

L'épuisement en ligne du droit d'auteur

Pérégrinations le long des frontières américaines et européennes du droit de distribution⁽¹⁾

Julien Cabay, aspirant au F.N.R.S., Unité de droit économique de l'Université libre de Bruxelles (U.L.B.), Visiting Research Fellow Columbia Law School (2012-2013)

Les questions soulevées en droit d'auteur par le développement des nouvelles technologies se posent sans considérations de frontières. Si elles se présentent bien souvent en des termes similaires, les réponses apportées peuvent toutefois varier considérablement d'un pays à l'autre. Récemment, l'application dans l'environnement en ligne de la règle de l'épuisement du droit de distribution l'a illustré admirablement, en témoignent les solutions jurisprudentielles différentes retenues sur ce point dans l'Union européenne et aux États-Unis. Par ailleurs, la position entérinée par la Cour de justice à propos des programmes d'ordinateur (UsedSoft c. Oracle), d'apparence plus ouverte, suscite de profondes interrogations quant à l'opportunité de son extension à d'autres types d'œuvre. De lege ferenda, d'autres pistes plus conciliantes des intérêts en présence peuvent toutefois être envisagées.

De auteursrechtelijke vragen die rijzen door de ontwikkeling van nieuwe technologieën ontstaan los van landsgrenzen. Hoewel ze vaak gelijklopend zijn, kunnen de antwoorden aanzienlijk verschillen van land tot land. De toepassing in de online omgeving van de regel van uitputting van het distributierecht heeft dit onlangs prachtig geïllustreerd, zoals blijkt uit de verschillende oplossingen aangebracht in de rechtspraak in de Europese Unie en de Verenigde Staten. Bovendien roept de positie ingenomen door het Hof van Justitie met betrekking tot computerprogramma's (Oracle/UsedSoft) ernstige vragen op over de wenselijkheid van een uitbreiding tot andere soorten van werken. De lege ferenda kunnen echter andere standpunten, die de rechten in kwestie beter verzoenen, in overweging worden genomen.

Introduction

1. C'est dans l'air du temps! Tout récemment, deux études belges consacrées à l'épuisement en matière d'obtentions végétales⁽²⁾ et de marques⁽³⁾ étaient publiées. Au mois de mars 2013, à quelque dix jours d'intervalle, un juge new-yorkais et la Cour suprême des États-Unis rendaient deux décisions⁽⁴⁾, respectivement sur la question de l'épuisement en ligne et de l'épuisement international du droit d'auteur qui contrastent fortement avec les positions prises par notre Cour de justice européenne. Et le 28 avril de cette même année, l'iTunes Store d'Apple, leader du marché de la vente de musique numérique en ligne, fêtait ses dix ans⁽⁵⁾! L'occasion idéale en

somme de revenir sur les frontières du droit de distribution dans un monde globalisé et dématérialisé.

Faute de place, nous ne traiterons pas dans cette étude de l'épuisement international. Qu'il nous soit tout de même permis d'informer le lecteur qui ne le serait pas déjà que dans son arrêt *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.* du 19 mars 2013, la Cour suprême vient d'énoncer que le titulaire du *copyright* ne peut s'opposer à l'importation sur le territoire américain de copies d'œuvres réalisées dans le respect de la loi américaine sur le *copyright* (*lawfully made*) en dehors de celui-ci. En d'autres termes, c'est la règle de l'épuisement international qui prévaut désormais aux États-Unis, aux antipodes de la position défendue par ceux-ci lors des négociations des précédents

(1) Nous tenons à remercier vivement Andrée Puttemans et Alain Strowel pour leurs observations et suggestions à propos de cette note. Nous tenons également à remercier sincèrement la Belgian American Educational Foundation sans laquelle notre séjour de recherche à Columbia n'eut pas été possible.

(2) P. DE JONG, «Uitputting in het kwekersrecht», note sous C.J.U.E., 20 octobre 2011, *Greenstar-Kanzi Europe c. Jean Hustin et Jo Goossens*, C-140/10, I.R.D.I., 2012, p. 95.

(3) M. BUYDENS ET C. BERNARD, «L'épuisement du droit à la marque», *J.D.E.*, 2013, p. 37.

(4) *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134 (S.D.N.Y., 30 mars 2013); *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S.Ct. 1351 (19 mars 2013).

(5) Voy. http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/04/29/itunes-la-plate-forme-musicale-d-apple-fete-ses-10-ans_3168067_3234.html?xtmc=itunes&xtcr=2 (30 avril 2013).

traités internationaux⁽⁶⁾ (7). Elle contraste par ailleurs fortement avec celle de l'épuisement dans l'Espace économique européen⁽⁸⁾, consacrée dans l'ensemble des instruments européens relatifs à la propriété intellectuelle⁽⁹⁾ et clairement établie dans la jurisprudence de la Cour de justice⁽¹⁰⁾ et de la Cour de l'A.E.L.E.⁽¹¹⁾

C'est donc la question de l'épuisement en ligne qui retiendra notre attention. Après avoir replacé le droit de distribution et ses limites dans leur cadre juridique international, européen et américain (I), nous traiterons de ladite question au regard des enseignements récents de la Cour de justice et de la jurisprudence américaine (II). L'on abordera tout d'abord la distinction entre vente et licence, particulièrement pertinente s'agissant de l'environnement en ligne (A), avant de nous attaquer à l'étude de l'épuisement en ligne proprement dit (B). Au terme de cette étude critique et de droit comparé, l'on ouvrira une fenêtre sur l'avenir en guise de conclusion.

(6) À propos de l'article 6 de l'Accord sur les A.D.P.I.C., voy. D. GERVAIS, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 3^e éd., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2008, p. 199, n° 2.63. À propos de l'article 6, § 2, du Traité O.M.P.I. sur le droit d'auteur, voy. M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet – The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2002, p. 245, n° 4.147. Voy. également, dans le cadre des discussions du Comité d'experts sur un possible Protocole à la Convention de Berne, la proposition des États-Unis actée dans le document BCP/CE/VI/12, 10 janvier 1996, pp. 16-18.

(7) L'opinion de la majorité, rédigée par le Justice Breyer, pas plus que l'opinion concurrente du Justice Kagan (Alito, J., *join.*) n'en soufflent mot. Cette position des États-Unis est par contre rappelée dans l'opinion dissidente du Justice Ginsburg (Kennedy, J., *join.*, pp. 1383-1385).

(8) Voy. l'article 65, § 2, de l'Accord sur l'Espace économique européen (E.E.E.), l'article 2 du Protocole 28 concernant la propriété intellectuelle et les articles 4, c), et 5 de l'annexe XVII.

(9) Voy. en matière de droit d'auteur : article 4, § 2, de la directive 2001/29. En matière de bases de données : article 5, c) (droit d'auteur) et 7, § 2, b) (droit *sui generis*) de la directive 96/9. En matière de programmes d'ordinateur : article 4, § 2, de la directive 2009/24. En matière de droits voisins : article 9, § 2, de la directive 2006/115. En matière de marques : article 7, § 1^{er}, de la directive 2008/95/CE ; article 13, § 1^{er}, du règlement (CE) 207/2009. En matière de dessins et modèles : article 15 de la directive 98/71/CE ; article 21 du règlement (CE) 6/2002. En matière d'obtentions végétales : article 16 du règlement (CE) 2100/94. En matière de brevets : article 6 du règlement (UE) 1257/2012 ; article 29 de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet. Toutes ces dis-

I. Le droit de distribution et ses limites en droit d'auteur et *copyright*

A. Le droit de distribution

1. Le droit de distribution est reconnu au niveau international, régional et national.

1.a. Au niveau international, il est expressément consacré à l'article 6, § 1^{er}, du Traité O.M.P.I. sur le droit d'auteur (ci-après WCT). La Convention de Berne ne comprend pas de droit général de distribution, mais certaines déclinaisons particulières de celui-ci⁽¹²⁾. De même s'agissant de l'Accord sur les A.D.P.I.C.⁽¹³⁾.

