

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

*Rapport de la commission consacrée à la seconde vie
des biens culturels numériques*

Présidentes de la commission :

Joëlle Farchy
Josée-Anne Bénazéraf

Rapporteur : Alexandre Segretain

SOMMAIRE

Introduction	p. 5
1. <u>Les principes résultant du droit commun du droit d'auteur dans l'environnement numérique</u>	p. 7
1.1. <u>Le droit de distribution, limité par la règle de l'épuisement, ne s'applique qu'aux supports tangibles</u>	p. 8
La règle de l'épuisement et sa justification	p. 8
Les travaux préparatoires de la directive Société de l'Information	p. 9
Les dispositions en vigueur	p. 10
1.2. <u>La mise à disposition d'œuvres aux fins de téléchargement relève du droit de communication au public</u>	p. 13
Les dispositions applicables	p. 13
Les travaux préparatoires	p. 13
Doctrines et jurisprudence en droit interne	p. 15
Conséquence de la qualification : la règle de l'épuisement ne joue pas	p. 15
1.3. <u>En tout état de cause, le droit de reproduction fait obstacle à l'épuisement</u>	p. 16
Téléchargements générateurs de reproductions	p. 16
Mise à disposition à la demande et distribution immatérielle aux Etats-Unis	p. 16
L'affaire <i>ReDigi</i>	p. 18
<i>ReDigi</i> à l'aune du droit de l'Union	p. 20
L'acte de reproduction accompli par le service en ligne	p. 21
L'exception de copie privée	p. 22
L'exception de reproduction provisoire-transitoire	p. 23
L'acte de reproduction accompli par l'acheteur	p. 25
2. <u>L'arrêt UsedSoft c/ Oracle ne remet pas en cause les solutions issues du droit commun du droit d'auteur</u>	p. 26
Présentation de la décision	p. 26
Les faits	p. 26
Les questions préjudicielles	p. 27
Synthèse et dispositif de l'arrêt	p. 28
Réponse de la Cour sur la seconde question préjudicielle	p. 29
Première vente - Licence et copie du programme d'ordinateur formant un " <i>tout indivisible</i> "	p. 29
Mise à la disposition du public ou droit de distribution	p. 30
Copies matérielles et immatérielles - Equivalent fonctionnel	p. 30
Application de l'épuisement aux services - Objet spécifique	p. 32
Copie objet de l'épuisement et droit de reproduction	p. 32
Réponse de la Cour sur les 1 ^{ère} et 3 ^{ème} questions préjudicielles	p. 34
Observations liminaires	p. 35

Une situation non seulement différente mais contraire à celle des supports tangibles d'occasion	p. 35
La revente d'une licence sans copie du programme	p. 36
2.1. <u>Une décision rendue sous l'empire de la <i>lex specialis</i></u>	p. 40
2.2. <u>Les différences entre les deux directives</u>	p. 41
2.2.1. <u>Des prérogatives différentes : le droit de communication au public est absent de la directive Programmes d'Ordinateur</u>	p. 42
2.2.2. <u>Un droit de distribution aux contours différents</u>	p. 44
Distribution/ location : la "summa divisio" du droit spécial	p. 44
L'œuvre incorporée à un bien matériel	p. 45
La question des services	p. 47
Le considérant 29 de la directive Société de l'Information	p. 47
Licence, contrat et services associés dans la pratique du droit spécial	p. 48
Un considérant ambigu ?	p. 49
L'objet spécifique	p. 50
2.2.3. <u>Des exceptions différentes</u>	p. 51
L'exception de copie privée : obstacle à l'extension de l'arrêt <i>UsedSoft c/ Oracle</i> ?	p. 51
Des exceptions soumises à une condition commune différemment libellée : le test en trois étapes	p. 52
2.3. <u>Les décisions rendues par des juridictions de l'Union en droit commun du droit d'auteur postérieurement à l'arrêt <i>UsedSoft c/ Oracle</i></u>	p. 54
2.3.1. <u>En Allemagne</u>	p. 54
Jugement du Landgericht de Bielefeld du 5 mars 2013, confirmé par arrêt de la Cour d'appel de Hamm du 15 mai 2014	p. 55
Jugement du Landgericht de Berlin du 21 janvier 2014	p. 56
2.3.2. <u>Aux Pays-Bas</u>	p. 57
2.4. <u>L'arrêt "All posters"</u>	p. 58
3. <u>Synthèse de l'analyse économique</u>	p. 62
3.1. <u>L'articulation entre le neuf et l'occasion : les enseignements de la littérature économique pour les marchés physiques</u>	p. 62
3.1.1. <u>Risques de cannibalisation et solutions proposées</u>	p. 62
3.1.2. <u>Des effets contradictoires sur la demande de biens neufs</u>	p. 63

<i>La complémentarité : un effet neutre</i>	p. 63
<i>L'accroissement : un effet positif</i>	p. 64
3.2. <u>Des perspectives renouvelées pour les biens dématérialisés</u>	p. 64
3.2.1. <u>Les caractéristiques des biens dématérialisés : un risque accru de cannibalisation</u>	p. 64
3.2.2. <u>Une grande incertitude : les attentes des usagers</u>	p. 65
<i>Les multiples manières de se procurer des biens dématérialisés</i>	p. 65
<i>Une demande pour des services et des fonctionnalités variées</i>	p. 65
3.2.3. <u>Des arrangements contractuels plutôt que législatifs</u>	p. 66
Composition de la commission	p. 68
Lettre de mission	p. 70

INTRODUCTION

Aux termes de son arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft c/ Oracle*¹, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé en substance que le principe d'épuisement du droit de distribution, qui veut que le titulaire du droit qui a consenti à la mise sur le marché de l'original ou d'un exemplaire contenant une œuvre protégée ne puisse plus en contrôler les reventes successives, s'appliquait indifféremment aux copies de programmes d'ordinateur commercialisées sur un support matériel et à celles téléchargées dans le cadre de services en ligne, en l'occurrence, à partir du site Internet du titulaire du droit.

Ce faisant, la Cour a ouvert la voie au développement d'un marché numérique secondaire des programmes d'ordinateur, dont les licences peuvent désormais être revendues avec le droit de télécharger le fichier du programme correspondant, à la condition que le vendeur ait préalablement rendu sa propre copie inutilisable.

La consécration de ce droit de distribution immatérielle sujet à épuisement se fonde sur la directive du 14 mai 1991 relative à la protection des programmes d'ordinateur, codifiée par la directive n° 2009/24/CE du 23 avril 2009, qualifiée par la Cour de *lex specialis* par rapport au droit commun du droit d'auteur résultant de la directive n° 2001/29/CE du 22 mai 2001 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

La solution, bien que semblant ainsi limitée aux programmes d'ordinateur, a néanmoins suscité des interrogations quant à sa possible extension à d'autres secteurs, et ce d'autant que des acteurs de l'Internet, anticipant l'éventuelle faculté pour l'acquéreur d'une œuvre littéraire, graphique, musicale ou audiovisuelle sous une forme numérique, d'en revendre le fichier à l'instar des pratiques de revente d'occasion dans l'univers physique, ont pris des initiatives afin de développer des "places de marché" numériques.²

Le développement des marchés de l'occasion s'inscrit dans une évolution générale du rapport à la consommation, le paradigme consumériste ayant laissé la place depuis les années 90 à la valorisation du recyclage, des échanges, du partage, de la récupération ou de la réparation. Les biens culturels n'échappent pas à cette évolution générale mais posent des questions toutes particulières compte tenu de l'ampleur des phénomènes de dématérialisation dans les secteurs concernés.

¹ CJUE, Grande Chambre, 3 juillet 2012, "UsedSoft c/ Oracle", aff. C-128/11.

V. notamment : P. Sirinelli, *RIDA* juillet 2012, n°233, p. 179 ; A. Lucas, *Propr. Intell.* juillet 2012, n°44, p. 333 ; V. Varet, "De distorsions le droit (de reproduction) s'est épuisé : à propos de l'arrêt de la CJUE en date du 3 juillet 2012", *Propr. Intell.* octobre 2012, n° 45, p. 384 ; G. Vercken, "Vers un marché de l'occasion des biens culturels numériques ?", *Légipresse* n°303, mars 2013 ; F. Pollaud-Dullian, "Droit de distribution. Epuisement. Programme d'ordinateur. Copie", *RTD Com.*, 2012, p. 542 ; Stéphane Leriche et Julie Ruelle, "L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation : une première avancée (à propos de l'arrêt UsedSoft c/ Oracle, CJUE, 3 juillet 2012)", *Droit de l'immatériel : informatique, médias, communication*, octobre 2012 n° 86 p.30.

Pour des analyses transversales, v. notamment : V.L. Bénabou "Marchés de l'occasion, propriété intellectuelle et innovation technologique" in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Mélanges en l'honneur de Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI décembre 2013 p. 27 et s. ; L. Marino "Les défis de la revente des biens culturels numériques d'occasion - Libres propos", *La Semaine juridique* Ed. G., n°36, 2 septembre 2013, 903.

² On songe notamment à la validation par le bureau américain des brevets de la demande d'Amazon portant sur un "marché secondaire d'objets numériques" (janvier 2013, demande déposée en 2009), et d'Apple (mars 2013).

Dans le monde physique, la revente de biens culturels d'occasion s'est longtemps développée dans l'ombre du marché des biens neufs sans susciter de questionnements particuliers. C'est avec la revente de biens physiques sur Internet que l'essor du second marché a commencé à susciter l'inquiétude des titulaires de droits dans la mesure où ce marché, qui ne leur offre pas de revenus directs, est susceptible de se développer à leurs dépens. Plus récemment, la question d'un marché de la revente des biens dématérialisés a renouvelé ces questions et engendré de nombreux débats. Cependant, peu de travaux, à ce jour, ont été réalisés pour savoir quelles seraient les conséquences d'un tel marché pour le marché du neuf.

Face au peu d'informations dont disposait la commission sur le plan économique, il a été décidé de réaliser en parallèle à ses travaux une vaste étude économique complémentaire. Pour mener à bien ce travail, nous nous sommes appuyés sur les matériaux existants, c'est-à-dire la littérature socio-économique et les rapports et études quantitatifs et statistiques dans les secteurs du livre, de la musique, des films et des jeux-vidéo. Ces matériaux riches étaient pourtant insuffisants par rapport à notre objet puisqu'ils permettaient de comprendre ce qui se passait actuellement sur le marché de l'occasion - qui est aujourd'hui quasi exclusivement un marché de la revente de biens physiques - mais pas ce qui pourrait se passer si un véritable second marché numérique voyait le jour.

Pour mieux cerner du côté de la demande, les attentes des usagers, une étude qualitative spécifique a été menée entre décembre 2013 et mars 2014 sur un échantillon de personnes ayant à la fois des pratiques d'occasion et des pratiques numériques. L'enjeu était de comprendre ce que les usagers font actuellement en matière d'occasion et en matière de numérique et également de tester, dans une visée exploratoire, comment ils envisageraient de réagir si un second marché numérique s'ouvrait à eux. Pour l'utilisateur, l'épuisement des droits implique qu'il puisse disposer de l'œuvre sur son support pour la revendre, une fois la première commercialisation réalisée. Transposée dans l'univers numérique, il s'agit de savoir si un consommateur ayant acquis légalement une œuvre dématérialisée peut et veut la revendre mais éventuellement également la prêter, la donner, la jeter, la stocker, la dupliquer pour lui-même ou pour la partager, l'offrir, etc.

On trouvera dans la publication complète de l'étude économique³ le détail de la méthodologie utilisée ainsi que l'ensemble des développements réalisés, synthétisés dans la troisième partie du présent rapport.

Sur le plan juridique, la commission s'est attachée à recenser, dans le cadre du droit commun du droit d'auteur résultant du traité de l'OMPI et de la directive 2001/29/CE, les solutions jusqu'alors traditionnellement admises (1) avant de s'interroger sur leur éventuelle remise en cause par l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle* (2). Il résulte de cette étude, qu'en l'état du droit positif, la mise à disposition d'une œuvre aux fins de téléchargement ne relève pas du droit de distribution, en sorte qu'aucun épuisement ne saurait lui être opposé, et qu'il ne peut être procédé à la "revente" de fichiers d'œuvres protégées sans porter atteinte aux droits de reproduction et de communication au public y afférents.

L'étude économique a permis de compléter l'analyse. La synthèse (3) s'attache en particulier à apprécier l'opportunité de réformer le cadre juridique existant.

³ Farchy, Jutant, *Qui a peur du marché de l'occasion numérique ?* Cahier de l'EMNS, Presses des mines, 2015.

1 - LES PRINCIPES RESULTANT DU DROIT COMMUN DU DROIT D'AUTEUR DANS L'ENVIRONNEMENT NUMERIQUE

Le cadre juridique définissant le droit commun du droit d'auteur dans l'environnement numérique, c'est-à-dire les règles applicables au sein de l'Union à la protection de l'ensemble des œuvres autres que les logiciels et les bases de données - lesquelles font l'objet de directives spécifiques⁴ - résulte :

- du traité sur le droit d'auteur adopté par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) à Genève le 20 décembre 1996 (ci-après le "traité de l'OMPI") ; ce traité a été approuvé au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000⁵ ; il prévoit, à son article 1^{er}, paragraphe 4, que les parties contractantes doivent se conformer aux articles 1^{er} à 21 et à l'annexe de convention de Berne ;
- et de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (ci-après la "directive Société de l'Information") ; son considérant n°15 précise que la directive vise notamment à mettre en œuvre certaines des nouvelles obligations internationales résultant du traité de l'OMPI.

La question, qui sous-tend celle d'une éventuelle extension au droit commun du droit d'auteur du principe d'épuisement tel qu'appréhendé par l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle*, est la suivante : en autorisant la mise à disposition d'une œuvre aux fins de téléchargement, le titulaire épuise-t-il son droit en sorte de ne pouvoir ultérieurement s'opposer à la "revente" du fichier de l'œuvre par l'utilisateur qui l'aura téléchargée ?

Cette question suppose la qualification du ou des droits mis en cause dans le cadre d'une telle exploitation, sachant que trois principaux droits distincts⁶ sont consacrés au profit des auteurs et de leurs ayants droit : le droit de reproduction, le droit de communication au public et le droit de distribution, dont seul le dernier est susceptible d'épuisement.

La commission considère :

- qu'il ne peut s'agir du droit de distribution lequel ne s'exerce - et par conséquent ne s'épuise - qu'à l'égard de la commercialisation des supports tangibles d'une œuvre mis en circulation avec l'autorisation de l'auteur ou de son ayant droit (1.1),
- que la qualification appropriée désigne en l'occurrence le droit de communication au public (1.2),
- et qu'en tout état de cause, à supposer même que l'application du droit de distribution puisse être envisagée, le droit de reproduction ferait obstacle à l'application de la règle de l'épuisement (1.3)

⁴ Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (ci-après la "directive Programmes d'Ordinateur") et directive 96/9/CE du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

⁵ JO L 89, p. 6.

⁶ Outre le droit de location et de prêt consacré par la directive 2006/115/CE du 12 décembre 2006, ainsi que les droits de retransmission par satellite et par câble, objet de la [directive 93/83/CEE](#) du Conseil, du 27 septembre 1993, dite directive Câble / Satellite.

1.1 - Le droit de distribution, limité par la règle de l'épuisement, ne s'applique qu'aux supports tangibles

La règle de l'épuisement et sa justification

Issue de la doctrine allemande, la théorie de l'épuisement s'explique originellement par la nécessité de concilier deux droits qui s'exercent concurremment sur un même objet : le droit de propriété de l'acquéreur de l'objet, qui lui permet notamment d'en disposer et de s'en dessaisir comme il l'entend au profit d'un tiers, et le droit de propriété intellectuelle sur l'œuvre incorporée à cet objet, investissant son titulaire du droit d'en contrôler la distribution.⁷

Sans la règle de l'épuisement, le titulaire du droit d'auteur portant sur une œuvre protégée pourrait en effet exercer son droit exclusif à chaque changement de propriétaire d'un objet reproduisant cette œuvre. Il serait ainsi à même de contrôler non seulement la première vente de cet objet, mais également, ses reventes successives, paralysant ainsi le droit du propriétaire de l'objet en cause d'en disposer librement.⁸

D'où la nécessité d'une conciliation opérée par la règle de l'épuisement, qui limite les prérogatives du titulaire du droit d'auteur à la première mise en circulation de l'exemplaire contenant l'œuvre. *"Le principe de l'épuisement, et son correspondant nord-américain dit de la "first sale" doctrine, réalise précisément cet effacement partiel de la prétention du titulaire du droit de propriété intellectuelle devant le droit du propriétaire "matériel". Le droit de distribution existe, certes, mais il se limite au pouvoir de décision inaugural du titulaire de mise en circulation de l'exemplaire."*⁹

En droit de l'Union, au-delà de la préservation des droits du propriétaire d'un objet incorporant une œuvre, la règle de l'épuisement vise à assurer l'effectivité du principe de libre circulation des marchandises, avec lequel doit être conciliée la protection de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle pour ne pas affecter le commerce entre Etats membres.¹⁰

L'épuisement n'a donc été envisagé qu'à l'égard de la circulation de marchandises¹¹, c'est-à-dire d'objets tangibles, comme le confirment les travaux préparatoires de la directive Société de l'Information.

⁷ V.L. Bénabou, commentaire de l'arrêt rendu le 22 janvier 2015 par la CJUE dans l'affaire C-419/13, *Art & Allposters, Le "chat" et la souris*, <https://vlbenabou.wordpress.com/>.

⁸ De Wolf & Partners, *Study on the application of directive 2001/29/ec on copyright and related rights in the information society (the "infosoc directive")*, p. 61.

⁹ V.L. Bénabou, préc.

¹⁰ CJCE, 20 janvier 1981, Musik-Vertrieb, aff. C-55/80 et C-57/80, Rec. p. 147 ; CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon, aff. C-78/70, Rec. p. 487 (en matière de droits voisins).

¹¹ V. L. Marino "Les défis de la revente des biens culturels numériques d'occasion - Libres propos", préc. : *"(í) la propriété intellectuelle est ici plongée dans le droit du marché intérieur. La liberté de circulation des marchandises est l'un des piliers de ce grand marché. Il faut alors envisager non plus les œuvres (par exemple, les œuvres littéraires), mais - dans un esprit plus terre-à-terre - considérer les marchandises qui circulent (par exemple, les livres). Et il faut appliquer le principe de l'épuisement des droits, qui est l'ange gardien de la liberté de circulation des marchandises."*

Les travaux préparatoires de la directive Société de l'Information

Dès l'adoption du Livre vert du 7 juin 1988, la Commission européenne avait clairement affirmé que le principe de l'épuisement ne se concevait qu'à l'égard de la distribution d'objets physiques incorporant des œuvres :

"Le principe de l'épuisement ne s'applique qu'à la commercialisation sous forme de vente d'exemplaires d'une œuvre, c'est-à-dire d'objets matériels assimilables à d'autres marchandises"¹².

Cette position a été réitérée dans le Livre vert du 19 juillet 1995¹³, en distinguant de surcroît circulation de supports matériels et prestations de services :

"La réponse à la question de savoir si un droit de distribution est susceptible d'être épuisé par un acte d'exploitation du titulaire ou d'un tiers avec son consentement dépend de la forme sous laquelle l'œuvre protégée ou la matière relative est exploitée. Si elle est incorporée dans un support matériel, elle est soumise aux règles en matière de la libre circulation des marchandises et, par conséquent, au principe d'épuisement communautaire. (...) En revanche, si l'œuvre ou la matière relative, au lieu d'être incorporée dans un support matériel relève d'une prestation de services, la situation est toute autre. (...) . En effet, étant donné qu'il s'agit de prestations de services qui en principe peuvent être répétées un nombre illimité de fois, la règle de l'épuisement ne peut pas s'appliquer".

Dans le même document, la Commission précisait encore :

*"A la différence du droit de distribution d'un support matériel, les différents droits qui s'attachent aux services transmis par voies électroniques, peuvent difficilement faire l'objet d'épuisement."*¹⁴

La proposition de directive du 10 décembre 1997 n'en diffère que pour se référer au traité entretemps adopté par l'OMPI dont les dispositions, exposées ci-après, consacrent les mêmes principes :

"Dans le prolongement de l'article 6 paragraphe 1 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et afin de promouvoir le Marché intérieur dans les domaines relevant du droit d'auteur, l'article 4 paragraphe 1 de la proposition confère aux auteurs le droit exclusif d'autoriser toute forme de distribution au public, par la vente ou par tout autre moyen, de l'œuvre originale et de ses copies. Elle harmonise ainsi le droit de distribution dont jouissent les auteurs d'œuvres de toutes catégories lorsque cela n'est pas déjà le cas. (...) Comme dans l'acquis communautaire concernant cette question, les expressions "copies" et "œuvres originales et copies de celles-ci", qui désignent l'objet du droit de distribution, se rapportent uniquement aux copies fixées pouvant être mises en circulation comme des objets tangibles.

Le paragraphe 2 harmonise l'exception au droit de distribution, à savoir l'épuisement. Il dispose que le droit de distribution n'est épuisé dans l'ensemble de la Communauté qu'après la première vente de la copie d'une œuvre en question dans la Communauté, pour autant que cette vente soit faite par le titulaire des droits ou avec son consentement. Cette disposition reflète la jurisprudence constante de la Cour de Justice, qui vise à réconcilier le principe de la libre circulation des marchandises au sein de la Communauté et la protection de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle. De la sorte, le droit de distribution prévu à l'article 4 paragraphe 1 ne créera pas de nouvelles barrières aux échanges dans le Marché intérieur."¹⁵

¹² Livre vert sur le Droit d'auteur et le défi technologique, 1988, Doc. COM (88), 172 final, n° 4.3.5.

¹³ Livre vert sur le Droit d'auteur dans la société de l'information, 1995, Doc. COM (95), 382 final, p. 47.

¹⁴ *Ibid*, p.48.

¹⁵ Proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 10 décembre 1997, Doc. COM (97) 628 final, pp. 29-30.

Les dispositions en vigueur

(a) Du traité de l'OMPI

L'article 6 du traité, intitulé "Droit de distribution", dispose que :

"1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété.

2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuées avec l'autorisation de l'auteur."

Les termes "original" et "exemplaires(s)", au sens de ce texte ainsi que de l'article 7 (relatif au droit de location) sont définis comme suit par les déclarations communes adoptées par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996 :

"Aux fins de ces articles, les expressions "exemplaires" et "original et exemplaires", dans le contexte du droit de distribution et du droit de location prévus par ces articles, désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles".

(b) De la directive Société de l'Information

Aux termes de l'article 4 intitulé "Droit de distribution" :

"1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci.

2. Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement."

Ce texte doit être lu, non seulement à la lumière des travaux préparatoires susvisés, des dispositions précitées du traité de l'OMPI qu'il a notamment pour objet de mettre en œuvre¹⁶, mais également du **considérant 28** de la directive qui énonce que :

*"(28) La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le **droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel**. La première vente dans la Communauté de l'original d'une œuvre ou des copies de celle-ci par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le **droit de contrôler la revente de cet objet** dans la Communauté. Ce droit*

V. également le communiqué de presse de la Commission du même jour : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-1100_fr.htm?locale=FR

¹⁶ V. CJUE, quatrième chambre, 17 avril 2008, Peek & Cloppenburg KG c/ Cassina SpA, aff. C-456/06, point 30 : "A cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, les textes de droit communautaire doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, en particulier lorsque de tels textes visent précisément à mettre en œuvre un accord international conclu par la Communauté (voir, notamment, arrêts du 14 juillet 1998, Bettati, C-341/95, Rec. p. I-4355, point 20, et du 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, point 35)."

ne doit pas être épuisé par la vente de l'original ou de copies de celui-ci hors de la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement. (...)"

Il ne fait donc pas de doute qu'aux termes de la directive Société de l'Information, le droit de distribution s'exerce à l'égard de l'original ou de copies d'une "œuvre incorporée à un bien matériel", c'est-à-dire sur des objets tangibles, et que ce droit n'est épuisé¹⁷ que **pour un objet précis** ("cet objet") : celui dont le titulaire du droit a effectué ou autorisé la première vente ou le premier autre transfert de propriété.

Ce constat a été exprimé à maintes reprises :

*"This right [the distribution right] is restricted to **tangible originals or copies** of works or other subject matter (rec. 28 InfoSoc Dir). The exhaustion rule only applies to **a particular copy**, sold with the consent of the right holder."¹⁸*

***"Traditionally it is understood that distribution right applies to tangible objects** (save the UsedSoft ruling) and it is determined which material acts are restricted. By consequence, **it is clear how the exhaustion rule restricts the distribution right, i.e. by reference to a tangible object.**"¹⁹*

*"Le droit de distribution porte, par hypothèse, sur des « **objets tangibles** » (...). **Se trouve ainsi clairement récusée la thèse d'un droit de distribution immatérielle**, fondée sur le postulat que la transmission numérique disséminerait des copies à distance"²⁰.*

C'est bien d'ailleurs ainsi que l'a compris le législateur interne en transposant, à l'article L.122-3-1 du CPI, l'article 4.2 de la directive Société de l'Information :

*"Dès lors que la première vente d'un ou des **exemplaires matériels** d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, **la vente de ces exemplaires** de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les Etats membres de la Communauté européenne et les Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen".*

S'appliquant à un objet tangible, le droit de distribution ne saurait par conséquent concerner la mise à disposition, aux fins de téléchargement, de fichiers numériques contenant des œuvres protégées, sauf à considérer que de tels fichiers puissent constituer des supports tangibles, hypothèse exclue par la commission.

