

COMMISSION OUVERTE
**PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE**

Responsable : FABIENNE FAJGENBAUM



Mercredi 15 mai 2013

En collaboration avec l'IRPI
Les exceptions en droit d'auteurs

Intervenants :

Monsieur le Professeur Pierre Sirinelli

Benoît Galopin

Docteur en Droit de l'Université Paris-Sud
et juriste à l'IRPI

Josée-Anne Benazeraf

Avocat à la Cour



ORDRE DES
AVOCATS
DE PARIS



*Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase
vous proposent de retrouver un compte-rendu
de cette réunion.*

Revue

Lexbase Hebdo édition affaires n°340 du 30 mai 2013

[Propriété intellectuelle] Événement

Les exceptions en droit d'auteurs — Compte-rendu de la réunion de la Commission ouverte Propriété intellectuelle du barreau de Paris du 15 mai 2013

N° Lexbase : N7221BTM



par Vincent Téchené, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition affaires

La Commission ouverte Propriété intellectuelle du barreau de Paris (COMPI) a tenu, le 15 mai 2013, une réunion sous la responsabilité de Maître Fabienne Fajgenbaum, avocat au barreau de Paris. A cette conférence, organisée en collaboration avec l'IRPI, qui avait pour thème "Les exceptions en droit d'auteurs", sont intervenus Pierre Sirinelli, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Benoît Galopin, Docteur en droit, juriste à l'IRPI et Maître Josée-Anne Benazeraf, avocat à la cour. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

Comme le relève Maître Fajgenbaum dans ses propos introductifs, le sujet abordé par cette conférence est une nouvelle fois en prise directe avec l'actualité la plus proche, puisqu'elle s'est tenue deux jours après la remise du rapport Lescure sur l'acte II de l'exception culturelle, le 13 mai 2013, et le jour même de la communication du Conseil des ministres sur les suites de la mission confiée à M. Lescure.

– **Présentation des exceptions à usage public en droit d'auteur français, par Benoît Galopin, Docteur en droit, juriste à l'IRPI (à partir de ses travaux : *Les exceptions à usage public en droit d'auteur français*, Thèse, Université Paris 11, 5 mai 2011)**

Si les principes dégagés par la loi de 1957 (loi n° 57-298 du 11 mars 1957, sur la propriété littéraire et artistique N° Lexbase : L6924IQI) sont restés relativement stables, depuis environ une dizaine d'années le sujet connaît de nombreux bouleversements :

- la transposition législative (loi n° 2006-961 du 1er août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information N° Lexbase : L4403HKB) de la Directive du 22 mai 2001 (Directive (CE) 2001/29 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information N° Lexbase : L8089AU7), au terme d'un processus législatif complexe et riche d'enseignements sur le processus d'élaboration de la loi ;

- une importante décision du Conseil constitutionnel relative à cette loi de transposition (Cons. const., 27 juillet 2006, décision n° 2006-540 DC N° Lexbase : A5780DQ7) ;

- sur le fond, une multiplication de exceptions avec ce que cela implique en terme d'interprétation judiciaire ;

- l'apparition de phénomènes nouveaux, comme la régulation des exceptions vis-à-vis de la technique ou l'insertion des critères économiques du triple test dans la loi française.

Les systèmes d'exception n'étant pas les mêmes partout dans le monde, Benoît Galopin a commencé par présenter les différences existant entre les systèmes de *copyright* et les systèmes de droit continental, dont fait partie le droit français. Schématiquement les premiers sont plus fermés quant aux droits et plus ouverts quant aux exceptions, l'exemple le plus typique étant bien entendu la clause de *fair use*.

L'intervenant a ensuite dressé un bref panorama historique des exceptions en droit français qui sont, pour la plupart, issues de la jurisprudence antérieure à la loi du 11 mars 1957, laquelle les a donc inscrites dans le marbre de la loi.

Circonscription du sujet : la notion d'exception

Afin de circonscrire le sujet, il est essentiel de définir au premier chef la notion d'exception et de la distinguer des notions voisines de limite et de limitation, alors que de nombreux textes internationaux accolent souvent ces termes (ex. : Traité de l'OMPI, Directive du 22 mai 2001). La législateur français, pour sa part, n'emploie pas les termes "exception", "limitation" ou "limite" mais une périphrase : "*l'auteur ne peut interdire [...]*" (C. prop. intell., art. L. 122-5 N° Lexbase : L4190IRM). C'est donc essentiellement sur la doctrine qu'il convient de s'appuyer pour définir les différents termes, cette dernière étant elle-même très divisée sur la question.

Benoît Galopin retient donc que l'exception retransche au droit des actes précisément et limitativement définis. C'est en cela que les exceptions se distinguent des limites externes ou internes qui correspondent aux actes ne remplissant pas l'ensemble des conditions d'admission du monopole. Dès lors, dans le cadre des limites, on se situe en-dehors du champ des droits exclusifs, alors que dans le cadre des exceptions on se situe dans une situation qui est retranchée expressément à l'intérieur même du champ des droits exclusifs.

Il convient, en outre, de retenir que l'existence d'une compensation est dans incidence sur la qualification d'exception ; une exception peut ainsi être compensée sans perdre sa nature même si les termes de licence non-volontaire ou de licence légale sont alors employés. Le droit de l'Union européenne est en ce sens, puisque la Directive du 22 mai 2001 dresse une seule et même liste des exceptions laissant au législateur national le choix d'accorder ou non une compensation. Le droit français prévoit de telles compensations, par exemple pour l'exception pour copie privée ou l'exception pour l'enseignement et la recherche.

Au vu de l'ensemble de ces critères, Benoît Galopin a été amené à proposer la définition suivante : "*l'exception est le retranchement d'un ou plusieurs actes précisément énumérés des droits exclusifs de l'auteur, ce dernier pouvant percevoir ou non une compensation à ce titre*".

Une fois cette définition donnée, il convenait, pour Benoît Galopin, de choisir entre un traitement de l'ensemble des exceptions ou de certaines d'entre-elles. Choisir de ne traiter que les exceptions à usage public, c'est imposer assez naturellement. En effet, d'une part, une frange non négligeable de la doctrine estime que les exceptions à usage privé (copie privée, représentation dans le cercle de famille, reproduction provisoire et transitoire), puisqu'elles ne réalisent pas la communication au public, ne sont pas de réelles exceptions mais des limites naturelles au monopole. Si l'on suit cette analyse, le fait de ne traiter que les exceptions à usage public embrasse l'ensemble des exceptions au droit d'auteur. D'autre part, même s'il est estimé que les exceptions à usage privé sont bien des exceptions au droit d'auteur, leurs particularités sont telles qu'elles peinent à s'insérer dans toute tentative de classification relative aux exceptions. Au final, le choix de traiter l'ensemble des exceptions dans la même étude aurait contraint à la rédaction de développements dérogatoires au risque de nuire à la cohérence du sujet.

