

La diffusion des contenus téléchargés sur Internet à nouveau à l'épreuve du principe de l'épuisement des droits - CJUE - Affaire C-128/11 - Conclusions de l'AG Y. Bot présentées le 24 avril 2012

Iliana Boubekour
Jean-Sébastien Mariez
Avocats au barreau de Paris
de Gaulle Fleurance & Associés
iboubekour@dgfla.com
jsmariez@dgfla.com

Les conclusions de l'Avocat général Yves Bot (« **AG** ») présentées le 24 avril 2012 dans l'affaire opposant Oracle à UsedSoft, demande de décision préjudicielle actuellement pendante devant la Cour de Justice de l'Union européenne (« **CJUE** »)¹, constituent un nouveau pavé dans la mare des titulaires de droit, déjà bien chahutés par la récente affaire FAPL (Football Association Premier League – voir infra)².

Dans ses conclusions, l'AG considère en effet que la règle de l'épuisement des droits doit s'appliquer, non seulement aux exemplaires physiques d'un logiciel vendu dans l'Union européenne, mais également aux logiciels commercialisés sous forme dématérialisée qui sont téléchargés à titre définitif. Pour autant, l'AG refuse de valider la pratique de vente de logiciels dits « d'occasion » déjà condamnée par les juridictions allemandes saisies par Oracle.

1. Rappelons brièvement le contexte de cette affaire tel qu'exposé dans les conclusions de l'AG.

Oracle distribue ses logiciels, dans 85% des cas, par téléchargement au moyen d'Internet. Ses logiciels fonctionnent en mode client/serveur. Oracle conclut avec ses clients un contrat de licence d'utilisation de ses logiciels, aux termes duquel les clients sont autorisés à stocker de manière permanente le logiciel sur un serveur, et à accéder au logiciel en le téléchargeant vers la mémoire centrale des ordinateurs de leurs utilisateurs internes. Les clients ont également droit, au titre d'un contrat de maintenance, aux mises à jour du logiciel et corrections d'éventuelles erreurs à partir du site Internet d'Oracle.

Le contrat conclu avec Oracle précise que, en contrepartie du paiement des services, les clients se voient concéder une licence d'utilisation pour une durée indéterminée, non-exclusive, incessible, et gratuite, réservée à un usage professionnel interne. Selon les termes du contrat, le droit d'utilisation dont bénéficient les clients d'Oracle est donc « non-cessible ».

La société allemande UsedSoft a commercialisé des logiciels dits « d'occasion », et notamment proposé des licences de logiciels Oracle « déjà utilisées » par de précédents clients. Selon le modèle en cause, les clients de UsedSoft, qui se voyaient attribuer une « licence d'occasion » (probablement une clé d'accès au logiciel en question), et qui n'étaient donc pas encore en possession dudit logiciel, devaient télécharger, après avoir acquis la licence d'occasion, ce logiciel directement à partir du site d'Oracle. Les clients de UsedSoft disposant déjà dudit logiciel et qui achetaient des « licences pour des utilisateurs supplémentaires » devaient également télécharger le logiciel vers la mémoire centrale des ordinateurs de ces autres utilisateurs.

¹ Affaire C-128/11, Axel W. Bierbach, curateur à la faillite de UsedSoft GmbH contrat Oracle International Corp.

² Affaires C-403/08 et C-429/08 Football Association Premier League et autres / QC Leisure et autres, Karen Murphy / Media Protection Services Ltd, arrêt rendu par la CJUE le 4 octobre 2011. Dans ces affaires, la CJUE a considéré qu'un système de licences pour la retransmission des rencontres de football, qui accorde aux radiodiffuseurs une exclusivité territoriale par État membre et qui interdit aux téléspectateurs de regarder ces émissions avec une carte de décodeur dans les autres États membres, est contraire au droit de l'Union – voir communiqué de presse <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-10/cp110102fr.pdf>.

Oracle a introduit une action devant les juridictions allemandes afin de faire cesser ces pratiques.

Oracle a obtenu gain de cause, d'abord devant le Tribunal régional de Munich³ puis devant le Tribunal régional supérieur de Munich⁴, qui a confirmé le premier jugement en relevant notamment la violation des restrictions de transfert énoncées par les dispositions du contrat de licence en question.

UsedSoft, qui soutenait que sa pratique était validée par le principe de l'épuisement des droits, a introduit un recours en révision devant le Bundesgerichtshof, la Cour suprême fédérale allemande, qui avait à connaître du litige en dernier ressort. La Cour suprême allemande a à son tour saisi la CJUE afin qu'elle interprète la directive 2009/24/CE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (« **Directive Logiciels** »)⁵.

2. Une des questions préjudicielles posées par la Cour suprême fédérale était la suivante : le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est-il épuisé, au sens de l'article 4 paragraphe 2 de la Directive Logiciels⁶, lorsque l'acquéreur a réalisé une copie, avec l'autorisation du titulaire du droit, en téléchargeant le programme sur un support informatique à partir d'Internet ?

