Internet comme d'un vecteur qui promeut la liberté d'expression et d'accès à l'information. Ces difficultés n'ont pas échappé au législateur communautaire qui a du néanmoins se retrancher sur une solution en demi-teinte.

²¹ V. *infra*, n°82.

²² L'exposé des motifs (texte du 10 décembre 1997 : Document COM (97) 628 final, p.33) de la proposition de Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information donne une illustration de ce phénomène : « à titre d'exemple, la transmission d'une vidéo à la demande extraite d'une base de données située en Allemagne à un ordinateur domestique au Portugal est une opération qui nécessite tout d'abord la réalisation d'une copie là où se trouve la base de données, puis, en moyenne, au moins une centaine d'actes généralement éphémères de mémorisation entre l'Allemagne et le Portugal. Si la situation juridique différait d'un État membre à l'autre et que certains d'entre eux subordonnaient à autorisation ces actes de mémorisation accessoires, cela risquerait fort d'entraver la libre circulation des œuvres et des services, notamment des services en ligne incorporant un objet protégé ».

[14]. – Position de la directive du 22 mai 2001. – La rédaction de la directive sur la société de l'information a en effet été marquée par les efforts sans précédents qu'ont déployés les lobbyistes tout au long des négociations. Le résultat final est par conséquent le reflet d'un compromis arraché *in extremis*, dont le texte est mal rédigé et parfois incomplet, qui porte souvent à interprétation et qui finalement ne satisfait pleinement personne. La directive vient ainsi confirmer la position prise en 1991 pour les logiciels. Elle impose aux Etats Membres dans son article 2 de prévoir un : « *droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie* ». Les sociétés de gestion collective pourraient se réjouir de cette formulation si on ne lisait à l'article 5 du même texte que constituent une exception au droit de reproduction : « *Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre : (a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou (b) une utilisation licite, d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante* ». Le mécanisme est familier et ne doit pas tromper : ce que la directive donne d'une main, elle le reprend de l'autre, dans des termes qui laissent présager de grandes difficultés d'interprétation.

[15]. – Problématique. – A l'aube d'une transposition de la directive, elle-même très débattue, on est en droit de se demander ce qui explique cette difficulté d'appréhension du caching par le droit d'auteur. Ne serait-ce pas parce qu'on tente maladroitement de rattacher cette pratique au droit de reproduction, alors qu'en fin de compte elle n'est que l'accessoire d'un autre droit : le droit de représentation (ou droit de communication au public) ? Notons que dans un jugement du 1er mai 2002, la Cour fédérale d'Ottawa (Ontario) a décidé que l'activité de caching des fournisseurs d'accès, consistant à stocker temporairement des données sur leurs serveurs, violait le droit exclusif de l'auteur ou du compositeur de communiquer une œuvre musicale au public. C'est donc bien le droit de communication au public qui est ici en jeu. A quelle institution du droit d'auteur doit-on rattacher la pratique du caching ? Le droit Français est-il à même à l'heure actuelle d'appréhender ce procédé ? Doit-on considérer l'approche communautaire comme la solution la plus adaptée ou existe-t-il des alternatives mieux à même de rendre compte du caching ?

[16]. – Plan. – L'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose laconiquement que « le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ». Nous verrons qu'il est juste de dire que, bien souvent, le caching passe par une reproduction provisoire de l'œuvre et par là qu'il met en jeu le droit de reproduction. Cette proposition semble donc porter foi à l'idée selon laquelle le caching doit être appréhendé sous l'angle du droit de reproduction et notamment comme **une exception de copie technique provisoire au droit de reproduction** (I). Pourtant, ce procédé est avant tout **un acte inhérent à la représentation d'une œuvre sur Internet** (II).

TITRE I.

Le caching : une exception de copie technique provisoire au droit de reproduction

« *Si l'erreur est une vérité provisoire, pourquoi la vérité ne serait-elle pas une erreur qui dure ?* ». Maurice CHAPELAN.²³

[17]. – Plan. – Le procédé de mise en cache, au sein de la communauté internationale, a été décortiqué, puis examiné à la loupe sur le plan technique sans que le processus ne soit envisagé dans son ensemble. La mise en cache a ainsi été assimilée à l'une de ses composantes : la reproduction. Force nous est de reconnaître que cette vérité ne peut que partiellement être mise en doute. Ainsi, le caching passe le plus souvent par **un acte de reproduction provisoire** (Chapitre 1) au sens du droit d'auteur. L'œuvre est reproduite dans le cache, elle est matériellement fixée sur un support, même si cette fixation peut être parfois très fugace.

Les tenants de cette approche, au moment de tirer les conséquences de leur analyse se sont trouvés bien embarrassés. Le titulaire des droits sur cette œuvre ayant seul le droit d'autoriser ou d'interdire sa reproduction et donc sa mise en cache, il était indispensable pour la survie du réseau Internet de créer dans un même temps une exception au droit de reproduction pour certaines copies techniques. Cette exception, au contenu des plus incertains, conduit à considérer, selon ses propres termes, le caching comme **un acte exempté du droit de reproduction** (Chapitre 2).

Chapitre 1. Un acte de reproduction provisoire

[18]. – Plan. – Nous verrons que la mise en cache d'une œuvre constitue **une reproduction** (Section 1), aussi bien en droit interne qu'au regard de la majorité des autres législations. L'une des difficultés cependant qui aurait pu faire douter de cette qualification réside dans le caractère provisoire de cette reproduction. La mise en cache ne se fait que pour une durée limitée, qui parfois n'excède pas quelques secondes. Si la fixation n'a pas un minimum de permanence, peut-on vraiment parler de reproduction ?

En droit français, et plus largement en droit communautaire, il ne fait plus de doute qu'une fixation matérielle, même extrêmement volatile, est une reproduction d'un type particulier nommé traditionnellement : **reproduction provisoire** (Section 2).

Section 1. Une reproduction

[19]. – Définition de la reproduction. – L'alinéa premier de l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle définit la reproduction comme « la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». L'alinéa suivant dresse une liste des actes de reproduction, disposant que la reproduction peut « s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout

²³ M. CHAPELAN, *Main courante*, Editions Grasset, 1957.

procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique ».

Le terme « notamment » (que le législateur semble affectionner tout particulièrement, tant il en use et en abuse) signale que cette liste n'est qu'indicative. L'essentiel à retenir pour nous est donc que le support sur lequel on fixe l'œuvre et le procédé que l'on utilise à cette fin sont indifférents. Ainsi, la mise en cache d'une œuvre peut constituer un acte reproduction - même si le législateur de 1957 n'avait pas prévu, et on le comprend bien, cette hypothèse - à la double condition de constituer en une **fixation matérielle de l'œuvre** (I) permettant la **communication indirecte de l'œuvre au public** (II).

I - Fixation matérielle de l'œuvre

[20]. - Absence de définition légale. - Que doit-on entendre par « fixation matérielle de l'œuvre » ? Le Code de la propriété intellectuelle n'offre aucune réponse à cette question. Il faut donc se reporter à la définition générale de ces termes. « Fixer », si l'on en croit le dictionnaire Larousse, revient à rendre stable, à maintenir, à ancrer. L'adjectif « matérielle » peut se traduire quant à lui par concrète, palpable. Ainsi, une œuvre est fixée dès lors qu'elle est rendue stable ou lorsqu'elle est devenue tangible. Pour illustration, la récitation orale d'un texte reste intangible, immatérielle. La seule trace de ces paroles une fois le poème lu, sera au mieux un souvenir diffus imprimé dans le cerveau des spectateurs et compte tenu des défaillances de ce support organique, il paraît logique qu'on ne puisse pas parler de véritable fixation. En revanche, si l'on enregistre cette récitation sur un support physique (sur une bande ou sur un compact disque), on la rend stable, concrète et donc on réalise une fixation matérielle. Qu'en est-il pour les œuvres cachées sur Internet ?

[21]. - Application à l'Internet. - Contrairement à une idée reçue particulièrement tenace, Internet n'est pas une sorte de nébuleuse mystique au sein de laquelle seraient échangées des informations volantes, libérées de tout support physique. Cette allégorie charmante ne résiste pas à une étude un peu plus poussée.

Internet n'est pas un espace en lui-même. A ce titre, il ne contient rien. Il n'est qu'un réseau informatique mondial qui relie des ordinateurs entre eux, d'où son nom qui a été formé à partir de l'anglais INTERconnected NETworks (équivalant à « réseaux interconnectés »)²⁴. Ainsi, une œuvre disponible *sur* Internet, n'est en réalité disponible que *par* Internet. L'œuvre cachée se trouve sur le disque dur de l'ordinateur d'un internaute ou d'un serveur²⁵. Elle est présente sur un support physique et est ainsi rendue tangible. En d'autres termes, elle est fixée matériellement. On le voit, la mise en cache sur Internet conduit bien à la fixation matérielle de l'œuvre, même si celle-ci est temporaire. Pour autant, ces fixations matérielles réalisent-elles une véritable communication de l'œuvre au public ?

II - Communication indirecte de l'œuvre au public

[22]. - Distinction avec le droit de communication au public. - Qu'est-ce que la communication de l'œuvre au public ? Si l'on s'en tient à la définition donnée à l'article

²⁴ Le terme de « toile » (au sens de toile d'araignée) est un bon synonyme d'Internet, dans la mesure où il permet de bien visualiser le concept de réseau des réseaux.

²⁵ Un serveur n'est pas autre chose qu'un ordinateur dédié à l'administration d'un réseau informatique. Par exemple, les sites web sont hébergés sur le disque dur de serveurs spécifiques permettant aux navigateurs Internet (tel qu'Internet Explorer) de lire ses données pour les traduire en pages Internet.

L. 122-3 du Code de la propriété littéraire et artistique, il apparaît difficile de distinguer le droit de reproduction du droit de représentation (aussi appelé à l'échelle internationale « droit de communication au public ») qui est décrit en droit interne comme « la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque ». L'ambiguïté terminologique est frappante, mais n'est ici que de pure forme. Sous l'empire de la loi de 1957, on distinguait la communication directe (représentation) de la communication indirecte (reproduction). Le terme direct a été supprimé en 1985, suite aux observations de DESBOIS²⁶ qui estimait que cet adjectif ne permettait pas de prendre en compte les représentations faites par le truchement d'un support (la radiodiffusion par exemple). Loin de trouver une solution à cette difficulté, le législateur, en supprimant le mot « direct », n'a fait que briser la symétrie existante entre les deux droits patrimoniaux et rendre leur dissociation plus difficile. Monsieur LUCAS propose donc de « continuer à dire que la représentation est une communication directe » et qu'elle « englobe tous les modes de communication autres que la diffusion d'exemplaires fixant matériellement l'œuvre »²⁷.

[23]. – La diffusion d'exemplaires à un public sur Internet. – Cette définition semble, *a contrario*, caractériser le droit de reproduction comme la diffusion d'exemplaires fixant matériellement l'œuvre. Dans le cas du caching, peut-on réellement parler d'un mode de communication au public réalisant une telle diffusion ? La mise en cache produit comme nous l'avons vu de nombreuses copies, certes, mais celles-ci sont-elles réellement diffusées ? Le terme « Diffuser » est défini par le Grand Larousse encyclopédique comme l'action de porter à la connaissance du public par tout moyen permettant d'atteindre à la fois une grande quantité de personne. Les copies réalisées dans le cadre du caching ne sont pas toutes transmises à des personnes, ni même destinées à l'être. Elles ne servent majoritairement que de relais d'un serveur à un autre. Seules celles qui sont en bout de chaîne sont transmises à l'internaute (principalement les copies cache réalisées par le navigateur). En d'autres termes, si l'on s'en tient à la définition de Monsieur LUCAS, la grande majorité de ses copies ne devrait pas être considérée comme des actes de reproduction, car elle ne consiste pas en une diffusion d'exemplaires.

Le législateur s'est bien gardé de préciser plus avant la définition du droit de reproduction au sein de l'article L. 122-3. On ne lui en tiendra nullement rigueur, puisqu'il s'agissait d'offrir à l'auteur la plus grande prise possible sur le devenir de son oeuvre. En considération de ce souci, les doutes que l'on vient de soulever sur l'existence d'une diffusion doivent être levés. Les copies techniques, même si elles ne sont pas toutes destinées à être communiquées au public, participent au procédé de diffusion d'exemplaires de l'œuvre. Dans le souci de protéger l'auteur, il est toujours préférable d'interpréter largement les textes qui définissent ses droits. Ainsi, nous considérerons que les copies cache réalisent bien une communication d'exemplaire de l'œuvre au public, de sorte que, selon l'adage « *in dubio pro autore* », notre doute profitera à l'auteur (une exception cependant à relever à ce raisonnement, nous verrons *infra* qu'il est difficilement soutenable que les copies de routage constituent des reproductions²⁸). Une autre objection peut cependant être soulevée : la fugacité de certaines copies techniques n'a-t-elle pas une influence sur la qualification de reproduction ?

²⁶ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e édition, 1978, n°257.

²⁷ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e édition, n°262.

²⁸ V. *infra*, n°44.

Section 2. Une reproduction provisoire

[24]. – Plan. – La grande majorité des pays estime que la reproduction existe indépendamment de la durée de la fixation de l'œuvre. Une fixation n'en est pas moins une reproduction, qu'elle soit permanente ou qu'elle ne dure que le temps d'un éclair. Cette solution qui s'imposait déjà dans le monde analogique, doit-elle être reçue de façon identique dans la sphère numérique ? L'article 2 de la directive du 22 mai 2001, à défaut de véritablement définir la reproduction, écarte tout doute quant à sa nature : la reproduction est « directe ou indirecte²⁹, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie ». La solution retenue dans la directive, qui n'est sans doute pas la meilleure des voies, a cependant l'avantage de la clarté : **La fixation provisoire de l'œuvre constitue une reproduction (I)**. La reproduction englobe donc semble-t-il tous les types de caching. Pourtant, en pratique, il apparaît inadéquat d'appréhender par le prisme d'un régime unique, des reproductions dont la durée de vie s'échelonne d'une nanoseconde à plusieurs mois parfois. Consciente de cette difficulté, la doctrine a ainsi tenté d'établir **une classification des reproductions techniques provisoires (II)** en deux catégories : les copies volatiles et les copies temporaires. Classification qui ne saurait recevoir une entière approbation.

I - La fixation provisoire comme reproduction

[25]. – Reproduction temporaire. – L'article 2 de la directive utilise le terme de reproduction provisoire. Classiquement, on considère qu'est provisoire ce qui se fait pendant un temps limité en attendant quelque chose de plus définitif (définition du Larousse). Cette définition n'est pas celle que l'on doit retenir. La directive semble en effet opposer les termes « provisoire » et « permanent », dans la mesure où elle les met sur le même plan que les antagonistes « directe » et « indirecte ». Cela signifie qu'une reproduction provisoire ne doit pas être entendue comme une copie transitoire destinée à être remplacée par une copie définitive, mais simplement comme une copie temporaire. Ce n'est pas l'objectif de la réalisation de la copie qui nous importe mais sa durée limitée dans le temps. Une reproduction est provisoire si elle n'est pas permanente. Il existe ainsi une certaine ambiguïté à parler de reproduction provisoire alors que la seule durée de celle-ci importe. Il est préférable, à notre avis, d'employer le terme de reproduction temporaire qui répond mieux au terme « permanent ». D'ailleurs, le texte de la directive, dans sa version anglaise, utilise le terme « temporary ».

[26]. – Reproduction provisoire dans la sphère analogique. – Les reproductions provisoires ne sont pas l'apanage du caching et existent, certes de façon sporadique, dans la sphère analogique. Monsieur de BROGLIE nous donne l'exemple d'un hologramme temporaire représentant une œuvre d'architecture³⁰. D'autres auteurs citent plus classiquement le cas de reproductions d'œuvres d'art plastique avec des matériaux tels que le sable et la glace. On comprend bien en quoi ces reproductions sont temporaires. La marée montante, pour l'un, et la chaleur de l'été, pour l'autre, viendront inéluctablement mettre fin à la reproduction. Le

²⁹ Une confusion doit être évitée : le fait que la reproduction puisse être directe ou indirecte ne renvoi pas à l'idée développée précédemment d'une communication directe ou indirecte. Cela signifie juste que la reproduction existe qu'elle soit réalisée ou non à partir d'une autre fixation (V. l'exposé de la Commission : 10 décembre 1997, COM (97) 628 final, p. 28).

³⁰ G. DE BROGLIE, *Le droit d'auteur et l'Internet*, Cahier des sciences, PUF, 1998, n°222.

temps de cette fixation varie ici de quelques heures à quelques semaines au mieux. Or, on ne ressent pas le besoin de distinguer ces deux fixations sous prétexte que leur durée de vie est différente. La raison est sans doute que les fixations en questions sont suffisamment permanentes pour être communiquée au public. Elles sont suffisamment stables pour être perçues. Cette justification ne se retrouve pas toujours dans la sphère numérique.

Le principe dans le domaine analogique est simple : il n'est pas nécessaire qu'une reproduction conduise à un exemplaire permanent de l'œuvre pour être soumise au droit exclusif de l'auteur. Mais doit-on raisonner de la même façon pour des fixations dont la durée de vie est de l'ordre de la nanoseconde ?

[27]. – Reproduction provisoire dans la sphère numérique. – Avec l'apparition du numérique les reproductions provisoires ont pris une toute autre dimension. Leur nombre et parfois leur extrême fugacité, constituent une nouvelle donne. Il n'est plus aussi évident que toutes les reproductions provisoires doivent être considérées abstraction faite de leur durée de vie. Comment en effet peut-on mettre sur un même plan le caching navigateur qui réalise des copies quasi-permanentes et le caching routeur pour lequel certaines copies n'excèdent pas une seconde ?

