



HAL
open science

Le logiciel dématérialisé

Emmanuel Netter

► **To cite this version:**

Emmanuel Netter. Le logiciel dématérialisé. Les biens numériques, Emmanuel Netter; Aurore Chaigneau, Sep 2014, Amiens, France. pp.149. hal-02059392

HAL Id: hal-02059392

<https://hal.science/hal-02059392>

Submitted on 6 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE LOGICIEL DÉMATÉRIALISÉ

Emmanuel Netter

*Maître de conférences à l'Université de Picardie - Jules Verne,
directeur adjoint du CEPRISCA*

2013 restera comme un moment-clé dans l'histoire du jeu vidéo, et à travers lui dans l'histoire du logiciel. Le marché pèse 2,7 milliards d'euros par an, répartis pour l'essentiel entre deux types de plateformes : les ordinateurs et les consoles de salon¹. Lesdites consoles sont essentiellement aux mains d'un oligopole formé par *Sony* et ses *Playstation*, *Microsoft* et ses *Xbox*, *Nintendo* et ses *Wii U*. Mi-2013, une nouvelle génération de machines doit être présentée au public². C'est *Microsoft* qui tire le premier, en présentant les principales caractéristiques de la future *Xbox One* dans le cadre de l'*Electronic Entertainment Expo* (E3) à Los Angeles. Ces annonces provoquent, au sein de la communauté des joueurs, une stupeur qui se transforme rapidement en indignation³. On apprend en effet que la console refusera de fonctionner si elle ne bénéficie pas d'un accès permanent - tout du moins quotidien - à internet⁴. Ensuite, le prêt gratuit de jeu à un ami sera fortement restreint, voire empêché⁵. Enfin et surtout, la revente d'occasion ne sera possible que par l'intermédiaire d'un marchand agréé par *Microsoft*, et moyennant le prélèvement d'une commission⁶ ! Ces trois caractéristiques formaient un tout cohérent. L'accès permanent à internet n'était pas exigé dans l'intérêt de l'utilisateur. Il ne visait pas, ou pas principalement, à irriguer sa console de fonctionnalités multijoueurs ou de l'accès permanent à un réseau d'amis. Il s'agissait surtout de vérifier, à chaque instant, que la console exécutait des logiciels dans la stricte mesure des autorisations accordées par *Microsoft*. Lancer un jeu prêté par son grand frère ? Il aurait fallu entrer préalablement les codes d'accès *Microsoft* du prêteur - ce qui l'aurait empêché de jouer simultanément, sur sa propre console, à un autre jeu. Utiliser un DVD-ROM légalement acheté par un premier joueur, mais revendu directement à un second joueur ? Impossible.

Sony, qui devait présenter sa *Playstation 4* un peu plus tard, a habilement réagi au tollé suscité par son concurrent. Parodiant et moquant les méthodes de *Microsoft*, *Sony* a diffusé une vidéo intitulée : *Official Playstation used game instructional video*⁷. On y voit deux individus, dont le premier tient dans les mains un boîtier plastique renfermant un DVD. Il déclare : « Voici comment on prête un jeu sur la *Playstation 4* »⁸. Il se tourne vers son comparse et lui tend la boîte. Son collègue saisit l'objet et lui dit « merci ! » : fin de la vidéo. Lors de sa conférence de presse, le président de *Sony Computer Entertainment* pour l'Amérique, M. Jack Tretton, a précisé sa philosophie : « Lorsque les joueurs achètent un disque pour la *Playstation 4*, ils ont le droit d'utiliser

1 - Chiffres du Syndicat des Editeurs de Logiciels de Loisir pour 2014, consultables sur <http://www.sell.fr/article/l-essentiel-du-jeu-video-4>. Ces chiffres se cantonnent aux consoles et ordinateurs. Sur les applications pour téléphones mobiles : V. *infra*. De plus, ils ne tiennent pas compte des ventes dématérialisées sur PC opérées par le géant *Steam* : V. *infra* également.

2 - La *Wii U* était déjà sortie, peu de temps auparavant. Il restait donc à annoncer les machines de *Sony* et de *Microsoft*.

3 - V. par ex. J. Marin, La nouvelle console de *Microsoft* sous le feu des critiques, article www.lemonde.fr du 10 juin 2013.

4 - *Xbox One* does require internet connection, can't play offline forever, article du 21 mai 2013 sur www.kotaku.com.

5 - *Xbox One* : le grand cafouillage de *Microsoft*, article du 23 mai 2013 consultable sur <http://obsession.nouvelobs.com/high-tech/20130523.OBS0448/xbox-one-le-grand-cafouillage-de-microsoft.html>.

6 - J. Marin, art. préc.

7 - Cette vidéo est toujours consultable sur le compte *Youtube* officiel de la *Playstation*.

8 - « *This is how you share a game on PS4* ».

cette copie du jeu, de la vendre à quelqu'un, de la prêter à un ami ou de la conserver indéfiniment »⁹. Les concepts juridiques mobilisés par ce discours doivent être relevés. L'utilisateur du logiciel a « acheté » une « copie » du jeu, sur laquelle il doit exercer, en toute liberté, des prérogatives qui évoquent largement celles d'un propriétaire. Ce droit réel s'exerce d'une manière concrète, palpable, par une emprise matérielle sur une chose corporelle, le « disque » du jeu. Dans la vidéo humoristique, cette chose se transmet par tradition réelle, de la main à la main. L'idée sous-jacente est parfaitement claire : il y a quelque chose de naturel dans ce geste. Symétriquement, le joueur peut et doit ressentir un malaise lorsque le concurrent essaie de lui retirer cette prérogative. Le porte-parole de Sony tenant ce discours a été acclamé par le public¹⁰. *Microsoft* a été contraint à un rétro-pédalage rapide et quelque peu humiliant¹¹ : la console fonctionnera finalement même non connectée à l'internet ; il sera possible de prêter ses jeux ; il sera possible de les revendre.

Encore faut-il apporter une précision fondamentale. Les seuls jeux dont les utilisateurs disposent librement sont ceux vendus sur des supports physiques : aussi bien Sony que *Microsoft* ont totalement exclu la mise en place d'un marché de l'occasion pour les programmes dématérialisés acquis par la voie du téléchargement légal¹². Impossible, par ailleurs, de prêter à un proche un programme obtenu ainsi. La version physique et la version dématérialisée du logiciel, souvent vendues au même prix, font donc l'objet d'un traitement très différent. Pourtant, l'utilisateur exploitera, dans les deux cas, des fichiers identiques. Simplement, dans un cas, ces fichiers lui auront été transmis par l'intermédiaire d'une galette de plastique gravée, dans l'autre, par l'intermédiaire d'un flux d'information transitant par des fils de cuivre ou des fibres optiques. Y aurait-il, en droit français, deux corps de règles différents applicables dans l'un et dans l'autre cas ?

Lorsque la question de la protection des créateurs de logiciels a commencé à se poser, dans les années 60, la doctrine hésitait entre deux solutions : faire basculer le logiciel dans le monde des brevets, en tant qu'il appartient « au monde de l'industrie et de la technique »¹³, ou le soumettre au droit d'auteur, en tant qu'œuvre de l'esprit. Le législateur français a opté pour la seconde solution. Aux termes de l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle : « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : [...] 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire [...] »¹⁴. Si la loi française accorde au logiciel une protection directe, sans passer par le truchement de catégories préexistantes, la directive européenne de 1991 « concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur »¹⁵ a fait un autre choix. L'article 1er dispose en effet : « [...] les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur **en tant qu'œuvres littéraires** au sens de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques [...] »¹⁶. Certains ironisent : « [...] le logiciel se trouve ainsi placé

9 - « *When a gamer buys a PS4 disc, they have the rights to use that copy of the game, they can trade in the game at retail, sell it to another person, lend it to a friend or keep it forever* ». Pour une retranscription de ces propos : <http://www.scp.rg/blogs/newmedia/2013/06/11/13951/video-e3-sony-launches-playstation-4-while-trollin/>.

10 - *Ibid.*

11 - *Microsoft* contraint de faire marche arrière sur sa Xbox One, article www.lemonde.fr du 19 juin 2013.

12 - *Ibid.*

13 - C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexisnexis, 2ème éd., 2009, n° 176.

14 - Cette protection du logiciel par le droit français a été initiée par la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

15 - Directive n° 91/250 du 14 mai 1991.

16 - Art. 1er de la directive. Nous soulignons.

quelque part entre Proust et Hemingway [...] »¹⁷. Qu'il soit considéré pour lui-même ou comme un cousin étrange de La recherche du temps perdu, le logiciel est donc placé sous l'égide du droit de la propriété littéraire et artistique. Ce choix continue à faire débat¹⁸. La jurisprudence, elle, est claire, depuis 1986 et un arrêt *Atari* de la Cour de cassation, dans lequel on peut lire : « [...] un logiciel, dès lors qu'il est original, est une œuvre de l'esprit protégée par la loi sur le droit d'auteur »¹⁹.

Les règles applicables à la protection des créateurs et éditeurs de logiciels sont donc celles du droit d'auteur. Prévoient-elles un traitement distinct, selon que l'œuvre est fixée sur un support corporel tel qu'un disque en plastique, ou qu'elle transite dans un flux de données ? La réponse semble négative. Un auteur écrit ainsi : « L'objet du droit d'auteur réside dans l'immatériel. En effet, le droit d'auteur ignore largement le support de l'œuvre, qu'il soit de création (la toile du peintre) ou de commercialisation (le CD ou le DVD). Il ne s'intéresse qu'au bien immatériel. Il n'a pas pour objet le *corpus*, mais l'immatérialité de l'œuvre »²⁰. L'œuvre constitue l'âme. Le support n'est qu'une enveloppe charnelle, de peu d'importance. Mais que le support lui-même glisse aujourd'hui vers l'immatériel, est-ce vraiment indifférent ? Le même auteur poursuit : « [...] on a le sentiment que l'immatériel est partout et que, par exemple, sur internet, tout est immatériel. Or, ce n'est pas vrai car, sur internet comme ailleurs, il existe des éléments matériels et, notamment, des flux électriques qui, s'ils ne sont pas palpables ou visibles à l'œil nu, ont néanmoins un *corpus* »²¹. Ainsi, seule l'œuvre transcende véritablement la matière. Le support, lui, s'accroche toujours en quelque façon au monde matériel : sous des formes qui sont parfois grossières et palpables, parfois discrètes et inaccessibles aux sens. En tous les cas, peu importe quel support aura été choisi pour la commercialisation de l'œuvre : le droit d'auteur aura *a priori* un contenu et une intensité parfaitement identiques. Symétriquement, les droits des utilisateurs devraient toujours avoir les mêmes limites, peu important le véhicule choisi pour obtenir un exemplaire de l'œuvre.