Pour répondre à cette question, l'AG confirme tout d'abord que le principe de l'épuisement des droits ne s'applique qu'au droit de distribution et non au droit de reproduction, et que « *seule une forme de distribution, la vente, emporte le déclenchement de la règle de l'épuisement des droits* ».

Toutefois, l'AG retient une définition extensive de la vente. En effet, selon l'AG, « *la vente d'un programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci doit être considérée comme caractérisée au sens de l'article 4 paragraphe 2, de [la Directive Logiciel], dès lors que, quelle que soit la qualification qu'en ont donnée les parties, l'opération se caractérise par le transfert de propriété d'une copie du programme d'ordinateur, pour une durée illimitée, moyennant le paiement d'un prix en une fois* » (56). Selon l'AG, cette interprétation s'impose « *compte tenu de l'objet de l'épuisement, qui est de limiter le droit d'exclusivité du droit de propriété intellectuelle dès lors que l'opération de commercialisation a permis au titulaire du droit de réaliser la valeur économique de son droit* » (59).

L'AG en conclut que la délivrance d'une « licence d'utilisation » permettant la mise à disposition d'une copie d'un programme d'ordinateur par la voie d'un téléchargement sur Internet « *présente les caractères de la vente lorsque le client acquiert, de façon définitive, la faculté de se servir de la copie du programme d'ordinateur, dont le fournisseur se dessaisit en contrepartie du paiement d'un prix forfaitaire* » (58). En décider autrement priverait, selon l'AG, la règle de l'épuisement des droits de toute portée, puisque « *la commercialisation des logiciels prend le plus souvent la forme de licences d'utilisation et qu'il suffirait aux fournisseurs de qualifier le contrat de « licence » et non de « vente » pour contourner la règle* ».

L'AG recommande donc de répondre positivement à la question préjudicielle :

« *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, qui a autorisé le téléchargement de cette copie sur un support informatique à partir d'Internet, a également conféré à titre onéreux un droit d'usage de ladite copie, sans limitation de temps. En effet, constitue une vente, au sens de cette disposition, toute mise à disposition dans l'Union, sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit, d'une copie d'un programme d'ordinateur en vue de son utilisation pendant une période illimitée et moyennant le paiement d'un prix forfaitaire. »*

³ Tribunal régional de Munich I, ZUM 2007, 409.

⁴ Tribunal régional supérieur de Munich (OLG), ZUM 2009, 70.

⁵ Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, JO L 111, p. 16.

⁶ L'article 4 paragraphe 2 de la Directive Logiciels dispose que « *la première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans [l'Union européenne] par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans [l'Union], à l'exception du droit de contrôler les locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci* ».

Selon l'AG, l'exemplaire téléchargé d'un programme d'ordinateur devrait donc suivre le même régime qu'un exemplaire commercialisé sur un support physique⁷.

On se rappelle à cet égard que l'Avocat général Kokott, dans ses conclusions du 3 février 2011 dans l'affaire FAPL, avait déjà considéré, de manière encore plus radicale, que « *les programmes informatiques, morceaux de musique, livres électroniques, films etc., que l'on télécharge sur Internet, peuvent être transmis sans problème sous forme électronique. Cela se manifeste également par le fait que des mesures supplémentaires de gestion juridique numérique sont nécessaires pour empêcher une retransmission. Dans ces domaines, une telle délimitation stricte entre les deux libertés fondamentales [liberté de circulation des marchandises et liberté de prestation de services] deviendrait arbitraire* »⁸.

La voie semblait donc toute tracée pour l'AG.

Toutefois, l'AG n'aborde pas réellement la question de la délimitation entre libre prestation de services et libre circulation de marchandises, semblant implicitement limiter l'application de la règle de l'épuisement des droits aux biens, tout en assimilant *de facto* la copie téléchargée à titre définitif à un bien ; alors que l'Avocat général Kokott avait au contraire clairement appliqué la règle de l'épuisement des droits à des services qui, selon elle, ne devaient pas se distinguer des biens.

Malgré tout, il se place à l'évidence, et contre l'avis de la Commission⁹, dans le sillage direct des conclusions de l'Avocat général Kokott et de l'arrêt FAPL de la CJUE. La CJUE avait alors rappelé que seule la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique du droit d'auteur peut justifier une restriction à la libre circulation des biens et services. Dans cette lignée, l'AG considère en l'espèce que « *le titulaire de droits a reçu une rémunération appropriée lorsqu'il a été payé en contrepartie de l'octroi d'un droit d'usage d'une copie du programme d'ordinateur* » et qu'autoriser le titulaire de droit à empêcher l'acquéreur légitime de la copie d'un programme d'ordinateur de le revendre sous prétexte qu'il est disponible en téléchargement au lieu d'avoir été incorporé par le titulaire de droits sur un support mis en vente, « *reviendrait non pas à protéger l'objet spécifique du droit d'auteur, mais à amplifier le monopole d'exploitation de ce dernier* » (88) et aurait pour effet de restreindre la liberté de circulation (83).

