

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D’AIX-MARSEILLE

INSTITUT DE RECHERCHE ET D’ÉTUDES EN DROIT DE L’INFORMATION ET DE LA  
COMMUNICATION

# LE MARCHÉ DE L’OCCASION DES BIENS NUMÉRIQUES CULTURELS

MÉMOIRE POUR L’OBTENTION DU MASTER « DROIT DES MÉDIAS ET DES  
TÉLÉCOMMUNICATIONS »

PRÉSENTÉ PAR

**Typhaine Lanuel**

Sous la direction de de Monsieur Philippe Mouron

Maître de conférences en droit privé



Année universitaire

2013-2014

Aix-en-Provence



AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE  
INSTITUT DE RECHERCHE ET D'ÉTUDES EN DROIT DE L'INFORMATION ET DE LA  
COMMUNICATION

# LE MARCHÉ DE L'OCCASION DES BIENS NUMÉRIQUES CULTURELS

MÉMOIRE POUR L'OBTENTION DU MASTER « DROIT DES MÉDIAS ET DES  
TÉLÉCOMMUNICATIONS »

PRÉSENTÉ PAR

**Typhaine Lanuel**

Sous la direction de de Monsieur Philippe Mouron

Maître de conférences en droit privé



Année universitaire

2013-2014

Aix-en-Provence



« *La culture coûte cher, essayez l'ignorance* »

Abraham Lincoln



# SOMMAIRE

## PARTIE 1

L’appréhension par le droit d’un marché de l’occasion des biens numériques culturels

CHAPITRE 1 : L’apparition du marché de l’occasion au coeur de la jurisprudence

Section 1 : Le marché de l’occasion initialement appliqué aux oeuvres logicielles

Section 2 : Le marché de l’occasion inapplicable aux oeuvres non logicielles

CHAPITRE 2 : Les conséquences des solutions prétoriennes sur l’évolution du marché de l’occasion

Section 1 : La transposition de la solution Usedsoft aux oeuvres non logicielles

Section 2 : La transposition de la solution Redigi au sein de l’Union européenne

## PARTIE 2

Le régime juridique envisageable pour un marché de l’occasion des biens numériques culturels

CHAPITRE 1 : Les difficultés juridiques posées par le marché d’occasion des biens numériques culturels

Section 1 : Les difficultés juridiques annexes au droit d’auteur

Section 2 : Les difficultés juridiques relatives au droit d’auteur

CHAPITRE 2 : Les solutions nécessaires au bon fonctionnement du marché

Section 1 : Le marché de l’occasion des biens numériques culturels : un marché régulé

Section 2 : Les alternatives au marché d’occasion des biens numériques



## INTRODUCTION

Le 12 novembre 2013, dans une réponse ministérielle à la question de Hervé Gaymard, Aurélie Filippetti a affirmé qu'il convenait de se demander « dans quelle conditions l'acquéreur d'une oeuvre littéraire, musicale ou audiovisuelle sous une forme numérique, peut ou non être autorisé à revendre le fichier en question sur une plateforme de téléchargement, comme cela est possible dans l'univers physique, pour un ouvrage papier, un CD, ou un DVD ». Les propos de l'actuelle ministre de la culture et de la communication ont permis d'ouvrir officiellement le débat politique concernant la question de la seconde vie des oeuvres numériques. En effet le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a, par une lettre de mission du 15 juillet 2013 adressée à Josée-Anne Benazeraf et Joëlle Farchy, ouvert une mission spécialisée pour mener une étude sur « les enjeux aussi bien juridiques qu'économique de l'apparition éventuelle d'un marché secondaire des biens culturels numériques ». Le rapport de cette commission devait être rendu en juillet 2014. Cependant il n'a, à ce jour, pas encore été publié.

Pierre François Racine, président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, dans sa lettre de mission, relève l'ensemble des problématiques liées à un hypothétique marché secondaire des biens culturels numériques. Ce n'est pas la première fois que la dématérialisation des oeuvres vient heurter la propriété intellectuelle, bien au contraire. L'ère numérique a permis le développement de nouvelles pratiques culturelles, ce qui paraît être à double tranchant. D'un côté la dématérialisation des oeuvres a été une véritable révolution pour l'accès à la culture. Celui-ci n'a jamais été aussi simple, rapide et peu coûteux. L'objectif de diffusion et de démocratisation est alors pleinement rempli grâce au numérique. D'un autre côté le numérique a eu pour effet de fragiliser la protection des droits des auteurs sur leurs oeuvres et de montrer les limites de la propriété littéraire et artistiques. On a alors pu voir les courants doctrinaux s'affronter et s'opposer face aux pratiques émergentes telles que le téléchargement, le pair à pair, le streaming. Tout en essayant de fondre ces pratiques dans le droit existant le législateur a finalement freiné leur développement. Plusieurs projets de loi ont vu le jour pour essayer d'encadrer, de réguler ou encore d'interdire ces nouveaux modes de consommation culturelle. Aujourd'hui le point a pu être fait sur les différents dispositifs mis en place afin d'adapter au mieux le droit de la propriété intellectuelle à ces pratiques, si ce n'est pas ces pratiques qui ont dû s'adapter au droit de la propriété intellectuelle. Le rapport Lescure a d'ailleurs été l'occasion de faire un état des lieux des pratiques numériques de consommation

culturelle et un bilan du droit de la propriété intellectuelle appliquée ou applicable à l'internet.

S'ajoute aux difficultés relatives au droit d'auteur l'aspect transfrontalier de l'internet. En effet l'ère numérique a eu pour effet d'abolir les frontières nationales. Le droit ne peut donc plus être pensé uniquement dans un cadre franco-français mais bien au niveau européen puis international. Cet aspect international n'est cependant pas nouveau pour la propriété intellectuelle puisque les oeuvres ont toujours eu vocation à être diffusées au niveau international. Cependant, là encore, l'Internet vient accélérer cette diffusion, la faciliter et l'accentuer. De nouveaux enjeux s'ouvrent alors et la coopération devient quasi obligatoire.

Le marché de l'occasion n'échappe pas à l'ensemble de ces considérations puisque encore une fois l'ère numérique nous surprend par l'apparition d'une énième pratique de consommation des biens culturels. Pourtant, pour la première fois, celle-ci est véritablement calquée sur une pratique présente dans le monde physique. En effet la pratique de la revente a toujours existé pour les oeuvres physiques sans jamais que personne n'y voit aucun inconvénient. On se demande même pourquoi la revente des biens numériques culturels n'a pas émergée plus rapidement.

Pourtant l'apparition de ce nouveau mode de consommation semble se heurter à de nombreuses difficultés comme a pu le relever le président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique. Alors que les enjeux sont principalement juridiques les termes utilisés pour définir ce nouveau mode de consommation relèvent plus du champ lexical économique. Le marché peut être défini comme le lieu formel ou virtuel sur lequel sont échangés des biens et services de natures diverses. Lorsqu'on y ajoute le terme occasion, signifiant que l'objet n'est pas neuf, le marché devient alors l'activité consistant à vendre des biens de seconde ou troisième main. Le mot bien est, quant à lui, issu à la fois du vocabulaire juridique et économique et sa définition est assez similaire dans les deux domaines. Du point de vue économique, le bien est une chose tangible, utilisable pour combler un besoin ou un désir et pouvant faire l'objet d'une appropriation. Juridiquement le bien peut être défini comme une chose matérielle pouvant faire l'objet d'une appropriation privée ou publique. Le terme « culturel » est, quant à lui, bien moins aisé à définir. Cependant l'expression « bien culturel » doit être comprise comme étant synonyme de l'oeuvre, donc une création intellectuelle originale caractérisée par une

forme perceptible. Il faut comprendre que la mise en forme n'est pas synonyme de tangibilité de l'oeuvre. L'article L212-2 du code de la propriété intellectuelle propose une liste exemplative des oeuvres de l'esprit. Le marché de l'occasion des biens culturels numériques doit donc être entendu comme l'activité consistant à vendre, en seconde ou troisième main, des créations intellectuelles originales caractérisées par une forme perceptible, sous un format numérique.

Que l'on parle de marché de l'occasion des biens culturels numériques ou de seconde vie des oeuvres numériques le débat est le même. Il faut en effet savoir si un tel marché peut s'implanter licitement dans le secteur de l'industrie culturelle au vu des contextes juridique et économique actuels, et dans quelles conditions il devra le faire. Les premières interrogations concernant la seconde vie des oeuvres numériques sont apparues à la suite de deux arrêts qui ont suscité de nombreux débats doctrinaux (Partie 1). Il s'agit en effet d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de la vente d'occasion de logiciels et d'un arrêt du tribunal de New York relatif à la revente des fichiers musicaux par le biais d'une plateforme de téléchargements. Suite à ces deux jurisprudences, la question est de savoir si le marché de l'occasion pouvait arriver en France s'est posée. Dans l'hypothèse où cela serait possible, il faut tout de même définir un cadre juridique afin de répondre aux différentes difficultés émergentes (Partie 2).

## PARTIE 1

# L’APPREHENSION PAR LE DROIT D’UN MARCHÉ DE L’OCCASION DES BIENS NUMÉRIQUES CULTURELS

La question d’une apparition éventuelle d’un marché de l’occasion des biens numériques culturels est d’abord apparue au travers de deux affaires. L’une traitée par le juge européen dans l’arrêt du 3 juillet 2012<sup>1</sup>, l’autre par les juridictions américaines dans un arrêt du 30 mars 2013<sup>2</sup>. Il s’agissait donc ici d’abord d’un conflit prétorien, avant même que le droit ne puisse s’emparer du sujet (Chapitre 1). Ces deux décisions, bien que les faits de l’espèce soient différents et que le droit applicable le soit aussi, ont toutes deux posées la même question au sein de la doctrine : quelles en sont les conséquences sur l’évolution du marché secondaire des biens culturels numériques ? (Chapitre 2)

### Chapitre 1

#### L’apparition du marché de l’occasion au coeur de la jurisprudence

Alors que la Cour de justice de l’Union européenne n’a pas hésité à permettre la revente des oeuvres logicielles (Section 1), le tribunal de New York a, quant à lui, refusé d’ouvrir la possibilité de ce marché pour les oeuvres musicales ( Section 2 ).

#### Section 1 - Le marché de l’occasion initialement appliqué aux oeuvres logicielles

Dans un arrêt du 3 juillet 2012, la Cour de justice de l’Union européenne, vient préciser le régime de protection des oeuvres logicielles. En effet, elle affirme que la revente d’occasion de logiciels, achetés par le biais d’un téléchargement avec une licence d’utilisation sans limitation de durée, est licite bien que l’accord du titulaire des droits initiaux n’ait pas été donné et ce, malgré le fait que la licence d’utilisation initiale comportait une clause prohibant la sous-cession de cette dernière. Cette solution paraît

---

<sup>1</sup> CJUE, C128/11 du 3 juillet 2012, UsedSoft GMBH c/ Oracle International Corp

<sup>2</sup> United States District Court, Southern Capitol Records, LLC v. Redigi Inc., 30 mars 2013 n°12 Civ. 95 ( RJS )

audacieuse et naît d’un raisonnement juridique complexe et complet, dans lequel la Cour de justice tente de préciser de nombreuses notions.

En l’espèce la société américaine Oracle, qui développe et commercialise des programmes d’ordinateur à usage professionnel, assigne devant les juridictions allemandes la société Usedsoft dont la principale activité est de revendre des licences d’utilisation d’occasion. La société Usedsoft avait acheté des licences d’utilisation auprès des clients de la société Oracle, pour pouvoir par la suite les revendre à ses propres clients. Oracle assigne donc la société Usedsoft au motif que les primo-acquéreurs des dites licences n’avaient pas le droit de les revendre à la société Usedsoft puisqu’une clause interdisait leur sous-cession. La société américaine affirmait également que l’épuisement du droit de distribution ne s’appliquait pas en l’espèce puisqu’il s’agissait de logiciels acquis par le biais de téléchargements, et étaient donc des oeuvres immatérielles.

Le juge allemand, connaissant de ce litige, a alors saisi les juridictions européennes de plusieurs questions préjudicielles. D’abord la Cour de justice de l’Union européenne a dû se demander si « la personne qui peut se prévaloir d’un épuisement du droit de distribution de la copie d’un programme d’ordinateur est-elle un “acquéreur légitime”, au sens de l’article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24 ? ». Puis, si tel était le cas, « le droit de distribution de la copie d’un programme d’ordinateur est-il épuisé, au sens du premier membre de phrase de l’article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, lorsque l’acquéreur a réalisé la copie, avec l’autorisation du titulaire du droit, en téléchargeant le programme sur un support informatique au moyen d’Internet ? ». Enfin la Cour de justice s’est posée la question de savoir si « la personne qui a acquis une licence de programme d’ordinateur “d’occasion” peut-elle aussi se prévaloir, pour la réalisation d’une copie du programme en tant qu’ “acquéreur légitime”, en application de l’article 5, paragraphe 1, et du premier membre de phrase de l’article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, de l’épuisement du droit de distribution de la copie du programme d’ordinateur que le premier acquéreur a, avec l’autorisation du titulaire du droit, réalisé en téléchargeant le programme sur un support informatique au moyen d’Internet, lorsque ce premier acquéreur a effacé sa copie ou ne l’utilise plus ? ».

Le juge européen a, grâce à ce litige, eu l’occasion de préciser certaines notions. Il a en effet, dans un premier temps, traité de la question de l’épuisement des droits, et est

alors venu étendre le champ d’application de cette théorie (§1), pour, dans un second temps, préciser plusieurs notions annexes mais tout aussi importantes ( §2 ).

## **§1 - L’épuisement des droits : Un enjeu central de la décision**

La théorie de l’épuisement des droits est une notion européenne (A) , mise en place à l’origine pour concilier les droits d’auteur et la libre circulation des biens au sein de l’Union européenne. Dans l’arrêt Usedsoft, la Cour de justice vient étendre le champ d’application du principe en l’appliquant pour la première fois à un bien dématérialisé (B).

### **A - La notion d’épuisement des droits : une notion d’origine communautaire**

La théorie de l’épuisement des droits est née du droit communautaire. Elle trouve son fondement initial dans la directive du 14 mai 1991 sur la protection des programmes d’ordinateur<sup>3</sup>, codifiée par la directive du 23 avril 2009<sup>4</sup>. Cette théorie se retrouve également dans la directive du 22 mai 2001, sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et droits voisins dans la société de l’information, pour l’ensemble des oeuvres non logicielles<sup>5</sup>. L’article 4 paragraphe 2 de la directive du 23 avril 2009 dispose que « la première vente d’une copie d’un programme d’ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l’exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d’ordinateur ou d’une copie de celui-ci ». En d’autres termes, le principe de l’épuisement des droits entraîne pour l’auteur une impossibilité de s’opposer à la vente de son oeuvre dans l’Union européenne à partir du moment où celui-ci a autorisé la vente de son oeuvre dans l’un des États membres de l’Union. L’autorisation de la première vente entraîne nécessairement une autorisation pour les ventes suivantes et ce indéfiniment.

En droit français, l’épuisement des droits de distribution des oeuvres logicielles est prévu à l’article 122-6 3° du code de la propriété intellectuelle. Cet article<sup>6</sup> reproduit, sans

---

3 Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d’ordinateur, Journal officiel n° L 122 du 17/05/1991 p. 0042 - 0046

4 Directive 2009/24/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d’ordinateur

5 Directive 2001/29/CE du Parlement 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

6 L’article L122-6 du CPI a été modifié par la loi du 10 mai 1994 qui a transposé la directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, en droit français.

modification, l'article 4 paragraphe 2 de la directive du 23 avril 2009. L'épuisement des droits n'est applicable qu'au droit de distribution, c'est ce qui est prévu à l'article 4 de la directive de 2009. Il convient donc de définir clairement le droit de distribution afin de le distinguer du droit de reproduction et du droit de représentation. Le droit de distribution doit être entendu comme « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leur oeuvre ou des copies de celui-ci ». La distribution d'une oeuvre peut prendre plusieurs formes, la vente, le prêt ou la location par exemple. L'article L122-3 du CPI définit le droit de reproduction comme consistant « dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. Elle peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique ». Enfin le droit de représentation se définit comme étant « la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque, et notamment : 1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'oeuvre télédiffusée ; 2° Par télédiffusion. ».

La reproduction diffère donc de la distribution dans le sens où pour être distribuée une oeuvre doit, au préalable, être reproduite. Ce sont donc deux notions différentes, deux temps distincts dans la vie d'une oeuvre. La représentation d'une oeuvre diffère de sa distribution puisque lors d'une représentation, il n'y a pas de transfert de propriété du support de l'oeuvre, alors que c'est le propre d'une distribution. Le transfert de propriété se fait en effet par le biais de la vente.

Pourtant ce transfert de propriété n'est pas initialement le propre du droit d'auteur. En effet le droit d'auteur a pour objet un bien immatériel, l'oeuvre. Dans la théorie économique classique le bien immatériel est un bien non rival, c'est à dire que l'utilisation de ce bien « par un agent économique ne retire aucune utilité à ce que ce bien peut être consommé par un autre agent »<sup>7</sup>. C'est également un bien non exclusif, c'est à dire qu'aucune personne ne peut être exclue en tant qu'utilisateur potentiel du bien. Selon Marie Alice Chardeaux, ces caractéristiques de l'objet du droit d'auteur s'oppose totalement à l'idée de propriété<sup>8</sup>. L'oeuvre en tant que bien est incompatible avec la notion de propriété. Cette incompatibilité explique pourquoi le droit d'auteur a pris le parti de distinguer l'oeuvre en elle-même, bien immatériel, du support de l'oeuvre. Bien que l'appropriation d'un bien

---

7 M. Vivant, J-M. Brugière, Droit d'auteur : précis Dalloz, 2009, n°4

8 Marie Alice Chardeaux, « le droit d'auteur et internet : entre rupture et continuité », communication commerce électronique, revue mensuelle lexisnexis jurisclasser, mai 2011, p. 13 à 16

immatériel soit difficile à envisager d’un point de vue économique, le droit a artificiellement créé cette possibilité. Le droit vient alors créer une notion centrale dans la problématique du marché de l’occasion des biens numérique, la notion de rareté. Cette notion de rareté vient donc justifier que le droit d’auteur ait mis en place l’obligation pour toute personne voulant devenir propriétaire d’une oeuvre - là encore on pense au support de l’oeuvre et non au bien immatériel - d’en demander au préalable l’autorisation du propriétaire initial du bien immatériel, c’est-à-dire l’auteur. La propriété en droit d’auteur doit être envisagée « comme une relation triangulaire entre l’auteur, la public et l’oeuvre » et non pas comme « un tête à tête entre le propriétaire et sa chose »<sup>9</sup>. En d’autres termes, le titulaire des droits sur l’oeuvre ne peut pas interdire le public d’accéder à son oeuvre. Cette conception du droit d’auteur peut être une seconde explication à l’épuisement du droit de distribution. Ce n’est pas seulement une théorie permettant de répondre aux exigences de libre circulation des biens et des services, c’est plus globalement une théorie permettant de donner toute son effectivité au droit d’auteur qui est un droit qui vient à la fois protéger les intérêts de l’auteur mais également ceux du public et plus globalement l’intérêt de la culture. Pour Mikhail Xifaras, « l’auteur se réserve pour lui seul l’usage économique de l’oeuvre, avec une dimension morale, tandis que le public jouit de l’usage intellectuel »<sup>10</sup>.

En partant du principe que la théorie de l’épuisement des droits ne s’applique qu’au droit de distribution, le droit de reproduction ne devrait pas être concerné. Pourtant dans la jurisprudence *Usedsoft*, la Cour valide le raisonnement selon lequel l’épuisement des droits s’applique alors même que c’est la copie du programme d’ordinateur qui est concernée. Elle vérifie dans un premier temps qu’il y a bien acte de vente, puisque l’épuisement suppose l’existence d’un acte de vente, pour ensuite valider l’application de l’épuisement en l’espèce. Cependant en plus de l’acte de distribution, caractérisé ici par l’acte de vente, il y a, au préalable, une reproduction du programme d’ordinateur puisque c’est la copie qui est objet de la vente. Afin de justifier ce raisonnement, la Cour affirme que c’est l’ensemble qui permet de rendre utilisable le logiciel. De plus, elle ajoute que l’épuisement produit ses effets même si la copie, que l’acquéreur est susceptible de céder, ne correspond pas à la copie qu’il aurait téléchargé mais à une nouvelle copie du programme si « les fonctionnalités corrigées, modifiées ou ajoutées sur la base d’un tel

---

<sup>9</sup> Marie Alice Chardeaux, « le droit d’auteur et internet : entre rupture et continuité », communication commerce électronique, revue mensuelle lexisnexis jurisclasser, mai 2011, p. 13 à 16

<sup>10</sup> M. Xifaras, la propriété, étude de la philosophie du droit, PUF, Paris 2004

contrat font partie intégrante de la copie initialement téléchargée et peuvent être utilisées par l'acquéreur de celles-ci sans limitation de durée »<sup>11</sup>.

Dans cette décision la CJUE vient étendre l'application de la théorie de l'épuisement du droit de distribution puisque pour la première fois elle l'applique à un bien immatériel, la copie d'un programme d'ordinateur.

### **B - La notion d'épuisement des droits nouvellement appliquée aux oeuvres dématérialisées**

Afin d'estimer si l'épuisement des droits peut s'appliquer en l'espèce, la Cour de justice de l'Union européenne a vérifié que l'ensemble des conditions étaient remplies. Elle a, à ce titre, précisé la notion d'acte de vente, puis les biens auxquels s'applique l'épuisement des droits.