Pourtant, nous avons souligné à quel point leurs prérogatives se transforment aujourd'hui, selon qu'elles s'exercent sur un logiciel incorporé dans un CD ou DVD-ROM, ou qu'elles ont pour objet une version dite « dématérialisée »²². Le mouvement, d'ailleurs, n'est pas univoque. Les utilisateurs des versions téléchargées ont perdu le droit de les revendre, ou de les prêter par simple tradition réelle. Mais *Apple*, par exemple, a récemment mis en place un système de « partage familial »²³. Il permet à un utilisateur de partager ses richesses numériques - ses applications, mais aussi sa musique, ses films, ses livres dématérialisés - avec six personnes de son choix, partout dans le

17 - M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2ème éd., 2013, n° 156. Les auteurs expliquent ce choix. Alors que le droit français accepte le principe d'une protection pour toute œuvre de l'esprit (art. L. 111-1 CPI), les pays de *copyright*, bien représentés en Europe, regroupent les œuvres susceptibles d'être protégées en une liste limitative. Il est alors plus facile de rattacher le nouvel arrivant à une catégorie préexistante.

18 - V. not. P. Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique*, PUF, 1998, spéc. le chap. 15 : Le droit d'auteur sur les logiciels : protection banale ou spéciale ; J.-L. Goutal, Logiciel : l'éternel retour, in *Droit et techniques. Etudes à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Lexisnexis, 2007, p. 217 ; C. Le Stanc, Logiciel : trente ans entre droit d'auteur et brevet. Bilan ?, *ibid.*, p. 272.

19 - Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 84-93509 : Bull. ass. plén., n° 4 ; D. 1986, jur., p. 405, note B. Edelman ; JCP G, 1986, II, 20631, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; RTD. com., 1986, p. 399, obs. A. Françon ; RIDA, 1986, n° 129, p. 136, note A. Lucas.

20 - C. Caron, *op. cit.*, n° 18. Quand nous ferons référence à la notion de support, ce sera au sens de « support de commercialisation » et non « support de création ». Sur cette distinction, V. par ex. L. Breuker, Le support de création et le support de commercialisation de l'oeuvre, CCE, n° 1, janv. 2003, chron. 2.

21 - C. Caron, *loc. cit.*

22 - S'il est vrai qu'aucune version du logiciel ne sera jamais *totale*ment immatérielle, le passage de la disquette, de la cartouche ou du CD à un simple ensemble de positions magnétiques sur un disque dur répond tout de même à un *degré* plus élevé d'immatériel. Nous qualifierons donc de logiciel dématérialisé celui qui aura été transmis à la machine supposée l'exécuter par exclusivement par l'intermédiaire d'un réseau.

23 - <https://www.apple.com/fr/ios/whats-new/family-sharing/>.

monde et simultanément. « Prêter » virtuellement un album musical à trois amis, une sœur et un cousin situés dans autant de pays différents, simultanément et sans se déplacer, n'était évidemment pas possible auparavant. Ainsi, le nouveau modèle auquel est adossé le logiciel dématérialisé ne peut être qualifié simplement de meilleur ou de plus mauvais que l'ancien. Nous assistons à la mise en place d'un nouveau paradigme. Quant aux fondements juridiques de cette évolution, nous avons constaté qu'ils ne peuvent être trouvés dans une discrimination qu'opérerait le Code de la propriété intellectuelle entre les supports. L'exemple du « partage familial » d'*Apple* laisse cependant entrevoir une piste : c'est la pratique contractuelle des géants du net, notamment américains, qui crée le droit nouveau. Cela ne signifie pas que le droit français est neutre à cet égard : laisser de telles pratiques se développer, c'est déjà prendre position. Cela suppose que notre droit de la propriété intellectuelle, notre droit de la consommation, notre droit des biens s'en accommodent pour l'instant. Cette tolérance doit-elle perdurer ? Faut-il qu'elle cesse ?

Ces questions doivent être posées, et l'être sans tarder. Car le mouvement de dématérialisation des richesses numériques est irréversible : les supports physiques auront disparu, pour l'essentiel, d'ici quelques années²⁴. Le régime juridique que nous considérons encore comme nouveau et original, celui du support dématérialisé, sera bientôt le seul applicable. Nous reviendrons par conséquent plus en détails sur quelques enjeux de cette transformation (I) avant, surtout, de proposer des analyses utiles pour l'avenir : des perspectives (II).

I - Enjeux

Nous passerons rapidement sur un enjeu secondaire, mais très révélateur des difficultés d'analyse auxquelles se heurte le droit français : le consommateur peut-il se rétracter après achat d'un logiciel dématérialisé ? Nous nous attarderons davantage sur un enjeu fondamental, qui concerne aussi bien les utilisateurs professionnels de logiciels que les consommateurs : peut-il exister un marché secondaire, un marché de l'occasion pour les logiciels dématérialisés ? Le premier problème se pose au stade de l'acquisition du logiciel (A), le second au stade de la revente (B).

A - Lors de l'acquisition du logiciel dématérialisé

Un consommateur acquiert, en ligne, un droit d'utilisation sur un programme d'ordinateur. Il télécharge le logiciel, l'exécute et le trouve finalement très décevant. Peut-il revenir en arrière ? Avant la loi du 17 mars 2014 dite « loi Hamon »²⁵, la question pouvait être sérieusement posée (1). Depuis, la réponse est clairement négative (2).

1 - Avant la loi Hamon

Le grand public a pris l'habitude d'acheter des logiciels dématérialisés. Les téléphones intelligents, par exemple l'*iPhone* d'*Apple*, ont largement participé à cette démocratisation. Cette firme exige, dès la mise en service de l'appareil, la création d'un compte client et la saisie de coordonnées bancaires valides. Dès lors, acheter un contenu numérique, notamment une application, est à la fois simple et rapide. Les chiffres de l'*App Store* donnent le vertige. Pour la seule année 2014, le chiffre d'affaires s'est élevé à 14,3 milliards de dollars²⁶. Le nombre de

24 - Si notre réflexion prend appui sur l'exemple du logiciel, en raison notamment des discussions suscitées par l'arrêt *Usedsoft* de la CJUE (V. *infra*), nous répéterons régulièrement qu'un grand nombre de problèmes se retrouve à l'identique s'agissant des autres biens culturels numériques.

25 - Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

26 - Le bénéfice est quant à lui de 4,3 milliards : <http://www.silicon.fr/lapp-store-genere-143-milliards-de-dollars-de-chiffre-daffaires-en-2014-105520.html>.

téléchargements se compte en millions par jour²⁷. Des boutiques en ligne similaires ont été mises en place ces dernières années par *Google*, *Microsoft* ou encore *Amazon*²⁸. La plateforme *Steam*, quant à elle, est spécialisée dans le jeu vidéo sur ordinateurs - alors que les enseignes précédemment citées vendent des applications de tous types, et sont présentes à la fois sur les téléphones mobiles et sur les ordinateurs. Elle est devenue un acteur incontournable sur ce marché²⁹.

Quelques clics et la tabulation du mot de passe de l'utilisateur suffiront généralement à l'acquisition du logiciel. L'opération peut se dérouler en quelques dizaines de secondes. Elle n'est pourtant pas anodine. Certes, le monde des téléphones intelligents a habitué les utilisateurs à déboursier moins d'un euro pour la plupart des applications. Mais leur prix peut être plus élevé sans que les formalités d'acquisition ne soient alourdies en rien. Quelques rares cas d'applications à 1000 dollars ont été relevés³⁰. Plus couramment, des applications de type GPS sont vendues plusieurs dizaines d'euros. Si l'on quitte l'univers des téléphones portables pour celui des ordinateurs fixes, on trouve couramment des jeux ou des logiciels utilitaires - montage vidéo, retouche photographique, tables de mixage - dans des fourchettes allant de 40 à 100 euros. Hors des périodes de promotions exceptionnelles, le prix est souvent le même que celui de la version « boîte » - la version gravée sur DVD et vendu dans une enseigne physique classique. S'agissant des jeux vidéo pour consoles et ordinateurs, le prix des nouveautés oscille généralement entre 50 et 70 euros.

Alors que le contrat peut être passé très vite et très facilement, il est impossible de tester le produit au préalable. Pourtant, il peut se révéler décevant dès les premières minutes d'utilisation. N'est-ce pas précisément le cas de figure dans lequel il est utile d'offrir au consommateur un droit de rétractation ? Avant la loi Hamon, le Code de la consommation prévoyait une telle faculté pour « toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance (...) »³¹. Le principe était donc celui d'un très vaste champ d'application. Mais plusieurs exceptions venaient aussitôt en amoindrir la portée³².

L'une d'elles portait sur les contrats « de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur »³³. La difficulté d'interprétation posée par ce texte réside dans la notion de descellement. Elle dérive à l'évidence du

27 - <http://appleinsider.com/articles/14/11/24/Apples-ios-app-store-reaches-record-78m-daily-downloads>.

28 - V. les sites de *Google Play*, *Windows Store*. *Amazon* vend ces logiciels sur son site habituel.

29 - *Steam* garde jalouseusement le secret sur ses chiffres de vente : <http://www.gamekult.com/actu/dematerialise-pas-de-boite-pas-de-chiffres-A142515.html>. Une donnée est rendue publique : le nombre de comptes de joueurs réellement actifs, qui est de 75 millions : <http://www.tomshardware.fr/articles/Steam-resultats-record,1-55586.html>. Notons qu'il existe de nombreuses autres plateformes spécialisées dans le jeu dématérialisé pour ordinateurs, parmi lesquelles *Good Old Games* ou *Humble Bundle*. Elles se distinguent de *Steam* en proposant des jeux sans DRM (*Digital Rights Management*). Il sera largement question de ces DRM dans la suite de notre propos.

30 - L'application « *I am rich* » a marqué les esprits : pour 999 dollars, elle se contentait d'afficher cette phrase sur l'écran du téléphone. La description du logiciel dans le magasin en ligne expliquait que l'utilisateur était tellement aisé qu'il pouvait se permettre de dépenser autant d'argent dans une application inutile : <http://www.technologizer.com/2008/08/05/the-first-1000-iphone-application/>. « *I'm rich* » a été retiré par *Apple*, après avoir tout de même été acheté huit fois. Quant à l'application *MyCentrl*, pour « seulement » 800 dollars, elle donnait accès à un réseau social où l'on était certain de ne croiser que des gens issus de catégories socio-professionnelles élevées : <http://www.igen.fr/app-store/mycentrl-le-retour-de-l-application-vip-7186>.

31 - Anciens art. L. 121-16 et suivants C. conso.

32 - Ancien art. L. 121-20-2 C. conso.

33 - *Ibid.*, 4°.

modèle classique de distribution de logiciels, gravés sur des disques en plastique. Ces disques sont enfermés dans des boîtiers. Les boîtiers sont entourés d'un film plastique, qui est rompu avant la première utilisation. Mais un auteur a plaidé en faveur de l'extension du champ de cette exception : « La question du descellement se pose-t-elle aussi à propos de la fourniture en ligne, essentiellement de logiciels ? Autrement dit, le consommateur perd-il également son droit de rétractation lorsque, par exemple, le procédé d'encodage couvrant un logiciel transmis en ligne est modifié par l'usage qui est fait de ce logiciel ou lorsque le fichier contenant le logiciel est décompressé à réception par l'utilisateur ? L'esprit du texte impose une réponse affirmative »³⁴. L'exécution des fichiers fraîchement téléchargés pourrait être analysée en un pseudo-descellement. Lancer le logiciel dématérialisé pour la première fois et enfoncer le bout des doigts dans l'enveloppe plastique d'une boîte de DVD-ROM reviendrait au même. L'analogie proposée revient sinon à nier, du moins à minimiser fortement l'originalité du logiciel dénué de support palpable. Cette position n'était pas partagée par tous. Dans un rapport de 1997, le Conseil d'État estimait ainsi : « la prévision relative au descellement des logiciels et enregistrements signifie que seule est visée la livraison physique de ces produits »³⁵.