1 — La création des exceptions par le législateur

Les bornes internationales et constitutionnelles au pouvoir créateur du législateur

La création des exceptions à usage public revient au législateur qui devra opérer une balance des intérêts.

Toutefois, le pouvoir du législateur en la matière est relativement limité. La Convention de Berne et les Traités internationaux s'avérant assez peu contraignants, c'est l'Union européenne, et notamment la Directive du 22 mai 2001, dont l'un des objectifs est l'harmonisation des systèmes d'exceptions entre les Etats membres, qui pose les principales bornes pour le législateur. Dans cette Directive, la liberté du législateur est à la fois encadrée et surveillée.

Elle est encadrée par une liste exhaustive d'exceptions qui pourrait laisser penser qu'il s'agit là d'une limite très restrictive à la liberté du législateur. En réalité, il n'en est rien pour quatre raisons.

En premier lieu, cette liste est très longue (21 exceptions), de sorte qu'il est peu probable qu'un législateur qui souhaiterait transposer une exception ne la trouve pas dans cette liste. Ceci étant, il convient de remarquer que les revendications en matière d'exceptions tendent à se faire de plus en plus diverses, comme l'a récemment démontrée la revendication pour les œuvres orphelines, ou la prise en compte d'un certain nombre d'usages numériques, tel que le *datamining*.

En deuxième lieu, la Directive contient une clause balais, permettant aux Etats de créer des exceptions qui ne se situeraient pas dans la liste : "*lorsqu'il s'agit d'une utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté, sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues*" (Directive 2001/29, art 5.3, o)). En droit français l'exception liée à la préservation du patrimoine culturel, qui existait antérieurement à la loi de transposition, peut, par exemple, se revendiquer de cet alinéa.

En troisième lieu, la mesure n'est pas si restrictive car tout ou presque est facultatif dans la liste de la Directive : le choix de transposer ou non une exception, une seule étant obligatoire ; le choix des modalités de la transposition, puisque le législateur peut ne pas reprendre les termes employés par la Directive pour autant que la modification est en faveur de l'auteur ; et dans l'immense majorité des cas, le choix d'octroyer ou non une compensation.

En quatrième lieu, enfin, la licéité de la transposition effectuée est faiblement contrôlée en pratique par le Conseil constitutionnel alors même qu'il est censé, en principe, mener un contrôle sur la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une Directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne. Ainsi de réelles exceptions ont pu être insérées dans la législation française sans être censurées par les Sages de la rue de Montpensier, comme celle en faveur du dépôt légal prévue par l'article L. 132-4 du Code du patrimoine (N° Lexbase : [L2983HP8](#)).

La liberté du législateur est, par ailleurs, surveillée dans la mesure où les textes internationaux prévoient que les exceptions doivent correspondre à certains cas spéciaux, ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur (appelé le test des trois étapes ou triple test).

Il existe, en outre, des bornes fondamentales directement issues de la qualification de droit de propriété du droit d'auteur adoptée tant par la CEDH que par le Conseil constitutionnel. En effet, dès lors que le droit d'auteur est un droit de propriété, les exceptions qui y sont apportées doivent elles aussi se voir attribuer une qualification au plan fondamental, en miroir par rapport au droit auquel elles dérogent. Cette qualification est celle de restriction à un droit de propriété. Or le fait de les qualifier de restriction à un droit de propriété correspond à un régime bien particulier au plan supralégislatif, à savoir que leur création est soumise à un triple contrôle de légalité, de finalité au regard de l'intérêt général et de proportionnalité.

La balance des intérêts

La notion de balance ou de pesée des intérêts est un concept flou que la doctrine française rechigne à s'approprier. Cette notion se dédouble :

- la balance de l'intérêt général qui suppose de maintenir un certain équilibre entre les grandes catégories d'intérêts à l'œuvre dans les systèmes de droit d'auteur. Il s'agit pour le législateur de ne pas déséquilibrer le droit d'auteur par la création massive de toute une série d'exceptions ;

- la balance des intérêts particuliers qui consiste pour le législateur, une fois qu'il a choisi d'intégrer une exception dans le droit national, de s'assurer qu'elle s'inscrira dans le système ainsi appréhendé et assurera elle-même l'équilibre des différents intérêts qui ont présidé à son insertion.

En termes de politique législative, le point d'équilibre approprié à chacune des exceptions sera fixé en fonction d'un certain nombre de critères, le principal étant son fondement.

Le fondement des exceptions est souvent étudié afin d'opérer une classification des exceptions, même si un tel exercice est loin de relever de l'évidence. On peut, d'abord, identifier les exceptions fondées sur des libertés fondamentales, qui se divisent elles-mêmes entre :

- d'une part, les exceptions fondées sur la liberté de création, comprenant notamment, en droit positif, les courtes citations, l'analyse, la revue de presse, la parodie ou l'arrière-plan ;

- d'autre part, les exceptions fondées sur la liberté d'information, comme la revue de presse ou la nouvelle exception en faveur de l'information par voie de presse (C. prop. intell., art. L. 122-5, 9°).

Il existe, ensuite, des exceptions fondées sur les finalités culturelles et sociales. Cette préoccupation imprègne la loi du 1er août 2006, puisque pas moins de quatre exceptions peuvent être rattachées à cette catégorie : deux sont consacrées à la sauvegarde et à la préservation des biens culturels (exception permettant le dépôt légal et celle en faveur des bibliothèques, musée et services d'archives) ; deux sont consacrées à la diffusion et la transmission de la culture (exception en faveur de l'enseignement et de la recherche et exception en faveur d'un handicap).

En termes de technique législative, une fois le point d'équilibre ainsi évalué, le législateur va devoir rédiger l'exception et moduler son régime. Il dispose pour ce faire d'une palette de techniques.