Celle-ci considère²¹, en effet, qu'un fichier informatique est un ensemble d'informations, constitué d'une séquence d'octets et enregistré sur un support de stockage, et non un support

¹⁷ On notera au passage la formulation restrictive sur laquelle on reviendra ci-après, utilisée pour prévoir que le droit de distribution ne s'épuise que en cas de première vente (í), invitant à une interprétation tout aussi restrictive de la limitation ainsi apportée à l'exercice du droit de distribution.

¹⁸ De Wolf & Partners, *Study on the application of directive 2001/29/ec on copyright and related rights in the information society (the "infosoc directive")*, p. 28.

¹⁹ *Ibid*, p. 62

²⁰ A. & H-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2012, 4^{ème} édition, n° 272 ; v. également : M. Vivant et J-L. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2007, 1^{ère} édition, n° 478 ; P-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 9^e édition, 2014, n° 284 et n° 286 : "Lorsqu'il n'y a plus de support du tout (téléchargement à partir de l'internet), la théorie n'a pas lieu de jouer" ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 837 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n° 322.

²¹ Etant précisé qu'il n'existe aucune étude publiée relative à la nature juridique du fichier informatique, et guère de jurisprudence pertinente au regard du sujet de la présente étude. S'agissant du vol ou de l'abus de confiance appliqué à des fichiers informatiques, v. en dernier lieu Paris, Pôle 4, ch. 10, 5 février 2014.

en lui-même. L'arrêt de la CJUE du 5 mars 2015²², bien que concernant la matière de la fiscalité indirecte, pourrait être invoqué en ce sens. Répondant au point de savoir si un e-book est fourni sur un support physique, la Cour affirme en effet que "Si, certes, le livre électronique nécessite, aux fins d'être lu, un support physique, tel qu'un ordinateur, un tel support n'est cependant pas compris dans la fourniture de livres électroniques" (point 28). Elle en conclut que le livre électronique ne peut "être qualifié de bien corporel" (point 35), ce qui exclut donc, tout au moins dans ce cadre, qu'un fichier puisse être assimilé à un support tangible.

A l'inverse, un jugement récent du TGI de Paris²³, pour juger qu'une agence photographique était propriétaire des fichiers résultant de la numérisation réalisée à ses frais de clichés argentiques remis par une photographe, a pu qualifier ces fichiers de "supports" constituant des "biens meubles corporels". Il serait cependant hasardeux d'en tirer quelque argument que ce soit, spécialement au regard de la question de l'épuisement, totalement étrangère à la décision en cause. Celle-ci apparaît en effet comme une décision d'espèce liée à l'interprétation d'une clause d'un contrat de cession de fonds de commerce. Afin de répondre à l'argumentation de la photographe qui se prévalait de ses droits "incorporels" sur les clichés concernés, non transférés à l'agence, le Tribunal s'est fondé sur la distinction traditionnelle entre l'œuvre et son support (art. L 111-3 du CPI), pour aboutir à la conclusion que l'agence était propriétaire de fichiers qu'elle ne pouvait pas exploiter.

Il est, qui plus est, manifeste qu'un bien meuble corporel ne constitue pas nécessairement un objet tangible, c'est-à-dire un objet "qui peut être touché, qui tombe sous le sens du tact"²⁴, selon la terminologie beaucoup plus restrictive et spécifiquement utilisée par le traité de l'OMPI pour éviter toute équivoque. L'électricité, les ondes hertziennes, les radiations ou encore les nanomatériaux constituent en effet par exemple des biens matériels²⁵ sans pour autant être tangibles. Or, c'est cette dernière notion qui est seule déterminante pour juger de l'épuisement du droit de distribution, comme l'a d'ailleurs clairement rappelé la Cour de justice dans l'affaire "All posters" analysée ci-après.

Le caractère inapplicable du droit de distribution à la fourniture en ligne de fichiers d'œuvres protégées est encore confirmé par le **considérant 29** de la directive qui oppose la mise en circulation d'un "support physique, à savoir une marchandise", tel qu'un CD-Rom ou CD-I, aux services en ligne :

"(29) La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'œuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi".

²² CJUE, 4ème chambre, 5 mars 2015, "Commission européenne c/ République française", aff. C-479/13.

²³ TGI Paris, 3ème chambre 3ème section, 13 mars 2015, Gamma-Rapho / Marie-Laure D.

²⁴ Définition extraite du *Littré*.

²⁵ V. par exemple Marie-Christine de Lambertye-Autrاند, *Jurisqueur civil* Code ó Art. 516, Fasc. unique : Biens - Distinctions, et les références.

Or, une plate-forme de téléchargement constitue un service en ligne²⁶ offrant à l'utilisateur un accès à une œuvre et, comme le mentionne la seconde phrase du considérant, le droit de la télécharger, c'est-à-dire d'en réaliser une copie physique sur un support de stockage.

Ce service suppose la mise en œuvre successive de deux droits insusceptibles d'épuisement : le droit de communication au public et le droit de reproduction.

1.2 - La mise à disposition d'œuvres aux fins de téléchargement relève du droit de communication au public

Les dispositions applicables

L'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur a complété le droit de communication au public par la consécration d'un droit de mise à la disposition du public destiné à régir les transmissions interactives d'œuvres à la demande :

"(...) les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée."

Cette formulation a été entérinée quasiment mot pour mot par l'article 3.1 de la directive Société de l'Information :

"Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement."

Le droit en cause, qui participe d'une volonté de consacrer une acception large du droit de communication au public²⁷, vise les transmissions en ligne à la demande comme le mentionne le considérant 25 :

*"(25) L'insécurité juridique qui entoure la nature et le niveau de protection **des actes de transmission à la demande, au moyen de réseaux**, d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'objets relevant des droits voisins doit être supprimée par la mise en place d'une protection harmonisée au niveau communautaire. Il doit être clair que tous les titulaires de droits reconnus par la présente directive ont **le droit exclusif de mettre à la disposition du public** des œuvres protégées par le droit d'auteur ou tout autre objet protégé **par voie de transmissions interactives à la demande**. Ces transmissions sont caractérisées par le fait que chacun peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement."*

Les travaux préparatoires

En réalité, deux actes sont couverts par le droit de communication au public lorsqu'une œuvre est proposée sur un site accessible au public : la mise à disposition et la transmission à

²⁶ Dans le même sens, en matière de TVA, CJUE, 4ème chambre, 5 mars 2015, "Commission européenne c/ République française", aff. C-479/13 : "la fourniture de livres électroniques constitue un 'service fourni par voie électronique' au sens de" la directive TVA.

²⁷ "(24) La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. **Ce droit doit s'entendre au sens large** (i)."

la demande, ainsi que le précise la Commission européenne dans l'exposé des motifs de la proposition de directive du 10 décembre 1997 :

*"Les "transmissions à la demande" consistent à mettre à la disposition de tiers, de manière interactive, une œuvre ou un autre objet protégé stocké sous format numérique, c'est-à-dire de manière à ce qu'ils puissent y accéder et en demander la transmission de l'endroit et au moment de leur choix. (...) Au cours de l'élaboration et de l'adaptation des deux nouveaux traités de l'OMPI (...) les Etats membres ont été unanimes à considérer que ces nouvelles formes d'exploitation devaient être couvertes par le droit de contrôle de la communication au public (ou un droit connexe)."*²⁸

*"La seconde partie de l'article 3 paragraphe 1 porte sur l'environnement interactif. Elle s'inspire étroitement de l'approche suivie à l'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et la met en œuvre au niveau communautaire. Cette disposition spécifie (...) que le droit de "communication au public" inclut la mise à la disposition du public des œuvres, par fil ou sans fil, de manière que chacun de ses membres puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. L'un des principaux objectifs de cette disposition consiste à spécifier que ce droit couvre les actes de transmission interactifs "à la demande". Elle crée une sécurité juridique en confirmant qu'il y a aussi communication au public lorsque plusieurs personnes non liées (membres du public) peuvent avoir accès individuellement, à partir d'endroits et à des moments différents, à une œuvre se trouvant sur un site accessible au public. Comme cela a été souligné lors de la Conférence diplomatique de l'OMPI, l'acte déterminant est celui qui consiste à mettre l'œuvre à la disposition du public, et donc à l'offrir sur un site accessible au public, acte qui précède le stade de la transmission réelle à la demande."*²⁹

Cette observation s'applique bien entendu au téléchargement qui nécessite, pour que le fichier incorporant une œuvre protégée puisse être téléchargé, une mise à disposition sur un réseau de manière à ce que chacun puisse y avoir accès au moment choisi par lui, suivie d'une transmission dématérialisée, l'ensemble relevant du droit de communication au public.

La volonté du législateur européen de faire relever du droit de communication au public la mise à la disposition aux fins de transmission interactive à la demande ne fait donc pas de doute.

On précisera que cette position consacre le rejet de la thèse d'un droit de location immatérielle envisagée un temps par la Commission européenne pour appréhender les transmissions numériques "à la demande"³⁰.

²⁸ Proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 10 décembre 1997, Doc. COM (97) 628 final, pp. 17-18.

V. également p. 19, sur la nécessité de compléter à cet égard le droit existant : les carences des législations européennes de l'époque : "Sous sa forme actuelle, la législation communautaire ne couvre pas expressément les transmissions à la demande d'œuvres protégées ou d'objets similaires. Elle ne prévoit pas non plus de droit exclusif général de communication au public qui pourrait s'appliquer à ces nouvelles formes de fourniture électronique interactive d'œuvres et autres objets similaires. Jusqu'à présent, le droit de communication au public n'a été que partiellement harmonisé au niveau communautaire."

²⁹ Proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 10 décembre 1997, Doc. COM (97) 628 final, p. 28.

³⁰ Livre vert sur le Droit d'auteur dans la société de l'information, 1995, Doc. COM (95), 382 final, pp. 57-58 ; Commission, communication suivie du Livre vert, doc. COM (96), 586 final, 20 nov. 1996, p. 12 ; sur ce débat v. A. Lebois, Droit de location et de prêt, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1254, 2012, n° 36.

Doctrine et jurisprudence en droit interne

La doctrine française admet unanimement que la mise à disposition en ligne, notamment aux fins de téléchargement, de fichiers contenant des œuvres protégées constitue un acte relevant du droit de communication au public³¹.

Plus précisément dans la mesure où, en droit interne, le droit de communication au public et le droit de mise à la disposition sur demande s'intègrent dans le concept global de droit de représentation tel que consacré par l'article L. 122-2 du CPI, il a été jugé³² qu'une telle mise à disposition constituait un acte de représentation consistant dans la communication des œuvres au public par télédiffusion au sens du même texte (la télédiffusion s'entendant de "*la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature*").

Le CSPLA avait effectué la même analyse dans le cadre de ses travaux sur la distribution des contenus numériques en ligne : "*Il est admis que l'upload constitue, en droit d'auteur, un acte de télédiffusion au sens de l'article L. 122-2 du code de la propriété intellectuelle, mettant en œuvre le droit de représentation*".³³

Conséquence de la qualification : la règle de l'épuisement ne joue pas

La Cour de justice a jugé de longue date que seul le droit de distribution était affecté par la règle de l'épuisement, "*les deux prérogatives essentielles de l'auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction*" n'étant "*pas mises en cause par les règles du Traité*".³⁴

L'article 3.3 de la directive Société de l'Information le prévoit expressément au regard du droit de communication au public :

*"Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 **ne sont pas épuisés** par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article".*

Il ne fait donc aucun doute que la qualification de communication au public applicable à la mise à disposition aux fins de téléchargement exclut toute intervention de la règle de l'épuisement :

³¹ V. notamment : A. & H-J. Lucas, *Traite de droit de la propriété littéraire et artistique*, 3^e ed. Litec, 2006, n° 287 ; P-Y. Gautier, *Propriété Littéraire et Artistique*, 7 ed., 2007, n° 314 ; C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2006, n° 311.

³² V. notamment sur la mise à disposition aux fins de téléchargement d'œuvres musicales et cinématographiques au moyen de logiciels d'échange Peer-to-Peer : CA de Versailles, 16 mars 2007, (inédit) ; CA Aix-en-Provence, 5 septembre 2007, TGI, Pontoise, 6^{ème} ch., 2 février 2005, CCE 2005, comm. n° 35, note C. Caron ; TGI Lyon, 16^{ème} ch. correct., 26 octobre 2007 (inédit) ; TGI Vannes, ch. correct., 29 avril 2004, Comm. com. électr. 2004, comm. 86, note C. Caron ; Légipresse 2004, III, p. 180, note A. Robin ; Propr. intell. 2004, p. 779, note P. Sirinelli. V. également sur la mise à disposition d'œuvres protégées sur internet au moyen de liens de téléchargement (dits liens torrent) : CA Paris, Pôle 3, ch. 5, CA Paris, 1^{er} juillet 2011 (inédit) ; CA Aix-en-Provence, 12 avril 2011, (inédit), CA Versailles, 9^{ème} ch. correct., 23 octobre 2009 (inédit).

³³ CSPLA, Rapport sur la distribution des contenus numériques en ligne, décembre 2005, p. 12 et p. 33.

³⁴ CJCE, 17 mai 1988, Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/ Erik Viuff Christiansen, **Affaire 158/86**, point 13 : "*les deux prérogatives essentielles de l'auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction, ne sont pas mises en cause par les règles du Traité*".

*"The classification of the making available right under the right of communication to the public, instead of the distribution right, entails that the exhaustion principle by virtue of art. 4(2) InfoSoc Dir **does not apply** to subsequent acts of communication of the work."³⁵*

*"This principle [the exhaustion of the distribution right] **is not applicable to immaterial exploitations protected under the right of communication to the public**. It is expressly stated that the rights of communication to the public and of making available to the public (art 3(1)-(2) InfoSoc Directive) **are not exhausted** by any act of communication to the public or making available to the public as set out in art. 3 InfoSoc Directive.*

In other words, the authorised communication to the public of a work does not entail the exhaustion of the secondary exploitation of that work by means of a communication to the public."³⁶

1.3 - En tout état de cause, le droit de reproduction fait obstacle à l'épuisement

Téléchargements générateurs de reproductions

Du point de vue du droit de reproduction, la différence de situation entre les reventes successives d'un support tangible incorporant une œuvre et les téléchargements auxquels donnent lieu les "transferts" de fichiers numériques est évidente. Dans le premier cas, le support circule sans se démultiplier. Le droit de reproduction a été exercé une fois pour toutes en amont et le support reproduisant l'œuvre est mis en circulation avec l'autorisation du titulaire du droit. Ce même support "voyage" ensuite au gré de ses reventes successives en conservant son unicité. Au contraire, dans le cadre d'un fichier numérique, tout "transfert" implique un téléchargement et donc la réalisation d'une nouvelle copie, sur un nouveau support (le serveur du service de téléchargement et/ou le support de stockage choisi par l'utilisateur du service), en sorte que les copies se démultiplient au rythme desdits "transferts".

Le terme de "transfert" est ici utilisé faute de vocabulaire mieux adapté du fait que, dans l'environnement numérique, il est impossible de revendre le même fichier que celui que l'on aura acquis, sauf à vendre l'unité de stockage physique qui le contient. Chaque prétendu transfert ou revente donne en effet lieu à un nouveau téléchargement et donc à une nouvelle copie réalisée sur un nouveau support.

Ce constat n'est pas purement technique ou artificiel, mais au contraire symptomatique des profondes différences existant entre l'univers physique et l'univers numérique au regard du marché de seconde main des biens culturels.

Mise à disposition à la demande et distribution immatérielle aux Etats-Unis

Le Copyright Office des Etats-Unis (USCO) a parfaitement décrit ces différences dans son étude d'impact remise en 2001 au Congrès américain en application de la section 104 du *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), pour rejeter l'extension de la *first sale doctrine* - équivalent américain du principe d'épuisement - à la distribution d'œuvres sous forme numérique :

³⁵ De Wolf & Partners, *Study on the application of directive 2001/29/ec on copyright and related rights in the information society (the "infosoc directive")*, p.28.

³⁶ *Ibid*, p. 61.

"Les exemplaires physiques d'œuvres se dégradent avec le temps et l'usage, les rendant moins attrayants que des exemplaires neufs. Les données numériques ne se dégradent pas, et peuvent être reproduites à la perfection sur l'ordinateur du destinataire. La copie "usagée" est simplement aussi attrayante qu'une copie neuve de la même œuvre (dont en fait elle ne peut être distinguée). Le Temps, la distance géographique, l'effort et le coût ne constituent plus des obstacles au développement des copies, dans la mesure où les copies numériques peuvent être transmises presque instantanément, n'importe où dans le monde avec un effort minimal et un coût négligeable. La nécessité de transporter physiquement les copies d'une œuvre, qui freine naturellement l'impact des reventes pour les titulaires de droits, n'existe plus dans l'univers des transmissions numériques. La capacité des copies "usagées" à concurrencer la vente de copies neuves est ainsi bien plus grande dans le monde numérique."³⁷

L'exemple des Etats-Unis est précisément intéressant au regard du principe d'épuisement du droit de distribution du fait que cet Etat n'a pas, à la différence de l'Union européenne, intégré le droit de mise à disposition sur demande prévu par l'article 8 précité du traité de l'OMPI comme une composante du droit de communication au public, mais en assure la protection à travers le droit de distribution³⁸, ce qui a été admis par la conférence diplomatique de l'OMPI sous le nom de "solution parapluie"³⁹ (*Umbrella solution*).

Ainsi, dans une affaire qui opposait l'ASCAP à Yahoo et RealNetworks, au sujet de l'exploitation par ces dernières sociétés de services de téléchargement d'œuvres musicales, la Cour d'appel pour le Second Circuit a jugé que le téléchargement ne mettait pas en cause le droit de communication au public. Cette appréciation se fonde sur le fait que, lors de la transmission interactive, l'œuvre n'est pas perceptible par l'utilisateur opérant le téléchargement, en sorte que cette transmission ne correspond pas à la définition du droit de communication publique figurant à la section 101 du Copyright Act. La Cour a jugé qu'elle relevait du droit de distribution "immatérielle"⁴⁰.

La question de l'application de la *first sale doctrine* à des exploitations dématérialisées se pose, aux Etats-Unis, pour cette raison liée à l'intégration du droit de mise à disposition sur demande au droit de distribution, comme le souligne l'étude d'impact précitée de l'USCO :

***"En un sens, la seule raison pour laquelle la problématique de la 'first sale' se pose aux Etats-Unis est que nous avons choisi d'implémenter le droit de mise à disposition à travers, entre autres, le droit de distribution. Ailleurs, les transmissions en ligne sont considérées comme des communications au public, et la doctrine de la 'first sale' ne s'applique tout simplement pas"**.*⁴¹

³⁷ USCO, Library of Cong., DMCA Section Report 104 Report (2001), cité dans le jugement "*Capitol Records v. ReDigi*", p.12.

³⁸ V. par ex. De Wolf & Partners, *Study on the application of directive 2001/29/ec on copyright and related rights in the information society (the "infosoc directive")*, p.32 : "() the US copyright law does not provide a right titled 'making available to the public' and online transmissions of downloads are covered under the distribution right ()".

³⁹ MM. Lucas observent à cet égard que : "*L'expression 'y compris' [dans l'article 8 du traité de l'OMPI] rend bien compte de ce que cette mise à la disposition n'est pas l'objet d'une prérogative distincte mais est couverte par le droit général de communication au public. Cependant, pour ne pas empêcher les Etats qui le veulent de parvenir au même résultat sur la base d'un droit de 'distribution immatérielle', il a été admis, bien que cela ne s'impose pas avec la force de l'évidence, que les Etats sont libres de transposer comme ils le veulent le principe posé par l'article 8. C'est ce qui a été présenté comme la 'solution parapluie' ('Umbrella solution')*". A. & H-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2012, 3^{ème} édition, n°307.

⁴⁰ US Court of appeals for the second circuit, 28 September 2010, *American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP) v. Realnetworks, Yahoo!*.

V. également, Cour Suprême du Canada, 12 juillet 2012, *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34.

⁴¹ Cité par Stéphane Cherqui et Emmanuel Emile-Zola-Place, "Retour sur la licéité du marché secondaire des biens culturels numériques", *Légipresse* n°306 - Juin 2013, 343.

Cet "ailleurs" vise notamment l'Union européenne ainsi qu'il a rappelé ci-dessus.

L'affaire ReDigi

La question susvisée a surgi avec le lancement, par la société ReDigi, d'un service qui revendiquait d'exploiter "le premier marché de fichiers musicaux d'occasion au monde"⁴².

ReDigi a été poursuivie par la société Capital Records principalement pour violation du droit de reproduction et du droit de distribution attachés aux œuvres musicales de son catalogue revendues dans le cadre de ce service.

Dans sa version initiale, qui faisait l'objet du litige⁴³, ce service en ligne proposait aux détenteurs de fichiers musicaux licitement acquis sur *iTunes* de s'en séparer en les revendant sur son site. La revente générait non pas une somme d'argent mais des "unités ReDigi" créditées au compte du vendeur qui lui permettaient d'acheter d'autres fichiers "de seconde main". ReDigi percevait pour sa part une commission sur chaque transaction. Un logiciel devant être préalablement téléchargé par le vendeur, *Media Manager*, analysait le disque dur de son ordinateur afin de dresser une liste de fichiers susceptibles d'être revendus après avoir vérifié leur origine licite. L'utilisateur pouvait alors envoyer (*uploader*) chacun de ces fichiers vers l'espace de stockage de ReDigi (*Cloud Locker*) situé sur ses serveurs en Arizona. Il pouvait choisir de simplement stocker le fichier sur ce *Cloud Locker*, pour pouvoir ensuite l'écouter en streaming, ou au contraire de le vendre. Dans les deux cas, le logiciel *Media Manager* vérifiait que l'utilisateur n'avait pas conservé de copie du fichier sur son ordinateur (cette vérification ne s'étendant apparemment pas aux autres terminaux de l'utilisateur). Si l'utilisateur choisissait de vendre, le fichier demeurait stocké sur le serveur de ReDigi jusqu'à ce qu'un acheteur se manifeste et le télécharge.

En défense aux demandes de Capital Records fondées sur le droit de reproduction, ReDigi répondait en substance que ce droit n'était pas violé du fait qu'aucune duplication n'était effectuée. Selon ReDigi, le même fichier migrerait en quelque sorte de l'ordinateur du vendeur vers le *Cloud Locker*, puis vers l'ordinateur du nouvel acheteur, puisque les copies intermédiaires étaient supprimées (celle figurant dans l'ordinateur du vendeur et celle stockée sur le *Cloud Locker*).

Le Juge de District du tribunal de New York, Richard J. Sullivan, n'a pas été convaincu par cette argumentation. Dans son jugement du 30 mars 2013⁴⁴, il observe qu'à supposer même qu'il puisse s'agir du même fichier, ce qui, dit-il, défierait les lois de la physique, le fait qu'il ait été transféré d'un support matériel - l'ordinateur du vendeur - à un autre - le serveur de ReDigi - signifie qu'une reproduction est intervenue, de même qu'une autre reproduction est

⁴² "The world's first pre-owned digital Marketplace", cité par Stéphane Cherqui et Emmanuel Emile-Zola-Place, *Ibid.*

⁴³ Le jugement mentionne en p. 3, note 3, que ReDigi aurait lancé une version 2.0 au mois de juin 2012, quelques jours avant la clôture de la *discovery*, version qui n'a pu de ce fait être prise en compte. Ce nouveau dispositif, apparemment breveté en janvier 2014, permettrait, une fois le logiciel installé sur l'ordinateur d'un utilisateur, que les fichiers musicaux acquis par ce dernier sur *iTunes* soient directement transférés dans le *Cloud Locker* de ReDigi. Serait ainsi supprimée l'étape de l'upload du fichier de l'ordinateur de l'utilisateur vers le *Cloud Locker* et la réalisation d'une copie sur celui-ci.

⁴⁴ US District Court Southern District of New York, 30 March 2013, case No 12 Civ. 95 (RJS), <http://ia600800.us.archive.org/30/items/gov.uscourts.nysd.390216/gov.uscourts.nysd.390216.109.0.pdf>

réalisée lorsque l'acheteur télécharge le fichier sur son ordinateur depuis le serveur de ReDigi.

Le Juge ajoute qu'il importe peu que la copie originale n'existe plus puisqu'une nouvelle copie a été créée, précisant que c'est la création d'un nouveau support matériel de l'œuvre, et non d'un support additionnel, qui détermine la mise en œuvre du droit de reproduction.

Quant à l'exception de *fair use* invoquée subsidiairement par ReDigi pour légitimer les actes de reproduction et de distribution, le juge Sullivan l'écarte en considérant que :

*"ReDigi et l'utilisateur qui uploade le fichier tirent directement profit de la vente du fichier numérique d'une œuvre musicale, tandis que l'utilisateur qui le télécharge fait une économie significative sur le prix de la chanson dans le marché primaire. (...) Lorsqu'un utilisateur télécharge des fichiers achetés depuis le Cloud Locker, la reproduction qui en résulte constitue une composante essentielle de l'entreprise commerciale de ReDigi"*⁴⁵.

En défense sur le terrain du droit de distribution, ReDigi opposait par ailleurs à Capital Records la doctrine de la *first sale*, codifiée à l'article 109 (a) du Copyright Act, qui prévoit que le propriétaire d'une copie spécifique d'une œuvre (*a particular copy*), licitement réalisée, est autorisé à vendre cette copie ou à en disposer autrement.

Le Juge Sullivan y répond en objectant en premier lieu que, dans la mesure où les reproductions des fichiers musicaux vendues sur le site de ReDigi n'ont pas été licitement réalisées - en raison de l'atteinte au droit de reproduction mentionnée ci-dessus - ReDigi ne pouvait invoquer l'épuisement du droit de distribution.

Il rappelle en second lieu que la règle de l'épuisement est limitée aux objets matériels, tels que des disques, que le titulaire du droit a commercialisés sous cette forme.