Mais le droit de rétractation était retiré dans une autre hypothèse : dans le cas « de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs »³⁶. Le même auteur qui avait proposé de retenir la notion de descellement s'agissant des logiciels dématérialisés estimait que, si son argumentation n'était pas suivie, alors ce serait cette exception qui s'appliquerait³⁷. Cette présentation est révélatrice des difficultés de qualification posées par ces supports immatériels. N'est-il pas remarquable qu'on les trouve si semblables aux logiciels distribués sur des supports traditionnels qu'il serait possible « d'ouvrir leur emballage » d'un clic de souris, mais qu'un instant plus tard on y voie une forme de prestation de services ? Les deux analyses semblent, au fond, difficilement compatibles. Leur seul point commun était d'aboutir, dans le cadre de ce texte du Code de la consommation, à empêcher les utilisateurs de se rétracter³⁸. L'absence de contentieux en la matière ne permet pas de présenter le point de vue des juridictions de l'ordre judiciaire³⁹. Du reste, le texte a été profondément remanié depuis.

2 - Depuis la loi Hamon

En droit positif, les deux exceptions précitées au droit de rétractation des consommateurs, s'agissant des contrats conclus à distance ont été conservées. Mais la loi Hamon a ajouté celle-ci : « Le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contrats : [...] 13° De fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation »⁴⁰. On aurait pu

34 - J. Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, D., 2002, p. 555.

35 - Rapport « Internet et les réseaux numériques », 1997, consultable sur www.ladocumentationfrancaise.fr.

36 - Ancien art. L. 121-20-2 C. conso., 1°.

37 - J. Passa, art. préc. : « [...] Si pareille interprétation large n'était pas retenue, les services en ligne seraient de toute façon couverts par la disposition excluant, on l'a vu, l'exercice du droit de rétractation lorsque le service a commencé avant l'expiration du délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat ».

38 - Remarquons que les deux analyses aboutissaient à un résultat légèrement différent. Si un utilisateur avait téléchargé le logiciel, mais avait éprouvé des remords avant de le lancer pour la première fois, il n'y aurait pas eu « descellement » au sens que donnait J. Passa à cette expression, et on aurait dû lui reconnaître le droit de se rétracter. En revanche, si l'on se situe dans le champ de l'exception relative à la fourniture de services, les éditeurs peuvent soutenir que débiter le téléchargement revient à demander l'exécution du service.

39 - Cette absence de contentieux peut fort bien s'expliquer par la faiblesses des sommes en jeu au regard des frais qui doivent être exposés pour agir en justice.

40 - Art. L. 121-21-8, dans sa rédaction issue de la loi du 17 mars 2014 précitée.

s'attendre à un rattachement du contrat de fourniture de logiciel dématérialisé à l'univers des prestations de service. On aurait pu imaginer, à l'inverse, qu'il soit assimilé à la vente d'un logiciel sur support physique, moyennant quelques adaptations - notamment s'agissant de la notion de « descellement ». Mais le législateur refuse de se référer à l'existant, et crée une catégorie *sui generis*. À vrai dire, la loi ne fait sur ce point que transposer une directive de l'Union européenne⁴¹. Au sein des considérants qui ouvrent ce texte, le choix du *sui generis* est ouvertement assumé : « [...] les contrats relatifs à des contenus numériques non fournis sur un support matériel ne devraient être qualifiés, aux fins de la présente directive, ni comme contrats de vente ni comme contrats de service »⁴². On a choisi de ne pas choisir. Certes, d'autres contrats sont traités de manière identique⁴³, et la catégorie spécialement créée ne vaut qu'à l'échelle de cette directive, pas au-delà. Comment ne pas y voir, toutefois, un nouveau signe des difficultés de qualification posées par les contenus numériques dématérialisés ?

Sur le fond, doit-on se satisfaire de cette absence de droit de rétractation ? Certains estimeront qu'il n'y a pas de raison de mieux traiter l'acquéreur d'un logiciel dématérialisé que celui du même programme sur CD-ROM ou disquettes. Il faut toutefois se rappeler des raisons qui avaient conduit le législateur à refuser qu'un boîtier descellé soit renvoyé au marchand, accompagné d'une demande de remboursement. Fut un temps où il était facile et très peu coûteux, pour l'utilisateur, de réaliser une copie du programme chez lui. Un lecteur de disquettes ou un graveur de CD et quelques dizaines de minutes au grand maximum suffisaient pour incorporer l'œuvre dans un nouveau support. Permettre au client de se rétracter aussitôt après pour obtenir remboursement, c'eût été promouvoir indirectement la contrefaçon. La dématérialisation des logiciels, nous y reviendrons, s'est accompagnée du développement de mesures techniques de protection (MTP) très efficaces. Elles sont associées à des systèmes d'exploitation conçus, sur certains téléphones mobiles par exemple, comme des architectures de plus en plus fermées, n'acceptant d'utiliser que des contenus approuvés par le fabricant, et demandant des autorisations d'exécution à des serveurs centraux en usant d'une connexion internet permanente. Dit autrement, le risque qu'un internaute se rétracte une heure après avoir acheté une application mobile, tout en parvenant à en conserver frauduleusement l'usage, est aujourd'hui très faible. Cela requiert des compétences hors de portée du grand public. Puisque le contexte a changé, il ne fallait pas se contenter de reconduire la solution pensée pour les logiciels sur support physique sans y réfléchir davantage.

Il est vrai que dans l'imaginaire collectif, le droit de rétractation associé aux contrats conclus à distance est avant tout utilisé pour vérifier l'adéquation d'un bien corporel, notamment des vêtements ou des chaussures, aux caractéristiques personnelles du consommateur. S'agissant d'une œuvre de l'esprit, qui propose la même expérience à tout utilisateur, les raisons d'accepter la rétractation semblent moins impérieuses. Il suffirait d'aller lire des critiques du film, de l'album musical... ou du logiciel pour se faire une opinion avant l'acquisition⁴⁴. Contre cet argument, on rappellera qu'il est actuellement possible de se rétracter après achat à distance d'un livre sur support papier⁴⁵. Le délai de quatorze jours semble d'ailleurs trop long pour un tel produit : il permettrait à

41 - Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

42 - Considérant n° 19.

43 - *Ibid.* : « [...] les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou les contrats portant sur la fourniture de chauffage urbain [...] ».

44 - Les magasins d'applications en ligne intègrent généralement un système de critique ou de notation (par exemple sous forme de petites étoiles) par les acheteurs eux-mêmes.

45 - L'exception prévue à l'article L. 121-21-8, 10° ne vise que les contrats « De fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine, sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications ».

des consommateurs mal intentionnés de tirer tout le bénéfice du produit culturel, puis de se rétracter. Un délai de rétractation en matière de logiciels devrait certainement être plus court. De sa propre initiative, *Google Play* offre ainsi la possibilité de se rétracter pendant deux heures après l'achat d'une application⁴⁶. La solution semble heureuse et aurait mérité d'être généralisée.

Les questions susceptibles de se poser au stade de l'acquisition du logiciel dématérialisé ayant été évoquées, intéressons-nous à présent à la revente de ces logiciels.

B - Lors de la revente du logiciel dématérialisé

Rappelons-nous des propos tenus par le président de Sony Computer Entertainment Amérique : devant une salle conquise, il martelait qu'un client ayant « acheté » un « disque » de jeu vidéo dispose dès cet instant d'une « copie » de l'œuvre, dont il peut faire ce que bon lui semble, en particulier la revendre⁴⁷. Pourtant, la firme n'offre aucune possibilité de ce type aux acquéreurs des versions dématérialisées de ses logiciels. Au contraire : les conditions générales des magasins immatériels sont claires sur l'interdiction qui est faite aux clients de céder leurs droits d'utiliser l'œuvre (1). Cette interdiction de principe est néanmoins tempérée par un arrêt remarqué de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), fondé sur la théorie de l'épuisement du droit de distribution (2).

1 - Le principe : une interdiction contractuelle de cession

Les étals des marchés aux puces, vide-greniers et autres rèderies croulent sous les logiciels. En particulier, on y trouvera souvent des dizaines de jeux vidéos, anciens ou récents, sous forme de boîtiers contenant des CD ou DVD-ROM. Voici un individu qui paie quelques euros, et repart avec l'une de ces galettes de plastique sous le bras. Avons-nous assisté à la conclusion d'un contrat de vente ? La question est discutée⁴⁸. L'opération n'a pas pu se limiter à cela, car pour donner l'ordre à sa console de salon ou à son ordinateur personnel d'exécuter le jeu d'instructions contenu sur le disque, l'utilisateur doit y avoir été autorisé par le titulaire des droits sur le logiciel. Pour ce faire, l'acquéreur initial du logiciel avait dû accepter d'entrer dans les liens d'un contrat que la pratique nomme souvent « contrat de licence ». Ce terme ne doit pas être compris dans un sens étroit, qui renverrait au droit des brevets - or, on l'a vu, le logiciel relève du droit d'auteur - mais dans le sens large et originel du mot *licencia* : c'est une autorisation⁴⁹. Elle emporte concession du droit de transférer le logiciel dans la mémoire de la machine et de l'y mettre en œuvre. Pour que la vente du support d'un jeu vidéo sur les marchés aux puces ait un quelconque intérêt, il faut donc considérer que l'acheteur de ce support se voit également céder les droits contractuels permettant son exploitation. De manière invisible, la « licence » a donc circulé, comme collée au support. Les parties, sans même en avoir conscience, ont conclu un accord global qui semble avoir emporté cession de droits réels, mais aussi substitution au sein d'une position contractuelle liant l'utilisateur du logiciel à l'éditeur. Le contrat de licence donne l'impression de suivre le support, comme l'accessoire suit le principal. Mais lorsque le logiciel est distribué sous la forme d'un téléchargement

46 - <https://support.google.com/googleplay/answer/134336?hl=fr>.

47 - V. les propos cités *supra*, dans l'introduction.

48 - V. not. *Lamy Droit du numérique 2014*, n° 740, paragraphe intitulé : « La tentative de qualifier comme vente le contrat de fourniture d'un logiciel standard ».

49 - *Ibid.*, n° 741. La convention est parfois considérée comme *sui generis* (par ex. A. Hollande et X. Linant de Bellefonds, *Pratique du droit de l'informatique et de l'internet*, Editions Delmas, 6ème éd., 2008, n° 503). Nous avons pourtant critiqué le recours à une qualification ad hoc dans le cadre des textes relatifs au droit de rétractation. Mais c'est une chose de dire que le contrat de fourniture de progiciel n'est, dans une analyse rigoureuse, identique à aucun autre contrat existant. C'en est une autre de refuser de le classer dans les grandes catégories et de n'y voir ni la fourniture d'un bien, ni celle d'un service.

de fichiers, le support disparaît, et le contrat de licence apparaît en quelque sorte au premier plan. Ce qui était accessoire devient principal. Cela emporte-t-il des conséquences concrètes ?