La notion de vente doit être regardée comme une notion autonome du droit communautaire. Elle se définit comme une convention par laquelle une personne cède, moyennant le paiement d'un prix, à une autre personne ses droits de propriété sur un bien corporel ou incorporel lui appartenant. Pour la Cour de justice de l'Union européenne, en l'espèce, il s'agit bien d'une vente puisque le téléchargement de la copie et la conclusion d'un contrat de licence forment un tout indivisible qui doit être envisagé globalement et à ce titre être considéré comme une vente. En l'espèce, les clients de la société Oracle obtiennent un droit d'utilisation d'une durée illimitée en échange du paiement d'un prix. Selon la Cour cela a pour effet de caractériser une vente puisqu'il y a bien transfert de propriété sur la copie du programme d'ordinateur. La Cour affirme donc que « le transfert par le titulaire du droit d'auteur d'une copie d'un programme d'ordinateur à un client, accompagné de la conclusion, entre ces mêmes parties, d'un contrat de licence d'utilisation, constitue une « première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur », au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24 »<sup>12</sup>

Il apparaît alors que la société Oracle aurait pu éviter cette qualification de vente. En effet il semble qu'en conférant un usage à durée limitée à ses clients, la société Oracle aurait alors été considérée comme un bailleur et non comme le vendeur. Il faut en effet

---

<sup>11</sup> Point 67 de la décision CJUE, C-128/11 du 3 juillet 2012, UsedSoft GMBH c/ Oracle International Corp..

<sup>12</sup> Point 48 de la décision op. cit

distinguer la location de la vente. Dans le cas de la location, la propriété de l'oeuvre reste complètement sur la tête du bailleur. De ce constat, on peut penser qu'à la suite de cette décision, certes la revente d'occasion de copie de programme d'ordinateur sera autorisée, cependant en pratique les sociétés éditrices de tels programmes choisiront de diriger leur marché vers un marché de location, évitant ainsi l'application de l'épuisement des droits et donc la revente d'occasion de leur programme par d'autres sociétés telles que UsedSoft.

Bien que la qualification du téléchargement comme étant caractéristique d'un acte de vente ne soit pas véritablement une surprise de la part de la Cour de justice au regard de l'article 4§2 de la directive de 2009, c'est véritablement l'application de la théorie de l'épuisement des droits à des biens immatériels qui est dans cet arrêt une évolution.

Avant cet arrêt, le droit de distribution a toujours été défini en référence à des exemplaires matériels, notamment considérant l'article 28 de la directive de 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Ce dernier dispose que « La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une oeuvre incorporée à un bien matériel ». De plus, la déclaration commune concernant l'article 6<sup>13</sup> et 7<sup>14</sup> du traité de l'OMPI dispose que « aux fins de ces articles, les expressions "exemplaires" et "exemplaires", dans le contexte du droit de distribution et du droit de location prévus par ces articles, désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles. ». Au vu de ces articles, il n'y a donc aucun doute sur le fait que l'application de la théorie de l'épuisement soit exclue pour les oeuvres fixées sur un support numérique.

---

<sup>13</sup>

« 1) Les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs oeuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété. 2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'oeuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur »

<sup>14</sup>

« 1) Les auteurs, de programmes d'ordinateur, d'oeuvres cinématographiques et d'oeuvres incorporées dans des phonogrammes telles que définies dans la législation nationale des Parties contractantes jouissent du droit exclusif d'autoriser la location commerciale au public de l'original ou d'exemplaires de leurs oeuvres. 2) L'alinéa 1) n'est pas applicable, i) en ce qui concerne les programmes d'ordinateur, lorsque le programme lui-même n'est pas l'objet essentiel de la location et, ii) en ce qui concerne les oeuvres cinématographiques, à moins que la location commerciale n'ait mené à la réalisation largement répandue d'exemplaires de ces oeuvres, qui compromette de manière substantielle le droit exclusif de reproduction. 3) Nonobstant les dispositions de l'alinéa 1), une Partie contractante qui appliquait au 15 avril 1994 et continue d'appliquer un système de rémunération équitable des auteurs pour la location d'exemplaires de leurs oeuvres incorporées dans des phonogrammes peut maintenir ce système à condition que la location commerciale d'oeuvres incorporées dans des phonogrammes ne compromette pas de manière substantielle le droit exclusif de reproduction des auteurs.

Pourtant cette possibilité avait déjà été envisagée par la Commission européenne dans un rapport<sup>15</sup>. En effet, elle affirmait que « contrairement à l'autre acquis communautaire concernant le droit de distribution, l'article 4 (c)<sup>16</sup> de la directive fait référence à "toute forme" de distribution "au public" d'un programme d'ordinateur couvert par le droit d'auteur. Cela pourrait être interprété comme signifiant que le droit de distribution au titre de la directive 91/250/CEE ne se limite pas à la distribution de copies tangibles d'un programme d'ordinateur sur disquettes ». Elle continuait en précisant que « le besoin pour la Communauté d'assurer la conformité aux exigences du traité de l'OMPI en prévoyant des règles complémentaires sur la mise à disposition des programmes d'ordinateur est prise en compte dans la proposition de directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ». En d'autres termes, la Commission note que l'article de la directive concernant l'épuisement des droits peut être interprété de façon large, sans se cantonner à une application limitée aux biens matériels, cependant pour que le droit de l'Union soit compatible avec le traité de l'OMPI l'article 4 (c) ne peut s'appliquer qu'aux biens matériels.

Douze ans plus tard la Cour de justice de l'Union européenne ne suit pas l'avis de la Commission dans son rapport de 2010, ou du moins ne prend en considération que la première partie de ce rapport. L'article 4 (c) peut être interprété largement, au profit des biens immatériels. Elle affirme en effet que « d'un point de vue économique, la vente d'un programme d'ordinateur sur CD-ROM ou DVD et la vente d'un programme d'ordinateur par téléchargement au moyen d'Internet sont similaires. En effet, le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel. L'interprétation de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24 à la lumière du principe d'égalité de traitement confirme que l'épuisement du droit de distribution prévu à ladite disposition prend effet après la première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans l'Union par le titulaire du droit d'auteur ou avec son consentement, indépendamment du point de savoir si la vente porte sur une copie matérielle ou immatérielle dudit programme. »<sup>17</sup>.

---

15 Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la mise en oeuvre et les effets de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, COM ( 2000 ) 199 final, p.18

16 L'article 4 ( c ) de la directive 91/250/CEE équivaut à l'article 4 §2 de la directive 2009/24/CE

17 Point 61 op. cit.

Une décision<sup>18</sup> de la Cour suprême du Canada avait justifié son raisonnement en le basant sur le principe de neutralité technologique. Dans cette décision, les juges de la Cour suprême affirme que « La SOCAN n’a jamais pu percevoir de redevances pour la copie d’un jeu vidéo sur cartouche ou sur disque acheté en magasin ou obtenu par la poste. Or, elle soutient que la copie identique d’un jeu vendu et distribué sur Internet donne droit à une redevance à la fois pour la reproduction de l’œuvre et pour sa communication. Le principe de la neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétions la Loi sur le droit d’auteur de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité d’une redevance qui soit uniquement fondée sur le mode de livraison de l’œuvre à l’utilisateur. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l’utilisation de technologies Internet plus efficaces ». La décision des juges de la CJUE aurait pu également prendre racine dans ce principe.

Cette décision d’étendre le champ d’application de la théorie de l’épuisement des droits a été contestée par certains auteurs de doctrine. C’est le cas notamment du professeur André Lucas<sup>19</sup> qui affirme qu’il « est contestable de remettre en cause, au nom d’un principe de neutralité technologique, la structure des droits patrimoniaux d’auteurs telle qu’elle a été conçue par le législateur ». Pour lui le droit de distribution est cantonné aux exemplaires matériels donc l’épuisement ne peut s’appliquer qu’à ces exemplaires, et donc les copies issues du téléchargement sont exclues de son champ d’application.

André Lucas ajoute également qu’il « n’y a pas, en vérité, de raison décisive pour réserver aux logiciels un sort particulier à cet égard »<sup>20</sup>. Bien qu’il reconnaisse que « c’est (...) bien une révolution qu’opère l’arrêt Usedsoft », il considère que le raisonnement des juges européens, selon lequel il y a un transfert de propriété de la copie du logiciel puisque le client a payé un prix pour devenir propriétaire, est « un peu court ». Selon lui il faudrait expliquer, pour que le raisonnement soit véritablement construit, « comment la valeur économique de la copie est devenue un bien, indépendamment du droit dont est investi l’auteur de l’œuvre qu’elle porte (...), quelle est la consistance de ce bien, de

---

18 Cour suprême du Canada, *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, du 12 juin 2012.

19 A. Lucas, « droit de distribution - logiciel - téléchargement — épuisement ( oui ), CJUE, gde ch., 3 juillet 2012 aff. C-128/11 *Usedsoft GmbH c/ Oracle International Corp* », *Propriétés intellectuelles*, juillet 2012 / n°44 p. 335

20 Op. Cit p. 336

quelles prérogatives jouit réellement le propriétaire, et pourquoi ce n'est pas cette copie là qui est délivrée au prétendu acquéreur. ».

Dans son analyse le professeur Lucas ajoute que la Cour prend, dans cette décision, en considération le critère de la durée de la licence d'utilisation pour fonder son raisonnement. L'épuisement ne sera en effet applicable que si la durée d'utilisation de la licence est limitée<sup>21</sup>. D'après lui ce raisonnement conduira les titulaires de droits sur des programmes d'ordinateur à attribuer des licences d'utilisation à durée limitée. Comme nous l'avons déjà affirmé auparavant, cela reviendrait à mettre en place des locations de programme d'ordinateur qui devront donc être restituées par la suite, évitant alors la possibilité de les revendre d'occasion.

On peut donc affirmer que malgré le fait que cette décision innove et permet désormais d'appliquer l'épuisement des droits à des oeuvres logicielles fixées sur un support matériel, cela n'empêchera pas les titulaires de droits d'interdire la revente d'occasion de leurs oeuvres. De plus, la Cour, en venant préciser un certain nombre de notions annexes, pose certaines limites à l'application de cette extension du champ d'application de la théorie de l'épuisement des droits.

---

21 « le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est épuisé si le titulaire du droit d'auteur, qui a autorisé [...] le téléchargement de cette copie sur un support informatique au moyen d'Internet, a également conféré, moyennant le paiement d'un prix [...], un droit d'usage de ladite copie, sans limitation de durée. »

## §2 - Les notions annexes : des éléments collatéraux de la décision

Puisque l’une des questions préjudicielles posées à la Cour était de savoir si « la personne qui peut se prévaloir d’un épuisement du droit de distribution de la copie d’un programme d’ordinateur est-elle un “acquéreur légitime”, au sens de l’article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24? », les juges européens ont donc dû préciser la notion d’acquéreur légitime pour pouvoir répondre à cette question et savoir si, en l’espèce, cela s’appliquait (A). De plus, la Cour a dû faire face à un certain nombre d’aspects techniques pour pouvoir répondre à l’ensemble des questions qui lui étaient posées, ce qui a permis de limiter la portée de sa décision en instaurant certaines limites (B).

### A - L’acquéreur légitime : une notion précisée

La Cour a donc eu à se demander si l’épuisement du droit de distribution faisait de l’acquéreur de la licence d’occasion, c’est à dire de l’acheteur secondaire client de la société Usedsoft, un acquéreur légitime au sens de l’article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24/CE. La Cour de justice de l’Union européenne suit l’avis des juges allemands concernant ce point. En effet ces derniers considéraient que « l’aptitude d’une copie d’un programme d’ordinateur à circuler sur le marché, qui résulte de l’épuisement des droits de distribution, serait largement dépourvue d’intérêt si l’acquéreur d’une telle copie n’avait pas le droit de reproduire le programme d’ordinateur. En effet, l’utilisation d’un programme d’ordinateur exige en règle générale la reproduction de celui-ci »<sup>22</sup>. Les juges européens estiment donc, à l’instar des juges allemands, que l’acquéreur de la licence d’occasion est un acquéreur légitime. Il faut comprendre que la qualification d’acquéreur légitime permet à l’acquéreur de la licence d’occasion d’effectuer la copie nécessaire à l’utilisation du logiciel. Cette qualification donne donc tout son sens à la décision Usedsoft, et reste donc importante. La Cour affirme donc que « 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 bénéficier du droit de reproduction prévu à cette dernière disposition. »<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> point 30 op. cit.

<sup>23</sup> point 88 op. cit.

L'article 5, paragraphe 1 de la directive du 23 avril 2009 dispose en effet que « sauf dispositions contractuelles spécifiques, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes visés à l'article 4, paragraphe 1, points a) et b), lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs ». Cet article, bien qu'énonçant la notion d'acquéreur légitime, ne lui donne aucune définition précise.

La décision UsedSoft vient donc préciser que le second acquéreur bénéficiera des mêmes droits que le primo acquéreur, c'est-à-dire qu'il pourra bénéficier des fonctionnalités corrigées, modifiées ou ajoutées car elles font partie intégrante de la copie. En cela, conformément à l'article 5 paragraphe 1, il est considéré comme un acquéreur légitime. C'est donc par un raisonnement *a contrario* que les juges européens qualifient cet acquéreur, en constatant des droits dont il dispose. La Cour précise également que l'acquéreur légitime peut également reproduire le logiciel pour l'utiliser d'une manière conforme à sa destination<sup>24</sup> malgré le fait que la licence d'utilisation comporte une clause d'incessibilité.

L'article 5, par renvoi à l'article 4 paragraphe 1 permet de connaître les actes dont la personne qualifiée d'acquéreur légitime peut se prévaloir. L'article 4 dispose que « les droits exclusifs du titulaire au sens de l'article 2 comportent le droit de faire et d'autoriser : a) la reproduction permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit ; lorsque le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une telle reproduction du programme, ces actes de reproduction sont soumis à l'autorisation du titulaire du droit; b) la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation d'un programme d'ordinateur et la reproduction du programme en résultant, sans préjudice des droits de la personne qui transforme le programme d'ordinateur. ». L'acquéreur légitime peut donc réaliser l'ensemble de ces actes sans l'autorisation du titulaire des droits, en l'espèce la société Oracle. Le droit français n'évoque pas la notion d'acquéreur légitime mais par analogie ou peut déduire que l'article

---

<sup>24</sup> Point 81 op. cit

L122-6-1<sup>25</sup> du code de la propriété intellectuelle traite de cette notion lorsqu’il évoque la « personne ayant le droit d’utiliser le logiciel ».

Dans un arrêt du 1er juillet 1997<sup>26</sup>, la chambre civile de la Cour de cassation avait considéré qu’une société pouvait utiliser pour le compte de ses clients un logiciel si la société en question avait le droit d’utiliser le logiciel pour son propre compte. Il s’agissait en l’espèce d’une société de prestation de services qui utilisait un logiciel pour établir les fiches de paie. La Cour affirmait que « le contrat de concession de l’usage des logiciels "à titre personnel" s’entendait de leur utilisation par la société ( ... ) , concessionnaire, sur son propre ordinateur, dans le cadre de son activité de prestataire de services informatiques pour l’établissement de la paie pour le compte de ses clients ». Dans cette décision la Cour n’évoque pas la notion d’acquéreur légitime mais vient tout de même rappeler les droits dont bénéficie le concessionnaire d’un logiciel.

La Cour de justice de l’Union européenne vient donc affirmer que l’acquéreur d’une copie d’un programme d’ordinateur, s’il acquière cette copie licitement, est un acquéreur légitime au sens de l’article 5 de la directive. Cette affirmation a donc des conséquences sur la clause d’incessibilité figurant dans le contrat de licence, celle-ci n’est donc pas opposable aux acquéreurs secondaires. Cette décision a plus globalement des conséquences quant aux aspects techniques entourant la copie du programme d’ordinateur.

---

25 . Les actes prévus aux 1° et 2° de l’article [L. 122-6](#) ne sont pas soumis à l’autorisation de l’auteur lorsqu’ils sont nécessaires pour permettre l’utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l’utiliser, y compris pour corriger des erreurs. Toutefois, l’auteur est habilité à se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs et de déterminer les modalités particulières auxquelles seront soumis les actes prévus aux 1° et 2° de l’article L. 122-6, nécessaires pour permettre l’utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l’utiliser. II. La personne ayant le droit d’utiliser le logiciel peut faire une copie de sauvegarde lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver l’utilisation du logiciel. III. La personne ayant le droit d’utiliser le logiciel peut sans l’autorisation de l’auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement ou la sécurité de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n’importe quel élément du logiciel lorsqu’elle effectue toute opération de chargement, d’affichage, d’exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu’elle est en droit d’effectuer. IV. La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n’est pas soumise à l’autorisation de l’auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l’article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l’interopérabilité d’un logiciel créé de façon indépendante avec d’autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes : 1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d’utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ; 2° Les informations nécessaires à l’interopérabilité n’ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ; 3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d’origine nécessaires à cette interopérabilité ( ... )

26 Cass., Civ. 1, 1er Juillet 1997, N° 95-13319

## B - Les aspects techniques : des limites posées par la CJUE

Dans la décision UsedSoft contre Oracle, la Cour de justice de l’Union Européenne vient préciser plusieurs notions, notamment techniques. Elle commence dans un premier temps par affirmer que la clause d’incessibilité contenue dans le contrat de licence fourni par la société Oracle n’est pas opposable aux tiers. Cette clause prévoit que « le paiement des services vous donne un droit d’utilisation à durée indéterminée, non exclusif, non cessible et gratuit, réservé à un usage professionnel interne, pour tous les produits et services qu’Oracle développe et met à votre disposition sur le fondement du présent contrat ». La Cour vient affirmer que l’épuisement des droits s’applique et ce « nonobstant la clause contenue dans le contrat de licence ».

Plusieurs arrêts avaient déjà affirmé que ces clauses étaient inopposables aux tiers. C’est le cas d’une décision des juridictions allemandes du 6 juillet 2000<sup>27</sup> concernant une clause contenue dans la licence fournie par Microsoft à ses clients. Celle-ci obligeait les clients de Microsoft à imposer à leur propre clientèle de ne distribuer les logiciels qu’avec du matériel neuf. Les juges ont affirmé dans cette décision que ces restrictions ne pouvaient étendre leurs effets aux tiers, c’est-à-dire aux contractants des clients de Microsoft, puisque l’épuisement des droits s’appliquait. Les clauses étaient donc nulles.

Cependant d’autres jurisprudences viennent s’opposer à la décision des juges européens. C’est le cas de la décision de la Cour d’appel de Douai du 26 janvier 2009<sup>28</sup> qui affirme que les conditions du titulaire des droits, en l’espèce Microsoft, doivent être respectées et qu’en cas de respect de ces conditions l’épuisement permet la libre circulation des exemplaires du programme d’ordinateur. Dans une décision du 12 novembre 1996<sup>29</sup>, le tribunal de commerce de Créteil avait affirmé qu’au regard de l’article L. 122-6, 3° du Code de la propriété intellectuelle, le titulaire des droits ne peut plus, après la première vente de l’exemplaire “imposer de conditions de commercialisation sur le fondement du droit d’auteur, sauf accord contractuel”. On peut déduire de ce raisonnement que des accords contractuels auraient pu permettre au titulaire des droits d’imposer des conditions de commercialisation, et donc interdire la revente de ses

---

27 GH 6 juillet 2000, OEM-Version : GRUR 2001, p.153 cité par s. von Lewinski, Chronique d’Allemagne : RIDA 4/2005, p. 235-333, à la p. 241

28 CA Douai 6e ch., 26 janv. 2009 : Propr. intell. 2009, n° 32, p. 268, obs. A. Lucas ; Expertises 2009, p. 153 ; RLDI 2009/50, 1635

29 TC, Créteil, 12 novembre 1996

logiciels. Plus récemment un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 5 juillet 2000<sup>30</sup> évoque le principe selon lequel « la transmission de l'utilisation du logiciel, en méconnaissance de l'interdiction de cession prévue par la convention, portait atteinte aux droits de l'éditeur du logiciel ». Là encore les juges considèrent que les clauses prévues dans la convention doivent être respectées pour ne pas porter atteinte aux droits de la société éditrice du logiciel.

La décision de la CJUE tranche donc les divergences jurisprudentielles. On peut penser que par la suite les clauses restrictives prévues dans les licences d'exploitation seront jugées nulles.

Par cette décision la CJUE vient également préciser la notion de téléchargement. On entend par téléchargement l'opération de transmission d'informations - programmes, données, images, sons, vidéos - d'un ordinateur à un autre via un canal de transmission, en général internet. Pour la Cour, « d'un point de vue économique, la vente d'un programme d'ordinateur sur CD-ROM ou DVD et la vente d'un programme d'ordinateur par téléchargement au moyen d'Internet sont similaires. En effet, le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel ». Elle précise également que le téléchargement « doit être regardé comme la reproduction nécessaire d'un programme d'ordinateur devant permettre à ce nouvel acquéreur d'utiliser ce programme d'une manière conforme à sa destination ». Du fait de cette précision, la CJUE a pu rejeter l'argument qu'invoquait la société Oracle. En effet, celle-ci invoquait l'argument selon lequel « la mise à la disposition d'une copie d'un programme d'ordinateur sur le site Internet du titulaire du droit d'auteur constitue une « mise à la disposition du public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, qui, conformément à l'article 3, paragraphe 3, de cette directive, ne peut donner lieu à l'épuisement du droit de distribution ». La Cour rejette cet argument en s'appuyant uniquement sur la directive de 2009, spécifique aux logiciels, et en rejetant l'application de la directive de 2001. Elle considère que la directive de 2009 est spécifique à la protection des logiciels tandis que la directive de 2001, concernant le droit d'auteur en général, n'a pas vocation à s'appliquer. C'est donc la loi spéciale qui s'applique au détriment de la loi générale. La directive de 2009 autorise en effet l'épuisement des droits. De plus la Cour affirme que le téléchargement de la copie donne lieu à un transfert de propriété entre le vendeur et l'acquéreur, et donc qu'il existe bien un acte de vente, ce qui là encore justifie l'application

---

<sup>30</sup> CA, Montpellier, 5 juillet 2000

de l'épuisement des droits. C'est donc à ce niveau du raisonnement de la Cour que les précisions concernant la qualification de téléchargement prennent tout leur sens d'un point de vue juridique et non plus seulement économique.