Or, il observe qu'un vendeur ne peut, sur le site de ReDigi, vendre "sa" copie, puisque, techniquement, plusieurs copies du fichier sont générées au cours du processus de vente : une première copie lorsque le fichier est envoyé ("uploadé") de l'ordinateur du vendeur pour être stocké sur le serveur de ReDigi, puis une seconde sur l'ordinateur de l'acheteur lorsque celui-ci télécharge le fichier depuis ledit serveur. Le vendeur ne vend donc pas la copie qu'il a achetée sur *iTunes*, mais une nouvelle copie de l'œuvre.

Le Juge en déduit que ReDigi ne distribue pas des exemplaires matériels, mais des reproductions fixées tour à tour sur des supports différents, pour en conclure qu'une telle activité n'est pas couverte par l'épuisement du droit de distribution, pas plus que ne l'étaient autrefois les ventes de copies de disques vinyle reproduits sur cassettes.

Enfin, pour répondre à l'argument de ReDigi selon lequel l'évolution technologique imposerait de modifier la loi, le Juge répond que "*modifier la loi (...) est une prérogative législative qui ne relève pas du pouvoir des tribunaux*"⁴⁶ ; il rappelle en outre que l'USCO, dans son rapport précité sur le DMCA, avait rejeté en 2001 l'extension de la *first sale doctrine* à la

⁴⁵ Jugement p.10 : "*ReDigi and the uploading user directly profit from the sale of a digital music file, and the downloading user saves significantly on the price of the song in the primary market. () When a user downloads purchased files from the Cloud Locker, the resultant reproduction is an essential component of ReDigi's commercial enterprise. Thus, ReDigi's argument is unavailing*".

⁴⁶ "*amendment of the Copyright Act in line with ReDigi's proposal is a legislative prerogative that courts are unauthorized and ill suited to attempt.*" ; jugement p.12.

distribution d'œuvres sous forme numérique, "observant que les raisons qui justifient la first sale doctrine dans le monde physique ne peuvent être étendues au domaine digital."⁴⁷

ReDigi à l'aune du droit de l'Union

Si un service similaire à celui de ReDigi était soumis à une juridiction européenne, la question de l'atteinte au droit de reproduction se poserait inévitablement.

On rappellera que ce droit est défini de manière très large par l'article 2 de la directive Société de l'Information :

"Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie :

a) *pour les auteurs, de leurs œuvres ; (...)"*.

Le considérant 21 de la directive précise qu'il convient de donner aux actes couverts par le droit de reproduction "une définition large pour assurer la sécurité juridique au sein du marché intérieur".

Il en résulte qu'en principe tout acte de reproduction d'une œuvre protégée est soumis à autorisation, sauf à relever d'une exception, en sorte que les actes de téléchargements successifs accomplis dans le cadre d'un service tel que celui de ReDigi mettent incontestablement en jeu le droit de reproduction.

Il est tout aussi certain que le droit de reproduction n'est pas susceptible d'épuisement.

Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus la Cour de Justice a jugé en 1988, par son arrêt "Warner", que seul le droit de distribution était affecté par la règle de l'épuisement, "les deux prérogatives essentielles de l'auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction" n'étant "pas mises en cause par les règles du Traité".⁴⁸

La directive Société de l'Information ne le rappelle pas expressément au regard du droit de reproduction, mais ce point ne fait pas de doute.

L'article 5 de la directive ne prévoit pas, en effet, dans le cadre des exceptions ou limitations au droit de reproduction, que la règle de l'épuisement ait vocation à s'appliquer, et pour cause puisqu'un tel épuisement aurait pour conséquence de vider le droit de sa substance, alors qu'il a pour finalité de permettre à l'auteur de contrôler, quel que soit le procédé technique utilisé, la fabrication de multiples copies de son œuvre.

La jurisprudence française a d'ailleurs expressément jugé que le droit de reproduction n'avait pas vocation à s'épuiser :

⁴⁷ (í) *noting that the justifications for the first sale doctrine in the physical world could not be imported into the digital domain.*", jugement p. 12.

⁴⁸ CJCE, 17 mai 1988, Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/ Erik Viuff Christiansen, **Affaire 158/86**, point 13 : "les deux prérogatives essentielles de l'auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction, ne sont pas mises en cause par les règles du Traité".

TGI Paris, 3e ch. 2ème section, "Moulinsart c/ Tajan", 21 mars 2003⁴⁹ :

"Mais attendu que si les dispositions susvisées relatives à la libre circulation des marchandises ont vocation à s'appliquer à la propriété littéraire et artistique, elles ne sauraient exposer à la règle de l'épuisement du droit l'intégralité des droits patrimoniaux de l'auteur et notamment le droit de reproduction dont jouit l'auteur en application de l'article 9 de la Convention de Berne et de l'article 2 de la directive communautaire du 22 mai 2001 "sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information" ;

Attendu qu'en effet, comme vient utilement le préciser l'article 4-2 de la directive précitée, c'est le droit qualifié de "droit de distribution" qui, par application du traité est épuisé par une première vente dans la communauté, l'auteur conservant ses autres droits patrimoniaux "

Commentant ce jugement, Christophe Caron relève qu'il est inutile de plaider un hypothétique épuisement du droit de reproduction que la directive du 22 mai 2001, citée dans la décision, ne réserve qu'au seul droit de distribution."

TGI Paris, 3ème ch. 1ère section, 30 juin 2009, "Vanessa Bruno c/ Pilgrim"⁵⁰ :

"Il n'existe aucun texte consacrant l'épuisement du droit de reproduction d'un objet protégé par les dispositions du titre 1 du Code de la propriété intellectuelle du fait de la première mise en vente de cet article. Or la théorie de l'épuisement des droits qui prive le titulaire de ce dernier ne peut être appliquée qu'en vertu d'un texte et n'est que la conséquence du principe de libre circulation des marchandises à l'intérieur du territoire de l'Union Européenne ; l'application de ce principe du droit à distribution n'a pas pour effet de priver les auteurs de leurs autres droits et notamment du droit de reproduction."

Reste à savoir si les actes de reproduction en cause peuvent ou non être soustraits à l'exercice du droit exclusif par le jeu d'une exception. A cet égard, l'analyse doit être menée tant pour les actes accomplis par le service en ligne, lorsqu'il stocke les fichiers reçus de ses clients qui souhaitent les revendre, que pour ceux réalisés par les acheteurs qui les téléchargent.

L'acte de reproduction accompli par le service en ligne

Comme l'a parfaitement relevé le Juge Sullivan dans son jugement ReDigi, le service accomplit incontestablement un acte de reproduction à l'occasion du stockage sur son serveur du fichier transmis par l'utilisateur qui souhaite le revendre.

Peut-il relever d'une exception prévue par la directive Société de l'Information ?

Deux d'exceptions sont susceptibles d'être invoquées à cet égard :

- l'exception de copie privée définie comme suit par l'article 5.2 b) de la directive :

"2. Les Etats membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants :

(...)

b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales (...)"

⁴⁹ CCE n°5, Mai 2003, comm. 45 note C. Caron.

⁵⁰ Propriétés Intellectuelles, 2009, p. 373, comm. A. Lucas.

- et l'exception dite de reproduction "provisoire transitoire"⁵¹ ainsi définie par l'article 5.1 de la directive :

"Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires et 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 visé à l'article 2."

L'exception de copie privée⁵²

Il existe des divergences, suivant les pays, quant à l'identité du "copiste" intervenant dans le cadre de l'exception de copie privée, dans l'hypothèse où la copie est matériellement réalisée par une personne différente de celle pour qui elle est effectuée : tandis que les pays anglo-saxons ont globalement opté pour la notion de "copiste intellectuel" (c'est la volonté de réaliser la copie qui prime et le copiste est donc la personne qui demande la copie et pour le compte de laquelle elle est réalisée), la France privilégie pour sa part, depuis le célèbre arrêt *Rannou-Graphie*⁵³, la notion de "copiste matériel" dans laquelle la copie est réalisée par le prestataire qui met le matériel de reproduction à disposition de ses clients.

En l'occurrence, dans le cadre d'un service tel que ReDigi, que l'on considère que la copie est réalisée par ce service ("copiste matériel") ou par l'utilisateur pour le compte duquel elle est réalisée ("copiste intellectuel"), l'application de l'exception de copie privée paraît exclue car, dans un cas comme dans l'autre, la copie est destinée à être vendue et n'est donc pas réalisée pour un usage privé et non commercial au sens de la directive.

Qu'en serait-il de la nouvelle version du service de ReDigi, telle qu'apparemment brevetée en janvier 2014, et qui permettrait le transfert direct d'un fichier acheté sur *iTunes* dans le *Cloud Locker* de ReDigi, en sorte que ce fichier puisse être ultérieurement transféré à un nouvel acheteur sans nécessité d'une copie sur le *Cloud Locker* générée par l'*upload* dudit fichier depuis l'ordinateur du vendeur ?

Il est assez difficile de se prononcer compte tenu du peu d'information disponible sur le fonctionnement du nouveau système dont il n'est de surcroît pas avéré qu'il soit déjà opérationnel, mais il semble *a priori* douteux que la copie effectuée sur le *Cloud Locker* immédiatement après l'achat du fichier sur *iTunes* puisse relever de l'exception de copie privée. En effet, outre les opinions divergentes qui ont pu être exprimées au regard du statut d'une telle copie lorsqu'elle est effectuée par un service de *cloud computing* à la demande d'un

⁵¹ Seule exception dont l'instauration était obligatoire pour les états Membres et qui a de fait été transposée par le législateur français à l'article L.122-5 6° du CPI.

⁵² Sur l'ensemble de la question appliquée au "cloud computing", v. A.E. Crédeville, J.P. Dardayrol et J. Martin, rapport de la commission du CSPLA relative au "cloud computing" (informatique en nuage), pp.14-19. <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux-du-CSPLA/Commissions-specialisees/Commission-du-CSPLA-relative-au-cloud-computing-informatique-en-nuage>.

⁵³ Cass.1^{ère} civ., 7 mars 1984 ; *RTD com.* 1984, 677 obs. Françon. "le copiste, au sens de l'article 41-2° de la loi du 11 mars 1957, est celui qui, détenant dans ses locaux le matériel nécessaire à la confection de photocopies, exploite ce matériel en le mettant à la disposition de ses clients."

utilisateur⁵⁴, la finalité de la copie doit ici être prise en compte : si la copie est stockée sur le *Cloud Locker* de ReDigi, c'est pour pouvoir ensuite être revendue, en sorte qu'elle n'est pas exclusivement réalisée "pour un usage privé" et n'est pas davantage exempte de finalités "directement ou indirectement commerciales" au sens de 5.2 b) précité de la directive Société de l'Information.

Reste l'exception de reproduction provisoire-transitoire.⁵⁵

L'exception de reproduction provisoire-transitoire

Il pourrait être soutenu en l'occurrence que la reproduction effectuée par le service aux fins de stockage :

- est provisoire, puisqu'elle est destinée à être détruite (on peut tout au moins le supposer) lorsque le fichier sera vendu à son acquéreur,
- est transitoire puisqu'elle n'est qu'une étape de la circulation de la copie de l'œuvre entre le vendeur et l'acquéreur,
- est également accessoire et n'a pas de signification économique indépendante puisque ce n'est pas cette copie qui est destinée à être vendue,
- et qu'elle a enfin pour finalité de permettre une utilisation licite : la copie privée réalisée par l'acquéreur.

C'est en substance ce qui était soutenu dans une affaire *Wizzgo*, tranchée en dernier lieu par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 décembre 2011⁵⁶. La société *Wizzgo* proposait un service s'apparentant à un magnétoscope en ligne, dans lequel un client, après avoir téléchargé un logiciel spécifique, pouvait sélectionner, en cliquant sur le guide des programmes mis à sa disposition, le ou les programmes d'émissions diffusées sur la TNT qu'il souhaitait enregistrer. Le clic effectué par le client avait pour effet de lancer l'enregistrement automatique de l'émission, qui était ensuite stocké sous forme cryptée jusqu'à ce que le commanditaire le télécharge et le décrypte sur son ordinateur.

La Cour a refusé à *Wizzgo* le bénéfice de l'exception de copie provisoire, mais par une motivation qui ne paraît pas totalement convaincante. Elle a en effet considéré qu'en décryptant la copie transmise par le service, l'utilisateur final ne créait pas une nouvelle copie, mais se contentait de restituer "dans un langage clair et dans sa forme première un contenu pré-existant" en sorte que cette copie n'était pas provisoire, puisqu'elle était "destinée à l'utilisateur final lequel aura le loisir de la conserver (...) sans limitation de durée." La Cour, ce faisant, néglige l'acte de téléchargement dont il est constant, en jurisprudence et en doctrine, qu'il constitue un acte de reproduction en sorte qu'il n'y avait donc pas une seule copie, mais deux.

⁵⁴ Certains considérant qu'il ne peut s'agir de copie privée faute d'identité entre le copiste et l'usager en référence à la jurisprudence *Rannou-Graphie* précitée ; sur ces controverses, v. le rapport du CSPLA précité sur l'informatique en nuage pp.14-19.

⁵⁵ Sur l'analyse de cette exception et de la jurisprudence de la CJUE, v. V.L. Bénabou, J. Farchy et C. Méadel, *Le référencement des œuvres sur Internet*, Rapport du CSPLA, pp. 26-28,

<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux-du-CSPLA/Commissions-specialisees/Commission-du-CSPLA-relative-au-referencement-des-oeuvres-sur-Internet>

⁵⁶ CA Paris, Pôle 5, Ch. 1, 14 décembre 2011, disponible sur Legalis.

Toujours est-il, pour en revenir à l'hypothèse d'un service s'apparentant à celui de ReDigi, qu'il paraît difficile d'envisager que l'exception de copie provisoire puisse lui être appliquée.

On rappellera en effet que cette exception n'a été instaurée que pour couvrir des procédés purement techniques, tels que le *caching* ou le *browsing*⁵⁷, inhérents à la circulation même des œuvres sur le réseau ou à leur consultation en ligne, dans lesquels les copies ne sont pas réalisées pour elles-mêmes, mais comme une étape dans un processus technique de communication.

Tel ne semble pas être le cas en l'occurrence puisque c'est au contraire la reproduction qui est matériellement et économiquement au cœur du processus, comme l'a relevé le Juge Sullivan dans l'affaire *ReDigi* (à propos de la copie téléchargée par l'acheteur, mais la même observation peut être faite à l'égard de celle réalisée sur le serveur). Il semble dès lors difficile de considérer que la copie n'aurait pas de "*signification économique indépendante*" au sens de l'article 5.1, ou de "*valeur économique propre*" si l'on préfère la formulation transposée par le législateur français.

La CJUE, dans son arrêt *Infopaq* du 16 juillet 2009, rappelant que les conditions posées par l'article 5.1 de la directive étaient cumulatives et d'interprétation stricte, a précisé qu'"*un acte ne peut être qualifié de transitoire (...) que si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée.*"

Or, en l'occurrence :

- la copie n'est pas réalisée, comme indiqué ci-dessus, "*pour le bon fonctionnement d'un procédé technique*", mais pour permettre une vente,
- et sa durée de vie peut être longue (tous les fichiers ne seront pas revendus immédiatement).

A cela s'ajoute le fait que l'article 5.5 de la directive Société de l'Information soumet le bénéficiaire de l'ensemble des exceptions définies à l'article 5 au triple test issu de l'article 9 de la Convention de Berne et repris à l'article 10 du Traité de l'OPMI.

Les exceptions ne peuvent ainsi être "*applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.*"

Or, en l'occurrence, il ne fait pas de doute que les titulaires de droits invoqueront l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et/ou le préjudice injustifié causé à leurs intérêts légitimes pour s'opposer au jeu de l'exception.

⁵⁷ V. notamment à cet égard le considérant 33 de la directive Société de l'Information : "(i). *Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information.* (i)".

L'acte de reproduction accompli par l'acheteur

Là encore, et sauf à raisonner comme l'a fait la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Wizzgo*, l'acquéreur du fichier de seconde main en réalise clairement une copie en le téléchargeant. La question est ici de savoir s'il peut revendiquer pour ce faire l'exception de copie privée.

Dans l'affaire *Wizzgo*, la Cour d'appel de Paris a écarté cette exception mais parce que, comme rappelé ci-dessus, elle a refusé de prendre en compte la copie réalisée par l'utilisateur du service. Il était donc simple, dans cette configuration, d'écarter l'exception au regard de la copie réalisée par *Wizzgo*, qui, par hypothèse n'était pas destinée à l'usage personnel de ce service. En l'absence d'identité entre le copiste et le destinataire de la copie, l'exception ne pouvait pas jouer au regard de la jurisprudence *Rannou-Graphie* précitée.

On précisera qu'aux Etats-Unis, dans une affaire *Cablevision* qui concernait également un service d'enregistrement à distance, la Cour d'appel des Etats-Unis, 2nd Circuit, avait antérieurement rendu une décision inverse⁵⁸, sur le fondement de la notion de "copiste intellectuel", considérant que *Cablevision* ne pouvait être poursuivie pour les actes de reproduction accomplis par ses clients. L'exception de *fair use* (qui recouvre en partie celle de copie privée) n'était cependant pas invoquée en l'espèce.

Dans l'affaire *ReDigi*, le juge Sullivan a écarté l'exception de *fair use* en considérant que "*lorsqu'un utilisateur télécharge les fichiers achetés depuis le Cloud Locker, la reproduction qui en résulte constitue une composante essentielle de l'entreprise commerciale de ReDigi*", en sorte que ce service ne pouvait prétendre que la copie n'avait pas de finalité commerciale, condition requise en droit américain.

En droit de l'Union, si l'exception de copie privée était invoquée dans le cadre d'un service similaire à celui de *ReDigi*, le débat se focaliserait certainement sur la question de la source licite ou illicite de la copie (outre la question du triple test précédemment évoquée).

Par arrêt du 10 avril 2014⁵⁹, la CJUE, rappelant que les exceptions doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, a en effet jugé que "*l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il ne couvre pas l'hypothèse de copies privées réalisées à partir d'une source illicite.*" Cette appréciation a été réitérée par arrêt de la Cour du 5 mars 2015⁶⁰.

Le législateur français, par la loi du 20 décembre 2011, avait lui-même antérieurement intégré à l'article L.122-5 2^o du CPI, une condition supplémentaire par rapport au libellé de l'article 5.2 de la directive : celle selon laquelle "*les copies ou reproductions*" doivent être "*réalisées à partir d'une source licite.*"

Ne peuvent donc bénéficier de l'exception de copie privée les copies réalisées à partir d'une source illicite.

⁵⁸ Cour d'appel des Etats-Unis, 2nd Circuit, 4 août 2008, *Propriétés Intellectuelles*, janv. 2009 p. 70 note VL Bénabou. Dans le même sens : Federal Court of Australia, 1^{er} févr. 2012, *Singtel Optus Pty Ltd. V. National Rugby League Investments Ltd.* ; Supreme Court of Singapore, 1^{er} déc. 2010, *Record TV Ltd. V. Media Corp TV Singapore Pte Ltd.*

⁵⁹ CJUE (quatrième chambre), 10 avril 2014, *ACI Adam BV e.a. c/ Stichting* affaire C-435/12, considérant 41.

⁶⁰ CJUE (quatrième chambre), 5 mars 2015, *Copydan Båndkopi c/ Nokia Danmark A/S*, affaire C-463/12.

Or, il a été mentionné ci-dessus que la copie réalisée par le service, aux fins de stockage, ne pouvait bénéficier d'une exception au droit de reproduction ; en l'absence d'autorisation du titulaire du droit, cette copie est donc illicite et celle qui en est issue, réalisée par l'acquéreur par téléchargement, l'est nécessairement aussi.

* * *

Il résulte des explications qui précèdent que, parmi les trois prérogatives principales consacrées par la directive Société de l'Information - droit de communication au public, droit de reproduction et droit de distribution - la règle de l'épuisement ne limite que l'exercice du seul droit de distribution.

Le champ d'application de ces différentes prérogatives est par ailleurs soigneusement défini, en particulier s'agissant :

- du droit de communication au public, qui intègre le droit de mise à disposition à la demande, créé pour régir les transmissions interactives à la demande et qui s'applique, notamment, à la mise à disposition d'œuvres aux fins de téléchargement ;
- et du droit de distribution, qui s'applique exclusivement à la mise en circulation de supports matériels incorporant une œuvre et qui ne peut régir les services en ligne, tels que des services de téléchargement.

Il en résulte qu'un service organisant la "revente" d'œuvre numérisées qui, par hypothèse, ne constituent pas des biens corporels, ne pourrait, pour prétendre au caractère licite de son activité, revendiquer l'épuisement du droit de distribution qui lui est inapplicable, étant de surcroît observé que la "revente" invoquée ne porte pas sur le fichier acquis en premier lieu, mais sur ses reproductions successives lesquelles donnent prise à l'exercice du droit exclusif de reproduction.

Cet ordonnancement, qui semblait ainsi parfaitement ciselé, est-il remis en cause par l'arrêt de la CJUE du 3 juillet 2012 rendu dans l'affaire *UsedSoft c/ Oracle* ? La commission n'en est aucunement convaincue.

2 - L'ARRET USEDSOFT c/ ORACLE NE REMET PAS EN CAUSE LES SOLUTIONS ISSUES DU DROIT COMMUN DU DROIT D'AUTEUR

Présentation de la décision

Les faits

Le litige à l'origine de l'arrêt de la CJUE concernait des logiciels professionnels de banque de données, édités et commercialisés par la société Oracle.

Pour acquérir le droit d'utiliser ces logiciels, les clients d'Oracle devaient :

- conclure, pour un nombre d'utilisateurs donné (au minimum 25), un contrat de licence définissant ainsi le "*Droit concédé*" : "*Le paiement des services vous donne un droit d'utilisation à durée indéterminée, non exclusif, non cessible et gratuit, réservé à un usage professionnel interne, pour tous les produits et services qu'Oracle développe et met à votre disposition sur le fondement du présent contrat*",
- télécharger le logiciel sur le site Internet d'Oracle au moyen, probablement, de la clé (c'est-à-dire du numéro) de la licence, ou demander un CD-Rom ou DVD contenant une copie du programme,
- et conclure un contrat de maintenance permettant notamment de télécharger des mises à jour (updates) et des programmes de correction d'erreurs (patches).

La société allemande UsedSoft a entrepris de commercialiser des licences "d'occasion" de différents logiciels, dont ceux d'Oracle. UsedSoft précisait que ces licences étaient à jour, en ce sens que le contrat de maintenance souscrit par le preneur de licence initial avec Oracle produisait encore ses effets. Concrètement, UsedSoft acquérait auprès des clients d'Oracle des licences portant sur des logiciels que ces derniers ne souhaitaient plus utiliser. Ces licences pouvaient être intégrales ou partielles, selon qu'elles portaient sur le nombre d'utilisateurs prévu par la licence initiale d'Oracle (soit un minimum de 25 utilisateurs) ou sur le surnombre dont le client d'Oracle n'avait pas l'usage (par exemple si ce dernier n'avait que 20 postes, il pouvait revendre à UsedSoft une licence partielle pour les 5 utilisateurs restants).

Les licences ainsi revendues par UsedSoft ne s'accompagnaient pas d'une copie des logiciels en causes, qui n'étaient pas disponibles sur le site de UsedSoft, mais pouvaient en revanche être téléchargés par les nouveaux acquéreurs sur le site d'Oracle au moyen des clés figurant, suppose-t-on, avec les licences.

Afin d'obtenir la cessation de ces pratiques, qu'elle jugeait attentatoires à ses droits sur les logiciels en cause et aux stipulations précitées de ses contrats de licence, Oracle a introduit une action et obtenu gain de cause en première instance devant le Landgericht de Munich, puis en appel. Ces juridictions allemandes ont en effet "*considéré que les agissements d'UsedSoft et de ses clients constituaient une violation des droits d'Oracle en ce qu'ils entraînaient une reproduction non autorisée des programmes en cause*" et que l'interdiction de cession figurant dans les licences d'Oracle interdisait aux clients de celle-ci "*de transmettre à des tiers le droit de reproduction*"⁶¹.

Les questions préjudicielles

Saisi par UsedSoft d'une action en "révision", le Bundesgerichtshof (Cour suprême fédérale d'Allemagne), qui avait à connaître du litige en dernier ressort, a saisi la Cour de justice afin qu'elle interprète les articles 4.2 et 5.1 de la directive Programmes d'Ordinateur (directive 2009/24), relatifs aux notions d'épuisement du droit de distribution et d'acquéreur légitime, qui disposent respectivement que :

⁶¹ Stéphane Leriche et Julie Ruelle, "L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation : une première avancée (à propos de l'arrêt UsedSoft c/ Oracle, CJUE, 3 juillet 2012)", *Droit de l'immatériel : informatique, médias, communication*, octobre 2012 n° 86 p.30.

4.2 : "La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci. " ;

5.1 : "Sauf dispositions contractuelles spécifiques, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes visés à l'article 4, paragraphe 1, points a) et b)⁶², lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs."

Le Bundesgerichtshof a posé à la cour de justice les trois questions préjudicielles suivantes :

"1) La personne qui peut se prévaloir d'un épuisement du droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est-elle un 'acquéreur légitime', au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24 ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question: le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est-il épuisé, au sens du premier membre de phrase de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, lorsque l'acquéreur a réalisé la copie, avec l'autorisation du titulaire du droit, en téléchargeant le programme sur un support informatique au moyen d'Internet?