Le profane pourrait croire que non. Sur les sites spécialisés dans la vente en ligne de contenus numériques en général, et de programmes informatiques en particulier, le champ lexical de la vente est omniprésent. Lorsqu'il est question d'acquérir une application, le bouton est toujours libellé « acheter »⁵⁰. Dans l'esprit de l'utilisateur, dès lors, même en l'absence de support tangible, il s'agit d'acquérir des droits définitifs, des droits de propriété, et non pas une autorisation contractuelle précaire, limitée dans le temps ou dans l'usage qu'il est permis d'en faire, et incessible. D'ailleurs, ce vocabulaire ne se retrouve pas uniquement sur les pages destinées au grand public. Même les conditions générales cultivent parfois une surprenante ambiguïté. Ainsi peut-on lire chez *Google Play* : « Lorsque vous **achetez** du Contenu (défini comme des fichiers de données, **des applications**, du texte écrit, un logiciel d'appareil mobile, de la musique, des fichiers audio ou d'autres sons, des photographies, des vidéos ou d'autres images) sur *Google Play*, vous **l'achèterez** : (a) directement auprès de la société *Google Commerce Limited* (une « **Vente** directe ») [...] »⁵¹. L'internaute aurait tort d'arrêter là sa lecture, car un peu plus loin il découvrira : « Vous ne pouvez pas vendre, louer, redistribuer, diffuser, transmettre, communiquer, modifier, concéder ou céder tout Contenu ou vos droits relatifs au Contenu à tout tiers sans autorisation [...] »⁵². Sur *Steam*, l'interface destinée au grand public use et abuse des mots « achat » et « vente ». En revanche, les conditions générales sont d'emblée très claires : « Les Contenus et Services sont concédés sous licence, et non vendus. Votre licence ne vous confère aucun droit ni titre de propriété sur les Contenus et Services. Pour utiliser les Contenus et Services, vous devez être en possession d'un Compte *Steam* et vous pouvez être tenu d'exécuter le client *Steam* et d'être connecté à Internet pendant toute la durée d'utilisation »⁵³. S'il s'agit de dire que le client ne devient pas propriétaire de l'œuvre, c'est une évidence que personne n'aurait songé à contester. Il s'agit bien de lui refuser la propriété d'une copie. Ce faisant, on lui retire notamment la faculté de céder ses droits d'utiliser un exemplaire de l'œuvre.

Ces stipulations sont, pour tous les grands acteurs du secteur, des clauses de style. Mais un arrêt remarqué de la CJUE, *Usedsoft contre Oracle*, remet en cause ces solutions contractuelles⁵⁴.

2 - Le tempérament : l'épuisement du droit de distribution

L'entreprise américaine *Oracle* développe des logiciels à usage professionnel, notamment dans le domaine des bases de données. Elle les distribue aussi bien sous forme physique que sous forme dématérialisée, selon la préférence de ses clients. 85% des utilisateurs optent déjà pour une livraison

50 - Le lecteur pourra en faire l'expérience sur *Google Play*, sur l'*App Store*, sur *Steam*...

51 - Conditions d'utilisation du 17 novembre 2014, consultables sur https://play.google.com/intl/fr_fr/about/play-terms.html, partie 2 « Fourniture de *Google Play* ».

52 - Ibid., partie 6 « Droits et restrictions ».

53 - Conditions générales *Steam* du 15 mars 2015, consultables sur http://store.steampowered.com/subscriber_agreement/french/.

54 - CJUE, gde ch., 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *Usedsoft GmbH c/ Oracle International Corp.* : Europe, n° 8, août 2012, comm. 345, obs. L. Idot ; CCE, n° 10, oct. 2012, comm. 106, obs. C. Caron ; RTD. eur., 2012, p. 947, obs. E. Treppoz ; D., 2012, p. 2343, III C, obs. C. Le Stanc ; RTD. com., 2012, p. 790, obs. P. Gaudrat ; RTD. com., 2012, p. 542, obs. F. Pollaud-Dulian. *Adde* V. Sedallian et O. Seidowskky, « 3 questions. Les licences logicielles d'occasion (used soft) », JCP E, n° 13, 27 mars 2014, 229 ; L. Marino, « Les défis de la revente des biens culturels numériques d'occasion », JGP G, n° 36, 2 sept. 2013, 903 ; A. Mendoza-Caminade, « Vers une libéralisation du commerce du logiciel en Europe ? », D., 2012, p. 2142 ; M. Razavia, « *Oracle c/ Usedsoft*, un an après : regard critique sur les conséquences pratiques de cette décision », RLDI, 2013, n° 97, p. 8 ; D. Calmes, « La revente de logiciels d'occasion : une nouvelle fonctionnalité mal documentée », RLDC, 2013, n° 103, p. 71 ; J. Huet, « Le marché des logiciels d'occasion et la libre circulation des produits culturels », D., 2012, p. 2101.

du logiciel par téléchargement : cela ne fait aucun doute, nous sommes en train de vivre les dernières années du CD-ROM⁵⁵. Le problème est venu de ce qu'une entreprise allemande, *Usedsoft GmbH*, avait pris l'initiative d'organiser un marché secondaire des licences pour les logiciels *Oracle*. Certains clients, en effet, n'avaient plus l'usage des programmes achetés quelques années plus tôt au prix fort. D'autres n'avaient qu'un usage partiel des licences : chacune d'entre elles autorisait l'utilisation du logiciel sur 25 postes au maximum. Dès lors, exécuter les instructions sur 26 ordinateurs rendait nécessaire l'acquisition de deux licences ; *Usedsoft* proposait alors de « revendre » à un autre professionnel les droits non utilisés, correspondant dans notre exemple à 24 postes de travail. Une fois en possession de la licence de seconde main, l'entreprise se connectait aux serveurs d'*Oracle*, y téléchargeait le logiciel et l'exécutait sur ses machines.

Oracle saisit la justice allemande aux fins d'interdire à *Usedsoft* la poursuite de ses activités. Elle faisait notamment valoir qu'au sein du contrat de licence, figurait la clause suivante, intitulée « Droit concédé » : « Le paiement des services vous donne un droit d'utilisation à durée indéterminée, non exclusif, **non cessible** et gratuit, réservé à un usage professionnel interne, pour tous les produits et services qu'*Oracle* développe et met à votre disposition sur le fondement du présent contrat »⁵⁶.

La principale question posée par ce litige était celle de savoir si le droit de distribution d'*Oracle* était épuisé⁵⁷. De quoi s'agit-il ? La directive du 23 avril 2009 « concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur » énumère les droits exclusifs de l'auteur d'un logiciel : droit de reproduction, d'adaptation, d'arrangement... et droit de distribution des copies du programme⁵⁸. Mais une restriction importante est aussitôt apportée au dernier de ces droits : « 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 [...] »⁵⁹. Cette théorie de l'épuisement du droit est présentée tantôt comme d'origine allemande⁶⁰, tantôt comme d'inspiration américaine⁶¹. Elle limite les prérogatives de l'auteur au bénéfice de la libre circulation des marchandises au sein de l'Union : passée la première vente, le destin de la copie du logiciel doit définitivement lui échapper.

Lorsqu'*Oracle* distribue ses logiciels par la voie du téléchargement, le contrat peut-il être analysé comme une « première vente » ? L'objet de cette vente est-il une « copie de programme » ? Ces difficultés d'interprétation d'un texte européen devaient être tranchées, au niveau de l'Union, par la CJUE : aussi le *Bundesgerichtshof* allemand, dernière juridiction saisie dans l'ordre interne, lui posa-t-il plusieurs questions préjudicielles. Sans nous livrer à une analyse exhaustive d'une décision très riche et déjà largement commentée, rappelons-en les principaux aspects. Qu'ils l'approuvent ou

55 - Le chiffre est cité par la Cour dans les premières lignes de sa décision.

56 - Souligné par nous.

57 - Par contre-coup, une autre question fondamentale était de savoir si l'entreprise ayant « acheté » le logiciel d'occasion était un « acquéreur légitime » au sens de l'article 5.1 de la directive de 2009.

58 - Art. 4, 1.

59 - Art. 4, 2. Souligné par nous.

60 - M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 493 : « [la CJUE] a imaginé de puiser dans le « fonds juridique » allemand pour en tirer cette théorie de l'épuisement du droit d'où il résulte que chaque droit de propriété intellectuelle a « un objet spécifique » et qu'une fois celui-ci réalisé, « épuisé », le titulaire des droits ne peut plus rien réclamer [...] ». La théorie de l'épuisement est ainsi susceptible de s'appliquer à d'autres prérogatives de l'auteur que le droit de distribution.

61 - Par ex. P. Gaudrat, obs. précitées sur l'arrêt *Usedsoft*, n°1. Il s'agit cette fois-ci non pas de la notion générale d'épuisement du droit (cf. note précédente) mais spécifiquement de l'épuisement du droit de distribution, présenté comme inspiré de la « *first sale doctrine* » des pays de copyright.

le critiquent, tous les auteurs reconnaissent que cet arrêt constitue une étape fondamentale dans la construction du régime juridique du logiciel immatériel.

La Cour relève que la directive ne renvoie pas aux droits nationaux pour la définition de ce qu'est une « vente », et en déduit qu'il s'agit d'une notion autonome du droit de l'Union⁶². S'étant dès lors affranchie de toute contrainte, la CJUE définit très librement la vente 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 »⁶³. *Oracle* affirmait qu'il y avait conclusion d'un contrat de licence, puis mise à disposition gratuite de fichiers sur son serveur, mais qu'il n'y avait là aucun transfert de propriété d'aucune sorte⁶⁴. À cette analyse fragmentée, la Cour répond par une approche globalisante : « il convient de relever que le téléchargement d'une copie d'un programme d'ordinateur et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation se rapportant à celle-ci forment un tout indivisible. En effet, le téléchargement d'une copie d'un programme d'ordinateur est dépourvu d'utilité si ladite copie ne peut pas être utilisée par son détenteur. Ces deux opérations doivent dès lors être examinées dans leur ensemble aux fins de leur qualification juridique »⁶⁵. Examiner isolément le contrat dit « de licence » n'aurait pas permis d'aboutir à la qualification de vente. La CJUE a fourbi ses armes : une définition de la vente spécialement forgée pour l'occasion ; une approche bien particulière de la qualification qui, sous prétexte de considérer l'économie générale de l'opération ou l'ensemble contractuel dans son entier, se focalise sur le tout et délaisse les parties. On rencontre alors le centre de gravité de l'arrêt : « le client d'Oracle, qui télécharge la copie du programme d'ordinateur concerné et qui conclut avec cette société un contrat de licence d'utilisation portant sur ladite copie, reçoit, moyennant le paiement d'un prix, un droit d'utilisation de cette copie **d'une durée illimitée**. La mise à la disposition par Oracle d'une copie de son programme d'ordinateur et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation y afférente visent ainsi à rendre ladite copie utilisable par ses clients, **de manière permanente**, moyennant le paiement d'un prix destiné à permettre au titulaire du droit d'auteur d'obtenir une rémunération correspondant à la valeur économique de la copie de l'œuvre dont il est propriétaire »⁶⁶. Pour la Cour, on peut bel et bien parler de copie immatérielle d'un logiciel. Surtout, cette copie est susceptible de faire l'objet d'un droit réel et plus spécifiquement d'un droit de propriété de la part du client. Ce sera le cas lorsque les droits d'utilisation du programme auront été octroyés à titre définitif, permanent. On en déduit, *a contrario*, qu'un droit temporaire d'utilisation du logiciel relèverait du monde des droits personnels, des droits de créance, et naîtrait par exemple d'un simple bail.