1.b. Au niveau de l'Union européenne, il trouve son siège pour ce qui concerne les programmes d'ordinateur, les bases de données et les autres œuvres

positions font référence à la mise sur le marché par le titulaire ou avec son consentement dans la Communauté/Union. Sous réserve du cas des brevets, le territoire visé est en réalité celui de l'Espace économique européen en raison de l'article 65, § 2, de l'Accord sur l'Espace économique européen (E.E.E.), lu en combinaison avec les articles 2 du Protocole n° 28 concernant la propriété intellectuelle et l'article 4, c), et 5 de l'annexe XVII.

(10) C.J.C.E., 16 juillet 1998, *Silhouette Internationale c. Hartlauer*, C-355/96, §§ 26-27 ; C.J.C.E., 1^{er} juillet 1999, *Sebago et Ancienne Maison Dubois & Fils c. G-B Unic*, C-173/98, § 17 (marques) ; C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Laserdisken c. Kulturministeriet*, C-479/04, §§ 23-27 (droit d'auteur).

(11) Elle s'était d'abord prononcée en sens contraire (avant l'intervention de la Cour de justice dans l'arrêt *Silhouette* dans son avis du 3 décembre 1997, *Mag Instrument c. California Trading Company Norway*, E-2/97, §§ 19-28. Elle a cependant ultérieurement aligné sa jurisprudence sur celle de la Cour dans son jugement du 8 juillet 2008, *L'Oréal Norge AS et L'Oréal SA c. Per Aarskog AS e.a.*, E-9/07 et E-10/07, §§ 37-38.

(12) Articles 14, § 1^{er} (droit de distribution des reproductions et adaptations cinématographiques), 14^{ter} (possibilité d'un droit de suite) et 16 (droit de saisir les œuvres contrefaites). Voy. S. RICKETSON, J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, 2^e éd., Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, pp. 657 et s., §§ 11.40 et s.

(13) Articles 44, § 1^{er} ; 50, § 1^{er}, a) ; 51 (obligation pour les États membres de prévoir des mesures de mise en œuvre des droits à l'égard de l'importation de contrefaçons). Voy. S. RICKETSON, J. C. GINSBURG, *op. cit.* (note 12), p. 688 et s., §§ 11.77 et s.

respectivement aux articles 4, § 1^{er}, c), de la directive 2009/24/CE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur⁽¹⁴⁾, 5, c), de la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données et 4, § 1^{er}, de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur dans la société de l'information. Cette dernière disposition est rédigée comme suit :

«Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci.»

1.c. Ces différentes dispositions ont été transposées en droit belge, respectivement aux articles 5, c), de la loi du 30 juin 1994 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur (L.P.O.) et 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 5, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (L.D.A.) (également pour ce qui concerne les bases de données)⁽¹⁵⁾.

1.d. En droit américain, le droit de distribution figure à la section 106(3) du titre 17 du U.S. Code, libellé de la manière suivante :

«(...) the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (...) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending.» (17 USC § 106(3))

Cette disposition est complétée par le 17 USC § 602(a) qui prévoit que l'importation aux États-Unis d'une copie d'une œuvre sans autorisation de l'auteur viole son droit de distribution.

1.e. L'article 6, § 2, du WCT autorise les États membres à prévoir ou non une limitation au droit de distribution de l'auteur «(...) après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur». Pareille limitation existait bien avant la conclusion du Traité dans de nombreux systèmes. Connue sous le nom d'«épuiement» dans l'Union européenne, elle trouve son équivalent dans la *first sale doctrine* aux États-Unis.

B. Union européenne : théorie de l'épuisement des droits

2. La théorie de l'épuisement des droits a été dégagée petit à petit par la jurisprudence de la Cour de justice, au départ d'une théorie de l'«objet spécifique des droits de propriété intellectuelle».

L'arrêt fondateur de cette théorie est intervenu en 1971 dans l'affaire *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Großmärkte*⁽¹⁶⁾. Sur la base de l'ancien article 36 du Traité instituant la Communauté économique européenne (aujourd'hui 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), la Cour a estimé que des restrictions à la libre circulation des produits ne pouvaient être justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale qu'autant qu'elles étaient destinées à assurer la «sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété» (§ 11). Aussi le producteur de phonogrammes, titulaire d'un droit voisin, ne pouvait invoquer celui-ci pour s'opposer à la commercialisation dans un État membre de phonogrammes mis en circulation par lui-même ou avec son consentement dans un autre État membre. La solution inverse aurait en effet pour conséquence de «(...) consacrer] l'isolement des marchés nationaux, [ce qui] se heurte au but essentiel du Traité, qui tend à la fusion des marchés nationaux dans un marché unique» (§ 12).

La théorie a été rapidement appliquée en droit d'auteur⁽¹⁷⁾ et a connu des développements, parfois sinueux, sur lesquels il n'est pas nécessaire de revenir ici⁽¹⁸⁾. Elle est aujourd'hui consacrée dans le droit dérivé sous le nom d'«épuiement» et se retrouve dans les différentes directives qui touchent au droit d'auteur, plus spécialement aux articles 5, c), de la directive 96/9 (bases de données), 4, § 2, de la directive 2001/29 (société de l'information) et 4, § 2, de la directive 2009/24 (programmes d'ordinateur)⁽¹⁹⁾. C'est dans cette dernière que l'on retrouve la formulation la plus claire :

«La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler les locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci.»

(14) Version codifiée de la précédente directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

(15) Jusqu'en 2005 et la transposition de la directive 2001/29, le droit de distribution ne figurait pas dans la loi, mais était compris dans le droit de reproduction, entendu largement en droit belge, voy. A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 127, n^o 72.

(16) C.J.C.E., 8 juin 1971, aff. 78/70.

(17) C.J.C.E., 20 janvier 1981, *Musiek-Vertrieb Membran c. GEMA*, aff. jointes 55/80 et 57/80.

(18) Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour, voy. M. RÖTTINGER, «L'épuisement du droit d'auteur», *R.I.D.A.*, 1993/157, pp. 51 et s. Pour une synthèse récente, voy. A. BERENBOOM, *op. cit.* (note 15), pp. 364 et s., n^{os} 236 et s.

Cette réserve expresse s'agissant du droit de location ne se retrouve pas pour les autres œuvres dans les dispositions des deux directives 96/9 et 2001/29, mais bien à l'article 1^{er}, § 2, de la directive 2006/115/CE relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur⁽²⁰⁾. Cette même disposition réserve également le cas du prêt, laquelle réserve concerne également les programmes d'ordinateur⁽²¹⁾.

On retrouve la transposition en droit belge de ces différentes dispositions aux articles 5, c) de la L.P.O. et 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 6, de la L.D.A.

C. États-Unis : *first sale doctrine*

3. Aux États-Unis, une limitation similaire est consacrée au 17 USC § 109(a), qui prévoit que

«(...) the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord. (...)».

Connue sous l'appellation *first sale doctrine*⁽²²⁾, elle a été reconnue par la Cour suprême pour la première fois en 1908, dans l'affaire *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*⁽²³⁾. La Cour y avait interprété le droit dont disposait à l'époque un auteur de vendre une copie de son œuvre, comme s'appliquant uniquement à

la première vente, de sorte qu'aucune restriction ne pouvait être imposée à la revente ultérieure, les stipulations contractuelles propres à la première vente n'étant pas opposables aux revendeurs ultérieurs⁽²⁴⁾.

Le Congrès allait presque immédiatement consacrer la doctrine ainsi énoncée dans la section 27 du Copyright Act de 1909⁽²⁵⁾, et c'est une disposition similaire (mais non identique) que l'on retrouve aujourd'hui sous la section 109(a)⁽²⁶⁾.