Les juges viennent tout de même poser un certain nombre de limites pour conditionner l'application de leur décision. D'abord le logiciel vendu d'occasion doit avoir été supprimé des matériels du primo acquéreur. La CJUE affirme que « l'acquéreur initial qui procède à la revente d'une copie matérielle ou immatérielle d'un programme d'ordinateur pour laquelle le droit de distribution appartenant au titulaire du droit d'auteur est épuisé, conformément à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, doit, aux fins d'éviter la violation du droit exclusif à la reproduction d'un programme d'ordinateur appartenant à l'auteur de celui-ci, prévu à l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 2009/24, rendre inutilisable sa propre copie au moment de la revente de celle-ci »<sup>31</sup>.

La Cour précise que « si la licence acquise par le premier acquéreur porte sur un nombre d'utilisateurs dépassant les besoins de celui-ci ( ... ) cet acquéreur n'est pas autorisé, par l'effet de l'épuisement du droit de distribution prévu à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24, à scinder cette licence et à revendre uniquement le droit d'utilisation du programme d'ordinateur concerné correspondant à un nombre d'utilisateurs qu'il aura déterminé. ». La revente ne peut se faire que si un seul acquéreur (primo ou secondaire) dispose réellement du logiciel. Par cette condition la Cour instaure au sein de l'Union européenne la théorie du *Forward and Delete*, sur laquelle nous reviendrons.

Cependant cette précision de la part des juges européens soulève la question de la preuve. En effet comment s'assurer que l'acquéreur initial supprimera bien sa copie une fois qu'il aura permis à l'acquéreur secondaire de télécharger sa propre copie. En cas d'absence de suppression l'acquéreur initial pourrait alors être accusé de contrefaçon.

Ensuite il faut revenir à la durée de concession du logiciel. En effet, en l'espèce, il s'agissait de licences permettant un accès illimité dans le temps au programme d'ordinateur. La Cour affirme que la revente n'est possible que dans le cas où cette durée est illimitée. Il faut alors savoir si la condition concerne la durée ou la validité de la licence. En effet dans le cas où la condition concernerait la validité de la licence, on peut penser

---

<sup>31</sup> Point 70 op. cit

que même en cas de durée limitée la revente serait possible, mais dans ce cas elle ne serait possible que jusqu'à l'expiration de la licence, après il s'agirait de contrefaçon.

Cette décision permet de mieux comprendre la position de la Cour de justice de l'Union européenne concernant un hypothétique marché de l'occasion des biens numériques. Elle vient également préciser de nombreuses notions, comme celles de l'acte de vente, de l'acquéreur légitime mais également le champ d'application de l'épuisement du droit de distribution. La deuxième décision intéressante à ce sujet est celle du 30 mars 2013 du tribunal de New York. Cette décision a trait aux oeuvres musicales, et ici les juges rejettent la possibilité de revendre les oeuvres sans l'autorisation du titulaire des droits. Cette décision ne s'oppose pas à celle de la CJUE, au contraire elle vient la compléter et cela nous permet de mieux comprendre les problématiques relatives à la seconde vie des œuvres.

## Section 2 - Le marché de l’occasion inapplicable aux oeuvres non logicielles

Alors que la décision de la CJUE concernait spécifiquement les oeuvres logicielles, laissant indéterminé le sort des oeuvres non logicielles, c’est sur le continent américain qu’il faut aller trouver un début de solution concernant ces dernières. En effet, dans un arrêt du 30 mars 2013, le tribunal de New York a eu à traiter de la question de la revente d’occasion de fichiers musicaux.

En l’espèce la société Redigi est une société qui propose à ses clients, par le biais d’une plateforme internet, de pouvoir revendre les fichiers musicaux qu’ils ont légalement achetés. Le fonctionnement du site Redigi est assez simple. L’utilisateur souhaitant vendre ses fichiers musicaux doit tout d’abord télécharger un logiciel nommé « Média Manager ». Ce logiciel permet l’analyse de l’ordinateur, ce qui permettra par la suite de savoir quels fichiers peuvent être vendus via ReDigi et quels fichiers ne peuvent pas l’être. Les fichiers pouvant être vendus sont ceux achetés via un compte Itunes ou bien via ReDigi à un autre utilisateur. Les fichiers exclus de la vente sont ceux qui seraient par exemple issus de téléchargement illégal. Une fois la liste de ces fichiers dressée, l’utilisateur est invité à supprimer de son ordinateur l’ensemble des fichiers musicaux issus du téléchargement illégal. En cas de refus le compte de l’utilisateur se verra alors supprimé et il ne pourra donc plus utiliser ReDigi. Les fichiers sélectionnés pour être vendu seront mis sur un serveur appelé le « Cloud Locker », pour que l’ensemble des utilisateurs de Redigi puissent avoir connaissance des fichiers disponibles et faire leur « marché », L’utilisateur B pourra donc sélectionner dans la bibliothèque de l’utilisateur A les fichiers qu’il souhaite acheter. Cet achat s’effectue en échange de « crédits », et non pas d’argent débités ou créditer sur des comptes bancaires. Les « crédits », permettent à l’utilisateur A d’acheter de nouveaux fichiers musicaux. Le logiciel s’assure ensuite que les fichiers vendus par l’utilisateur A à l’utilisateur B seront bien supprimés des terminaux de l’utilisateur A. La société Capitol, propriétaire du groupe Universal Music, a assigné Redigi pour diverses violations du Copyright Act. Le juge considère qu’il a bien violation des droits d’auteur de la société Capitol, et c’est ici l’enjeu central de la décision (§1) mais il précise également quelques notions d’importance mineure qu’il convient tout de même d’étudier ( §2 ).

## §1 - L'atteinte au droit d'auteur : l'enjeu central de la décision

Après avoir confirmé qu'il y avait bien en l'espèce une atteinte aux droits de la société Capitol (A), les juges rejettent l'argument de défense qui résidait dans une application de la First Sale Doctrine ( B )

### A - L'atteinte aux droits de la société Capitol

En l'espèce le conflit entre les parties portait principalement sur le processus de téléchargement qu'utilisait ReDigi pour transférer le fichier de l'utilisateur sur le Cloud Locker afin de permettre la vente du fichier. Pour le défendeur, cet acte de téléchargement n'était qu'un simple processus de « migration » de sorte que les données du fichier n'existent pas à deux endroits en même temps. ReDigi compare même ce processus à un « train »<sup>32</sup> permettant le transport des données<sup>33</sup>. Cette comparaison peut être rapprochée de celle faite par la Cour suprême du Canada qui affirmait, dans l'affaire Entertainment Software Association contre Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, du 12 juillet 2012, que « internet ne représente qu'un taxi technologique assurant la livraison d'une copie durable de la même œuvre à l'utilisateur »<sup>34</sup>. Pour Capitol ce processus impliquait nécessairement une copie du fichier numérique au moment du transfert du fichier entre l'ordinateur de l'utilisateur et le Cloud.

La Cour rappelle que l'article 106 du copyright act dispose « the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords; ( ... ) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending; ( ... ) to perform the copyrighted work publicly ». Cet article prévoit les droits dont dispose le titulaire des droits d'auteur, ce qui correspond globalement au droit de reproduction, de distribution et de représentation dans le système européen du droit d'auteur. Par la suite, elle affirme qu'il est incontestable que Capitol détienne des droits sur un certain nombre d'enregistrements présents sur la plateforme Redigi, tout en rappelant que la reproduction et la distribution de ces enregistrements

---

32 Dans l'arrêt il est précisé que le train n'était qu'une des nombreuses analogie utilisé par Redigi, qui a également évoqué les vaisseaux de Star Trek ou encore le dispositif de téléportation de Willy Wonka

33 « ReDigi asserts that the process involves « migrating » a user's file, packet by packet - « analogous to a train » - from the user's computer to the cloud locker so that data does not exist in two places at any one time »

34 §5 de la décision

n'étaient pas autorisées par Capitol. Pour les juges il y a bien violation du droit de reproduction et de distribution au sens de la loi sur le droit d'auteur, les droits de Capitol ont donc été violés.

La Cour traite dans un premier temps du droit de reproduction, elle rappelle que la reproduction non autorisée d'un fichier numérique sur internet a toujours été considérée comme une atteinte au droit d'auteur. Cependant elle relève que n'a jamais été posée la question de savoir si le transfert non autorisé d'un fichier sur internet constituait une reproduction, alors même qu'un seul fichier existe avant et après le transfert. Plus qu'une question juridique, c'est un aspect technique influençant la qualification de reproduction qui est ici traité. Au sens de l'article 106 du Copyright Act, la reproduction est qualifiée lorsqu'une oeuvre est fixée sur un nouvel objet matériel. En l'espèce les juges considèrent que le disque dur ou le Cloud Locker peut être considéré comme un objet matériel. En effet le fichier musical doit être copié en premier lieu sur le Cloud Locker de ReDigi pour ensuite être une nouvelle fois copié sur le disque dur de l'acheteur.

Un parallèle est fait concernant la question de la reproduction sur les plateformes de peer-to-peer. Les juges américains avaient considéré dans les affaires de peer-to-peer qu'il y avait bien reproduction puisque l'utilisateur téléchargeait une séquence comprenant un codage magnétique sur un segment de son disque dur ce qui lui permettait de reproduire le son de l'enregistrement<sup>35</sup>.

Dans un second temps le tribunal de New York vient examiner la question de la violation du droit de distribution. Il affirme que « le transfert d'un fichier électronique est clairement le genre de transaction qui pourrait s'adapter à la définition de distribution. ». En droit français, le droit de distribution est défini comme étant le droit exclusif pour le titulaire du droit d'auteur d'autoriser le premier transfert de propriété, tel que la vente, de chaque exemplaire protégé par un droit d'auteur. Aux Etats-Unis, la définition du droit de distribution semble être identique, les mêmes droits sont accordés au titulaire du droit d'auteur sur l'oeuvre. Dans cette affaire, les juges n'ont pas eu de difficultés à qualifier la violation du droit d'auteur, une violation du droit de reproduction et du droit de distribution. Cependant, lorsque l'on prend en considération la définition du droit de distribution, on

---

35 « when a user on a [P2P] network downloads a song from another user, he receives into his computer a digital sequence representing the sound recording. That sequence is magnetically encoded on a segment of his hard disk (or likewise written on other media). With the right hardware and software, the downloader can use the magnetic sequence to *reproduce* the sound recording. »

s'aperçoit que n'est pris en considération uniquement « le premier transfert de propriété ». Cette définition prend évidemment en compte la théorie de l'épuisement des droits, qui a son équivalent en droit d'auteur anglo-saxon. C'est en effet la First Sale Doctrine, doctrine de la première vente, qui permet la revente des oeuvres sans l'autorisation du titulaire des droits après la première mise en circulation sur le marché. La question de l'application de la First Sale Doctrine était également au coeur de l'affaire ReDigi puisque c'est l'argument que soulevait la société pour sa défense.

## **B - L'inefficience de la First Sale Doctrine**

La First Sale Doctrine est donc la théorie, similaire à celle de l'épuisement du droit de distribution en droit européen, selon laquelle une personne qui achète une oeuvre protégée reçoit par cette vente le droit de la vendre à son tour, de l'exposer ou d'en disposer autrement. Il faut qu'il y ait transfert de propriété pour que la First Sale Doctrine puisse s'appliquer. Si la personne détient une oeuvre par le biais de la location ou du prêt, elle ne pourra pas se prévaloir de cette théorie. C'est donc une exception, ou au moins une limitation aux prérogatives du titulaire des droits. Elle est prévue au paragraphe 109 du Copyright Act qui dispose que « Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord. »<sup>36</sup>.

En l'espèce ReDigi affirmait que la First Sale Doctrine s'appliquait puisque les fichiers musicaux avaient légalement été acquis par le biais d'itunes. Les propriétaires des fichiers musicaux, qui sont les utilisateurs de Redigi, pouvaient donc revendre leur propriété en vertu de cette doctrine sans l'autorisation du titulaire des droits sur les oeuvres, en l'espèce la société Capitol.

Pour le juge fédéral, la First Sale Doctrine n'a ici pas vocation à s'appliquer puisque la reproduction préalable est illicite. Or cette reproduction est nécessaire à l'offre du fichier musical sur le Marketplace de ReDigi<sup>37</sup>. L'acte de reproduction, jugé comme étant une violation au droit d'auteur, devient donc un obstacle à la défense de la société ReDigi. Le

---

<sup>36</sup> « Nonobstant les dispositions de l'article 106 ( 3 ), le propriétaire d'une copie ou d'un phonogramme déterminé de source licite au sens du présent titre, ou toute personne autorisée par ledit propriétaire, est en droit, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, de vendre ou de disposer autrement de cette copie ou de ce phonogramme déterminé. »

<sup>37</sup> Stéphane Cherqui, Emmanuel Emile-Zola-Place, « retour sur la licéité du marché secondaire des biens culturels numériques », légipresse n°306, juin 2013, p. 343-349

juge ayant rejeté l'application de la théorie du « forward and delete », la first Sale est inapplicable.

C'est bien ici l'acte de reproduction qui fait échec à l'application de l'épuisement des droits, contrairement à la décision *UsedSoft* où la question centrale reposait sur l'aspect immatériel des fichiers. Pourtant la décision du 19 mars 2013 avait laissé penser que le champ d'application de la First Sale Doctrine aurait vocation à s'étendre<sup>38</sup>. Cela n'a pas été la volonté des juges en l'espèce puisqu'ils affirment que « la défense de la First Sale Doctrine est, aux termes même du texte, limitée aux allégations relatives au droit de distribution (...). Parce que la Cour a conclu que le service Redigi viole le droit de reproduction de Capitol, la défense de la First Sale Doctrine est inapplicable à la contrefaçon de tel droits ». La Cour ajoute également que l'article 109 vise « le propriétaire d'une copie ou d'un phonogramme déterminé », or en l'espèce, il y a reproduction du fichier d'origine lors du téléchargement sur le Cloud Locker donc ce n'est pas le fichier déterminé qui est revendu mais bien la copie de ce fichier.

Bien que ce soit l'acte de reproduction qui empêche l'application de la doctrine de la première vente pour les juges, ils rappellent tout de même que cette doctrine n'a pas vocation à s'appliquer pour les oeuvres dématérialisées. Pourtant dans un rapport de mars 2013, Marie A. Pallante, directrice du US copyright office avait affirmé que « la doctrine de la first sale peut être délicate à conceptualiser dans un contexte digital, mais le Congrès pourrait néanmoins choisir de la revoir (...) Le Congrès pourrait considérer que le principe général de la first sale conserve sa pertinence dans l'époque digitale et peut être adéquatement adaptée via la technologie - par exemple, à travers des mesures qui préviendraient ou détruiraient les copies additionnelles. »<sup>39</sup>. Là encore la théorie du Forward and Delete apparaît comme une solution.

A l'heure actuelle les divergences qu'il existe encore entre le droit des biens matériels et le droit des biens numériques semblent être un frein à l'apparition d'un marché secondaire. Cependant ReDigi, suite à cette décision, a déjà mis en place une nouvelle version de son logiciel qui permettrait de supprimer l'étape de la copie, ce qui

---

38 Cour suprême, 19 mars 2013, *Kirtsaeng c/ Wiley & Sons* : Un étudiant thaïlandais avait revendu aux Etats-unis via Ebay des livres scolaires commercialisés en Asie par Wiley & Sons. En première instance et en appel les juges avaient retenus que la first sale doctrine ne pouvait pas s'appliquer aux exemplaires fabriqués en dehors des Etats Unis. La Cour suprême a censuré cette décision. La FSD peut s'appliquer aux copies d'une oeuvre protégée licitement fabriquées à l'étranger.

39 Maria A. Pallante, « the next great copyright act », *columbia journal of law and the arts*, mars 2013, p.332.

permet d’empêcher la qualification de violation du droit de reproduction. Cependant il est à craindre que les juges trouvent une nouvelle solution pour pouvoir contrer ce genre de pratiques et réellement interdire la vente d’occasion des biens culturels numériques.

## §2 - Les questionnements subséquents : des éléments collatéraux de la décision

Dans cette décision le tribunal revient sur la notion d’atteinte directe ou indirecte au droit d’auteur (A) ce qui peut être considérée comme une notion annexe mais il en profite également pour revenir sur l’affrontement fondamental que constitue cette affaire (B)

### A - L’atteinte au droit d’auteur : une atteinte directe ou indirecte

Après avoir qualifié d’atteinte au droit d’auteur les agissements de la société Redigi, la Cour a dû se demander si ces atteintes étaient directes ou indirectes. Pour être qualifiée de directe, une atteinte doit répondre à plusieurs conditions. D’abord la conduite doit être volontaire, c’est à dire que la personne coupable d’atteinte au droit d’auteur a conscience qu’il agit en violation du droit d’auteur. Ensuite cette conduite volontaire doit provoquer la reproduction ou la distribution. En l’absence de l’un de ces deux actes, la reproduction ou la distribution de l’oeuvre, l’atteinte ne pourra être directe. L’atteinte indirecte sera quant à elle qualifiée lorsque la personne concernée n’a fait que contribué à l’infraction ou a bénéficié de cette infraction. Cependant dans cette hypothèse l’infraction est réalisée directement par un tiers.

Dans un premier temps le tribunal considère qu’il s’agit bien ici d’une atteinte directe puisque Redigi a permis l’atteinte aux droits du titulaire, en l’espèce Capitol, en mettant à disposition de ses clients la plateforme de vente d’occasion de leurs fichiers musicaux. Pour le tribunal, la société Redigi a donc eu « un rôle fondamental et délibéré » dans la violation des droits de la société demanderesse.

Dans un second temps, le tribunal se penche sur la question de l’atteinte indirecte. En effet la société Capitol soutenait qu’il y avait en l’espèce violation indirecte par contribution à l’atteinte au droit d’auteur de la société, mais également incitation à la violation et atteinte du fait d’autrui. Concernant la contribution à la violation la Cour précise que la contribution est qualifiée lorsqu’une personne, ayant connaissance d’une activité illicite, induit, cause ou contribue matériellement à cette activité. Pour la Cour il est incontestable que Redigi avait connaissance du fait que son activité était illicite. En effet plusieurs éléments ont permis aux juges d’aller en faveur de la qualification de la violation indirecte par contribution. D’abord Redigi avait prévenu ses investisseurs dans leurs

contrats que « the law cannot be said to be well-settled », autrement dit la société savait qu'elle violait la loi mais puisque la loi était inadéquate, en cas de conflit, les juridictions lui donneraient raison. Ensuite Redigi, avant ce conflit, avait déjà reçu plusieurs mises en demeure de la part d'associations de défense des droits d'auteurs. Enfin Redigi savait pertinemment que les oeuvres qui étaient revendues sur sa plateforme étaient des oeuvres protégées, et donc la reproduction de celles-ci nécessitait indéniablement une autorisation du titulaire des droits. En effet avant son lancement, les créateurs du système avaient consulté plusieurs avocats, et bien que la société n'ait pas révélé les conseils que ces derniers lui avaient fournis il est évident qu'elle a dû être prévenue de l'ensemble des problématiques juridique entourant ce projet.

En ce qui concerne l'aspect matériel de l'infraction de contribution, la Cour considère que c'est le fait pour la société de fournir le « Cloud Locker » qui permet de qualifier l'élément matériel puisque sans ce Cloud, les utilisateurs de Redigi n'auraient pu commettre l'infraction de contrefaçon. La Cour vient ici utiliser les arguments commerciaux de la société contre elle puisqu'elle relève que ReDigi affirme sur son site que «< Plus que tout autre site web qui permet la vente de musique, ReDigi est intimement impliqué dans l'examen du contenu qui sera vendu, et supervise les étapes de la création de la musique disponible à la vente ><sup>40</sup>, cela implique le fait que ReDigi est « impliqué > dans l'infraction.

Concernant l'atteinte du fait d'autrui, elle est qualifiée lorsque la personne concernée a la capacité à superviser une activité de contrefaçon et a également un intérêt financier dans les activités de contrefaçon. En l'espèce, la Cour considère que ReDigi supervisait bien cette activité et disposait également d'un intérêt financier, puisque le site bénéficie de 60% du produit de chaque vente. Il y a donc bien atteinte du fait d'autrui. Cependant la Cour ne retient pas l'incitation. La contribution à la violation et l'atteinte du fait d'autrui étant qualifiées, la Cour retient qu'il y'a également atteinte indirecte au droit de la société Capitol de la part de la société Redigi.

La responsabilité de ReDigi est donc double puisque l'atteinte au droit d'auteur est aussi bien directe, pour certains faits, qu'indirecte, pour d'autres faits. La Cour traite ici de questions relatives au droit d'auteur qui ont beaucoup d'importance dans cette affaire. Cela a permis de clarifier certaines notions. Cependant, elle soulève également un débat que l'on qualifiera de plus «< sociétal >, puisque la Cour rappelle également l'importance de

---

40 « more than any other website that permits the sale of music, ReDigi is intimately involved in examining the content that will be sold and supervising the steps involved in making the music available for sale and selling it. »

cette décision d’un point de vue culturel, politique et juridique. Elle parle en effet d’ « affrontement fondamental ».