La CJUE va encore plus loin. Pour protéger les acquéreurs de logiciels téléchargés, elle n'utilise pas de concepts propres à l'immatériel. Bien au contraire, elle affirme qu'il existe une véritable égalité fonctionnelle et juridique entre les deux types de véhicules que constituent le CD et le flux d'informations à travers un réseau : « **il est indifférent**, dans une situation telle que celle en cause au principal, que la copie du programme d'ordinateur a été mise à la disposition du client par le titulaire du droit concerné au moyen d'un téléchargement à partir du site Internet de ce dernier ou au moyen d'un support matériel tel qu'un CD-ROM ou un DVD. [...] il doit être considéré que **ces deux opérations impliquent également**, dans le cas d'une mise à la disposition d'une copie du programme d'ordinateur concerné au moyen d'un support matériel tel qu'un CD-ROM ou un DVD, le transfert du droit de propriété de ladite copie »⁶⁷.

62 - §40.

63 - §42.

64 - §43.

65 - §44.

66 - §45. Souligné par nous.

67 - §47. Souligné par nous.

Afin de s'opposer aux activités d'*Usedsoft*, *Oracle* avançait encore plusieurs arguments. Pour qu'une entreprise prétende avoir revendu sa « copie immatérielle », il faut qu'elle ait cessé d'utiliser et même détruit les fichiers du programme sur ses propres ordinateurs. Or, vérifier que cette destruction a bien été effectuée est impossible. Mais là encore, la Cour cherche à assimiler les problèmes posés par les versions physiques et dématérialisées : « le titulaire du droit d'auteur qui distribue des copies d'un programme d'ordinateur gravées sur un support matériel tel qu'un CD-ROM ou un DVD est confronté à la même difficulté, car il ne peut que très difficilement vérifier si l'acquéreur initial n'a pas créé des copies du programme d'ordinateur qu'il continuerait à utiliser après avoir vendu son support matériel »⁶⁸. La remarque est judicieuse. La véritable solution, poursuit la Cour, consiste dans la mise en place de mesures techniques de protection. Elle donne l'exemple d'une clé-produit⁶⁹. Aujourd'hui, les logiciels sont en mesure de se connecter à un serveur central afin de vérifier qu'une même clé - c'est-à-dire, au fond, une même licence - n'est pas utilisée simultanément par deux copies du programme. Que le logiciel ait été installé à partir d'un vecteur physique ou de fichiers téléchargés ne change rien au fond du problème.

Nous ne nous arrêterons qu'un instant sur la partie de la décision relative à l'indivisibilité des licences : la Cour interdit à *Usedsoft* de revendre des « morceaux » de licences, par exemple 23 droits d'utilisation si l'acquéreur initial du logiciel n'en utilise que 2⁷⁰. Le contrat de licence circule comme un accessoire de la copie. Ce serait contrevenir à cette logique que de scinder les droits d'utilisation entre deux entreprises et de télécharger le logiciel chez l'une comme chez l'autre. Même dans le paradigme très protecteur des droits des utilisateurs que la Cour a mis en place, la copie ne peut être la propriété, à un instant donné, que d'une seule personne juridique. Soit l'acquéreur initial de la copie la conserve, et tant pis si son droit d'utilisation reste inutilité aux 23/25ème. Soit il cède sa copie, mais il ne pourra plus prétendre l'utiliser sur deux postes de travail. Il n'y a là rien de très surprenant.

Certains auteurs se sont montrés particulièrement critiques à l'encontre de la décision *Usedsoft*⁷¹. Ils dénoncent l'incohérence des syllogismes employés par la Cour, et sa tendance à bâtir des raisonnements à partir de la conclusion à laquelle elle souhaite aboutir⁷². Sur le fond, ils font observer qu'il n'y a pas aucune circulation d'exemplaire du logiciel dans le cas des prétendus copies dématérialisées, puisque le prétendu acheteur d'occasion va télécharger les fichiers sur le site d'*Oracle*, et ne les reçoit pas de son pseudo-vendeur⁷³. Dès lors, entre ces deux individus, seul le contrat de licence circulerait. « Au total, on voit que la mise à contribution de l'épuisement n'était qu'un détour (un prétexte) pour écarter l'*intuitu personae* grevant la licence. Pourquoi ne pas avoir simplement posé que l'*intuitu personae* heurtait l'ordre public communautaire [...] ? »⁷⁴.

68 - §79.

69 - Ibid.

70 - §86.

71 - En particulier P. Gaudrat, obs. préc.

72 - P. Gaudrat, obs. Préc., n° 25 et s., use d'expressions sévères : « [...] Aussi pour ne pas affronter son incohérence, la Cour se lance-t-elle dans un syllogisme paraïste, du même acabit, qui, au lieu d'établir la qualification défailante, se contente de nier qu'il puisse en exister une autre, comme le soutenai Oracle ! [...] Pour dissimuler leur embarras et faire passer pour incohérent l'argument auquel ils avaient peine à répondre, les juges communautaires donnent libre cours à leur fantaisie [...]. Admirable dénouement de la pensée qui conduit à faire passer une affirmation gratuite pour la conclusion d'un raisonnement ! [...] ».

73 - Dans un ouvrage de 1998, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, A. Lucas considérait déjà qu'appliquer l'épuisement du droit de distribution à la distribution numérique pouvait sembler cohérent sur le plan économique, mais incohérent sur le plan juridique. Il lui semblait nécessaire de rechercher d'autres fondements (n° 281 s.).

74 - Ibid., n° 21.

Ces critiques ne sont pas dénuées de fondement. Initialement, la théorie de l'épuisement du droit de distribution visait les seuls exemplaires matériels, et n'était qu'un instrument au service de la libre circulation des marchandises. Mais elle semble prendre, depuis quelques années, une ampleur nouvelle. Sans même viser l'arrêt *Usedsoft*, des auteurs écrivaient ainsi : « [...] la reconnaissance de l'épuisement du droit – fût-il limité en notre matière au droit de distribution – comme un "standard" européen, visé dans les directives, voire les règlements [...] en étend sensiblement la portée. L'épuisement n'est plus seulement le moyen d'assurer la libre circulation intracommunautaire. Il devient une composante intrinsèque des droits. Autrement dit, la théorie de l'épuisement interdit certes à un titulaire de droits intellectuels de contrôler la circulation du bien en cause entre Berlin et Paris mais aussi et tout autant entre Toulouse et Rouen »⁷⁵. Conçu à l'origine comme un simple instrument de mise en œuvre du marché commun, l'épuisement du droit de distribution est vivement sollicité, et même déformé par la Cour, afin qu'il produise des conséquences sur la substance même des droits des utilisateurs de logiciels, y compris dans un cadre purement national. Cette théorie est, de surcroît, associée à la notion de copie immatérielle, qui est avant tout une fiction juridique, une vue de l'esprit, destinée à autoriser un raisonnement sur le terrain du droit des biens, là où il n'y aurait sans cela que des contrats. Assurément, la Cour donne à des instruments juridiques un sens nouveau, joue avec les concepts, et s'expose – certainement en toute conscience – à de multiples critiques techniques. Mais n'est-ce pas toujours le prix à payer lorsque l'on rend une décision fondatrice, qui fait profondément évoluer le droit ? Quelles alternatives, plus respectueuses des cadres existants, la doctrine a-t-elle proposé pour éviter que les grandes sociétés de la net-économie ne finissent par fixer unilatéralement les règles du jeu dans leurs contrats d'adhésion ? Il nous semble que la décision *Usedsoft* est une décision courageuse, qui invite les pouvoirs normatifs et les auteurs à s'interroger sur l'avenir du logiciel dématérialisé. Ce sont ces perspectives qu'il nous faut à présent aborder.

II – Perspectives

La décision *Usedsoft* constitue indirectement une mise en garde. Il reste bien peu de temps avant que le programme dématérialisé ne supprime entièrement l'exemplaire physique, ce qui va profondément modifier les règles juridiques applicables au logiciel. Il est nécessaire de formaliser les évolutions qui constituaient jusqu'ici l'arrière-plan de notre propos : l'évolution de la qualification (A) et celle du régime (B) applicables aux exemplaires de logiciels.

A – L'évolution de la qualification : un effacement des droits réels

Les contempteurs de la CJUE lui reprochent d'avoir recouru artificiellement aux notions de vente et, corrélativement, de propriété d'une copie du logiciel. Ces concepts, pertinents lorsque le programme est fixé sur un support physique, ne seraient plus adaptés aux exemplaires dématérialisés. Nous avons rencontré cette idée à plusieurs reprises, au détour de nos réflexions : il est temps de l'aborder frontalement (1). On s'aperçoit alors qu'un second facteur influe également sur la qualification des copies du logiciel : la montée en puissance des mesures techniques de protection (2).

1 – L'impact de la dématérialisation

Les rapports complexes entre l'oeuvre et son support fascinaient déjà les romains. Dans les *Institutes*, on trouve la question suivante : « Lorsqu'on a peint sur la toile d'autrui, quelques-uns pensent que la toile est l'accessoire de la peinture ; d'autres pensent que la peinture, quelle qu'elle soit, est l'accessoire de la toile : le premier sentiment nous paraît préférable . Ne serait-il pas en effet ridicule qu'un ouvrage de peinture d'Appelle ou de Parrhasius, fût regardé comme l'accessoire d'une

75 - M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 493.

toile d'un vil prix ? »⁷⁶. L'approche est assez fruste, puisqu'il s'agit d'établir, entre l'artiste et le propriétaire du support, qui est le dominant et qui est le dominé. Les critères utilisés - valeur économique du support, prestige de l'artiste - laissent craindre une solution au cas par cas. La solution des droits moderne est tout autre : il s'agit de superposer sur une même chose deux « propriétés », en tout cas deux ensembles de prérogatives dont les objets sont différents et compatibles. Aux termes de l'article L. 111-3 al. 1^{er} du CPI, « La propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel ». Il s'agit alors de protéger davantage l'auteur que l'amateur d'art. Avant que le sculpteur ne vende sa statue, en effet, aucune difficulté n'est susceptible de surgir. Une fois qu'il l'a vendue, en revanche, c'est l'acheteur qui se trouve, *a priori*, en nette position de force. Propriétaire de la chose, il pourrait se prévaloir de l'article 544 du Code civil pour en disposer selon son bon plaisir. La distinction entre œuvre et support permet à l'auteur d'invoquer un lien invisible et permanent, qui le relie à tout objet incorporant son art, afin de freiner, tempérer, modérer les prérogatives du propriétaire du support. Ainsi, ce n'est pas parce que l'on achète un tableau que l'on acquiert le droit de le reproduire sur des cartes postales puis de les vendre : cette prérogative continuera d'appartenir au titulaire du droit d'auteur, et à lui seul⁷⁷. Quoique cette idée paraisse aujourd'hui relativement simple, les principes fondamentaux de la propriété intellectuelle ayant suffisamment infusé dans l'esprit collectif, elle exige un certain degré de raffinement du système juridique, et n'a pas toujours été admise par le passé⁷⁸. La pente naturelle du droit des biens est d'octroyer au propriétaire du support une position très forte, contre laquelle le droit d'auteur doit lutter pied à pied. La récente controverse relative au droit à l'image des biens l'illustre parfaitement. Un arrêt remarqué de 1999 avait ainsi décidé, au visa de l'article 544 du Code civil, que : « le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit ». Dès lors, l'exploitation d'un bâtiment sous forme de photographies portait atteinte au droit de jouissance du propriétaire, qui se voyait reconnaître le droit de faire saisir les images⁷⁹. Cette décision présentait, entre autres, le danger de contredire les droits patrimoniaux de l'auteur, par exemple de l'architecte du bâtiment - précisons que la solution était transposable aux biens meubles. Cette jurisprudence a, depuis, été abandonnée⁸⁰.