3) En cas de réponse affirmative à la deuxième question également: la personne qui a acquis une licence de programme d'ordinateur 'd'occasion' peut-elle aussi se prévaloir, pour la réalisation d'une copie du programme en tant qu'acquéreur légitime, en application de l'article 5, paragraphe 1, et du premier membre de phrase de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, de l'épuisement du droit de distribution de la copie du programme d'ordinateur que le premier acquéreur a, avec l'autorisation du titulaire du droit, réalisée en téléchargeant le programme sur un support informatique au moyen d'Internet, lorsque ce premier acquéreur a effacé sa copie ou ne l'utilise plus ?"

Synthèse et dispositif de l'arrêt

Répondant positivement à ces trois questions dont elle modifie l'ordre, la cour juge, en substance, qu' "un créateur de logiciels ne peut s'opposer à la revente de ses licences « d'occasion » permettant l'utilisation de ses programmes téléchargés via Internet", "le droit exclusif de distribution d'une copie d'un programme d'ordinateur couverte par une telle licence, [s'épuisant] à sa première vente."⁶³

Elle dit ainsi pour droit que :

"1) L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, doit être interprété en ce sens que le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est épuisé si le titulaire du droit d'auteur, qui a autorisé, fût-il à titre gratuit, le téléchargement de cette copie sur un support informatique au moyen d'Internet, a également conféré, moyennant le paiement d'un prix destiné à lui permettre d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique de la copie de l'œuvre dont il est propriétaire, un droit d'usage de ladite copie, sans limitation de durée.

⁶² Il s'agit des actes de reproduction permanente ou provisoire (paragraphe a) et de traduction, d'adaptation, d'arrangement et de toute autre transformation d'un programme d'ordinateur (paragraphe b).

⁶³ Titre du Communiqué de presse de la CJUE relatif à l'arrêt UsedSoft c/ Oracle, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-07/cp120094fr.pdf>

2) Les articles 4, paragraphe 2, et 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24 doivent être interprétés en ce sens que, en cas de revente d'une licence d'utilisation emportant la revente d'une copie d'un programme d'ordinateur téléchargée à partir du site Internet du titulaire du droit d'auteur, licence qui avait été initialement octroyée au premier acquéreur par ledit titulaire du droit sans limitation de durée et moyennant le paiement d'un prix destiné à permettre à ce dernier d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique de ladite copie de son œuvre, le second acquéreur de ladite licence ainsi que tout acquéreur ultérieur de cette dernière pourront se prévaloir de l'épuisement du droit de distribution prévu à l'article 4, paragraphe 2, de cette directive et, partant, pourront être considérés comme des acquéreurs légitimes d'une copie d'un programme d'ordinateur, au sens de l'article 5, paragraphe 1, de ladite directive, et bénéficiaire du droit de reproduction prévu à cette dernière disposition."

Réponse de la Cour sur la seconde question préjudicielle : l'épuisement du droit de distribution à la suite d'un premier téléchargement autorisé d'un programme d'ordinateur

Première vente - Licence et copie du programme d'ordinateur formant un "tout indivisible"

Pour parvenir à cette conclusion, la cour, abordant d'emblée la seconde question posée par la juridiction de renvoi, vérifie tout d'abord si le téléchargement de la copie du programme, dans le cadre de la relation contractuelle entre Oracle et son client, peut être qualifié de "première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur" au sens de l'article 4.2 de la directive Programmes d'Ordinateur. A défaut, il ne saurait bien entendu être question d'épuisement du droit de distribution.

Cette qualification n'allait pas de soi puisqu'Oracle faisait valoir qu'elle ne vendait pas les logiciels concernés, mais les mettait gracieusement à la disposition de ses clients sur son site aux fins de téléchargement.

La Cour considère cependant que le téléchargement ainsi proposé et la licence qui en constitue le cadre doivent être envisagés ensemble comme formant "un tout indivisible". Or, dans la mesure où ladite licence confère, en contrepartie du paiement du prix de celle-ci, "un droit d'utilisation [de la copie du programme] d'une durée illimitée"⁶⁴, le droit de propriété de cette copie a été transféré, en sorte que la transaction dans son ensemble "constitue une 'première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur' au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24."⁶⁵

Elle ajoute qu'à défaut d'une telle "interprétation large", l'épuisement prévu par l'article 4.2 de la directive serait privé d'effet utile au motif qu'il suffirait au titulaire du droit de qualifier le contrat de "licence" et non de "vente" pour en écarter le jeu⁶⁶ :

"Ainsi que le souligne M. l'avocat général au point 59 de ses conclusions, à défaut d'une interprétation large du terme de 'vente' au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, comme englobant

⁶⁴ V. § 45 de l'arrêt ; on ne sait si la Cour se réfère ici à une stipulation contractuelle autre que celle intitulée "Droit concédé", citée au § 23, et qui mentionne une durée "indéterminée" et non "illimitée", ce qui n'est pas tout à fait la même chose.

⁶⁵ Arrêt § 42 à 48.

⁶⁶ L'argument n'est pas totalement convaincant puisqu'il semble confondre effet utile et pouvoir de requalification du juge. Le juge, en effet, dispose toujours du pouvoir de restituer aux contrats leur exacte qualification nonobstant celle adoptée par les parties et ce, quelle que soit l'interprétation, large ou étroite, donnée à un concept juridique.

toutes les formes de commercialisation d'un produit qui se caractérisent par l'octroi d'un droit d'usage d'une copie du programme d'ordinateur, pour une durée illimitée, moyennant le paiement d'un prix destiné à permettre au titulaire du droit d'auteur d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique de la copie de l'œuvre dont il est propriétaire, l'effet utile de cette disposition se trouverait compromis, puisqu'il suffirait aux fournisseurs de qualifier le contrat de 'licence' et non de 'vente' pour contourner la règle de l'épuisement et priver celle-ci de toute portée."⁶⁷

La Cour examine ensuite les arguments invoqués par Oracle, les gouvernements espagnol, français, irlandais et italien ainsi que par la Commission, qui soutenaient en substance que la notion d'épuisement dans la directive Programmes d'Ordinateur devait s'interpréter de manière restrictive, comme dans la directive Société de l'Information, "qui fournirait des indices clairs de la volonté du législateur de l'Union de limiter la règle à une seule forme de distribution de l'œuvre, caractérisée par la vente d'une marchandise incorporant le programme d'ordinateur."⁶⁸

Mise à la disposition du public ou droit de distribution

Oracle, les gouvernement précités et la Commission faisaient en premier lieu valoir que la mise à la disposition d'une copie d'un programme d'ordinateur sur le site Internet du titulaire du droit d'auteur constitue une mise à la disposition du public, au sens de l'article 3.1 de la directive Société de l'Information, qui, conformément à l'article 3.3, de cette directive, ne peut donner lieu à épuisement.⁶⁹

La Cour répond principalement que la directive Programmes d'Ordinateur est une "lex specialis" par rapport à la directive Société de l'Information, que cette dernière "laisse intacte et n'affecte en aucune façon" comme le précise son article 1.2 a)⁷⁰.

Elle observe par ailleurs qu'il résulterait de l'article 6.1 du traité de l'OMPI que l'existence d'un transfert du droit de propriété transformerait l'acte de communication au public, prévu à l'article 3 de la directive Société de l'Information, en un acte de distribution, susceptible d'épuisement, situation qui serait celle du cas d'espèce puisque la Cour indique avoir précédemment démontré que "le titulaire du droit d'auteur a transféré le droit de propriété de la copie du programme d'ordinateur à son client"⁷¹.

Copies matérielles et immatérielles - Equivalent fonctionnel

Se prévalant, aux fins d'interpréter l'article 4.2 de la directive Programmes d'Ordinateur, du considérant 28 et de l'article 4 de la directive Société de l'Information⁷² ainsi que de la déclaration commune relative aux articles 6 et 7 du traité de l'OMPI, Oracle, les

⁶⁷ Arrêt § 49.

⁶⁸ Conclusions de l'avocat général § 66.

⁶⁹ Arrêt § 50.

⁷⁰ "Sauf dans les cas visés à l'article 11, la présente directive laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions communautaires existantes concernant : a) la protection juridique des programmes d'ordinateur (i)."

⁷¹ Arrêt § 50 à 52.

⁷² L'Avocat Général admet à cet égard, au § 72 de ses conclusions, "que les dispositions générales de la directive 2001/29, laquelle a précisément pour objet d'adapter le droit d'auteur à l'environnement numérique, peuvent guider l'interprétation des dispositions spéciales de la directive 2009/24, laquelle se borne à codifier la directive 91/250, adoptée avant l'essor d'Internet (i)."

gouvernement ayant déposé des observations et la Commission faisaient en second lieu valoir que l'épuisement du droit de distribution "*ne se rapporte qu'à des biens tangibles et non à des copies immatérielles de programmes d'ordinateur téléchargées au moyen d'Internet.*"⁷³

La Cour conclut au contraire à l'indifférence du caractère matériel ou immatériel d'une copie d'un programme d'ordinateur en invoquant à nouveau la "*lex specialis*" que constitue la directive Programmes d'Ordinateur, dont l'article 4.2 ne mentionne pas que l'épuisement du droit de distribution serait limité aux copies de programmes se trouvant sur un support matériel.⁷⁴

Elle se prévaut au contraire de la généralité des termes utilisés par cette directive lorsqu'elle accorde protection "*à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur*"⁷⁵ (art. 1^{er}, § 2) et vise à cet effet "*les programmes sous quelque forme que ce soit, y compris ceux qui sont incorporés au matériel*"⁷⁶, pour en déduire :

- "*la volonté du législateur de l'Union d'assimiler, aux fins de la protection prévue par la directive 2009/24, les copies matérielles et immatérielles d'un programme d'ordinateur*"⁷⁷,
- dont il résulterait que "*l'épuisement du droit de distribution (...) concerne à la fois les copies matérielles et immatérielles d'un programme d'ordinateur*".⁷⁸

Et la Cour d'insister encore sur la spécificité de la directive Programmes d'Ordinateur en faisant valoir que si la notion d'épuisement du droit de distribution doit en principe avoir la même acception que dans la directive Société de l'Information, et "*à supposer même*" que pour les œuvres (autres donc que les logiciels) relevant de cette dernière, "*l'épuisement du droit de distribution ne concerne que des objets tangibles*", le législateur de l'Union aurait en tout état de cause exprimé une "*volonté différente (...) dans le contexte précis de la directive 2009/24*".⁷⁹

Pour conforter son appréciation, la Cour ajoute que, sur le plan économique, la mise à disposition en ligne serait l'équivalent fonctionnel de la distribution de supports tangibles :

*" Il convient encore d'ajouter que, d'un point de vue économique, la vente d'un programme d'ordinateur sur CD-ROM ou DVD et la vente d'un programme d'ordinateur par téléchargement au moyen d'Internet sont similaires. En effet, le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel."*⁸⁰

De ce fait, selon la Cour, le principe d'égalité de traitement confirmerait que l'épuisement doit s'appliquer de la même manière dans les deux cas.

⁷³ Arrêt § 53.

⁷⁴ Arrêt § 55.

⁷⁵ Directive Société de l'Information, article 1.2.

⁷⁶ Directive Société de l'Information, considérant 7.

⁷⁷ Cette affirmation peut surprendre dans la mesure où la protection s'attache toujours à une œuvre, et non à une copie ou un support.

⁷⁸ Il peut également paraître singulier d'assimiler les conditions de l'épuisement du droit de distribution à celles de la protection.

⁷⁹ Arrêt § 60.

⁸⁰ Arrêt § 61.

Application de l'épuisement aux services - Objet spécifique

La Commission invoquait enfin le considérant 29 de la directive Société de l'Information précisant que *"La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier des services en ligne"*.

La Cour répond en rappelant que *"l'objectif du principe de l'épuisement du droit de distribution des œuvres protégées par le droit d'auteur est de limiter, afin d'éviter le cloisonnement des marchés, les restrictions à la distribution desdites œuvres à ce qui est nécessaire pour préserver l'objet spécifique de la propriété intellectuelle concernée."*

Or, limiter le principe de l'épuisement *"aux seules copies de programmes d'ordinateur vendues sur un support matériel"* constituerait une *"restriction à la revente des copies de programmes d'ordinateur téléchargées au moyen d'Internet"* [qui] *irait au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'objet spécifique de la propriété intellectuelle en cause*, dans la mesure où elle *"permettrait au titulaire du droit d'auteur de contrôler la revente des copies qui ont été téléchargées au moyen d'Internet et d'exiger, à l'occasion de chaque revente, une nouvelle rémunération alors que la première vente de la copie concernée aurait déjà permis audit titulaire d'obtenir une rémunération appropriée."*⁸¹

L'épuisement était donc acquis dans le raisonnement de la Cour, grâce au *"tout indivisible"*, à la *"lex specialis"*, à *"l'équivalent fonctionnel"* et à *"l'objet spécifique"*, mais sur quoi ?

Copie objet de l'épuisement et droit de reproduction

Encore fallait-il, en effet, identifier la copie susceptible de faire l'objet de l'épuisement du droit de distribution. La Cour indique à ce sujet que la question est de savoir si *"le téléchargement au moyen d'Internet d'une copie d'un programme d'ordinateur, autorisé par le titulaire du droit d'auteur, peut donner lieu à un épuisement du droit de distribution de cette copie dans l'Union européenne, au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24"*⁸², et l'expression *"cette copie"* revient encore à quatre reprises dans l'arrêt⁸³.

Or, Oracle faisait valoir que *"la copie du programme d'ordinateur que le premier acquéreur est susceptible de céder à un deuxième acquéreur correspondrait non plus à la copie qu'il aura téléchargée, mais à une nouvelle copie dudit programme"*⁸⁴ bénéficiant, de surcroît, des mises à jours et corrections d'erreurs résultant du contrat de maintenance.

Selon Oracle, *"l'épuisement du droit de distribution qui résulterait du téléchargement du programme n'autoriserait pas le premier acquéreur à transmettre la copie sur un autre support. Il ne lui permettrait que de transférer matériellement le support lui-même, ce qui exigerait, par exemple, qu'il démonte le disque dur sur lequel il a téléchargé le programme."*⁸⁵

La Cour, sans s'en expliquer outre mesure, répond par une affirmation surprenante qui prend le contre-pied de l'objection d'Oracle et rebondit même sur celle-ci : *"il doit être constaté que les fonctionnalités corrigées, modifiées ou ajoutées sur la base d'un tel contrat [de maintenance]*

⁸¹ Arrêt § 62 et 63.

⁸² Arrêt § 35.

⁸³ Aux § 77, 80, 84 et 85.

⁸⁴ Arrêt § 64.

⁸⁵ Conclusions de l'avocat général § 36.

font partie intégrante de la copie initialement téléchargée", en sorte que l'épuisement du droit de distribution "s'étend à la copie du programme d'ordinateur vendue telle que corrigée et mise à jour par le titulaire du droit d'auteur."⁸⁶

L'important, pour la Cour, semble être que le nombre de copies en circulation - et donc le nombre d'utilisateurs du programme d'ordinateur - ne s'en trouve pas augmenté.

D'où l'ajout d'une condition inédite au jeu de l'épuisement : aux fins d'éviter la violation du droit de reproduction, le premier acquéreur du programme d'ordinateur doit rendre sa propre copie inutilisable au moment de la "revente" en sorte, finalement, qu'une copie se substitue à l'autre :

"En effet, l'acquéreur initial qui procède à la revente d'une copie matérielle ou immatérielle d'un programme d'ordinateur pour laquelle le droit de distribution appartenant au titulaire du droit d'auteur est épuisé, conformément à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, doit, aux fins d'éviter la violation du droit exclusif à la reproduction d'un programme d'ordinateur appartenant à l'auteur de celui-ci, prévu à l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 2009/24, rendre inutilisable sa propre copie au moment de la revente de celle-ci."⁸⁷

L'affirmation est réitérée quasi mot pour mot au § 78 de l'arrêt⁸⁸, la Cour concédant à Oracle, au paragraphe suivant, que *"la vérification du fait qu'une telle copie a été rendue inutilisable peut s'avérer difficile"* et recommandant à cet égard l'utilisation *"des mesures techniques de protection comme des clés de produit."*

Du fait de cette obligation ainsi imposée au premier acquéreur, celui-ci n'est pas autorisé à scinder la licence pour n'en revendre que la partie correspondant au nombre d'utilisateurs excédant ses besoins (par exemple, s'il a acquis une licence pour 25 utilisateurs alors qu'il ne dispose que de 20 postes, il ne peut revendre la licence pour le surplus de 5 utilisateurs).⁸⁹

La Cour relève en effet que dans une telle situation, *"le client du titulaire du droit d'auteur continuera à utiliser la copie du programme d'ordinateur installée sur son serveur et ne la rendra donc pas inutilisable."*

Elle ajoute qu'en tout état de cause, l'épuisement ne pourrait pas s'étendre aux droits d'utilisation conférés au nouvel acquéreur par l'effet de la fragmentation de la licence faite, cette fois, d'identité de copie, du fait que *"l'acquisition de droits d'utilisation supplémentaires ne se rapporte pas à la copie pour laquelle le droit de distribution a été épuisé"* :

"Par ailleurs, même si l'acquéreur de droits d'utilisation supplémentaires du programme d'ordinateur concerné ne procédait pas à une nouvelle installation - ni, partant, à une nouvelle reproduction - dudit programme sur un serveur lui appartenant, il doit être constaté que l'effet de l'épuisement du droit de distribution prévu à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24 ne s'étendrait, en tout état de cause, pas à de tels droits d'utilisation. En effet, dans une telle hypothèse, l'acquisition de droits d'utilisation supplémentaires ne se rapporte pas à la copie pour laquelle le droit de distribution a été épuisé au titre de ladite disposition. Elle tend au contraire uniquement à permettre une extension du nombre d'utilisateurs de la copie que l'acquéreur de droits supplémentaires avait lui-même déjà installée sur son serveur."

⁸⁶ Arrêt, § 65 à 68.

⁸⁷ Arrêt, § 70.

⁸⁸ *"L'acquéreur initial (i) doit, aux fins d'éviter la violation du droit exclusif de ce titulaire à la reproduction de son programme d'ordinateur (i) rendre inutilisable la copie téléchargée sur son ordinateur au moment de la revente de celle-ci."*

⁸⁹ Arrêt, § 69 à 71.

Réponse de la Cour sur les 1^{ère} et 3^{ème} questions préjudicielles : l'épuisement du droit de distribution rend tout nouvel acquéreur "légitime" à invoquer l'exception de l'article 5.1

La juridiction de renvoi souhaitait savoir :

- si la personne pouvant se prévaloir d'un épuisement du droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est un "acquéreur légitime", au sens de l'article 5.1 de la directive Programmes d'Ordinateur (1^{ère} question),
- et si tel est également le cas de l'acquéreur d'une licence "d'occasion", lorsque le premier acquéreur ayant, avec l'autorisation du titulaire du droit, réalisé une copie du programme d'ordinateur en le téléchargeant sur un support informatique au moyen d'Internet, a effacé sa copie ou ne l'utilise plus (2^{ème} question).

On rappellera que l'article 5.1 de la directive Programmes d'Ordinateur énonce une exception permettant notamment à "l'acquéreur légitime" d'accomplir des actes de reproduction sans autorisation du titulaire du droit, "lorsque ces actes sont nécessaires" pour lui permettre "d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs."

La Cour répond que dès lors que le droit de distribution est épuisé en conséquence de la première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur, tout acquéreur ultérieur de cette copie devient un "acquéreur légitime" au sens du texte précité⁹⁰ et est en droit de procéder "au téléchargement sur son ordinateur de la copie qui lui aura été vendue par le premier acquéreur"⁹¹, à condition que ce dernier ait rendu "inutilisable la copie téléchargée sur son ordinateur au moment de la revente de celle-ci"⁹².

Selon la Cour, toute autre acception de la notion d'"acquéreur légitime", notamment, comme le soutenaient Oracle et les gouvernements ayant déposé des observations, par référence à "l'acquéreur habilité, en vertu d'un contrat de licence conclu directement avec le titulaire du droit d'auteur, à utiliser le programme d'ordinateur", priverait d'effet utile l'épuisement du droit de distribution prévu à l'article 4.2 de la directive Programmes d'Ordinateur.⁹³

Elle conforte son analyse par une nouvelle référence au "tout indivisible", qui crée un "lien indivisible" se nouant désormais entre la copie du logiciel figurant sur le site d'Oracle et le contrat de licence, en sorte que la revente de la licence entraîne celle de ladite copie qui "bénéficie ainsi de l'épuisement du droit de distribution" nonobstant les stipulations du contrat de licence interdisant une telle revente :

⁹⁰ Arrêt, § 80 : "Dès lors que le titulaire du droit d'auteur ne peut pas s'opposer à la revente d'une copie d'un programme d'ordinateur pour laquelle le droit de distribution dudit titulaire est épuisé (i), il y a lieu de considérer que le deuxième acquéreur de cette copie, ainsi que tout acquéreur ultérieur, constitue un « acquéreur légitime » de celle-ci, au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24."

⁹¹ Arrêt, § 81 : "Partant, en cas de revente de la copie du programme d'ordinateur par le premier acquéreur de celle-ci, le nouvel acquéreur pourra procéder, conformément à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24, au téléchargement sur son ordinateur de la copie qui lui aura été vendue par le premier acquéreur. Un tel téléchargement doit être regardé comme la reproduction nécessaire d'un programme d'ordinateur devant permettre à ce nouvel acquéreur d'utiliser ce programme d'une manière conforme à sa destination."

⁹² Arrêt, § 78.

⁹³ Arrêt, § 82 et 83.

"S'agissant d'une situation telle que celle en cause au principal, il doit être rappelé qu'il a été constaté, aux points 44 et 48 du présent arrêt, que le téléchargement sur le serveur du client de la copie du programme d'ordinateur se trouvant sur le site Internet du titulaire du droit et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation se rapportant à cette copie forment un tout indivisible qui doit être qualifié, dans son ensemble, comme une vente. Or, eu égard à ce lien indivisible entre la copie se trouvant sur le site Internet du titulaire du droit d'auteur telle que ultérieurement corrigée et mise à jour, d'une part, et la licence d'utilisation se rapportant à celle-ci, d'autre part, la revente de la licence d'utilisation emporte la revente de «cette copie», au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, et bénéficie ainsi de l'épuisement du droit de distribution prévu à cette dernière disposition, et ce nonobstant la clause contenue dans le contrat de licence et reproduite au point 23 du présent arrêt."

Et la Cour d'en conclure, répondant ainsi à la 3^{ème} question de la juridiction de renvoi portant sur le cas précis de l'acquéreur d'une licence d'occasion, que ce dernier est "acquéreur légitime" de la copie corrigée et mise à jour du logiciel figurant sur le site du titulaire du droit d'auteur qu'il est par conséquent habilité à télécharger⁹⁴.

Elle précise in fine, au point 2 du dispositif de son arrêt, que cet acquéreur de la licence peut "bénéficier du droit de reproduction prévu" à l'article 5.1 de la directive Programmes d'Ordinateur.

Observations liminaires

Avant d'envisager la possibilité ou non d'une extension de la solution retenue par cette décision aux œuvres autres que les logiciels, régies par le droit commun du droit d'auteur, quelques remarques liminaires méritent d'être formulées.

Il est en effet frappant de constater que les faits de l'espèce pouvaient difficilement être plus éloignés du domaine de l'occasion "physique".

Une situation non seulement différente mais contraire à celle des supports tangibles d'occasion

Bien entendu, en l'absence de dégradation d'un fichier numérique par le temps et l'usage, et donc, de perte de valeur justifiant sa revente à un moindre prix sans concurrencer outre mesure la vente d'un fichier "neuf", le concept même d'"occasion" paraît en l'état difficilement transposable à l'univers numérique.⁹⁵

Mais il y a plus en l'occurrence. En effet, non seulement le fichier "revendu" n'est pas altéré par rapport à celui téléchargé par le premier acquéreur, mais il est au contraire **amélioré**, puisque, en vertu de la solution énoncée par la CJUE, il bénéficie des mises à jour et corrections d'erreurs intervenues postérieurement au téléchargement initial.

⁹⁴ Arrêt, § 85 : " Ainsi qu'il ressort du point 81 du présent arrêt, il s'ensuit que le nouvel acquéreur de la licence d'utilisation, tel que le client de UsedSoft, pourra, en tant qu'«acquéreur légitime», au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24, de la copie corrigée et mise à jour du programme d'ordinateur concerné, procéder au téléchargement de cette copie à partir du site Internet du titulaire du droit d'auteur, ledit téléchargement constituant la reproduction nécessaire d'un programme d'ordinateur permettant au nouvel acquéreur d'utiliser ce programme d'une manière conforme à sa destination."

⁹⁵ V. ci-après l'analyse économique.

La situation est donc non seulement différente mais **contraire** à celle d'un exemplaire d'occasion dans l'univers physique. Elle rend de surcroît évidente l'absence d'identité entre la première copie numérique téléchargée avec l'accord du titulaire du droit et cette version améliorée prétendument "revendue", alors que, comme montré précédemment, l'épuisement a toujours été conçu pour s'appliquer à un exemplaire particulier d'un support contenant une œuvre, et non à n'importe quelle copie de celle-ci⁹⁶, ce que l'article Article 4.2 de la directive Programmes d'ordinateur précise expressément :

"La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie (...)."

Cette observation semble condamner - au moins dans les circonstances de l'espèce - l'affirmation de la Cour selon laquelle *"le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel."*⁹⁷

En effet, précisément, un support matériel n'aurait pas bénéficié des mises à jour et corrections. Supposons qu'un client d'Oracle, comme il en avait la possibilité, ait demandé que le programme lui soit livré sous forme d'un CD-Rom ou DVD. Il aurait installé ledit programme sur son poste et/ou son serveur à partir de ce support puis, au fil du temps, aurait téléchargé les mises à jour et programmes de correction d'erreurs qui auraient directement modifié le programme tel qu'installé sur son poste et/ou sur son serveur. Le CD-Rom ou DVD livré à l'origine serait quant à lui demeuré inchangé et n'aurait pu être revendu qu'en son état d'origine, sans mises à jour et corrections.