### **B - « L’affrontement fondamental » : une prise de conscience sur la portée de la décision**

Contrairement à la CJUE, la District Court de New York a pris toute la mesure de l’importance de la décision qu’elle allait rendre. Elle a en effet, dès le début de sa décision, fait remarquer que ce litige entraînait un affrontement fondamental entre la culture, la politique et le droit d’auteur<sup>41</sup>. Pour comprendre cette affirmation il faut saisir l’importance des faits au regard de la culture, de la politique et du droit d’auteur.

D’un point de vue culturel, la demande de ReDigi est très importante. En effet, dans ce procès le but de ReDigi est de rendre ses actes licites, c’est-à-dire pouvoir revendre des fichiers musicaux que l’on a acquis légalement. En laissant l’aspect juridique de côté, et donc les éventuelles atteintes au droit d’auteur que cela pouvaient entraîner, la proposition de ReDigi paraît culturellement très intéressante. En effet permettre d’acquérir des fichiers musicaux à moindre coût permettrait un accès plus large à la culture, notamment pour les populations à faible revenus. Les fichiers musicaux ne sont évidemment pas les seuls biens culturels concernés, les livres, les oeuvres audiovisuelles et cinématographiques seraient potentiellement des marchés importants pour la revente d’occasion. Cela permettrait donc une plus large diffusion des oeuvres. De plus, du point de vue des auteurs et non plus du public, la solution proposée par ReDigi permettrait de leur fournir une rémunération supplémentaire puisqu’une partie du prix de la revente leur serait reversée. Il semble que la mise en place d’un tel système paraît, d’un point de vue culturel, assez pertinent. En effet l’objectif de diffusion de la culture est pleinement rempli d’un côté et de l’autre. Les auteurs des oeuvres sont tout de même rémunérés d’abord une première fois pour l’oeuvre originale et ensuite une seconde fois pour la revente de l’oeuvre ce qui permet de continuer à financer la création.

Lorsque la Cour évoque l’affrontement politique, il semble qu’elle évoque ici les nombreux lobbys qu’il peut exister dans le secteur culturel. En effet, et c’est particulièrement le cas aux Etats-Unis, le secteur culturel est un marché à part entière, c’est une véritable industrie. Le bien culturel n’est rien d’autre qu’un produit, qui par sa

---

41 « What has ensued in a fundamental clash over culture, policy, and copyright law »

vente entraîne un gain. Les géants du secteur musical ou cinématographique n’ont en effet aucun intérêt à ce que les possibilités de divers marchés, ici le marché secondaire, soient investis par des sociétés indépendantes telles que ReDigi. Le même affrontement a lieu en France où l’industrie du livre est très protégée par les pouvoirs publics. Cependant le conflit est ici inversé puisque bien souvent les innovations ne sont pas contestées par les grosses sociétés mais par les éditeurs français qui souhaitent conserver leur place et leurs droits. Amazon a déjà commencé à investir dans le marché de l’occasion, mais cela reste le marché de l’occasion matériel, puisqu’il propose systématiquement le livre d’occasion à côté du livre neuf sur son site. On voit alors que le marché secondaire pour les oeuvres littéraires ne se cantonne plus aux vide-greniers ou aux bouquinistes, il est désormais présent sur Internet. De plus, Amazon a déposé en 2009 un brevet pour la mise en place d’une plateforme de revente d’occasion de livres numériques. Le 29 janvier 2013 l’United State Patents and Trademarks office<sup>42</sup> a émis le brevet n° 8364595 à la société Amazon pour le développement d’un marché secondaire des biens immatériels. ReDigi a d’ailleurs déclaré au sujet de ce brevet que cela était une preuve supplémentaire que le marché secondaire est l’avenir de l’espace numérique et qu’il n’y a pas de retour en arrière.<sup>43</sup> Pour Bill Rosenblatt, « si Amazon est autorisé à effectuer des transactions de reventes sans avoir à compenser les éditeurs, alors la firme pourra dire ‘ auteurs, connectez vous avec nous et nous allons vous donner une part sur la revente ’. Cela pourrait attirer des auteurs qui, autrement, signent avec les éditeurs traditionnels. »<sup>44</sup>. L’affrontement politique résulte donc de l’affrontement entre les intérêts de chacun, les géants de l’industrie culturelle, certains acteurs tels que les éditeurs, et le public.

L’aspect juridique est quant à lui le plus complexe puisqu’il résulte d’interprétations de la loi, mais également de son application à de nouveaux domaines encore absents au moment de son élaboration. La question de l’innovation législative est au coeur de ce procès puisque Redigi, par ses demandes, démontre qu’une évolution est nécessaire au vu de l’incohérence de certaines situations. Au cours de sa défense ReDigi donne un exemple pertinent. La société affirme en effet que si l’on considère que le fait de copier un fichier à un endroit différent, alors même qu’il n’existe plus sur l’endroit initial, est une atteinte au droit de reproduction, cela reviendrait à affirmer que lorsqu’une personne

---

42 USPTO : INPI aux Etats Unis

43 Site officiel de ReDigi, 7 février 2013, « ReDigi believes the Amazon patent is further proof that the secondary market is the future of the digital space and that there is no turning back »

44 Anonyme, « La vente des ebooks d’occasion nuisible pour l’industrie du livre », Site Actualitté, publié le 11 février 2013

défragmente son disque dur ou qu'elle « trie » ses fichiers culturels dans des dossiers pour par exemple les classer par catégories, elle aussi porte atteinte au droit de reproduction.

Après avoir étudié ces deux décisions et le raisonnement des deux juridictions, il convient de se demander si ces solutions seraient transposables, pour la première aux œuvres non logicielles et pour l'autre en droit européen.

## Chapitre 2

### Les conséquences des solutions prétoriennes sur l'évolution du marché de l'occasion

Les deux arrêts majeurs traitant de la question du marché de l'occasion des biens culturels numériques sont donc la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 juillet 2012, et du point de vue étasunien, la décision du tribunal de New York en date du 30 mars 2013. Ces deux arrêts ont véritablement bousculé la vision que les professionnels du droit et de la culture avait d'un hypothétique marché de l'occasion cependant ils restent tous deux cantonnés à un champ d'application très spécifique. D'abord l'arrêt de la CJUE a vocation, au premier abord, à ne s'appliquer qu'aux oeuvres logicielles. Ensuite, la décision du tribunal de New York est quant à elle fondée sur le droit-anglo saxon et donc sur le système du copyright, qui diffère quelque peu du droit d'auteur européen. Il convient donc d'essayer de transposer chacune de ces décisions dans un système différent de celui auquel elles s'appliquent, d'une part transposer la solution Usedsoft aux oeuvres non logicielles (section 1), et d'autre part transposer la solution ReDigi au sein du système de protection des droits d'auteurs européen ( section 2 ).

#### Section 1 : La transposition de la solution Usedsoft aux oeuvres non logicielles

Si l'arrêt Usedsoft a pris une telle ampleur au sein de la doctrine, ce n'est pas réellement du fait de l'impact de la décision sur les oeuvres logicielles, bien que celui-ci soit tout de même important, mais plus pour l'éventuelle transposition de cette solution aux oeuvres non logicielles. En effet les auteurs de doctrine, mais également les professionnels du secteur culturel ont tous débattu sur la possibilité d'élargir la portée de la décision de la CJUE. Les arguments en faveur (§1) ou à l'encontre ( §2 ) d'une telle transposition sont nombreux, cependant il n'y a pas réellement de prise de position certaine à ce sujet.

## §1 - Les arguments à l’encontre d’une extension de la portée de la décision Usedsoft

L’application de la décision Usedsoft aux oeuvres non logicielles a largement été critiquée par la doctrine. En effet pour certains auteurs, cela serait une erreur et un danger pour les auteurs. De nombreux auteurs ont donc entrepris un « listing » des arguments à l’encontre d’une éventuelle extension. Une typologie des arguments ressort alors, certains arguments ont un fondement purement juridique (A), alors que d’autres trouvent leur fondement dans les aspects techniques ou économiques (B).

### A - Les arguments ayant des fondements juridiques

Pour Gilles Vercken<sup>45</sup>, la spécificité des logiciels au sein des autres oeuvres de l’esprit protégées par le droit d’auteur est le principal argument permettant de considérer que cette solution n’est pas transposable. En effet le logiciel n’est une oeuvre que depuis 1968, auparavant il ne bénéficiait d’aucune protection. La protection du logiciel étant récente on peut penser qu’il reste une oeuvre à part des oeuvres dites classiques telles que les oeuvres musicales, littéraires ou encore audiovisuelles. La protection des logiciels avaient d’ailleurs fait débat à son origine, il y avait une hésitation importante concernant le fondement de la protection. Le législateur avait envisagé plusieurs possibilités, une protection via le droit des brevets, une protection via le droit d’auteur ou encore un régime propre aux logiciels. Finalement la loi du 2 janvier 1968<sup>46</sup> a tranché en faveur d’une protection sous l’égide du droit d’auteur. Celle-ci exclut les logiciels de l’application du droit des brevets puisqu’ils ne remplissaient pas la condition de caractère industriel. L’article L611-10 du code de la propriété intellectuelle prévoit que « sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles » et précise par la suite que « ne sont pas considérées comme des inventions au sens du premier alinéa du présent article notamment : ( ... ) les programmes d’ordinateurs ». Cet article exclut donc bien l’application du droit des brevets pour les logiciels.

La spécificité de l’oeuvre logicielle par rapport aux autres oeuvres de l’esprit est parfaitement illustrée par la protection de certains éléments du logiciel alors que ces derniers peuvent être assimilés à de simples idées selon certains auteurs. La protection

45 Gilles Vercken, « vers un marché de l’occasion des biens culturels numériques ? », *légipresse*, n° 303, Mars 2013, p. 146-151

46 Loi n°68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d’invention

de ces éléments, tels que les algorithmes ou les fonctionnalités du logiciel, est donc contraire à l'adage selon lequel les idées sont de libre parcours. Cependant la protection des éléments fondamentaux du logiciel était indispensable. Le logiciel se distingue également des autres oeuvres puisqu'il existe des spécificités dans le droit qu'il lui est applicable, bien que cela reste du droit d'auteur. Il n'existe en effet aucune notion de communication au public dans le droit applicable aux logiciels. Pour Gilles Vercken, cette notion est pourtant fondamentale pour les autres types d'oeuvres et l'épuisement ne lui est pas applicable. Le droit de communication au public se définit comme toute communication à un public d'une œuvre par quelque procédé que ce soit, tels qu'une représentation sur scène par un artiste, la représentation d'un film au cinéma, la radiodiffusion d'une œuvre, la mise à disposition d'une œuvre via Internet, la retransmission par câble d'une œuvre radiodiffusée par un éditeur de services. Cette communication nécessite l'autorisation de l'auteur pour l'ensemble des oeuvres protégées par le droit d'auteur, à l'exception de l'oeuvre logicielle. On peut donc imaginer que si une oeuvre non logicielle était mise en ligne sur une plateforme de revente d'occasion alors cela reviendrait à violer le droit de communication au public de l'auteur puisque l'épuisement ne pourrait pas s'appliquer en l'espèce. Gilles Vercken expose aussi les arguments selon lesquels la notion d'acquéreur légitime n'est consacrée qu'en droit d'auteur du logiciel et non pas pour les autres oeuvres. Cependant cet argument reste contestable puisque bien que la notion d'acquéreur légitime soit une notion importante dans l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, il est probable qu'elle ne soit pas indispensable au raisonnement. Il ajoute également que le droit applicable aux différentes oeuvres diffère également du fait des différences qu'il existe entre les actes non soumis à autorisation pour les oeuvres logicielles et les oeuvres non logicielles mais également entre les exceptions au droits d'auteur.

L'argument qui ressort de façon majoritaire au sein de la doctrine est également le fait que la CJUE, tout au long de sa décision, se soit appuyée sur la directive spécifique aux oeuvres logicielles sans se fonder sur la directive de 2001. En effet dans sa décision la Cour affirme que « il y a lieu de rappeler que la directive 2009/24, qui concerne spécifiquement la protection juridique des programmes d'ordinateur, constitue une *lex specialis* par rapport à la directive 2001/29 »<sup>47</sup>. Or selon l'adage *Specialia generalibus derogant*, la loi spéciale déroge à la loi générale. En se fondant sur la loi spéciale, la CJUE tente de cantonner l'application de sa décision selon plusieurs auteurs. Cependant le fait

---

<sup>47</sup> Point 56

de ne prendre en considération qu'une seule directive, en l'espèce la directive la plus spécifique, n'est finalement qu'une application à bon droit. Appliquer la loi spécifique lorsque celle-ci a vocation à s'appliquer ne signifie pas que l'application d'une loi plus générale aurait donné une solution différente. Là encore l'argument de la doctrine est selon nous contestable.

Considérant l'article 29 de la directive du 22 mai 2001, c'est également un argument à l'encontre d'une transposition de la solution UsedSoft aux oeuvres non logicielles. En effet celui-ci 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 oeuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. ». Or la mise à disposition d'une oeuvre sur internet constitue un service au sens du droit de l'Union, l'épuisement des droits semblerait alors inapplicable à cette situation. De ce fait, ce considérant est véritablement un frein à la reconnaissance de la légalité d'un marché de l'occasion. Là encore on voit qu'il faudra nécessairement une réforme du droit d'auteur pour qu'un tel marché puisse voir le jour. À l'heure actuelle, cela semble n'être qu'une possibilité d'alternative au coût de la culture pour le public mais l'aspect législatif empêche cette évolution. À côté de ces aspects juridiques, certains aspects techniques et économiques freinent également la transposition de la solution UsedSoft aux oeuvres non logicielles.

## B - Les arguments ayant des fondements techniques et économiques

L’aspect technique et économique reste très important puisqu’il apporte des précisions quant aux différences qu’il peut exister entre les oeuvres logicielles et les oeuvres non logicielles. Ce sont sur ces différences que sont basés les arguments à l’encontre d’une transposition de la solution de la Cour de justice de l’Union européenne.

D’un point de vue économique il faut rappeler que le contexte est tout à fait différent s’agissant des oeuvres logicielles et des autres oeuvres protégées par le droit d’auteur. En effet Gilles Vercken relève plusieurs difficultés économiques. Tout d’abord le logiciel sera utilisé de façon quasi permanente par l’acquéreur alors que les oeuvres classiques ont vocation à être utilisées périodiquement. De plus, leur utilisation varie en fonction des goûts, des modes et des envies. Par exemple, un logiciel à vocation professionnelle tel que le logiciel de compatibilité devrait, une fois acheté par la société, être utilisé pour une période indéfinie. Le logiciel n’aura plus d’intérêt pour la société que si un logiciel plus performant arrive sur le marché, et même si c’est le cas, la société qui a acquis le logiciel a tout intérêt à rentabiliser son achat et donc à le garder le plus longtemps possible. Ce n’est pas tout à fait le cas pour les oeuvres classiques, par exemple pour les jeux vidéo dits « scénarisés » une fois l’ensemble des missions terminées, le jeu n’a plus aucun intérêt pour l’utilisateur, il pourra donc le revendre. De même pour un livre qui une fois lu ne sert plus qu’à remplir une bibliothèque, puisque la plupart des lecteurs ne relisent pas leurs livres une seconde fois. Le bien culturel, une fois consommé n’a donc plus aucun intérêt, mis à part l’aspect de la collection.

Toujours d’un point de vue économique on peut également relever une différence quant à l’actualité d’une oeuvre logicielle et celle d’une oeuvre non logicielle. Le logiciel est une oeuvre qui devient rapidement obsolète, bien qu’elle se renouvelle par le biais des mises à jour, il y a régulièrement de nouvelles technologies présentent sur le marché, et de nouveaux besoins apparaissent<sup>48</sup>. Un tableau, un film ou encore un livre restent intemporels. Bien que des courants existent au sein de l’art, généralement une oeuvre ne fait que prendre de la valeur avec son ancienneté.

---

48 Gilles Vercken, « vers un marché de l’occasion des bien culturels numériques ? », légipresse, n° 303, Mars 2013, p. 146-151

L'argument économique que l'on retrouve également régulièrement au sein de la doctrine est celui de l'usure de l'oeuvre. En effet alors qu'un livre sous format papier a une durée de vie, puisque le support va se détériorer au fil des lectures et consultations, le fichier numérique est quasi inaltérable. En prenant en considération cette caractéristique du bien culturel numérique, on peut donc penser que l'application de l'épuisement des droits à ce type d'oeuvres aurait des conséquences importantes pour la rémunération de l'auteur. Dans l'hypothèse où l'épuisement serait applicable aux oeuvres numériques, comme il l'est aux oeuvres logicielles, cela entrainerait la possibilité d'ouverture d'un marché de l'occasion. Le marché de l'occasion est toléré pour les oeuvres sous format matériel puisque le support a une durée vie plus ou moins déterminée, la revente n'est donc possible qu'un certain nombre de fois. Pour les oeuvres immatérielles, les reventes pourraient être réalisées en un nombre indéterminé ce qui causerait un préjudice important pour l'auteur. Là encore il faut noter une différence avec les oeuvres logicielles, qui a d'ailleurs été relevée par la Cour dans sa décision. La Cour a considéré que le titulaire des droits sur oeuvre logicielle tire toute sa valeur au moment de la première vente, et c'est l'une des raisons pour lesquelles elle a permis l'application de l'épuisement des droits à la distribution d'oeuvres logicielles. Ce n'est que très rarement le cas pour les oeuvres classiques, même numériques. En effet même si quelques artistes tirent de leurs oeuvres graphiques ou plastiques<sup>49</sup> une somme importante dès la première vente le droit d'auteur a tout de même mis en place le système du droit de suite qui permet aux auteurs de recevoir un pourcentage sur le prix lors des ventes ultérieures de l'oeuvre<sup>50</sup>.

Le logiciel se distingue également des autres oeuvres par sa nature et son usage. En effet celui-ci est un outil qui ne peut être utile que s'il est exécuté. L'exécution d'un logiciel suppose sa reproduction puisque une exécution consiste à réaliser une instruction qui pour ce faire est d'abord copiée, donc reproduite, puis décomposée bit par bit<sup>51</sup>. La reproduction est donc un aspect propre au logiciel, ne pas lui appliquer l'épuisement des droits reviendrait alors à interdire son exécution et donc à rendre le logiciel inutilisable. On comprend donc bien que la Cour ne pouvait pas s'appuyer sur le fait qu'il existe un acte de reproduction, ce qui violerait les droits du titulaire comme cela a été fait par le tribunal de New York dans l'arrêt ReDigi.

---

49 on pense ici aux tableaux, installations ou sculptures

50 Article L122-8 du Code de la propriété intellectuelle

51 unité de mesure élémentaire du système informatique, ne pouvant prendre que deux valeurs 1 ou 0.

Les oeuvres non logicielles bénéficient également de mesures techniques de protection qui permettent de limiter le nombre de copies réalisées par l'utilisateur. L'article L331-9 du Code de la propriété intellectuelle dispose en effet que « Les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection définies à l'article L 331-5 peuvent leur assigner pour objectif de limiter le nombre de copies. »<sup>52</sup>. Ces mesures techniques ne sont pas prévues pour les logiciels. Celles-ci permettraient donc de limiter le développement du marché de l'occasion pour les oeuvres non logicielles.

Enfin dans son arrêt la CJUE introduit la notion de Forward and Delete puisque l'une des conditions à la possibilité de revendre un logiciel d'occasion est le fait pour le primo acquéreur de devoir obligatoirement supprimer la copie du logiciel dont il disposait. Cette obligation paraît difficilement transposable aux oeuvres non logicielles puisque l'obligation de preuve qu'impose la CJUE imposerait selon Gilles Vercken une charge excessive pour le consommateur. Cela paraîtrait disproportionné au regard du prix du bien numérique d'occasion<sup>53</sup>.

Au vu de ces arguments, aussi bien juridiques, techniques qu'économiques, il semble difficile d'entrevoir la possibilité de la mise en place d'un marché de l'occasion des biens culturels numériques calqué sur celui qui existe déjà pour les oeuvres logicielles. Cependant il faut mettre ces arguments en balance avec les arguments en faveur d'une transposition de la solution UsedSoft aux oeuvres non logicielles.

---

52 L'article L331-5 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle définit les mesures techniques de protection comme « toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue par cet alinéa. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée au même alinéa est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection. »

53 A titre d'exemple le prix de vente d'un fichier musicale sur Itunes est de 1,29 € pour un Single, 6,99 € pour un album. Le prix serait donc encore inférieur pour un album ou un single revendu d'occasion, approximativement 30% moins chère qu'un fichier neuf.

## §2 - Les arguments en faveur d’une extension de la portée de la décision UsedSoft

Les arguments en faveur d’une éventuelle extension de la portée de la décision UsedSoft restent tout de même minoritaires vis-à-vis des arguments en sa défaveur. Bien que l’extension de la décision paraît difficile pour les oeuvres dites classiques (B), il apparaît que certains éléments du jeu vidéo puissent être en faveur de l’extension de la décision à ces dernières oeuvres ( A )

### A - L’extension possible de la décision aux jeux vidéos

Pour André Lucas<sup>54</sup>, la question de la portée extensive de l’arrêt doit en premier lieu intéresser les jeux vidéo. En effet, on peut penser que ce sont les oeuvres qui se rapprochent le plus des oeuvres logicielles. La qualification juridique du jeu vidéo a donné lieu à divers courant doctrinaux et la jurisprudence a également été incertaine pendant de nombreuses années.

