



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

VERS UNE LIBÉRALISATION DU COMMERCE DU LOGICIEL EN EUROPE ?

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : **Recueil Dalloz 2012 p.2142**

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

VERS UNE LIBÉRALISATION DU COMMERCE DU LOGICIEL EN EUROPE ?

D'origine allemande, la théorie de l'épuisement du droit a pour objectif de concilier la protection des droits de propriété intellectuelle avec le principe de libre circulation des marchandises au sein de l'Union européenne (art. 34 TFUE). Cette théorie consiste à limiter les prérogatives du titulaire du droit en permettant la commercialisation des biens sans son consentement pour favoriser la libre circulation des produits au sein de l'Union européenne. Dans son arrêt du 3 juin 2012, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) consacre une solution inédite en appliquant la règle de l'épuisement du droit à la revente de logiciels d'occasion téléchargés sur internet. La décision est susceptible de causer un énorme impact dans le secteur du logiciel.

Pour résumer les faits, la société Oracle développe et distribue des programmes d'ordinateur, en particulier par la voie du téléchargement sur internet de ces programmes. Sur le mode client/serveur, le client télécharge sur le site internet d'Oracle une copie du programme d'ordinateur et souscrit un contrat de licence qui lui confère un droit d'utilisation de la copie.

En Allemagne, la société UsedSoft s'est spécialisée dans la vente de logiciels d'occasion *via* internet et commercialisait des licences déjà utilisées de la société Oracle : après souscription de licences de seconde main auprès de UsedSoft, les internautes téléchargeaient ensuite les logiciels directement sur le site d'Oracle.

Sur le fondement de ses droits d'auteur, la société Oracle a agi pour faire interdire ces opérations à la société UsedSoft. Cette dernière considère à l'inverse que le droit de distribution de la société Oracle est épuisé dès la première commercialisation des logiciels sur internet : la clause du contrat de licence portant interdiction de revente n'est pas applicable et la revente est donc licite.

La Cour suprême fédérale allemande a posé une question préjudicielle à la CJUE concernant l'interprétation de la directive n° 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril

2009 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur (JOUE L 111, 5 mai 2011, p. 16) : la Cour devait préciser si la règle d'épuisement des droits prévue par la directive était applicable aux reventes de licences de logiciels téléchargés sur internet.

Par l'arrêt du 3 juillet 2012 rendu en grande chambre, la CJUE adopte une position nouvelle : quel que soit le mode de distribution du logiciel et donc y compris en cas de diffusion par téléchargement, l'épuisement du droit de distribution s'applique. Par conséquent, l'éditeur du logiciel voit disparaître toute possibilité de s'opposer à la revente de la copie, même si l'achat initial a été réalisé par voie de téléchargement : il a épuisé son droit de distribution de la copie. Ainsi, la société Oracle ne peut s'opposer à ce que les utilisateurs initiaux cèdent leurs licences à la société UsedSoft qui les cède à son tour à de nouveaux acquéreurs.

La question de l'applicabilité de la règle d'épuisement des droits à la distribution de copies immatérielles de logiciels s'était déjà posée (G. Cordier et M. Adolphs, Approche franco-allemande de la revente de logiciels, CCE 2012. Prat. 1), et était très controversée : si la solution rendue en l'espèce est conforme à l'avis de l'avocat général, elle va à l'encontre de l'avis de la Commission et de plusieurs Etats. Par cette décision, la CJUE consacre l'équivalence juridique entre l'objet matériel support de la copie et l'exemplaire immatériel de cette copie du logiciel : le régime juridique du droit d'auteur devient indifférent au support. Par l'accentuation de la dématérialisation des biens, la Cour fait prévaloir la liberté de circulation des marchandises sur la protection du droit d'auteur et la libéralisation du marché européen des logiciels est ainsi favorisée. La portée de cette décision sera mesurée au regard de l'extension du domaine d'application de la règle d'épuisement des droits aux copies de logiciels téléchargés sur internet (I), puis au regard de la mise en oeuvre de cette règle (II).

I - L'extension du domaine de la règle d'épuisement des droits

L'applicabilité de l'épuisement du droit (art. 4, c, de la Dir. CE n° 2009/24 du 23 avr. 2009) à des licences d'occasion de logiciels téléchargés imposait au préalable d'admettre que le programme d'ordinateur puisse être constitué par une copie immatérielle (A) et que l'opération puisse ensuite être qualifiée de vente d'un programme d'ordinateur (B).