La revente d'une licence sans copie du programme

Par ailleurs, la notion de "copie du programme d'ordinateur" est aussi présente dans l'arrêt de la Cour qu'elle était absente des faits de l'espèce et, en tous cas, des relations entre le revendeur de la licence et la plate-forme de revente (UsedSoft), ainsi qu'entre cette plate-forme et le nouvel acquéreur. En effet, dans les deux cas, seule une licence était revendue, et le nouvel acquéreur de celle-ci ne se voyait procurer **aucune copie du programme**. Pour obtenir cette copie, le nouvel acquéreur, client de UsedSoft, devait, comme rappelé ci-dessus, la télécharger sur le site d'Oracle qui était bien entendu étrangère à ces opérations de revente. La copie n'était donc fournie ni par le premier acquéreur, ni par UsedSoft, au contraire, par exemple, des faits de l'affaire ReDigi analysés plus haut.

Dans ces conditions, comment pouvait-il même être question de revente d'une copie du programme, alors que ladite revente ne portait que sur une licence, c'est-à-dire un contrat qui ne constitue à l'évidence ni une copie matérielle ni une "copie immatérielle" d'un programme d'ordinateur ?

Si la *"première vente d'un programme d'ordinateur par le titulaire du droit ou avec son consentement"*, emportant épuisement du droit de distribution est reconstituée par la Cour grâce à l'ensemble *"indivisible"* formé, selon elle, par le contrat de licence et l'opération de

⁹⁶ Supra p.8 ; v. également De Wolf & Partners, *Study on the application of directive 2001/29/ec on copyright and related rights in the information society (the "infosoc directive")*, p.30 : *"The Court accepted that the distribution right was exhausted in respect of a copy **that was not the specific copy**, first sold with the consent of the right holder, but a *õfunctional equivalent* instead (UsedSoft, par. 61)."*

⁹⁷ Arrêt, § 61.

téléchargement d'une copie dudit programme, il ne saurait *a priori* en être de même de la "revente" de "cette copie", alors :

- d'une part, que le contrat de licence est revendu par une personne différente (UsedSoft) de celle qui met le programme à disposition de ses clients⁹⁸ sur son site (Oracle), en sorte que le "lien indivisible" identifié par la Cour au paragraphe 84 de son arrêt entre la licence revendue et le programme se trouvant sur le site d'Oracle paraît difficilement compréhensible,
- et que, d'autre part, la copie ainsi prétendument revendue (celle téléchargée par le nouvel acquéreur de la "licence d'occasion" sur le site d'Oracle) ne peut être la même que celle téléchargé par le premier acquéreur ayant souscrit avec Oracle le contrat de licence permettant ce téléchargement.

Des commentateurs de l'arrêt observent ainsi qu'à la différence du jugement rendu dans l'affaire l'affaire *ReDigi*, la Cour de justice fait ici "l'impasse sur l'existence d'actes de reproduction nécessaires à la circulation du bien, les réduisant par analogie à des actes de distribution"⁹⁹, voire qu'elle se "révèle une grande prestidigitatrice", créant l'illusion d'une "copie qui doit circuler librement par reventes successives en raison de l'épuisement du droit de distribution y afférent [mais qui] ne circule pas" ou d'une "étrange copie qui circule en s'autodétruisant"¹⁰⁰.

Il est vrai que certaines énonciations de l'arrêt paraissent, de prime abord, difficilement intelligibles.

Ainsi, par exemple, comment "l'acquéreur initial qui procède à la revente d'une copie matérielle ou immatérielle d'un programme d'ordinateur" pourrait-il concrètement "rendre inutilisable sa propre copie au moment de la revente de celle-ci" s'il s'agissait réellement de la même copie ?

Où encore, comment le nouvel acquéreur peut-il télécharger à partir du site d'Oracle "la copie qui lui aura été vendue par le premier acquéreur"¹⁰¹?

Dans ces conditions, l'arrêt a pu donner l'impression que la Cour, en voulant aboutir à l'épuisement du droit de distribution, tout en tenant compte du fait que celui-ci ne s'applique qu'à une copie spécifique du programme d'ordinateur¹⁰², finit par "en perdre son latin"¹⁰³.

Pourtant, il semble n'exister aucune incohérence dans le raisonnement de la Cour, si l'on veut bien considérer que "la copie du programme d'ordinateur", dont il est question tout au long

⁹⁸ Ce qui, en outre, n'est pas le cas de l'acquéreur de la "licence d'occasion".

⁹⁹ V.L. Bénabou "Marchés de l'occasion, propriété intellectuelle et innovation technologique", préc. p. 38.

¹⁰⁰ V. Varet, "De distorsions le droit (de reproduction) s'est épuisé : à propos de l'arrêt de la CJUE en date du 3 juillet 2012", préc.

¹⁰¹ Arrêt § 81 : "*Partant, en cas de revente de la copie du programme d'ordinateur par le premier acquéreur de celle-ci, le nouvel acquéreur pourra procéder (i) au téléchargement sur son ordinateur de la copie qui lui aura été vendue par le premier acquéreur.*"

¹⁰² L'expression "cette copie" est en effet utilisée à 5 reprises dans l'arrêt" (aux § 35, 77, 80, 84 et 85), ce qui n'est pas anodin. De même, au § 71 de l'arrêt, pour rejeter la possibilité de scinder les licences, la Cour observe que "*dans une telle hypothèse, l'acquisition de droits d'utilisation supplémentaires ne se rapporte pas à la copie pour laquelle le droit de distribution a été épuisé au titre de ladite disposition.*"

¹⁰³ V. Varet, "De distorsions le droit (de reproduction) s'est épuisé : à propos de l'arrêt de la CJUE en date du 3 juillet 2012", préc. : "*En premier lieu, la CJUE joue si bien avec les mots du texte qu'elle est censée interpréter, qu'elle en perd son latin (i).*"

de l'arrêt, n'est pas celle téléchargée et reproduite par le premier acquéreur sur son poste et/ou son serveur, mais celle "se trouvant sur le site Internet du titulaire du droit d'auteur" :

"Or, eu égard à ce lien indivisible entre la copie se trouvant sur le site Internet du titulaire du droit d'auteur telle que ultérieurement corrigée et mise à jour, d'une part, et la licence d'utilisation se rapportant à celle-ci, d'autre part, la revente de la licence d'utilisation emporte la revente de «cette copie», au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, et bénéficie ainsi de l'épuisement du droit de distribution prévu à cette dernière disposition, et ce nonobstant la clause contenue dans le contrat de licence et reproduite au point 23 du présent arrêt." (§ 84)

Il s'agit donc, en quelque sorte, de la "matrice" à partir de laquelle sont réalisés les téléchargements, même si celle-ci constitue effectivement une copie du programme fixée sur le serveur d'Oracle, qu'il est simplement inhabituel de désigner sous cette forme (on parlera plus naturellement du programme mis à disposition sur le site de l'éditeur).

Tout semble donc s'éclairer puisqu'on comprend pourquoi cette unique copie, qui forme un tout avec chaque contrat de licence, est nécessairement corrigée et mise à jour.

Cela étant, l'affirmation n'en est pas moins singulière, tant il est difficile de concevoir, même avec le recours à la théorie du "tout indivisible", qu'Oracle puisse vendre "sa" copie du programme figurant sur son site, et que la même copie puisse être de surcroît vendue à de multiples exemplaires, aussi nombreux que les contrats de licence conclus par les clients de l'éditeur du programme en cause, sauf à considérer, ce qui n'aurait guère de sens, que tous les titulaires d'une licence conférée par Oracle seraient copropriétaires de la copie du programme en cause figurant sur le site d'Oracle.

En réalité, ce qui est vendu avec la licence - pour autant que l'on admette la qualification de vente - ce n'est pas une copie, mais un droit : celui de reproduire le programme (dans le cadre de son téléchargement puis de son installation sur le poste et/ou le serveur du client) et de l'utiliser.

La Cour le dit d'ailleurs elle-même lorsqu'elle consacre l'impossibilité de scinder les licences :
"(...) le premier acquéreur (...) n'est pas autorisé, par l'effet de l'épuisement du droit de distribution (...), à scinder cette licence et à revendre uniquement le droit d'utilisation du programme d'ordinateur concerné correspondant à un nombre d'utilisateurs qu'il aura déterminé."¹⁰⁴

UsedSoft s'exprime également en termes d'"achat de droits" dans les réponses aux FAQ figurant sur son site Internet :

*"Qu'est-ce que j'acquiers en achetant une licence de logiciel d'occasion?
Lors de l'achat d'un logiciel d'occasion, il s'agit en principe d'un achat de droits. On acquiert le droit d'utiliser un programme PC"¹⁰⁵.*

Enfin, les conclusions de l'avocat général faisaient très clairement la distinction entre le droit de distribution, qui s'applique à la revente de la copie téléchargée par le premier acquéreur, et la cession de la licence d'utilisation, "qui touche à l'exercice du droit exclusif de reproduction, puisqu'elle permet la fixation d'une nouvelle copie de programme", ce pourquoi Monsieur Bot concluait à l'impossibilité, pour le second acquéreur de la licence, de se prévaloir de

¹⁰⁴ Arrêt, § 69.

¹⁰⁵ <https://www.usedsoft-shop.fr/fr/FAQ-Questions-fr-quemment-pos-es/>

l'épuisement du droit de distribution attaché à la première copie pour procéder à une nouvelle copie du programme :

"94. La réponse à cette question s'infère, selon nous, de la distinction entre le droit de distribution, qui s'épuise, et le droit de reproduction, qui ne s'épuise pas.

*95. Il est constant, dans la présente affaire, que la licence d'utilisation conférée par Oracle permet, en se connectant au site Internet d'Oracle, de reproduire le programme d'ordinateur. Il en résulte, selon nous, que **la cession des droits d'utilisation conférés par cette licence relève non pas du droit de distribution, mais du droit de reproduction.***

96. Si la revente de la copie téléchargée par le premier acquéreur relève du droit de distribution, la cession d'une licence d'utilisation telle que celle délivrée par Oracle à ses clients touche à l'exercice du droit exclusif de reproduction, puisqu'elle permet la fixation d'une nouvelle copie de programme par téléchargement sur Internet ou par reproduction à partir d'une copie déjà détenue par l'utilisateur.

*97. Or, il résulte des termes clairs de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24 que le principe de l'épuisement concerne exclusivement la distribution d'une copie du programme d'ordinateur et ne saurait altérer le droit de reproduction, auquel il ne saurait être porté atteinte **sans altérer la substance même du droit d'auteur.** (...)*

99. Il ne nous semble pas possible, en l'état actuel des textes, d'étendre la règle de l'épuisement, consubstantiellement liée au droit de distribution, au droit de reproduction. (...)

*100. Nous déduisons de ce qui précède que les articles 4, paragraphe 2, et 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24 doivent être interprétés en ce sens que, **en cas de revente du droit d'usage de la copie d'un programme d'ordinateur, le second acquéreur ne peut se prévaloir de l'épuisement du droit de distribution de cette copie pour procéder à la reproduction du programme en créant une nouvelle copie, quand bien même le premier acquéreur aurait effacé la sienne ou ne l'utiliserait plus.**"*

En appliquant l'épuisement à une cession de droits, la Cour en vient, sans le dire, à consacrer l'épuisement du droit de reproduction afférent aux programmes d'ordinateur¹⁰⁶, voire à consacrer une nouvelle exception au droit de reproduction ainsi qu'il sera explicité ci-après.

Dans le même ordre d'idée, on observera qu'au paragraphe 62 de son arrêt, la Cour fait état du "*principe de l'épuisement du droit de distribution **des œuvres** protégées par le droit d'auteur*", et non plus du droit de distribution de copies incorporant des œuvres, signe s'il en est que, non seulement le caractère matériel ou immatériel¹⁰⁷ d'une copie lui est indifférent, mais que la notion même de copie ou de support n'a plus guère d'intérêt, lorsqu'il s'agit, selon elle, "*d'éviter le cloisonnement des marchés*".

Quelles que soient les critiques susceptibles d'être énoncées à l'égard de l'arrêt dans le cadre de la directive Programmes d'Ordinateur, la présente commission considère, en tout état de cause, que la solution qu'il consacre ne peut être étendue aux œuvres autres que les programmes d'ordinateur.

¹⁰⁶ En ce sens, V. Varet, préc.

¹⁰⁷ A supposer que la notion de "copie immatérielle" ait un sens, ce qui paraît contestable, ainsi qu'il sera explicité ci-après.

En effet :

- la CJUE a pris soin de motiver sa décision sur le fondement du droit spécial résultant de la directive Programmes d'Ordinateurs (2.1),
- ledit droit spécial présente, au regard du droit commun édicté par la directive Société de l'Information, des différences substantielles pouvant justifier l'application de solutions distinctes sous l'empire de chacun des deux droits (2.2),
- des décisions de juridictions d'Etats membre de l'Union ont refusé d'étendre l'épuisement tel que consacré par l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle* à des œuvres régies par le droit commun du droit d'auteur (2.3),
- Enfin, la CJUE, dans une affaire "Allposters"¹⁰⁸ a jugé, dans le cadre de la directive Société de l'Information, que l'épuisement du droit de distribution se trouvait limité "à l'objet tangible dans lequel une œuvre protégée ou sa copie est incorporée", ce qui paraît exclure toute possibilité de l'appliquer à la mise à disposition d'œuvres sous forme numérique (2.4).

2.1 - Une décision rendue sous l'empire de la lex specialis

On rappellera que les trois questions préjudicielles posées par le Bundesgerichtshof tendaient exclusivement à l'interprétation des articles 4.2 et 5.1 de la directive Programmes d'Ordinateur, dont le dernier institue de surcroît une exception au profit de l'"*acquéreur légitime*" entièrement spécifique à cette catégorie d'œuvres.

La CJUE y répond sur le fondement de cette directive.

Il en va ainsi, en premier lieu, lorsque la Cour s'attache à vérifier si les faits de l'espèce caractérisaient une "*première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur, au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24*". A aucun moment, dans l'analyse de la Cour, l'interprétation de la notion de "vente" ne s'affranchit-elle du cadre dudit article 4.2 et de la directive Programmes d'Ordinateur.¹⁰⁹

Lorsqu'elle prône, pour la vente, l'adoption d'une notion autonome du droit de l'Union, c'est "aux fins d'application de ladite directive", parce que celle-ci "*n'opère aucun renvoi aux droits nationaux*" et que son objectif est de "*supprimer les différences entre les législations des Etats membres qui portent atteinte au fonctionnement du marché intérieur en ce qui concerne les programmes d'ordinateurs*".¹¹⁰

De même, "*l'interprétation large du terme de 'vente', au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24*" n'est adoptée que pour consacrer "*l'effet utile de cette disposition*".¹¹¹

En second lieu, alors que, comme rappelé ci-dessus, des arguments étaient opposés sur le fondement du droit commun du droit d'auteur par Oracle, par les gouvernements ayant

¹⁰⁸ CJUE, quatrième chambre, 22 janvier 2015, Art & Allposters International BV c/ Stichting Pictoright, aff. C-419/13.

¹⁰⁹ Arrêt, § 35 à 49.

¹¹⁰ Arrêt, § 40 à 41.

¹¹¹ Arrêt, § 49.

formulé des observations et par la Commission, la Cour refuse de répondre sur ce terrain aux motifs :

- que la directive Société de l'Information ne s'applique pas aux programmes d'ordinateurs puisque son article 1.2 a) précise expressément qu'elle "*laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions [du droit de l'Union] existantes concernant [...] la protection juridique des programmes d'ordinateur*",¹¹²
- en sorte que "*la directive 2009/24, qui concerne spécifiquement la protection juridique des programmes d'ordinateur, constitue une lex specialis par rapport à la directive 2001/29*"¹¹³,
- et, qu'en conséquence, quand bien même le contenu du droit commun ne serait pas similaire, il y aurait lieu de faire prévaloir "*la volonté différente exprimée par le législateur de l'Union dans le contexte précis de la directive 2009/24*"¹¹⁴.

Les quelques remarques formulées par la Cour au regard du droit commun du droit d'auteur ne sont, quant à elles, qu'incidentes et ne constituent pas le fondement de sa décision.

Cette volonté de la Cour de répondre dans le cadre de la "*lex specialis*" a été relevée par l'ensemble des commentateurs de son arrêt, ainsi que par la Commission européenne dans son questionnaire sur la révision du droit d'auteur au sein de l'Union :

*"(...) the Court was careful to emphasise that it reached this decision based on the Computer Programs Directive. It was stressed that this exhaustion rule constituted a lex specialis in relation to the Information Society Directive (UsedSoft, par. 51, 56)."*¹¹⁵

De fait, si les questions préjudicielles comme les réponses apportées par la Cour l'ont été sur le fondement du droit spécial de la directive Programmes d'Ordinateur, c'est que cette dernière présente des différences substantielles par rapport à la directive Société de l'Information, autant de différences qui s'opposent à l'extension de la décision de la CJUE à l'ensemble des œuvres régies par le droit commun et justifient son cantonnement aux seuls logiciels.

2.2 - Les différences entre les deux directives

Elles se marquent principalement par le fait que les deux textes ne consacrent pas les mêmes prérogatives et que celles, communes, n'ont pas nécessairement le même contenu et ne supportent pas les mêmes exceptions.

¹¹² Arrêt, § 51.

¹¹³ Arrêt, § 56, l'invocation de la "*lex specialis*" figure également au § 51.

¹¹⁴ Arrêt, § 60 ; v. également, dans le même sens, au § 51 : "*il demeurerait que (í)*."

¹¹⁵ Note de bas de page n°28, p. 13, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf

2.2.1 - Des prérogatives différentes : le droit de communication au public est absent de la directive Programmes d'Ordinateur

Ainsi qu'il a été rappelé précédemment, la directive Société de l'Information consacre trois prérogatives au bénéfice de l'auteur ou de ses ayants droit : le droit de reproduction, le droit de communication au public, conçu largement pour englober le droit de mise à disposition à la demande, et le droit de distribution.

Le monopole d'exploitation résultant du droit spécial se compose, quant à lui :

- du droit de reproduction,
- du droit de traduction, d'adaptation, d'arrangement et autre transformation,
- et du droit de distribution "sous toute forme", incluant le droit de location.

Aucune référence n'est faite à la communication au public et il faut donc en conclure que le droit de communication au public n'existe pas en droit spécial des logiciels¹¹⁶, comme le relève l'Avocat Général dans l'affaire *UsedSoft c/Oracle* :

"D'abord, si nous admettons que les dispositions générales de la directive 2001/29, laquelle a précisément pour objet d'adapter le droit d'auteur à l'environnement numérique, peuvent guider l'interprétation des dispositions spéciales de la directive 2009/24" laquelle se borne à codifier la directive 91/250, adoptée avant l'essor d'Internet, il y a lieu néanmoins de constater que", dans la mesure où cette dernière "ne fait nullement référence à la notion de droit de communication et définit le droit de distribution de la façon la plus large, comme englobant «toute forme de distribution [...] au public de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur», il nous semble difficile de considérer, au prix d'une lecture combinée de ces deux directives, que le droit de mise à la disposition du public visé à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 est applicable aux programmes d'ordinateur."¹¹⁷

Cette omission, que le traité de l'OMPI inviterait probablement à combler, s'explique sans doute par l'ancienneté de la directive Programmes d'Ordinateur. En effet, celle-ci ne fait que codifier une directive initiale de 1991¹¹⁸, adoptée à une époque où le web faisait ses tout premiers pas¹¹⁹, à la différence de la directive Société de l'Information qui vise précisément à adapter le droit commun du droit d'auteur à l'environnement numérique.

A cette époque, il n'était pas question de télécharger des logiciels et l'utilisation comme la commercialisation de telles œuvres n'étaient susceptibles de mettre en cause que les droits de reproduction¹²⁰, d'adaptation et de distribution, mais aucunement le droit de communication au public, ce pourquoi il n'apparaît pas dans la directive précitée.

¹¹⁶ V. cependant, considérant que cette omission doit être comblée par un retour au droit commun : A. & H-J. Lucas, *Traite de droit de la propriété littéraire et artistique*, 3^e ed. Litec, 2006, n° 280 ; M. Vivant et al., *Lamy droit du numérique* 2012, n° 204.

¹¹⁷ Conclusions de M. l'Avocat Général Yves Bot, § 72.

¹¹⁸ Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991.

¹¹⁹ Il est de ce fait surprenant de lire au § 58 de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *UsedSoft c/ Oracle* que : "*Les dispositions susmentionnées font ainsi clairement apparaître la volonté du législateur de l'Union d'assimiler, aux fins de la protection prévue par la directive 2009/24, les copies matérielles et immatérielles d'un programme d'ordinateur.*"

¹²⁰ Citant la juridiction de renvoi, l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle* relève à cet égard au § 30 que "*l'utilisation d'un programme d'ordinateur exige en règle générale la reproduction de celui-ci - à la différence de l'utilisation d'autres œuvres protégées par un droit d'auteur.*"

Ainsi, si dans le cadre du droit commun du droit d'auteur, la mise à disposition aux fins de téléchargement d'une œuvre numérisée relève, comme il a été montré en première partie du rapport, du droit de communication au public¹²¹ et, plus précisément, au sein de celui-ci, du droit de mise à disposition à la demande, il n'en va pas de même aux termes de la directive Programmes d'Ordinateur.

Par conséquent, à s'en tenir à la lettre de ce texte, et faute de consécration par celui-ci du droit de mise à disposition à la demande, la mise à disposition en ligne de logiciels aux fins de téléchargement ne peut que relever du droit de distribution.

Dans l'affaire *UsedSoft c/ Oracle*, pour répondre à l'argument selon lequel l'opération de téléchargement d'un programme d'ordinateur relevait du droit de communication au public insusceptible d'épuisement et non du droit de distribution, la CJUE aurait pu se contenter, comme elle le fait principalement, d'invoquer le caractère dérogatoire du droit spécial des logiciels.

Pourtant "*par ailleurs*", approuvant sur ce point les conclusions de son Avocat Général, elle affirme, cette fois au regard de la directive Société de l'Information interprétée à la lumière du traité de l'OMPI, que l'existence d'un transfert du droit de propriété transformerait l'acte de communication au public en un acte de distribution :

"(...) il ressort de l'article 6, paragraphe 1, du traité sur le droit d'auteur, à la lumière duquel les articles 3 et 4 de la directive 2001/29 doivent, dans la mesure du possible, être interprétés (...) que l'existence d'un transfert du droit de propriété transforme l'«acte de communication au public», prévu à l'article 3 de cette directive, en un acte de distribution visé à l'article 4 de ladite directive, lequel peut donner lieu, si les conditions posées au paragraphe 2 de ce dernier article sont réunies, et à l'instar d'une «première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur» visée à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, à l'épuisement du droit de distribution".

Cette affirmation est d'autant plus surprenante qu'elle n'est pas explicitée, sauf à imaginer que la Cour et l'Avocat Général aient voulu jouer sur les mots - et, plus précisément, sur l'expression "*mise à la disposition du public*" - en rapprochant artificiellement l'article 3 de la directive Société de l'Information, définissant le droit de communication au public, de l'article 6 du traité de l'OMPI définissant le droit de distribution. Au motif que ces deux textes utilisent l'expression "*mise à la disposition du public*", par ailleurs absente de l'article 4 de la directive consacré au droit de distribution, l'idée supposée serait de considérer que la distribution et la communication au public constituent l'une et l'autre des formes de mise à la disposition du public, la différence entre les deux s'opérant par le fait qu'il y a vente dans le premier cas et non dans l'autre.

Est-ce réellement ce que la Cour et son Avocat Général ont voulu dire ? On en doute, tant l'argument paraît artificiel et peu convaincant.

¹²¹ On observera qu'au § 62 de l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle*, la Cour évoque par deux fois le "*principe de l'épuisement du droit de distribution des œuvres*". Une telle formulation n'aurait pas de sens en droit commun du droit d'auteur puisque, dans ce cadre, la distribution d'une œuvre autrement que par la distribution du support qui l'incorpore, n'est autre que sa mise à disposition du public à la demande, relevant donc du droit de communication au public, insusceptible d'épuisement comme le précise expressément l'article 3.3 de la directive Société de l'Information.

C'est en effet oublier qu'au sein de l'article 6.1 du traité de l'OMPI¹²², la mise à la disposition du public porte sur "l'original" et "des exemplaires" de l'œuvre, c'est-à-dire, comme le précisent les déclarations communes précitées du traité, sur "les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles", alors que dans l'article 8 du traité, définissant le droit de communication au public en termes identiques à l'article 3.1 de la directive¹²³, la mise à disposition du public porte sur "les œuvres" elles-mêmes.

Donc, ce qui détermine l'application de l'un ou l'autre droit, ce n'est pas la vente en soi, mais le fait que, dans un cas, on met à la disposition du public des exemplaires tangibles, qui peuvent être vendus et, dans l'autre, une œuvre, qui ne peut être vendue mais qui est communiquée au public.

2.2.2 - Un droit de distribution aux contours différents

Distribution/location : la "summa divisio" du droit spécial

Une seconde différence fondamentale entre les deux directives réside dans le contenu du droit de distribution. En droit spécial des logiciels, le droit de distribution intègre en effet le droit de location, ce qui n'est pas le cas en droit commun du droit d'auteur où, comme rappelé ci-dessus, il est traité du droit de location et de prêt dans le cadre d'une directive spécifique¹²⁴.

Or, aux termes de l'article 4.2 de la directive Programmes d'Ordinateur, le droit de distribution est susceptible d'épuisement, "à l'exception" du droit de location¹²⁵.