Bien que le jeu vidéo ne soit pas présent au sein du code de la propriété intellectuelle il n’en demeure pas moins qu’il peut être protégé au titre du droit d’auteur. En effet, deux arrêts<sup>55</sup> de 1986 ont consacré le jeu vidéo en tant qu’oeuvre protégeable. Dans ces deux arrêts, les juges ont fait une distinction entre la partie logicielle du jeu vidéo et sa partie audiovisuelle. La question est cependant de savoir s’il faut faire une application distributive du droit d’auteur à chaque élément du jeu vidéo. La doctrine s’est beaucoup interrogée sur l’aspect unitaire du jeu vidéo, si tel était le cas il conviendrait alors qu’un régime sui generis lui soit appliqué.

Dans un premier temps la jurisprudence a pris position pour une qualification unitaire du jeu vidéo. Cette qualification n’a cependant pas permis la mise en place d’un régime sui generis, bien au contraire les juges ont alors opté pour une extension du droit applicable à l’un des éléments de l’oeuvre complexe. En 2003 la Cour de cassation<sup>56</sup> avait décidé d’écarter la qualification de base de données, c’est finalement l’aspect logiciel qui a

54 A. Lucas, « droit de distribution - logiciel - téléchargement — épuisement ( oui ), CJUE, gde ch., 3 juillet 2012 aff. C-128/11 Usedsoft GmbH c/ Oracle International Corp », Propriétés intellectuelles, juillet 2012 / n°44

55 Plén. 7 mars 1986 *Atari et Williams Electronics* ; D.86 p. 405 conclusions Cabannes, note Edelman ; RIDA juillet 86 n°129 p. 134 note A. Lucas ; RTDCom 1986 p. 399, obs. Françon ; JCP E 1986 I 15791, chron. droit de l’informatique par MM. Vivant et Lucas, n° 5

56 Cass, 28 janvier 2003

pris le pas sur les autres éléments du jeu vidéo. En effet dans un arrêt Midway la Cour de cassation a qualifié le jeu vidéo d’oeuvre logicielle unitaire. Elle estimait que l’aspect logiciel était l’aspect le plus important du jeu vidéo puisque celui-ci ne pouvait fonctionner sans un logiciel. C’est donc le droit applicable aux logiciels qui fut étendu aux jeux vidéo. Cette décision avait le mérite de favoriser grandement les sociétés éditrices de jeux vidéo, mais cela avait également pour conséquences de ne pas réellement accorder de protection aux auteurs des éléments du jeu vidéo. En effet le régime du logiciel est très favorable à l’employeur et non à l’employé. L’article L113-9 du code de la propriété intellectuelle dispose que « sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer. ». L’auteur des différents éléments du jeu vidéo ne disposait donc pas de droits patrimoniaux. Concernant les droits moraux, le régime des logiciels prévoit que « sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut (...) s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits ( ... ) lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation ; ( ni ) exercer son droit de repentir ou de retrait. ». Le droit moral de l’auteur des jeux vidéo se cantonne donc au droit au nom.

Dans un second temps, la jurisprudence a abandonné la qualification de logiciel unitaire pour le jeu vidéo et s’est positionnée en faveur d’une application distributive du droit d’auteur. Dans un arrêt du 25 juin 2009 la Cour de cassation avait affirmé que le jeu vidéo était « une oeuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l’importance de celle-ci ». Par cette affirmation la Cour de cassation effectue un revirement de sa jurisprudence ultérieure puisqu’elle ne considère plus le jeu vidéo comme une oeuvre logicielle, mais désormais comme une oeuvre complexe auquel il faut appliquer différentes branches du droit d’auteur. Ainsi chaque élément du jeu vidéo se verra appliquer le droit qui lui est applicable. Cette solution est évidemment en faveur des auteurs du jeu vidéo, mais pas de tous. Selon le raisonnement de la Cour de cassation chaque élément du jeu doit se voir appliquer une branche du droit d’auteur. L’auteur de la partie logicielle de l’oeuvre aura donc les mêmes prérogatives que l’auteur d’un logiciel lambda, c’est-à-dire aucun droit patrimonial et un droit moral réduit au droit au nom.

Enfin la jurisprudence est venue préciser le régime juridique du jeu vidéo dans un arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris du 30 septembre 2011<sup>57</sup>. En l’espèce, un ancien salarié d’une société de jeux en ligne avait constaté que l’une des musiques qu’il avait créé pour un jeu vidéo de la société était compilée dans un CD et disponible en téléchargement. Celui-ci n’avait pas cédé les droits d’exploitation de sa création à son employeur. Il assigne donc son ancien employeur en contrefaçon. Cette affaire a donc amené les juges du TGI à se poser la question de la qualification du jeu vidéo. Ils se sont donc demandé s’il s’agissait d’une oeuvre collective ou bien d’une oeuvre en collaboration. Alors que les juges relèvent qu’il pourrait s’agir d’une oeuvre collective au sens de l’article L113-2<sup>58</sup> du code de la propriété intellectuelle « puisque les œuvres musicales ont été divulguées sous le nom de la société Prizee, réalisées par un salarié et impliquent une contribution personnelle de chaque auteur », ils rappellent tout de même que la partie musicale du jeu vidéo ne se fond pas dans l’ensemble en vue duquel elle est conçue ( le jeu vidéo ) puisque la musique peut être écoutée sans pour autant jouer au jeu vidéo en question<sup>59</sup>. Les juges concluent donc que le jeu vidéo est une oeuvre de collaboration au sens de l’article L113-2<sup>60</sup> du code de la propriété intellectuelle.

Il y a donc bien ici quelques différences qui pourraient porter atteinte à l’éventuelle transposition aux jeux vidéo de la décision UsedSoft. Cependant, pour André Lucas il y a un doute sur le fait que cette dimension complexe puisse faire obstacle à l’application de l’épuisement prévue par la directive de 2009. En effet, la dimension logicielle du jeu vidéo reste tout de même la dimension majoritaire. Les éléments musicaux, vidéos et les images ne sont là que pour « habiller » le jeu vidéo et restent tout de même secondaires. Il convient désormais de se poser la question de l’extension de la solution aux autres oeuvres que les jeux vidéo.

---

57 TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 30 sept. 2011, Julien F. c/ Sté [prizee.com](http://prizee.com)

58 Art L132-1 al. 3 CPI « Est dite collective l’oeuvre créée sur l’initiative d’une personne physique ou morale qui l’édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l’ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu’il soit possible d’attribuer à chacun d’eux un droit distinct sur l’ensemble réalisé. »

59 le fait que la musique ne se fondait pas dans l’ensemble était prouvé par sa commercialisation par le société sous forme de CD et sa disponibilité en téléchargement

60 Art L132-1 al. 1 CPI « Est dite de collaboration l’oeuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques »

## B - L'extension difficile de la solution aux oeuvres classiques

Gilles Vercken<sup>61</sup> expose de nombreux arguments en faveur d'une extension de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne aux oeuvres classiques. Dans un premier temps, il affirme que les textes applicables aux logiciels et aux oeuvres non logicielles diffèrent peu. Il envisage plus particulièrement ici la directive de 2009, spécifique aux logiciels, et la directive du 22 mai 2001 qui, elle, est plus générale. En effet bien que ces deux textes diffèrent dans plusieurs de leurs dispositions, les dispositions relatives à l'épuisement des droits sont quasi similaires. L'article 4 paragraphe 2 de la directive de 2009 dispose que « la première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci. » alors que l'article 4 paragraphe 2 de la directive DADVSI dispose que « le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une oeuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement ». Bien que ces deux articles soient formulés différemment ils ont strictement le même sens. On peut supposer que c'est la notion d' « objet » qui pourrait permettre d'interpréter différemment l'article 4 paragraphe 2 de la directive général. Le terme d'objet renvoie généralement à un bien matériel. De plus le considérant 29 de la directive 2001/29 puisqu'il affirme 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 oeuvre 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'oeuvre 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. ». En prenant en considération ce dernier considérant l'argument proposé n'a alors plus véritablement de fondement. Cependant pour André Lucas « on peut se demander si, avec cet arrêt, la primauté du droit exclusif sur la libre circulation des services affiché par le considérant 29 de la directive de 2001, que la

---

<sup>61</sup> Gilles Vercken, « vers un marché de l'occasion des biens culturels numériques ? », *légipresse*, n° 303, Mars 2013, p. 146-151

Commission elle-même appelait ici à la rescousse, n’est pas appelé à s’effacer au nom du bon fonctionnement du marché intérieur des services de la société de l’information »<sup>62</sup>.

La majorité des auteurs de doctrine avaient, pour contester l’extension de la portée de cet arrêt, affirmé que la Cour basait l’intégralité de son raisonnement sur la loi spéciale au détriment de la loi générale. Cependant, il faut relever que la directive de 2001 est également utilisée pour l’un des raisonnements de la Cour. En effet au point 52 de l’arrêt la Cour affirme que « l’existence d’un transfert du droit de propriété transforme l’acte de communication au public », prévu à l’article 3 de cette directive, en un acte de distribution visé à l’article 4 de ladite directive ». La directive mentionnée est ici la directive 2001/29. Ce raisonnement pourrait donc s’appliquer à l’ensemble des oeuvres et non pas seulement aux oeuvres logicielles.

De plus la Cour vient affirmer que « limiter ( ... ) l’application du principe de l’épuisement du droit de distribution ( ... ) aux seules copies de programmes d’ordinateur vendues sur un support matériel permettrait au titulaire du droit d’auteur de contrôler la revente des copies qui ont été téléchargées au moyen d’Internet et d’exiger, à l’occasion de chaque revente, une nouvelle rémunération alors que la première vente de la copie concernée aurait déjà permis audit titulaire d’obtenir une rémunération appropriée. Une telle restriction à la revente des copies de programmes d’ordinateur téléchargés au moyen d’Internet irait au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l’objet spécifique de la propriété intellectuelle en cause ». Cette formulation de la Cour pose véritablement la question de la définition de l’objet du droit d’auteur. Pour Marie-Alice Chardeaux Internet a véritablement bouleversé cet objet puisqu’il le modifie. Elle affirme que « si le droit d’auteur porte sur un bien immatériel, il n’en demeure pas moins que nombre d’oeuvres s’incarnent dans un support matériel ( livres, disques ) », elle ajoute par la suite que « le paradoxe a longtemps été, qu’en pareil cas, le pouvoir d’interdire de l’auteur passait généralement par une maîtrise très matérielle du support. ( ... ) avec l’apparition de la numérisation le support s’évanouit ». Il faut comprendre ici que l’objet du droit d’auteur a toujours été un bien immatériel, l’oeuvre en elle-même, mais incarnée sur un support physique. Ce support physique a toujours permis à l’auteur de contrôler son oeuvre,

---

62 A. Lucas, « droit de distribution - logiciel - téléchargement — épuisement ( oui ), CJUE, gde ch., 3 juillet 2012 aff. C-128/11 Usedsoft GmbH c/ Oracle International Corp », Propriétés intellectuelles, juillet 2012 / n°44 p. 335

aujourd’hui cela n’est plus le cas. Sans support l’oeuvre devient donc beaucoup moins facilement contrôlable<sup>63</sup>.

On voit que les nouvelles questions que pose Internet ne trouvent pas véritablement de réponse dans le droit d’auteur actuel. Bien que la mise en place d’un marché de l’occasion pour les oeuvres non logicielles semble aujourd’hui difficile à envisager cette évolution doit être prise en considération. De nouvelles solutions doivent être envisagées puisque des plateformes, telles que celle mises en place par ReDigi, verront le jour que le droit le permet ou non. La solution prise par le tribunal de New York conforte l’idée selon laquelle, en l’état actuel du droit ce marché ne peut pas s’implanter en respectant le cadre juridique du droit d’auteur. Il convient alors de se demander si de tels faits auraient donné lieu à une décision similaire du point de vue de la législation européenne.

---

<sup>63</sup> Marie Alice Chardeaux, « le droit d’auteur et internet : entre rupture et continuité », communication commerce électronique, revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur, mai 2011, p. 13 à 16

## Section 2 : La transposition de la solution Redigi au sein de l’union européenne

Au cours de l’affaire ReDigi, les juges du tribunal de New York ont eu l’occasion de traiter plusieurs questions relativement importantes. Comme on a pu le voir, les juges ont d’abord dû traiter la question de savoir si les faits de la société ReDigi portaient atteinte aux droits de la société Capitol. Ils ont donc affirmé qu’il y avait bien en l’espèce une atteinte au droit de reproduction de la société Capitol. Il convient de se demander si les arguments utilisés par les juges du tribunal de New York seraient transposables au sein de l’Union européenne. Le récent rapprochement entre le système européen de protection des droits d’auteur et le système étasunien semble être un argument en faveur d’une transposition de la décision du tribunal de New York. En effet sur de nombreux points ces systèmes légaux diffèrent peu (§1 ). De plus la théorie de l’épuisement des droits et la First Sale doctrine, deux théories là encore similaires dans les deux systèmes de protection des droits, paraissent s’ériger en rempart contre le développement du marché de l’occasion des biens numériques culturels et nous confortent dans l’idée que des faits similaires donneraient lieu à une décision similaire de la part des juges européens ( §2 ) .

## §1 - Le rapprochement entre droit d’auteur et copyright : un argument en faveur d’une transposition de la décision.

Alors que le copyright et le droit d’auteur ont longtemps été présentés comme deux systèmes totalement opposés, il y aujourd’hui un certain rapprochement qui est constaté (A). À l’heure de la numérisation des oeuvres et de l’effacement des frontières par l’Internet, il semble que ce rapprochement ne peut être qu’approuvé puisqu’il permet d’appliquer un raisonnement juridique quasi identique aux oeuvres au moment où celles-ci ont vocation à s’internationaliser ( B ).

### A - Un rapprochement récent

Dans les pays anglo-saxon le principe est que toute création est par nature destinée à être diffusée auprès du public. L’auteur bénéficie donc d’une protection limitée et doit donc réaliser un certain nombre de formalités d’enregistrement pour pouvoir limiter les atteintes à son oeuvre. Aux Etats Unis, les auteurs sont encouragés à enregistrer leurs oeuvres puisque l’enregistrement permet, en cas de litige, d’obtenir des dédommagements deux fois plus élevés. Le dépôt permet donc réellement à l’auteur d’être protégé par le copyright et donc une rémunération lors de la reproduction de son oeuvre. Le copyright n’accorde cependant aucune protection d’ordre moral à l’auteur comme peut le faire le système du droit d’auteur européen. L’auteur doit donc passer par d’autres branches du droit pour bénéficier de ce type de protection, cela peut être par exemple une action en concurrence déloyale ou contre une atteinte à sa réputation. La conception américaine de l’oeuvre est donc plus basée sur le profit que l’on pourrait en tirer contrairement à la conception européenne, et surtout française, qui place l’oeuvre comme un bien à part et met en avant son aspect culturel.

Cependant de plus en plus les deux systèmes tendent à se rapprocher et chacun des deux systèmes ont, en pratique, évolué. Aujourd’hui, par exemple la reconnaissance d’un certain droit moral est apparue aux Etats Unis, du moins dans certains Etats<sup>64</sup>. D’un autre coté le droit français est venu limiter certains droits moraux, notamment pour les oeuvres de collaboration ou encore les oeuvres logicielles comme on a pu le voir. Pour les oeuvres de collaborations le droit moral a été limité puisqu’on a considéré qu’il n’était pas

---

<sup>64</sup> Les Etats de Californie et de New York ont adoptés des dispositions particulières concernant le droit moral de l’auteur et notamment pour les artistes graphiques et plastique qui bénéficient aujourd’hui d’un droit à l’intégrité de leurs oeuvres. L’adoption de ce droit est apparue notamment du fait que certains graffs étaient effacés alors qu’ils pouvaient avoir parfois beaucoup de valeur.

compatible avec les contraintes financières de la production cinématographique. On s'aperçoit donc que l'aspect économique est ici pris en considération alors même que cela était l'une des caractéristiques de la considération de l'oeuvre aux Etats Unis. L'exemple le plus flagrant de ce changement de conception du droit d'auteur français est le mouvement doctrinal et jurisprudentiel qui a eu lieu selon lequel les oeuvres cinématographiques étaient plus souvent qualifiées d'oeuvres collectives au lieu d'oeuvres en collaboration. Cela avait le mérite de conférer l'ensemble des droits patrimoniaux au producteur. Cependant ce mouvement a été très critiqué et n'a finalement pas duré.

Bien que le système du droit d'auteur soit plus contraignant que le système du copyright il n'en demeure pas moins que l'on retrouve les mêmes prérogatives dans ces deux systèmes. L'auteur dispose du droit de reproduction de l'oeuvre, du droit de distribution et du droit de représentation. La rigidité du système français entraine cependant un encadrement stricte de la cession des droits d'auteur, ce qui est moins le cas outre-Atlantique. *A priori*, les deux systèmes contiennent des contradictions, pour autant ils ne doivent pas s'analyser comme étant totalement opposés. D'abord la présence de l'auteur est parfaitement légitime dans l'un comme dans l'autre des deux systèmes. De plus, bien que le droit moral semble être une différence importante entre le système du droit d'auteur et celui du copyright il apparaît incontestable que le droit d'auteur français limite ce droit moral lorsque l'aspect économique est très important. De plus les exceptions au copyright sont plus larges et donnent une plus grande marge d'appréciation au juge américain, alors que les exceptions françaises sont limitativement énumérées. Par exemple l'exception du Fair-use permet au juge d'apprécier au cas par cas si l'utilisation faite de l'oeuvre protégée est loyale et désintéressée.

Avec l'arrivée du mouvement d'internationalisation de la consommation culturelle ce mouvement de rapprochement des deux systèmes de protection des droits des auteurs paraît nécessaire.

## B - Un rapprochement nécessaire

Internet ayant véritablement supprimé les frontières de la consommation culturelle, il semble que l'unification du droit applicable aux oeuvres est une chose qu'il faut approuver. En effet du point de vue européen, l'exception culturelle reste un objectif important. Cet objectif passe par une juste rémunération des auteurs et le développement de la création par le biais de soutiens et de financements divers. Aujourd'hui les négociations internationales pour les aides à la création sont de plus en plus importantes quand l'on constate le nombre de sociétés, principalement américaines, qui s'implantent sur le sol européen et s'intègrent à l'industrie culturelle européenne. Or si la conception de l'oeuvre restait fondamentalement contradictoire entre les systèmes anglosaxon et européen du droit d'auteur, ces négociations ne pourraient aboutir.

Dans cette optique la Commission européenne a adopté le 13 mars 2013 un projet de mandat de négociation pour un accord de libre échange transatlantique. Ce projet, bien qu'il est une visée principalement industrielle et économique et non culturelle, fait tout de même référence à l'objectif de diversité culturelle. Selon le rapport Lescure, il est indispensable que l'ensemble des accords commerciaux pris entre l'Union européenne et les Etats-Unis fassent l'objet de trois types de mesures. Il y est affirmé qu'il faudra à l'avenir exclure les services audiovisuelles de ce types d'accords commerciaux, affirmer le principe de neutralité technologique et maintenir les protections négociées à l'OMC pour les autres secteurs culturels<sup>65</sup>.

Bien qu'il soit nécessaire, ce rapprochement entre les deux systèmes ne paraît cependant pas suffisant. En effet l'évolution de la propriété intellectuelle doit aller plus loin pour pouvoir répondre aux nouveaux enjeux posés par Internet. À l'heure actuelle, le législateur a adopté une attitude répressive face aux nouveaux comportements liés aux pratiques numériques, tels que le téléchargement. Cependant empêcher les nouvelles pratiques de s'épanouir ne semble pas être une solution adéquate. Le téléchargement est l'exemple le plus flagrant à ce niveau puisque malgré la mise en place de différents systèmes de sanction cela n'a pas freiné son développement. Il semblerait que le marché de l'occasion des biens numériques culturels reproduisent le même schéma que le téléchargement à son arrivé. En effet malgré l'engouement doctrinal qui a eu lieu autour de cette question, les solutions jurisprudentielles semblent rester des freins à l'évolution

---

<sup>65</sup> Rapport Lescure, p. 169 à 170

de ce nouveau marché. Là encore des remparts juridiques se dressent alors même qu’un système pourrait être trouvé pour que le public puisse avoir accès à une offre culturelle diversifiée et que les droits des auteurs soient tout même protégés. La first sale doctrine , côté américain, et l’épuisement des droits côté européen sont l’un de ces remparts.

## §2 - L'incertitude quant à l'efficience de la théorie de l'épuisement des droits

L'application de la théorie de l'épuisement des droits semble soulever deux types de problématiques. D'abord elles concernent l'acte de vente puisque cette théorie suppose qu'il y ait un transfert de propriété (A). Ensuite, la seconde série de problématiques concerne l'acte de reproduction. En effet la réalisation d'une copie lors du transfert du fichier vers le cloud locker paraît inadaptée à l'application de la théorie de l'épuisement des droits ( B ).