A - La reconnaissance de la copie immatérielle : la consécration de l'indifférence du support

La Cour devait répondre à l'argumentation de la société Oracle ainsi qu'aux observations de gouvernements quant à l'objet de l'épuisement du droit de distribution qui ne porterait que sur des biens tangibles, ce qui exclurait les copies immatérielles de programmes d'ordinateur. Jusqu'alors, l'épuisement du droit n'était pas appliqué pour une utilisation dématérialisée d'une oeuvre de l'esprit (A. R. Bertrand, *Droit d'auteur*, Dalloz Action, 3^e éd., 2011-2012, n° 202.70 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009, n° 478). Seule une forme matérielle de la copie du logiciel, tels qu'un CD-ROM ou un DVD, permettrait d'appliquer la règle de l'épuisement du droit.

La Cour met en avant la généralité de la formulation de la directive qui vise toute forme d'expression du programme d'ordinateur (art. 1^{er}, § 2), quelle qu'en soit la forme (consid. 7), et sans autre précision (art. 4, § 2). Elle en déduit que la volonté du législateur de l'Union était bien de ne procéder à aucune distinction selon la forme matérielle ou immatérielle de la copie du logiciel. On ne peut que se réjouir du fait que la Cour tire les conséquences des effets similaires de la transmission des copies matérielles et immatérielles en relevant l'équivalence fonctionnelle entre le mode de transmission en ligne et la remise d'un support matériel. Il en résulte un alignement du régime juridique des copies matérielles et immatérielles de programmes d'ordinateur. S'agissant de l'épuisement du droit, outre l'assimilation des copies matérielles et immatérielles, il fallait encore admettre que la copie dématérialisée du logiciel puisse faire l'objet d'un contrat de vente.

B - La qualification de vente : la clarification du contrat entre éditeur et utilisateur

La société Oracle mettait gratuitement à disposition de ses clients une copie du programme d'ordinateur qu'ils pouvaient télécharger. L'utilisation de cette copie supposait néanmoins que les clients concluent avec Oracle un contrat de licence d'utilisation qui leur conférait un droit d'utilisation à durée indéterminée, non exclusif et non cessible et réservé à un usage professionnel interne. La société en déduisait l'absence de transfert de propriété de la copie. Cette argumentation

est écartée au profit de la vente des copies de logiciels.

La Cour procède à une qualification groupée du téléchargement de la copie et de la conclusion du contrat de licence qui « *forment un tout indivisible* » (consid. 44), car la copie téléchargée n'est d'aucune utilité s'il n'est pas possible de l'utiliser. Selon la Cour : « *la mise à la disposition par Oracle d'une copie de son programme d'ordinateur et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation y afférente visent ainsi à rendre ladite copie utilisable par ses clients, de manière permanente, 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'oeuvre dont il est propriétaire. Dans ces conditions, les opérations mentionnées [...] impliquent le transfert du droit de propriété de la copie du programme d'ordinateur concerné* » (consid. 45 et 46). Par la qualification de vente qu'elle retient, la Cour écarte toute l'ambiguïté de la qualification de contrat de licence d'utilisation des logiciels pour une qualification coïncidant avec les effets pratiques attachés à ce contrat (regrettant cette ambiguïté, J. Huet, De la « vente » de logiciel, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Mélanges en l'honneur de P. Catala*, Litec, 2001, p. 799 ; A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 776).

Grâce à cette nouvelle interprétation de la notion de vente et de celle de copie, l'ensemble des modes de distribution du logiciel est traité sous un régime juridique identique : par cette égalité de traitement, l'épuisement du droit est étendu à l'ensemble des copies de programmes d'ordinateur (V., saluant la cohérence de la Cour, J. Huet, *Le marché des logiciels d'occasion et la libre circulation des produits culturels*, D. 2012. Point de vue 2101 ). Le titulaire du droit de propriété intellectuelle ne peut s'opposer à la revente des oeuvres protégées par le droit d'auteur dès qu'il en a autorisé la vente sur le marché communautaire (C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 333). Il s'agit d'éviter le cloisonnement des marchés par des restrictions à la distribution de ces oeuvres ; de telles restrictions ne sont possibles que pour préserver l'objet spécifique de la propriété intellectuelle concernée (CJCE 28 avr. 1998, aff. C-200/96 , *Metronome Musik GmbH c/ Music Point Hokamp GmbH*, Rec. CJCE I-1953, pt 14 ; D. 1999. 353 , note B. Edelman  ; RTD com. 1999. 81, obs. A. Françon ). Par conséquent, la société Oracle maîtrise la première vente sur le marché mais n'a aucun pouvoir pour s'opposer aux