- Toute d'abord, le style rédactionnel employé. Ainsi plus l'exception sera rédigée de façon détaillée et précise, plus il sera difficile pour le juge d'adopter une interprétation large et accueillante de l'exception. C'est le cas de la loi du 1er août 2006 ;

- Ensuite, le contenu des précisions. Elles peuvent d'abord être qualitatives. Le législateur pourra ainsi préciser la finalité de l'exception, comme c'est le cas pour les analyses et courtes citations qui doivent être justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées. Il pourra également préciser la nature de l'œuvre, les droits exclusifs auxquels il est porté atteinte ou bien encore les bénéficiaires potentiels de l'exception (exception en faveur des handicapés). Les précisions peuvent également être quantitatives, matériellement à travers l'ampleur de l'emprunt autorisé, ou temporellement à travers la durée de l'exploitation autorisée.

- Enfin, la compensation. Malgré la marge de manœuvre importante laissée au législateur national par l'Union européenne en la matière, le législateur français avait peu recours à la compensation. La loi de 2006 rectifie quelque peu cet état de fait, bien qu'il reste difficile de systématiser les hypothèses de recours à la compensation. Par ailleurs, les modalités de compensations prévues par le législateur de 2006 restent assez floues.

2 — La mise en œuvre des exceptions

L'application par le juge

Deux grandes étapes rythment le travail du juge dans son application : après avoir constaté la réunion des conditions générales d'application des exceptions, il se livre à un travail d'interprétation des conditions propres à chacune d'entre-elles.

Parmi les conditions générales d'application des exceptions, la condition fondatrice du système en droit français est la prévision légale de l'exception qui peut être traduite par l'expression "pas d'exception sans texte". Toutefois, à la marge, des exceptions prétoriennes subsistent. C'est le cas de l'exception d'arrière-plan, récemment confirmée dans un arrêt assez remarqué dans lequel la Cour de cassation retient que la présentation accessoire "*devait être regardée comme l'inclusion fortuite d'une œuvre constitutive d'une limitation au monopole d'auteur, au sens de la Directive 2001/29 CE du 22 mai 2001, telle que le législateur a, selon les travaux préparatoires, entendu la transposer en considération du droit positif*" (Cass. civ. 1, 12 mai 2011, n° 08-20.651, FS-P+B+R+I N° [Lexbase : A1192HRL](#)).

C'est également le cas de l'exception issue de la jurisprudence "Microfor" (Ass. plén., 30 octobre 1987, n° 86-11.918, publié N° [Lexbase : A5844CKN](#)) qui a permis la création d'un index documentaire comprenant les titres et les brefs résumés des articles repris en se fondant sur l'exception de courte citation qui n'aurait pas dû, dans sa conception classique, s'appliquer à cette hypothèse. La pérennité de cette jurisprudence peut être contestée mais elle n'a pas été contredite pour autant.

Benoît Galopin relève deux autres conditions d'application des exceptions.

La première est le respect du droit moral, dans la mesure où les exceptions ne s'appliquent qu'aux droits patrimoniaux de l'auteur. Il s'agit toutefois d'une condition à géométrie variable selon la prérogative concernée. En effet, si le droit de divulgation est respecté, puisque les exceptions de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle supposent une divulgation préalable, il connaît une dérogation à l'article L. 331-4 du Code de la propriété intellectuelle (N° Lexbase : L1776H38) qui pose l'exception de sécurité publique ou de procédure judiciaire (ex. : divulgation de journaux intimes en justice). S'agissant du droit de paternité, dès lors que le 3° de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle impose expressément d'indiquer le nom de l'auteur et la source pour un certain nombre d'exceptions (courte citation, revue de presse, enseignement et recherche...), se pose la question de savoir si cette condition doit être respectée pour les autres exceptions. En ce qui concerne, ensuite, le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, la condition de respect du droit moral est ici beaucoup plus souple puisque cette prérogative est nécessairement malmenée par les exceptions qui impliquent une modification ou une imputation assez importante de l'œuvre, telles que la parodie ou la citation.

La seconde condition identifiée est celle de licéité de l'accès à l'œuvre. Elle est consacrée expressément pour les œuvres utilitaires (ex : logiciels) mais n'était nullement mentionnée pour les exceptions de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Toutefois, la licéité de la source a récemment fait son apparition pour ces exceptions en ce qui concerne l'exception pour copie privée, la loi de 2011 imposant son respect (loi n° 2011-1898 du 20 décembre 2011, relative à la rémunération pour copie privée N° Lexbase : L4174IRZ).

L'interprétation des exceptions s'effectue traditionnellement de manière stricte en droit d'auteur français, à la fois en application du droit commun (*exceptio est strictissimae interpretationis*), et du droit spécial qui impose le respect du principe de faveur de l'auteur. Cette interprétation stricte s'appliquera tant aux notions cadres privilégiées par la loi de 1957 qu'aux textes plus analytiques adoptés depuis. Ce principe a été abondamment critiqué en doctrine en ce qu'il paralyserait l'adaptabilité du système mais aussi et surtout parce qu'il aurait des conséquences néfastes au niveau législatif au motif que le législateur adopterait des dispositions irréflechies pour contrecarrer cette interprétation trop stricte. Si aucune de ces critiques ne justifie, aux yeux de Benoît Galopin, l'abandon de ce principe, force est de constater, selon lui, qu'il a parfois été appliqué de façon trop absolue. Il conviendrait certainement de l'adapter et de privilégier, certes une application stricte des exceptions, mais dans toute leur raison d'être. Pour identifier cette raison d'être de l'exception, le juge peut procéder à une interprétation exégétique des textes, c'est-à-dire se référer à l'intention du législateur lorsqu'il a édicté la norme, mais également à la lumière du fondement des exceptions. Un tel travail de la part du juge français devrait faire évoluer plus favorablement la jurisprudence française, parfois "jusqu'au-boutiste", qui prévaut notamment en matière de citation d'œuvre d'art graphique, en refusant toute citation d'œuvre dès lors qu'elle est intégralement reproduite, ce qui empêche, par exemple, la reproduction d'une vignette de bande-dessinée.