### A - Les problématiques relatives à l'acte de vente

Le tribunal de New York, dans sa décision, rappelle que la doctrine de la première vente n'est pas applicable aux œuvres immatérielles. En principe, l'application de l'épuisement des droits répond aux mêmes conditions et n'a donc vocation à s'appliquer qu'aux œuvres fixées sur un support matériel. Cependant l'arrêt UsedSoft est venu remettre en question certaines certitudes. En effet la Cour n'a pas eu de mal à appliquer cette théorie à des logiciels distribués par la voie du téléchargement. Cependant, comme on l'a déjà constaté, la CJUE, dans son arrêt, s'appuie principalement sur la directive spécifique aux logiciels qui elle ne prévoit pas véritablement l'impossibilité d'appliquer la théorie de l'épuisement des droits aux œuvres matérielles. La directive de 2001, applicable aux œuvres non logicielles, est quant à elle plus contraignante. De plus il faut rappeler que cette théorie n'a vocation à s'appliquer qu'au droit de distribution et non pas au droit de communication au public.

Cependant Stéphane Cherqui et Emmanuel Emile-Zola-Place soulève un argument intéressant<sup>66</sup> au sujet du raisonnement de la CJUE. Dans un premier temps ils rappellent que la mise à disposition d'une œuvre au public par voie de téléchargement payant, ce qui est le cas en l'espèce dans l'affaire Redigi, ne relève pas du droit de distribution mais du droit de mise à disposition du public<sup>67</sup>. Cependant dans l'arrêt UsedSoft la Cour affirme que « l'existence d'un transfert du droit de propriété transforme l'acte de communication au public », prévu à l'article 3 de cette directive, en un acte de distribution visé à l'article 4

---

<sup>66</sup> Stéphane Cherqui, Emmanuel Emile-Zola-Place, « retour sur la licéité du marché secondaire des biens culturels numériques », *légipresse* n°306, juin 2013, p. 343-349.

<sup>67</sup> Le droit de distribution peut se définir comme le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leur œuvre ou des copies de celui-ci. Le droit de mise à disposition se définit quant à lui comme le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à disposition du public de leurs enregistrements, de leurs films ou de leurs programmes

de ladite directive ». Or dans l'affaire Redigi il y a bien transfert de propriété entre l'utilisateur A qui met son fichier musical à la vente et l'utilisateur B qui souhaite acheter ce fichier musical. La vente est en effet une condition indispensable pour l'application de la théorie de l'épuisement des biens. Elle peut se définir comme la convention par laquelle un personne cède, moyennant le paiement d'un prix, à une autre personne ses droits de propriété sur un bien corporel ou incorporel lui appartenant. Dans l'affaire Usedsoft la Cour considère que le téléchargement du logiciel accompagné de la conclusion d'un contrat de licence permettant l'utilisation du logiciel est un acte de vente. Il faut donc savoir si l'échange qui existe entre l'utilisateur A et l'utilisateur B de la plateforme ReDigi constitue un acte de vente. La difficulté réside dans le transfert de propriété. Effectivement c'est sur cette qualification que l'on pourrait avoir des doutes puisque la condition du paiement d'un prix est remplie dans le cas d'espèce<sup>68</sup>. Le transfert de propriété suppose que l'utilisateur A bénéficiait de la propriété du fichier numérique qu'il a transféré sur le Cloud Locker. Il doit disposer de la propriété du support<sup>69</sup> de l'œuvre pour qu'il y ait un transfert de propriété lors de la vente. Les conditions générales d'iTunes stipulent que « iTunes vous concède une licence d'utilisation des produits. À compter de son achat sur iTunes, cette licence constitue un contrat ayant force obligatoire établi entre vous et l'éditeur de ce Produit (l' « Éditeur ») régissant votre utilisation de ce Produit ».

L'utilisateur ayant téléchargé un fichier via iTunes conclut donc une licence d'utilisation. On constate donc que cela correspond à ce qui avait lieu dans les faits de l'arrêt UsedSoft puisque le logiciel était également disponible après la conclusion d'une licence. Il y a donc bien ici acte de vente. Cela permet donc de qualifier cette opération, l'opération que réalise l'utilisateur A lorsqu'il copie son fichier sur le Cloud Locker, en une opération de distribution. En effet selon Stéphane Cherqui et Emmanuel Emile-Zola-Place l'article 4 de la directive de 2001 qui porte sur le droit de distribution, confère un véritable droit de propriété sur le support de reproduction lui même et surtout un droit d'usage perpétuel de l'œuvre. Le critère permettant d'affirmer qu'un acte est un acte de distribution ne serait pas alors le téléchargement mais bien le fait qu'il s'agisse ici d'un téléchargement permanent.

Cependant la mise en place de ce téléchargement suppose la création d'une copie de l'œuvre. Or la réalisation de cette copie viole le droit de reproduction de l'auteur.

---

<sup>68</sup> Les utilisateurs reçoivent en effet des crédits permettant de nouvel achat sur la plateforme

<sup>69</sup> L'article L111-3 al. 1 du CPI dispose que « la propriété incorporelle définie par l'article [L. 111-1](#) est indépendante de la propriété de l'objet matériel »

## B - Les problématiques relatives à l'acte de reproduction

Les fichiers musicaux qui peuvent être revendus sur la plateforme qu'avait mis en place ReDigi étaient des fichiers téléchargés via Itunes. Or dans ses conditions générales d'utilisation Itunes prévoit la possibilité pour l'acquéreur des fichiers de créer au maximum dix copies. Il est précisé ensuite que l'ensemble de ces copies ont vocation à être utilisées dans le cadre d'un usage personnel<sup>70</sup>. Cette possibilité de réaliser les copies offerte par Itunes a donc pour but de permettre à l'acquéreur de copier le fichier sur l'ensemble des terminaux<sup>71</sup> dont il était propriétaire. Enfin les conditions générales d'utilisation rappellent que l'acquéreur s'expose à être l'auteur d'un acte de contrefaçon en cas d'utilisation commerciale des fichiers acquis par téléchargement sur l'itunes Store.

Itunes, dans ces conditions générales d'utilisation, ne fait ici qu'appliquer l'exception pour copie privée. Or en l'espèce, cette exception n'est pas applicable puisqu'il s'agit bien d'un acte commercial, en effet comme nous avons pu le démontrer nous sommes bien en présence d'un acte de vente. L'article 5.2 b) de la directive de 2001 dispose en effet que " les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants: ( ... ) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales ( ... ) ”.

Il s'agit bien ici d'une copie, et la réalisation de la copie d'une œuvre porte atteinte au droit de reproduction. Pour se défendre Redigi avait fait valoir qu'il ne s'agissait pas d'une copie puisque un seul exemplaire du fichier subsistait une fois l'opération achevée, pour la société défenderesse il fallait plus parler d'une "migration" que d'une reproduction. Les juges du tribunal de New York ont cependant rejeté cet argument et affirmé qu'au vu de l'article 106 du Copyright Act il s'agissait d'une reproduction, peu importe qu'il ne reste finalement qu'une seule copie puisque "c'est la création d'un nouvel objet matériel et non d'un objet matériel additionnel qui définit le droit de reproduction"<sup>72</sup>. Il convient alors de se demander si le droit de reproduction bénéficierait de la même définition en droit européen.

---

70 Conditions générales de vente sur itunes « Vous êtes autorisé à utiliser les Produits iTunes uniquement pour un usage personnel et non commercial »

71 lecteur MP3, smartphone, poste de lecture du véhicule familiale ect ...

72 Stéphane Cherqui, Emmanuel Emile-Zola-Place, « retour sur la licéité du marché secondaire des biens culturels numériques », légipresse n°306, juin 2013, p. 343-349.

La reproduction peut être définie comme “la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte”<sup>73</sup>. Cependant cette définition ne permet pas de comprendre si en droit européen la reproduction consiste seulement dans la création d'un nouvel objet ou également dans la création d'un objet additionnel. Pour mieux comprendre ce que la Cour de justice de l'union Européenne entend par reproduction l'arrêt UsedSoft est également intéressant. En effet avec cette jurisprudence la Cour intègre la notion de Forward and delete puisqu'elle fixe comme condition la suppression de la copie du propriétaire initial lors de la revente d'un logiciel pour que cette revente soit autorisée. En intégrant cette notion la Cour affirme indirectement que la reproduction est autorisée si le fichier initial est supprimé. On peut donc penser que si la Cour avait été face à l'argument de la société ReDigi, consistant à dire qu'il s'agissait d'une simple migration du fichier musical, elle l'aurait validé. Cependant encore faudrait-il que la preuve de la suppression du fichier initial soit apportée.

L'ensemble de ces considérations laissent des doutes sur une éventuelle apparition d'un marché de l'occasion des biens numériques culturels. Il subsiste des incertitudes juridiques et techniques sur le possible régime applicable à ce marché. Il faut alors envisager, en l'état actuel du droit, quel régime lui appliquer.

---

<sup>73</sup> Article L123-1 du CPI

## Partie 2

### Le régime juridique envisageable pour un marché de l’occasion des biens numériques culturels

L’apparition d’un marché de l’occasion des biens numériques culturels soulève plusieurs difficultés, elles sont à la fois juridiques mais également techniques et économiques (Chapitre 1). Il conviendra alors de trouver des solutions adaptées pour contourner ces difficultés et permettre la mise en place de ce marché (Chapitre 2).

#### Chapitre 1

##### Les difficultés juridiques posées par le marché d’occasion des biens numériques culturels

L’implantation d’un marché de l’occasion des biens numériques culturels se heurte à un certain nombre de difficultés. Bien que celles-ci soit pluridisciplinaires, les plus évidentes semblent être celles liées au droit. En effet en l’état actuel du droit il apparaît encore complexe d’envisager ce marché. Pour mieux saisir dans quel cadre pourrait s’épanouir les biens culturels lors de la seconde vie, il convient d’étudier les difficultés juridiques qui les entourent. Ces difficultés, ou « défis<sup>74</sup> », sont de deux ordres. On peut en effet en dresser une typologie, celle relative au droit d’auteur ( B ), et celle n’y ayant pas trait ( A ).

---

<sup>74</sup> Laure Marino, « les défis de la revente des biens culturels numériques d’occasion », La semaine juridique, édition générale, n°36, 2 septembre 2013, p. 1558-1559

## Section 1 : Les difficultés juridiques annexes au droit d’auteur

Bien que la question de la protection des intérêts des auteurs soit centrale lorsque l’on s’intéresse au marché de l’occasion des oeuvres numériques, d’autres problématiques importantes ont trait à différents principes défendu au sein de l’Union Européenne. D’abord il convient de traiter les principes purement juridiques ( §1 ), pour pouvoir ensuite soulever un débats qui mêlent le juridique au politique et qui dispose également d’une place importante, la protection de l’exception culturelle ( §2 ).

### §1 - La protection de principes purement juridiques

Les principes purement juridiques qui sont ici en jeu, et qui n’ont pas trait au droit d’auteur sont de deux types, il faut d’abord envisager la protection de la libre concurrence (A) puis celle des données personnelles des consommateurs (B).

#### **A - La protection de la libre concurrence : un enjeu majeur du marché européen**

Selon Laure Marino l’un des défis du marché de l’occasion est la préservation de la libre concurrence. En effet le marché européen est basé sur le principe de la libre concurrence, la vente de biens culturels numériques doit donc le prendre en considération. Cependant le fait que ce marché intervienne nécessairement via des plateformes de téléchargement peut entraîner des distorsions. D’abord on peut constater que les géants actuels de la vente en ligne de biens culturels ont pensé à investir ce marché puisque Itunes et Amazon ont d’ores et déjà obtenu un brevet pour la mise en place de plateforme de revente d’occasion. Alors qu’ils possèdent une part importante dans le secteur culturel, il semblerait qu’ils confortent cette dernière en investissant le marché de la seconde vie des oeuvres en proposant une offre dès que cela sera possible.

Les difficultés qu’il semble intéressant de soulever ici proviennent du fait que le fichier numérique possède des caractéristiques différentes de l’oeuvre sous format physique. En effet avec les fichiers numériques il est possible de mettre en place des formats, des mesures techniques de protection qui pourraient permettre à certaines plateformes de créer une impossibilité pour les acquéreurs de revendre leurs fichiers sur d’autres plateformes que celles où ils ont acheté ce fichier. Cette pratique ne laisserait

donc pas le choix aux consommateurs qui seraient donc obligés dès leur premier achat de faire un choix entre les différentes plateformes disponibles.

De plus les plateformes pourraient alors jouer sur le prix de revente du fichier numérique. Elles pourraient alors faire le choix entre plusieurs stratégies, la première consisterait à proposer un prix assez bas pour fidéliser les acheteurs de seconde main. La seconde pratique pourrait consister à proposer au vendeur une part assez généreuse, ou du moins plus que ses concurrents, sur le prix de revente. Cette dernière stratégie permettrait alors d'attirer le plus de vendeurs possible. Une troisième stratégie consisterait à permettre au vendeur de revendre son fichier plusieurs fois, tout en limitant le nombre de copies revendables. Cependant, on peut penser qu'une même plateforme ne pourra pas adopter l'ensemble des stratégies, la concurrence naîtra donc de la diversité des offres proposées par les différentes plateformes. Le consommateur, qui aura alors une double casquette puisqu'il deviendra par la suite vendeur, fera donc son choix en fonction de l'offre qu'il estime lui correspondre le plus.

Le marché de l'occasion offre un nombre infini de possibilités pour les plateformes de revente. Une diversité d'offres est à prévoir. On peut par exemple envisager des offres à la carte pour qu'une personne qui se positionne à la fois en tant que consommateur et en tant que revendeur puisse choisir, dans une certaine mesure, les taux qui lui seraient applicable lors de la revente. Les plateformes pourraient également mettre en place une forme de « troc ». Les usagers pourraient alors échanger leurs fichiers numériques les uns avec les autres, ils ne payeraient alors qu'une somme très limitée, celle permettant la rétribution des auteurs. Des forfaits pourraient également être mis en place, en échange du paiement d'une somme mensuelle l'utilisateur pourrait acquérir un certain nombre de fichiers. Cette pluralité de possibilités pour les offres semble être une garantie pour assurer la libre concurrence. En permettant de développer des offres variées cela permettrait aux différentes plateformes d'innover et donc de proposer des offres attirantes.

En regroupant un grand nombre d'utilisateurs, ces plateformes auront fondamentalement à gérer un grand nombre de données personnelles. La protection de ces données doit donc également être envisagée.

## B - La protection des données personnelles : un défi nouveau pour l’Europe

La protection des données personnelles est un sujet au coeur de l’actualité en Europe. En effet l’Union européenne a su saisir rapidement l’enjeu de cette protection et recherche activement à protéger les données des citoyens européens au niveau international. Les sujets touchant le monde virtuel posent généralement des questions sur les données personnelles, le marché de l’occasion des biens numériques culturels n’y échappe pas. Les données personnelles des utilisateurs pourraient être exploitées abusivement à deux niveaux en effet. D’abord l’utilisation de la plateforme de revente nécessiterait inévitablement la création d’un compte, et donc imposerait à l’utilisateur de renseigner un certain nombre d’informations. De plus, si l’on reprend le fonctionnement de la plateforme ReDigi, l’utilisateur devait télécharger sur son ordinateur un logiciel qui avait pour mission de « scanner » l’ordinateur de l’utilisateur pour identifier les fichiers exploitables et vérifier que les fichiers étaient bien supprimés une fois qu’ils avaient été vendus à un second utilisateur.

En ce qui concerne les données renseignées par l’utilisateur lors de son inscription sur le site, elles sont évidemment protégées par la directive de 1995<sup>75</sup>, et en France par la loi 6 janvier 1978<sup>76</sup>. Il faut rappeler que constitue une donnée personnelle une donnée quelconque qui peut être directement ou indirectement rattachée, rapportée à une personne physique identifiée ou identifiable directement ou indirectement. À partir du moment où l’on a une donnée et que l’on peut dire que cette donnée se rapporte à une personne cette donnée est une donnée personnelle. Le sens, le contenu, ou encore la forme de la donnée n’ont pas d’importance pour qualifier une donnée de donnée personnelle ou non. Le lien entre l’identification de la personne et la donnée peut être direct ou indirect, c’est à dire que la donnée n’a pas à identifier clairement la personne pour qu’elle soit qualifiée de personnelle.

Afin d’illustrer la protection des données personnelles par des sociétés de téléchargement musical, les engagements de confidentialité d’Itunes paraissent très intéressants. Il y est affirmé que « Apple prend la sécurité de vos données personnelles très au sérieux ». On peut également y lire que « Apple peut parfois mettre certaines données personnelles à la disposition de partenaires stratégiques travaillant avec Apple

---

75 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

76 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés

pour la fourniture de produits et services ou aidant Apple à commercialiser ses produits auprès des clients. ». Tout en respectant la législation européenne, Apple utilise largement les données personnelles de ses clients. Il est à craindre que lorsque la société se lancera sur le marché d'occasion elle adoptera les mêmes pratiques.

Cependant les données personnelles ne sont pas les seules données utilisées par Apple, et l'utilisation des données non personnelles paraît parfois tout aussi dangereuse. À titre d'exemple Apple, en toute transparence, utilise les données de la liste de lecture de ses utilisateurs pour pouvoir leur proposer de nouveaux articles qui correspondent à leurs besoins par exemple. Les données non personnelles de certains utilisateurs sont parfois même utilisées au bénéfice des autres utilisateurs, là encore pour leur sonder leurs envies. En effet il est prévu dans les conditions générales d'utilisation que Apple pourra collecter un certain nombre de données pour « créer pour vous des listes d'écoute personnalisées à partir de votre bibliothèque iTunes ; vous faire des recommandations concernant les supports et autres produits et services que vous pourrez souhaiter acheter ; faire des recommandations à d'autres utilisateurs concernant les produits et services. ». Ces pratiques, même si elles sont utilisées en tant que pratiques commerciales, peuvent sembler à certains égards assez dangereuses pour l'utilisateur qui semble véritablement être surveillé dans tous ses faits et gestes.

Avec l'arrivée du marché de l'occasion des biens numériques culturels cette surveillance semble encore plus poussée puisque un logiciel venant sonder l'intégralité de l'ordinateur est nécessaire pour la revente des fichiers numériques culturels. De plus Laure Marino soulève la problématique des DRM qui permettent l'identification des fichiers et leur traçabilité. Ces procédés permettraient également une surveillance des utilisateurs et les informations issues de cette surveillance pourront être exploitées à des fins commerciales. Il y a donc là aussi un danger important pour le consommateur.

La seconde vie des œuvres culturelles numériques ne pose cependant pas à ce niveau de nouvelles problématiques, puisque celles-ci sont assez courantes dans le secteur numérique en général. Il faudra cependant adapter des solutions déjà existantes, en termes de protection des données personnelles et de la vie privée, aux nouveaux enjeux du marché de l'occasion.

Une autre problématique liée au marché de l’occasion n’est pas non plus nouvelle, c’est celle de la sauvegarde de l’exception culturelle au sein de l’Union européenne à l’heure du numérique. La création du marché de l’occasion des biens numériques culturels permet encore une fois de revenir sur l’affrontement entre d’un côté l’ambition de diffusion de la culture vers un public le plus large possible, l’objectif de démocratisation de la culture, et de l’autre le financement de la création, la sauvegarde de l’industrie culturelle et la juste rémunération des auteurs.

## §2 - la protection d'un principe politico-juridique

« La culture n'est pas une marchandise comme les autres ». C'est l'expression qui revient dès que l'on parle d'exception culturelle. Cette exception a initialement été mise en place en France puis adoptée par l'Europe. Elle implique donc la protection de la diversité culturelle et permet la mise en place de dérogations aux règles encadrant le marché commun. La politique de l'exception culturelle a deux objectifs principaux, d'abord diffuser la culture de façon la plus large possible (A) , ensuite assurer une rémunération des auteurs et financer la création (B).

### A – L'objectif de diffusion : une difficulté balayée

Selon le rapport Lescure « l'essor des technologies numériques constitue, pour l'accès des publics aux œuvres culturelles, une opportunité inédite »<sup>77</sup>. En effet la culture n'a jamais été aussi facile d'accès que depuis qu'Internet a vu le jour. Tout est à portée de « clic » et on ne peut que s'en réjouir. La culture, autre fois une notion réservée à une certaine élite, est aujourd'hui de plus en plus démocratisée. Beaucoup ont prétendu qu'Internet pouvait mettre à disposition l'ensemble du savoir humain à la portée de n'importe quelle personne. C'était d'ailleurs à l'origine l'objectif du projet Google Books. Google a voulu numériser l'ensemble des ouvrages existant sur la planète et en premier lieu ceux libre de droit. Bien que ce projet ait soulevé certaines réticences de la part des protecteurs des droits d'auteur, il avait le mérite de permettre une large diffusion de la culture au niveau international et une facilité d'accès sans précédent.

Internet a également permis la création de nouvelles offres impensables auparavant. On peut désormais visiter un musée depuis son canapé via des visites virtuelles, accéder à n'importe quelle œuvre audiovisuelle sur des plateformes de Vidéo à la demande sans devoir attendre la diffusion du film à la télé plus de deux ans après sa sortie au cinéma, emporter un nombre de livres illimité avec soi en vacances en ne transportant qu'une petite tablette pesant moins de 300 grammes, ou encore disposer d'une bibliothèque musicale diversifiée et abondante dans son ordinateur au lieu d'entasser nos CD et Vinyle dans notre salon. Nous n'avons plus à le démontrer, la numérisation des œuvres est sans doute une des révolutions culturelles les plus importantes que l'Homme ait connue.

<sup>77</sup> Rapport Lescure p. 6

De plus les nouvelles techniques comme les algorithmes de recommandation permettent véritablement de sonder les envies du consommateur et donc de lui faire découvrir de nouveaux artistes qui correspondraient à ses goûts en matière culturelle. Même si ces techniques peuvent sembler discutables du point de vue de la vie privée du consommateur, elles sont incontestablement une révolution pour la diffusion de la culture et l'émergence des nouveaux artistes.