Les exemples précédents étaient articulés autour de supports de création, c'est-à-dire de choses sur lesquelles le pouvoir créateur de l'auteur s'était directement exercé : manuscrit original ou toile de maître par exemple⁸¹. S'agissant des logiciels, la vente porte uniquement sur des supports de

76 - *Les Institutes de l'Empereur Justienien*, trad. M. Hulot, cité par C. Caron, *op. cit.*, n° 26.

77 - Art. L. 113-2 CPI : l'acquéreur du support « [...] n'est investi du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code ».

78 - La Cour de cassation avait ainsi tranché en sens inverse il y a longtemps « [...] le droit de reproduire le tableau par la gravure doit être compris au nombre des droits et facultés que transmet l'acquéreur d'une vente sans réserve [...] » (Ch. Réunies, 27 mai 1842).

79 - Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1999, n° 96-18699 : Bull. Civ., I, n° 87 : Dr. et Patr., nov. 1999, n° 76, p. 107, obs. F. Macorig-Venier ; CCE, oct. 1999, n° 1, p. 14, obs. Y. Gaubiac ; RTD. civ., 1999, p. 859, obs. F. Zénati ; Defrénois, 1999, n° 17, p. 897, obs. C. Caron ; D., 1999, p. 247, obs. S. Durrande ; *ibid.*, p. 319, note. E. Agostini ; RLDA, juill. 1999, n° 18, p. 10, obs. P. Mendak.

80 - Cass. ass. Plén., 7 mai 2004, n° 02-10450 : Bull. ass. plén., n° 10 ; BICC 15 juill. 2004, n° 602 ; Gaz. Pal., 21 nov. 2004, p. 326, obs. H. Vray ; JCP G, 2004, n° 43, p. 1901, obs. H. Périnet-Marquet ; RLDC, juill. 2004, n° 7, p. 38, obs. A. Decoux. Il est jugé que : « [...] le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal [...] »

81 - « Si la doctrine reconnaît majoritairement que l'œuvre doit se comprendre comme une forme perceptible aux sens, elle ne répond pas à la question de la réalisation du passage entre l'idée et la forme. Cette mutation ne peut en effet être permise que par l'intervention d'un corps ou d'un véhicule qui porte l'expression de l'œuvre. L'œuvre de l'esprit a besoin d'un instrument assurant sa perception. Un auteur ne peut en effet faire sortir l'œuvre de son imaginaire qu'en utilisant un vecteur capable d'extérioriser l'œuvre afin de la rendre perceptible par autrui. C'est cet instrument que l'on dénomme support de création » (L. Breuker, art. préc.).

commercialisation : l'oeuvre originale est dupliquée et s'incarne dans de simples exemplaires, des copies⁸². Ce sont ces copies qui sont vendues. La tension existant entre les droits de l'auteur et ceux du propriétaire du support s'amenuise. Que le propriétaire d'une simple copie exerce son droit d'en disposer en la mutilant ou en la dégradant, cela est parfaitement indifférent à l'auteur, alors que le même comportement en présence d'un support de création aurait éventuellement porté atteinte à ses prérogatives extra-patrimoniales – le droit au respect de l'oeuvre – et patrimoniales – son droit de reproduction. Les droits réels sont cantonnés, maintenus presque naturellement dans un juste équilibre, dans la mesure où ils s'exercent sur un simple avatar, sur une incarnation de l'oeuvre parmi des milliers d'autres. Cela ne signifie pas que l'auteur exerce son emprise uniquement sur l'original, tandis que l'acheteur l'exerce sur la copie. Non : le support, fût-il un simple support de commercialisation, reste toujours soumis au droit d'auteur. Ainsi, être propriétaire d'un exemplaire sur CD-ROM d'un logiciel n'autorisera jamais à le dupliquer et à revendre les clones ainsi créés. Mais le petit Yalta des prérogatives sur l'oeuvre s'opère avec une relative aisance. Le droit du propriétaire du support de commercialisation est fort, sans être menaçant. Par ailleurs, alors même que l'achat d'une copie du logiciel est accompagnée de la conclusion d'un contrat de licence, le bénéfice du contrat suit l'exemplaire physique, si cet exemplaire est prêté ou revendu, comme un accessoire. Le support physique, dans ce paradigme, est plus qu'un mode de livraison du code informatique composant le logiciel : il réifie le contrat de licence, l'incorpore et en permet la circulation. Mais nuanceons aussitôt le propos. S'il a été nécessaire de recourir à la théorie de l'épuisement du droit de distribution, c'est bien que les titulaires de droits sur les logiciels étaient tentés d'empêcher la transmission du contrat de licence, déjà à l'ère des exemplaires physiques. Cette prétention fut jugée inacceptable. En présence de copies matérielles, les principes du marché commun et l'analyse civiliste du droit réel du propriétaire du support semblent converger idéalement pour l'interdire.

Mais voici que disparaissent les exemplaires matériels. Le retournement est spectaculaire. Nous avons décrit des titulaires du droit d'auteur courant après les propriétaires de supports (de création mais aussi de commercialisation), en brandissant des constructions intellectuelles sophistiquées pour faire contrepoint à la toute-puissance apparente de leur droit de propriété. Aujourd'hui, l'utilisateur de logiciel est nu. Sans support à brandir, il manque de point d'accroche pour justifier de ses prérogatives. Que reste-t-il dans son patrimoine ? Des droits personnels, des droits de créance nés du contrat de licence, qui ne constituent plus l'accessoire mais le principal. Ainsi un auteur écrit-il : « Fournir un accès à une oeuvre, sans en transférer la propriété du support, relève de la prestation de services. C'est mettre l'oeuvre à la disposition d'un utilisateur, pendant un certain temps ou dans certaines limites. Accorder à l'utilisateur une relative jouissance de l'oeuvre peut pareillement être qualifié de prestation de services [...] »⁸³. Un autre auteur estime, dans le même ordre d'idées, que l'on est passé d'un commerce de copies à « un commerce de droits » ou même à un « commerce de positions normatives »⁸⁴ : on n'achète plus qu'une position contractuelle.

Cette mutation des droits de l'utilisateur de logiciels, qui cessent d'être des droits réels pour devenir des droits de créance, la CJUE entend la combattre, on l'a vu, en recourant à une habile fiction : la copie immatérielle. Mais l'un des principaux états de cette qualification était, on s'en

82 - « Si la réalisation d'une oeuvre nécessite la présence d'un support de création, l'oeuvre ne reste pas attachée à cette première empreinte physique. L'oeuvre de l'esprit est en effet une chose incorporelle dotée d'un don d'ubiquité qui lui permet d'être présente à la fois en différents lieux. C'est cette faculté que le législateur entend protéger en accordant un monopole d'exploitation à l'auteur. Or, la mise en oeuvre de ce monopole d'exploitation nécessite un outil assurant la communication de l'oeuvre. Le support de commercialisation se présente alors comme l'instrument assurant la dissociation de l'oeuvre d'avec son support de création » (*Ibid.*).

83 - S. Dussolier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, préf. A. Lucas, avant-propos Y. Pouillet, 2007, n° 509.

84 - J. Bing, cité par S. Dussolier, *loc. cit.*

souvent, la présence d'« un droit d'utilisation de cette copie **d'une durée illimitée** »⁸⁵. Plusieurs commentateurs de la décision ont fait observer qu'elle était facile à contourner, puisqu'il suffirait aux éditeurs de logiciels de concéder à l'avenir des licences à durée déterminée⁸⁶. Cette substitution n'est peut-être pas si évidente qu'on le prétend, car si cette durée était de quelques mois ou de quelques années, les clients intéressés et les contreparties financières seraient différents⁸⁷. Il est vrai que le bail est en développement fulgurant dans tous les domaines de la vie économique : on loue des automobiles, des machines à laver ou des logiciels à la journée, à la semaine, à l'année. On loue l'accès à un catalogue sans cesse changeant de films ou de chansons, on paie à l'acte, à la demande. Mais l'envie d'acquérir définitivement des utilités sur une ne chose, l'appétit de propriété, ne s'est pas éteint partout. Comment analyser juridiquement la concession d'un droit d'utilisation de logiciel sans limite de durée ? La tentation de rétablir au forceps une analyse en termes de droits réels, comme l'a fait la CJUE, est forte. Mais la dématérialisation n'est pas le seul obstacle : le développement est mesures techniques de protection en constitue un autre.

2 – L'impact des mesures techniques de protection

La propriété intellectuelle ne compte pas uniquement sur le droit pour assurer sa protection : la technique est parfois sa meilleure alliée. L'utilisation d'un gène, surnommé Terminator, pour protéger les brevets sur une semence, en constitue un bon exemple⁸⁸. Les graines vendues par une entreprise telle que Monsanto, et semées par ses clients agriculteurs, seront à l'origine d'une récolte, mais ne donneront pas de semence à leur tour. Il faudra à nouveau s'adresser à l'industriel l'année suivante pour planter, à nouveau payer pour utiliser son invention. Pour la première fois dans l'histoire humaine, le paysan n'a plus la possibilité de perpétuer de manière autonome la fertilité de son champ. En matière de droit d'auteur et de créations numériques aussi, la technique est appelée au secours du droit. Un auteur rappelle que l'industrie cinématographique n'a accepté le lancement des DVD qu'après la mise en place d'un système de « zonage » qui ne permet aux clients de visualiser leurs disques que sur un territoire géographique donné⁸⁹. « Sur internet, de nouveaux modèles de distribution des œuvres commencent à se développer, transmettant les contenus dans un mode sécurisé qui gère l'utilisation de l'oeuvre et les possibilités de reproduction ou de sa communication à autrui. Des services de fournitures d'oeuvres à la demande offrent des films au téléchargement en limitant leur vision dans le temps ou en sécurisant l'exemplaire transmis de manière qu'il ne puisse être copié, utilisé sur certains équipements ou diffusé sur le web [...] »⁹⁰.

En matière de logiciels, ces mesures techniques de protection ont pris, de la même manière, une importance croissante. Il faut en tenir compte au stade de la qualification juridique. Nous avons expliqué plus haut comment la dématérialisation des supports avait participé à un basculement du rapport de force entre auteur et utilisateur du logiciel en faveur du premier. Le développement des MTP accentue encore ce mouvement.

Les débuts de l'ère numérique ont été une épreuve pour les titulaires de droits d'auteur. Il n'était certes pas impossible de réaliser des reproductions illicites auparavant : copies de cassettes, photocopies d'ouvrages... Mais avec les lecteurs de disquettes, les graveurs de CD-ROMs, puis les systèmes d'échanges de fichiers de pair-à-pair sur internet, violer les prérogatives des auteurs est

85 - Arrêt précité du 21 juin 2012.