Dans l'affaire *UsedSoft / Oracle*, si la qualification conduisant à l'application du droit de distribution semblait s'imposer en l'absence d'autre alternative, restait cependant à déterminer s'il s'agissait du droit de distribution *stricto sensu*, ou du droit de location englobé par ce dernier, la réponse à cette question déterminant l'application ou non de la règle de l'épuisement.

L'Avocat Général en déduisait que la directive Programmes d'Ordinateur "fait de la distinction entre vente et location la *summa divisio* dont dépendent tant l'application ou non de la règle de l'épuisement que la portée de cette règle"¹²⁶.

Seul le 12^e considérant de la directive fournit un critère permettant d'effectuer cette distinction, en définissant la location comme "la mise à disposition d'un programme

¹²² "1. Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et des exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété."

¹²³ "(...) les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée."

¹²⁴ Directive 2006/115/ CE du 12 décembre 2006 dont on précisera d'ailleurs qu'elle ne conçoit le droit de location qu'à l'égard d'objets tangibles.

¹²⁵ "La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci."

¹²⁶ Conclusions de M. l'Avocat Général Bot, § 56.

d'ordinateur ou d'une copie en vue de son utilisation, pendant une période limitée et à des fins lucratives".

A contrario, la mise à disposition du programme pour une durée illimitée devait entraîner la qualification de vente, ce pourquoi les développements contenus dans l'arrêt à ce sujet paraissent déterminants, alors qu'ils ne revêtiraient pas tant d'importance en droit commun du droit d'auteur.

Telle n'est pas la seule différence entre les deux directives à l'égard du droit de distribution.

D'autres résultent en effet de la généralité des termes de la directive Programme d'Ordinateur, là où la directive Société de l'Information contient, comme rappelé ci-dessus, plusieurs précisions permettant de circonscrire le droit de distribution et, par voie de conséquence, la règle de l'épuisement.

L'œuvre incorporée à un bien matériel

Il a été rappelé, dans la première partie du rapport, qu'aux termes de la directive Société de l'Information, le droit de distribution s'exerçait à l'égard de l'original ou de copies d'une "œuvre incorporée à un bien matériel", ainsi que le précise son considérant 28¹²⁷, ce qui exclut les "copies immatérielles" que la CJUE croit pouvoir identifier dans l'affaire *UsedSoft c/ Oracle*.

La directive Programmes d'Ordinateur ne contient pas, pour sa part, de précision similaire au regard du droit de distribution et de son épuisement, ce qui, compte tenu de l'ancienneté de la directive n'est guère surprenant puisque, comme rappelé ci-dessus, il était, à l'époque de son adoption, difficile de prévoir une forme de distribution autre que sous forme d'exemplaires tangibles.

On observera au surplus que l'article 4.2 de cette directive n'utilise pas, pour traiter de l'épuisement du droit de distribution, la formulation restrictive figurant à l'article 4.2 de la directive Société de l'Information (le droit de distribution ne s'épuise qu'en cas de première vente ...), invitant à une interprétation tout aussi restrictive de la limitation apportée à l'exercice du droit de distribution.

Ces différences entre les deux directives pouvaient sans doute autoriser, au moins d'un point de vue textuel, des interprétations divergentes sous couvert de la "lex specialis".

La CJUE a ainsi considéré que la généralité des termes utilisés par l'article 1.2 de la directive Programmes d'Ordinateur pour définir l'objet de la protection accordée par celle-ci, faisait "clairement apparaître la volonté du législateur de l'Union d'assimiler (...) les copies matérielles et immatérielles d'un programme d'ordinateur."

On pourrait regretter que l'interprétation du principe d'épuisement du droit de distribution n'ait pas été opérée à la lumière du traité de l'OMPI, qui s'applique aux programmes

¹²⁷ "(28) La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le **droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel**. La première vente dans la Communauté de l'original d'une œuvre ou des copies de celle-ci par le titulaire du droit ou avec son **consentement épuise le droit de contrôler la revente de cet objet** dans la Communauté. Ce droit ne doit pas être épuisé par la vente de l'original ou de copies de celui-ci hors de la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement. (...)"

d'ordinateur¹²⁸, plutôt que de rechercher, dans la généralité des termes de la directive spéciale, une volonté pour le moins hypothétique, compte tenu de la date de son adoption, de traiter des "copies immatérielles".

Mais qu'est-ce, précisément, qu'une "copie immatérielle" selon l'expression adoptée par la Cour ?

Au sens propre, cette expression n'a guère de signification puisqu'une copie est par définition toujours reproduite sur un support, quel qu'il soit (serveur, DVD ...), en sorte qu'elle est toujours nécessairement matérialisée et donc matérielle.

On comprend bien, cela étant, que la Cour vise ici les copies issues de téléchargements, mais l'utilisation de cette expression, qui suggère qu'une copie reste une copie quelle que soit sa nature et doit donc se voir appliquer le même principe d'épuisement, n'est pas anodine. En réalité, elle masque le fait que ce qui est "immatériel", dans le processus de téléchargement, n'est pas la copie qui en est issue (et qui se trouve matérialisée sur un disque dur) mais son mode de transmission, qui relève du droit de communication au public.

Toujours est-il qu'au détour de l'invocation de la "lex specialis", la CJUE instille le doute concernant l'application de la règle de l'épuisement dans le cadre de la directive Société de l'Information, dont le cantonnement aux seuls objets tangibles ne serait plus qu'une "supposition" :

"Certes, les notions utilisées dans les directives 2001/29 et 2009/24 doivent, en principe, avoir la même signification (...). Toutefois, à supposer même que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29, interprété à la lumière des considérants 28 et 29 de celle-ci ainsi qu'à celle du traité sur le droit d'auteur, que la directive 2001/29 vise à mettre en œuvre (arrêt du 9 février 2012, Luksan, C-277/10, point 59), indiquerait, pour les œuvres relevant de cette directive, que l'épuisement du droit de distribution ne concerne que des objets tangibles, une telle circonstance ne serait pas, eu égard à la volonté différente exprimée par le législateur de l'Union dans le contexte précis de la directive 2009/24, de nature à affecter l'interprétation de l'article 4, paragraphe 2, de cette dernière directive."¹²⁹

Il a pourtant été montré, dans la première partie du rapport, qu'il n'existait précisément aucun doute possible quant à la volonté en ce sens du législateur de l'Union et des signataires du traité de l'OMPI.

On observera, cela étant, que la Cour se contente d'émettre ce doute sans cautionner sur ce point les conclusions de l'Avocat Général qui était allé, pour sa part, beaucoup plus loin en affirmant que les "indications contenues dans les considérants de la directive 2001/29 ne sont ni claires ni univoques" et qu'une lecture a contrario du considérant 28 permettrait au contraire de conclure que l'épuisement ne se limiterait pas à la distribution d'exemplaires mis en circulation en tant qu'objets tangibles.

Le raisonnement de l'Avocat Général, figurant au paragraphe 75 de ses conclusions, est le suivant :

¹²⁸ Son article 4 énonce que : "Les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires au sens de l'article 2 de la Convention de Berne. La protection prévue s'applique aux programmes d'ordinateur quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression."

¹²⁹ Arrêt, § 60.

- la première phrase du considérant 28 stipule que "*La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel.*" ;
- l'utilisation du verbe "inclure" impliquerait que le droit de distribution ne se limite pas à la distribution de supports tangibles et pourrait au contraire comprendre "*d'autres formes de distribution*" ;
- or, la seconde phrase du considérant qui prévoit l'épuisement de ce droit à la suite d'une première vente dans l'Union "*d'une œuvre ou des copies de celle-ci*" ne limite pas cet épuisement à la distribution de supports tangibles ;
- en conséquence, l'épuisement doit jouer pour toutes les formes de distribution, matérielle ou immatérielle.

Cette lecture du considérant 28 apparaît cependant dénaturante.

En effet, lorsque le législateur de l'Union indique que "*La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel*", il ne dit pas que le droit de distribution "*inclut le droit exclusif de contrôler ...*" mais que le droit d'auteur consacré par la directive comprend ce droit qui est défini comme "*le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel*".

On rappellera en effet que le droit d'auteur comporte, aux termes de la directive, trois prérogatives que sont le droit de reproduction (article 2), le droit de communication et de mise à disposition du public à la demande (article 3) et le droit de distribution (article 4) ; il ne saurait sérieusement faire de doute que, dans l'esprit du législateur de l'Union, c'est bien ce dernier droit dans son entier, et non une partie de celui-ci, que définit le considérant 28 précité, ce que confirment les travaux parlementaires¹³⁰.

La question des services

Le considérant 29 de la directive Société de l'Information

Comme rappelé ci-dessus, il est traditionnellement admis que l'épuisement du droit de distribution a été consacré pour garantir la libre circulation des marchandises, en sorte que, logiquement, le problème ne se posait pas pour les services, ce que le considérant 29 de la directive Société de l'Information a expressément confirmé, en termes particulièrement clairs, y compris au regard des services en ligne :

¹³⁰ Les rapporteurs de la proposition de directive écrivent, par exemple, au paragraphe 6 de l'exposé des motifs :

"Il est nécessaire d'engager immédiatement une action législative d'ampleur communautaire pour assurer une protection juridique dans les domaines ci-après, compte tenu de l'importance que ceux-ci revêtent pour le marché intérieur :

- *droit de reproduction,*
- *droit de communication au public,*
- *mesures techniques et informations sur la gestion des droits et,*
- *droit de distribution de copies matérielles, qui englobe le principe d'épuisement.*"

"La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'œuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi".

La directive Programmes d'Ordinateur ne contient pas de précision similaire, alors pourtant que les services sont au cœur du droit des logiciels.

Licence, contrat et services associés dans la pratique du droit spécial

Les logiciels sont régis par un droit spécial parce qu'ils constituent des œuvres à part. Ils n'ont pas vocation à enrichir le cadre socio culturel mais revêtent une finalité purement fonctionnelle, utilitaire, qui implique la souscription d'obligations et la fourniture de prestations de services associées :

- devoir de conseil, d'information : service client, paramétrage, formation ...
- maintenance active : réparation de bugs ...
- mises à jour : améliorations fonctionnelles, évolutions liées à la réglementation, correction de failles de sécurité ...

De ce fait, l'absence de prise en compte, par la directive Programmes d'Ordinateur et, plus encore, par l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle*, de cette dimension "service", omniprésente en pratique, apparaît paradoxale.

L'Avocat Général relevait pourtant, au paragraphe 57 de ses conclusions, que :

*"La délivrance d'une licence permettant la mise à disposition d'une copie d'un programme d'ordinateur par la voie d'un téléchargement sur Internet **est une opération complexe**, qui peut recouvrir à la fois un contrat de prestation de services portant, notamment, sur la mise à disposition, la mise en œuvre et la maintenance du programme d'ordinateur, et un contrat de vente de la copie nécessaire à l'exécution de ces services."*

De ce fait, outre les risques de déstabilisation de la filière et d'impact négatif sur l'innovation pointés par les représentants des éditeurs de logiciels et solutions internet¹³¹ lorsque des plateformes du type UsedSoft annoncent à leurs clients une économie pouvant aller jusqu'à 70 % du prix d'une licence "neuve", l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle* pose d'importantes difficultés contractuelles du fait de l'intervention d'un tiers - le sous-acquéreur de la licence - dans la relation contractuelle première entre l'éditeur de logiciel et son client.

Qu'en est-il notamment de l'opposabilité des conditions du contrat de licence au sous-acquéreur, par exemple en termes de mécanismes de garantie, ou encore, d'audits destinés à limiter les utilisations excédant les termes de la licence ?

¹³¹ Ces derniers font notamment valoir que les logiciels sont le résultat de plusieurs années d'investissement en R&D (3 à 5 ans en moyenne), dont il faut assurer la rentabilité, et que l'édition logicielle est une course permanente à l'investissement, au niveau technologique, fonctionnel, en termes de conformité à la réglementation, etc.

Ces difficultés montrent bien que la dimension contractuelle a été méconnue par l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle* - UsedSoft vendait des licences et donc des contrats - alors même qu'elle se trouve, dans une certaine mesure, prise en compte par le droit spécial.

Ainsi, notamment, il peut sembler paradoxal qu'à travers une interprétation inédite de la notion d'"*acquéreur légitime*", la Cour ait pu conférer un champ d'application si vaste à un texte - l'article 5.1 de la directive Programmes d'ordinateur - qui institue une exception aux droits de reproduction et d'adaptation, **alors de surcroît que ce texte réserve la clause contraire** :

"Sauf dispositions contractuelles spécifiques, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes visés à l'article 4, paragraphe 1, points a) et b), lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs."

N'aurait-on pu considérer que la clause du contrat de licence en cause, prévoyant que le droit d'utilisation conféré était "*non cessible*", ce qui disqualifiait ainsi le sous-acquéreur, valait clause contraire ?

Un autre paradoxe de l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle* réside peut-être dans le contraste entre l'émoi qu'il a pu susciter et ses conséquences somme toute relatives dans le domaine des logiciels du fait que, d'après certains commentateurs¹³², la solution qu'il instaure serait "*aisément contournable sur le plan contractuel*" en prévoyant des licences de durée limitée pour évacuer la qualification de vente, et serait par ailleurs "*déjà remise en cause par l'évolution technologique*" en raison de "*l'évolution récente des modes de commercialisation reposant de plus en plus sur le modèle du software as a service ou 'Saas' associé ou non au schéma de cloud computing.*"

Un considérant ambigu ?

L'Avocat Général fait valoir que le considérant 29 de la directive Société de l'Information ne serait pas exempt d'ambiguïté au motif que :

"S'il paraît opposer la vente de marchandises, pour laquelle la règle de l'épuisement jouerait, à la prestation de services, pour laquelle cette règle serait inapplicable, il n'en reste pas moins que la notion de services en ligne, telle qu'elle est définie par le droit de l'Union, englobe la vente de biens en ligne. Ainsi, par exemple, à s'en tenir à la lettre de ce considérant, la règle de l'épuisement ne devrait pas s'appliquer en cas d'achat en ligne d'un CD-ROM dans lequel est incorporée la copie du programme d'ordinateur. Or, la distinction selon que la vente a lieu à distance ou non nous semble dénuée de pertinence pour l'application de cette règle."¹³³

Pourtant, ce considérant ne dispose aucunement que l'épuisement ne devrait pas jouer dans le cas de vente en ligne de CD reproduisant des logiciels ou d'autres œuvres.

La notion de service en ligne, telle qu'envisagée ici, semble au contraire exclure la fourniture de marchandises constituées de supports incorporant des œuvres. La dernière phrase du considérant 29 précise en effet que :

¹³² Stéphane Leriche et Julie Ruelle, "L'épuisement des droits à l'ère de la dématérialisation : une première avancée (à propos de l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle*, CJUE, 3 juillet 2012)", *Droit de l'immatériel : informatique, médias, communication*, octobre 2012 n° 86 p.30.

¹³³ Conclusions de l'Avocat Général § 76.

"Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquelles la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi."

L'affirmation de l'Avocat Général semble procéder d'une mauvaise interprétation de la seconde phrase du considérant 29 qui stipule que :

"La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit."

En effet, cette phrase ne vise pas la mise en circulation d'un support physique incorporant d'ores et déjà une œuvre et vendu comme tel, puisque la copie est ici réalisée par l'utilisateur du service.

Même si la formulation n'est pas d'une totale clarté (il faut se souvenir qu'elle est antérieure à l'an 2000, époque où les services en ligne n'étaient guère développés), elle vise nécessairement le téléchargement, car quel autre service en ligne pouvait-il permettre à l'époque à un utilisateur d'effectuer une copie d'une œuvre ?

Cette copie est bien physique puisqu'elle est fixée sur le disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur qui la télécharge, mais le service ne fournit pas directement cette copie physique, contrairement au cas de figure de la vente de CD : il transmet l'œuvre à l'utilisateur par un procédé immatériel qui relève de la télédiffusion, et autorise ce dernier à en effectuer une copie. La prestation de service est ainsi double : transmission interactive à la demande et autorisation de reproduction.

L'objet spécifique

La CJUE, quant à elle, sans même invoquer la "*lex specialis*", a tout simplement ignoré le considérant 29 au bénéfice de la notion d'"objet spécifique".

Se référant à son arrêt *Premier League*,¹³⁴ elle affirme ainsi que :

- limiter l'application du principe de l'épuisement du droit de distribution "*aux seules copies programmes d'ordinateur vendues sur un support matériel permettrait au titulaire du droit d'auteur de contrôler la revente des copies qui ont été téléchargées au moyen d'Internet et d'exiger, à l'occasion de chaque revente, une nouvelle rémunération alors que la première vente de la copie concernée aurait déjà permis audit titulaire d'obtenir une rémunération appropriée.*"
- et qu'"une telle restriction à la revente des copies de programmes d'ordinateur téléchargées au moyen d'Internet irait au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'objet spécifique de la propriété intellectuelle en cause"¹³⁵.

Les membres de la commission sont en désaccord avec une telle affirmation qui aboutit à réduire les prérogatives des ayants droit à la seule possibilité d'obtenir une "rémunération

¹³⁴ CJUE, 4 octobre 2011, "*Premier League c/ Karen Murphy*", aff. C-403/08.

¹³⁵ Arrêt, § 63.

appropriée" selon les critères de la CJUE, lesquels peuvent de surcroît varier dans des proportions considérables.

En effet, si, dans l'arrêt *Premier League*, la CJUE a estimé que l'objet spécifique du droit d'auteur "ne garantit pas aux titulaires de droits concernés la possibilité de revendiquer la rémunération la plus élevée possible", "leur est en revanche assurée une rémunération appropriée pour chaque utilisation des objets protégés." La Cour "n'exclut donc pas qu'une rémunération puisse être escomptée des titulaires sur les marchés secondaires des objets contenant des œuvres puisqu'elle prévoit que la rémunération peut s'asseoir sur chaque "utilisation" des objets protégés.¹³⁶"

Il en résulterait, pour les titulaires de droits "une obligation impérieuse de déterminer leur modèle économique de distribution ex ante en prenant en considération l'absence possible de rémunération sur les marchés secondaires de réutilisation des objets protégés"¹³⁷, ce qui apparaît difficilement concevable en pratique.

2.2.3 - Des exceptions différentes

Les exceptions prévues par la directive Programmes d'Ordinateur ne se retrouvent pas dans la directive Société de l'Information. Il en va ainsi de celle qui était au cœur de l'affaire *UsedSoft c/Oracle*, prévue par l'article 5.1 de la directive au bénéfice de l'"acquéreur légitime", mais également, de l'exception de copie de sauvegarde prévue par l'article 5.2, de celle de l'article 5.3, ou encore de l'exception de décompilation prévue à l'article 6.

Symétriquement, l'ensemble des exceptions prévues par l'article 5 de la directive Société de l'Information sont inconnues du droit spécial des logiciels.

L'exception de copie privée : obstacle à l'extension de l'arrêt usedSoft c/ Oracle ?

C'est le cas, notamment, de l'exception de copie privée qui peut être considérée comme un obstacle à l'extension de la solution de l'arrêt *UsedSoft / Oracle* dans le domaine des œuvres régies par la directive Société de l'Information.

Cette solution suppose en effet une reconstitution du dessaisissement du vendeur au profit de l'acheteur qui s'opère dans l'univers physique, lorsqu'un support est revendu et passe de mains en mains.

Pour parvenir à un résultat - sinon équivalent, puisque c'est impossible - du moins ressemblant dans l'univers numérique, la Cour prévoit que "l'acquéreur initial qui procède à la revente (...) doit rendre sa propre copie inutilisable au moment de la revente de celle-ci".

La vérification du fait qu'une telle condition a bien été remplie, au regard de tous les appareils de l'acquéreur initial, se heurte, bien entendu, à des limites techniques, et le recours, prôné par la Cour, à des mesures techniques de protection, n'est pas la panacée. Ces mesures, dont on peut considérer qu'elles vont à contre-courant d'une évolution souhaitable,

¹³⁶ V.L. Bénabou "Marchés de l'occasion, propriété intellectuelle et innovation technologique" in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Mélanges en l'honneur de Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI décembre 2013 p.39.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 40.

ont de surcroît un coût et sont parfois impossibles à mettre en place, notamment pour les œuvres des arts graphiques et plastiques.

A ces difficultés d'ordre pratique s'ajoute une difficulté juridique liée au jeu de l'exception de copie privée pour les œuvres régies par la directive Société de l'Information. En raison de cette exception, il n'est en effet pas concevable d'imposer à l'acquéreur de rendre inutilisable sa propre copie si celle-ci est une copie privée qu'il aura réalisée et s'il revend la copie "originale" (la première qu'il aura téléchargée) au lieu de sa - ou de ses - copie(s) privée(s). Dès lors, il faut renoncer soit à l'exception de copie privée, soit à la reconstitution du dessaisissement, auquel cas le mécanisme instauré par la CJUE n'aurait plus de sens, comme l'exprime parfaitement le Professeur Benabou :

*"En outre, l'exception de copie privée permet à celui qui s'est procuré l'œuvre auprès d'une source licite d'en réaliser une copie pour son propre usage. Il peut ainsi dupliquer, sans limite de quantité les exemplaires de l'œuvre, dès lors qu'elles sont destinées à lui seul ou à son cercle de famille. Rien ne l'empêche en principe de revendre ensuite l'original dont il fait l'acquisition à un tiers une fois qu'il en aura réalisé une copie. Le second acquéreur pourra faire de même et ainsi de suite. (...) A partir d'une source unique, il est possible de multiplier les exemplaires et les usages à chaque mutation de l'objet protégé sans que le titulaire ne puisse y trouver à redire, assistant impuissant à la prolifération des copies sans plus contrôler le processus de reproduction et de distribution. Le marché de l'occasion numérique n'est pas compatible avec la logique de copie privée. Dès lors, soit on supprime la possibilité de réaliser une telle copie, soit on bloque la circulation des intangibles. Dans les deux cas, les consommateurs peuvent avoir la sensation qu'on les prive de facultés dont ils disposaient dans le monde 'physique'."*¹³⁸

Le test en trois étapes

Le "test en trois étapes" (ou "triple test") est consacré par plusieurs instruments internationaux s'imposant à l'Union européenne : le traité de l'OMPI (art. 10), les accords ADPIC de l'Organisation mondiale du commerce (art. 13) et la convention de Berne (art. 9-2), "dont l'OMC a fait un texte qu'aucun Etat membre ne peut ignorer sous peine de sanctions."¹³⁹

Ce test soumet l'application des exceptions et limitations aux droits exclusifs à la triple condition suivante :

- n'être "applicables que dans certains cas spéciaux",
- "qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre",
- "ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit".

Il est consacré par l'article 5.5 de la directive Société de l'Information et par l'article 6.3 de la directive Programmes d'Ordinateur, mais de manière différente.

¹³⁸ V.L. Bénabou "Marchés de l'occasion, propriété intellectuelle et innovation technologique" in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, Mélanges en l'honneur de Joanna Schmidt-Szalewski, CEIPI décembre 2013, p. 27.

¹³⁹ Rapport de la mission du CSPLA sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, p. 63.

En effet, dans cette dernière directive, outre que la condition de l'application limitée à certains cas spéciaux n'est pas mentionnée, le triple test devenant ainsi "double test"¹⁴⁰ (ce qui n'est pas déterminant dans la mesure où les exceptions définies par la directive concernent de fait des cas spéciaux), ce "double test" ne s'applique qu'à la décompilation (art. 6), et non aux trois exceptions prévues à l'article 5, parmi lesquelles celle concernant les actes, notamment de reproduction, permis à l'"*acquéreur légitime*", qui était au cœur de l'affaire *UsedSoft c/ Oracle*.

De ce fait, la question d'une possible soumission au test en trois étapes de l'"*épuisement immatériel*", tel que consacré par cette décision dans sa combinaison avec la mise à l'écart du droit de reproduction, ne pouvait se poser en l'espèce, sauf à considérer que les instruments internationaux précités auraient imposé d'appliquer le test à toutes les exceptions prévues par la directive Programmes d'Ordinateur.

La question mérite en tous cas d'être posée dans l'hypothèse d'une extension de la solution *UsedSoft c/ Oracle* au droit commun du droit d'auteur.

Il convient préalablement de préciser que des questions de vocabulaire, variant entre les pays de l'Union, et les distinctions parfois délicates entre ce qui est susceptible de relever d'une exception, d'une limitation, d'une limite interne ou externe à un droit exclusif, rendent complexe l'appréciation du champ d'application du triple test, complexité que la CJUE a encore contribué à accroître avec son arrêt VG Wort.¹⁴¹

En résumé, on considère généralement que les termes d'exception et de limitation sont synonymes et visent les cas dans lesquels le droit exclusif aurait normalement vocation à s'appliquer, mais où le législateur en écarte l'application, "*soit parce qu'il estime qu'il n'est pas opportun d'étendre aussi largement le monopole, soit parce qu'il souhaite concilier celui-ci avec d'autres valeurs fondamentales.*"¹⁴²

La doctrine qualifie par ailleurs de "limites internes" celles qui bornent le champ d'application du droit d'auteur, telles que l'exclusion des idées ou la durée limitée du droit, et de "limites externes", celles imposées par d'autres droits que le droit d'auteur, tel que, par exemple, le droit de la concurrence.

S'il est unanimement admis que le triple test s'applique aux exceptions et limitations, les avis sont en revanche partagés quant à son extension aux limites internes et externes.¹⁴³

¹⁴⁰ L'article 6.3 de la directive Programmes d'Ordinateur dispose que : "Conformément aux dispositions de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, le présent article ne peut être interprété de façon à permettre son application d'une manière qui cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ou qui porte atteinte à l'exploitation normale du programme d'ordinateur."