3. Pour autant, l'AG refuse de valider la pratique de UsedSoft, dès lors qu'en l'espèce, la cession des licences d'utilisation d'Oracle imposait aux clients de UsedSoft de reproduire le logiciel en créant de nouvelles copies, notamment en se connectant au site Internet d'Oracle. En effet, selon lui, la cession des droits d'utilisation conférés par une licence du type Oracle, relève du droit de reproduction (et non du droit de distribution) qui ne saurait être altéré par la règle de l'épuisement des droits sans altérer la substance même du droit d'auteur.

Pour conclure dans ce sens, l'AG rappelle tout d'abord que la reproduction d'un exemplaire de logiciel sans autorisation du titulaire de droit ne saurait trouver une quelconque justification dans la règle de l'épuisement, qui selon l'article 4 paragraphe 2 de la Directive Logiciel, concerne exclusivement le droit de distribution. Ensuite, l'AG écarte la justification qui pourrait naître de l'exception prévue à l'article 5 de la Directive Logiciel. Selon lui, cette disposition ne peut « *s'appliquer qu'à l'égard d'un acquéreur contractuellement lié au titulaire du droit* ».

Au vu des finalités de la règle de l'épuisement des droits – « *faire prévaloir les libertés de circulation des marchandises et des services* » -, c'est semble-t-il à contre cœur (« *en l'état des textes* ») que l'AG répond par la négative à la première et à la troisième question posée par la Cour :

« *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*

⁷ Mais on peut penser qu'une telle solution ne s'applique pas aux services de VOD, de location ou de téléchargement temporaire.

⁸ Conclusions de l'Avocat général Kokott présentées le 3 février 2011, paragraphe 185.

⁹ Oracle, les gouvernements et la Commission soutenaient de manière plus orthodoxe que l'opération de téléchargement d'un programme d'ordinateur sur Internet ne relève pas du droit de distribution mais du droit de communication au public au sens de l'article 3 paragraphe 1 de la directive 2001/29/CE, ou encore que l'épuisement du droit de distribution ne s'applique qu'à la vente de copies, c'est-à-dire de biens incorporant le logiciel, et serait exclu en cas d'offre par le biais de services en ligne.

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 ».

4. Si l'arrêt de la CJUE à venir devait confirmer l'analyse de l'AG qui propose une application extensive de la règle de l'épuisement des droits en matière de distribution dématérialisée de logiciels, la première question sera probablement de déterminer sa portée à l'égard des autres types de contenus : musique, audiovisuel, œuvres littéraires, œuvres graphiques, jeux-vidéo, etc. ? Devra-t-on aller jusqu'à conclure qu'il serait désormais mis fin, de manière définitive et transversale, à la dichotomie traditionnelle posée par la directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur¹⁰, qui tend à écarter l'application de l'épuisement des droits aux services en ligne et aux biens immatériels¹¹ ?

Pas sûr, car il faut ici souligner que l'AG ne fait pas application de cette directive, rappelant que « l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 précise que celle-ci « laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions [du droit de l'Union] existant concernant [...] la protection juridique des programmes d'ordinateur » (72). Dans ces conditions, les titulaires de droit conserveraient, pour les œuvres autres que les logiciels (et les jeux vidéo peut-être), la faculté de faire valoir leur droit exclusif ou encore de s'appuyer sur la notion de communication au public (qui n'est, elle, pas mentionnée dans la Directive Logiciel) pour s'opposer à la règle de l'épuisement des droits.

Il n'en reste pas moins qu'une telle position aura de plus en plus de mal à convaincre la justice européenne, tant elle est perçue comme privant inutilement et artificiellement d'effets le principe de la liberté de circulation.

Une seconde question toucherait directement à la qualification et à l'économie des modèles de distribution de contenus en ligne.

Si elle devait être retenue par la CJUE, l'acception large de la notion de vente que propose l'AG sur la base de deux critères - droit d'usage illimité dans le temps et règlement d'un prix forfaitaire - devrait être prise en compte par les titulaires de droit et les plateformes de distribution désireux de faire échec à l'application de la règle de l'épuisement des droits. On peut penser qu'une telle solution ne s'appliquerait pas aux services de VOD, de location ou de téléchargement temporaire. En matière de logiciel, on peut également penser que certaines offres de « Cloud computing » pourraient de la même manière être épargnées.

Dans tous les cas, les conclusions de l'AG dans cette affaire confirment la tendance qui, de plus en plus, fait pencher la balance en faveur des principes de libre circulation plutôt que de la protection du droit d'auteur. A l'heure où la dématérialisation de la distribution de logiciels et de contenus culturels (musique, film, jeux vidéo) est synonyme d'innovation (notamment via les offres « Cloud ») et de développement (voir récente étude IDATE « *Le marché mondial des jeux vidéo* »¹²), il convient d'observer avec attention les développements de la jurisprudence européenne sur ces questions qui contraindront peut être titulaires de droits et plateformes de distribution à revoir en profondeur leurs modèles économiques.

¹⁰ 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, JO L 167, page 10.

¹¹ Le considérant 29 de la directive 2001/29/CE dispose 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. 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 ».

¹² <http://www.01net.com/editorial/564881/2015-les-jeux-video-pourraient-valoir-plus-de-60-milliards-d-euros/>.