Dans son arrêt *Quality King Distributors, Inc. v. L'Anza Research Intern., Inc.*, la Cour suprême a par ailleurs précisé que celle-ci est applicable au droit d'importation de la section 602(a)⁽²⁷⁾.

On relèvera que la pleine application de la section 109(a) ne permet pas au titulaire du *copyright* d'empêcher la mise en location par le propriétaire de la copie de l'œuvre. Cependant, avec le développement des moyens techniques de reproduction privée, il est apparu qu'il y avait là une menace importante pour l'industrie⁽²⁸⁾. Sous la pression des compagnies de disques, la disposition a dès lors été amendée pour exclure du bénéfice de la *first sale doctrine* la location et le prêt (*rental, lease, or lending*) de phonogrammes à des fins commerciales⁽²⁹⁾. La même exclusion a été entérinée quelques années plus tard s'agissant des programmes d'ordinateur⁽³⁰⁾ (31). Par contre, et malgré le *lobbying* exercé par Hollywood, aucun amendement du même type n'a pu être adopté s'agissant des films de sorte que leur location bénéficie de la

(19) Pour les dispositions européennes concernant les autres droits de propriété intellectuelle, voy. *supra*, note 9.

(20) Voy. en outre le considérant 29 de la directive 2001/29 et la jurisprudence de la Cour de justice : C.J.C.E., 17 mai 1998, *Warner Brothers c. Christiaensen*, aff. 158/86, § 18 ; C.J.C.E., 22 septembre 1998, *Forenin-gen af danske Videogramdistributører c. Laserdisken*, C-61/97, §§ 18-23. Sur l'articulation des directives 2009/24 et 2006/115 s'agissant du droit de location des programmes d'ordinateur, voy. l'article 4 de cette dernière directive et M. M. WALTER, S. VON LEWINSKI, *European Copyright Law – A Commentary*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2010, p. 289, § 6.3.2.

(21) La directive 2009/24 ne réserve pas le cas du prêt (voy. l'article 4, § 2, lu en combinaison avec le considérant 12). La directive 2006/115 a toutefois une portée générale et s'applique également aux programmes d'ordinateur (voy. article 3, § 1^{er}, a). S'agissant spécialement du prêt de programme d'ordinateur, on trouve encore une confirmation à l'article 6, § 2, de cette dernière directive.

(22) Il s'agirait en réalité d'une application particulière d'un principe plus large de *copyright exhaustion*, voy. A. PERZANOWSKI et J. SCHULTZ, «Digital Exhaustion», 58 *UCLA L. Rev.* 889 (2010-2011), pp. 912-925.

(23) 210 U.S. 339 (1908).

(24) *Ibidem*, 350 : «(...) the copyright statutes, while protecting the owner of the copyright his right to mul-

tiply and sell his production, do not create the right to impose, by notice (...) a limitation at which the book shall be sold at retail by future purchasers, with whom there is no privity of contract».

(25) Copyright Act of 1909, Pub. L. No. 60-349, § 27, 35 Stat. 1075, 1082.

(26) Sur la *first sale doctrine* en général, voy. M. B. NIMMER et D. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, § 8.12[B][1].

(27) 523 U.S. 135, 145 (1998). Voy. également *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 133 S.Ct. 1351, 1355 (2013).

(28) Les magasins de disques avaient commencé à offrir en location les phonogrammes pour un prix peu élevé, et il était évident que les consommateurs louaient ceux-ci dans le seul but d'en réaliser une copie. Cette pratique en se répandant allait sévèrement réduire les ventes des compagnies de disques. Voy. M. B. NIMMER et D. NIMMER, *op. cit.* (note 26) § 8.12[B][7].

(29) Record Rental Amendment Act of 1984, Pub. L. No. 98-450, 98 Stat. 1727.

(30) Computer Software Rental Amendment Act of 1990, Pub. L. No. 101-650, Sec. 801, 104 Stat. 5089.

(31) Ne sont pas concernés les logiciels intégrés à une machine ou à un produit et qui ne peuvent être copiés suivant l'usage normal du produit ou de la machine, ainsi que les logiciels intégrés à une console de jeux vidéo (17 USC § 109(b)(1)(B)).

first sale doctrine⁽³²⁾. Les détails de cette législation figurent aujourd'hui au 17 USC § 109(b)⁽³³⁾.

II. L'épuisement en ligne

4. Le bénéfice tant de l'épuisement des droits que de la *first sale doctrine* ne joue que lorsque certaines conditions sont remplies. La première de ces conditions réside dans l'exigence que la propriété de la copie de l'œuvre ait été transférée⁽³⁴⁾, excluant le cas où la copie a simplement été donnée en licence⁽³⁵⁾. Or l'environnement en ligne favorise le *licensing model* au détriment de l'approche propriétaire. Ainsi qu'on a pu l'écrire,

«The owner-versus-licensee dichotomy has extended into the digital realm with the increasing prevalence of copyright licensing in much of the computer and technology industry»⁽³⁶⁾.

Certains estiment d'ailleurs, s'agissant en particulier des licences de programme d'ordinateur, qu'elles ont été conçues spécialement pour contourner l'application de la *first sale doctrine*⁽³⁷⁾.

Aussi, avant de s'interroger sur l'épuisement en ligne proprement dit (B), il convient tout d'abord de déterminer où se situe la limite entre vente et licence

(A). On va le voir, les situations des deux côtés de l'Atlantique ne coïncident pas.

A. Vente *versus* licence

1. Union européenne : *UsedSoft c. Oracle*

5. L'affaire *UsedSoft* (2012) a fait grand bruit et suscité un grand nombre de commentaires⁽³⁸⁾. Sans rentrer dans le détail des faits⁽³⁹⁾, rappelons simplement qu'une société (*UsedSoft*) entendait revendre des licences d'utilisation d'un programme d'ordinateur développé par une autre société (*Oracle*) et distribué via téléchargement sur le site internet de cette dernière. Le téléchargement d'une copie du programme s'accompagnait de la conclusion d'un contrat de licence qui prévoyait que le droit d'utilisation conféré par celui-ci était «(...) à durée indéterminée, non exclusif, non cessible et gratuit, réservé à un usage professionnel interne (...)».

UsedSoft acquérait ces licences d'utilisation auprès des clients d'*Oracle* pour les proposer ensuite à la revente. La licéité de ce commerce (et l'utilisation du programme par les acquéreurs secondaires) allait dépendre de la portée donnée à la règle de l'épuisement de l'article 4, § 2, de la directive 2009/24 et, premièrement, de l'interprétation du terme «vente» qui y figure.

(32) Voy. S. VANDEN HEUVEL, «Fighting the First Sale Doctrine: Strategies for a Struggling Film Industry», 18 *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 661 (2011-2012), p. 665.

(33) Sur cette disposition en général, voy. M. B. NIMMER et D. NIMMER, *op. cit.* (note 26), § 8.12[B][7] et [8].

(34) L'appellation *first sale* est en ce sens trompeuse. Ainsi qu'on a pu l'indiquer, une terminologie plus adaptée serait celle de «premier acte de disposition autorisé par lequel est opéré transfert de titre de propriété», voy. M. B. NIMMER et D. NIMMER, *op. cit.* (note 26), § 8.12[B][1][a]. Voy. récemment *UMG Recordings, Inc. v. Augusto*, 628 F.3d 1175, 1179 (9th Cir. 2011).

(35) Aux États-Unis, voy. 17 USC 109(d); J. GRAHAM, «Preserving the Aftermarket in Copyrighted Works: Adapting the First Sale Doctrine to the Emerging Technological Landscape», 2002 *Stan. Tech. L. Rev.* 1 (2002), § 21. En Europe, voy. l'article 4, § 2, de la directive 2001/29 (épuisement «qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété»); C.J.C.E., 17 avril 2008, *Peek & Cloppenburg c. Cassina*, C-456/06, § 36.