D'ailleurs, si l'on s'en tient à la définition générale de ce qu'est une fixation matérielle, on peut légitimement se demander si elle n'implique pas une certaine permanence. Est fixée l'œuvre qui est *maintenue* tangible, établie d'une manière durable à une place. Il n'y aurait alors fixation qu'à la condition que celle-ci reste stable pendant une certaine durée. Certaines législations étrangères estiment, en se fondant sur cette idée, qu'une œuvre qui est copiée simplement le temps de sa visualisation ne constitue pas une fixation. On pense notamment à la mémoire RAM qui est la mémoire primaire d'un ordinateur (par opposition à la mémoire secondaire ou mémoire de masse), rapidement accessible, dans laquelle les données peuvent être lues, écrites ou effacées, et qui, contrairement à la mémoire morte, ne conserve pas son contenu lorsque l'ordinateur est hors tension. Dans ce cas, il n'y aurait pas fixation. L'article 101 de la loi américaine sur le droit d'auteur va dans ce sens : « *A work is "fixed" in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration* ». Pour les tenants de cette position, le caching ne passe donc pas nécessairement par des reproductions, compte tenu de la fugacité des copies réalisées.

[28]. – Discrimination des reproductions provisoires numériques. - Pourquoi est-on tenté de tracer une frontière dans la sphère numérique fondée sur la durée de la fixation, alors que ce même raisonnement nous paraît moins acceptable dans le domaine analogique ? Cela est certainement dû au fait qu'il est difficile d'imaginer qu'une copie qui n'aura duré qu'une seconde puisse constituer une fixation et qu'il est facile de croire que seul Internet conduit à de telles situations extrêmes. Pourtant, une fois n'est pas coutume, Internet n'a en cette matière rien inventé, mais a seulement fait resurgir une question latente. Ainsi, on peut retrouver ces mêmes questions de durée de fixation lors la projection d'un film. Sur l'écran vont se succéder les images du film « fixées » de façon très fugitive. Est-ce pour autant la marque d'une reproduction ?

Jamais une réponse positive n'a été évoquée. Le numérique n'est pas seul à créer des fixations extrêmement fugitives, comment justifier alors que dans un cas on isole des actes de reproductions et pas dans l'autre ? Seule la psychose du numérique, que nous évoquions dans notre propos introductif, peut expliquer cette discrimination. Cependant, expliquer n'est pas justifier. Dès lors, si l'on reconnaît un droit de reproduction couvrant toutes les

reproductions provisoires, il faudra bien en tirer toutes les conséquences et reconnaître que la projection d'un film sur écran conduit de la même façon à la réalisation de reproductions (Pourquoi pas alors, comme le souligne Monsieur LUCAS, considérer que l'impression fugitive du film sur la rétine du spectateur est une reproduction provisoire ?).

[29]. – Difficulté du critère de la durée de la fixation. – Certes, il existe une difficulté sérieuse à vouloir exclure des fixations du droit de reproduction compte tenu de leur durée. La question est la suivante : Où tracer la frontière ? À partir de quelle durée de vie considérera-t-on qu'une copie est suffisamment permanente pour être une reproduction ? Des juges américains ont considéré qu'une reproduction demeurant onze jours en mémoire est suffisamment permanente pour constituer une reproduction³¹. La fugacité s'arrêterait-elle ainsi au dixième jour ? Cette question, volontairement exagérée, montre bien la difficulté de tracer une frontière sérieuse fondée sur la durée de fixation des copies. Certains disent qu'une copie ne doit être considérée comme une reproduction qu'à condition qu'elle soit suffisamment permanente pour être perçue. Nous voilà peu avancé, car les images du film projetés sont suffisamment stable pour être perceptible à notre vue (heureusement d'ailleurs, faute de quoi le cinéma perdrait considérablement de son attrait). On comprend donc le choix opéré par le législateur communautaire de ne pas consacrer une telle distinction au stade de la qualification de la reproduction. Cependant, une solution possible aurait été de reconnaître ce que le bon sens a déjà consacré (pour le cinéma notamment), à savoir qu'une copie qui ne dure que le temps de la communication de l'œuvre au public ne met pas jeu le droit de reproduction de son auteur. Pourtant, le droit de reproduction, définit dans la directive comme « provisoire ou permanent », est suffisamment large pour englober tous les actes de caching, du plus volatile au plus permanent.

Il apparaît cependant difficile de mettre sur un même plan tous ces actes de copies provisoires en consacrant ainsi un droit de reproduction hégémonique qui n'a de cesse que de donner aux internautes une image d'un droit d'auteur omniprésent et ainsi inapplicable. Dans un rapport pour le Sénat, Madame POURTAUD, rappelait que « devant l'impossibilité matérielle de soumettre à autorisation toutes les reproductions accessoires et contingentes que peut nécessiter une communication en réseau ou une télédiffusion, on est fatalement tenté de se passer de cette autorisation »³². La doctrine a donc tenté d'établir une classification de ces reproductions provisoires afin d'éviter l'écueil d'un régime unique. À l'initiative du Conseil d'Etat³³, une partie de la doctrine propose ainsi de distinguer la copie technique volatile de celle qui est temporaire.

II - Classification des reproductions techniques provisoires

[30]. – Copie technique volatile et temporaire. – La copie technique volatile serait celle réalisée uniquement pour permettre l'utilisation en ligne d'une œuvre et « dont l'existence n'excède pas celle de la durée de transmission ». Cette proposition doit être saluée, même si selon nous, il est douteux de continuer à dire que la copie technique volatile est une reproduction. Cette catégorie réunirait ainsi en son sein le caching RAM par exemple, réalisé

³¹ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal., 1995) : « In the present case, there is no question after *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, that "copies" were created (...). Even though the messages remained on their systems for at most eleven days, they were sufficiently "fixed" to constitute recognizable copies under the Copyright Act ».

³² D. POURTAUD, Rapport au Sénat, Doc. Sénat, n°317, 28 avril 1999.

³³ Conseil d'Etat, section du rapport et des études, *Internet et les réseaux numériques*, 2 juillet 1998.

dans la mémoire vive de l'ordinateur de l'internaute, ainsi que les reproductions faites sur les ordinateurs de routage. Le critère retenu est celui de la durée de vie, très éphémère, de la reproduction.

L'idée serait séduisante à ce stade, si on ne se perdait en conjectures face à l'autre copie technique dégagée par le Conseil : la copie technique temporaire. Il s'agirait de la copie faite uniquement pour permettre l'utilisation en ligne d'une œuvre par les abonnés d'un fournisseur d'accès et « dont l'existence n'excède pas la durée autorisée par le titulaire des droits par les dispositifs techniques appropriés ». La copie technique temporaire vise, dans l'esprit du Conseil, la copie réalisée dans le cadre d'un *caching proxy* par les fournisseurs d'accès. Par souci de symétrie, la copie technique temporaire est, elle aussi, définie dans le temps : son existence est limitée à la durée autorisée par l'auteur de l'œuvre mise en cache.

[31]. – Limites de la distinction. – Cette tentative de distinction doit être partiellement écartée car elle ne répond pas à une approche juridique du *caching*, mais à une approche économique. D'ailleurs le Conseil d'Etat ne s'en cache pas puisqu'il justifie l'existence d'une copie technique temporaire par « l'importance technique et économique des caches pour le développement de l'Internet ». Comme nous l'avons vu précédemment, il est délicat d'établir une distinction fondée sur la durée de la fixation. D'ailleurs, les intitulés retenus pour ces deux catégories de copies révèlent une certaine confusion. Une copie cache étant par nature temporaire, il paraît difficile d'isoler en son sein une catégorie spécifique de copies dites « temporaires », dans la mesure où elles le sont par définition toutes ! De plus, la notion de copie technique temporaire n'est qu'en apparence symétrique à celle de copie volatile. Le critère de la durée de vie de la fixation, « dont l'existence n'excède pas la durée autorisée par le titulaire des droits », est très artificiel. Il s'agit ici d'une durée subjective, dépendante de la volonté de l'auteur. Ainsi, si l'auteur décide que cette durée ne devra pas dépasser le temps de la transmission, les deux régimes se confondent. Lequel appliquera-t-on ? Autre élément qui vient heurter la symétrie apparente : la copie technique vise exclusivement une catégorie d'intervenants : les fournisseurs d'accès. Seuls les fournisseurs d'accès sont concernés par la copie technique temporaire, alors qu'il n'y a pas un tel type de restriction pour la copie technique volatile qui, elle, s'applique à tous.

La volonté du Conseil d'Etat de ne pas mettre sur un même plan toutes les reproductions provisoires réalisées par le *caching* est louable. Cependant, il est préférable de s'extraire du critère de la durée de fixation. Une autre classification, fondée sur la finalité de la copie technique et non plus sa durée, paraît être plus judicieuse³⁴. C'est d'ailleurs vers ce type de raisonnement que tend l'article 5-1 puisqu'il établit une distinction entre les copies exemptées, distinction elle aussi fondée sur la finalité de la copie technique et non sur sa durée.

Chapitre 2. Un acte exempté du droit de reproduction

[32]. – Plan. – Le législateur communautaire a assorti la définition large du droit de reproduction d'une exception destinée à tracer une juste frontière entre les actes de reproduction indispensables au réseau Internet (bénéficiant d'un régime d'exemption plus favorable) et les autres (article 5-1 de la directive du 22 mai 2001). La rédaction de cette exception est le fruit d'un long débat entre les titulaires de droits et les fournisseurs d'accès. La distinction opérée par ce que la doctrine nomme déjà, par référence à l'exception de copie

³⁴ V. *infra* sur la distinction entre copies techniques nécessaires et de confort, n°60 et suivants.

privée, « **l'exception de copie technique provisoire** » (Section 1), ne brille ni par sa clarté ni par sa simplicité.

La difficulté de définir une exception entrant autant dans l'analyse du procédé de mise en cache réside dans le fait que les actes dont il est question sont multiples et soumis à une évolution rapide. Peut-être aurait-il été plus judicieux, comme une partie de la doctrine le préconise, de préférer à une approche analytique de l'exception, une approche plus synthétique et de retenir **l'alternative du *fair use*** (Section 2).

Section 1. L'exception de copie technique provisoire

[33]. – Contenu de l'exception. – L'article 5-1 de la directive communautaire est ainsi rédigé : « Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre : (a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou (b) une utilisation licite, d'une œuvre ou d'un objet protégé et qui n'ont pas de signification économique indépendante sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2 ».

La transposition de cette directive est en cours d'étude en France. Dans un avis du 5 décembre 2002, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), a présenté un avant-projet de loi qui fixe une exception dont les termes reprennent l'économie de l'article 5-1. C'est d'ailleurs le choix de la plupart des pays qui ont transposé³⁵ ou vont transposer la directive. Face à un texte obscur, il est toujours préférable de s'en écarter le moins possible lors de la transposition, même si on peut regretter que le législateur français ne profite pas de cette occasion pour tenter d'éclairer les zones d'ombres du texte. L'article 5-1 fixe **les limites propres à l'exception de copie technique (I)** et est complété par les articles 1-2 et 5-5 qui posent **les limites générales à toutes les exceptions (II)**. Ses limites posées, nous tenterons de préciser **les frontières de l'exception par l'exemple (III)**.

I - Limites propres à l'exception de copie technique

[34]. – Plan. – Toutes les copies cache ne seront pas exemptées du droit de reproduction. Seules certaines d'entre-elles vont former l'exception de copie technique. La copie cache au cœur de l'exception doit avoir une nature et une finalité particulières.

C'est donc sans surprise que nous étudierons successivement **la nature de la copie technique (A)** puis la **finalité de la copie technique (B)**.

A - La nature de la copie technique

[35]. – Exclusion des reproductions permanentes. – L'article 5-1 ne concerne tout d'abord que « les actes de reproduction provisoires ». Comme nous l'avons déjà explicité précédemment³⁶, il est préférable d'utiliser le terme d'acte temporaire de reproduction. A *contrario*, cela signifie que les actes permanents de reproduction ne peuvent pas bénéficier de l'exception. Ainsi, la copie locale d'un site, dite copie « miroir », semble d'emblée être

³⁵ Un article 28B a été ajouté à la loi hellénique sur le droit d'auteur pour transposer l'article 5-1. Le contenu de cet article est mot pour mot identique à celui de la directive.

³⁶ V. *supra*, n°25.

exclue du champ de l'exception. En effet, cette copie technique, même si elle est régulièrement mise à jour, est destinée à rester en ligne aussi longtemps que le site original lui-même. A moins de considérer que chaque mise à jour est une nouvelle copie.

Nous pouvons remarquer dans ce sens que ce sont les actes de reproduction qui doivent être temporaires et non la reproduction elle-même (cela nous est indiqué par le pluriel du terme « provisoires » qui s'accorde avec les « actes »). Ces actes sont d'après le texte « visés à l'article 2 ». Or, l'article 2 ne fait lui référence qu'à la « reproduction provisoire » et non aux « actes provisoires de reproduction ». Ces deux expressions ont-elles le même sens ? La question n'est pas selon nous que de pure forme. Les actes de reproduction, dans le cadre d'un caching miroir, sont renouvelés régulièrement et pourraient être entendus comme temporaires, alors même que la reproduction du site dans son ensemble est permanente. Dès lors, la copie technique miroir pourraient répondre à la première condition posée par l'article 5-1.

Il aurait été regrettable de laisser perdurer une telle ambiguïté qui, sans doute, n'était due qu'à une maladresse rédactionnelle. Saluons donc le travail des rédacteurs de l'avant-projet de loi de transposition de la directive, qui ont su sur ce point s'extraire de la lettre du texte en ne faisant plus référence qu'à la « reproduction provisoire ».

[36]. – Acte transitoire ou accessoire. – Parmi les actes temporaires de reproduction, seuls ceux qui sont « transitoires ou accessoires » bénéficieront de l'exemption. Qu'apporte cette précision à la définition de l'exception ? Est transitoire ce qui est créé temporairement pour former une transition, un lien entre deux états. Nous retrouvons le critère du temps limité, déjà posé par le terme provisoire. L'idée supplémentaire réside dans le fait que la copie technique susceptible de bénéficier de l'exemption doit n'être qu'une sorte de maillon de la chaîne de transport de l'œuvre. Est-ce vraiment une précision utile ? Un élément de réponse nous est fourni par la directive sur le commerce électronique. L'article 12-3 de cette directive dispose que « les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises ». Ce terme, dans le texte de la directive est mis en opposition avec celui de « stockage automatique, intermédiaire et temporaire ». Le terme transitoire, si l'on se réfère aux intitulés des articles de la directive, est un élément qui permet d'isoler au sein du caching, celui qui n'est que de simple transport. Le terme transitoire semble donc avoir pour le législateur communautaire un sens particulier et on ne s'étonne nullement qu'il l'emploi successivement dans deux directives qui traitent, sous un angle différent, du caching³⁷.

Un acte est accessoire lorsqu'il est très secondaire par rapport à un objet principal. Quel est cet objet principal ? La première chose que l'on peut noter, c'est que l'adjectif « accessoire » n'a pas été utilisé dans la directive commerce électronique. En revanche, le projet de traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle en 1996 (traité n°1, article 7, alinéa 2) ouvrait aux Etats la possibilité de prévoir des exceptions pour « les reproductions temporaires de nature momentanée ou accessoire ». Selon Monsieur DESSEMONTET, la reproduction accessoire dans cet article est celle qui est « très secondaire par rapport à l'objet principal visualisé à l'écran ».

Si la reproduction transitoire semble faire référence au caching routeur et au caching RAM, le terme accessoire paraît renvoyer au caching *proxy* (ce caching est d'ailleurs cité dans le considérant 33 comme étant susceptible de bénéficier de l'exemption).

³⁷ On sera en revanche surpris de voir que le projet de loi sur la confiance en l'économie numérique, visant à transposer ces articles, ne mentionne plus le caching transitoire et que ce terme a disparu du texte, privant l'exégète d'un parallélisme utile.

[37]. – Partie intégrante et essentielle d'un procédé technique. – Ces actes transitoires et accessoires, éléments de la chaîne du transport de l'information, doivent également être une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique. La nature de ce procédé technique n'est pas explicitée à ce stade. Nous verrons d'ailleurs que rien n'autorise à penser que seul le procédé technique de transmission de données sur Internet est visé et que le procédé technique peut très bien ressortir du monde analogique³⁸.

L'autre précision apportée par ce point est sans doute l'ajout du caractère essentiel. Une interprétation littérale du texte à ce stade conduirait à dire que seules les copies techniques temporaires en l'absence desquels le processus de transmission de l'œuvre est impossible font exception au droit de reproduction. Nous verrons *infra* qu'une telle conception serait par trop restrictive³⁹ et est démentie partiellement par le considérant 33 qui cite le caching nécessaire à une transmission efficace comme pouvant faire l'objet d'une exemption.

[38]. – Absence de signification économique indépendante. – La copie technique réalisée dans le processus de transport de l'œuvre ne doit pas avoir de signification économique indépendante. En d'autres termes, si on isole cette copie du procédé technique, la reproduction réalisée ne doit pas avoir de valeur économique en elle-même⁴⁰. Une fois n'est pas coutume, la difficulté à ce stade est de trouver par rapport à qui ou à quoi l'on doit juger de cette valeur économique. Doit-on estimer qu'une copie qui priverait l'auteur d'une rémunération a une telle signification ? Est-ce que la copie technique qui permet de réaliser une économie dispose d'une valeur économique autonome ou est-ce seulement celle qui conduit à une nouvelle exploitation économique de l'œuvre ? Il faut trouver la réponse en se plaçant du point de vue de l'auteur. L'auteur ne peut être affecté économiquement que s'il est privé d'une redevance. L'exception bénéficiera donc aux actes de reproduction pour lesquels les redevances, dans l'hypothèse où elles seraient exigées par les ayants droits, seraient insignifiantes.