¹⁴¹ CJUE, 27 juin 2013, VG Wort c/ Kyocera Document Solutions Deutschland et autres, aff. jointes C-457/11, C-458/11, C-459/11 et C-460/11.

¹⁴² V. par ex., Michel Vivant, Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur*, n°556 et s.

¹⁴³ Pour l'application aux limites internes et externes, notamment : Jane Ginsburg, Sam Ricketson et Mihaly Ficsor, cités par De Wolf & Partners, *Study on the application of directive 2001/29/ec on copyright and related rights in the information society (the "infosoc directive")*, p.505, note 1604.

Contre, notamment : A. & H-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n°357 : "Par hypothèse, le test ne s'applique qu'aux exceptions (ou limitations), et non à ce que nous avons appelé les limites internes ou externes" ; Agnès Lucas-Schloetter, Etude à la demande du GESAC relative à la compensation équitable à la charge de certains prestataires de services de la société de l'information, cité par le Rapport de la mission du CSPLA sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, p. 60.

L'application du triple test au principe de l'épuisement en lui-même pourrait ainsi être source de controverses, selon qu'on le qualifie d'exception ou de limitation interne.

Toutefois, la question envisagée n'est pas celle-ci, mais l'application du triple test à l'épuisement tel que consacré par l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle* dans le cadre de la mise à disposition de logiciels en ligne.

Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, cette décision réserve un traitement plus que singulier au droit de reproduction, au point que certains auteurs considèrent qu'elle en consacre l'épuisement¹⁴⁴, que d'autres y voient la création d'une nouvelle exception de source jurisprudentielle¹⁴⁵ et se posent la question légitime de sa compatibilité avec le triple test :

"One may ask the question of whether or not the new exception to the exclusive right of reproduction not existing under any EU directives (although, for its applicability, in the closed system of exceptions and limitations of the directives, it would have to be provided) but invented by the CJUE, might be in accordance with the three-step test."

Cette exception, qui consisterait à permettre une reproduction sans l'accord du titulaire du droit dès lors que l'utilisateur qui en serait à l'origine aurait détruit sa propre copie, pourrait à tout le moins se heurter au test dès sa première étape, puisqu'elle ne s'appliquerait pas dans un cas spécial, la conformité aux deux autres étapes pouvant être contestée dans le cadre d'une analyse économique.

Certes, l'article 5.5 précité prévoyant le triple test dans le cadre de la directive Société de l'Information ne s'applique qu'aux exceptions et limitations définies par ladite directive en son article 5, mais cela n'exclut pas que les instruments internationaux précités puissent être invoqués pour faire obstacle à ce qui peut être considéré comme une nouvelle exception au droit de reproduction.

2.3 - Les décisions rendues par des juridictions de l'Union en droit commun du droit d'auteur postérieurement à l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle*

2.3.1 - En Allemagne

Trois décisions ont été rendues par des juridictions allemandes dans le cadre de deux actions engagées par une même association de consommateurs (la Verbraucherzentrale Bundesverband, "vzbv") contre les conditions générales de plates-formes de vente en ligne d'ebooks et d'audio livres numériques (1^{ère} espèce), de jeux vidéo et de comptes de joueurs (2^{ème} espèce).

Le droit allemand des contrats prévoit qu'une clause est inapplicable si elle méconnaît un principe essentiel du droit positif en sorte de placer le consommateur dans une situation de désavantage excessif¹⁴⁶. L'association demanderesse à ces actions soutenait que la règle

¹⁴⁴ V. Varet, préc.

¹⁴⁵ Mihaly Ficsor, "Copyright and Related Rights in the "Cloud" Environment", communication au congrès de l'ALAI, Kyoto 2012.

¹⁴⁶ Konstantin Ewald et Felix Hilgert du Cabinet Osborne Clarke : *"Despite usedSoft German Court Rules Valve May prohibit Steam account transfer"* <http://www.osborneclarke.com/connected-insights/publications/despited-usedsoft-german-court-rules-valve-may-prohibit-steam-account-transfers/>

d'épuisement constituait un tel principe essentiel faisant obstacle aux clauses restreignant les droits des acquéreurs de fichiers d'œuvres téléchargés.

1^{ère} espèce : Jugement du Landgericht de Bielefeld du 5 mars 2013¹⁴⁷, confirmé par arrêt de la Cour d'appel de Hamm du 15 mai 2014¹⁴⁸

L'affaire concernait une plate-forme de vente en ligne proposant, outre la vente de livres imprimés, le téléchargement d'audio livres numériques et de ebooks. Les conditions générales de la licence octroyée aux utilisateurs dans le cadre de tels téléchargements prévoyait qu'était accordé le "*droit simple et non-transférable*" d'utiliser le contenu téléchargé à usage exclusivement personnel dans le respect du droit d'auteur.

Vzbv se prévalait de la règle d'épuisement telle qu'appliquée dans l'affaire *UsedSoft c/ Oracle* pour reprocher à ces conditions de "*limiter indûment les options disponibles sur les marchandises achetées*" qui ne pouvaient être utilisées comme le ferait un propriétaire. Elle critiquait en particulier l'interdiction de revendre les fichiers téléchargés créant, selon elle, un désavantage excessif pour le consommateur.

Le tribunal a rejeté ces prétentions, jugeant que les termes de la licence en cause ne procuraient pas aux utilisateurs un désavantage excessif au regard notamment de la règle de l'épuisement du droit de distribution.

Le Tribunal rappelle que celle-ci ne s'applique qu'au droit de distribution - et donc, à la circulation de copies tangibles - et non au droit de mise à la disposition non plus qu'au droit de reproduction.

Or, le Tribunal relève qu'il n'y avait en l'occurrence aucun acte de distribution, puisqu'une transmission en ligne n'entraîne pas la circulation de copies tangibles. Au contraire, une telle transmission doit être qualifiée d'acte de mise à la disposition du public. La reproduction de l'œuvre est faite par l'utilisateur lui-même, avec l'autorisation du titulaire du droit en vertu du droit d'usage conféré par la licence.

Il observe que l'arrêt *UsedSoft c/Oracle* a été rendu exclusivement sur le fondement de la directive Programmes d'Ordinateur et ne s'applique par conséquent qu'à de tels programmes, mais non aux fichiers musicaux, non plus qu'aux ebooks lesquels sont uniquement régis par la directive Société de l'Information qui limite expressément l'épuisement aux objets tangibles.

La Cour d'appel de Hamm a approuvé le jugement et sa motivation, réaffirmant que le principe d'épuisement n'affectait pas le droit de mise à disposition aux fins de téléchargement des livres audio numériques et des ebooks en cause. Elle rappelle que d'autres décisions des juridictions allemandes¹⁴⁹ avaient déjà été rendues dans le même sens,

¹⁴⁷ http://www.ifrro.org/sites/default/files/ig_bielefeld_vom_05.03.13_klage_verbraucherzentralen.pdf ; Pour une présentation de cette décision, v. De Wolf & Partners, *Study on the application of directive 2001/29/ec on copyright and related rights in the information society (the "infosoc directive")*, pp. 30-31.

¹⁴⁸ <http://www.damm-legal.de/olg-hamm-keine-erschopfung-des-urheberrechtlichen-verbreitungsrechts-an-ebook-durch-download>

¹⁴⁹ La Cour de Hamm rappelle notamment qu'en matière d'audio-livres, des requêtes similaires avaient été rejetées par le LG de Stuttgart (17. Zivilkammer, U.v. 14.04.2011, 17 O 513/10, K&R 2011, 529), confirmé en appel par l'OLG de Stuttgart, dont l'arrêt est devenu définitif (2. Zivilsenat, U.v. 3.11.2011, 2 U 49/11, CR 2012,

antérieurement à l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle*, et que cet arrêt, spécifique aux logiciels, ne modifie pas l'appréciation.

La Cour souligne que le droit de reproduction ne s'épuise pas et qu'une reproduction est nécessaire pour la transmission d'un fichier du vendeur à l'acheteur.

Elle observe enfin que le droit dont bénéficie l'utilisateur - écouter l'œuvre et la lire, effectuer des copies privées - est conforme au libellé des conditions générales de la licence qui le décrit comme un droit d'usage simple et non-transférable ; les conditions générales ne sont donc pas trompeuses et correspondent à l'usage attendu par l'utilisateur.

La Cour approuve ainsi le Tribunal d'avoir jugé que les droits d'utilisation d'un ebook ou d'un audio livre numérique pouvaient être restreints par des conditions générales de ventes et que la revente de tels biens numériques était interdite sans le consentement des ayants droits.

*2^{ème} espèce : Jugement du Landgericht de Berlin du 21 janvier 2014*¹⁵⁰.

Dans cette affaire, vzbv poursuivait Valve, éditeur de jeux vidéo, pour sa plate-forme Steam. Celle-ci permet aux utilisateurs ayant préalablement créé un compte de télécharger des jeux, qui sont mis à jour automatiquement, ainsi que du contenu pour des jeux, de gérer la partie multijoueur des jeux et de bénéficier de nombreux outils communautaires autour des jeux utilisant Steam.

Un jeu étant lié au compte Steam d'un utilisateur, il est impossible d'y jouer sans être connecté à ce compte. Un jeu ne peut donc être revendu sans l'ensemble du compte et, de fait, tous les jeux qui lui sont attachés. Or, les conditions générales de Steam stipulent précisément l'interdiction de la revente et de l'échange de comptes de joueurs.

Vzbv avait déjà poursuivi l'invalidation de cette clause des conditions générales de Valve, en contradiction, selon elle, avec le principe de l'épuisement qui devrait valoir aussi bien pour les jeux sur supports tangibles, que pour les jeux en ligne. Son action avait cependant été rejetée, en dernier par le Bundesgerichtshof en 2010.

Vzbv effectuait une nouvelle tentative en se prévalant de l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle*, mais n'a pas davantage obtenu satisfaction.

Le Landgericht de Berlin observe en premier lieu que, dans l'affaire *UsedSoft c/ Oracle*, la CJUE avait jugé que l'épuisement "ne se rapporte pas à des contrats de service, tels que des contrats de maintenance"¹⁵¹ et, qu'en l'occurrence, Steam proposait une multitude de services, tels que

299-303 = GRUR-RR 2012, 243-246 = ZUM 2012, 811-815) et que le LG de Hambourg a également jugé qu'il n'y avait pas d'épuisement pour le téléchargement d'un audio-livre (312 O 414/10; U.v. 20.09.2011; K&R 2012, 297-299).

¹⁵⁰ <http://spielerecht.de/wp-content/uploads/LG-Berlin-15-O-56-13-20140121-vzbv-vs.-Valve.pdf>

Pour une présentation de cette décision, v. Konstantin Ewald et Felix Hilgert du Cabinet Osborne Clarke : "Despite *usedSoft* German Court Rules Valve May prohibit Steam account transfer" <http://www.osborneclarke.com/connected-insights/publications/despite-usedsoft-german-court-rules-valve-may-prohibit-steam-account-transfers/>

¹⁵¹ Arrêt *UsedSoft c/Oracle* § 66 : "Il y a lieu de relever que l'épuisement du droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur au titre de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24 ne concerne que les

le "matchmaking", la fourniture des mises à jour, le fonctionnement des serveurs pour la dimension multijoueur ...

En second lieu, le Tribunal juge qu'en tout état de cause, l'extension par l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle* de la règle de l'épuisement aux intangibles ne s'applique pas aux jeux vidéo, ceux-ci relevant, notamment en raison de leur composante audiovisuelle, de la directive Société de l'Information et non de la directive Programmes d'Ordinateur comme l'a jugé la CJUE dans l'affaire "Nintendo"¹⁵².

Le Tribunal a par conséquent refusé de déclarer la clause litigieuse des conditions générales de Steam inapplicables.

2.3.2 - Aux Pays-Bas

A l'inverse des juridictions allemandes, dans une affaire opposant l'association des éditeurs néerlandais au site de revente d'ebooks "d'occasion" Tom Kabinet, le tribunal de district d'Amsterdam, par jugement du 21 juillet 2014 a refusé, dans le cadre d'une procédure s'apparentant semble-t-il à une procédure de référé¹⁵³, d'ordonner une mesure provisoire de fermeture du site.

Le Tribunal a considéré que la portée de l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle* à l'égard des ebooks n'était pas suffisamment claire et qu'il était impossible d'exclure que les ebooks puissent être traités comme des livres imprimés. Selon lui, seule la CJUE, saisie sur question préjudicielle, serait à même de préciser le champ d'application exact de l'arrêt en cause.

En appel, par arrêt du 20 janvier 2015¹⁵⁴, la Cour de justice d'Amsterdam, tout en précisant que la licéité du commerce d'occasion des livres numériques relevait de l'appréciation de la CJUE, a suspendu l'activité du site Tom Kabinet tant qu'il ne serait pas à même d'établir que les ebooks "d'occasion" avaient été achetés légalement.

copies qui ont fait l'objet d'une première vente dans l'Union par le titulaire du droit d'auteur ou avec son consentement. Il ne se rapporte pas à des contrats de services, tels que des contrats de maintenance, qui sont dissociables d'une telle vente et qui ont été conclus, le cas échéant pour une durée déterminée, à l'occasion de ladite vente."

¹⁵² CJUE, quatrième chambre, 23 janvier 2014, affaire C-355/12, Nintendo c/ PC Box.

¹⁵³ En l'absence de traduction disponible, cette présentation, de même que celle de l'arrêt confirmatif est effectuée sur la base d'articles de presse en ligne : "[Tom Kabinet allowed to continue the sale of second-hand e-books](http://www.futureofcopyright.com/home/blog-post/2014/06/25/controversial-new-e-book-service-launched-tom-kabinet-will-facilitate-trade-in-second-hand-e.html?no_cache=1&cHash=b30d0ba0eca53ccd8836779709ae305d)", *Future of Copyright* 22 juillet 2014, http://www.futureofcopyright.com/home/blog-post/2014/06/25/controversial-new-e-book-service-launched-tom-kabinet-will-facilitate-trade-in-second-hand-e.html?no_cache=1&cHash=b30d0ba0eca53ccd8836779709ae305d
<https://www.actualitte.com/acteurs-numeriques/tom-kabinet-vend-des-ebooks-neufs-pour-en-garantir-la-revente-55300.htm>
<http://www.livreshebdo.fr/article/un-site-neerlandais-pour-acheter-et-vendre-des-ebooks-doccasion>

¹⁵⁴ <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2015:66>

2.4 - L'arrêt "All posters"

En jugeant, dans le cadre de la directive Société de l'Information, par son arrêt "Allposters"¹⁵⁵ du 22 janvier 2015, que l'épuisement du droit de distribution s'applique "à l'objet tangible dans lequel une œuvre protégée ou sa copie est incorporée", la CJUE dissipe le doute qu'avait pu faire naître l'arrêt *UsedSoft c/ Oracle* en raison du libellé du son paragraphe 60 : "toutefois, à supposer même que ..."¹⁵⁶.

Le litige, né aux Pays-Bas, opposait une société d'auteurs d'arts graphiques néerlandaise, Pictoright, à Allposters, société spécialisée dans la vente en ligne de posters et d'affiches. Il s'agissait, en l'occurrence, d'affiches reproduisant des tableaux célèbres dont Allposters, qui n'avait aucun lien de droit avec Pictoright, rachetait des stocks sur le marché.

Ces affiches avaient été imprimées avec l'autorisation des ayants droit mais Pictoright avait entrepris de commercialiser des toiles produites à partir de celles-ci en utilisant un procédé chimique dénommé transfert sur toile permettant, comme son nom l'indique, de transférer l'encre, et donc l'image de l'affiche, sur la toile, qui était ensuite tendue sur un cadre en bois.

L'objet du débat, tel que parfaitement résumé par l'Avocat Général, M. Cruz Villalón, était le suivant : "Le titulaire du droit d'auteur d'une œuvre picturale ayant donné son consentement à ce que l'image représentée soit commercialisée sous forme d'affiche peut-il s'opposer à la commercialisation de cette même image transférée sur une toile ?"¹⁵⁷

Allposters prétendait que non, au motif qu'elle ne procédait à aucune reproduction de l'œuvre, puisque l'image de l'affiche originale disparaissait à l'issue de l'opération de transfert. Elle affirmait par conséquent se contenter de revendre l'affiche sous une autre forme, ce qui ne requérait pas une nouvelle autorisation en raison de l'épuisement du droit de distribution.

Pictoright ne l'entendait pas ainsi et, poursuivant Allposters en contrefaçon, se voyait déboutée de son action en première instance (jugement du 22 septembre 2010), mais obtenait gain de cause en appel (arrêt du 3 janvier 2012).

Allposters formait alors un pourvoi devant le Hoge Raad, qui a saisi la CJUE de questions préjudicielles portant sur l'interprétation, au regard des faits de l'espèce, de l'article 4.2 de la directive Société de l'Information, relatif à l'épuisement du droit de distribution.

Pour y répondre, la CJUE, à l'instar de l'Avocat Général, s'interroge en premier lieu sur le point de savoir si l'épuisement s'applique à l'objet tangible dans lequel l'œuvre est incorporée, ou bien à l'œuvre elle-même :

¹⁵⁵ CJUE, quatrième chambre, 22 janvier 2015, *Art & Allposters International BV c/ Stichting Pictoright*, aff. C-419/13.

¹⁵⁶ "Toutefois, à supposer même que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29 (i) indiquerait, pour les œuvres relevant de cette directive, que l'épuisement du droit de distribution ne concerne que des objets tangibles (i)", arrêt, § 60.

¹⁵⁷ Conclusions de l'Avocat Général, §1.

"Les parties au principal sont néanmoins en désaccord, d'une part, sur la question de savoir si l'épuisement du droit de distribution couvre l'objet tangible dans lequel une œuvre ou sa copie est incorporée ou la création intellectuelle propre à l'auteur (...)"¹⁵⁸,

"Toute la difficulté consiste à déterminer si, dans une situation telle que le cas d'espèce, le terme «objet» se réfère à la création artistique ou au support matériel."¹⁵⁹

S'appuyant sur le considérant 28 de la directive définissant le droit de distribution comme le droit de contrôler "la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel" et sur la double référence à "cet objet" pour désigner, dans le considérant 28 comme dans l'article 4.2, l'objet de l'épuisement, la Cour en déduit :

- "que le législateur de l'Union, en utilisant les termes «bien matériel» et «cet objet», voulait donner aux auteurs le contrôle de la première mise sur le marché de l'Union **de chaque objet tangible qui incorpore leur création intellectuelle**", cette conclusion étant corroborée par les dispositions du traité de l'OMPI et les déclarations communes précitées relatives à ses articles 6 et 7¹⁶⁰,
- et qu'il "convient, dès lors, de constater que **l'épuisement du droit de distribution s'applique à l'objet tangible dans lequel une œuvre protégée ou sa copie est incorporée** si celui-ci a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit d'auteur."¹⁶¹

L'Avocat Général répond dans le même sens, dans des termes particulièrement limpides :

"A l'évidence, l'objet en question ne saurait être l'œuvre en tant que *corpus mysticum*, **puisque le droit d'auteur sur l'œuvre ainsi entendue est seulement «épuisé» lors du transfert de la propriété de ce droit, tandis que l'épuisement du droit de distribution a lieu lors du transfert de la propriété d'une chose nécessairement distincte, à savoir, précisément, de la propriété de l'objet dans laquelle l'œuvre a été reproduite.**"¹⁶²

L'étape suivante consistait à déterminer si "la modification du support, telle qu'effectuée par Allposters, a une incidence sur l'épuisement du droit exclusif de distribution"¹⁶³.

La Cour, approuvant les observations du gouvernement français, répond par l'affirmative, du fait que cette modification aboutit à "la création d'un nouvel objet" et donc à une "nouvelle reproduction", nécessitant comme telle une nouvelle autorisation :

"A cet égard, force est de constater, ainsi que le fait valoir à juste titre le gouvernement français, **qu'un remplacement du support, tel qu'effectué dans l'affaire au principal, a pour conséquence la création d'un nouvel objet incorporant l'image de l'œuvre protégée**, tandis que l'affiche, en tant que telle, cesse d'exister. **Une telle modification de la copie de l'œuvre protégée qui rend le résultat plus proche de l'original est de nature à pouvoir constituer en réalité une nouvelle reproduction** de cette

¹⁵⁸ Arrêt, § 33.

¹⁵⁹ Conclusions de l'Avocat Général, §66.

¹⁶⁰ Arrêt, § 37 et 38.

¹⁶¹ Arrêt, § 40.

¹⁶² Conclusions de l'Avocat Général, § 67.

¹⁶³ Arrêt, § 33.

*œuvre, au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29, qui relève du droit exclusif de l'auteur et nécessite son autorisation*¹⁶⁴."

L'Avocat Général concluait de même que le résultat de la transformation de l'affiche était "*clairement autre chose*" que l'affiche pour laquelle le droit de distribution était épuisé :

*"En définitive, j'estime que, en l'espèce, le droit dont dispose Pictoright de contrôler la distribution des reproductions des œuvres concernées n'a pas été épuisé lors de la première vente des affiches, dès lors que **ce qu'Allposters entend distribuer est clairement «autre chose»**, indépendamment du fait que cette «autre chose» découle de la manipulation desdites affiches, circonstance aléatoire qui ne saurait être déterminante.*¹⁶⁵"

La Cour, rejette par ailleurs l'argument de Allposters selon lequel la disparition de l'image sur l'affiche à la suite du transfert, et donc, l'absence de multiplication des reproductions, impliquerait l'absence de mise en œuvre du droit de reproduction. En effet, le support de l'image a été changé :

*"En effet, la circonstance que l'encre est préservée lors de l'opération de transfert n'est pas de nature à affecter la constatation que le support de l'image a été changé. **Ce qui importe est de savoir si l'objet modifié, apprécié dans son ensemble, est, en soi, matériellement l'objet qui a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire du droit**. Tel ne semble pas être le cas dans l'affaire au principal.*¹⁶⁶"

Elle énonce que "*cette interprétation est confortée par l'objectif principal de la directive 2001/29 qui, conformément aux considérants 9 et 10 de cette directive, est d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur, entre autres, des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres*".¹⁶⁷

En définitive, la Cour dit pour droit que :

*"L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société d'information, doit être interprété en ce sens que **la règle d'épuisement du droit de distribution ne s'applique pas dans une situation où une reproduction d'une œuvre protégée, après avoir été commercialisée dans l'Union européenne avec le consentement du titulaire du droit d'auteur, a subi un remplacement de son support**, tel que le transfert sur une toile de cette reproduction figurant sur une affiche en papier, et est à nouveau mise sur le marché sous sa nouvelle forme.*"

Par cette décision, d'un total classicisme au regard des fondements de la règle de l'épuisement tels qu'ils ont été décrits dans la première partie du rapport, la Cour confirme donc :

- que l'épuisement ne concerne pas la "*distribution des œuvres*", mais celle des supports dans lesquelles les œuvres sont incorporées,

¹⁶⁴ Arrêt, § 43.

¹⁶⁵ Conclusions de l'Avocat Général, § 78.

¹⁶⁶ Arrêt, § 45.

¹⁶⁷ Arrêt, § 47, la Cour se référant aux arrêts SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, point 36; Peek & Cloppenburg, EU:C:2008:232, point 37, ainsi que Football Association Premier League e.a., EU:C:2011:631, point 186.

- que ces supports sont nécessairement des objets tangibles,
- qu'un remplacement du support implique un acte de reproduction qui ne peut être éludé par la disparition du support d'origine,
- et que l'épuisement ne peut s'appliquer qu'à l'objet qui a été commercialisé avec l'accord du titulaire de droit et non à un nouvel objet, en sorte que, pour que la règle joue, il faut une identité entre l'objet tangible vendu avec le consentement du titulaire de droit et celui revendu.

Ces conclusions, parfaitement en phase avec le jugement rendu dans l'affaire *ReDigi*, invalident en revanche, pour les œuvres couvertes par la directive Société de l'Information, l'analyse menée dans l'affaire *UsedSoft c/ Oracle* sur le fondement du droit spécial, en sorte qu'elle peut certainement être lue comme un obstacle majeur à l'extension de "l'épuisement immatériel" au droit commun du droit d'auteur :

*"Si l'on transpose les enseignements de la décision Art & Allposters à l'univers numérique, il semble bien qu'on puisse retenir une interprétation de l'arrêt barrant la possibilité de l'épuisement lorsque la circulation de l'œuvre ne se réalise pas par le truchement d'un bien tangible d'une part, et que l'acte de transfert entraînant une nouvelle copie de l'œuvre - même dans le cas d'un effacement sur le support d'origine -, le droits de reproduction soit également mis en jeu. **L'interprétation par analogie à travers le principe de l'équivalence fonctionnelle utilisée dans l'arrêt UsedSoft semble donc se heurter à une forte limite dans la présente décision.**"¹⁶⁸*

Il résulte ainsi de l'ensemble de l'étude menée sur le plan juridique qu'en l'état du droit applicable aux œuvres régies par la directive Société de l'Information, l'extension de la règle de l'épuisement à la mise à disposition en ligne d'œuvres au format numérique n'est pas envisageable.

Faut-il modifier les règles applicables ?

A supposer que cela soit possible au regard des engagements internationaux qui lient le législateur de l'Union - les dispositions du traité de l'OMPI qui cantonne l'épuisement à la distribution des objets tangibles incorporant les œuvres de l'esprit - l'opportunité doit en être appréciée sur le plan économique :

*"There could be economic arguments to apply the exhaustion rule in a digital context, but these should be substantiated by empiric data that allow the legislature to take a decision on this important point."*¹⁶⁹

*"This raises difficult questions, notably relating to the practical application of such an approach (how to avoid re-sellers keeping and using a copy of a work after they have "re-sold" it - this is often referred to as the "forward and delete" question) as well as to the economic implications of the creation of a second-hand market of copies of perfect quality that never deteriorate (in contrast to the second-hand market for physical goods)."*¹⁷⁰

¹⁶⁸ V.L. Benabou, *Le "chat" et la souris*, <https://vlbenabou.wordpress.com/>.