suivantes effectuées par les utilisateurs successifs. La Cour considère qu'il n'est pas admissible que le titulaire du droit d'auteur puisse contrôler la revente des copies qui ont été téléchargées *via* internet et : « [...] *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. 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* » (consid. 63). Cette décision constitue une étape fondamentale dans la reconnaissance des biens immatériels par l'assimilation qu'elle réalise de la copie immatérielle à la copie matérielle : il paraît parfaitement légitime que l'utilisateur principal ait des droits identiques qu'il ait acquis une copie matérielle ou immatérielle du programme d'ordinateur. Cette équivalence entre les copies conduit corrélativement à limiter le monopole du titulaire des droits sur les copies immatérielles jusqu'alors préservées de la règle de l'épuisement du droit.

II - La portée de la mise en oeuvre de la règle d'épuisement des droits

Cette décision crée des droits nouveaux au profit des acquéreurs secondaires des copies téléchargées de logiciels (A), au point qu'est posée la question de l'émergence d'un marché de l'occasion des contenus dématérialisés (B).

A - L'étendue des droits de l'acquéreur secondaire

Les droits dont dispose l'acheteur secondaire sont identiques à ceux de l'acheteur initial. En effet, la Cour considère qu'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 [...], 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* ». La règle de l'épuisement du droit d'auteur porte uniquement sur le droit de distribution, mais l'acquéreur légitime peut passer outre le consentement de l'auteur s'agissant de la reproduction du programme d'ordinateur « *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 », sauf dispositions contractuelles spécifiques (art. 5, § 1, de la Dir. CE n° 2009/24). En tant qu'acquéreur légitime, l'acquéreur secondaire peut licitement télécharger le programme d'ordinateur depuis le site de la société Oracle et l'utiliser.

La société Oracle demandait l'exclusion de l'épuisement du droit en cas de mise à jour d'un logiciel, dans la mesure où la version modifiée du logiciel ne correspond plus à celle qui a été téléchargée par le client : à nouvelle copie, nouvelle règle d'épuisement du droit. La Cour en décide autrement en considérant que les modifications apportées dans le cadre du contrat de maintenance font partie du logiciel téléchargé : *« même dans l'hypothèse où le contrat de maintenance est de durée déterminée, il doit être constaté que les fonctionnalités corrigées, modifiées ou ajoutées sur la base d'un tel contrat font partie intégrante de la copie initialement téléchargée et peuvent être utilisées par l'acquéreur de celle-ci sans limitation de durée, et ceci également dans le cas où cet acquéreur décide ultérieurement de ne pas renouveler son contrat de maintenance »*. L'épuisement joue donc y compris pour les copies mises à jour, car il s'agit de la même copie.

La solution de la CJUE est particulièrement claire, là où les conclusions de l'avocat général ne tiraient pas toutes les conséquences liées à la qualification de vente. Ainsi, une clause du contrat de licence interdisant une cession ultérieure ne peut plus être valablement opposée par le titulaire du droit. Consacrant l'inopposabilité de ces clauses, la Cour précise que la qualité d'acheteur légitime ne découle pas des stipulations contractuelles du contrat de licence : l'effet utile de la règle de l'épuisement du droit implique que la qualité d'acquéreur légitime ne soit pas liée au contrat ce qui empêcherait toute utilisation effective de la copie.

Il faut toutefois relever que l'application de la règle de l'épuisement du droit implique plusieurs conditions. La Cour exige que l'acheteur initial rende inutilisable la copie sur son propre ordinateur au moment de la revente. A défaut de désinstallation, l'acquéreur initial porte atteinte au droit exclusif de reproduction du titulaire du droit d'auteur sur le programme d'ordinateur. Cette exigence pose un problème de vérification pratique : comment savoir si la personne qui revend la

licence a bien procédé à la suppression du programme sur son ordinateur ? Une autre limite consiste à interdire la revente par parties de la licence : l'acquéreur initial ne peut scinder la licence et la revendre partiellement, notamment lorsqu'il a acheté des licences pour plus d'utilisateurs qu'il n'en a besoin.