Cependant, une copie qui ne prive pas l'auteur d'une redevance ne constitue pas non plus une véritable exploitation de l'œuvre. A en croire Monsieur LUCAS, dès lors qu'une copie ne consiste pas en un acte d'exploitation, celle-ci ne devrait pas être considérée comme une reproduction. On peut, une fois encore, s'interroger sur le point de savoir si une mise en cache, sans valeur économique propre, doit bien être appelée reproduction. Cependant, cette absence de signification économique n'est pas là pour exclure des actes mais seulement pour les exempter de toute autorisation. Ainsi, l'absence d'exploitation de l'œuvre ne peut être acceptée qu'en admettant ce paradoxe.

Le texte de l'article 5-1 ne s'arrête pas là. Une fois ces conditions posées, il établit de lui-même une classification des copies techniques exemptées fondée sur leur finalité. Pourquoi établir une telle distinction si celle-ci conduit au même résultat : l'exemption de la copie technique provisoire ? Nous verrons que le régime des deux catégories exemptées diffère sensiblement.

B - La finalité de la copie technique

[39]. – Plan. - L'article 5§1 nous place face à une alternative : la copie cache doit avoir pour unique finalité, soit de permettre « une transmission (des œuvres ou objets protégés)

³⁸ V. *infra*, n°41.

³⁹ V. *infra*, n°46.

⁴⁰ Cette interprétation nous est donnée par le considérant 33 de la directive : « Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre ».

dans un réseau entre tiers par un intermédiaire », soit « une utilisation licite » de ceux-ci. Cette condition induit un traitement différent selon que la copie provisoire est réalisée par un intermédiaire ou non.

[40]. – La transmission des œuvres par les intermédiaires. – En premier lieu, la finalité de la copie technique doit être uniquement de permettre à un intermédiaire le transport de l'œuvre dans un réseau entre tiers⁴¹. L'exception n'existe au départ que pour exempter certains actes de reproduction (le caching routeur principalement) qui s'inscrivent dans le cadre du transport des œuvres sur Internet. Or, ce sont les intermédiaires qui réalisent ce transport. Qu'ils bénéficient d'un régime spécial plus favorable est la moindre des choses. La solution préconisée est claire, si la copie cache est le fait d'un intermédiaire, qu'elle résulte d'une utilisation licite ou non, elle est exemptée de toute autorisation. Ainsi, l'intermédiaire peut mettre en place un caching routeur sans avoir à vérifier l'origine des œuvres cachées. Même s'il s'agit déjà de copies illicites, l'intermédiaire peut les cacher à des fins de transmission sans engager sa responsabilité vis à vis de l'auteur. Le caching nécessaire à la transmission à défaut d'avoir été exclu des prérogatives de l'auteur est intouchable. On voit à quel point est symbolique la méthode du législateur communautaire d'inclure ces copies dans le droit de reproduction, alors que dans un même élan il leur confectionne un régime d'exemption qui n'a rien à envier à celui d'une exclusion. Une limite cependant, si l'intermédiaire sort de son rôle en émettant ou en réceptionnant l'œuvre, il ne s'agit plus d'une transmission entre tiers (entre des personnes étrangères à l'intermédiaire) et l'intermédiaire ne bénéficiera plus de l'exemption.

De quel réseau est-il question ? On pense bien sûr au réseau des réseaux, Internet, qui relie des internautes les uns avec les autres. Peut-on envisager d'autres types de réseaux, tels que les réseaux intranet. Le caching *proxy* interne pourrait dès lors bénéficier du même régime que son parent, le caching *proxy*. Cette possibilité nécessiterait de considérer (ce qui est fort discutable) que les administrateurs réseau des entreprises sont des intermédiaires⁴².

[41]. – L'utilisation licite des œuvres. – Si la copie cache a pour unique finalité de permettre une utilisation licite de l'œuvre, elle sera également exemptée, mais de moindre façon : seule les copies légales pourront être cachées sans autorisation. Cette catégorie n'est pas restreinte à une catégorie de personnes. Ainsi, quelle que soit la personne qui réalise ce caching, s'il a pour but de permettre une utilisation de l'œuvre qui est licite (c'est à dire qui a été autorisée par le titulaire des droits sur l'œuvre ou la prestation selon le considérant 33), il n'y a pas d'autorisation à demander. Une fois encore, la solution est des plus logiques : si l'on a obtenu l'autorisation de représenter l'œuvre par exemple et que l'on doit pour se faire réaliser une copie de celle-ci, il serait contraire au bon sens de permettre à l'auteur d'interdire la reproduction sans laquelle la représentation est impossible.

La copie visée par cette hypothèse d'utilisation licite de l'œuvre ou de l'objet protégé est celle qui est accessoire ou transitoire, partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, et qui a pour finalité de permettre son utilisation. Cette catégorie de copies techniques n'est pas expressément liée, comme la précédente, au réseau Internet. Rien n'empêche

⁴¹ Notons que l'avant-projet de loi, par la suppression de la numérotation de l'article 5-1 (a et b), rend la lecture de l'article plus difficile. En effet, il est question de la transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire sans que soit directement mentionné le fait qu'il s'agisse de la transmission d'une œuvre ou d'un objet protégé (ce que la numérotation impliquait plus nettement).

⁴² La notion d'intermédiaires n'est pas définie dans la directive du 22 mai 2001. Cependant, la directive commerce électronique, elle, n'englobe que certains acteurs spécifiques sous cette appellation (fournisseurs d'accès, transporteur de l'information, fournisseur de caching) qui officient directement sur Internet, ce qui n'est pas le cas des administrateurs de réseaux internes.

d'envisager des procédés techniques d'utilisation licite de l'œuvre dans le monde analogique pourquoi pas. Voilà un fondement pour les reproductions provisoires réalisées lors de la projection d'un film pour permettre son visionnage. Nous voici donc avec un fondement légal, là où ne se posait finalement aucune difficulté. Est-ce bien utile ? Un autre exemple à donner montre à quel point cette absence de précision peut s'avérer empreinte de conséquences imprévues. Lors de la radiodiffusion d'une œuvre (autorisée par le titulaire des droits dans notre hypothèse), le radiodiffuseur réalise une reproduction préalable de l'œuvre en vue de permettre cette utilisation. Actuellement, il doit demander l'accord des sociétés de gestion collective des phonogrammes pour exploiter légitimement son service. L'exception ainsi rédigée peut-elle permettre aux radiodiffuseurs de se passer de toute autorisation ?

A la différence de leurs homologues Français, les « transmitting organisations » américaines ont le droit de disposer gratuitement d'une copie pour les besoins de leur émissions pendant une période de six mois. Il s'agit de ce que les Américains appellent des « ephemeral copies ». L'article 5-1 n'est-il pas la reconnaissance indirecte des copies éphémères en droit français ? Bien qu'il ne soit sans doute pas impossible de faire rentrer ces copies dans le moule de l'article 5-1, nous ne le pensons pas. En effet, la directive du 22 mai 2001 a prévu une exception facultative relative à ces copies en son article 5-2 qui n'est pas reprise dans le projet de transposition. Cet article serait rendu inutile si, par l'interprétation de l'article 5-1, les copies éphémères étaient considérées comme des copies techniques. Pourtant, faute de précision les deux exceptions se chevauchent au moins en théorie.

II - Limites générales à toute exception au droit de reproduction

[42]. – Exclusion des logiciels et des bases de données. – L'article 1-2 de la directive dispose que : « Sauf dans les cas visés à l'article 11, la présente directive laisse intacte et n'affecte en aucune façon les dispositions communautaires existantes concernant : a) la protection juridique des programmes d'ordinateur (...), e) la protection juridique des bases de données ». L'avant-projet de loi de transposition de la directive confirme qu'il faut comprendre par là que les logiciels et les bases de données sont exclus du champ d'application de l'article 5-1. Pourquoi cette exclusion ? Monsieur SIRINELLI rappelle à juste titre que « nombre d'œuvres circulant sur Internet sont associées à des applets Java – qui sont des séries d'instructions – ou que certains sites (...) peuvent être qualifiés de base de données ». Il est vrai qu'il serait très difficile pour un fournisseur d'accès de faire un tri entre les œuvres qu'il met en cache. La notion de base de données recouvre beaucoup d'éléments et il sera très fréquent d'associer une œuvre à une instruction Java, sans laquelle l'œuvre ne saurait être communiquée. Sans doute faut-il nuancer cette inquiétude. Le régime des logiciels et des bases de données n'est en effet pas sans rappeler celui des œuvres cachées.

Ces deux œuvres particulières ont fait l'objet chacune d'une directive spécifique⁴³ qui a été transposée en droit interne. En matière de programme d'ordinateur désormais, l'article L. 122-6, 1° du Code de la propriété littéraire et artistique précise que lorsque « le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage » impliquent une reproduction permanente ou provisoire, celle-ci est soumise à l'autorisation de l'auteur. Cette formulation, directement inspirée de la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, étend donc expressément la notion de reproduction aux copies provisoires, fussent-elles nécessaires pour la bonne exécution du

⁴³ Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (directive modifiée par la directive 93/98/CEE) ; Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

programme (nous retrouvons le principe posé à l'article 2 de la directive du 22 mai 2001). Pour éviter l'impasse, ces textes précisent néanmoins que l'autorisation n'est pas requise lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à la personne ayant le droit d'utiliser le programme d'ordinateur, de l'utiliser d'une manière conforme à sa destination. La solution est identique en matière de bases de données conformément à la directive européenne du 11 mars 1996, fidèlement transposée sur ce point. L'exception ainsi posée est d'une grande souplesse et ne détaille pas les actes d'utilisation conforme à la destination du logiciel ou de la base de données. Faute de définition légale de la notion de "destination", la doctrine précise que le logiciel est conforme à sa destination lorsqu'il est capable de traiter les informations en vertu des "fonctionnalités voulues" par l'auteur et programmées comme telles. Mais cette définition demeure relativement vague et, sauf pour corriger les erreurs, hypothèse explicitement prévue par la loi, il est malaisé de déterminer dans quels cas l'utilisateur peut intervenir sur le logiciel. Pourtant, il nous semble qu'il n'est pas impossible d'interpréter ce texte de façon à lui donner une cohérence avec l'article 5-1 de la directive du 22 mai 2001. Ainsi, on peut estimer qu'une mise en cache, éphémère et incidente, d'un logiciel ou d'une base de données qui est nécessaire au procédé technique de transmission de ces œuvres n'est qu'une utilisation légitime de celles-ci (cette solution permettrait également de jeter une certaine lumière sur cette exception dont l'imprécision de ses contours n'a rien à envier à celle de l'article 5-1). Ainsi, par le jeu de ces exceptions, toutes les œuvres cachées seraient soumises à un régime sensiblement identique. Une différence cependant, l'exception d'utilisation conforme à la destination de l'œuvre, ne peut jouer que si l'auteur a autorisé l'utilisation de celle-ci. En d'autres termes, les intermédiaires ne pourront pas cacher à leur guise ces œuvres particulières aux fins de transmission sur le réseau comme ils le peuvent avec les autres œuvres.

On peut donc être très perplexe face à cette exclusion qui, non contente de ne pas réellement se justifier (dans la mesure où elle contribue à isoler un peu plus les logiciels et les bases de données des autres œuvres), rend plus difficile la gestion des caches sur Internet.

[43]. – Respect du triptyque de la convention de Berne. – Toutes les exceptions mentionnées dans la directive doivent également respecter l'article 5-4 qui reprend l'article 9 de la convention de Berne. Cet article pose le principe du triptyque⁴⁴ : (1) l'exception doit être cantonnée dans des cas spéciaux ; (2) elle ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ; (3) elle ne doit pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits. Le considérant 31 souligne que « le principe du triptyque doit spécialement être observé dans le nouvel environnement électronique en raison de l'incidence économique accrue attachée à certaines exceptions affectant les reproductions ou communications numériques ».

(1) Dire que l'exception de copie technique est cantonnée dans des cas spéciaux se rapprocherait fort du pléonasme. Il ne fait pas beaucoup de doute que la copie cache dont il est question à l'article 5-1 s'inscrit bien dans le premier volet du test tant les conditions posées par la directive sont nombreuses et détaillées à l'extrême.

(2) L'exception porte-t-elle atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ? Dans la mesure où la copie exemptée, pris isolément, ne saurait faire l'objet d'une exploitation, une atteinte à l'exploitation de l'œuvre paraît peu probable. A la différence de l'exception de copie privée, qui est remise en cause sur ce point, l'exception de copie technique ne conduit pas à une exploitation parallèle de l'œuvre.

⁴⁴ Le terme triptyque signifie « plié en trois » en grec. On parle également du « triple test ».

(3) Enfin, plus délicate est la question de l'absence de préjudice aux intérêts du titulaire des droits. Quelle est la nature du préjudice ? Dans la mesure où le droit moral ne souffre d'aucune exception, il s'agit d'un préjudice qui touche les droits patrimoniaux et qui est donc de nature pécuniaire. Rappelons que la copie technique exemptée ne dispose déjà d'aucune signification économique indépendante. Dans ces conditions, comment l'exception pourrait-elle causer un préjudice pécuniaire aux auteurs ? La notion de signification économique indépendante semble faire double emploi avec l'article 5-5. N'aurait-il pas été plus judicieux de supprimer purement et simplement cette condition qui semble superflue et qui n'a pas, avouons-le, la limpidité du cristal ? Certains auteurs estiment que cette absence de signification économique ne fait pas doublon avec le triple test car elle est plus contraignante que l'absence de préjudice et qu'elle viendrait donc en renfort.

Une fois faite l'exégèse de ces conditions et limitations, il nous semble que la directive pose plus de questions qu'elle n'en résout. Pour cette raison, tachons de tracer pratiquement les frontières de l'exception.

III - Les frontières de l'exception par l'exemple

[44]. – Le caching routeur. – Les copies techniques de routage, qui sont, dans l'esprit du législateur des reproductions, vont bien évidemment bénéficier de l'exception. C'est principalement elles qui sont visées par le texte. Il s'agit bien d'actes temporaires de reproduction, éphémères et incidents, composants nécessaires du procédé technique de transport de l'œuvre et ne servant qu'à permettre leur transmission sur le réseau. Ce caching est réalisé par les intermédiaires pour le fonctionnement du réseau et est amplement justifié par des impératifs techniques. Nous sommes dans la catégorie des actes nécessaires. Il n'y a pas de doute sur le fait que ces actes, que l'on a souhaité laisser pour des raisons politiques dans l'escarcelle de l'auteur, doivent au moins échapper à son pouvoir d'autorisation. Qu'en est-il de l'absence de signification économique indépendante ? Si l'on isole ces copies techniques, peut-on envisager qu'elles soient le siège d'une redevance pour les titulaires des droits sur les œuvres cachées ? La réponse à donner n'est pas juridique, mais pratique : lorsque l'on sait que chaque œuvre transportée conduit à la réalisation parfois de plusieurs centaines de copies de routage, que ces copies ne durent que le temps d'une seconde pour la plupart, on convient aisément qu'il serait illusoire de vouloir soumettre ces actes à redevances. D'ailleurs, si on les isole du procédé technique, qui serait prêt à payer pour œuvre dont la durée de vie ne dépasse pas une seconde ?

Notons surtout que, techniquement, les serveurs de routage ne copient pas l'œuvre elle-même, mais seulement des parties de celle-ci (les fameux paquets) exprimées sous la forme de zéros et de uns (langage binaire). Sur ces serveurs, l'œuvre n'est jamais complète (car les paquets ne suivent pas forcément la même route) et pris isolément, ces données fractionnées ne peuvent recevoir de sens. Une simple suite de chiffres de codage, de laquelle on ne peut tirer aucun sens, ne peut constituer selon nous une reproduction, même partielle, de l'œuvre. La reproduction est définie comme la « fixation matérielle de l'œuvre », en l'espèce ce qui est fixé n'est pas l'œuvre, mais un codage qui, isolé sur un serveur de routage, ne permet pas de reconstituer la moindre partie cohérente de celle-ci. Dès lors, le droit d'auteur n'est selon nous aucunement en jeu ne serait-ce que pour cette raison. Même la définition large prévue par la directive ne saurait prendre en compte ces copies techniques particulières. La directive d'ailleurs prévoit pour ces copies un régime d'exclusion qui ne dit pas son nom. Soyons rigoureux et reconnaissons que ni le droit d'auteur ni les droits voisins n'ont à voir avec le caching routeur. De sorte qu'il est inutile d'avoir recours à l'exemption de l'article 5-1 pour des copies qui, par nature, sont exclues des prérogatives des titulaires de droit.

[45]. – Le caching RAM. – Un raisonnement proche peut être tenu pour les copies volatiles qui servent exclusivement à l’affichage des œuvres sur l’écran. Là encore la reproduction est d’une particulière volatilité et est vitale pour un procédé technique. Cependant, il est indiscutable qu’il y a bien reproduction de l’œuvre dans la mémoire vive.

L’exemption ne jouera que si l’œuvre mise en cache est licite, car il ne s’agit pas ici d’une transmission dans un réseau entre tiers réalisée par un intermédiaire, mais bien d’un caching réalisé par les utilisateurs. Attention donc avant de télécharger une œuvre à être sûr de son origine, à défaut de quoi son affichage non content de violer le droit de représentation de cette œuvre contreviendra également au droit de reproduction provisoire.