¹⁶⁹ De Wolf & Partners, *Study on the making available right and its relationship with the reproduction right in cross-border digital transmissions*, p.86.

¹⁷⁰ Questionnaire de la Commission européenne sur la révision du droit d'auteur au sein de l'Union, p. 13, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf

3 - SYNTHÈSE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE

Bien que plusieurs décisions dans l'actualité juridique, que les deux parties précédentes ont analysées en détail, aient marqué les esprits, ouvrant ou refermant la perspective d'une potentielle extension de la règle de l'épuisement des droits, les économistes se sont encore rarement emparés du sujet. Peu d'études dans la littérature économique ont en effet abordé frontalement la question de la revente de biens dématérialisés alors que la littérature est relativement abondante pour les marchés physiques de l'occasion. L'étude économique¹⁷¹ réalisée en parallèle aux travaux de la commission a permis de rendre compte des principaux résultats pour les biens physiques (1) et d'avancer un certain nombre d'hypothèses pour l'univers numérique (2).

3.1 - L'articulation entre le neuf et l'occasion : les enseignements de la littérature économique pour les marchés physiques

Les biens culturels sont aujourd'hui disponibles en version physique (livre imprimé, CD, DVD, jeux-vidéo pour console et ordinateur) ou dématérialisée (ebook, fichier musical, fichier vidéo, jeux-vidéo en ligne ou applications). Alors que le marché des biens neufs se caractérise par l'essor des biens dématérialisés qui bouscule l'organisation des acteurs industriels et culturels, mais aussi les arbitrages des consommateurs, le second marché concerne, pour l'heure, quasi exclusivement les biens physiques. De plus, tous les secteurs culturels ne sont pas touchés de la même manière, ce dont témoignent aussi bien les taux de pénétration de l'occasion dans les pratiques des consommateurs que la part des achats d'occasion dans le volume total des achats.

L'arrivée d'Internet a multiplié les opportunités de développement des circuits d'achat et de revente sur un second marché. Les géants de l'Internet comme Amazon ou Apple sont à la fois largement présents sur le marché des biens neufs physiques et dématérialisés et sur celui des biens d'occasion physiques. Concernant ce dernier, les plateformes participent à accroître la visibilité et la disponibilité de l'offre d'occasion en jouant un double rôle de vente directe (*Amazon Seller*) et de place de marché pour d'autres vendeurs indifféremment professionnels ou particuliers (*Amazon Market place*). On constate sur ce site une étonnante rapidité de la disponibilité des ouvrages récents en version « d'occasion » qui bouleverse radicalement l'économie du marché.

3.1.1 - Risques de cannibalisation et solutions proposées

Pour analyser les ressorts de l'arbitrage, par le consommateur, entre produit d'occasion et produit neuf ainsi que l'articulation entre les deux marchés, on suppose que le produit d'occasion est proposé à un tarif avantageux par rapport au produit neuf. N'est donc pas évoquée la situation d'un produit d'occasion rare acheté plus cher que le produit neuf.

On considère alors le produit d'occasion comme un substitut proche du produit neuf qui, compte tenu de son avantage en terme de prix, cannibalise le marché du neuf. La hausse du prix relatif du bien neuf (X) par rapport au bien d'occasion (Y) a en effet, dans l'analyse micro-économique classique, deux effets négatifs sur la demande de X :

¹⁷¹ Farchy, Jutant, *Qui a peur du marché de l'occasion numérique ?* Cahier de l'EMNS, Presses des mines, 2015.

- Un effet de substitution : à utilité constante, le consommateur préférera acheter un bien Y, moins cher à la place d'un bien X et réaliser des économies budgétaires. Un consommateur qui achetait 5 livres neufs dans l'année, achètera désormais 3 livres neufs et 2 livres d'occasion, par exemple.
- Un effet revenu : l'économie réalisée grâce à son achat de biens d'occasion lui permet de consommer, à budget constant, plus de biens par rapport à la situation où il ne consommait que des biens neufs. Le consommateur qui achetait 5 livres neufs dans l'année, achètera cette fois 3 livres neufs et 4 livres d'occasion, par exemple.

Deux indicateurs semblent décisifs pour expliquer des comportements consistant à privilégier un produit d'occasion afin de réaliser des économies ou afin d'acheter davantage de biens : le prix, bien sûr, mais aussi la structure de l'offre, c'est à dire la façon dont les biens d'occasion sont rendus visibles dans les circuits d'achat. Le consommateur qui aurait pu acheter le bien neuf, profite de l'effet d'aubaine que constitue l'existence du marché d'occasion pour diminuer sa demande de produit neuf au profit d'une demande d'occasion, moins onéreuse. Les deux effets (substitution et revenu) sont possibles.

Dans cette perspective, le produit d'occasion menace de priver le producteur d'une vente directe et pose la question des formes d'appropriabilité indirecte que celui-ci peut mettre en œuvre afin de compenser les pertes de revenus directs.

Plusieurs solutions sont dès lors proposées afin de limiter les effets négatifs de l'occasion.

- La première, radicale, est de répondre à l'attente des consommateurs d'occasion en jouant sur les prix par exemple en diminuant les prix du neuf. A l'inverse il peut être envisagée une augmentation générale des prix sur le marché primaire afin que l'offreur compense ex-ante l'absence de rémunération sur les marchés successifs de l'occasion. Le marché de la revente est alors intégré dans les stratégies tarifaires du marché primaire.
- La seconde stratégie envisagée est celle de l'obsolescence programmée et du renouvellement des versions afin d'inciter les consommateurs à accélérer le cycle des achats de biens neufs ou de services associés. Un jeu vidéo, qui fait l'objet d'améliorations techniques, peut connaître une forme d'obsolescence sur le moyen terme, selon l'évolution du progrès technique.

3.1.2 - Des effets contradictoires sur la demande de biens neufs

Dans une autre approche, il ne s'agit plus de trouver des solutions aux effets négatifs de la cannibalisation mais de mettre à jour la diversité des effets de l'occasion sur le marché du neuf. On s'interroge, comme classiquement en économie, sur les effets de la hausse relative du prix d'un bien (celui du produit neuf par rapport au bien d'occasion) sur la demande de ce bien. Dès lors trois types d'effets sont envisageables. Outre l'effet négatif de la cannibalisation, des effets de complémentarité et d'accroissement sont également possibles.

La complémentarité : un effet neutre

Dans ce cas de figure, la différence de perception qu'ont usagers entre produits neufs et d'occasion permet aux deux types de biens de coexister sans se faire directement concurrence. Le produit neuf peut en effet être valorisé par le consommateur à un point tel que celui-ci n'achèterait pas d'occasion ; à l'inverse le produit d'occasion est valorisé à un point tel que le consommateur n'envisage pas de substitution possible.

L'accroissement : un effet positif

Divers arguments plaident, dans la littérature économique, en faveur de l'accroissement du marché du neuf à la faveur de l'ouverture d'un marché de l'occasion. La hausse du prix relatif du bien neuf (X) par rapport au bien d'occasion (Y) peut en effet avoir des effets positifs sur la demande de X via un effet d'échantillonnage tout d'abord et des effets liés à la possibilité de revendre.

Dès lors, les répercussions de l'existence d'un marché de l'occasion sur le marché du neuf sont plus complexes que le simple effet négatif de cannibalisation auquel l'on pourrait s'attendre, et diffèrent selon les secteurs. Le domaine des jeux vidéo est tout particulièrement intéressant. Les pratiques d'occasion y sont développées et l'on y retrouve l'ensemble des stratégies de lutte contre la cannibalisation. Le marché de l'occasion constitue en effet une réalité importante pour les supports physiques où une forme d'équilibre économique s'est établie entre les deux marchés : les consommateurs acceptent de payer des prix élevés sur le marché primaire en intégrant dans leurs arbitrages la possibilité d'une revente future. Seuls sont revendus des jeux relativement récents car une forme d'obsolescence liée aux évolutions technologiques et aux effets de mode frappe les plus anciens.

3.2 - Des perspectives renouvelées pour les biens dématérialisés

Les caractéristiques des biens dématérialisés incitent à la prudence compte tenu des risques accrus de cannibalisation. L'offre de fichiers numériques de seconde main est pour l'heure quasi inexistante (hors logiciels) mais les offres hybrides qui se mettent en place semblent préparer l'ouverture d'un second marché « full digital ». Bien que les attentes des usagers soient, sur le sujet, encore incertaines, la question de l'organisation d'une telle offre du futur mérite donc d'être posée.

3.2.1 - Les caractéristiques des biens dématérialisés : un risque accru de cannibalisation

Les caractéristiques objectives du bien numérique amènent à s'inquiéter de l'absence de différenciation possible entre un bien neuf et un bien de seconde main en dehors d'un prix moins élevé pour le second qui joue en défaveur du marché primaire. Dans l'univers des biens physiques, le concept d'occasion est évident : un bien se dégrade au fil du temps, il perd donc de la valeur, ce qui justifie qu'il puisse être revendu moins cher, et qu'il n'entre pas en concurrence avec le bien neuf. Dans l'univers numérique, l'usure « physique » du bien est inexistante. Les biens numériques ne s'usent pas, ne se dégradent pas et, de plus, une copie est identique à l'original. Contrairement aux biens durables comme les voitures ou l'électroménager, l'obsolescence n'est pas physique et peu stratégique (liée aux offreurs). La seule « usure » tient à l'hétérogénéité des préférences des consommateurs qui chacun, en fonction de l'évolution de ses goûts et de ses consommations passées, se lassera des biens (chansons ou séries) une fois la période « d'euphorie consommatrice » écoulée. De plus, le bien dématérialisé peut être acheté sans contrainte de temps ou d'espace. Alors que la vente d'occasion de biens tangibles induit d'importants coûts de transaction liés à la nécessité de

trouver l'objet, l'acheteur et le vendeur et à la nécessité de se déplacer, la revente de biens dématérialisés pourrait se faire sans aucun délai ni effort et ne se heurterait donc à aucune limite compte tenu des coûts de transaction quasi nuls associés.

3.2.2 - Une grande incertitude : les attentes des usagers

L'étude qualitative réalisée a permis de mettre en lumière des attentes des usagers a priori paradoxales.

Les multiples manières de se procurer des biens dématérialisés

D'un côté, il n'est pas certain que la demande pour des biens culturels dématérialisés de seconde main préexiste à l'offre. La notion même « d'occasion numérique » paraît, de prime abord, totalement incongrue aux consommateurs interrogés. Les différences de prix, qui justifient l'existence d'un marché de revente pour des produits coûteux comme les licences de logiciels, ne peuvent qu'être minimales pour les biens numériques culturels. De plus, l'arrivée du numérique a élargi le champ des possibles. Désormais de multiples choix s'offrent au consommateur pour se procurer un bien culturel donné, ce qui rend le marché de la revente potentiellement moins attractif.

Compte tenu de l'abondance et de la variété des formes d'accès aux œuvres sous forme dématérialisée, l'arbitrage habituel des consommateurs pour les biens physiques entre marché primaire et secondaire semble en effet perdre de sa pertinence au profit de choix plus complexes et plus variés. Tels monsieur Jourdain, les usagers pratiquent des formes de second marché à travers l'hybridation entre biens physiques et dématérialisés sans avoir attendu la naissance d'un second marché légal et officiel. De plus, la motivation en termes de prix plus avantageux du second marché se heurte frontalement à la banalisation des pratiques de piratage et aux formes d'accès gratuits aux biens qu'elles permettent. Enfin, le droit d'usage des biens dématérialisés est souvent dissocié d'un droit de propriété ce qui rend la perception d'un marché de la revente plus lointaine dans l'esprit des usagers ; ceux-ci semblent privilégier l'accès via des abonnements illimités plutôt que la pleine propriété des contenus.

Une demande pour des services et des fonctionnalités variées

D'un autre côté, les biens culturels font d'ores et déjà l'objet de différentes formes de seconde vie (c'est à dire de réutilisations après une première consommation). A l'ère numérique, la question de la revente n'est que la pointe de l'iceberg, permettant d'anticiper une transformation des attentes afin de répondre à la fois aux goûts et aux dispositions à payer de chacun, aux particularités de chaque secteur, ainsi qu'aux spécificités des biens dématérialisés.

Le marché numérique est loin d'être un calque du marché physique. Les attentes des internautes et leur rapport aux usages de seconde vie se révèlent différents dans le monde physique et dans le monde numérique. Alors que la revente, le don, le prêt, le stockage ou l'offre sont fréquents pour les biens physiques ils sont beaucoup plus rares pour les biens dématérialisés ou pratiqués différemment par hybridation avec des supports physiques. Dans l'univers dématérialisé, les internautes affichent une relation plus distanciée avec les biens, moins « possessive » et plus axée sur l'abandon ou le partage.

Au final, la revente de fichiers dématérialisés à l'unité paraît d'un côté saugrenue compte tenu du faible différentiel de prix et des multiples formes avantageuses d'accès aux biens numériques. D'un autre côté, les usagers pourraient devenir demandeurs de fonctionnalités et de services variés permis par les plateformes numérique et dont la revente ferait partie. Du résultat de la tension entre ces attentes contradictoires des usagers émergera un marché dont personne à ce jour ne peut prédire l'ampleur.

3.2.3 - Des arrangements contractuels plutôt que législatifs

Si un tel marché devait véritablement voir le jour, deux hypothèses sur l'organisation de l'offre du futur peuvent être envisagées, l'une législative au travers de la consécration d'un épuisement des droits, l'autre contractuelle.

Sur la question de l'épuisement, s'opposent classiquement, parmi les économistes, les partisans de cet épuisement qui souhaitent limiter le pouvoir des ayants droit en autorisant, sans leur accord, un second marché, aux partisans de restrictions au second marché par le biais du pouvoir exclusif accordé aux ayants droit de définir les contours d'un tel marché.

- Les partisans de l'épuisement mettent l'accent sur les bénéfices attendus, en terme de bien-être social, de la limitation du pouvoir des ayants droit, notamment en permettant à des œuvres commercialement épuisées ou indisponibles de rester accessibles au public sur un second marché. De plus, la baisse des prix, résultant du second marché qui étend la diffusion des biens à un plus grand nombre de consommateurs, est également source d'augmentation du bien-être social.
- La théorie *antitrust*, dans ses développements récents, nuance l'hostilité classique de la littérature économique envers toutes les formes de restrictions au second marché jugées anti-concurrentielles et enseigne que dans certains cas particuliers, ces restrictions peuvent avoir des effets positifs lorsque par exemple une entreprise qui n'est pas intégrée verticalement souhaite organiser un système de distribution sophistiqué afin de lui permettre d'éviter les comportements opportunistes de ses partenaires. Ces restrictions ouvrent notamment la possibilité pour un ayant droit de pratiquer des formes de discrimination tarifaires pour un même produit vendu dans des pays différents. Dans ce cas, c'est à l'ayant droit de limiter ce qu'un acheteur peut faire, quand il peut par exemple revendre le bien acquis, à quel prix, dans quelles conditions il peut obtenir un service après-vente, des garanties, de la maintenance, si les conditions de vente à l'étranger doivent être différentes de celles appliquées sur le marché domestique, etc.

Dans l'univers numérique, la solution législative, c'est-à-dire l'extension de l'épuisement des droits aux œuvres dématérialisées soulève, sur le plan économique, un certain nombre de questions. La consécration juridique d'un droit d'épuisement numérique comporte en effet le risque d'une uniformisation des réponses et d'un renforcement du pouvoir oligopolistique des plate-formes de distribution.

- D'une part, une solution législative conduit à une uniformisation de la réponse apportée alors que les caractéristiques sectorielles sont plurielles. Sur le marché physique, on l'a vu, les effets de la revente sur le marché primaire sont distincts : alors que les effets de cannibalisation dominent dans certains secteurs, d'autres bénéficient au contraire essentiellement des effets positifs d'un marché de seconde main (prise de risque, valorisation de la possibilité de revendre dans le futur, effet

revenu du revendeur). Sur le marché numérique, la panoplie des stratégies possibles pour anticiper les risques accrus de cannibalisation (cf. supra), compte tenu des caractéristiques des biens dématérialisés d'une part, des différences sectorielles d'autre part, doit donc être adaptée.

- D'autre part, compte tenu d'un côté, du poids des acteurs phares de la distribution sur Internet sur le marché des biens neufs physiques et dématérialisés et sur celui des biens d'occasion physiques, de l'autre de la demande des consommateurs, lorsqu'il s'agit de biens numériques, pour de l'intermédiation par des tiers de confiance reconnus, il est fort probable que le marché de la revente serait alors organisé, pour l'essentiel, au profit des plates-formes qui assurent déjà la distribution de biens neufs. Il leur reviendrait d'organiser un marché captif de la revente d'œuvres préalablement achetées sur leur site, d'accorder des autorisations de revente, de fixer les prix, les formats, les délais de revente et le degré d'interopérabilité. En termes de politiques publiques, l'objectif ne peut être de favoriser la mise en place d'une nouvelle activité économique au profit exclusif de l'aval de la chaîne de valeur et dont serait exclu l'amont, notamment les artistes, auteurs et ayants droit.

Sans nécessiter de modification législative, il est d'ores et déjà loisible aux ayants droit et aux producteurs de biens culturels de mettre en place, dans le cadre d'accords contractuels, des procédures commerciales et techniques adaptées afin, selon les cas, de rendre cette pratique de la revente possible. L'évolution vers des offres de services multiples et vers des formes de discrimination tarifaire adaptées aux usages différenciés de chacun semble pertinente dans ce contexte. Un prix élevé pourrait ainsi être associé à des fonctionnalités larges (dont la revente) alors qu'un prix plus faible satisfera ceux qui se contentent de fonctionnalités plus limitées.

Composition de la commission

Organisations membres du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Auteurs

Valérie BARTHEZ - Société des gens de lettres (SGDL)

Marie Sellier - Société des gens de lettres (SGDL)

Geoffroy PELLETIER - Société des gens de lettres (SGDL)

Emmanuel DE RENGERVÉ - Syndicat national des auteurs et compositeurs (SNAC)

David EL SAYEGH - Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)

Caroline BONIN - Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)

Marie-Anne FERRY-FALL - Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)

Thierry MAILLARD - Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)

Olivier BRILLANCEAU - Société des auteurs de l'image fixe (SAIF)

Agnès DEFAUX - Société des auteurs de l'image fixe (SAIF)

Hervé RONY - Société civile des auteurs multimédia (SCAM)

Hubert TILLIET - Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)

Pascal ROGARD - Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)

Auteurs et éditeurs de logiciels et bases de données

Marc MOSSÉ - Business software alliance (BSA)

Jean-Sébastien MARIEZ - Business software alliance (BSA)

Nicolas GAUME - Syndicat national du jeu vidéo (SNJV)

Julien VILLEDIEU - Syndicat national du jeu vidéo (SNJV)

Editeurs de livres

Isabelle RAMOND-BAILLY - Syndicat national de l'édition (SNE)

Lore VIALLE-TOURAILLE - Syndicat national de l'édition (SNE)

Julien CHOURAQUI - Syndicat national de l'édition (SNE)

Arnaud ROBERT - Hachette Livre - Syndicat national de l'édition (SNE)

Editeurs de musique

Philippine GIRARD-LEDUC - Chambre syndicale des éditeurs de musique de France (CEMF)

Radiodiffuseurs

Emmanuel BOUTTERIN - Syndicat National des Radios Libres (SNRL)

Producteurs phonographiques

Alexandre LASCH - Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)

Guillaume LEBLANC - Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)

Karine COLIN - Société civile des producteurs de phonogramme en France (SPPF)

Jérôme ROGER - Société civile des producteurs de phonogramme en France (SPPF)

Laurence MARCOS - Société civile des producteurs phonographiques (SPPF)

Marc GUEZ - Société civile des producteurs de phonogrammes (SCPP)

Télédiffuseurs

Isabelle DUPRE - France Télévisions

Producteurs de cinéma

Frédéric GOLDSMITH - Association des producteurs de cinéma (APC)

Idzard VAN DER PUYL - Société des producteurs de cinéma et de télévision (PROCIREP)

Producteurs audiovisuels

Juliette PRISSARD-ELTEJAYE - Syndicat des producteurs indépendants (SPI)

Editeurs de services en ligne

Maxime JAILLET - Groupement des éditeurs des service en ligne (GESTE)

Fournisseurs d'accès et de services en ligne

Jean-Marie LE GUEN - Fédération française des télécoms (FFT)

Consommateurs / utilisateurs

Thérèse DUHIN - Association pour l'information et la défense des consommateurs salariés - CGT (INDECOSA-CGT)

Michèle BATTISTI - Association des directeurs des bibliothèques universitaires (ADBU)

Marie-Dominique HEUSSE - Association des directeurs des bibliothèques universitaires (ADBU)

Personnalités extérieures au Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Diane DUFOIX - Association Française des Éditeurs de Logiciels et Solutions Internet (AFDEL)

Loïc RIVIERE - AFDEL

Florence-Marie PIRIOU - Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA)

Thomas PEYRAUT - Riplay-Cheesevideo

Jean-Yves MIRSKI - Syndicat de l'édition vidéo numérique (SEVN)

Aurélien POZZANA - Syndicat de l'édition vidéo numérique (SEVN)

Mathieu COULAUD - Syntec

Administrations

Nicolas GEORGES - directeur chargé du livre et de la lecture - MCC

Rémi GIMAZANE - chef du département de l'économie du livre - MCC

Anne LE MORVAN - chef du bureau de la propriété intellectuelle

Sandrine NEDELLEC - bureau de la propriété intellectuelle

Camille DOMANGE - chef département des programmes numériques - MCC

Laetitia FACON - CNC

Christelle FOUCAULT - CNC



Paris, le

15 JUL. 2013

Josée-Anne Benazeraf
Joëlle Farchy



Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone 01 40 15 82 16
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr
www.culture.gouv.fr/cspla

Mesdames,

L'exploitation numérique des œuvres, appelée à occuper une place de plus en plus importante dans l'économie de la culture, soulève aujourd'hui d'importantes interrogations liées au possible développement d'une seconde vie des biens culturels numériques.

Plusieurs acteurs de la Toile ont en effet récemment pris des initiatives afin de développer des « places de marché » numériques pour les biens culturels, adossées aux services de vente qu'ils proposent en amont.

Au regard de la propriété littéraire et artistique, la question se pose de savoir dans quelles conditions l'acquéreur d'une œuvre littéraire, musicale ou audiovisuelle sous une forme numérique, peut ou non être autorisé à revendre le fichier en question sur une plateforme de téléchargement, comme cela est possible dans l'univers physique, pour un ouvrage papier, un CD ou un DVD.

Dans le cadre de l'exploitation physique des œuvres, le droit de distribution, composante du monopole d'exploitation reconnu à l'auteur par les textes communautaires et intégré en droit français, est limité à la première vente et s'épuise au-delà. Autrement dit, le titulaire de droits perd le droit de contrôler la revente des copies.

Un enjeu majeur du développement d'un marché secondaire des biens culturels numériques est celui de l'application ou non de cet épuisement lors de la mise à disposition du public en ligne des œuvres. Si cette règle venait à s'appliquer, les titulaires des droits ne pourraient interdire la revente d'occasion, et ce, en dépit des clauses contractuelles qui sont aujourd'hui insérées à cet effet dans les licences ou les conditions d'utilisation.

La Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt « UsedSoft c/ Oracle » du 3 juillet 2012, a considéré, au regard de la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, que le principe d'épuisement du droit de distribution pour de tels programmes s'applique non seulement lorsque le titulaire du droit d'auteur commercialise les copies de ses logiciels sur un support matériel, mais également lorsqu'il les distribue par téléchargement à partir de son site Internet.

Cet arrêt remarqué de la Cour de justice de l'Union européenne soulève des interrogations quant à sa portée et à son éventuelle extension aux divers secteurs de la création.

Par comparaison, le 30 mars 2013, le tribunal fédéral de New York a condamné pour contrefaçon un site Internet autorisant la revente de fichiers musicaux d'occasion au motif que la reproduction préalable à la revente ne permettait pas d'appliquer la règle de l'épuisement des droits (« first sale doctrine »).

Ce débat juridique sur la licéité du marché secondaire des biens culturels numériques est indissociable d'un débat sur les moyens de garantir, dans une économie entièrement dématérialisée, une juste rémunération des créateurs et un niveau adéquat de financement de la création, indispensable à son renouvellement. La valeur d'un bien culturel numérique ne se détériore pas par définition pas à l'usage, le développement d'un marché secondaire pourrait avoir un impact très sérieux sur le marché primaire en termes de prix comme de volume.

Compte tenu de la richesse de tels développements, je souhaite vous confier le soin de présider une commission spécialisée du Conseil supérieur, composée des membres qui le souhaitent ainsi que des personnalités extérieures nécessaires pour cette étude, sur les enjeux aussi bien juridiques qu'économiques de l'apparition éventuelle d'un marché secondaire des biens culturels numériques.

Vous veillerez, tout en discernant les logiques sectorielles et techniques qui y sont à l'œuvre, à étudier les questions juridiques liées à la seconde vie des œuvres sur le marché numérique et à identifier les enjeux tenant à la valeur économique des contenus culturels.

Vous serez assistées dans votre travail par Monsieur Alexandre Segretain, conseiller au tribunal administratif de Paris, qui assurera les fonctions de rapporteur.

Il serait souhaitable que la commission ait achevé ses travaux en juillet 2014.

Avec mes sentiments les plus sincères.



Pierre-François Racine

Ministère de la culture et de la communication
Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
(CSPLA)
182 rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01