En raison des implications profondes que peut receler cette solution, il importe de déterminer la portée que cette décision est susceptible d'avoir pour le secteur du logiciel et au-delà pour tout contenu dématérialisé objet d'un droit de propriété intellectuelle.

B - La création d'un marché de l'occasion des contenus dématérialisés ?

Toute personne privée qui a acquis un logiciel peut le revendre si elle n'en a plus besoin. Ainsi, dès qu'un logiciel ou un contenu dématérialisé n'est plus utile pour un citoyen de l'Union européenne, ce dernier pourrait envisager la revente de cet élément sur internet. Au-delà des éditeurs de logiciels, d'autres acteurs peuvent être concernés par cette décision : on pense aux auteurs d'éléments dématérialisés et téléchargés sur internet, tels que les applications disponibles sur des plates-formes (ex., iTunes), les jeux vidéo (ex., Steam, Origin), ou encore les livres électroniques.

Face aux conséquences radicales que semble impliquer cette décision, les éditeurs exposés à la solution de la CJUE ne manqueront pas de mettre en place des solutions de contournement. Ces producteurs peuvent faire évoluer leur mode de distribution afin de conserver la maîtrise de l'exploitation et d'échapper aux conséquences de l'arrêt du 3 juillet 2012.

Une incertitude technique pourrait tout d'abord permettre aux protagonistes concernés d'écarter la solution de la Cour. L'arrêt soulève en effet une ambiguïté à propos des programmes d'ordinateur et des contenus dématérialisés dont il n'est pas prévu qu'ils fassent l'objet d'une revente. C'est par exemple le cas des applications pour les téléphones mobiles et les tablettes dans la mesure où ces éléments sont dépendants du compte de l'utilisateur sur internet et ne peuvent ni être revendus, ni donnés, ni transférés entre comptes. Les plateformes en ligne sur lesquelles la revente est impossible devront-elles mettre en place des conditions techniques permettant la transmission des

licences ? De tels éditeurs de contenus doivent-ils permettre la revente et y seront-ils contraints ? Il semble que la solution de la Cour n'impose pas *stricto sensu* aux éditeurs de permettre la revente, mais de ne pas l'empêcher. La nuance est considérable puisqu'un éditeur qui n'offrirait pas la possibilité de revendre un programme d'ordinateur, une application ou un jeu ne serait pas obligé de fournir aux utilisateurs les moyens permettant la revente de la licence. Dans ce cas, la décision n'aurait aucune conséquence chez ces éditeurs.

Par ailleurs, une parade technique réside dans l'utilisation du *cloud* dont le fondement juridique est la location d'un service, et non plus la vente d'un logiciel ou sa licence : les éditeurs n'auraient pas à craindre la solution rendue par la Cour dans cette configuration contractuelle.

Enfin, une parade juridique consisterait à abandonner la durée illimitée du contrat de licence : si la licence est soumise à une durée courte, sa revente sera difficile et beaucoup moins intéressante d'un point de vue économique. L'absence de limitation de durée a permis à la Cour de rendre cette solution puisque la revente de la licence n'est possible que tant que la licence est en cours. La stipulation d'une durée limitée d'utilisation des licences modifierait la qualification retenue et n'entraînerait plus un transfert de propriété : l'utilisateur louerait un droit d'utilisation pour une durée déterminée. A l'image des sites de jeux vidéo, un système d'abonnement de courte durée pourrait être envisagé : au-delà de la période d'abonnement, l'utilisateur perd l'accès au programme loué. Stipuler une courte durée permettrait de décourager les transactions de revente, mais encore faut-il qu'un tel modèle soit économiquement pertinent.

La décision de la Cour modifie en profondeur la configuration actuelle du secteur des logiciels en consacrant les droits des distributeurs d'occasion et en cantonnant la maîtrise de l'exploitation des distributeurs originaux à la première vente. Par la consécration du marché des licences d'occasion des logiciels, la CJUE porte un coup économique considérable aux éditeurs qui perdent la manne financière du marché dématérialisé de l'occasion. L'interprétation donnée par la CJUE va sans doute être suivie même s'il appartient maintenant à la juridiction allemande de trancher le litige. Les éditeurs ne manqueront certainement pas de trouver les parades pour éviter les conséquences d'une telle décision à leur égard.