[46]. – Le caching proxy. – Un premier doute sur la sphère d’application de l’exception réside dans les actes de caching destinés non pas à permettre le transport des œuvres sur le réseau, mais seulement à le faciliter par l’utilisation des copies de proximité. La controverse est toujours la même : pour les auteurs et auxiliaires de la création il ne s’agit ici que de copies de pure commodité ayant pour unique finalité de permettre aux fournisseurs d’accès de réaliser des économies. Pour ces derniers en revanche, elles représentent des copies nécessaires au bon fonctionnement du réseau. Le considérant 33 de la directive cite ces copies comme pouvant être potentiellement exemptées : « Pour autant qu’ils remplissent ces conditions, cette exception couvre (...) les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission ». En d’autres termes, le caching *proxy* peut être exempté à condition de remplir les conditions prévues à l’article 5-1, ce qui ne nous avancement pas beaucoup. Si l’on s’attache aux critères de l’article 5-1, ces actes de reproductions sont bien temporaires, accessoires et nécessaires à un procédé technique visant à rendre efficace la transmission des œuvres (selon les termes du considérant 33). Qu’en est-il de l’absence de signification économique indépendante ? Monsieur SIRINELLI⁴⁵ soulève un argument maintes fois avancé pour rejeter l’application de l’exception au caching *proxy* : « Supposons qu’une œuvre est payée 1 \$ à chaque fois qu’elle est consultée dans sa base de donnée d’origine (au titre de la rémunération pour copie privée). Cette œuvre reproduite dans un serveur *proxy* va priver l’auteur des redevances puisque les serveurs *proxy* échappent aux compteurs techniques ». Il est juste de dire que dans l’hypothèse où le caching *proxy* prive l’auteur d’une rémunération, il serait siège d’une signification économique indépendante.

Pourtant, techniquement, il est possible d’éviter cet écueil et donc d’envisager l’exemption. Les copies de pages réalisées sur les serveurs peuvent en effet contenir un code permettant d’assurer le comptage des visites, même si la page est mise en cache. Certes, il est nécessaire de prévoir dans la programmation que la page pourra faire l’objet d’une mise en cache, à défaut de quoi, l’auteur verrait une partie de sa rémunération disparaître. D’ailleurs, l’exemption, suite au considérant 33, ne sera de toute façon possible que si 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 ». Certains auteurs voient dans cette condition, l’obligation pour l’intermédiaire de s’assurer notamment du comptage des visites. Mettons de côté l’étrange usage que fait le législateur communautaire des considérants (qui ne font normalement pas l’objet d’une transposition), pour conseiller aux fournisseurs d’accès de bien s’assurer du respect de ces limitations imposées par l’auteur. A défaut de quoi, soit pour le motif qu’il contreviendrait à l’utilisation de la technologie, soit pour le motif qu’il réaliserait des copies provisoires ayant

⁴⁵ P. SIRINELLI, Cour d’appel de Versailles (1^e Ch.), *Justice et nouvelles technologies de l’information et de la communication*, Colloque du 26 octobre 2001, p15.

une valeur économique indépendante, il violerait le droit de reproduction des auteurs et des auxiliaires de la création.

Notons que le raisonnement ne sera pas le même en cas de caching *proxy interne*, dans la mesure où il s'agit d'un caching « privé » qui ne bénéficie qu'à une administration ou à une entreprise. Ce caching ne bénéficiera pas selon nous de l'exemption. A la différence d'un caching *proxy*, il est réalisé par un intervenant privé qu'il est difficile de nommer « intermédiaire » et n'a pas comme unique finalité de permettre l'utilisation licite de l'œuvre.

[47]. – Le caching navigateur. – Les copies cachées par le navigateur des internautes bénéficieront-elles de l'exception ? Techniquement, les reproductions effectuées pendant le butinage sont archivées sur le disque dur des utilisateurs pour permettre un affichage plus rapide lors d'une prochaine visite d'un site. Parfois des pages entières sont stockées dans ce cache pendant un délai qui peut excéder plusieurs mois. Dans ces conditions, peut-on réellement parler de reproductions temporaires ? De même, peut-on parler de reproduction transitoire, élément du transport de l'information, lorsque l'on sait qu'il est à la portée d'un utilisateur, certes confirmé, de parcourir, hors connexion, le contenu du cache présent sur son ordinateur. Néanmoins, il serait des plus fantaisistes que d'espérer soumettre tout internaute à l'obligation de requérir l'autorisation des auteurs des œuvres cachées sur leur ordinateur. La majorité d'entre eux ignore le plus souvent qu'un tel stockage est réalisé, ensuite il serait matériellement impossible de contrôler et recenser toutes les œuvres concernées. Pourtant, les conditions de l'article 5-1 ne semblent pas véritablement exonérer ces copies. Ne serait-ce pas parce que le caching navigateur est du ressort d'une autre exception : l'exception de copie privée ?⁴⁶

[48]. – Le caching miroir. – Comme nous l'avons vu précédemment, la copie d'un site ne peut être considérée comme une reproduction temporaire, dans la mesure où sa durée de vie est logiquement la même que celle du site original. Il ne s'agit pas non plus d'une reproduction transitoire, ni même accessoire. Il ne fait donc pas de doute qu'un caching miroir ne peut bénéficier de l'exception et doit se faire avec l'autorisation de l'auteur. D'ailleurs, bien souvent, il est réalisé par l'auteur lui-même ou son cessionnaire.

[49]. – Le caching moteur de recherche. – Les moteurs de recherche prennent traditionnellement beaucoup de liberté avec le droit des auteurs et des auxiliaires de la création. Certains moteurs proposent ainsi de traduire des pages entières (traduction qui ne peut normalement pas se faire sans l'autorisation de l'auteur) et surtout archivent (car il s'agit bien de cela) des œuvres et des objets protégés sans se préoccuper de leur conditions d'accès. Ainsi, alors même qu'une page a été retirée de l'Internet par l'auteur, il est possible de la retrouver. Cette indexation est utilisée pour permettre d'étendre les recherches au contenu des pages des sites. Il nous faut également considérer que ces copies ne pourront pas bénéficier de l'exemption. On peut douter tout d'abord de leur caractère provisoire en retenant la même analyse que pour le caching miroir. D'autre part, Il est difficile d'admettre qu'elles soient réellement « une partie *essentielle* d'un procédé technique » dans la mesure où les sites archivés en cache sont offerts à titre *optionnel*.

[50]. – Prévisibilité incertaine de l'article 5-1. – On le voit, il existe de nombreuses zones d'ombres au sein de l'article 5-1, pour la raison que les copies techniques sont de

⁴⁶ V. *infra*, n°91.

forme et de nature extrêmement variées. Peut-être aurait-il été plus judicieux, une fois le postulat d'un droit de reproduction hégémonique posé, de s'entendre sur une définition plus synthétique de l'exception qui doit nécessairement l'accompagner. Certes, cela n'aurait pas été à la convenance des titulaires de droits et même des opérateurs de caching, craignant que l'imprévisibilité d'une telle définition ne leur soit à chacun défavorable. Pourtant, l'article 5-1 ne semble pas réellement plus prévisible à ce jour. Dans ces conditions, pourquoi ne pas envisager la solution retenue à cette question en droit américain ?

Section 2. L'alternative du fair use américain

[51]. – Plan. – Bien que sur de nombreux points il s'oppose au système français, le *copyright* américain, a retenu la même approche que nous en ce domaine. Ainsi, une fois encore le principe est le suivant : **la copie technique provisoire est une reproduction** (I). Cependant, cette identité de traitement s'efface lorsqu'il est question du régime des exceptions au droit d'auteur. En droit américain, toutes les exceptions sont issues d'une seule et même notion : l'usage équitable (ou l'usage loyal selon les traductions). Là où il y a usage équitable de l'œuvre, il n'y a plus de droit pour l'auteur de l'œuvre. Cette équité dans l'usage est appréhendée par le prisme de quatre critères dégagés à l'origine par la jurisprudence avant d'être consacrés par la loi américaine. Nous étudierons dans un second temps ces critères qui permettent **la détermination de l'usage équitable** (II). Nous verrons enfin s'il est possible en droit américain d'estimer que les copies techniques relèvent d'un usage équitable par **une tentative d'application du fair use aux copies techniques** (III).

I - La copie technique provisoire comme reproduction

[52]. – Définition de la fixation. – Comme nous l'avons vu précédemment, l'article 101 du *Copyright Act* nous donne la définition de la fixation requise pour qualifier une copie de reproduction : « *A work is "fixed" in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration* ». A en croire ce texte, dès lors que la copie est volatile, éphémère, elle ne donnerait pas prise au *copyright*. Une telle intuition est cependant nuancée par l'interprétation très libre réalisée par la jurisprudence américaine. En effet, même le caching RAM, qui ne dure que le temps de la transmission, semble suffisamment permanent pour être considéré comme une reproduction.

[53]. – MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc. – Dans l'affaire MAI⁴⁷ rendue par la Cour d'appel du neuvième circuit, les juges devaient étudier la légalité de la copie d'un programme dans la mémoire vive d'un ordinateur. En l'espèce, la société MAI vendait des ordinateurs et développait des logiciels. La société Peak, de son côté, réalisait l'entretien d'ordinateurs et de systèmes informatiques. Pour identifier certains problèmes rencontrés dans les programmes conçus par MAI, les techniciens de Peak devaient faire fonctionner le logiciel et étudier le Registre des erreurs du système. La société Peak a admis que, lorsque

⁴⁷ MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 ; 61 USLW 2633 ; 26 U.S.P.Q. 2d 1458 ; en ligne à l'adresse http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/991_F2d_511.htm (9th Circ. July 4, 1993). Site visité en février 2003.

l'ordinateur est mis en marche, le logiciel devait être téléchargé dans la mémoire vive de l'ordinateur. La Cour devait finalement déterminer que le programme informatique copié dans la mémoire vive de l'ordinateur par Peak était suffisamment fixé pour constituer une reproduction du programme de MAI, au sens de la loi : « *MAI has adequately shown that the representation created in the RAM is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration* ».

Dès lors que le caching RAM est suffisamment permanent pour être considéré comme une reproduction, il ne fait pas de doute que tous les autres types de caching (qui sont tous plus persistants) seront également à inclure dans la sphère du *copyright*. Ainsi, de la même façon, il est nécessaire de prévoir une exception pour les actes nécessaires à la transmission de l'information sur Internet en déterminant si nous sommes en présence d'un usage équitable.

II - La détermination de l'usage équitable

[54]. – Critères de loyauté de l'usage. – L'article 107 du *Copyright Act*⁴⁸ envisage d'évaluer la loyauté de l'usage d'une oeuvre en fonction principalement : (1) du but et du caractère de l'usage, notamment de sa nature commerciale ou non-lucrative ; (2) de la nature de l'oeuvre protégée ; (3) de l'importance et du caractère substantiel de l'emprunt par rapport à l'ensemble de l'oeuvre protégée ; (4) de l'influence de l'usage sur le marché potentiel de l'oeuvre protégée ou sur sa valeur.

(1) Le but : le texte de l'article laisse entendre que le but de l'usage doit être de préférence non commercial. Le *fair use* est traditionnellement un usage à des fins d'enseignement et de recherche, de critique, de parodie ou d'information qui est exempt de tout lucre. En d'autres termes, la copie réalisée ne doit pas donner lieu à une exploitation purement économique. L'usage commercial permet d'ailleurs de présumer d'un usage non loyal.

(2) La nature de l'oeuvre : Si l'oeuvre est analogique l'usage équitable sera plus facilement reconnu que si elle est numérique (la facilité de la copie rendant la protection de l'oeuvre plus fragile). De même, si l'oeuvre est un logiciel, une photographie, une sculpture, l'usage loyal ne sera pas le même. Enfin, moins l'oeuvre sera originale, plus l'exception de *fair use* sera admise facilement.

(3) L'importance de l'emprunt : On apprécie l'emprunt d'un point de vue quantitatif (une faible portion de l'oeuvre) et qualitatif (la portion ne doit pas être le coeur de l'oeuvre).

(4) L'influence sur le marché : L'usage ne doit pas avoir d'effet significatif sur le marché, existant ou potentiel, de l'oeuvre utilisée (il ne doit pas exister de produit similaire dans le commerce par exemple). Ce critère d'une certaine façon les résume tous tant ils sont imbriqués et liés à cette dimension économique. Il est le plus important et se traduit par la question suivante : est-ce que l'usage remet en cause la capacité du titulaire de droits à concéder des licences ?

⁴⁸ Texte original de la section 107 intitulé « Limitations on exclusive rights : Fair use » : « Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work (...) is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include - (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes ; (2) the nature of the copyrighted work ; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole ; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

Voici donc quelques-uns des critères utilisés par la jurisprudence pour déterminer si un usage est équitable ou non. Si un usage ne heurte aucune de ces conditions il sera reconnu loyal. L'usage équitable peut exister également si deux ou trois des critères sont remplis, à la discrétion des juges (le but et les effets sont les deux critères les plus importants et parfois suffisent à justifier d'un usage équitable). On le voit, le système est d'une extrême souplesse et laisse toute liberté au juge américain : là où le marché de l'œuvre n'est pas significativement touchée, il n'y a pas de contrefaçon.

Ce principe qui n'est pas reçu en France (puisqu'une contrefaçon peut exister même si elle ne cause aucun préjudice) n'est pas sans rappeler la notion de signification économique indépendante qui elle aussi recherche l'implication économique de l'usage de la copie. Cette condition de l'article 5-1 tend à rapprocher le droit d'auteur du *copyright*. Peut-être pourrions-nous, en nous intéressant à la manière dont le caching est appréhendé par le *copyright*, en apprendre d'avantage sur l'article 5-1.

III - Tentative d'application du *fair use* aux copies techniques

[55]. – *Fair use* et caching RAM. – L'arrêt MAI nous signalait que le caching RAM rentrait dans la sphère du *copyright*, sans s'intéresser au *fair use*. Le tribunal de district de Californie, dans l'affaire Religious Technology Center quant à lui semble compléter le raisonnement en ces termes : « *La copie temporaire qu'implique le survol d'une œuvre est nécessaire uniquement parce que les humains ne peuvent percevoir autrement de l'information numérique. C'est l'équivalent fonctionnel de la lecture, qui n'implique pas les lois sur le droit d'auteur et peut être faite par quiconque dans une bibliothèque sans la permission du titulaire des droits d'auteur.(...) En l'absence d'une utilisation commerciale ou d'une utilisation qui vise à priver le titulaire des droits d'auteur d'un revenu, le survol d'une œuvre constitue probablement une utilisation équitable d'une œuvre ; il est difficile d'imaginer un marché pour l'octroi de licences pour la copie temporaire d'œuvres sur des écrans d'ordinateur pour permettre le survol des œuvres* ».

On reconnaît les critères classiques du *fair use*, mais on peut s'inquiéter de l'utilisation du terme « probablement ». De plus, il s'agit d'un extrait d'une note de bas de page rédigée par les juges mais ne faisant pas directement partie de la décision. La portée de ce principe reste donc très limitée et tient plus du souhait que du droit positif. Aucune certitude n'existe donc, mais sans doute peut-on penser que les juges seraient enclins à admettre que le caching RAM, comme le caching routeur, ne violent pas le *copyright*.

[56]. – *Fair use* et autres types de caching. – Pour les autres types de caching, il n'existe aucune certitude également, la jurisprudence américaine n'ayant pas eu à se pencher sur ces hypothèses. Tout dépendra de l'appréciation au cas par cas réalisée par les juges. Sans doute sera-t-il plus facile qu'en France d'admettre que le caching navigateur est un usage équitable par les internautes des œuvres, compte tenu du fait que l'intérêt général du public est pris en considération d'une autre façon en *copyright* américain. La jurisprudence considère en effet que le *fair use* a pour objet d'établir un équilibre entre la protection de l'investissement commercial et l'intérêt du public. Ainsi, dans une décision Sega entreprises contre Accolade inc., la Cour considérait que le fait pour Accolade de copier une partie du code informatique d'un jeu Sega en vue d'apprendre à réaliser des jeux concurrents compatibles pour les consoles de jeu Sega constituait un usage équitable. La Cour justifiait sa position par le fait que la copie en cause permettait de créer une concurrence dans le marché des cartouches de jeux Sega qui était bénéfique pour le public. L'usage a donc été reconnu

équitable car il apportait au public plus de créativité et un plus grand choix dans le marché du jeu vidéo.

Une telle vision est bien éloignée de la conception française des exceptions au droit d'auteur. Par ailleurs, le *fair use* ne peut être extrait et incorporé au droit d'auteur français sans abolir ce qui fait l'essence de notre vision personnaliste du droit.

[57]. – Rejet du système du *fair use*. – Comme nous l'avons vu, l'appréciation de l'usage d'une œuvre dépend de la nature de celle-ci. Or, pour des raisons pratiques, il est bien difficile d'envisager de devoir faire un tri systématique entre des œuvres cachées qui risquent de ne pas être considérées comme le fruit d'un usage équitable. Par exemple, il sera plus dangereux de cacher une œuvre fraîchement publiée qu'une œuvre qui a été portée à la connaissance du public depuis de nombreuses années. Le grand principe selon lequel le droit doit être lisible pour les opérateurs ne se relèverait pas d'un tel coup porté. Intégrer le *fair use* ne serait donc pas plus avantageux que l'actuel article 5-1.