Le marché de l'occasion des biens numériques culturels ne fait pas exception puisque l'objectif de diffusion de la culture semble rempli. En effet il apparaît que cette innovation permettrait de baisser le coût culturel, mais également de permettre une facilité d'accès. De plus, cela pourrait également être un facteur de développement de l'offre légale puisque le consommateur, en sachant qu'il pourra par la suite revendre le fichier culturel licitement téléchargé, disposera d'un avantage supplémentaire à se tourner vers des plateformes de téléchargement payantes. Selon le rapport Lescure, il faut soutenir les « nouvelles formes créatives ». Il rappelle en effet, judicieusement selon nous, que « le développement des technologies numériques ne bouleverse pas uniquement les modes de diffusion et de distribution des oeuvres culturelles. Il renouvelle également les formes de la création et fait émerger de nouvelles formes créatives : art numérique, création multimédia... »<sup>78</sup>.

Alors que le premier objectif de l'exception culturelle est rempli par l'émergence du marché de l'occasion, le second, c'est-à-dire la rémunération des auteurs et le soutien à la création, pourront faire l'objet de difficultés plus persistantes.

---

78 Rapport lescure p.29

## **B – L’objectif économique : une difficulté plus persistante**

La principale difficulté posée par ce marché de l’occasion reste donc de trouver un système qui permettrait de rémunérer équitablement les auteurs et de financer la création. D’abord pour beaucoup ce marché aurait un impact économique important sur le marché primaire de la culture. Deux théories s’affrontent, pour certains, le marché porterait atteinte au marché primaire. En effet les biens numériques ne se détériorant pas ils ne perdent pas de valeur économique et donc peuvent faire l’objet de revente à un prix intéressant sans pour autant avoir les inconvénients de la qualité de l’occasion. Le marché secondaire pourrait donc prendre le pas sur le marché primaire, ce qui pose donc des soucis quant à la rémunération des auteurs qui ne sont rémunérés que pour le marché primaire<sup>79</sup>. Pour d’autres, c’est un marché qui permettrait de compenser les pertes du marché primaire, et également de développer les découvertes du public, de créer une offre légale plus attrayante. Sans forcément empêcher la rémunération des artistes qui pourront être rémunérés de diverses façons.

Ensuite, la question du partage de la valeur doit être étudiée. En effet une fois le fichier culturel revendu, pour pouvoir répondre aux exigences de rémunération des auteurs et de financement de la culture, une part de la valeur de la revente devra être retournés aux titulaires des droits. On s’aperçoit alors que la revente d’un seul fichier culturel engendrera la rémunération d’un certain nombre d’acteurs qu’il faudra identifier. Le prix de revente du fichier devra être réparti entre le consommateur/vendeur, les éditeurs du service de revente en ligne, le producteur ou éditeur de l’œuvre, et évidemment l’auteur. Cette répartition semble assez complexe, surtout lorsque l’on pense que le prix du fichier culturel numérique pourra être assez bas.

Le choix du mode de financement de la plateforme pourra également influencer le partage de la valeur. En effet si les plateformes de revente des biens culturels numériques choisissent d’opter pour un mode de financement via la publicité elles n’auront pas à soustraire une part sur le prix de revente pour se rémunérer elles-mêmes. Là encore il faudra trouver un mode de répartition différent et adapté à ces plateformes pour qu’elles n’échappent pas à la participation au financement de la création.

---

<sup>79</sup> Anonyme « France : interdire la vente d’occasion des biens culturels numériques avant même qu’elle ne se développe ? », Site Actualité, le 29 juillet 2013

Enfin il faut prendre en considération les acteurs français voulant s’implanter sur le marché de l’occasion. Le système choisis pour la rémunération des auteurs devra donc ne pas être trop contraignant afin que de nouveaux acteurs puissent créer des plateformes. Laisser ce marché aux mains des géants de la culture numérique, comme Amazon ou Itunes, ne serait en effet pas équitable vis-à-vis des éventuels acteurs français.

On le voit, l’éventualité d’un marché de l’occasion pour les biens culturels numériques engendre un certain nombre de défis à relever. Il est certain que ce marché devra être régulé, cependant il faut lui laisser une chance de s’épanouir pour voir ce qu’il a à offrir. Cette offre est innovante et intéressante, elle ne doit donc pas être simplement interdite. Cependant, s’ajoute à l’ensemble des difficultés que nous avons précédemment évoqué un certain nombre de défis juridiques relatifs au droit d’auteur qui eux semblent plus difficile à relever.

## Section 2 : Les difficultés juridiques relatives au droit d’auteur

La protection des droits d’auteur entraîne deux séries de difficultés, d’abord il faut préserver l’objectif de création de la rareté (§1) ensuite il conviendrait de faire évoluer le droit d’auteur afin qu’il soit plus adapté aux exigences de l’ère numérique (§2).

### §1 - La conservation de la rareté des oeuvres : une condition difficilement vérifiable

L’intemporalité des fichiers numériques rend difficile la création de la rareté ( A )  
pendant des mesures techniques de protection peuvent être mises en place ( B )

#### A - L’intemporalité du fichier numérique

Le bien culturel numérique a comme principale caractéristique technique d’être quasi inaltérable. C’est ce qui différencie une oeuvre fixée sur un support matériel et une oeuvre fixée sur un support numérique. En effet un livre, un tableau ou un CD à une durée de vie puisque l’utilisation de ces supports entraîne leur altération plus ou moins rapide. Cela permet alors de créer une rareté de l’oeuvre, ce qui économiquement est intéressant puisque plus un bien est rare, plus son prix augmente. Le fichier numérique quant à lui permet de conserver l’oeuvre qui y est fixé presque éternellement. Ce qui était au départ une révolution pour la conservation du savoir et de la culture devient, dans le cadre du marché de l’occasion, un véritable reproche. Pour Cory Doctorow<sup>80</sup> cet aspect intemporel est un atout pour le fichier numérique puisqu’il affirme que « la chose importante à comprendre, c’est que le côté éphémère d’un livre imprimé n’est pas une caractéristique que nous devrions chercher à reproduire dans les médias ».

De plus la rareté est aussi menacée, non plus par l’aspect éternel du fichier numérique mais par sa capacité à se copier à l’infini. La possibilité d’effectuer des copies, parfois limitées par des mesures de protection, permettrait donc à l’acquéreur de revendre le fichier culturel tout en conservant une copie pour son usage personnel. Il paraît évident que cette pratique ne pourrait pas être dans le champ d’application de l’exception de copie privée, bien que la copie conservée soit utilisée à des fins privées. Afin d’éviter

---

<sup>80</sup> blogueur, journaliste et auteur de science-fiction canado-britannique. Favorable à des lois sur le droit d’auteur moins contraignantes, il travaille pour l’organisation Creative Commons et milite à l’Electronic Frontier Foundation. La gestion des droits numériques, le pair-à-pair et la gratuité sont des thèmes récurrents de son oeuvre.

une duplication des oeuvres logicielles, la CJUE, dans la décision UsedSoft, a imposé la destruction des exemplaires du vendeur pour que la revente soit valable. Cette obligation de destruction de la copie originale semble assez compliquée en pratique. Prenons l’exemple d’un fichier musical téléchargé sur Itunes. Celui-ci sera duplicable au maximum en 10 exemplaires selon les conditions générales d’utilisation du site. Cette possibilité de copie permet à l’utilisateur d’avoir accès au fichier sur tous ses terminaux. Cependant lors de la revente, qui se fera via l’ordinateur de l’utilisateur, le fichier détruit sera celui présent sur cet ordinateur et non pas sur l’ensemble des autres terminaux. L’utilisateur disposera donc encore de ses copies. Il semble donc difficile en pratique de contrôler réellement si l’ensemble des copies ont été supprimées.

Cependant la possibilité offerte par le droit de mettre en place des mesures techniques de protection sur les oeuvres semble être une bonne solution pour contourner ces difficultés.

## **B - La législation encadrant les mesures techniques de protection**

Les mesures techniques de protection sont définies à l’article 6 §3 de la directive du 22 mai 2001, celui-ci dispose que l’on « entend par «mesures techniques», toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les oeuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d’un droit d’auteur ou d’un droit voisin du droit d’auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE. ». Ces mesures peuvent être diverses, la directive prévoit par exemple « le code d’accès ( ... ), le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l’oeuvre ou de l’objet protégé ou d’un mécanisme de contrôle de copie ». Bien que cette directive encadre les mesures techniques de protection, celles-ci avaient déjà auparavant été envisagées par le traité de l’OMPI du 20 décembre 1996<sup>81</sup>. En effet l’article 11 du traité dispose que « les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l’exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l’accomplissement, à

---

81 Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur, adopté à Genève le 20 décembre 1996

l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi ».

La directive de 2001 impose aux Etats membres d'adopter une législation pour permettre la mise en place de mesures techniques de protection et le contrôle du respect de ces mesures. Celle-ci dispose que « Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace ( ... ) Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services qui: a) font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection, ou b) n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection, ou c) sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace. »<sup>82</sup>.

En France c'est la loi DADVSI du 1 août 2006<sup>83</sup> qui transpose les dispositions relatives aux mesures techniques de protection de la directive de 2001. Après avoir transposé l'article 6 de la directive de 2001 avec beaucoup de fidélité, la loi prévoit également que les mesures techniques de protection ne peuvent pas s'opposer au bon usage de l'oeuvre. En effet la loi prévoit certaines limites concernant ces mesures afin de préserver les droits des consommateurs. D'abord le recours à des mesures techniques limitant le bénéfice de la copie privée doit être porté à la connaissance des utilisateurs, aussi bien sur les supports physiques que sur les services en ligne. Ensuite la mise en oeuvre de mesures techniques ne doit pas priver les bénéficiaires des exceptions de leur exercice effectif.

---

82 Art. 6 §1 et §2 de la directive 2001/29/CE Du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

83 loi n°2006-961 du 1er août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

## §2 - L'évolution du droit d'auteur : une réforme inévitable

La mise en place d'un marché de l'occasion des biens numériques culturels entraînerait nécessairement une réforme du droit de la propriété intellectuelle au niveau européen évidemment mais encore plus au niveau interne. En effet l'un des piliers du droit européen est le principe de la libre circulation des marchandises, et à ce niveau le marché de l'occasion semble tout à fait en accord avec ce principe. La théorie de l'épuisement des droits a d'ailleurs été mis en place pour répondre aux exigences de ce principe, puisqu'elle vient limiter les prérogatives de l'auteur au bénéfice de la libre circulation des marchandises. Cependant la théorie de l'épuisement des droits n'est, en théorie, applicable qu'aux biens matériels. Les oeuvres fixées sur un support matériel ( CD / Livre / DVD ), une fois vendues une première fois par le titulaire des droits, peuvent donc librement être revendues par le propriétaire du support. Ce principe est simple et ne soulevait jusque-là aucune difficulté. Pour les biens numériques culturels la question est plus délicate, d'abord parce que le support est immatériel et il paraît difficile de s'approprier une chose immatérielle, ensuite parce que comme nous l'avons vu les fichiers numériques sont duplicables à l'infini. La CJUE a pourtant mis en application la théorie de l'épuisement des droits pour les oeuvres logicielles, et dans certaines circonstances nous pourrions penser que la solution aurait pu être similaire pour des oeuvres non logicielles et particulièrement pour les jeux vidéo. Mais dans l'hypothèse où l'on considérerait qu'en l'état actuel du droit l'épuisement n'est pas applicable aux oeuvres numériques alors une réforme de cette théorie serait nécessaire. La naissance du marché de l'occasion est incontournable, ceci est indéniable. En l'absence de réforme des règles communautaires ce marché se développera dans l'illégalité, tout comme le pair à pair, ou le téléchargement avant lui. Il faut donc que soit mise en place une réforme du droit d'auteur pour que la théorie de l'épuisement soit applicable aux biens numériques.

Plus généralement, sans qu'il soit fait expressément référence au marché de l'occasion, il semble que le droit de la propriété intellectuelle ne soit plus véritablement adapté à l'air numérique. Une refonte globale, et non plus uniquement de la théorie de l'épuisement, semble nécessaire. À titre d'exemple Laure Marino évoque les difficultés soulevées par la définition de la copie. En effet même lorsque la théorie de l'épuisement s'applique c'est bien l'épuisement des droits de distribution qu'il faut prendre en considération. Le droit de reproduction ne s'épuise pas. Or dans l'univers numérique le transfert du fichier implique sa reproduction, alors même qu'il ne reste qu'un seul

exemplaire à la fin. Il conviendrait alors de repenser la définition de la reproduction pour qu'elle s'adapte à l'univers numérique dans lequel la réalisation de copie éphémère est indispensable. Une piste avait été soulevée dans l'affaire ReDigi puisque le juge avait affirmé que « c'est la création d'un nouvel objet matériel et non d'un objet matériel additionnel qui définit le droit de reproduction ». Cette affirmation est intéressante puisqu'elle donne une solution, si la reproduction était définie comme la création d'un objet additionnel alors la nécessité de réaliser une copie lors du transfert d'un fichier numérique ne serait plus un problème et le marché de l'occasion ne pourrait être qualifié de contrefaçon. Il faut comprendre que la nouveauté est différente de l'addition. En effet la nouveauté, pour un fichier numérique, sera donc la création d'un fichier qui ne sera pas l'original mais qui sera un clone de l'originale sans aucune différence perceptible. L'original sera alors détruit à l'instant même où le fichier clone naîtra. Cela diffère donc de l'addition. Celle-ci consiste, tout comme la nouveauté, à créer un fichier clone identique au fichier original. Cependant la différence réside dans le fait que l'addition ne permet pas de détruire le fichier original. Il y a donc duplication dans un cas et pas dans l'autre. Cette redéfinition du droit de reproduction semble être une solution pour adapter le droit d'auteur aux exigences de l'air numérique.

Dans l'hypothèse où le juge européen accorderait l'application de l'épuisement des droits aux biens numériques il faudra alors se demander, selon Laure Marino, si le législateur national peut interdire l'application de l'épuisement des droits de distribution aux biens culturels numériques. Cette interdiction reviendrait à mettre en place une exception au principe de libre circulation des marchandises, et celles-ci sont très contrôlées en droit de l'Union européenne. En effet il faut que les exceptions soient indispensables pour protéger l'objet spécifique du droit. Il ne semble pas que la mise en place de cette exception serait indispensable puisque l'objet du droit d'auteur peut être protégé de diverses façons même dans l'hypothèse de la mise en place du marché de l'occasion. La question qui revient est celle de la définition de l'objet de ce droit. Là encore la dématérialisation a bouleversé cet objet et sa définition devient difficile. On peut cependant parler de l'objectif du droit de la propriété intellectuelle qui est double. D'un côté le droit de la propriété intellectuelle a pour objectif de protéger les intérêts de l'auteur, de l'autre il est mis en place pour permettre au public un accès à l'oeuvre. Ces deux objectifs doivent être conciliés. Nous avons déjà eu l'occasion de voir que la mise en place d'un marché de l'occasion des biens numériques culturels serait l'occasion de remplir pleinement l'objectif de diffusion de l'oeuvre auprès du public. La mise en place d'une

interdiction d'application de l'épuisement des droits aux biens numériques serait alors contraire à cet objectif et donc l'exception à la libre circulation des marchandises ne remplirait pas pleinement l'objectif de protection du droit. C'est bien ici la protection des droits de l'auteur qui est en jeu, il faut donc trouver de nouvelles solutions pour que cet objectif soit également rempli si le marché de l'occasion venait à être mis en place.

Il convient alors de faire certaines propositions quant aux solutions qui pourraient être mis en place pour palier à l'ensemble de ces difficultés.

## Chapitre 2

### Les solutions nécessaires au bon fonctionnement du marché

Un grand nombre de propositions peuvent être faites pour assurer le bon fonctionnement du marché de l'occasion des biens numériques culturels. La régulation de ce marché, aussi bien techniques qu'économique, semble être une option satisfaisante ( Section 1 ), cependant dans l'hypothèse où les pouvoirs publics viendraient à interdire la mise en place d'un tel marché d'autres possibilités s'ouvrent au consommateur pour permettre une plus large diffusion des oeuvres ( Section 2 ).

#### Section 1 - Le marché de l'occasion des biens numériques culturels : un marché régulé

La régulation du marché de l'occasion semble passer par deux types de régulation. D'abord une régulation technique est nécessaire, celle-ci doit être imposée aux plateformes comme modèles pour contrer certaines difficultés ( §1 ). Ensuite, et il nous semble que c'est là le principal défi de la mise en place d'un tel marché, une régulation économique est nécessaire pour assurer une juste rémunération de l'ensemble des acteurs de la chaîne de production d'une oeuvre ( §2 ).

##### §1 - La régulation des plateformes de revente : une régulation technique

Les différents modèles économiques adoptables par les plateformes de revente ne sont à l'heure actuelle pas encore connus puisque très peu de sociétés ont pu faire des propositions. Cependant au vu des derniers brevets délivrés à quelques-unes des sociétés qui souhaitent se lancer sur le marché de l'occasion nous pouvons distinguer différents modèles ( A ) et donc émettre des propositions relatives à ces modèles ( B ).

## A - Les différents modèles de plateforme de revente

Le marché de l'occasion des biens numériques culturels ne pourra pas se faire sans les acteurs indispensables que sont les plateformes de revente. En effet contrairement au marché physique de l'occasion, le marché numérique ne peut pas se faire entre particuliers, de mains à mains. Les plateformes de revente sont donc des acteurs importants mais également dangereux. Il faut donc mettre en place pour elles certaines obligations, et certaines interdictions. Pour l'instant on ne connaît que trois sociétés qui potentiellement pourraient se lancer comme plateforme de revente, il s'agit de ReDigi en premier lieu puisque celle-ci a déjà existé aux Etats Unis, et de iTunes et de Amazon qui ont récemment obtenus des brevets relatifs au marché de l'occasion.

Ces trois sociétés ont proposés des modèles similaires pour certains aspects et différents pour d'autres. ReDigi, premier sur le marché, a proposé suite à l'arrêt du tribunal de New York un nouveau brevet qui a le mérite de contourner certaines difficultés. D'abord la nouvelle technologie mise en place par ReDigi ne nécessite plus la réalisation d'une copie lors du transfert entre le vendeur et l'acquéreur. Ensuite le contrôle de l'origine du fichier est plus poussé, cela permet donc d'être sûr que le fichier provient d'un téléchargement légal. Enfin le logiciel de ReDigi permet de vérifier que l'ensemble des copies réalisées pour l'usage privé du fichier soient réellement supprimées, sur l'ensemble des terminaux de l'utilisateur, après la vente du fichier.

Amazon a obtenu son brevet de l'United State Patents and Trademarks office<sup>84</sup> le 29 janvier 2013. Ce brevet permet la revente de l'ensemble des biens culturels numériques, et non pas uniquement celle des fichiers musicaux comme le proposait ReDigi. Le système Amazon propose différents types de comptes, des comptes premium offrant plus d'avantages, et des comptes simples tel que ceux proposés par ReDigi. Un fichier peut être revendu une ou plusieurs fois selon la popularité de l'oeuvre. Plus une oeuvre sera populaire plus elle pourra être revendu. Le système Amazon met en place une durée de vie fictive pour le fichier puisqu'il ne pourra plus être revendu une fois un délai passé. Ce délai n'est cependant pas encore connu à ce jour. Comme dans la version de ReDigi la copie du primo acquéreur sera supprimée une fois qu'elle sera vendue au second. Enfin, et c'est ici le point noir du système proposé par Amazon, aucun dédommagement n'est prévu pour les éditeurs, producteurs ou auteurs de l'oeuvre.

Le système d'Apple est légèrement différent puisqu'il est à mi-chemin entre le marché d'occasion et l'échange non marchand. Le principe est finalement qu'un utilisateur

84 USPTO : INPI aux Etats Unis

de iTunes pourra transférer les droits qu'il détient sur la licence d'utilisation à un autre utilisateur de la plate-forme. Ce transfert pourra être temporaire, il s'agira alors d'un prêt ou d'une location; ou permanent et dans ce cas il y aura véritablement une vente. Les deux utilisateurs concernées, c'est à dire le « prêteurs / vendeur / bailleur », et l'utilisateur secondaire du fichier, devront tout deux disposer d'appareil iOS. Il y a donc à ce niveau là une certaines restriction qui peut apparaitre problématiques vis à vis de la concurrence.

## **B - les propositions pour encadrer ces modèles**

Il est évident que les modèles des plateformes pourront prendre des formes différentes. Cependant certaines exigences doivent être posées soit au niveau législatif, soit par le biais d'accords entre les différents acteurs de l'industrie culturelle.

D'abord afin de remplir l'exigence de conservation de la rareté une durée de vie fictive de l'oeuvre doit être mise en place. Cet aspect pourra prendre plusieurs formes, le nombre de revente de l'oeuvre pourra être limitée, la durée pendant laquelle l'oeuvre est revendable pourra être fixée préalablement en fonction de son type. Cela se rapproche alors du modèle proposé par Amazon. Le marché de l'occasion pourrait également faire l'objet d'une chronologie calquée sur le modèle de la chronologie des médias présente dans le secteur cinématographique et audiovisuel. La revente d'occasion pourrait alors être possible qu'après un certain laps de temps ce qui permettrait au marché primaire de continuer à exister et éviterai que le marché de l'occasion n'empiète trop rapidement sur lui. Cette chronologie pourra alors être différente si il s'agit d'une oeuvre littéraire, musicale, ou encore audiovisuelle. La durée après laquelle la revente sera possible devra être négociée en fonction des données économiques spécifique à chaque type d'oeuvre. Le secteur littéraire pourra bénéficier d'une chronologie plus longue par exemple puisque les demandes au niveau littéraire ne sont pas forcément immédiates et la consommation de ce bien est moins instantanée.