La régulation des exceptions

L'impact numérique est venu mettre l'accent sur certaines insuffisances de ce système d'application des exceptions par le juge en posant la délicate question de l'articulation des exceptions avec les droits exclusifs auxquels elles dérogent. D'un côté, certaines exceptions ont fait montre, sous l'ère numérique, d'une nocivité qui était jusqu'alors insoupçonnée, au point de menacer l'existence même des droits exclusifs auxquels elles dérogent. D'un autre côté, les ayants droit se sont vus octroyer des possibilités radicalement nouvelles de contrôle sur l'usage qui est fait des œuvres à travers deux outils mis à leur disposition : le contrat et la technique. Ces possibilités nouvelles ont engendré la crainte d'une surréservation qui mettrait à mal cet espace de liberté que sont les exceptions légales. Dès lors, les méthodes classiques d'application des exceptions ne permettent pas de résoudre cette équation. C'est pourquoi il est apparu nécessaire de faire appel à de nouveaux outils comme la régulation, entendue comme une modalité particulière de prise en compte par le système juridique des faits techniques, technologiques et économiques et de leur incidence sur le système juridique permettant l'articulation entre des intérêts divergents mais d'une valeur *a priori* équivalente, ou des droits opposés mais d'une force normative égale.

Conscient des insuffisances d'un cadre législatif trop rigide lorsqu'il s'agit d'assurer l'articulation des droits exclusifs et des exceptions, le législateur de 2006 s'est déchargé de la question de la régulation sur deux autorités : d'une part, une AAI (l'Autorité de régulation des mesures techniques qui est devenue ensuite Hadopi, chargée d'assurer l'effectivité des exceptions vis-à-vis de la technique) et, d'autre part, le juge auquel est dévolu un nouveau rôle afin de garantir l'innocuité des exceptions au plan économique grâce au test des trois étapes.

La garantie des exceptions vis-à-vis de la technique impliquait donc de se poser la question du caractère impératif des exceptions à usage public : est-il possible de porter atteinte à une exception par le contrat ? La question n'étant réglée ni par la loi, ni par la jurisprudence, le débat est pour l'heure essentiellement doctrinal. De nombreux arguments conduisent Benoît Galopin à considérer que c'est à une véritable règle d'ordre public que l'on a à faire, la principale justification étant, bien entendu, que les exceptions visent à satisfaire l'intérêt public et que les parties ne

peuvent prétendre substituer leur appréciation de l'intérêt public à celle du législateur. Dès lors que l'on a reconnu un tel caractère d'ordre public aux exceptions, il convient d'en tirer les conséquences qui s'imposent et prévoir des mécanismes qui garantissent que les parties n'y contreviendront pas. Aucun mécanisme n'existe en ce qui concerne le contrat ; mais des garanties existent dans le champ des mesures techniques de protection. Néanmoins, le régime de la garantie tel qu'il est transposé en droit français n'est pas pleinement satisfaisant : seules certaines exceptions sont garanties et selon un critère que l'on peine à appréhender.

Le régime de la garantie en droit français est donc très complexe et de nombreuses zones d'œuvre demeurent.

Ensuite, il était traditionnellement considéré que la rédaction législative des exceptions et leur interprétation stricte par le juge suffisaient à garantir l'innocuité des exceptions pour les ayants droit. La perspective a évolué récemment, de sorte qu'il est apparu nécessaire de mettre en place des mécanismes qui garantissent l'innocuité des exceptions. Le principal est le test des trois étapes (C. prop. intell, art. L. 122-5, dernier al.). Le fait d'avoir inscrit ce mécanisme dans la loi semble opportun puisqu'il assure la sécurité juridique en permettant au justiciable d'avoir connaissance d'un outil qui pourrait de toute façon lui être opposé en vertu de l'effet direct des Traités internationaux et des Directives. De nombreuses questions subsistent en revanche quant à l'interprétation à donner au triple test. Face à l'interprétation traditionnelle qui conduit à en faire un outil contre les exceptions au seul service des ayants droit, une partie de la doctrine a proposé des interprétations intermédiaires du triple test qui aboutissent à le neutraliser voire le renverser au bénéfice des bénéficiaires d'exceptions. Si l'approche d'ouverture qui conduit à instaurer une sorte de *fair use* européen doit, selon Benoît Galopin, être repoussée, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur l'interprétation à donner au triple test. Les critères du triple test renouvellent l'approche économique des exceptions en droit français, ce qui n'est pas sans poser des questions sur l'office du juge qui doit alors mener des études économiques d'ampleur. Par ce mécanisme, le droit français se trouve rapproché, non pas du *fair use* mais du *fair dealing*, système que connaissent notamment le Royaume-Uni et le Canada.

En conclusion, au terme de son étude, il est apparu à Benoît Galopin que le système français porte en lui les possibilités d'amélioration nécessaires à sa pérennité et à son acceptation sociale.

– **Les exceptions au droit d'auteur et le rapport "Lescure", par Pierre Sirinelli, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)**

A la lecture du rapport "Lescure", un premier constat s'impose : le traitement des exceptions y est plutôt marginal. On peut être surpris par cette relative discrétion, dans la mesure où les exceptions ne sont rien d'autre que la vision du droit d'auteur en négatif et sont souvent révélatrices de la marge de manœuvre que l'on accorde aux utilisateurs ou aux nouveaux créateurs ou recréateurs d'œuvres. Ceci est d'autant plus surprenant que le sujet est particulièrement d'actualité, comme en témoignent les colloques récemment organisés par la Hadopi et le Sénat sur le devenir des exceptions dans l'Union européenne, et surtout la communication récente de la Commission européenne qui a précisé suivre le dossier de très près pour une éventuelle réouverture de la Directive du 22 mai 2001. Il était donc légitime de s'attendre à ce que le rapport "Lescure" ouvre le débat pour permettre au Gouvernement d'adopter sa position officielle sur les exceptions. La question sera en fait abordée au sein du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique qui rendra son rapport, en principe, à la fin de l'année 2013.

Néanmoins, Pierre Sirinelli relève qu'en définitive, au sein du rapport "Lescure", la problématique des zones de liberté laissées aux utilisateurs est noyée dans une problématique beaucoup plus large, la construction du droit d'auteur n'étant pas univoque.

Le C du rapport intitulé "*Protection et adaptation des droits de propriété intellectuelle*" est ainsi divisé en trois grands axes :

- "*Réorienter la lutte contre le piratage en direction de la contrefaçon lucrative*";
- "*Adapter le droit de la propriété intellectuelle aux usages numériques*"; et
- "*Faciliter l'accès aux métadonnées*".

L'axe qui intéresse la conférence est donc le deuxième et se divise lui-même en trois thèmes :

- "*Moderniser les exceptions au droit d'auteur*";
- "*Protéger et valoriser le domaine public numérique*";
- "*Mieux reconnaître les licences libres*".