On le voit, la solution du *fair use* n'est pas vraiment l'alternative miraculeuse que l'on pouvait espérer à la directive du 22 mai 2001. De surcroît, l'imprécision de l'article 5-1 tient certainement du fait que la notion de signification économique indépendante provient indirectement d'une conception proche du *fair use*.

[58]. – Conclusion partielle. – A défaut d'avoir eu la hardiesse d'exclure purement et simplement la copie technique du droit de reproduction (ce que l'on peut comprendre compte tenu du grand nombre d'hypothèses que cette notion recouvre), il aurait été certainement plus judicieux d'envisager cette question en s'extrayant de l'effet de loupe que nous décrivions précédemment. La copie technique n'a de sens que lorsqu'elle est replacée dans son contexte. Elle est, avant d'être une reproduction, un élément d'une autre prérogative de l'auteur : le droit de représentation de l'œuvre. La question du caching n'existe que parce qu'en amont l'auteur a autorisé la communication au public de son œuvre sur le réseau. Certes, il est des situations où l'œuvre circule sans autorisation, mais dans ce cas pourquoi vouloir sanctionner la personne qui met l'œuvre illicite en cache, alors que le plus coupable (que l'on nomme parfois le « fournisseur de contenu ») est bien celui qui a mis l'œuvre en ligne sans autorisation? La réponse n'est pas juridique, mais pratique. Si les auteurs se braquent sur les reproductions provisoires et non sur la représentation, c'est parce qu'il est plus facile d'identifier et d'assigner les intermédiaires qui réalisent le caching que les internautes, souvent moins solvables, qui sont à l'origine de la contrefaçon. On comprend l'insistance des auteurs à faire reconnaître qu'une copie cache est en elle-même une reproduction, mais est-ce là pour autant une justification ? Nous ne le pensons pas.

Si nous envisageons maintenant la problématique du caching dans son ensemble, nous voyions qu'avant toute autre chose, et notamment avant d'être éventuellement qualifiée de reproduction, la copie cache est un acte inhérent à la représentation de l'œuvre sur Internet. Sous cet éclairage particulier, une lumière nouvelle peut être donnée à la question du caching.

TITRE II.

Le caching : un acte inhérent à la représentation de l'œuvre sur Internet

« *Le droit d'auteur n'a jamais été, et ne sera jamais, un obstacle au progrès technique, et cela d'ailleurs depuis le début de l'imprimerie. Par contre, sans protection sérieuse, le développement technique peut mettre en cause les droits d'auteur et par conséquent, tarir la création* ». (Philippe MONFILS, Propos tenus lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption de la directive du 22 mai 2001).⁴⁹

[59]. Certes, les arguments ne manquaient pas pour soumettre les copies techniques au droit de reproduction : ce droit est traditionnellement moins soumis à gestion collective, il permet d'augmenter la liste des débiteurs de l'auteur et si l'on en croit Monsieur MONFILS, il en va de la pérennité même de la création que le droit d'auteur octroi une protection forte contre le développement technique. Il ne fait aucun doute que l'auteur doit être en mesure de protéger sa création contre la technique, mais le législateur semble de plus en plus pêcher par excès de zèle. Les titulaires de droits se voient surprotéger contre des menaces qui parfois s'apparentent plus aux moulins à vents de Don Quichotte qu'à autre chose. Voilà sans doute la raison principale qui explique que l'on se soit senti obligé de soumettre systématiquement les copies techniques au droit de reproduction. Pourtant, comme le souligne Monsieur LUCAS : « Isoler des actes techniques au sein d'un processus de traitement ou de communication pour les confronter au droit de reproduction ne peut conduire qu'à une casuistique vaine⁵⁰ ».

[60]. – Copie technique nécessaire et de pure commodité. – La problématique du caching doit être étudiée selon nous d'une toute autre manière. Les copies techniques provisoires sont réalisées pour permettre la représentation de l'œuvre au public sur Internet. Ainsi, quelle que soit la durée de vie de la copie cache, le caching a surtout une finalité hétérogène. La copie technique est parfois nécessaire à la représentation sur Internet et parfois elle n'est que de pur confort pour l'internaute ou les fournisseurs d'accès. L'utilisation des caches RAM et de routage est avant tout un « acte nécessaire », comme nous le confirme M. SIRINELLI⁵¹. Selon lui, « Le titulaire de droits qui consent à l'exploitation de son œuvre via les réseaux admet nécessairement ce type d'usages indispensables ». On pourrait donc parler dans ce cas de copie technique nécessaire à la transmission de l'œuvre sur le réseau (dont le contenu serait pour partie le même que celui de la copie technique volatile évoquée par le Conseil d'Etat). Il est cependant une autre nécessité à ne pas négliger : le fonctionnement optimal du réseau et son développement. Les copies cache indispensables au réseau Internet en lui-même pourraient être considérées comme des copies nécessaires à une transmission *efficace* sur le réseau. Le Conseil d'Etat d'ailleurs souligne cette importance de permettre aux fournisseurs d'accès de mettre en cache des œuvres « pour le développement d'Internet »

⁴⁹ P. MONFILS (ELDR), Procédure n° COD97359, Débat: 09/02/99, Amendements aux documents de séance: C4-0049/98, (COM(97)0628 C4-0079/98 97/0359(COD)), Pag.JO: 0171.

⁵⁰ A. LUCAS, *droit d'auteur et numérique*, n°247.

⁵¹ P. SIRINELLI, Atelier sur la mise en oeuvre du traité WCT et WPPT, *Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins*, 6-7 décembre 1999.

(on s'approche ici de ce que le Conseil d'Etat appelle la copie technique temporaire). Enfin, une seconde catégorie regrouperait les copies cache de pur confort pour l'internaute ou le fournisseur d'accès : notamment les copies techniques réalisées lors du caching navigateur et du caching miroir. Cette approche est d'ailleurs celle qui a été retenue dans la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique. L'article 12 vise en effet d'une part le caching de « simple transport » « qui sert exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication » (on retrouve ici le caching nécessaire à la transmission) et l'article 13 le caching qui est fait « dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information » (il s'agit ici du caching nécessaire à une transmission efficace). Le caching de pur confort, quant à lui, réalisé par un intermédiaire, ne fait l'objet d'aucune exonération de responsabilité dans ce texte.

[61]. – Plan. – C'est à l'aune de cette distinction des copies techniques provisoires que peut se comprendre le caching. La mise en cache n'existe que parce qu'en amont a été mis en ligne l'œuvre cachée. Or, cette mise en ligne est un acte d'exploitation qui forme un tout et englobe les reproductions nécessaires à cette fin, comme l'accessoire suit toujours le principal. Cependant, dès lors que les reproductions effectuées ne sont pas nécessaires, mais seulement de pur confort, il doit revenir à l'auteur de déterminer les conditions de la représentation de son œuvre.

Nous verrons donc le caching en tant qu'**acte nécessaire à la communication de l'œuvre au public** (Chapitre 1), puis le caching en tant qu'**acte de confort pour la communication de l'œuvre au public** (Chapitre 2).

Chapitre 1. Un acte nécessaire à la communication de l'œuvre au public

[62]. – Plan. – Une fois précisé **le contenu du caching nécessaire** à la représentation de l'œuvre au regard des différents types de copies techniques provisoires mis à jour (Section 1), nous verrons que cette catégorie d'actes nécessaires, qualifiés ou non de reproductions, ne saurait recevoir une quelconque autonomie face au droit de représentation.

La raison en est simple, **le caching nécessaire n'est que l'accessoire du droit de représentation** (Section 2).

Section 1. Le contenu du caching nécessaire

[63]. – Plan. – Il est certain que la mise en cache réalisée par les intermédiaires est plus facile à justifier que celle des internautes. **Le caching nécessaire des intermédiaires** (I) parce qu'il est indispensable soit à la transmission, soit à une transmission efficace ne représente ni plus ni moins que des actes techniques impératifs auxquels les auteurs et auxiliaires de la création doivent se soumettre s'ils souhaitent mettre leurs œuvres et prestations en ligne.

Cependant, on oublie trop souvent que les utilisateurs, eux aussi, sont amenés à réaliser des actes de caching sans lesquels il n'y aurait pas non plus de représentation. **Le caching nécessaire des utilisateurs** (II) devra donc, à ce titre, recevoir la même analyse.

I - Le caching nécessaire des intermédiaires

A - Le caching nécessaire à la transmission

[64]. – Un caching routeur vital pour la représentation. – Dès lors que la copie technique réalisée est vitale pour le processus de transmission de l'œuvre son existence ne doit pas dépendre du bon vouloir des auteurs ou des auxiliaires de la création. Le caching qui est ici visé est bien évidemment le caching routeur, sans lequel aucune représentation n'est envisageable. Nous ne reviendrons pas sur notre propos introductif qui justifiait amplement cette nécessité sur le plan technique⁵².

B - Le caching nécessaire à une transmission efficace

[65]. – Position du problème. – Le caching *proxy* réalisé par les fournisseurs d'accès a cela de particulier qu'il n'est qu'indirectement nécessaire à la transmission elle-même. Il permet seulement que la transmission soit viable. Peut-on dans ces conditions encore parler de caching nécessaire ou faut-il considérer les copies *proxy* comme des copies de confort ?

La difficulté est que la copie réalisée par le fournisseur d'accès, qui améliore le fonctionnement du réseau et donc la transmission, peut représenter également un confort pour lui. Ce caching, qui réduit les accès directs sur Internet, diminue la demande de bande passante des internautes abonnés et le dispense ainsi de devoir investir dans des serveurs plus puissants et/ou plus nombreux. Comment parvenir dès lors à une qualification ? Quel intérêt doit primer sur l'autre ?

[66]. – Solution de la balance des intérêts. – Une solution serait de laisser les juges réaliser une balance des intérêts en cause. En d'autres termes, dès lors qu'il existerait des solutions alternatives raisonnables au caching réalisé, les copies techniques pourraient être qualifiées de copies de confort, leur création ne répondant qu'à un souci d'économie qui n'a pas nécessairement à être imputé aux auteurs.

A contrario, lorsque les juges estimeront que la solution du caching est bien une nécessité pour le réseau Internet et qu'aucune alternative n'est raisonnablement envisageable, la préférence serait donnée aux fournisseurs d'accès. Cette solution de cas par cas permet, il est vrai, une certaine souplesse, mais d'une part pousse vers une issue contentieuse du droit et d'autre part n'offre pas la lisibilité que les opérateurs sont en droit légitimement d'attendre.

[67]. – Solution de principe. – Une autre solution seraient de considérer arbitrairement que les copies *proxy* sont ou ne sont pas de l'ordre du nécessaire pour le fonctionnement efficace du réseau. L'avantage de trancher en faveur du souhait des auteurs et des auxiliaires seraient de leur permettre d'avoir une position plus forte lors des inévitables négociations cadres qu'imposeraient le fait de laisser le caching *proxy* dans l'escarcelle des titulaires de droit. Pourtant, quel que soit notre penchant naturel à donner raison aux auteurs et auxiliaires de la création, force nous est d'admettre qu'une telle approche serait contestable.

Sans s'arrêter au considérant 33 de la directive qui laisse clairement entendre que le caching *proxy* doit bénéficier d'une exemption au droit de reproduction, il faut constater que

⁵² V. *supra*, n°9.

techniquement ce caching est bien de l'ordre de la nécessité. Lorsque l'on sait que certaines études récentes montrent qu'au-delà de huit petites secondes les internautes se lassent d'attendre le chargement des pages, on comprend qu'accélérer la vitesse de chargement sur Internet n'est pas toujours un simple confort. Ainsi, une étude réalisée en août 2000 par le cabinet américain Zona Research observe qu'entre la septième et la huitième seconde pour l'affichage de la page de garde, plus d'un cinquième des internautes partent surfer ailleurs et qu'au delà de huit secondes, « l'internaute individuel ou professionnel s'impatiente et quitte le site ». Dès lors, il faut conclure selon nous le débat en faveur des fournisseurs d'accès en notant que la représentation d'une œuvre en ligne nécessite également le caching *proxy* pour être viable.

Nous verrons cependant que les auteurs et auxiliaires sont loin d'être démunis contre ce caching *proxy*, dès lors que celui-ci leur porterait préjudice⁵³.

II - Le caching nécessaire des utilisateurs

[68]. – Le caching nécessaire à l'affichage. – Autre cas qui lui n'est soumis à aucune discussion : le caching nécessaire réalisé par les utilisateurs (le caching RAM). Sans lui, les internautes ne pourraient pas visualiser sur leur écran l'œuvre ou la prestation mise en ligne. Soulignons que cette opération, étape ultime de la représentation de l'œuvre, passe techniquement par deux actes distincts. Dans un premier temps, l'œuvre ou la prestation est copiée sur le disque dur de l'internaute pour être dans un deuxième temps enregistrée dans la mémoire RAM. La copie faite sur le disque dur est également une copie nécessaire, à une remarque près : dès lors que l'ordinateur est mis hors tension, puis rallumé, cette copie doit avoir été, comme celle faite dans la mémoire vive, supprimée.

Si elle persiste, elle devient de ce fait une copie cache de confort pour l'internaute. La qualification est donc chronologique.

Pour ces différentes copies cache, aucun doute ne subsiste quant au fait que ni l'auteur, ni l'auxiliaire de la création ne doivent pouvoir en autoriser ou en interdire la réalisation. La directive a prévu une exemption fondée sur des arguments qui justifient plutôt une exclusion et dotée d'un régime d'exclusion. Nous verrons que, n'en déplaise à la susceptibilité parfois excessive des titulaires de droits, ce caching, de par sa nature d'accessoire de la représentation, est exclu des prérogatives de droit d'auteur et de droits voisins.

Section 2. Un caching accessoire de la représentation

[69]. – Ce que le bon sens réclame. – Monsieur GAUTIER (parlant des copies *proxy* et de routage) se fait l'écho d'autres auteurs émérites en écrivant que : « Il apparaît normal qu'une simple transmission par un intermédiaire ne se trouve pas soumise au droit exclusif, car le processus est purement technique et il n'y a pas d'acte de communication au public ; ce qui compte est que l'acte de mise à disposition du site à l'intention des internautes soit tributaire du droit d'auteur »⁵⁴. Cette opinion est partagée par Monsieur SIRINELLI qui résume bien le constat qui doit être fait concernant la copie qui n'est qu'un « acte nécessaire » : « ce n'est pas parce qu'elle est provisoire que la reproduction échappe aux droits d'auteur et connexes (...) mais bien parce qu'il serait absurde et contraire au bon sens

⁵³ V. *infra*, n°80 et suiv.

⁵⁴ P.-Y. GAUTIER, *De la transposition des exceptions : à propos de la directive « droit d'auteur dans la société de l'information »*, in : Communication – Commerce électronique, novembre 2001, p 10.

de soumettre un tel acte à une quelconque autorisation spéciale »⁵⁵. De la même façon que celui qui achète un livre doit pouvoir le lire sans demander l'autorisation de tourner les pages ou d'enregistrer temporairement sur la rétine de ses yeux les mots qu'il contient, il existe des impératifs techniques à l'utilisation de certains vecteurs de diffusion des œuvres qui n'ont pas à interférer avec les prérogatives de l'auteur.

Le livre vert du gouvernement Français s'interrogeait également « sur la nécessité d'isoler les actes techniques au sein du processus de communication et sur son utilité » et jugeait « plus pertinent de rechercher si les actes de reproduction sont autonomes par rapport à la représentation »⁵⁶. Suivons ce conseil avisé et notons que, pour le caching nécessaire, les actes de reproductions (si on veut vraiment les appeler ainsi) ne sont pas autonomes. Nous verrons qu'en droit Français il existe plusieurs **fondements de cette absence d'autonomie** (I). Cependant, que les titulaires de droits se rassurent, même si le caching nécessaire ne doit pas être isolé de la représentation, ils ne seront pas complètement démunis face à lui. Nous verrons donc dans un deuxième **les moyens d'actions des titulaires de droits** (II).

I - Fondements de l'absence d'autonomie

[70]. – Plan. – L'absence d'autonomie que nous évoquions peut s'expliquer juridiquement de plusieurs façon : l'autorisation donnée à la représentation peut valoir **autorisation implicite** de réaliser le caching nécessaire à cette fin (I). Nous verrons que, même si la jurisprudence n'hésite pas à utiliser ce mécanisme, il vaut mieux lui préférer **la théorie de l'accessoire** (II). Enfin, si tant est que l'on récuse ces fondements, nous nous interrogerons sur le point de savoir si un titulaire de droits qui a autorisé la représentation en ligne de son œuvre ou de sa prestation ne commet pas un **abus de droit** en tentant d'interdire par la suite les reproductions nécessaires qui l'accompagnent (III).

A - L'autorisation implicite

[71]. – L'interprétation des contrats. – Si l'on s'attache à la théorie générale des obligations, l'article 1156 du code civil impose au juge de : « rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Le pouvoir d'interprétation du juge sur un contrat est donc important. C'est à lui que revient le rôle, à défaut d'accord entre les parties, d'assurer la cohérence du contrat. L'article 1160 lui permet même de « suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». De plus, par la technique maintenant bien connue du forçage du contrat, le juge ajoute régulièrement au contrat des obligations auxquelles les parties n'avaient parfois pas songé ou même implicitement écarté. Sans aller jusqu'à une telle intrusion dans le contrat, le juge se doit, à tout le moins, d'avoir une vision particulière du contrat par l'application de l'article 1135 qui dispose que : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Lorsque qu'un auteur signe un contrat autorisant la représentation de son œuvre sur Internet moyennant rémunération, est-il nécessaire de prévoir dans le contrat une

⁵⁵ P. SERINELLI, *rapport introductif* in : Propriétés intellectuelles, n°1.