(36) A. C. BARBOUR, «Used iTunes: The Legality of ReDigi's Model for a Second-Hand Digital Music Store», 15 *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.* 165 (2012), p. 181.

(37) *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d 91, 96 note 7 (3d Cir. 1991); *SoftMan Prods. Co. v. Adobe Sys. Inc.*, 171 F.Supp.2d 1075, 1083 note 10 (C.D. Cal. 2001); *Vernor v. Autodesk*, 2009 WL 3187613, 13 note 9 (W.D. Wash. 2009).

(38) C.J.U.E., 3 juillet 2012, *UsedSoft c. Oracle International*, C-128/11, A&M, 2012, p. 556, obs. B. MICHAUX et les concl. de l'av. gén. Y. Bot du 24 avril 2012. Sur cet

arrêt, voy. notamment B. BATCHELOR et D. KEOHANE, «UsedSoft – Where to Now for Software Vendors?», *E.C.L.R.*, 2012, p. 545; P. CHARLETON et S. KELLY, «The Oracle Speaks», *paper* présenté lors de la 21st Annual Intellectual Property Law and Policy Conference tenue les 4 et 5 avril 2013 à la Fordham University School of Law de New York, disponible sur le site de la conférence : http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2013/03/2013.charleton.paper_.pdf (16/04/2013); A. GÖBEL, «The principle of exhaustion and the resale of downloaded software – The *UsedSoft v. Oracle* case», *European Law Reporter*, 2012, p. 227; O. JANI, «“Secondhand” Software: Does European Copyright Law Permit the Sale of Secondhand Files?», *European Law Reporter*, 2012, p. 21; Y. H. LEE, «*UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.* (Case C-128/11) – Sales of “Used” Software and the Principle of Exhaustion», *IIC*, 2012, p. 846; A. MENDOZA-CAMINADE, «Vers une libéralisation du commerce du logiciel en Europe?», *D.*, 2012, p. 2142; C. STOTHERS, «When is Copyright Exhausted by a Software Licence? *UsedSoft v. Oracle*», *E.C.L.R.*, 2012, p. 787; V. VARET, «De distorsions le droit (de reproduction) s'est épuisé», *P.I.*, 2012, p. 384; T. VINJE, V. MARSLAND et A. GÄRTNER, «Software Licensing After *Oracle v. UsedSoft* – Implications of *Oracle v. UsedSoft* (C-128/11) for European copyright law», *CRi*, 2012, p. 97.

(39) Pour les faits voy. les paragraphes 20 à 28 de l'arrêt. Ceux-ci étaient d'ailleurs quelque peu plus complexes, du fait du caractère groupé des licences (pour 25 utilisateurs) et de l'existence d'un contrat de maintenance.

Sur recours préjudiciel, la Cour de justice a considéré que le terme devait faire l'objet d'une interprétation autonome et uniforme (§ 39). Cette interprétation se veut large, afin de s'assurer que la règle de l'épuisement ne soit privée de tout effet utile par la simple qualification du contrat comme étant une licence plutôt qu'une vente (§ 49). Considérant qu'une vente au sens de cette disposition implique le transfert du droit de propriété sur la copie (§ 42), la Cour analyse le modèle de distribution d'Oracle. Elle considère que l'offre de téléchargement d'une copie du programme sur le site d'Oracle accompagnée de la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation s'y rapportant forment un tout indivisible (§ 44), qui vise à rendre la «(...) 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» (§ 45). L'opération implique donc un transfert de propriété (§ 46). Aussi, il y a là «première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur» au sens de la directive (§ 48)⁽⁴⁰⁾.

2. États-Unis : jurisprudence du 9^e circuit

6. Aux États-Unis, la question de la qualification d'un contrat en termes de vente ou de licence aux fins de l'application de la *first sale doctrine* n'est pas neuve⁽⁴¹⁾. En particulier, la Court of appeal du

9^e circuit⁽⁴²⁾ avait développé deux séries de précédents afin d'aider à tracer la frontière entre les deux⁽⁴³⁾.

6.a. D'un arrêt *United States v. Wise*⁽⁴⁴⁾, rendu en matière pénale, il ressortait qu'il ne suffisait pas de nommer un contrat de licence pour qu'il soit ainsi qualifié, mais qu'il fallait avoir égard aux stipulations du contrat⁽⁴⁵⁾. Aussi, le transfert de propriété d'une copie d'une œuvre protégée peut intervenir, même lorsque ce transfert s'accompagne de sévères restrictions d'utilisation et de disposition⁽⁴⁶⁾. L'autre ligne jurisprudentielle, illustrée par une triade de décisions concernant l'*essential step defense*⁽⁴⁷⁾ ⁽⁴⁸⁾, marquait plus de déférence à l'égard de la qualification de licence attribuée à la convention par le titulaire du *copyright*⁽⁴⁹⁾. Dans ces trois cas, la Court of appeal avait rejeté l'hypothèse du transfert de propriété et retenu la qualification de licence.

6.b. Les conséquences néfastes de la coexistence de ces précédents reposant sur des approches différentes allaient s'illustrer remarquablement au niveau des juges du fond du 9^e circuit dans un autre trio de décisions relatif précisément à la section 109, en cause la société Adobe. Ainsi, par rapport à un même plaignant et à des licences similaires, les juges des districts Nord et Central de Californie étaient parvenus à des résultats opposés, retenant dans deux cas la qualification de licence et la non-application de la *first sale doctrine*⁽⁵⁰⁾ et dans le troisième, la qualification de vente et l'applicabilité de ladite doctrine⁽⁵¹⁾.

(40) Voy. également les concl. av. gén., §§ 50-60.

(41) Pour une étude générale de la question et les différentes approches dans la jurisprudence américaine, voy. B. W. CARVER, «Why License Agreements Do Not Control Copy Ownership: First Sales and Essential Copies», 25 *Berkeley Tech. L.J.* 1887 (2010), spéc. pp. 1898-1925. Voy. également J. L. SHERIDAN, «Does the Rise of Property Rights Theory Defeat Copyright's First Sale Doctrine?», 52 *Santa Clara L. Rev.* 297 (2012), spéc. pp. 346-353.

(42) La Court of appeal du 9^e circuit est la plus importante de par sa compétence territoriale, qui inclut à la fois Silicon Valley et Hollywood (voy. *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 989 F.2d 1512, 1521 (9th Cir. 1993) (Kozinsky, J., *dissenting*): «For better or worse, we are the Court of Appeals for the Hollywood Circuit»). Pour cette raison, elle est particulièrement active en matière de propriété intellectuelle et ses décisions dans ce domaine ont une importance considérable.

(43) Sur ces arrêts, voy. G. DONATELLO, «Killing the Secondary Market: How the Ninth Circuit Interpreted *Vernor* and *Aftermath* to Destroy the First Sale Doctrine», 22 *Seton Hall J. Sports & Ent. L.* 59 (2012), pp. 66-69.

(44) 550 F.2d 1180 (9th Cir. 1977).

(45) En ce sens, voy. G. DONATELLO, *op. cit.* (note 43), p. 67.

(46) En ce sens, voy. *Vernor v. Autodesk*, 2009 WL 3187613, 5 (W.D. Wash. 2009).

(47) L'*essential step defense* trouve son siège au 117 USC § 117(a)(1): «Notwithstanding the provisions of section 106, it is not an infringement for the owner of a copy of a computer to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer provided (...) that such a new copy or adaptation is created as an essential step in the utilization of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner (...)». Comp. en UE article 5, § 1^{er} directive 2009/24.

(48) *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993); *Triad Sys. Corp. v. Southeastern Express Co.*, 64 F.3d 1330 (9th Cir. 1995); *Wall Data Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Dep't*, 447 F.3d 769 (9th Cir. 2006).

(49) En ce sens, voy. *Vernor v. Autodesk*, 2009 WL 3187613, 5 (W.D. Wash. 2009).