86 - En ce sens, V. not. les obs. préc. de C. Le Stanc et celles d'E. Treppoz.

87 - Quant à une durée qui serait stipulée en décennies, la question de la requalification en une utilisation sans limite de durée se poserait sérieusement.

88 - J.-M. Bruguière et M. Vivant, *op. cit.*, n° 946.

89 - S. Dussolier, *op. cit.*, n° 2.

90 - *Ibid.*

subitement devenu d'une extrême facilité. Puis sont apparues les premières mesures de protection, qu'on peut qualifier de passives. Elles ont été par exemple placées sur des CD audio pour en empêcher la duplication – quitte, parfois, à rendre leur lecture difficile voire impossible sur certains périphériques. Plus tard, les systèmes numériques de gestion des droits, connus sous le sigle fameux de *DRM – Digital Rights Management* – ont permis une protection beaucoup plus fine, complète et active des droits d'auteur. Le système que *Microsoft* tentait de mettre en place sur sa *Xbox One*⁹¹ est déjà en place dans d'autres domaines : sur les téléphones intelligents, les logiciels dématérialisés se connectent régulièrement à un serveur central pour vérifier que les applications qu'on leur demande d'exécuter ont été légalement acquises. La mise en place de systèmes équivalents sur les ordinateurs – Mac ou PC – a suscité des résistances. Dès 2004, l'éditeur de jeux vidéo *Valve* s'est habilement servi d'un jeu vidéo très attendu, *Half-Life 2*, pour forcer ses clients à adhérer à ce nouveau système. Si un joueur achetait un DVD-ROM du jeu dans une enseigne classique et rentrait chez lui, il n'était pas autorisé à lancer immédiatement une partie. Il lui fallait obligatoirement se connecter à internet. Créer un compte sur la plateforme *Steam*. Fournir la clé CD unique imprimée à l'intérieur de la jaquette du jeu. Dès ce instant, le jeu se liait irrévocablement au compte utilisateur. Sous prétexte de vérifier que la copie avait été légalement acquise, l'éditeur privait ainsi le propriétaire de la galette de plastique achetée une soixantaine d'euros de toute possibilité de prêt ou de revente d'occasion. Le retour de bâton est spectaculaire : internet et le numérique, un temps meilleurs alliés des pirates, se retournent aujourd'hui contre les utilisateurs de logiciels, pour les priver, comme les clients de Monsanto, de droits qui avaient pu sembler élémentaires et inaliénables par le passé.

Aussi et surtout, le procédé qui vient d'être décrit plaide fortement en faveur de la jurisprudence *Usedsoft*. Lorsque le joueur fournit à *Steam* la clé CD imprimée à l'intérieur de la boîte du jeu, la plateforme ajoute immédiatement à sa bibliothèque personnelle les droits d'accéder, par exemple, à *Half-Life 2*. Pour procéder à l'installation, le joueur a alors le choix : il peut insérer le disque de plastique dans le lecteur optique de sa machine. Il peut aussi choisir de télécharger intégralement les fichiers. Pourquoi faire ce choix ? Parce que l'ordinateur ne dispose pas de lecteur optique – tous les nouveaux *iMac* en sont dépourvus, nouveau signe de la fin prochaine du support physique – ou bien parce qu'il souhaite rejouer au jeu quelques années plus tard et qu'il a égaré son CD, ou encore parce qu'il est en vacances chez des amis et souhaite jouer sur une machine dont il n'a l'usage que pour quelques jours. En d'autres termes, le support physique, aussitôt acheté, peut être utilisé pour jouer au frisbee : cela ne changera rien. La plupart du temps, de toute façon, procéder à l'installation du logiciel à partir du disque oblige à télécharger ensuite une volumineuse mise à jour. Quant au prêt ou à la revente du disque, ils n'ont aucune utilité : la plateforme *Steam* réclamera la clé CD, qui a été irrévocablement liée au compte de l'utilisateur d'origine. Le jeu ne fonctionnera pour personne d'autre.

Il nous semble que ces évolutions techniques ne peuvent être négligées au stade de la qualification juridique de l'opération. Le droit réel est classiquement défini comme un droit immédiat sur une chose⁹². Or, ici, aucune utilité ne peut être retirée du DVD-ROM sans que l'on passe par l'intermédiaire de l'éditeur du logiciel, et même sans son autorisation électronique, qui doit être perpétuellement renouvelée. Le seul pouvoir exercé directement sur l'objet est celui de le placer dans son potager pour éloigner les oiseaux. Non seulement l'achat d'une version physique du logiciel auprès d'une boutique est devenu une pratique minoritaire, mais même dans ce cas, les éditeurs de logiciels ont réussi à « décoller » entièrement le droit d'utilisation du support matériel. Les droits réels ont disparu, même lorsqu'il n'y a pas dématérialisation, par le jeu de *DRM* sophistiqués. Certains diront qu'il est d'autant plus incohérent, de la part de la CJUE, de raisonner en termes de « vente » et de transfert de « propriété » d'une copie. Mais il fallait refuser d'appliquer des

91 - V. *supra*, introduction, *in limine*.

92 - Le droit réel peut être défini comme « un droit qui porte directement et immédiatement sur une chose individuellement déterminée, dont il permet de retirer, sans emprunter l'intermédiaire d'une personne obligée, l'utilité légale totale ou partielle et qui exige de tous un respect égal, mais purement passif » : L. Rigaud, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, thèse Toulouse, 1912, p. 116, cité par W. Dross, *Droit des biens*, Montchrestien, 2012, note 45 p. 121.

régimes différenciés aux exemplaires physiques et aux logiciels dématérialisés – sinon, lequel des deux régimes appliquer au client de *Steam* qui possède un DVD désormais inutile, et joue à une version téléchargée ? Dès lors, la fiction juridique que constitue la propriété d'une copie évite, en attendant de meilleures propositions, d'accepter un modèle du « tout contractuel ».

B – L'évolution du régime : le règne de la liberté contractuelle ?

La disparition des droits réels des utilisateurs engendre le risque d'une toute-puissance des géants du logiciel (1). Une réaction plus ou moins énergique du droit serait bienvenue (2).

1 – La puissance des géants du logiciel

De nombreuses plateformes, on l'a dit, exigent la connexion régulière à un compte utilisateur en ligne pour profiter de ses contenus numériques. Il n'y a plus de droit immédiat sur une chose, simplement des créances contre l'éditeur. Mais lorsque c'est un droit définitif d'utilisation d'un jeu qui a été octroyé au client, que devient la prohibition des engagements perpétuels ? Et que se passera-t-il si un éditeur fait faillite, ferme ses serveurs, et que cela entraîne la fin du fonctionnement de tous ses logiciels ? La question, d'ailleurs, dépasse celle des programmes informatiques. On pourra toujours écouter des vinyles dans cinq siècles : il suffira de fabriquer des tourne-disques. Mais si *Apple* disparaissait dans vingt ans, pourrait-on encore écouter la musique achetée sur iTunes ? Curieuse figure que ces droits contractuels de long terme, dont on mesure la fragilité.

Ce qui est certain, c'est que ce règne du contrat entraîne un risque que se constitue un nouveau droit d'auteur, d'origine privée, dont les contours seraient fixés par l'autonomie de la volonté – c'est-à-dire, s'agissant de purs contrats d'adhésion, par les géants du secteur.

En 2012, une rumeur persistante prétendait que Bruce Willis allait poursuivre *Apple* pour obtenir le droit de transmettre son impressionnante audiodthèque à ses enfants. Apparemment infondée, elle avait cependant relancé, dans les médias généralistes, le débat sur l'absence de droit à disposer de tels contenus⁹³. Depuis, *Apple* a lancé un système de « partage familial », présenté en ouverture de cette étude. *Steam* disposait déjà de telles possibilités⁹⁴. Dans l'ancien modèle, des contingences matérielles posaient d'elles-mêmes les limites du droit de prêter un exemplaire logiciel à un membre de sa famille ou à un ami. Sauf à avoir cloné le support physique, ce qui eût été illicite, le propriétaire de la copie ne pouvait plus s'en servir aussi longtemps qu'il l'a prêté, et ne pouvait la prêter, bien évidemment, qu'à une seule personne à la fois. Le partage familial *Apple* ne mentionne pas de telles limites : les membres de la famille virtuelle pourraient alors utiliser la même application, ou écouter la même chanson simultanément. Sur *Steam*, ce n'est pas possible⁹⁵. C'est le contrat qui décide ; c'est la compagnie qui décide. Combien de personnes peut compter votre famille numérique ? La compagnie décide. Est-il possible de faire parties de plusieurs « familles » différentes simultanément⁹⁶ ? Est-il possible de faire évoluer la liste au fil du temps ? La compagnie décide. De même, les contours du droit de revendre des fichiers numériques d'occasion seront fixés

93 - Par ex. D. Gillmor, The Bruce Willis dilemma? In the digital era, we owe nothing : <http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/sep/03/bruce-willis-dilemma-digital-era-own-nothing>.

94 - <http://store.Steampowered.com/promotion/familysharing?l=french>.

95 - Il est interdit à deux personnes de jouer simultanément à un titre donné. Si une telle situation se produisait, c'est le « prêteur » qui aurait la priorité, et « l'emprunteur » verrait sa partie prendre fin après un court préavis.

96 - *Apple* ne le permet pas. Une personne ne pourra pas être reliée à la fois à un ami et à un parent, si ces deux personnes ne se trouvent pas elles-mêmes dans une unique « famille » virtuelle préexistante.

par les géants du web dans peu de temps : *Apple* et *Amazon* préparent la mise en place de tels « services »⁹⁷.

Dans ce nouveau paradigme, le compte utilisateur, le « compte client » constituera le point d'accroche de tous les contenus numériques. Chacun d'entre nous sera relié aux titans de l'économie numérique par ces succédanés de patrimoine – nous aurons un compte par prestataire – dans lesquels on trouvera uniquement des créances, représentant des droits d'accès à des livres, des films, de la musique, des logiciels. Là réside, pour les éditeurs, le principal levier pour réduire la jurisprudence *Usedsoft* à néant : « [...] si l'arrêt de la Cour n'interdit pas [le commerce de logiciels de seconde main], elle n'oblige pas les éditeurs à le faciliter, et rien ne semble devoir empêcher ces éditeurs de mettre en place les protections techniques destinées à le restreindre. On sait, par ailleurs, par exemple pour les applications de téléphone mobiles, ou de jeux vidéo, que leur usage, lié à des comptes utilisateurs, ne peut en être désolidarisé »⁹⁸. Dans l'affaire *Usedsoft*, *Oracle* essayait de s'opposer à un marché de l'occasion qui était techniquement possible, parce que le téléchargement des logiciels concernés semble avoir été librement ouvert, sur ses serveurs, à toute personne promettant de détenir une licence valable – sans vérification de la véracité de cette affirmation. Si un utilisateur d'*iPhone* ou un client de *Steam* voulait revendre un logiciel d'occasion, il ne le pourrait pas. Les fonctionnalités techniques permettant de le faire n'ont – volontairement – pas été développées. Au contraire, les plateformes ont été pensées dès l'origine pour « coller » les richesses numériques téléchargées, irrémédiablement, au compte de l'acquéreur originel. On en arrive à ce qu'il ne soit même plus nécessaire d'invoquer le contrat – comme l'avait fait *Oracle* – pour empêcher le marché de l'occasion : la technique l'interdit plus radicalement. « [...] on peut presque dire que l'on n'acquiert plus un exemplaire de l'oeuvre auquel s'adjoint le droit de l'utiliser, mais que l'on obtient, par une transaction techniquement sécurisée, la part de l'oeuvre nécessaire à l'utilisation convenue, qui ne nécessite plus ni copie ni contrat délimitant l'ampleur du droit. La technique enferme cette part de l'oeuvre et y incorpore l'utilisation permise »⁹⁹. Mme Dussolier explique que cette combinaison d'une technique puissante et d'une délimitation contractuelle rigoureuse a été qualifiée par la doctrine américaine de *private ordering*¹⁰⁰. Et d'ajouter : « Ce remplacement du législateur par le titulaire de droits dans la détermination de l'étendue de ses droits et des exceptions dont bénéficie l'utilisateur a de quoi troubler »¹⁰¹. Face à cette montée en puissance des normes privées, les pouvoirs publics peuvent réagir de manière plus ou moins vive. Considérons à présent les différentes possibilités qui s'offrent à eux.