⁵⁶ COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Livre Vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, COM (95) 382 final, juillet 1995.

autorisation spécifique pour chaque acte de caching que cette mise en ligne nécessite ? Si l'on s'en tient à l'article 1135, l'autorisation donnée à la mise à disposition de l'œuvre, n'est équitable que si l'auteur s'interdit par la suite de censurer les reproductions sans lesquels cette représentation est impossible. Les juges sont parfois sensible à cet argument et déduisent de la cession d'un droit patrimonial, la cession implicite des autres droits nécessaires à rendre la cession première cohérente.

[72]. – Exemples d'autorisation implicite – Un premier exemple peut être trouvé dans un domaine proche. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 23 novembre 1970 a estimé qu'à partir du moment où l'auteur avait librement accepté une exploitation qui nécessite une certaine atteinte à son œuvre, il est présumé avoir consenti à cette restriction (CA Paris, 1^{ere} ch., 23 novembre 1970⁵⁷). En l'espèce, l'adaptation cinématographique de l'œuvre impliquait une atteinte à son intégrité. Le juge a considéré que l'auteur a donné implicitement son autorisation à l'atteinte nécessitée par des impératifs techniques. Nous sommes ici en présence d'une autorisation implicite déduite par le juge qui touche au droit moral de l'auteur. Certes, on ne parlera pas de cession implicite, puisque le droit moral par nature est incessible, mais force est de reconnaître que les juges admettent que l'auteur a restreint ses prérogatives implicitement.

Un deuxième exemple montre bien comment la jurisprudence ignore souvent l'acte de reproduction qui s'avère nécessaire afin de permettre la représentation d'une oeuvre. Ainsi, le juge affirme que : « la cession du droit de représentation pour un mode d'exploitation audiovisuel emporte nécessairement l'autorisation de reproduire l'œuvre d'art dans la stricte limite des impératifs techniques de la fixation de son image sur le support permettant sa diffusion au public » (TGI Nanterre, 1^{er} Ch., 18 janv. 1995⁵⁸). On le voit, une fois encore, la jurisprudence déduit de la cession du droit de représentation, une cession implicite de reproduire l'œuvre pour des raisons techniques liées au procédé de représentation.

Notre dernier exemple sera celui des liens hypertextes simples. La *lex electronica* (ou netiquette⁵⁹), ainsi qu'une partie de la doctrine considèrent que tout éditeur de site web est réputé avoir autorisé tacitement les autres opérateurs du réseau à établir un lien simple avec sa page d'accueil (les autres types de liens, qui ne renvoient pas directement à la page d'accueil requerraient eux une autorisation explicite).

Les exemples ne manquent pas, mais cela ne doit pas nous empêcher de juger de l'opportunité de ce courant jurisprudentiel et doctrinal.

[73]. – Critiques du fondement. – Ces décisions, par ailleurs très critiquées par une partie de la doctrine, pourraient à première vue justifier que l'auteur qui a autorisé la mise en ligne de son œuvre ne puisse pas interdire les actes de reproductions que celle-ci nécessite. Il nous faut cependant apporter des précisions qui démontreront que cette approche jurisprudentielle n'est sans doute pas la meilleure.

La théorie générale des obligations peut trouver à s'appliquer dans des contrats spéciaux de cession de droits, dans la mesure où le régime de ce contrat spécial est lacunaire. Or, l'article L. 122-7 du Code de la propriété littéraire et artistique dispose que : « (...) La cession du droit de représentation n'emporte pas celle du droit de reproduction. (...) Lorsqu'un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat ». Selon l'adage « le spécial l'emporte

⁵⁷ RIDA 3/1971, p 74.

⁵⁸ RD propr. intell. 1995, n° 57, p 62.

⁵⁹ Appellation renvoyant aux usages généralement admis sur Internet.

sur le général », il ne fait aucun doute que la règle posée à l'article L. 122-7, règle d'interprétation restrictive des contrats de cession, doit avoir toute priorité sur la théorie générale des obligations. Dès lors, on ne saurait en bonne orthodoxie juridique déduire de la cession du droit de représentation, celle du droit de reproduction (ou inversement) et ce, qu'elle qu'en soit le motif. Cela est d'autant plus vrai que pour être valable, une cession nécessite certaines mentions obligatoires (précisées à l'article L. 131-3 du Code de la propriété littéraire et artistique) qu'on ne peut pas retrouver en cas de cession implicite. En d'autres termes, même si parfois la jurisprudence le reconnaît, il ne peut normalement exister en droit d'auteur de cession implicite des droits. Pourtant, Monsieur GAUTIER, donnant l'exemple de la reproduction du négatif d'un film sur des copies positives qui n'a d'intérêt que pour le représenter en salle, estime que « en ce cas, et en dépit des termes trop généraux de l'article L. 122-7 alinéa 3, il faut admettre que la cession du droit de représentation *emporte* celle du droit de reproduction »⁶⁰. Cependant et aussi tentante que soit cette approche, c'est faire peu de cas selon nous de l'article L. 122-7 qui, bien que large, n'en pose pas moins le principe inverse. Cet auteur propose dans le même ordre d'idées d'évoquer, « pour les nouvelles technologies fondées sur le numérique », un seul droit englobant le droit de reproduction et de représentation sous l'appellation : « droit patrimonial exclusif ». De cette façon, une seule autorisation serait nécessaire pour diffuser l'œuvre sur Internet. Certes, dans certaines hypothèses liées au numérique, le droit de reproduction est tellement dépendant de la représentation qu'il perd toute autonomie. Pourtant, une telle généralisation nous paraît excessive.

Dès lors, compte tenu de sa difficile justification théorique, ce fondement doit selon nous être écarté. Cependant, un autre fondement peut nous apporter plus de satisfaction : la théorie de l'accessoire.

B - La théorie de l'accessoire

[74]. – Aecessorium sequitur principale. – Deux droits distincts peuvent être unis par une sorte d'attraction, si l'un est l'accessoire de l'autre, c'est-à-dire s'il le complète de quelque manière. Ce lien entre l'accessoire et le principal résulte le plus souvent de l'affectation de cet accessoire au principal. Selon la doctrine⁶¹, c'est pour faciliter la réalisation de l'objectif principal que l'accessoire est adjoint au principal. Le principal est un tout, pas l'accessoire. C'est pour cette raison que l'accessoire doit être joint au principal. A lui seul, il est incomplet et n'a pas de sens. Voilà la justification de l'adage *aecessorium sequitur principale* (l'accessoire suit le sort du principal). Ce lien d'affectation doit être déduit de la volonté des parties en tenant compte de l'objectif principal poursuivi.

Une difficulté peut être soulevée cependant. Dans notre cas particulier, l'accessoire dont il est question est nécessaire au principal. Or, certains auteurs affirment que « grammaticalement, l'accessoire cesse d'être accessoire en devenant nécessaire »⁶². Si le principal dépend de l'accessoire, il perdrait son indépendance. Selon Monsieur GOUBEUX, ces deux notions ne sont pas inconciliables, dès lors que l'accessoire n'est pas nécessaire à l'existence du principal, mais seulement à son usage. Il donne l'exemple suivant : « Soit une maison qui n'a accès à la voie publique que par l'intermédiaire d'une cour. Cette cour, point de passage obligé pour pénétrer dans la maison ou en sortir, lui est nécessaire ». Si l'on prive

⁶⁰ P.-Y GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Droit fondamental, 3^e édition, 1999, n°158.

⁶¹ G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J., 1969.

⁶² J. ARCHEVEQUE, J.-M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *La loi du 30 juillet 1960 sur les baux commerciaux*, G.P., 1960, 2, doct., p. 29.

la maison de sa cour, on ne peut plus y accéder, ce qui rend son usage impossible. Pourtant, son existence demeure. A défaut, l'accessoire est une partie intégrante du principal.

Appliqué au caching nécessaire, cette théorie nous conduit aux commentaires suivants. Le caching nécessaire à la transmission de l'œuvre et à son affichage, est plus qu'un accessoire de la représentation, mais en est une partie intégrante. L'isoler est donc normalement impossible. De sorte que l'autorisation de la représentation en ligne englobe naturellement ces actes de mise en cache. Quant au caching nécessaire à une transmission efficace, son degré de nécessité doit être nuancé. Il ne s'agit pas d'un accessoire vital, mais seulement très utile. En l'absence de cet accessoire, la transmission techniquement peut se faire. Dans ce cas, selon les propres termes de Monsieur GOUBEAUX : « l'accessoire très utile est indiscutablement lié au principal ».

[75]. – Application jurisprudentielle. – La jurisprudence reconnaît l'application, en matière de propriété intellectuelle, de la théorie de l'accessoire. La Cour de cassation estime en effet qu'une reproduction ou une représentation accessoire d'une œuvre n'entre pas dans le champ d'application du droit exclusif de l'auteur⁶³. Dernier arrêt en date, une décision de la Cour d'appel de Paris du 11 septembre 2002. Un photographe avait cédé en l'espèce ses droits sur des photographies pour qu'elles soient insérées dans une encyclopédie. Le photographe reproche à l'éditeur d'avoir intégré ses photos dans une annonce publicitaire destinée à promouvoir l'édition allemande de l'ouvrage. Selon les juges : « L'incorporation ne revêt pas un caractère accessoire par rapport au sujet de l'annonce ». Dès lors qu'elle n'est pas accessoire l'utilisation de l'œuvre nécessite l'autorisation de l'auteur.

Qu'est-ce qu'une utilisation accessoire ? Cette question fait étrangement écho à l'article 5-1 qui exempte certaines reproductions accessoires. Mais exempter n'a juridiquement pas le même sens qu'exclure (l'exemption permet de se passer de l'autorisation de l'auteur, mais pas nécessairement de le rémunérer). En réalité, c'est souverainement et au cas par cas que les juges du fond déterminent si une reproduction ou une représentation est accessoire. Peut-on dire que les reproductions nécessaires à la mise en ligne sont des utilisations accessoires ? Rien ne nous l'interdit de prime abord. Le seul critère est semble-t-il que l'utilisation dont il est question forme un « tout indissociable » avec la représentation.

Le critère utilisé par l'article 5-1 pour exempter d'autorisation les actes de caching est également celui utilisé par la jurisprudence pour exclure du champ des droits exclusifs de l'auteur les utilisations secondaires. Cependant, ce fondement jurisprudentiel permet-il à lui seul de justifier le retrait du caching nécessaire des mains de l'auteur qui a autorisé la mise en ligne de son œuvre ?

[76]. – Critiques du fondement. – Cette jurisprudence, qui s'est développée sur le terrain des œuvres graphiques et plastiques, ne permet pas de conclure à l'application de la théorie de l'accessoire pour toutes les œuvres. De plus, force est de constater qu'il n'existe pas véritablement de fondement légal à ce mécanisme en propriété intellectuelle. Cependant, cela ne doit pas lui retirer toute utilité pratique. Cette notion d'accessoire vient sanctionner juridiquement une évidence pratique que la loi ne parvient pas à appréhender.

Si tant est que l'on récuse ces deux fondements, il n'en reste pas moins que permettre à l'auteur de revenir sur son autorisation en interdisant après coup la mise en cache de son œuvre, défie le bon sens. C'est justement pour rétablir ce bon sens qu'existe en droit un correctif permettant de sanctionner l'usage anormal d'un droit : la théorie de l'abus de droit.

⁶³ Cass. 1^{re} Civ., 12 juin 2001.

C - La théorie de l'abus de droit

[77]. – Critère de l'abus de droit. – La théorie de l'abus de droit permet de sanctionner l'usage excessif d'un droit partant du principe qu'un droit, même absolu, doit être exercé avec une certaine réserve. L'exemple que l'on donne traditionnellement est celui de ce propriétaire qui décida de faire installer dans son jardin des pieux suffisamment hauts pour crever les montgolfières décollant et atterrissant du terrain voisin. Planter des pieux dans son jardin est une prérogative du propriétaire, mais si celle-ci est exercée pour de mauvaises raisons, il peut s'agir d'un abus de droit. Quels sont les critères permettant de dire que l'exercice d'un droit est abusif ? Selon une thèse restrictive, le titulaire d'un droit n'en abuse que quand il l'exerce dans l'intention de nuire. En revanche, dans une conception extensive, l'abus de droit sera caractérisé lorsque l'usage du droit est contraire au but social de l'institution de ce droit, à son esprit et à sa finalité ou tout simplement lorsque l'exercice du droit est constitutif d'une faute même non intentionnelle. La jurisprudence relève le plus souvent l'intention de nuire mais n'exclut pas pour autant l'existence d'un abus en dehors de celle-ci.

Qu'en est-il de l'auteur qui, ayant autorisé la mise en ligne de son œuvre, interdit postérieurement les actes de caching nécessaires à cette fin ? Cette technique est pour l'auteur soit un moyen de renégocier son contrat de cession, soit de revenir purement et simplement sur son consentement. Dans les deux cas, cet exercice du droit d'auteur est bien semblable-t-il constitutif d'un abus de droit. Le droit de reproduction mis en jeu est ici détourné de son objectif.

[78]. – Applicabilité de l'abus de droit. – Il existe traditionnellement une catégorie qui résiste à l'application de la théorie de l'abus de droit, celle des droits discrétionnaires. Pour ces droits, « on ne saurait parler d'abus, aucun contrôle du juge n'est possible au sujet de l'utilisation qui en est faite : ce sont des droits discrétionnaires »⁶⁴. Certains auteurs⁶⁵ interprètent l'article L. 111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle comme consacrant explicitement le caractère absolu et discrétionnaire des droits d'auteur.

L'étude de la jurisprudence sur le caractère discrétionnaire du droit moral démontre qu'il existe des contradictions mais révèle à défaut d'une unanimité, que l'application de l'abus de droit au droit moral est fréquente. Si le droit moral est susceptible d'être contrôlé par la théorie de l'abus de droit, on comprendrait mal, a fortiori, que les droits patrimoniaux puissent y échapper.

[79]. – Sanctions de l'abus de droit. – Une fois l'applicabilité de la théorie de l'abus de droit reconnue, il faut encore pouvoir déterminer quelle en sera la sanction. Or, cette question ne connaît pas de réponse absolue et la reconnaissance de l'existence d'un abus de droit par le juge pourra entraîner des conséquences différentes selon les cas. Alors même que certains spécialistes, partisans d'un abus de droit autonome par rapport à la responsabilité civile, admettent qu'y soient appliquées les sanctions de cette dernière discipline, d'autres civilistes adoptent une position contraire et voient dans la sanction de l'abus un particularisme. SALEILLES défendit le premier cette approche en s'opposant au recours à l'article 1382 du Code Civil pour sanctionner l'abus de droit, car « ce serait s'exposer à restreindre singulièrement la portée de l'abus de droit que de l'enserrer dans le

⁶⁴ A. ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTDciv. 1944, p. 1.

⁶⁵ G. GAVIN, *Le droit moral de l'auteur*, Dalloz, 1960, n°267.

moule étriqué et insuffisant d'une pure réparation pécuniaire pour dommage réalisé ». Ainsi, l'abus de droit est parfois source d'annulation d'un acte juridique, et comme le souligne Monsieur CADIET, la sanction de l'abus « ne consiste pas toujours en dommages-intérêts, il peut s'agir par exemple, d'amende, de nullité, d'inopposabilité, de déchéance ». Une partie de la doctrine estime d'ailleurs, que face à un abus de droit, le juge peut aller jusqu'à admettre le contrat forcé⁶⁶.

On peut donc tout à fait envisager que le juge refuse de donner effet à l'interdiction de l'auteur de mettre son œuvre en cache, alors que celui-ci a autorisé sa représentation, reconnaissant ainsi un usage abusif du droit d'auteur.

Les titulaires de droit doivent accepter que le caching nécessaire soit hors de leurs prérogatives. Cependant, qu'ils se rassurent, ils ne seront pas pour autant sans armes face à un fournisseur d'accès qui ne respecte pas les conditions de représentation imposées par eux. Il existe des moyens d'action qui sont à même de venir sanctionner les écarts des intermédiaires de caching, alors même que le grief de contrefaçon ne pourrait pas être directement évoqué.

II - Les moyens d'action des titulaires de droits

[80]. – Grievs des auteurs contre le caching nécessaire. – Les auteurs et les auxiliaires de la création font valoir, à juste titre d'ailleurs, que le caching est susceptible de réduire le nombre d'accès directs aux sites et peut ainsi empêcher le décompte des consultations des œuvres. Les caches, selon eux, empêche la mise en place des mécanismes techniques d'identification des œuvres et des compteurs électroniques. En fin de compte, le recours aux copies techniques limiterait le contrôle des titulaires de droits sur leurs œuvres. Ces critiques ne concernent en réalité que le caching *proxy*.

Il est vrai que lorsque la rémunération de l'auteur dépend du nombre de consultations du site ou que les restrictions d'accès définies sur le site d'origine ne sont plus respectées pour l'œuvre ou la prestation cachée, le préjudice pour les titulaires peut être important. Il faut cependant rappeler que les éditeurs de sites peuvent programmer leurs pages de façon à garantir notamment que le comptage des visites s'étende même à la copie cachée⁶⁷. En fin de compte, les titulaires de droit ne devraient pas selon nous rechercher des solutions à ces difficultés techniques sous l'angle du droit d'auteur et des droits voisins, mais plutôt celui de mesures techniques assurant par exemple le comptage des visites même si la page est en cache. Ces mesures destinées à s'assurer du respect des conditions fixées à la représentation font l'objet d'une réglementation spécifique qui garantie leur utilité.