(50) *Adobe Sys., Inc. v. One Stop Micro, Inc.*, 84 F.Supp.2d 1086 (N.D. Cal. 2000); *Adobe Sys., Inc. v. Stargate Software Inc.*, 216 F.Supp.2d 1051 (N.D. Cal. 2002).

(51) *SoftMan Prods. Co. v. Adobe Sys. Inc.*, 171 F.Supp.2d 1075 (C.D. Cal. 2001). Sur ces trois décisions, voy. W. CARVER, *op. cit.* (note 41), pp. 1925-1930.

6.c. Dans l'affaire *Vernor v. Autodesk* (2010), la Court of appeal allait se prononcer explicitement sur la distinction vente/licence en matière de *first sale doctrine*. Alors que le premier juge avait conclu au caractère irrémédiablement conflictuel des enseignements des deux lignes de précédents susmentionnés⁽⁵²⁾, la Court of appeal a estimé au contraire qu'ils pouvaient être réconciliés de la manière suivante. Pour déterminer si l'utilisateur d'un logiciel est un simple licencié ou le propriétaire de la copie, il faut considérer si le titulaire du *copyright*: 1) spécifie que l'utilisateur se voit octroyer une licence; 2) restreint de manière significative la possibilité pour l'utilisateur de transférer la copie; 3) impose d'importantes restrictions d'utilisation⁽⁵³⁾.

À la lumière de ce triple test, la Court of appeal a considéré que le *Software License Agreement*⁽⁵⁴⁾ (accompagnant le support) en cause n'opérait pas transfert de propriété. En conséquence, la revente sur eBay par un dénommé Vernor de *packs* acquis auprès d'un tiers, mais initialement distribués par la société Autodesk et comprenant un CD sur lequel était encodé un logiciel développé par cette dernière, ne pouvait être couverte par la *first sale doctrine*⁽⁵⁵⁾.

La Court of appeal a depuis lors répété cette position⁽⁵⁶⁾.

3. Commentaire

7. La comparaison de deux solutions pourrait appeler d'importants développements que l'ampleur limitée de cette contribution ne nous autorise pas. Nous nous contenterons donc de quelques observations. On rappellera utilement que la matière contractuelle en droit d'auteur n'est pas harmonisée au niveau européen⁽⁵⁷⁾.

Premièrement, l'on peut s'interroger sur la portée des solutions retenues. Alors que d'aucuns estimaient que le test articulé dans *Vernor v. Autodesk* s'appliquait au-delà du seul cas des programmes d'ordinateur⁽⁵⁸⁾, la Court of appeal du 9^e Circuit semble l'avoir ultérieurement confiné à ce seul type d'œuvre⁽⁵⁹⁾. Les solutions retenues à propos d'autres types d'œuvres paraissent toutefois très proches⁽⁶⁰⁾, bien que la situation ne soit pas claire⁽⁶¹⁾. Quant à la solution retenue par la Cour de justice, la généralité des termes employés laisse à penser qu'elle s'applique à tout type d'œuvre, quand bien même la Cour souligne que la directive 2009/24 est une *lex specialis* par rapport à la directive 2001/29⁽⁶²⁾.

Deuxièmement, on remarquera que l'argument de la réalité économique de l'opération, suivant lequel il y a vente lorsque le client est autorisé à conserver indéfiniment une copie de l'œuvre sans paiement récurrent d'une contrepartie, apparaît déterminant aux yeux de

(52) *Ibid.*, 11.

(53) *Vernor v. Autodesk*, 621 F.3d 1102, 1110-1111 (9th Cir. 2010), *cert. denied*, 181 L. Ed. 2d 32 (2011).

(54) Celui-ci prévoyait notamment que: 1) Autodesk conserve la propriété de chaque copie; 2) le client dispose d'une licence d'utilisation non exclusive et non transférable; 3) l'interdiction de transfert (aussi la location) du logiciel sans autorisation d'Autodesk; 4) l'interdiction de transfert du logiciel en dehors de l'hémisphère ouest; 5) d'importantes restrictions d'utilisation; 6) la résiliation automatique en cas d'utilisation non conforme; 7) l'obligation de destruction des versions antérieures en cas de mise à jour du logiciel, voy. *Vernor v. Autodesk*, 621 F.3d 1102, 1104 (9th Cir. 2010).

(55) Sur cette affaire, voy. G. DONATELLO, *op. cit.* (note 43), pp. 70-76.

(56) Voy. *Apple Inc. v. Psystar Corp.*, 658 F.3d 1150, 1156 (9th Cir. 2011); *UMG Recordings, Inc. v. Augusto*, 628 F.3d 1175 (9th Cir. 2011). Dans cette dernière affaire, elle a toutefois considéré que les restrictions d'utilisation accompagnant des CD promotionnels et leur mode de distribution ne créait pas une licence et qu'il y avait *gift or sale* au sens de la section 109. Voy. également, à propos du 17 USC § 117(a)(1): *MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment*, 629 F.3d 928, 938 (9th Cir. 2010), *amended and superseded on denial of rehearing* 2011 WL 538748 (9th Cir. 2011).

(57) Voy. L. GUIBAULT, «Relations between copyright and contract law», in E. DERCLAYE (éd.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham (Royaume-

Uni), Northampton (Maryland, États-Unis), 2009, pp. 517 et s., spéc. pp. 527 et s. (relations entre les titulaires de droit et les utilisateurs).

(58) En ce sens, voy. G. DONATELLO, *op. cit.* (note 43), p. 82.

(59) *UMG Recordings, Inc. v. Augusto*, 628 F.3d 1175, 1183 (9th Cir. 2011): «This formulation [le triple test de *Vernor*], however, applies in terms to software users, and software users who order and pay to acquire copies are in a very different position from that held by the recipients of UMG's promotional CDs».

(60) Voy. à propos d'œuvres musicales *F.B.T. Productions, LLC v. Aftermath Records*, 621 F.3d 958, 965 (9th Cir. 2010): «(...) where a copyright owner transfers a copy of copyrighted material, retains title, limits the uses to which the material may be put, and is compensated periodically based on the transferee's exploitation of the material, the transaction is a license». Sur la similarité avec le *Vernor* test, voy. G. DONATELLO, *op. cit.* (note 43), p. 80.

(61) Voy. à propos des *e-books* d'Amazon, M. SERINGHAUS, «E-Book Transactions: Amazon "Kindles" the Copy Ownership Debate», *12 Yale J.L. & Tech.* 147 (2009).

(62) Comp. S. DUSOLLIER ET A. DE FRANQUEN, «Chroniques – Les droits intellectuels», *J.D.E.*, 2013, p. 61, n° 9; V. VARET, *op. cit.* (note 38), pp. 386-387; T. VINJE, V. MARSLAND ET A. GÄRTNER, *op. cit.* (note 38), p. 101.

la Cour de justice (voy. §§ 44-45). Il est par contre dépourvu de pertinence pour la Court of appeal⁽⁶³⁾.

Troisièmement, il apparaît clair que l'approche américaine est plus stricte que celle de la Cour de justice, privilégiant la liberté contractuelle et réduisant d'autant le champ d'application de la *first sale doctrine*⁽⁶⁴⁾. Toutefois, ainsi que de nombreux commentateurs l'ont souligné⁽⁶⁵⁾, l'industrie informatique ne manquera pas, si besoin est, d'adapter le libellé de ses conditions d'utilisation s'agissant du territoire européen, afin de contourner la solution retenue par la Cour de justice. Autrement dit, dans un système comme dans l'autre probablement l'emploi des «mots magiques»⁽⁶⁶⁾ permettra d'exclure la qualification de vente, faisant ainsi obstacle à tout épuisement.