De plus s'agissant des plateformes telles que iTunes ou Amazon qui permettent à la fois d'acheter un produit « neuf », et de revendre ce produit d'occasion l'interopérabilité entre les plateformes devra être assurée pour permettre une concurrence loyale entre les différentes plateforme et assurer au consommateur un choix libre. En effet, comme nous l'avons déjà relevé, les plateformes pourraient être tentées de ne permettre la revente uniquement au travers de leur système pour ce qui est des biens qu'elles ont vendu au primo-acquéreur. Il faudra alors permettre la création d'un système universel permettant la revente de n'importe quel fichier, acquis légalement, sur n'importe quelle plateforme. Un

accord entre les différentes plateformes sera alors nécessaire. Cette coopération entre les concurrents du marché de l'occasion permettra de plus une meilleure sécurité pour les oeuvres puisqu'un suivi détaillé pourra être fait de l'ensemble des fichiers numériques par toutes les plateformes de revente. L'adoption d'un système universel permettra également de s'assurer que le fichier initial a bien été supprimé du compte de l'acquéreur initial lorsque celui-ci aura revendu le bien culturel.

L'ensemble de ces mesures que l'on qualifiera de technique permettra d'assurer une régulation du marché de l'occasion et de rapprocher celui-ci du marché physique. Cependant des mesures doivent également être prises pour assurer une rémunération équitable aux auteurs, mais également aux éditeurs et producteur de l'oeuvre.

## §2 - La régulation de la rémunération : une régulation économique

L'aspect économique doit également faire l'objet d'une régulation. En effet la rémunération des auteurs en premier lieu mais également des éditeurs ou producteur de l'oeuvre doit également être assurée. Bien que cet aspect n'existe pas dans le marché physique de l'occasion, il semble qu'il soit indispensable dans l'univers numérique pour permettre un compromis entre les intérêts de l'auteur et ceux du public ( A ). De plus il faut voir le marché de l'occasion comme une nouvelle source de financement. La mise en place d'obligations de participation à la création est à envisager ( B )

### A - La juste rémunération des acteurs de la chaîne de production de l'oeuvre

Là encore les différents modèles de plateforme de revente n'abordent pas la question de la rémunération de façon identique. Alors que Amazon ne prévoit aucune redistribution de la valeur de l'oeuvre aux auteurs et éditeurs/producteur, ReDigi prévoyait que 30% du prix de la revente serait reversé à des sociétés de gestion collective. Quant à Apple, son modèle laisse une grande marge de manœuvre à l'éditeur de l'oeuvre. D'abord l'éditeur peut définir une partie des conditions relatives à la revente de l'oeuvre, il pourra fixer le prix minimum de la revente par exemple. De plus celui-ci reçoit une partie de la somme de la revente. Apple a bien compris qu'il avait tout intérêt à préserver les intérêts des acteurs avec lesquels il négocie les prix des fichiers qu'il met en vente sur Itunes pour ne pas perdre les accords pour la vente de ces fichiers et donc perdre la diversité qui caractérise son offre. La mise en place d'une obligation de redistribution d'une partie du prix de la revente est évidemment incontournable.

Concernant la redistribution de la valeur il semble que la mise en place d'un système de gestion collective est une solution optimale pour assurer la rémunération des auteurs. En effet le rapport Lescure affirme que « La gestion collective des droits, mode de gestion particulièrement adapté à l'exploitation numérique des oeuvres, protège les intérêts des ayants droit, en leur permettant de sécuriser les différents modes d'exploitation, de mutualiser les coûts de gestion et de garantir l'égalité de traitement. <sup>85</sup> ». Déjà largement présente dans le secteur numérique, la gestion collective pourrait être une solution rationnelle pour une juste rémunération des auteurs. Elle a effectivement le mérite de réunir plusieurs avantages selon le rapport. D'abord « elle facilite l'accès des services en ligne aux catalogues des titulaires de droits », en effet avec la gestion collective les

plateformes pourraient passer par un seul interlocuteur pour négocier les prix de revente et savoir qui dispose des droits sur tel oeuvre. Ensuite « elle assure la transparence et la non discrimination », ce qui permettra aux auteurs d’être rétribués sans prise en considération de la popularité de leurs oeuvres. De plus « elle garantit la juste rémunération des auteurs et des artistes », c’est à dire que là encore la popularité de l’artiste ou de l’auteur ne sera pas prise en considération, il bénéficiera du même revenu proportionnellement au nombre de vente de ses oeuvres. Enfin « elle facilite la gestion des nano-paiements », ce dernier avantage de la gestion collective peut concerner particulièrement le marché de l’occasion des biens numériques culturels puisque le prix des oeuvres pourra parfois paraître dérisoire.

La redistribution de la valeur de la revente peut alors être vue comme un droit de suite pour les oeuvres numériques. Le droit de suite est aujourd’hui prévu uniquement pour les oeuvres d’art graphiques ou plastiques<sup>86</sup> ( tableaux, sculptures, photographies ... ). Le droit de suite s’applique sous certaines conditions, l’oeuvre doit par exemple être produite en nombre limité et être signée par l’artiste qui l’a entièrement réalisée. Ce droit est normalement à la charge du vendeur, qui doit donc redistribuer une partie de la somme de la vente au titulaire des droits. Cependant la directive prévoit que les Etats membres peuvent en décider autrement. Le montant du droit de suite varie en fonction du prix de l’oeuvre, différents pourcentages sont prévus en fonction de différentes fourchettes de prix de vente. Ce pourcentage varie entre 0,25% et 4%. Pour les oeuvres numériques le pourcentage redistribué à l’auteur devra être négocié entre les différents acteurs.

La mise en place d’un « droit de suite » redistribué par les sociétés de gestion collective pour rémunérer les créateurs nous paraît être une solution satisfaisante. Cette somme sera alors prélevée uniquement du prix de revente de l’oeuvre. Mais il ne faut pas oublier que les bénéfices des plateformes de revente peuvent provenir de nombreux autres éléments. Elles peuvent donc être considérées comme de nouvelles sources de financement de la création artistique.

---

<sup>86</sup> Directive [2001/84/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l’auteur d’une oeuvre d’art originale.

## B - La participation au financement de la création

Le financement de la création artistique est également un aspect important de l'exception culturelle et doit à ce titre bénéficier d'une attention particulière. L'ensemble des acteurs de l'industrie culturelle doivent participer au financement de la création. Les plateformes de revente ne feront donc pas exception. En effet celles-ci tireront des bénéfices considérables de ce marché. La solution pour exiger une participation au financement de ces acteurs semble être une solution fiscale. Cette solution est déjà présente dans le secteur audiovisuel et cinématographique via les comptes de soutien mis en place par le CNC. Il semble que cette solution ne devrait pas être spécifique aux oeuvres audiovisuelles et cinématographiques mais devrait bien être généralisée à l'ensemble des oeuvres tel que les oeuvres littéraires, musicales mais également les jeux vidéo qui font également l'objet d'un marché de l'occasion de grande ampleur. On a également vu récemment certaines sociétés créer des comptes de soutien, comme a pu le faire Google pour la presse en ligne. La création de compte de soutien par les géants de la culture numérique pourrait être négociée si la mise en place de contribution fiscale n'est pas envisageable.

Hervé Gaymard dans une question écrite<sup>87</sup> à l'actuelle Ministre de la culture avait d'ailleurs soulevée l'idée de mettre en place une taxe fiscale. Cette proposition peut paraître intéressante pour ce qui est de la contribution au financement de la création artistique. Cependant on se retrouve toujours face au même problème concernant la taxation des acteurs de l'internet. En effet le fait que ces sociétés, bien souvent, ne soient pas basées sur le territoire français rend difficile l'exigence du paiement de cette taxe. On a pu le voir récemment avec l'actualité au sujet d'Amazon.

Les propositions du rapport Lescure concernant la contribution à la participation sont globalement transposables au marché de l'occasion des biens culturels numérique puisque les acteurs profitant de ce marché sont les mêmes que ceux bénéficiant du marché du téléchargement ou du streaming. Il est évident que la mise en place du marché de l'occasion demande une certaine réflexion sur le cadre juridique et réglementaire le plus adaptée mais il semble que l'adoption accords entre les différents acteurs de l'industrie culturelle soit la solution la plus adaptée pour que les intérêts de tous trouvent une réponse satisfaisante. Dans l'hypothèse où le marché de l'occasion de verrai pas le jour des solutions existent déjà pour permettre une démocratisation culturelle via la culture numérique.

---

<sup>87</sup> Question écrite n°25761 JO 30 avril 2013, p. 4637

## Section 2 : Les alternatives au marché d'occasion des biens numériques.

Plusieurs alternatives semblent être intéressantes dans l'hypothèse d'une interdiction de la revente des biens numériques culturels. La plus évidente est celle de la démocratisation des licences libres. La mise en place de ces licences était l'une des propositions présente dans le projet de loi DADVSI en 2006. Cependant elle fut abandonnée suite à de nombreux débats à son sujet. La licence globale apparaît aujourd'hui comme une alternative satisfaisante en cas d'interdiction de revente des biens numériques culturels.

Il existe six licences Creative Commons différentes. Cette diversité permet de répondre à l'ensemble des attentes des auteurs, qui peuvent choisir la licence qui leur paraît le mieux adaptée. Ces licences ont un double objectif, d'abord de garantir la protection des droits de l'auteur de l'œuvre ensuite de permettre une libre circulation des œuvres. Placer une œuvre sous l'égide d'une licence ne signifie pas que l'auteur ne bénéficie pas d'une rémunération. Le principe de la licence est le suivant : l'auteur autorise la libre utilisation de son œuvre, c'est à dire que l'utilisateur n'aura pas besoin d'autorisation peu importe l'utilisation qu'il souhaite en faire. L'auteur choisit au départ le niveau de liberté qu'il souhaite attribué à l'utilisateur.

Les six licences Creative Commons prennent en considération plusieurs éléments qui seront par la suite combinés ou non. Ces éléments sont :

- le respect de la paternité : identifié par le « BY »
- l'impossibilité d'effectuer des modifications : identifié par le « ND »
- l'interdiction d'un usage commercial : identifié par le « NC »
- la possibilité de partager l'œuvre dans des conditions identiques au partage de l'œuvre première : identifié par le « SA ».

L'ensemble de ces éléments permet de constituer des licences différentes. Les six licences sont les suivantes : CC-BY, CC-BY-ND, CC-BY-ND-NC, CC-BY-NC, CC-BY-NC-SA et CC-BY-SA. Une dernière licence a récemment été ajoutée il s'agit de la licence CC-0 pour laquelle l'auteur renonce à l'ensemble de ses droits, l'œuvre rentre donc directement dans le domaine public. Les licences Creative Commons sont régulièrement mises à jour. Les licences font l'objet de conditions. Entre autre on retrouve l'obligation pour l'auteur de faire apparaître clairement les conditions de la licence. Il faut également savoir que lorsqu'une licence interdit par exemple l'exploitation commerciale, cela n'exclut pas totalement cette exploitation puisqu'il suffit d'en demander l'autorisation à l'auteur. On

retombe alors dans une application générale du droit d'auteur. De plus la mise en place de licence globale n'affecte pas les exceptions au droit d'auteur prévues par le code de la propriété intellectuelle.

L'utilisation de licence n'est pas une façon de contourner la propriété intellectuelle. Elles peuvent plus être considérées comme des solutions proposées aux auteurs pour faciliter la gestion de leurs droits et de faire connaître simplement au public les exigences qu'ils ont vis à vis de leur comportement face à l'oeuvre. La cession des droits à titre gratuit est d'ailleurs autorisée par le code de la propriété intellectuelle. L'article L122-7 du code de la propriété intellectuelle dispose en effet que « Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux ». Les difficultés peuvent apparaître pour ce qui est du droit moral de l'auteur. En effet en droit français « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. », comme en dispose l'article L121-1 du code de la propriété intellectuelle. Les licences permettant la modification de l'oeuvre paraissent alors, sous certains aspects, contraire au droit d'auteur. Cependant ici l'auteur est indépendant, c'est lui qui choisit de placer son oeuvre sous l'égide de la licence, cela devrait donc être accepté.

Pour le rapport Lescure la licence libre n'est pas incompatible avec la mise en place d'une gestion collective de l'oeuvre. Ce rapport évoque également les échanges non marchands des oeuvres. Cependant il y est affirmé que « la légalisation des échanges non marchands se heurte aujourd'hui à trop d'obstacles juridiques, économiques et pratiques pour pouvoir constituer, à court terme, une réponse crédible à la problématique du piratage ». La question des pratiques illégales revient ici encore une fois. Il faut alors véritablement comprendre que tuer le développement du marché de l'occasion dans l'oeuf serait une erreur. Mettre en place une nouvelle offre culturelle est au contraire une solution pour limiter les pratiques illégales puisque cela permettra de rendre l'offre légale beaucoup plus attrayante. Le marché de l'occasion semble véritablement répondre à l'ensemble des attentes du public. Il permet en effet d'offrir des biens culturels à un prix inférieur que celui proposé à l'heure actuelle, mais également d'apporter une véritable diversité.

## BIBLIOGRAPHIE

### Textes officiels :

#### . Textes internationaux :

Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur, adopté à Genève le 20 décembre 1996

#### . Directives :

Directive 2009/24/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur

Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale.

Directive 2001/29/CE du Parlement 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

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, Journal officiel n° L 122 du 17/05/1991 p. 0042 0046

#### . Lois :

Code de la propriété Intellectuelle

Loi n°2006-961 du 1er août 2006, relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

Loi n°68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention

□ Jurisprudences :

United States District Court, Southern Capitol Records, LLC v. Redigi Inc., 30 mars 2013  
n°12 Civ. 95 ( RJS )

Cour suprême, 19 mars 2013, Kirtsaeng c/ Wiley & Sons

CJUE, C128/11 du 3 juillet 2012, UsedSoft GMBH c/ Oracle International Corp

Cour suprême du Canada, Entertainment Software Association Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, du 12 juin 2012.

TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 30 sept. 2011, Julien F. c/ Sté [prizee.com](http://prizee.com)

CA Douai 6e ch., 26 janv. 2009

Cass, 28 janvier 2003

GH 6 juillet 2000, OEM-Version : GRUR 2001

CA, Montpellier, 5 juillet 2000

Cass., Civ. 1, 1er Juillet 1997, N° 95-13319

TC, Créteil, 12 novembre 1996

Plén. 7 mars 1986 « Atari » et « Williams Electronics

**Ouvrages :**

Xifaras ( M. ), « la propriété, étude de la philosophie du droit », PUF, Paris, 2004, 544p.

**Rapport officiels :**

Question écrite n°25761 JO 30 avril 2013, p. 4637

Lescure ( P. ), Mission « Acte II de l’exception culturelle », Contribution aux politiques culturelles, à l’ère numérique, mai 2013, 719 p.

Maria A. Pallante, « the next great copyright act », columbia journal of law and the arts, mars 2013.

Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la mise en oeuvre et les effets de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d’ordinateur.

**Articles de revues juridiques :**

Chardeaux ( M.A. ), « le droit d’auteur et internet : entre rupture et continuité », communication commerce électronique, revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur, mai 2011, p. 13-16

Cherqui ( S. ), Emile-Zola-Place ( E. ), « retour sur la licéité du marché secondaire des biens culturels numériques », légipresse n°306, juin 2013, p. 343-349

Lucas ( A. ), « Marché secondaire des biens culturels - Droit de destination - Droit de distribution - Commerce des livres et des jeux vidéo d’occasion - Epuisement - Epuisement en ligne des oeuvres au format numérique. Question écrite n°25761 JO 30 avril 2013, p. 4637. Réponse Ministérielle JO 12 novembre 2013, p. 11821 », Propriétés intellectuelles, Janvier 2014, n°50, p. 72-73

Lucas ( A. ), « Droit comparé - Droit américain - Droit de distribution - Fichier musicaux numérique - Application de la first sale doctrine ( non ), United States District Court,

Southern Capitol Records, LLC v. Redigi Inc., 30 mars 2013 n°12 Civ. 95 ( RJS ) », Propriétés intellectuelles, juillet 2013, n°48, p. 308-310

Lucas ( A. ) , « droit de distribution logiciel téléchargement — épuisement ( oui ), CJUE, gde ch., 3 juillet 2012 aff. C128/11 Usedsoft GmbH c/ Oracle International Corp », Propriétés intellectuelles, juillet 2012, n°44 p. 333-337

Lucas ( A. ) , « CA Douai 6e ch., 26 janv. 2009 » Propriétés intellectuelles. 2009, n° 32

Lucas ( A. ) « Plén. 7 mars 1986 « Atari » et « Williams Electronics »; D.86 p. 405 conclusions Cabannes, note Edelman » ; RIDA, juillet 86, n°129, p.134

Marino ( L. ) , < les défis de la revente des biens culturels numériques d’occasion », La semaine juridique, édition générale, 2 septembre 2013, n°36, pp. 1558-1559

Vercken ( G. ) , < vers un marché de l’occasion des biens culturels numériques ? », Légipresse, Mars 2013, n° 303, p. 146-151

S. Von Lewinski, Chronique d’Allemagne : RIDA, 2005, pp. 235-333

## TABLE DES MATIERES

<b>SOMMAIRE</b> .....	7
<b>INTRODUCTION</b> .....	9
<b>PARTIE 1</b> .....	13
<b>L'APPREHENSION PAR LE DROIT D'UN MARCHÉ DE L'OCCASION DES BIENS NUMÉRIQUES CULTURELS</b> .....	13
Chapitre 1 .....	13
L'apparition du marché de l'occasion au coeur de la jurisprudence .....	13
Section 1 - Le marché de l'occasion initialement appliqué aux oeuvres logicielles .....	13
§1 - L'épuisement des droits : Un enjeu central de la décision .....	15
A - La notion d'épuisement des droits : une notion d'origine communautaire .....	15
B - La notion d'épuisement des droits nouvellement appliquée aux oeuvres dématérialisées .....	18
§2 - Les notions annexes : des éléments collatéraux de la décision .....	23
A - L'acquéreur légitime : une notion précisée .....	23
B - Les aspects techniques : des limites posées par la CJUE .....	27
Section 2 - Le marché de l'occasion inapplicable aux oeuvres non logicielles .....	31
§1 - L'atteinte au droit d'auteur : l'enjeu central de la décision .....	33
A - L'atteinte aux droits de la société Capitol .....	33
B - L'inefficience de la First Sale Doctrine .....	35
§2 - Les questionnements subséquents : des éléments collatéraux de la décision .....	39
A - L'atteinte au droit d'auteur : une atteinte directe ou indirecte .....	39
B - « L'affrontement fondamental » : une prise de conscience sur la portée de la décision .....	41
Chapitre 2 .....	45
Les conséquences des solutions prétorienne sur l'évolution du marché de l'occasion .....	45
Section 1 : La transposition de la solution Usedsoft aux oeuvres non logicielles .....	45
§1 - Les arguments à l'encontre d'une extension de la portée de la décision Usedsoft .....	47
A - Les arguments ayant des fondements juridiques .....	47
B - Les arguments ayant des fondements techniques et économiques .....	51
§2 - Les arguments en faveur d'une extension de la portée de la décision UsedSoft .....	55
A - L'extension possible de la décision aux jeux vidéos .....	55
B - L'extension difficile de la solution aux oeuvres classiques .....	59

Section 2 : La transposition de la solution Redigi au sein de l’union européenne.....	63
§1 - Le rapprochement entre droit d’auteur et copyright : un argument en faveur d’une transposition de la décision. ....	65
A - Un rapprochement récent .....	65
B - Un rapprochement nécessaire .....	67
§2 - L’incertitude quant à l’efficience de la théorie de l’épuisement des droits .....	69
A - Les problématiques relatives à l’acte de vente .....	69
B - Les problématiques relatives à l’acte de reproduction .....	71
Partie 2.....	73
Le régime juridique envisageable pour un marché de l’occasion des biens numériques culturels .....	73
Chapitre 1 .....	73
Les difficultés juridiques posées par le marché d’occasion des biens numériques culturels.....	73
Section 1 : Les difficultés juridiques annexes au droit d’auteur.....	75
§1 - La protection de principes purement juridiques .....	75
A - La protection de la libre concurrence : un enjeu majeur du marché européen .....	75
B - La protection des données personnelles : un défi nouveau pour l’Europe .....	77
§2 - la protection d’un principe politico-juridique .....	81
A – L’objectif de diffusion : une difficulté balayée .....	81
B – L’objectif économique : une difficulté plus persistante .....	83
Section 2 : Les difficultés juridiques relatives au droit d’auteur .....	85
§1 - La conservation de la rareté des oeuvres : une condition difficilement vérifiable .....	85
A - L’intemporalité du fichier numérique .....	85
B - La législation encadrant les mesures techniques de protection .....	86
§2 - L’évolution du droit d’auteur : une réforme inévitable .....	89
Chapitre 2.....	93
Les solutions nécessaires au bon fonctionnement du marché .....	93
Section 1 - Le marché de l’occasion des biens numériques culturel : un marché régulé .....	93
§1 - La régulation des plateformes de revente : une régulation technique .....	93
A - Les différents modèles de plateforme de revente .....	95
B - les propositions pour encadrer ces modèles.....	96
§2 - La régulation de la rémunération : une régulation économique .....	99
A - La juste rémunération des acteurs de la chaîne de production de l’oeuvre ..	99
B - La participation au financement de la création.....	101
Section 2 : Les alternatives au marché d’occasion des biens numériques.....	103
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>109</b>