Le point de départ de la réflexion qui a guidé ce travail est que les usages numériques transforment profondément les rapports entre les utilisateurs, les industries culturelles et les publics. Le cadre juridique existant ne serait donc pas adapté à ce mode de création ou de diffusion des œuvres. Pour y remédier, si le rapport ne le mentionne pas tel quel, il s'agirait, dans le fond, de légaliser les rapports culturels non-marchands en leur fournissant un cadre juridique approprié. Jusqu'à présent, le droit d'auteur est mis en œuvre et opposable, dès lors que l'œuvre rencontre un public. Or, la conception qui est présente dans le rapport est celle de clientèle, de sorte que le droit d'auteur ne serait opposable que si l'œuvre rencontre une clientèle et s'effacerait dans les autres circonstances.

Selon le rapport, les principes fondamentaux du droit d'auteur conservent à l'ère numérique toute leur pertinence mais leurs modalités d'application doivent être adaptées aux nouveaux usages et aux opportunités qu'ils offrent. Pour rendre effective ces adaptations, le champ des exceptions est alors exploré, car elles sont considérées comme le lieu de l'équilibre entre le droit des créateurs et le droit des publics. Pour Pierre Sirinelli, trois axes semblent se dégager :

- une exception pour les œuvres transformatrices ;
- des exceptions destinées à favoriser la diffusion des œuvres et la transmission de la culture en direction des publics méritant une attention spécifique ;
- une réflexion sur la compensation des usages non soumis à autorisation.

Une exception pour les œuvres transformatrices

Concernant les œuvres qui protègent la liberté de création (fiche C-9), le rapport part du constat suivant : le numérique, par la facilité d'utilisation et de transformation qu'il offre, permet à de nombreuses personnes de s'emparer d'une œuvre pour réaliser des *remix* ou des *mashup*, c'est-à-dire une œuvre transformatrice, plus connue sous le terme d'œuvre dérivée. Il s'agit d'une œuvre qui emprunte à une œuvre première et apporte à son tour une création originale lui conférant une protection par le droit d'auteur. Le statut de l'œuvre dérivée est connu : l'auteur de l'œuvre seconde doit solliciter l'autorisation de l'ayant droit de l'œuvre première, faute de quoi il est considéré comme un contrefacteur. Cet état de fait est déploré par le rapport "Lescure" qui pointe du doigt la complexité d'obtention de l'autorisation de l'auteur de l'œuvre originelle, notamment en présence d'une multiplicité des ayants droit. En outre, les accords passés entre les sociétés de gestion collective des droits et les sites de types web 2.0 (Youtube, Dailymotion) ne permettent pas de couvrir de tels usages car ils concernent les droits de reproduction et de représentation et non les droits d'adaptation. Face à cette situation, deux voies se présentent :

- *de lege lata*, il est suggéré (i) d'encourager le recours aux licences libres, (ii) de faciliter l'accès aux métadonnées pour rendre plus aisée l'identification des ayants droit et le recueil de leurs autorisations, et (iii) d'étendre les accords conclus entre les sociétés de gestion collective et les plateformes communautaires afin d'y inclure, dans des limites à définir, les contenus créés par les utilisateurs ;
- *de lege feranda*, il est proposé de clarifier le statut de ces œuvres transformatrices sur le constat judiciaire que les exceptions "à la française" sont parfois excessivement fermées, notamment celle de parodie ou de courte citation.

Les exceptions destinées à favoriser la diffusion des œuvres et la transmission de la culture en direction des publics méritant une attention spécifique

Deux exceptions sont ici concernées : l'exception pédagogique et l'exception pour les handicapés.

Concernant l'exception pédagogique, le rapport "Lescure" tire un constat largement partagé : l'exception légale pédagogique, reposant sur des accords sectoriels complexes, prête à confusion. En outre, l'enchevêtrement de dispositions spécifiques conduit les enseignants désireux de tirer parti des opportunités pédagogiques offertes par le numérique à se situer, souvent, aux marges du droit de la propriété littéraire et artistique.

Cette exception telle qu'elle est définie par la loi de 2006 présente de nombreuses malfaçons :

- la notion d'extrait serait définie de façon trop pointilleuse ;
- le champ de l'exception est retreint aux œuvres couvertes par les accords sectoriels passés entre les ministères compétents et les représentants des titulaires de droit, ce qui exige de vérifier au cas par cas ;
- les œuvres réalisées pour l'édition numérique de l'écrit sont exclues du champ de l'exception ;
- l'exception est paralysée lorsque l'extrait d'œuvre est utilisé à des fins ludiques ou récréatives, quand la frontière

entre activités pédagogiques et activités ludiques ou récréatives est de plus en plus difficile à tracer.

Entre temps, le projet de loi d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République a vu le jour et prévoit, en son article 55, la réintégration des œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit dans le champ de l'exception pédagogique, c'est-à-dire en les sortant de l'exception, *via* une modification de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Le rapport "Lescure" approuve cette option et fait certaines propositions pour nourrir ce projet de loi, notamment la mise en place d'un cadre de gestion unique pour toutes les utilisations d'œuvres à des fins d'enseignement et de recherche et la mise à disposition par les enseignants des ressources numériques qu'ils produisent sous licence *Creative Commons*.

Concernant ensuite l'exception handicap, le rapport "Lescure" part d'un constat simple : les personnes souffrant d'un handicap se heurtent souvent à des difficultés techniques et économiques. La chaîne de transformation qui va des fichiers sources fournis par les éditeurs jusqu'aux ressources adaptées est particulièrement complexe, ce qui contribue à expliquer la faible proportion d'ouvrages adaptés aux personnes atteintes de handicap. Les éditeurs fournissent leurs fichiers essentiellement en format .pdf, peu adapté à une transcription rapide et efficace.

Le rapport propose ainsi essentiellement (i) de garantir la fourniture aux organismes transcripoteurs de fichiers répondant à des standards non seulement ouverts mais également adaptables, permettant la production de fichiers adaptés aux contraintes des personnes handicapées ; (ii) de soutenir les investissements des organismes agréés dans les technologies de conversion ; et (iii) d'encourager la mutualisation des outils ainsi développés et de créer une base unifiée, accessible aux organismes agréés et aux particuliers, recensant l'ensemble des ouvrages adaptés.

L'exception copie privée

Si le rapport ne traite pas expressément de cette exception, elle apparaît en clair-obscur, dans la mesure où le texte remis le 13 mai 2013 s'intéresse à la rémunération pour copie privée et aux mesures techniques de protection (MTP).