B. Épuisement en ligne

1. Contexte général

8. Le transfert de propriété est un prérequis à l'application de la règle de l'épuisement. Admis le transfert, reste à savoir si la règle est en tant que telle applicable à l'environnement en ligne. Aucune disposition juridique directement applicable n'exclut explicitement cette possibilité. Elle apparaît néanmoins considérablement restreinte.

8.a. En effet, la déclaration commune aux articles 6 (droit de distribution) et 7 (droit de location) du WCT précise que les termes «exemplaires» et «original et exemplaire», aux fins de l'application de ces dispositions,

«désignent exclusivement les *exemplaires fixés* qui peuvent être mis en circulation en tant qu'*objets tangibles*»⁽⁶⁷⁾ (nous soulignons). Cette clarification a pour but d'exclure tous actes de transmission numérique du champ d'application du droit de distribution (et de son épuisement), lesquels relèvent du droit de mise à disposition prévu à l'article 8 du WCT. Il est néanmoins admis qu'une Partie contractante peut transposer ce droit de mise à disposition en le rangeant sous la catégorie droit de distribution, sous réserve que l'acte de mise à disposition ne pourra entraîner l'épuisement du droit^{(68) (69)}.

8.b. En Europe, on retrouve une précision similaire à celle de la déclaration commune précitée dans les considérants de la directive 2001/29, donc l'un des objectifs est d'ailleurs de mettre en œuvre les WCT et WPPT⁽⁷⁰⁾. Ainsi, le considérant 28 énonce que «[l]a protection du droit d'auteur (...) inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un *bien matériel*» (nous soulignons). En outre, le considérant 29 précise que «[l]a question de l'épuisement du droit ne se pose *pas* dans le cas des *services*, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. (...) Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un *support physique*, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation (...)» (nous soulignons). Par ailleurs, l'article 3 qui a trait au droit de mise à disposition (§ 1^{er}) précise que celui-ci n'est pas susceptible d'épuisement (§ 3)⁽⁷¹⁾. On

(63) *Vernor v. Autodesk*, 621 F.3d 1102, 1114 (9th Cir. 2010). L'argument de la réalité économique de l'opération a pourtant parfois reçu un accueil plus favorable dans d'autres domaines que le *copyright*, voy. notamment, en matière de faillite, *Microsoft Corp. v. DAK Industries*, 66 F.3d 1091, 1095 (9th Cir. 1995).

(64) Comp. Y. H. LEE, *op. cit.* (note 38), p. 853 ; C. STOTHERS, *op. cit.* (note 38), p. 791 ; T. VINJE, V. MARSLAND ET A. GÄRTNER, *op. cit.* (note 38), p. 102.

(65) Voy. en particulier B. BATCHELOR ET D. KEOHANE, *op. cit.* (note 38), pp. 545 et s. Voy. également A. GÖBEL, *op. cit.* (note 38), pp. 231-232 ; A. LUCAS, «Chroniques – Droit d'auteur et droits voisins», *P.I.*, 2012, p. 337 ; C. STOTHERS, *op. cit.* (note 38), p. 791 ; V. VARET, *op. cit.* (note 38), p. 386 ; T. VINJE, V. MARSLAND ET A. GÄRTNER, *op. cit.* (note 38), p. 100.

(66) En ce sens, à propos du droit américain, G. DONATELLO, *op. cit.* (note 43), p. 82.

(67) Une déclaration commune identique accompagne le récent Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles (adopté le 24 juin 2012). Voy. également la déclaration commune concernant les articles 2.e), 8, 9, 12 et 13 du Traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT).

(68) J. REINBOTHE ET S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996 – The WIPO Copyright Treaty and The WIPO*

Performance and Phonograms Treaty – Commentary and Legal Analysis, Londres, Butterworths, Dayton (Ohio, États-Unis), LexisNexis, 2002, p. 87, n° 15, p. 108, n° 16.

(69) Les États-Unis, qui sont à l'origine de cette interprétation de l'article 8 WCT (voy. J. REINBOTHE ET S. VON LEWINSKI, *loc. cit.*), semblent avoir rangé la transmission numérique sous le droit de distribution ; en ce sens, S. RICKETSON ET J. C. GINSBURG, *op. cit.* (note 12), p. 697, § 11.94, note 359. Voy. plus récemment les décisions citées *infra*, note 75.

(70) Voy. le considérant 15 de la directive 2001/29. Voy. également le paragraphe 53 de l'arrêt *UsedSoft*.

(71) L'exclusion du droit de communication au public (dont le droit de mise à disposition est une composante) de la théorie de l'épuisement est au départ une construction jurisprudentielle, entamée en 1980, voy. C.J.C.E., 18 mars 1980, *Coditel c. Ciné Vog Films*, aff. 62/79 (sur cet arrêt et l'évolution de la jurisprudence, voy. A. BERENBOOM, *op. cit.* (note 15), pp. 372 et s., n°s 239 et s.). À noter que l'on peut se demander si la Cour n'a pas récemment marqué une certaine inflexion dans sa jurisprudence, allant dans le sens d'une sorte d'épuisement du droit de communication au public, voy. C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League c. QC Leisure*, C-403/08, R.D.T.I., 2012/46, p. 101, note J.-B. HUBIN ET J. JOST, «L'arrêt *Premier League* : les droits de diffusion exclusifs par territoire mis hors jeu?», spéc. pp. 124 et s., n°s 10 et s.

retrouve certaines indications dans le même sens dans les considérants de la directive 96/9⁽⁷²⁾. Rien de tel par contre s'agissant de la directive 2009/24, qui est muette sur la question.

8.c. Aux États-Unis, ainsi qu'on l'a vu *supra*, le droit de distribution concerne des *copies or phonorecords*, lesquels sont définis généralement comme des «material objects in which a work or sounds are fixed» (17 USC § 101). Les références à la matérialité et à la fixation reçoivent toutefois une signification particulière dans le cadre du *statute*⁽⁷³⁾ et il a été récemment jugé qu'un fichier électronique doit être considéré comme un *material object* suivant cette acception⁽⁷⁴⁾. Aussi, le transfert de fichiers électroniques peut relever du droit de distribution⁽⁷⁵⁾.

Par ailleurs, le Register of Copyrights (directeur du U.S. Copyright Office), chargé par la section 104 du Digital Millennium Copyright Act (DMCA)⁽⁷⁶⁾ de rédiger un rapport sur, notamment, l'impact des nouvelles technologies sur l'application de la *first sale doctrine*, s'est prononcé expressément sur la question de l'applicabilité de ladite doctrine à l'environnement numérique⁽⁷⁷⁾.

Il distingue deux situations.

La première concerne le cas où une œuvre sous format numérique a été téléchargée avec l'autori-

sation du titulaire et fixée sur un support tangible. Dans cette hypothèse, ledit support sur lequel l'œuvre a été initialement téléchargée peut ensuite circuler librement sous couvert de la *first sale doctrine*⁽⁷⁸⁾.

La seconde concerne le cas où l'œuvre ainsi téléchargée n'est pas fixée sur un support tangible. Sa circulation ultérieure sur les réseaux en ligne est-elle couverte également par la section 109? *De lege lata*, le rapport estime que dès lors que toute transmission en ligne implique nécessairement création d'une copie⁽⁷⁹⁾, laquelle relève du droit de reproduction, la section 109, qui limite uniquement le droit de distribution, ne peut offrir une défense valable⁽⁸⁰⁾. S'agissant des arguments *de lege ferenda* en faveur d'une extension de la *first sale doctrine* à l'environnement numérique (sur certains desquels nous reviendrons *infra*), le rapport n'y souscrit pas ou les considère impuissants à justifier, à l'époque, une modification de la législation⁽⁸¹⁾. Aussi, il recommande de ne pas amender la section 109, sans pour autant exclure toute révision future⁽⁸²⁾. L'actuel Register of Copyrights a tout récemment réitéré une position semblable, quoique dénotant une certaine ouverture⁽⁸³⁾.