[81]. – Mesures de protection technique. – L'auteur ou l'auxiliaire de la création ne peut pas juridiquement interdire aux fournisseurs d'accès de réaliser des mises en cache nécessaires, puisqu'elles sont hors de sa portée (d'ailleurs, pratiquement cela serait bien difficile). En revanche, lorsqu'il a prévu des restrictions d'accès spécifiques pour les utilisateurs, les intermédiaires de caching doivent les respecter. Ils ont la responsabilité de s'assurer que l'œuvre mise en cache ne permettra pas de contourner les dispositifs

⁶⁶ S. JACQUIER, *le pouvoir des juges sur le contrat d'auteur*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

⁶⁷ S. DESCOMBES explique ainsi pour le Journal du net que : « il est impossible de connaître l'identité d'un navigateur lorsqu'il se connecte sur un site à l'aide d'un cache, ou d'établir des statistiques de visites fiables. Pour y remédier, il est possible de laisser sur la page un élément invisible minuscule (donc très léger) non inclus dans le cache. Cet élément permettra de savoir par exemple combien de personnes accèdent à cette page ». Article disponible sur le site www.journaldunet.com : [http://solutions.journaldunet.com/0210/021016_caching.shtml]. Site visité en février 2003.

techniques mis en place par les titulaires de droits. La directive du 22 mai 2001 oblige les Etats-membres à établir un régime de protection contre le « contournement des mesures techniques de protection efficace » (article 6) et contre toute personne qui, sciemment, « supprime toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique ». Ainsi, l'avant-projet de loi de transposition prévoit d'ajouter deux alinéas à l'article L.335-3. Le nouvel alinéa 3 disposerait que : « Est assimilé à un délit de contrefaçon, le fait pour une personne de porter atteinte, en connaissance de cause, à toute technologie, produit, appareil, dispositif, moyen, service ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à permettre le contrôle d'une utilisation de l'œuvre ». L'alinéa 4 quant à lui serait rédigé de la sorte : « Est assimilé à un délit de contrefaçon le fait, sans l'autorisation de l'auteur, pour une personne, en connaissance de cause, de supprimer ou de modifier tout élément d'information, se présentant sous forme électronique, relatif au régime des droits ».

Le fait pour un fournisseur d'accès de ne pas respecter les mesures techniques d'accès à l'œuvre lors des mises en cache pourrait selon nous être considéré comme un contournement de mesures de protection et également, selon les cas, comme une suppression d'informations relatives au régime des droits. Dès lors, par ce biais, le comportement éventuellement laxiste d'un fournisseur pourra être sanctionné. Les titulaires de droit pourraient ainsi faire pression sur les intermédiaires indécents en agitant le grief de cette contrefaçon indirecte. Cette arme n'est d'ailleurs pas la seule, puisqu'il est possible d'envisager l'application du régime général de responsabilité des intermédiaires de caching défini par la directive sur le commerce électronique.

[82]. – Régime général de responsabilité des intermédiaires. – Le considérant 16 de la directive du 22 mai 2001 (en parlant de la directive sur le commerce électronique) dispose que ce texte est « sans préjudice des dispositions relatives à la responsabilité de ladite directive ». Dès lors, à défaut d'application possible du régime de responsabilité spécial prévu par la directive sur la société de l'information, il est tout à fait possible d'envisager de se reporter au texte plus général de la directive commerce électronique. Cette directive est également en cours de transposition. Le projet de loi sur la confiance en l'économie numérique reprend l'économie du texte qui prévoit une exonération de responsabilité sous la condition pour l'intermédiaire de caching de « ne pas modifier les contenus cachés, de se conformer à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour, de ne pas entraver l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir des données ; d'agir avec promptitude pour retirer les contenus dès que l'intermédiaire a connaissance soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible ». Cette dernière obligation, de retrait du contenu illicite sur demande, est d'ailleurs rappelée par la directive du 22 mai 2001 à l'article 8-3 en ces termes : « Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin ».

Ainsi, un fournisseur d'accès, même s'il peut cacher sans encourir le grief de contrefaçon au titre du droit de reproduction, devra néanmoins respecter les conditions d'accès à l'œuvre sous peine d'engager sa responsabilité civile (la faute étant le non respect des conditions d'accès à l'œuvre) et retirer l'œuvre illicite si le titulaire de droit en fait la demande. On le voit, la crainte, bien compréhensible, des titulaires de droit n'en est pas moins injustifiée. Que l'auteur n'est pas de prise sur le caching nécessaire à la représentation ne doit pas nous

choquer (on peut même regretter que l'on se soit senti obligé de légiférer sur cette question, montrant à quel point les droits d'auteur sont parfois inutilement invasifs). En revanche, tel ne doit pas être le cas des reproductions de pure commodité effectuées par les intermédiaires ou les internautes.

Chapitre 2. Un acte de confort pour la communication de l'œuvre au public

[83]. – Plan. – Lorsqu'un auteur autorise la mise en ligne de son œuvre, il lui revient de déterminer sous quelles conditions cette représentation se fera. Après nous être acquitté de l'exploration du **contenu du caching de confort** (Section 1), nous verrons que c'est aux titulaires de droits de juger si certaines reproductions de confort pourront être réalisées ou non, moyennant rémunération ou non.

C'est finalement au moment de la représentation de l'œuvre sur Internet, que le titulaire de droits doit prévoir le régime juridique de ces copies techniques montrant ainsi que **le caching de confort est dépendant de la représentation** (Section 2).

Section 1. Le contenu du caching de confort

[84]. – Plan. – Le caching de confort peut être à l'initiative de trois types d'intervenants sur Internet : **les intermédiaires** (I), **les utilisateurs** (II) et **les éditeurs de site** (III).

I - Le caching de confort des intermédiaires

[85]. – Le caching moteur de recherche. – Lorsqu'un éditeur souhaite indexer son site dans un moteur de recherche, il lui revient de prendre l'initiative. L'indexation ne se fera que s'il réalise la procédure d'inscription prévue pour chaque moteur de recherche. Cette opération, que l'on nomme « référencement », permet au site d'être trouvé plus facilement par les internautes. Pour les sites marchands cette étape est capitale, car la rencontre de la clientèle passe principalement par un bon référencement. Tous les sites Internet n'y recourent pas, mais on peut se demander néanmoins si, sous cet angle le caching moteur de recherche nécessaire à l'indexation est bien un simple confort pour la représentation. Mettre en ligne une œuvre n'a que peu d'intérêt si on n'invite pas le public à la voir en lui donnant les moyens de la trouver sur le réseau.

Pendant, il nous faut reconnaître qu'à l'heure d'aujourd'hui les pratiques des moteurs de recherche sont bien différentes d'une simple indexation. Cacher des sites pour permettre une meilleure recherche est une chose, mais donner la possibilité aux internautes de piocher dans cette base de données en cas de défaillance du site d'origine en est une autre. Il s'agit ici d'un service optionnel, qui contrevient souvent à la volonté des éditeurs de site (qui peuvent vouloir fermer définitivement l'accès à une œuvre ou une prestation). De plus, les moteurs de recherche indexent automatiquement des sites qui n'ont pas demandé à l'être à raison de plusieurs millions de pages par jour. Pour cette raison, il nous faut classer ces copies dans la catégorie du caching de confort pour les intermédiaires. Les moteurs peuvent très bien se passer de fournir aux internautes l'accès à leur cache ou au moins requérir l'autorisation des titulaires de droits pour ce faire (ce qui n'est pas le cas actuellement).

II - Le caching de confort des utilisateurs

[86]. – Le caching navigateur. – A la différence du caching RAM, les copies réalisées par le navigateur, qui persistent une fois l'ordinateur éteint, ne sauraient recevoir la qualification de caching nécessaire. Les copies ne profitent d'ailleurs aucunement à la technologie Internet. Un caching navigateur ne procure des avantages qu'à l'utilisateur. Les autres visiteurs n'en bénéficient pas et le volume du trafic n'est pas affecté.

Dans ces conditions, il fait peu de doute que ce caching doit être considéré comme un caching de pur confort pour les utilisateurs. Cela signifierait l'obligation pour les internautes de requérir l'autorisation des titulaires de droits pour chacune des copies cache réalisées sur leur disque dur. Pratiquement cette possibilité est inacceptable. Nous verrons *infra*⁶⁸ que ce caching de confort un peu particulier doit recevoir une analyse tout aussi particulière.

[87]. – Le caching proxy interne. – Le raisonnement à tenir est le même pour le caching *proxy* réalisé par les administrateurs de réseaux internes du type intranet. Ce caching n'est pas de l'ordre de la nécessité et n'affecte pas sensiblement le trafic sur Internet. Dès lors, il s'agit d'un caching de confort d'utilisateurs privés.

III - Le caching de confort des éditeurs de site

[88]. – Le caching miroir. – Les copies de sites mises en place pour répartir à l'échelle mondiale les connexions sont réalisées à l'initiative des éditeurs de site. Ces copies ne posent pas de difficultés particulières dès lors qu'elles sont mises en place par les créateurs de sites eux-mêmes. Il s'agit d'un caching de confort qui est d'ailleurs réservé aux sites à fort trafic. Pour cette raison, il n'est pas utile de développer notre réflexion sur cette hypothèse somme toute des plus simples.

Voilà dressé succinctement le contenu du caching de confort qui fera l'objet de notre réflexion. Les titulaires de droits sont légitimement en droit de décider, lors de la mise en ligne, quel type de caching de confort pourra être réalisé et sous quelles conditions financières ou autres.

Section 2. Un caching dépendant de la représentation

[89]. – Plan. – Sans se limiter à l'évidence qui consisterait à constater que sans mise en ligne, il n'y a pas de caching, on peut remarquer que de celle-ci vont surtout dépendre les contours de la mise en cache de confort. En effet, c'est au moment où une page Internet (elle-même une œuvre ou contenant des œuvres) est écrite et placée sur Internet que les titulaires de droit sont en mesure de décider d'autoriser ou non le caching de confort ou en d'autres termes, de **déterminer les conditions de la représentation** (I) au regard du caching de confort.

La question de **la rémunération des titulaires de droits** (II) n'est pas moins complexe dans la mesure où il apparaît bien difficile de soumettre chaque internaute, par exemple, à l'obligation de rémunérer l'auteur ou l'auxiliaire de la création dans le cas où il cacherait ses œuvres ou prestations.

⁶⁸ V. *infra*, n°90 et suiv.

I - La détermination des conditions de représentation

A - Le cas particulier du caching de confort des internautes

[90]. – Difficulté pratique. – Rappelons la difficulté que nous soulevions *supra* concernant le caching navigateur. S'il s'agit d'une mise en cache de confort, celle-ci doit rester soumise à l'autorisation des titulaires de droits. Dès lors, les internautes seraient dans l'obligation de demander l'autorisation des titulaires de droits pour chaque œuvre ou prestation cachée. Selon certains auteurs, il faut admettre qu'un titulaire de droits qui représente sans poser de conditions particulières à la mise en cache, accepte tacitement cette pratique. Nous ne reviendrons pas sur les critiques qui peuvent être faites concernant la reconnaissance d'une autorisation tacite du titulaire de droit⁶⁹. En réalité, cette difficulté pratique n'est-elle pas levée si l'on envisage la question du caching navigateur sous l'angle de l'exception de copie privée ?

[91]. – L'exception de copie privée. – L'article L. 122-5 2° du Code de la propriété littéraire et artistique dispose en effet que les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste ne peuvent être interdites par l'auteur. Il nous faut distinguer deux cas de figures : le caching navigateur réalisé sur un ordinateur public (disponible à tous dans un cybercafé par exemple) et celui réalisé sur un ordinateur privé (ordinateur familial).

(1) Ordinateur privé : La première question à se poser est de savoir qui est le copiste. Si l'ordinateur est privé, il semble bien que ce soit l'utilisateur de celui-ci. Certains diront que le copiste n'est en fait que l'ordinateur lui-même, puisque le caching navigateur est automatique. Pourtant, même si par défaut la mise en cache est sélectionnée, l'utilisateur est libre de décider si son butinage conduira ou non à la réalisation de copies cache sur son disque dur. Dans ces conditions, il ne nous semble pas impossible de dire que le copiste est l'utilisateur de l'ordinateur privé, même s'il n'a pas toujours connaissance des copies réalisées. La deuxième question à laquelle il faut répondre est de savoir s'il s'agit bien d'une utilisation privée. Le cache qui stocke les œuvres copiées ne fait que recevoir des données du réseau. Dans la mesure où cette zone du disque dur n'est pas entièrement ouverte sur Internet et ne permet pas à d'autres internautes de la « visiter » (selon les termes de l'affaire Brel⁷⁰), il s'agit bien d'un espace privé. Dès lors que l'ordinateur concerné est lui aussi privé, il n'y a pas d'utilisation collective des copies.

(2) Ordinateur public : Qui est le copiste dans ce cas ? L'ordinateur étant géré par l'exploitant mettant à la disposition le matériel, l'utilisateur de l'ordinateur doit être mis hors de cause. Bien souvent, il n'a d'ailleurs pas la possibilité techniquement de modifier les réglages réalisés sur le cache. Nous pouvons rapprocher ce cas des officines de photocopies qui sont considérées comme copiste (l'officine de reprographie, Civ. 1^e, 7 mars 1984, affaire Rannougraphie). Enfin, l'utilisation des copies sera cette fois collective. La mise en cache bénéficiera à tous les internautes qui l'utiliseront. L'exception ne jouera donc pas dans cette hypothèse et cela est bien naturel. Il ne s'agit pour le cybercaféier qui réalise le caching que d'offrir un simple confort d'utilisation à ses clients. Ce confort passe par des reproductions.

⁶⁹ V. *supra*, n°73.

⁷⁰ « La mise à disposition sur un site Internet d'œuvres protégées sans autorisation des auteurs ne peut être considérée comme relevant de l'usage privé dès l'instant où cela permet à tout tiers qui le désire de « visiter » les pages en cause » (TGI Paris, 14 août 1996).

L'exception de copie privée ne semble donc être un fondement exonératoire du caching navigateur que lorsqu'il est réalisé sur un ordinateur privé. Cependant, des difficultés subsistent. Les logiciels et les bases de données (susceptibles d'être cachés comme les autres œuvres), qui sont exclus de l'exception de copie technique, le sont aussi de l'exception de copie privée (article L. 122-5 2° du Code de la propriété littéraire et artistique)⁷¹. A moins d'inventer un filtre qui exclurait les logiciels et les bases de données du caching (ce qui est impossible à ce jour dans la mesure où on ne sait pas ce que recouvre exactement la notion de bases de données notamment), la seule solution raisonnable est de considérer que le caching navigateur est lui aussi un acte nécessaire à l'utilisation de ces œuvres particulières⁷² (ce qui, avouons-le, ne va pas forcément de soi).

B - Les autres types de caching de confort

[92]. – Le caching moteur de recherche. – En ce qui concerne la constitution du cache des moteurs de recherche, il est légitime de dire qu'un titulaire qui demande lui-même l'indexation accepte la technologie qui est employée pour la réaliser. Nous ne reviendrons pas sur les limites de l'autorisation tacite, cependant, rappelons que c'est cette technique juridique qui est employée avec succès pour les liens hypertextes simples⁷³. A l'éditeur du site, si cela ne lui convient pas, de choisir d'indexer son site dans un annuaire de sites (qui n'est qu'une base de données d'adresses) ou de choisir un moteur de recherche plus en adéquation avec ses principes.

Cependant, dès lors qu'il n'y a pas eu de contrat entre l'éditeur et le moteur de recherche, et que ce dernier indexe néanmoins le site, on ne peut plus parler de la moindre autorisation tacite. Le fait de mettre un site en ligne ne vaut pas acceptation de son indexation dans le cache d'un moteur de recherche. Rappelons que seulement vingt pour cent des sites sont à ce jour répertoriés dans les bases des moteurs. Ainsi, il ne va pas de soi que mettre en ligne autorise le caching moteur de recherche. Dans cette hypothèse, le moteur de recherche peut être actionné en contrefaçon, puisqu'il a réalisé un caching de confort sans autorisation. Il est très difficile en pratique de faire enlever son site de ces bases de données une fois leur indexation réalisée, cependant cela s'est déjà vu. L'éditeur peut également, comme nous allons le voir maintenant, interdire techniquement l'indexation.

C - Mesures de protection technique

[93]. – Possibilités techniques. – Comment le titulaire de droits pourra-t-il s'assurer qu'une fois mise en ligne son œuvre, celle-ci ne sera cachée que dans les conditions qu'il a imposé ? Techniquement, il existe des outils de programmation qui permettent à l'auteur de déterminer précisément la durée pendant laquelle son œuvre est mise en cache, et qui le mette en mesure également d'interdire purement et simplement la mise en cache de confort⁷⁴. Les logiciels de navigation lisent et traduisent les entêtes des pages et prennent

⁷¹ La possibilité d'une copie de sauvegarde pour les logiciels ne nous semble pas non plus être un fondement à retenir, dans la mesure où elle est d'une toute autre nature que la copie privée.

⁷² V. *supra*, n°42.

⁷³ V. *supra*, n°72.

⁷⁴ « Les protocoles informatiques "HTML" et "HTTP" définissent en effet le contenu standardisé des "en-têtes" des documents circulant sur l'Internet. Est notamment précisée la durée maximale autorisée par l'éditeur du site (ie. le responsable du site agissant pour le compte du titulaire de droits) pour la conservation de chaque document dans les "caches". Si la durée mentionnée dans "l'en-tête" est égale à zéro, le "cache" est interdit » (Rapport du CE, *op. cit.*). Rajoutons à cela la balise NOARCHIVE qui permet d'interdire l'indexation automatique des moteurs de recherche.

normalement en compte ces conditions relatives au caching. Une difficulté cependant est à signaler. Tous les professionnels de caching ne tiennent pas compte des limitations inscrites dans les pages des sites.