Fondamentalement, le rapport ne s'intéresse donc pas aux conditions de mise en œuvre de l'exception pour copie privée, peut-être en raison de l'intervention du législateur sur cette question en 2011, qui a notamment inscrit dans la loi la licéité de la source. Il est néanmoins surprenant qu'il ne se soit pas saisi de cette question, en particulier pour pointer du doigt le décalage du système français avec celui des autres Etats européens. Si le caractère très restrictif de l'exception pour copie privée à la française n'est pas pour autant en contravention avec les prescriptions de la Directive de 2001, puisque, comme l'a fort justement rappelé Benoît Galopin, aucune des 21 exceptions ne doit obligatoirement être transposée dans les lois nationales, il n'en demeure pas moins qu'il pose, selon Pierre Sirinelli, de véritables problèmes. Il en est notamment ainsi de l'exigence de l'identité entre copiste et usager. L'Allemagne, par exemple, ne connaît pas une telle condition et tolère la copie privée lorsque le copiste effectue l'opération à titre gratuit sur demande de l'utilisateur. Or, en France, l'arrêt "Ranou Graphie" Cass. civ. 1, 7 mars 1984, n° 82-17.016 N° Lexbase : A0557AAU) pose non seulement l'identité entre usager et copiste, mais va même jusqu'à considérer que le copiste est le gardien du matériel, de sorte que la disjonction entre l'utilisateur du matériel, usager de la copie, et le gardien du matériel, copiste, fait tomber l'opération sous la qualification de contrefaçon. Si l'Union européenne devait revenir sur les exceptions au droit d'auteur comme cela a été annoncé, il est fort à parier que cette jurisprudence, très protectrice des intérêts des auteurs et des ayants droit, ne perdurerait pas.

Il est donc regrettable que le rapport "Lescure" ne se soit pas emparé de cette question.

Ceci étant, il s'intéresse au *cloud*, mais, contrairement à ce que certains pensaient, il préconise de prendre en considération les usages du *cloud* sur le matériel de destination finale et d'y appliquer une redevance afin de compenser la perte induite par ce schéma. De la sorte, il ne propose pas d'assujettir les services du *cloud*, mais seulement les usages finaux.

La compensation due en cas de copie privée est réaffirmée, en dépit d'une contestation des fabricants de matériel ; l'option contraire n'était pas possible dans la mesure où la Directive de 2001 impose une telle compensation aux Etats transposant dans leurs droits nationaux cette exception. Bien que le système fasse l'objet de nombreuses critiques et que ces contestations se soient traduites par l'annulation de plusieurs décisions relatives aux barèmes, la mission "Lescure" considère qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause les fondamentaux du système actuel : d'une part, si le rapport reconnaît que la méthode de calcul des barèmes est complexe et peut encore être améliorée, elle lui paraît globalement robuste et, d'autre part, le paritarisme de la commission est adapté à sa mission d'évaluation contradictoire d'un préjudice. Il préconise néanmoins une légère évolution dans le mode de fixation de la rémunération pour copie privée. Cette dernière représente environ 200 millions d'euros versés par les fabricants de matériel aux sociétés de gestion collective des droits. Or, selon les fabricants, cette somme est largement supérieure au

préjudice réellement subi par les auteurs qu'ils évaluent aux mieux à 50 millions d'euros.

Consciente de cette problématique, la Commission "Lescure" propose d'objectiviser l'évaluation du préjudice. Actuellement, les données économiques du marché permettent d'estimer les revenus qui auraient été générés en l'absence de copie privée. Un pourcentage de 15 % est appliqué aux estimations brutes, ce taux étant censé refléter le manque à gagner réel lié aux possibilités de copie, mais n'est basé sur aucune étude scientifique. Le rapport préconise donc que des études économiques soient menées pour établir un ratio plus juste, en adéquation avec le réel préjudice subi par les ayants droit.

En outre, la mission propose de confier l'adoption des barèmes au Gouvernement, sous la forme d'un décret pris sur avis conforme de l'actuelle Commission copie privée : en cas d'accord au sein de la Commission à la majorité de ses membres, le Gouvernement serait tenu de reprendre le barème proposé ; en revanche, à défaut d'accord, les barèmes seraient fixés par le Gouvernement, au vu des positions exprimées par les différentes parties. Il est, par ailleurs, proposé d'élargir la composition de la Commission afin d'y introduire des experts issus des ministères principalement concernés (par exemple deux représentants du ministère de la Culture, un du ministère chargé de l'Industrie, et un du ministère chargé de la Consommation).

En parallèle, le rapport envisage la création d'une nouvelle "taxe" versée aux ayants droit, taxe qui serait prélevée sur tous les appareils connectés à raison de 1 % du prix de vente et payée par les fabricants et les importateurs. L'assiette de cette nouvelle rémunération serait beaucoup plus large que la rémunération pour copie privée puisqu'elle viserait tous les appareils qui permettent de stocker ou de lire. La transformation des usages devrait en effet se traduire, à terme, par un moindre recours à la copie des œuvres sur des supports physiques, au profit d'un accès direct en ligne (*streaming*). Inéluctablement, le mécanisme sur lequel repose la mise en œuvre de la copie privée pourrait donc s'avérer obsolète, en raison de la transformation des usages, de sorte que la manne représentée par la rémunération payée en compensation devrait connaître une baisse substantielle. Ainsi, au fur et à mesure que la rémunération pour copie privée connue aujourd'hui baisserait, la nouvelle rémunération adossée à l'ensemble des matériels connectés augmenterait, pour que la masse des deux permette de pérenniser le système et assure aux ayants droit un maintien des sommes qui leur sont versées en compensation de cette exception.

Enfin, le rapport fait part, à juste titre selon Pierre Sirinelli, de ses préoccupations sur les conséquences et l'influence des mesures techniques de protection sur le bénéfice de l'exception et l'interopérabilité. En effet, les MTP font parfois obstacle à la mise en œuvre effective des exceptions au droit d'auteur, leur caractère aveugle pouvant les empêcher de faire la différence entre les actes interdits par la loi ou les titulaires de droits et les actes autorisés en vertu d'une exception légale au droit exclusif. Parmi toutes les exceptions au droit d'auteur, l'exception de copie privée est celle dont la conciliation avec les mesures techniques de protection soulève le plus de difficultés. Son effectivité reste mal assurée, notamment en raison des moyens inadaptés dont bénéficie la Hadopi pour remplir sa mission. Outre le transfert des compétences de la Hadopi au CSA, le rapport "Lescure" propose donc de permettre au régulateur de s'autosaisir, de le doter d'un pouvoir d'instruction permettant l'accès à toutes les informations utiles et de compléter le pouvoir réglementaire par des instruments de droit souple (guides de bonnes pratiques, recommandations).