8.d. Dans la doctrine européenne, la question si la distribution en ligne doit être assimilée ou non

(72) Voy. les considérants 33 (dont le considérant 29 de la directive 2001/29 est une reproduction presque à l'identique) et 43 (pas d'épuisement du droit *sui generis* de s'opposer à la réutilisation de la base de données en cas de transmission de celle-ci en ligne). Voy. également C.J.C.E., 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board c. William Hill Organization*, C-203/02, §§ 58-59 (d'ailleurs cité par Oracle au soutien de son argumentation, voy. concl. av. gén., § 35).

(73) Voy. *Matthew Bender & Co., Inc. v. West Pub. Co.*, 158 F.3d 693, 702 (2d Cir. 1998): «The sole purpose of § 101's definitions of the words "copies" and "fixed" is (...) to define the material objects in which copyrightable and infringing works may be embedded and to describe the requisite fixed nature of that work within that material object».

(74) *London-Sire Records, Inc. v. Doe 1*, 542 F.Supp.2d 153, 171 (D. Mass. 2008).

(75) *Ibid.*, 173-174; *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134, 6 (S.D.N.Y. 2013). Voy. également *supra*, note 67.

(76) DMCA of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860.

(77) U.S. Copyright Office, *DMCA Section 104 Report*, août 2001, disponible sur le site <http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf> (16/04/2013).

(78) *Ibid.*, p. 78.

(79) Tout traitement d'informations par un ordinateur donne lieu à création d'une copie de celles-ci dans

la mémoire vive (*Random Access Memory*, ou RAM) de celui-ci. Pareille copie relève du droit de reproduction, voy. not. *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511, 518 (9th Cir. 1993), *cert. dismissed*, 114 S. Ct. 671 (1994). Voy. le DMCA Section 104 Report, *op. cit.* (note 77), pp. 106 et s. Comp. dans l'Union européenne, *infra*, note 90. Certaines de ces copies dans le cadre de l'utilisation d'un programme d'ordinateur sont autorisées sous couvert de l'*essential step defense* (voy. *supra*, note 47).

(80) U.S. Copyright Office, DMCA Section 104 Report, *op. cit.* (note 75), pp. 79-80.

(81) *Ibidem*, pp. 80-92. Ces arguments sont essentiellement tirés de 1) l'analogie entre la circulation des biens dans le monde physique et dans le monde numérique (s'il y a transmission d'une copie du fichier puis destruction de l'original, qui peut être assurée par la technologie *forward-and-delete*); 2) les buts poursuivis par la *first sale doctrine* et 3) le développement de nouveaux *business models* rendant inapplicable la *first sale doctrine*. Le rapport les rejette principalement pour les raisons suivantes: s'agissant de l'argument sous 1) absence de maturité et de viabilité de la technologie *forward-and-delete*; 2) buts intimement liés à la transmission d'un objet physique; 3) libre choix du marché dans lequel la loi n'a pas à intervenir.

(82) *Ibidem*, p. 96: «(...) we recommend no change to section 109 *at this time*» (nous soulignons).

(83) M. A. PALLANTE, «The Next Great Copyright Act», 36 *Colum. J. L. & Arts* 315 (2013), p. 332: «More than a decade later, the doctrine of first sale may be difficult to rationalize in the digital context, but Congress nonetheless could choose to review it (...)».

à une communication au public et à un service fait, en soi, déjà l'objet d'un débat⁽⁸⁴⁾. Au-delà, la première des situations envisagées par le rapport précité est discutée, même si la doctrine majoritaire semble rejoindre la solution américaine⁽⁸⁵⁾ ⁽⁸⁶⁾.

Quant à la seconde situation, elle est controversée des deux côtés de l'Atlantique⁽⁸⁷⁾. Dans son arrêt *UsedSoft*, la Cour de justice a admis le principe d'un épuisement en ligne. Et tout récemment, la District Court de New York a émis la première opinion jurisprudentielle sur la question. Comme on va le voir, les solutions diffèrent.

2. Union européenne : *UsedSoft c. Oracle*

9. Ayant conclu à l'existence d'une vente au sens de la directive (voy. *supra*), la Cour devait ensuite s'exprimer sur l'épuisement de la copie ayant fait l'objet de cette vente. Par les réponses qu'elle apporte aux différentes questions préjudicielles, la Cour va de la même manière (mais implicitement) distinguer les deux situations envisagées dans le DMCA section 104 Report.

À titre liminaire, elle tranche la question de la qualification de l'acte de mise à disposition d'une copie d'un programme d'ordinateur sur le site internet du titulaire du droit d'auteur. Celui-ci relève bel et bien du droit de distribution (article 4) et non du droit de mise à disposition (article 3). La Cour semble considérer que si sous l'empire de la directive 2001/29, on peut s'interroger sur cette qualification, celle-ci ne fait aucun doute sous l'empire de la directive 2009/24. Cette dernière, qui est une *lex specialis*

par rapport à la première, ne fait en effet nullement référence au droit de communication au public (dont le droit de mise à disposition est une composante) et définit le droit de distribution de la manière la plus large qu'il soit. La Cour estime en outre que «l'existence d'un transfert de propriété transforme l'acte de communication au public (...) en un acte de distribution» (voy. §§ 51-52, à la lumière des §§ 71-76 concl. Av. Gén.).

Ensuite, elle se prononce sur l'applicabilité de la règle de l'épuisement au modèle de distribution mis sur pied par Oracle, au terme d'un raisonnement en quatre temps : 1) la directive 2009/24 ne distingue pas entre les copies matérielles et immatérielles, que ce soit aux fins de la protection ou de celles de l'application de la règle de l'épuisement (§§ 55-59); 2) si le doute peut exister sous l'empire de la directive 2001/29, il apparaît clairement que le législateur européen a exprimé une volonté différente s'agissant des programmes d'ordinateur (§§ 56 et 60); 3) d'un point de vue économique, il n'y a pas de différence entre la vente par remise d'un support matériel et la vente par téléchargement en ligne (§ 61); 4) la première vente par téléchargement sur internet d'une copie permet au titulaire du droit d'obtenir une rémunération appropriée, de sorte que l'autoriser à contrôler les reventes subséquentes de celle-ci et exiger une nouvelle rémunération irait au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'objet spécifique du droit d'auteur concerné (§§ 62-63)⁽⁸⁸⁾.

Elle tire ensuite les conclusions de ce raisonnement quant aux deux situations envisagées ci-dessus.

(84) E. TJONG TJIN TAI, «Exhaustion and Online Delivery of Digital Works», *E.I.P.R.*, 2003, pp. 207 et s.; A. WIEBE, «The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services», *GRUR Int.*, 2009, pp. 114 et s. Voy. spéc. à propos de *UsedSoft*: T. VINJE, V. MARSLAND et A. GÄRTNER, *op. cit.* (note 38), pp. 100-101.

(85) *Pro*: J. P. KOLCZYNSKI, «Exhaustion of Copyright of Computer Software Online: A European (Polish, German, Austrian) and US Perspective», *E.I.P.R.*, 2011, pp. 579 et s.; E. TJONG TJIN TAI, *op. cit.* (note 84), pp. 207 et s.; M. M. WALTER et S. VON LEWINSKI, *op. cit.* (note 20), pp. 1009-1010, § 11.4.53. *Contra*: O. JANI, *op. cit.* (note 38), p. 27; A. WIEBE, *op. cit.* (note 84), pp. 116 et s.

(86) Voy. également Civ. Gand, 23 septembre 2009, *A&M*, 2010, p. 42, spéc. pp. 54-55, n° 41. Le tribunal estime que la règle de l'épuisement, s'agissant d'un logiciel préinstallé, permettra la libre circulation ultérieure de (du disque dur de) l'ordinateur sur lequel il a été installé. Contrairement à Ph. LAURENT (*in X*, «Chronique de jurisprudence 2009-2011 – Droits intellectuels», *R.D.T.I.*, 48-49/2012, p. 49, n° 59), il ne nous paraît pas

que le tribunal considère qu'il en va de même lorsque le logiciel est téléchargé depuis internet, au contraire (voy. le dernier paragraphe, p. 54).