2 – Les réactions du droit

Durant le règne des supports matériels, les droits français et européen pouvaient s'accommoder d'analyses peu précises et d'une certaine passivité. Était-ce en vertu de véritables droits réels sur une chose que les acquéreurs de logiciels pouvaient les prêter ou les revendre ? Ne peut-on pas considérer que les plateformes comme *Steam* n'ont fait que révéler une situation qui a toujours existé : les droits réels se limitaient à la « coquille » sans grande utilité intrinsèque, tandis que les droits d'utilisation du logiciel lui-même relèvent depuis toujours du contrat ? Simplement, les

97 - <http://www.lesinrocks.com/2013/03/12/actualite/Apple-et-amazon-se-lancent-dans-la-revente-de-fichiers-numeriques-doccasion-11373221/>

98 - C. Le Stanc, obs. préc. sur l'arrêt *Usedsoft*.

99 - S. Dussolier, *op. cit.*, n° 533, *in fine*.

100 - *Ibid.*, n° 269. Adde M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 969. Ces auteurs soulignent que cette privatisation « [...] ne devrait pas laisser indifférent un législateur soucieux de l'exercice d'un droit d'auteur démocratique. Mais qui ne signifie pas la mort du droit d'auteur ». Le droit d'auteur, rappellent-ils, a su s'adapter par le passé à des évolutions technologiques qui pouvaient sembler, aux yeux de leurs contemporains, tout aussi radicales.

101 - S. Dussolier, *op. cit.*, n° 271.

prétendus propriétaires de copies du programme disposaient d'une maîtrise de fait qu'il était impossible de contrecarrer : comment empêcher, dans les années 90, la revente d'un CD-ROM dans une brocante ? La dématérialisation et les mesures techniques de protection empêchent de considérer qu'il y a une situation « naturelle », des prérogatives « normales ». Il appartient aux pouvoirs publics de déterminer, à partir d'une vision économique, intellectuelle, sociale, quels prérogatives le public pourra exercer sur les richesses numériques – le logiciel ne constituant qu'un exemple d'un problème bien plus vaste, qui concernera les livres numériques, la musique, les films¹⁰². Aucune solution n'est, dans l'absolu, bonne ou mauvaise. Dans une vision prospective – et non de pur droit positif – la théorie de l'épuisement du droit de distribution, par exemple, aura les contours qu'on voudra lui donner. Deux grandes orientations peuvent être identifiées : l'une serait libérale, l'autre plus interventionniste.

Il est possible d'opter pour une approche libérale, c'est-à-dire que l'on abandonnerait au marché la détermination des prérogatives des utilisateurs sur les produits. L'étendue du pouvoir de disposition de l'acquéreur sur sa copie serait une composante de l'offre au même titre que la qualité du contenu ou son prix. Rien n'interdit d'imaginer, d'ailleurs, qu'un logiciel ou plus largement un contenu culturel soit proposé en deux versions, à des prix différents, l'une incessible, l'autre susceptible d'être prêtée ou vendue. En faveur de cette auto-régulation, certains pourraient citer l'exemple de la guerre des consoles de nouvelle génération, décrite en ouverture de cette étude. *Microsoft* cherchait à réduire les pouvoirs des acheteurs de logiciels. *Sony* a proposé une alternative plus généreuse, ce qui lui a offert un avantage concurrentiel tel que *Microsoft* a dû faire marche arrière. C'est en quelque sorte au public qu'il revient de voter, avec son portefeuille¹⁰³. Mais même dans ce modèle, les pouvoirs publics ne doivent pas rester totalement passifs. Ils doivent au minimum s'assurer que les conditions d'une concurrence libre et non faussée sont réunies. Le secteur des nouvelles technologies est fortement exposé aux pratiques restrictives de concurrence : la Commission européenne vient d'ailleurs d'adresser à *Google* une communication de griefs¹⁰⁴. Le public est parfois séduit par une machine qui l'oblige ensuite à recourir à un unique fournisseur de contenus – *Apple* et son iPhone en constituent un excellent exemple – excluant le jeu normal de la concurrence. Les géants du numérique à l'échelle mondiale sont peu nombreux, et le risque que des quasi-monopoles ne se constituent, à l'échelle d'un type de contenu culturel particulier, n'est pas nul. Ensuite, même si l'offre est variée, la concurrence ne fonctionne que si le public est suffisamment informé sur l'étendue de ses droits. Le rôle des autorités consiste alors, au minimum, à vérifier que la transparence est assurée. La contradiction permanente, que nous avons relevée, entre le champ lexical de la vente dans les documents marketings, et la stipulation de licences restrictives dans des documents juridiques qui ne sont lus par personne, est à cet égard inquiétante. Ces restrictions devraient être signalées de manière beaucoup plus explicite¹⁰⁵.

102 - Plusieurs commentateurs de l'arrêt *Usedsoft* (par ex. C. Caron, obs. préc. ; E. Treppoz, obs. préc.) se demandent si la solution sera transposable aux autres contenus numériques. Mais la CJUE ne peut répondre qu'aux questions qui lui sont effectivement posées

103 - Ainsi, en matière de jeux vidéo pour ordinateur, plusieurs plateformes déjà citées arrivent à concurrencer *Steam* en proposant des produits « sans DRM » : *Good Old Games* ou *Humble Bundle* par exemple.

104 - Communiqué de la Commission européenne du 15 avril 2015 : « La Commission européenne a adressé une communication des griefs à *Google*, lui faisant part de son avis préliminaire selon lequel l'entreprise abuse de sa position dominante, en violation des règles de l'UE en matière d'ententes et d'abus de position dominante, en favorisant systématiquement son propre produit de comparaison de prix dans ses pages de résultats de recherche générale au sein de l'Espace économique européen (EEE) ».

105 - Comp. TGI Nanterre, 15 déc. 2006, *UFC Que Choisir c/ Sté Sony France et Sté Sony UK* : Propr. intell., 200, n° 23, p. 222, obs. J.-M. Bruguière. Cette société proposait au téléchargement de la musique qui ne pouvait être lue que sur des baladeurs numériques de la même marque. Le fait de ne pas l'indiquer explicitement a été considéré par le tribunal comme constitutif de délit de tromperie.

Une autre approche, plus interventionniste, est envisageable. Le législateur – national ou européen – interviendrait de manière autoritaire pour obliger les grands du numérique à octroyer certaines prérogatives à leurs clients. La CJUE pourra difficilement remplir un rôle identique à elle seule. Si elle était saisie par un utilisateur souhaitant que le juge enjoigne à *Apple*, par exemple, de lui donner les moyens techniques de revendre une application pour *iPhone*, que ferait-elle ? Considérerait-elle que c'est une conséquence logique de la décision *Usedsoft* ? Il est difficile de le dire¹⁰⁶. Pour remettre en cause les strates de mesures techniques de protection accumulées, et surtout des systèmes fondamentalement conçus pour exclure de telles transactions entre utilisateurs, il faudrait toute l'autorité de la loi. Trois directions principales se dessineraient alors. La première consisterait à solliciter le droit des biens. Suivant la voie tracée par la CJUE, en se fondant sur l'analyse économique du droit et sur la notion d'équivalence fonctionnelle, il s'agirait de promouvoir le concept de copie immatérielle d'un logiciel – ou d'une chanson, ou d'un film, ou d'un livre numérique. On utiliserait alors le droit de propriété comme un levier en faveur des utilisateurs, avec le risque non négligeable de déformer quelque peu l'outil en l'appliquant à un objet pour lequel il n'a pas été conçu. Agir ainsi, ce serait perpétuer pour l'avenir le souvenir du support physique et son régime, quitte à forcer les concepts. Comme si le fantôme ne pouvait jamais vraiment oublier son corps de chair...La deuxième direction envisageable serait celle du droit des contrats. On pourrait notamment imaginer que les clauses empêchant l'acquéreur du logiciel de disposer de son droit d'utilisation ou de sa licence soient déclarées abusives. La question du champ d'application *rationae personae* se poserait alors : il serait envisageable de protéger uniquement les non-professionnels ou consommateurs, en considérant que les professionnels sont suffisamment aptes à jauger et négocier les contrats ; il serait possible, au contraire, de placer l'ensemble des acquéreurs de logiciels sous l'égide d'une législation impérative. La troisième direction qui peut être empruntée est celle qu'a suivie la loi Hamon, dans le sillage de la directive européenne sur les droits des consommateurs¹⁰⁷ : elle consiste à traiter les contenus numériques comme des objets juridiques à part entière, sans chercher à les rattacher à des catégories ou à des régimes préexistants. C'est la voie du *sui generis*, qui présente elle aussi ses inconvénients. Déconnecter une question du droit commun – en l'occurrence du droit d'auteur, du droit des biens ou droit des contrats communs, c'est la priver de sève, c'est l'assécher. Dès lors que la réglementation spéciale n'est pas exhaustive, en effet, les solutions viennent à manquer. Le droit commun, lui, n'est jamais silencieux.

La CJUE l'a compris qui, en attendant mieux ou plus adapté, a fait appel à l'existant : un droit de propriété bancal sur une copie immatérielle de fiction. On lui sait gré d'avoir lancé un très utile débat. La doctrine doit en prendre toute sa part.

I - Enjeux

A - Lors de l'acquisition du logiciel dématérialisé

1 - Avant la loi Hamon

2 - Depuis la loi Hamon

B - Lors de la revente du logiciel dématérialisé

1 - Le principe : une interdiction contractuelle de cession

2 - Le tempérament : l'épuisement du droit de distribution

II – Perspectives

A – L'évolution de la qualification : un effacement des droits réels

1 – L'impact de la dématérialisation

2 – L'impact des mesures techniques de protection

B – L'évolution du régime : le règne de la liberté contractuelle ?

1 – La puissance des géants du logiciel

2 – Les réactions du droit

106 - C. Le Stanc, obs. préc., ne le pense pas.

107 - Textes cités supra, I, A, 2.