Les silences du rapport "Lescure"

Pierre Sirinelli regrette, au premier chef, le silence du rapport "Lescure" sur une étude d'ensemble des exceptions et de leur raison d'être. Cette réflexion sera menée au niveau européen bien que le calendrier annoncé par la Commission soit difficilement tenable compte tenu de l'achèvement de son mandat au printemps 2014. Ceci étant, elle a invité les Etats à réfléchir sur cette possible évolution du droit des exceptions. Cette évolution doit passer, certes, par une meilleure harmonisation, mais aussi par une plus grande flexibilité du système.

En témoigne, les récentes affaires en droit de l'internet dans lesquelles ont été tranchées des questions de droit applicable en raison de considérations vaguement internationales (affaires "Google" pour l'essentiel). L'enjeu est réel puisqu'en dépend la désignation soit de la loi française et donc d'un système très protecteur, soit de la loi américaine et donc du *fair use*. Or ces deux systèmes juridiques sont totalement opposés : l'exception de *fair use* (art. 107 de la loi américaine) repose ainsi sur quatre conditions mais aucun cas spécial. Pour déterminer si l'usage particulier qui serait fait d'une œuvre constitue un usage loyal, les éléments à considérer comprendront :

- le but et le caractère de l'usage, notamment s'il est de nature commerciale ou éducative et sans but lucratif ;
- la nature de l'œuvre protégée ;
- le volume et l'importance de la partie utilisée en rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ;
- l'incidence de cet usage sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée.

Au contraire, l'application du droit français soumettra l'utilisateur de l'œuvre protégée à trois barrages successifs :

- identifier si l'utilisation qui est faite de l'œuvre relève d'une des catégories d'exceptions listées par le droit français ;
- vérifier que l'utilisation remplit les conditions pour que l'exception à laquelle elle correspond puisse s'appliquer ;
- appliquer le test des trois étapes.

L'utilisateur ou l'opérateur accusé de contrefaçon de droit d'auteur, cherchera donc à se voir appliquer le droit américain, plus favorable à ses intérêts. Dans la première affaire "Google", le TGI de Paris a ainsi retenu que le droit américain s'appliquait et a donc effectué un raisonnement de *fair use* pour en conclure que Google n'était pas contrefacteur (TGI Paris, 20 mai 2008, n° 05/12 117 N° Lexbase : A2891D9X). En appel, la cour (CA Paris, Pôle 5, 1ère ch., 26 janvier 2011, n° 08/13 423 N° Lexbase : A5707GRS) a, au contraire, retenu qu'en vertu des règles de droit international privé, le droit applicable était le droit français mais elle a considéré que ce n'était pas le droit d'auteur qui était applicable au litige mais la "LCEN" (loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique N° Lexbase : L2600DZC). Or ce texte prévoit des poches d'irresponsabilité, en particulier pour les hébergeurs, statut dont relève Google selon la cour d'appel.

Dans des affaires similaires, les juridictions allemandes et belges ont rendu des solutions radicalement différentes. Ainsi, le 29 avril 2009, la Cour fédérale allemande, confrontée au même problème, retient, certes que la loi allemande sur le droit d'auteur est applicable, mais que Google n'est pas responsable dès lors que le titulaire du droit (un peintre dont les œuvres étaient reproduites) pouvait utiliser la technique de l'*opt-out* pour empêcher la copie. En s'abstenant de le faire, le juge allemand estime qu'il a donné un consentement implicite à la reproduction de ses œuvres.

Les juges belges, dans une décision du 5 mai 2011, appliquent encore un autre raisonnement : ils considèrent que la loi belge sur le droit d'auteur est applicable et condamne Google, rejetant le moyen de l'*opt-out* qui avait abouti deux ans plus tôt devant le juge allemand.

Pour Pierre Sirinelli, cet état du droit en Europe démontre qu'au-delà de l'harmonisation des exceptions, ce sont toutes les poches de liberté qu'il convient d'envisager dans le cadre d'une éventuelle réforme du système au niveau européen.

– **Analyse de l'arrêt "Oracle" (CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11 N° Lexbase : A1914IQX), ou la création d'une nouvelle exception par la CJUE, par Josée-Anne Benazeraf, avocat à la cour**

La société de droit américain Oracle développe et commercialise des logiciels essentiellement professionnels dans le monde entier. Son système de commercialisation repose sur des contrats de licence non-cessibles avec ses clients, en vertu desquels ils peuvent télécharger les logiciels et leurs mises à jour sur le site d'Oracle. Un litige est survenu en Allemagne où une société commercialisait des licences d'occasion, permettant à ses clients de télécharger le logiciel. Oracle a introduit une action devant les juridictions allemandes pour faire cesser ces pratiques qu'elle considérait comme portant atteinte à son droit de reproduction. La Cour suprême allemande a posé une question préjudicielle devant la CJUE qui, dans son arrêt du 3 juillet 2012, a jugé que droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est épuisé par le premier téléchargement effectué avec l'accord du titulaire du droit, ce qui permet la revente ultérieure de la copie à des tiers, à condition que l'acquéreur initial ait lui-même supprimé sa copie ou l'ait rendue inutilisable. Cette décision est, selon Josée-Anne Benazeraf, la porte ouverte au développement d'un marché en ligne des logiciels d'occasion, en apparence aux seuls logiciels, dès lors que la CJUE prend soin de motiver sa décision en appliquant la Directive 2009/24 du 23 avril 2009 propre aux logiciels (N° Lexbase : L1676IES) que la Cour qualifie de *lex specialis* au regard de la Directive 2001/29.

Or, le droit de distribution est le droit de vendre un objet, qui jusqu'alors devait être tangible (CD, DVD, etc.). Seul le droit de distribution s'épuise alors que le droit de reproduction et de communication au public ne s'épuisent pas. Dès le départ, il est donc difficile de comprendre le lien entre le droit de distribution et les faits de l'espèce, puisque, la société Oracle ne vendait pas d'objet mais cédait des licences à ses clients, de même que le revendeur ne revendait pas d'objet mais bien des licences d'occasion.