Dans ce cas, les titulaires de droits ont toujours la possibilité d'avoir recours aux règles relatives au contournement de mesures techniques ou d'informations sur le régime des droits. La responsabilité des intermédiaires pourra également selon nous être évoquée, même si les opérateurs de moteur de recherche ne sont pas cités expressément dans la directive commerce électronique. Par ces mises en cache, ils peuvent être assimilés à des fournisseurs de caching et donc être actionné en responsabilité dès lors qu'ils sortent de leur rôle.

II - La rémunération des titulaires de droit

[94]. – Le caching *proxy interne*. – Les copies cache réalisées par les administrateurs de réseaux privés, en tant que copies de confort, devront être faites avec l'autorisation des titulaires de droits et éventuellement en les rémunérant. Il est à craindre, à moins que ne soient signés des accords-cadres avec les titulaires de droit prévoyant une rémunération forfaitaire, que ces administrateurs se passe d'autorisation. En effet, il serait très compliqué de devoir vérifier ce qui est mis en cache automatiquement ou cela reviendrait à proscrire ce procédé définitivement. Peut-être est-il envisageable de gérer ces questions au sein d'un contrat-cadre avec les titulaires de droits ou d'avoir recours à un régime de licence légale prévoyant une rémunération forfaitaire⁷⁵.

[95]. – Le caching *moteur de recherche*. – La rémunération du caching moteur de recherche devra normalement être prévue dans le cadre du contrat qui lie l'intermédiaire à l'éditeur de site. En pratique cependant, la mise en cache des sites par le moteur est souvent réalisée sans autorisation spéciale et donc sans rémunération à ce titre, même si un contrat a été établi. Pratiquement, la négociation avec les moteurs n'existe pas et il paraît peu concevable que ceux-ci rémunèrent les éditeurs de site pour ce caching optionnel. Le poids des moteurs dans l'équilibre contractuel est démesuré en raison de l'importance pour la plupart des sites d'être bien référencés. Dès lors, même si en théorie ce caching de confort devrait donner lieu à autorisation et à rémunération, on peut douter qu'en pratique cela puisse être un jour le cas.

[96]. – Le caching *navigateur*. – Aux Etats-Unis, les professionnels de la diffusion sur Internet d'œuvres musicales (les webcasters) doivent actuellement payer pour les reproductions accessoires créées par exemple sur l'ordinateur de l'internautes (il s'agit de ce que les américains appellent des « transient copies » et des archival copies »). Pourrait-on envisager un système équivalent en France ? L'idée à retenir est de ne pas faire payer directement les internautes. Ce caching de confort, si on l'assimile à un cas d'utilisation de la copie privée, pourrait être pris en compte dans le calcul de la rémunération spécifique qui est prévu pour cette exception (pour l'instant seuls les phonogrammes et vidéogrammes bénéficient de cette rémunération). En ce qui concerne, le caching navigateur réalisé sur des ordinateurs publics, ne pourraient-on pas envisager de mettre en place un système de licence légale, à l'image de ce qui a été fait pour la reprographie, de sorte que le professionnel rémunère les titulaires de droits des copies qu'il fait réalisé par ses ordinateurs sans craindre

⁷⁵ V. *infra*, n°96.

qu'on le lui interdise ? Ce qui s'applique au professionnel de la copie analogique pourrait s'appliquer à d'autres professionnels de la copie numérique. Le parallèle ne nous semble pas choquant.

CONCLUSION

[97]. – Propos conclusifs. – Il est vrai que l'on peut se demander, à la suite de Monsieur LUCAS, si le législateur n'a pas agi avec trop d'empressement en légiférant sur un procédé technique, visant à accélérer le web, qui pourrait bien disparaître avec le développement des réseaux à haut débit. Il est cependant probable que ce ne soit pas le cas dans l'immédiat, car, comme nous avons pu l'observer jusqu'ici, à une augmentation de la capacité d'échange sur Internet correspond toujours une augmentation préalable du "poids" des informations échangées. Cette course sans fin, qui conduit également les constructeurs à toujours démultiplier la capacité de stockage des ordinateurs, ne pourra pas s'affranchir avant longtemps de tous ces procédés d'accélération du net. Le droit d'auteur se doit donc de poser des frontières claires au caching qui permettent de trouver un équilibre entre les nécessités du réseau et les attentes légitimes des titulaires de droits qui craignent pour l'exploitation de leurs œuvres et prestations. Cette frontière, sous l'éclairage de la distinction entre copies nécessaires et de confort, décrit un tracé plus cohérent lorsque l'on garde à l'esprit que le caching est intrinsèquement lié au droit de représentation.

[98]. – Propositions. – Puisque la directive a été adoptée, il n'est bien évidemment plus temps de la remettre en cause. Cependant, les juges français disposeront, en raison de l'obscurité du texte, d'une latitude importante au moment de son interprétation. Soyons donc rassuré, la raison est sauve puisque l'article 5-1 peut être interprété –et d'ailleurs trouve tout son sens– à la lueur de cette distinction entre nécessité et confort dans la représentation de l'œuvre.

L'exemption ne vise ainsi, selon nous, que le caching nécessaire (sous ses différentes formes) offrant aux intermédiaires un régime d'exclusion qui ne dit pas son nom, mais qui se justifie pleinement. Ainsi, il serait possible de lire l'article 5-1 de la façon suivante : le caching routeur, selon nous, est exclu par nature du droit de reproduction. Le recours à l'exception est donc inutile. Dès lors, la première hypothèse du texte (le caching ayant pour unique finalité de permettre la transmission dans un réseau entre tiers), renvoie selon nous au caching *proxy* (de sorte que ces intermédiaires bénéficient du régime favorable prévu pour les intermédiaires, ce qui va dans le sens de la directive commerce électronique et du considérant 33). La seconde hypothèse (l'utilisation licite) vise, quant à elle, le caching nécessaire des internautes (caching RAM) qui n'a pour seule finalité que de permettre une utilisation licite de l'œuvre. Les copies de cache de confort, quant à elle, ne bénéficieront pas de l'exemption et, sauf pour le caching navigateur qui devrait être analysé selon nous comme un cas de copie privée, seul les titulaires de droits pourront les autoriser ou non. Sans doute faudra-t-il aménager des conditions d'autorisation et de rémunération simplifiées pour les professionnels qui ont recours à ce procédé, en raison de la difficulté de contrôler avec précision le contenu des caches.

Pour ce qui est de la question des logiciels et des bases de données, à défaut de les inclure à l'exception de copie technique, il est indispensable de retenir une lecture souple (ce que le texte permet) de l'exception de destination qui leur est propre pour harmoniser la question des caches. Ainsi, si le logiciel ou la base de données sont cachés pour permettre soit la transmission de l'œuvre ou de la prestation dont ils sont l'accessoire (nous pensons notamment aux instructions Java qui permettent de représenter certaines œuvres), soit leur propre représentation licitement organisée, il s'agirait d'une utilisation conforme à leur destination et donc exemptée d'autorisation.

BIBLIOGRAPHIE

Traité

A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2e édition, 2001.

Ouvrages et manuels

A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998.

H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e édition, 1978.

F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 6^e édition, 1996.

F. DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, CEDIDAC, Lausanne, 1999.

A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences. Etude de droit comparé*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, tome XXIV, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 1993.

J.G. GRENIER, *Dictionnaire de l'informatique et d'Internet (A-F)*, La Maison du dictionnaire, 1996.

A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Dalloz, 1999.

P.-Y GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Droit fondamental, 3^e édition, 1999.

Ch. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998.

G. DE BROGLIE, *Le droit d'auteur et l'Internet*, Cahier des sciences, PUF, 1998.

Articles

A. KEREVER, *Construire une société de l'information européenne*, in : Bulletin du droit d'auteur, UNESCO, Janvier-mars 2001, vol. XXXV n°1.

L.M.C.R. GUIBAULT, *Le tir manqué de la directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information*, in : Cahiers de propriété intellectuelle, Amsterdam, Institute for Information Law, octobre 2002.

R.S. VERMUT, *File caching on the Internet: technical infringement or safeguard for efficient network operation ?*, in : 4 J. Intell. Prop. L. 273, 1997 (article disponible sur le site www.law.harvard.edu, site visité en mai 2003).

P. SERINELLI, *rapport introductif*, in : Propriétés intellectuelles, n°1.

P. SERINELLI, *Bref aperçu du premier avant-projet de loi de transposition de la directive communautaire du 22 mai 2001*, in : Propriétés intellectuelles, janvier 2003, n°6, p 58.

S. DUSOLLIER, *Internet et droit d'auteur*, mai 2001 (disponible sur www.droit-technologie.org, site visité en février 2003).

S. DUSOLLIER, *Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen*, in : Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?, Cahier du CRID, Informatique et droit, 1998.

O. COUSI et R. CLARKE, *Le webcasting et les royalties : inspiration de l'outre-atlantique*, in : PA, n°80, 22 avril 2002.

Y. GAUBIAC, *Les exceptions : la méthode suivie et les résultats obtenus*, in : Propriétés intellectuelles, janvier 2002, n°2, p 17.

S. BEGHE et L. COHEN-TANUGI, *Droit d'auteur et copyright face aux technologies numériques : comparaisons transatlantiques*, in : Légipresse, janvier-février 2001, n°178, partie II, p 1.

T. VERBIEST et E. WERY, *Les copies provisoires techniques confrontées au droit de reproduction*, in : Légicom, 2001/2, n°25, p 87.

S. DESCOMBES, *Le caching pour accélérer et alléger le réseau*, Le journal du net (disponible sur le site : www.journaldunet.com : [http://solutions.journaldunet.com/0210/021016_caching.shtml] site visité en février 2003).

P.-Y. GAUTIER, *De la transposition des exceptions : à propos de la directive « droit d'auteur dans la société de l'information »*, in : Communication – Commerce électronique, novembre 2001, p 10.

Thèse et Mémoires

G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J., 1969.

C. BERGERON, «*Fair dealing*» canadien et «*fair use*» américain : une analyse de l'exception d'utilisation équitable en matière de droit d'auteur (mémoire soutenu en 2001 à la Faculté de droit McGill, 13-2 Les cahiers de propriété intellectuelle, n°267).

F. CLAEYS, *Aspects au niveau du droit d'auteur de la contrefaçon d'œuvres musicales sur Internet* (mémoire soutenu en 2001 à l'Université Catholique de Louvain).

D. GOULETTE, *Exceptions au droit exclusif de l'auteur et liberté contractuelle* (mémoire soutenu en juin 2001 à l'Université de Nantes dans le cadre de son DEA de propriété intellectuelle).

M. RAFECAS, *L'étendue du monopole du droit d'auteur dans l'environnement numérique ou la nouvelle approche technique et économique du droit d'auteur dans la directive européenne du 22 mai 2001*, (mémoire soutenu en septembre 2001 à l'Université Paris II dans le cadre de son DESS de propriété industrielle).

Rapports officiels

CONSEIL D'ETAT, section du rapport et des études, *Internet et les réseaux numériques*, La documentation française, 2 juillet 1998.

D. POURTAUD, *Rapport au Sénat*, Doc. Sénat, n°317, 28 avril 1999.

C. PAUL, *Rapport à l'Assemblée Nationale*, Doc. AN, n°1401, 17 février 1999.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre Vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, COM (95) 382 final, juillet 1995.

CSPLA, *Compte rendu de la réunion du 20 décembre 2001* (disponible sur le site Internet du CSPLA).

P. SERINELLI, *Atelier sur la mise en oeuvre du traité WCT et WPPT, Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins*, 6-7 décembre 1999.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Abus de droit77 à 79.

Accessorium sequitur principale

Voir *Théorie de l'accessoire*

Antémémoire

Voir *Cache*

Antémémorisation

Voir *Caching*

Archival copies96.

Autorisation implicite71 à 73.

B

Base de données42.

Browsing

Voir *Caching RAM*

Butinage

Voir *Caching RAM*

C

Cache3.

Caching

- confort (de), 60, 83 à 96.
- définition, 3.
- miroir, 4, 48, 60, 88.
- moteur de recherche, 5, 49, 85, 92, 93, 95.
- navigateur, 6, 47, 86, 90, 91, 96.
- nécessaire, 40, 44, 46, 60, 62 à 82.
- proxy, 5, 36, 46, 65 à 67.
- proxy interne, 6, 40, 46, 87, 94.
- RAM, 6, 28, 30, 36, 45, 52, 53, 55, 60, 68.
- routeur, 5, 36, 40, 44, 64.

Cession implicite

Voir *Autorisation implicite*

Contrefaçon54, 58, 79, 81, 92.

Copie privée..... 43, 46, 91, 96.

Copie technique..10, 30, 31, 33 à 50, 60.

Copyright.....51 à 57.

D

Directive commerce électronique.....12, 36, 60, 82, 93.

Directive société de l'information

- article 1-2, 42.
- article 2, 24 à 25.
- article 5-1, 33 à 41, 50, 98.
- article 5-4, 43.
- article 6, 81.
- article 8-3, 82.
- présentation, 12, 14.
- propositions, 98.

Droit de représentation

Voir *Représentation*

Droit de reproduction

Voir *Reproduction*

E

Ephemeral copies41.

Exception de copie privée

Voir *Copie privée*

Exception de copie technique

Voir *Copie technique*

Exemption

Voir *Copie technique*

F

Fair use

- contenu, 53, 54.
- application, 55, 56.
- critique, 57.

Fixation provisoire.....25 à 29, 31, 52.

Fournisseurs d'accès.....5, 13, 31, 46, 65 à 67.

I

Intermédiaires.....5, 12, 40, 42, 44, 61 à 67, 81, 82, 85, 93, 95.

Intranet.....6, 40, 87.

Internet

— définition, 21.

L

Lien hypertexte7, 72.

Logiciel.....14, 42, 53, 91, 98.

M

Mesures de protection technique.....81, 93.

Mirroring

Voir *Caching miroir*

Moteur de recherche

Voir *Caching moteur de recherche*

R

Rémunération

Voir *Représentation*

Représentation

- conditions, 90 à 93.
- définition, 22.
- rémunération, 94 à 96.

Reproduction

- classification, 30, 31, 60.
- conditions, 20 à 23.
- définition, 11, 19.
- distinction (représentation), 22.
- nécessaire ou de confort, 60.
- reproduction provisoire, 26 à 28.
- reproduction temporaire, 25.
- volatile ou temporaire, 60.

Responsabilité des intermédiaires...12, 36, 60, 82, 93.

Routing

Voir *Caching routeur*

S

Streaming.....6.

T

Théorie de l'accessoire74 à 76.

Transient copies96.

Triple test

Voir *Triptyque*

Triptyque43.

Usage équitable

Voir *Fair use*

TABLE DES MATIERES

TITRE I. Le caching : une exception de copie technique provisoire au droit de reproduction	10
Chapitre 1. Un acte de reproduction provisoire.....	10
Section 1. Une reproduction.....	10
I - Fixation matérielle de l'œuvre.....	11
II - Communication indirecte de l'œuvre au public.....	11
Section 2. Une reproduction provisoire	13
I - La fixation provisoire comme reproduction	13
II - Classification des reproductions techniques provisoires.....	15
Chapitre 2. Un acte exempté du droit de reproduction.....	16
Section 1. L'exception de copie technique provisoire	17
I - Limites propres à l'exception de copie technique.....	17
A - La nature de la copie technique.....	17
B - La finalité de la copie technique	19
II - Limites générales à toute exception au droit de reproduction.....	21
III - Les frontières de l'exception par l'exemple	23
Section 2. L'alternative du fair use américain	26
I - La copie technique provisoire comme reproduction.....	26
II - La détermination de l'usage équitable.....	27
III - Tentative d'application du fair use aux copies techniques.....	28
TITRE II. Le caching : un acte inhérent à la représentation de l'œuvre sur Internet	30
Chapitre 1. Un acte nécessaire à la communication de l'œuvre au public	31
Section 1. Le contenu du caching nécessaire.....	31
I - Le caching nécessaire des intermédiaires.....	32
A - Le caching nécessaire à la transmission.....	32
B - Le caching nécessaire à une transmission efficace	32
II - Le caching nécessaire des utilisateurs.....	33
Section 2. Un caching accessoire de la représentation	33
I - Fondements de l'absence d'autonomie.....	34

A -	<i>L'autorisation implicite</i>	34
B -	<i>La théorie de l'accessoire</i>	36
C -	<i>La théorie de l'abus de droit</i>	38
II -	<i>Les moyens d'action des titulaires de droits</i>	39
Chapitre 2.	Un acte de confort pour la communication de l'œuvre au public	41
Section 1.	Le contenu du caching de confort	41
I -	<i>Le caching de confort des intermédiaires</i>	41
II -	<i>Le caching de confort des utilisateurs</i>	42
III -	<i>Le caching de confort des éditeurs de site</i>	42
Section 2.	Un caching dépendant de la représentation.....	42
I -	<i>La détermination des conditions de représentation</i>	43
A -	<i>Le cas particulier du caching de confort des internautes</i>	43
B -	<i>Les autres types de caching de confort</i>	44
C -	<i>Mesures de protection technique</i>	44
II -	<i>La rémunération des titulaires de droit</i>	45
CONCLUSION		47
BIBLIOGRAPHIE		48
INDEX ALPHABETIQUE		50
TABLE DES MATIERES		52