Pour aboutir à la qualification de vente, qui seule permettait l'application du droit de distribution, la Cour fait une sorte de package du droit de licence et du droit de télécharger le logiciel. En substance, elle estime que le contrat de licence permettant, moyennant le paiement d'un prix, d'acquérir le droit de télécharger une copie du logiciel et de l'utiliser pour une durée illimitée, l'ensemble doit être qualifié de vente de cette copie, vente qui relève du droit de distribution. Ce droit est épuisé puisque la vente a été effectuée avec l'accord du titulaire des droits. La CJUE balaye au passage tout une série d'objections qui lui étaient opposées par la société Oracle, mais aussi par les

différents Gouvernements et la Commission qui étaient intervenus et avaient pris position pour Oracle.

Ainsi, le fait de mettre à disposition du public aux fins de téléchargement en ligne est traditionnellement considéré comme relevant du droit de communication au public qui est défini de manière très large par l'article 3 de la Directive 2001/29. La Cour retient, sur ce point, que l'existence d'un transfert du droit de propriété transforme l'"acte de communication au public", en un acte de distribution. Autrement dit, en présence d'une vente, l'acte de communication au public disparaît pour laisser place uniquement au droit de distribution.

De même, il est considéré que le droit de distribution s'applique exclusivement aux objets tangibles, tel qu'il en résulte du considérant 28 de la Directive 2001/29 et du Traité de l'OMPI. Or, pour la CJUE, en application du droit spécial de la Directive 2009/24, le législateur aurait eu, en matière de logiciel, une volonté différente. Surtout, pour la Cour, le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel, en sorte que le principe d'égalité de traitement suppose de réserver le même sort aux deux modes de distribution, c'est-à-dire l'épuisement du droit.

Le troisième argument balayé tout aussi facilement par la Cour, concerne un principe que l'on croyait tout aussi fermement établi, selon lequel la mise à disposition en ligne est une prestation de service et non une vente. Or, l'épuisement ne s'applique pas à la prestation de service, notamment en ligne, tel que cela ressort du considérant 29 de la Directive 2001/29. La Cour ne s'embarrassant pas des textes, estime que cette limite n'a pas lieu d'être au nom du principe de libre circulation des œuvres, qui au passage change de nature puisque jusqu'alors la terminologie employée était celle de libre circulation des marchandises.

Après avoir apprécié la relation entre le titulaire des droits et le premier acquéreur, se posait donc la question de savoir si l'acquéreur de licences d'occasion peut, par l'effet de l'épuisement du droit de distribution, être considéré comme un "acquéreur légitime", au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la Directive 2009/24. Ce texte prévoit une exception aux droits exclusifs et notamment au droit de reproduction puisqu'il énonce que certains actes ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur du programme, lorsqu'une telle reproduction est nécessaire 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. Pour la CJUE, dès lors que le droit de distribution est épuisé, l'acquéreur d'occasion est un acquéreur légitime. Mais la Cour pose ici une condition : que l'acquéreur initial ait lui-même rendu sa copie inutilisable. Pour Josée-Anne Benazeraf, ce raisonnement manque de logique. En effet, la Cour n'avait pas besoin de poser cette condition, puisque, pour elle, le droit de reproduction a été exercé en amont, dans les rapports entre le titulaire des droits et le premier acquéreur, et en aval, l'acquéreur n'a pas à obtenir d'autorisation conformément à l'article 5, paragraphe 1 de la Directive 2009/24.

L'ajout de cette condition par la Cour pourrait donc s'expliquer par deux raisons. Tout d'abord, une raison de bon sens : la CJUE ne peut pas encourager la multiplication des copies, fut-ce au nom du sacro-saint principe de libre circulation des œuvres. Ensuite, la principale raison à laquelle répond cette condition serait de créer une illusion selon laquelle il n'y aurait qu'une seule copie du logiciel qui circulerait entre les mains des acquéreurs successifs, comme dans l'univers des biens matériels. Or, en l'occurrence, il ne s'agit là que d'une fiction, dès lors que dans l'univers numérique l'existence d'une seule copie est impossible : le premier acquéreur télécharge une première copie et le second acquéreur une autre copie, et ce, que l'acquéreur initial ait détruit ou non la sienne. On a donc bien à faire à deux actes de reproduction successifs.

Pour Josée-Anne Benazeraf, la Cour a, de la sorte, inventé une nouvelle exception au droit de reproduction qui serait la suivante : *"le titulaire du droit ne peut pas s'opposer à la réalisation d'une nouvelle copie si celle de l'acquéreur initial a été supprimée ou a été rendue inutilisable"*.

En outre, à l'opinion d'Oracle et de certains Gouvernements dans cette affaire, qui objectaient qu'il ne pouvait y avoir d'acquéreur légitime dès lors que le contrat de licence faisait expressément interdiction de revendre, la Cour répond que retenir cet argument reviendrait à priver d'effet utile la notion d'épuisement du droit de distribution. Autrement dit, pour permettre au droit de distribution de jouer son effet utile, c'est-à-dire pour garantir la libre circulation des œuvres dans l'environnement numérique, le droit de reproduction doit aussi s'effacer tout comme le droit d'exécution publique au bénéfice du seul droit de distribution qui s'épuise à la première vente.

Pour Josée-Anne Benazeraf, le raisonnement qui aboutit à cette solution choquante est biaisé dès le début, dès la qualification de la relation entre le titulaire des droits et l'acquéreur initial. En effet, la société Oracle ne vend pas une copie d'un fichier numérique mais autorise seulement son client à en faire une reproduction. La notion de copie immatérielle est donc totalement trompeuse. En effet ce qui est immatériel dans l'opération de téléchargement ce n'est pas la copie mais le processus de transmission de l'œuvre qui permet en aval à l'utilisateur, si le service l'y autorise, à effectuer une copie. Aussi, la Cour commet-elle ici, à dessein, un abus de langage ou un raccourci, qui lui permet allègrement de gommer ce processus de transmission interactif, qui seul est immatériel, pour ne retenir

que l'aboutissement du processus : la copie réalisée par l'utilisateur.

Cette solution est à rapprocher de celle de la Cour de New-York du 30 mars 2012 qui, dans l'affaire "*Capitol Records LLC vs. Redigi Inc*", a adopté une position diamétralement opposée concernant la revente de fichier MP3 d'occasion, puisqu'elle a considéré que cette revente sans l'accord du titulaire des droits constituait une violation des droits exclusifs de reproduction et de distribution que ce dernier détenait sur un certain nombre de fichiers MP3.