(87) Dans l'Union européenne, voy. notamment J.-P. KOLCZYNSKI, *op. cit.* (note 85), pp. 582-583; T. TARGOSZ, «Exhaustion in digital products and the "accidental" impact on the balance of interests in copyright law», in L. BENTLY, U. SUTHERSANEN et P. TORREMANS (éd.), *Global Copyright – Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Cheltenham (Royaume-Uni), Northampton (Maryland, États-Unis), Edward Elgar, 2010, pp. 337 et s.; A. WIEBE, *op. cit.* (note 84), pp. 116-117. Voy. par ailleurs les commentaires à propos de l'arrêt *UsedSoft* (*supra*, note 38). Aux États-Unis, voy. notamment A. C. BARBOUR, *op. cit.* (note 34); J. GRAHAM, *op. cit.* (note 35); E. HESS, «Codifying Copyright: An Architectural Solution to Digitally Expanding the First Sale Doctrine», *81 Fordham L. Rev.* 1965 (2013); A. PERZANOWSKI et J. SCHULTZ, «Digital Exhaustion», *op. cit.* (note 22); R. A. REESE, «The First Sale in the Era of Digital Networks», *44 B.C. L. Rev.* 577 (2002-2003).

(88) Voy. également les conclusions de l'avocat général, §§ 77-83.

S'agissant de la revente du support sur lequel l'utilisateur a fixé la copie téléchargée, celle-ci est couverte par la règle de l'épuisement (§ 63 de l'arrêt et §§ 83 et 99 des conclusions de l'avocat général). La Cour précise que l'acquéreur initial devra, au moment de la revente, rendre inutilisable sa propre copie, ce aux fins d'éviter la violation du droit exclusif de reproduction (§§ 70 et 78). Certes, la vérification du respect de cette exigence est difficile pour le titulaire, mais il pourra l'assurer par la mise en œuvre de mesures techniques de protection (§ 79).

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, c'est ce droit de reproduction qui fait obstacle à l'épuisement dans la seconde situation envisagée par le Copyright Office dans son rapport (*supra*). L'avocat général opine dans le même sens⁽⁸⁹⁾ ⁽⁹⁰⁾. Mais contrairement à celui-ci, la Cour estime que lorsque cette reproduction est faite directement (par téléchargement sur le site du titulaire du droit) par l'acquéreur secondaire d'une licence d'utilisation du programme, celui-ci bénéficie de l'exception de reproduction nécessaire par l'acquéreur légitime d'un programme d'ordinateur pour une utilisation conforme à sa destination (article 5, § 1^{er}, de la directive 2009/24) (§§ 74-77 et 80-81)⁽⁹¹⁾. Moyennant la même exigence de destruction par le revendeur de sa copie, la Cour consacre donc un véritable épuisement en ligne dans cette hypothèse.

Deux précisions encore s'agissant de la situation *in casu*: 1) l'épuisement porte sur la copie vendue telle que corrigée et mise à jour par le titulaire du droit d'auteur en vertu du contrat de maintenance conclu avec l'utilisateur (§§ 64-68); 2) l'épuisement n'autorise pas la scission de licences groupées (§ 69).

(89) Voy. ses conclusions, §§ 94-100.

(90) Voy. l'article 4, § 1^{er}, a, de la directive 2009/24 : «(...) Lorsque le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une telle reproduction du programme, ces actes de reproduction sont soumis à l'autorisation du titulaire du droit». Voy. également M. M. WALTER et S. VON LEWINSKI, *op. cit.* (note 85), pp. 126 et s., §§ 5.4.11 et s. Sur les exceptions au droit de reproduction, voy. *ibid.*, pp. 145 et s., §§ 5.5.6 et s.

(91) De manière intéressante, on relèvera qu'en liant les notions d'épuisement et d'exception de reproduction nécessaire et en considérant donc que l'acquéreur d'une copie sur laquelle le droit de l'auteur est épuisé est un acquéreur légitime, la Cour effectue le même parallélisme que la Court of appeal du 9^e circuit qui interprète de la même manière les notions de *owner of a particular copy* au sens des sections 109(a) (*first sale doctrine*) et 117(a)(1) (*essential step defense*), voy. *MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment*, 629 F.3d 928, 938 (9th Cir. 2010), *amended and superseded on denial of rehearing* 2011 WL 538748 (9th Cir. 2011).

3. États-Unis : *Capitol Records v. ReDigi*

10. Aux États-Unis, la *first sale doctrine* a inspiré plus d'un *business model*, conçus pour tirer profit de ses conséquences légales. Les services de location de DVD de film *Netflix* et *Redbox* en sont la plus célèbre illustration⁽⁹²⁾. Tout récemment, c'est une autre start-up, *ReDigi*, qui s'est trouvée sous le feu des projecteurs.

ReDigi est une plate-forme en ligne qui offre à ses utilisateurs la possibilité de revendre et d'acquérir des fichiers musicaux iTunes d'«occasion». Elle se présente sur son site internet comme «The World's First Pre-Owned Digital Marketplace»⁽⁹³⁾ ⁽⁹⁴⁾. *Comment ça marche?* Schématiquement, le système fonctionne de la manière suivante⁽⁹⁵⁾.

L'utilisateur télécharge le logiciel de *ReDigi*, lequel analyse les fichiers musicaux se trouvant sur son ordinateur et dresse une liste de ceux qui sont éligibles à la revente. Sont considérés tels uniquement les fichiers achetés sur l'iTunes music store ou acquis auprès d'autres utilisateurs *ReDigi*. Lesdits fichiers peuvent ensuite être «uploadés» sur le *cloud* de *ReDigi*, ce qui les fait disparaître de leur emplacement initial sur l'ordinateur de l'utilisateur. En outre, afin de s'assurer qu'une seule copie du fichier existe, le logiciel de *ReDigi* traque en permanence la présence d'éventuelles copies de celui-ci tant sur l'ordinateur de l'utilisateur que sur les autres appareils connectés. En cas de détection d'une copie et si l'utilisateur ne procède pas à l'effacement, son compte *ReDigi* est suspendu. L'utilisateur conserve un accès aux fichiers «uploadés» dans le *cloud* jusqu'à revente de ceux-ci. S'il décide de revendre l'un de ces fichiers, il est mis fin à son accès audit fichier, lequel accès est concomitamment transféré à l'acheteur⁽⁹⁶⁾.

(92) *Netflix* propose un service de location de DVD par la poste (<https://dvd.netflix.com>), tandis que *Redbox* propose ce même service via l'utilisation de kiosques prévus à cet effet (<http://www.redbox.com/howitworks>). Ces deux *business models* sont spécialement conçus pour profiter de l'épuisement du droit de location pour les films aux États-Unis, voy. *supra*; S. VANDEN HEUVEL, *op. cit.* (note 32), pp. 667-669. En Europe, pareil commerce ne peut se faire sans autorisation de l'auteur, faute d'épuisement du droit de location (voy. *supra*).

(93) <https://www.religi.com> (18/04/2013).

(94) Il y eut des précurseurs, en particulier *Bopaboo* (aujourd'hui disparu en raison des plaintes des titulaires de droit), et qui se présentait comme une «eBay-like marketplace for "used" digital music files», voy. A. C. BARBOUR, *op. cit.* (note 36), p. 169.

(95) Pour une explication ludique, voy. la vidéo sur leur site : <https://www.religi.com/learn> (18/04/2013).

(96) Pour la description du dispositif, voy. *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134, 1-2 (S.D.N.Y. 2013).

La licéité de ce dispositif technique au regard de la *first sale doctrine*, revendiquée par *ReDigi*⁽⁹⁷⁾, était contestée par la maison de disques *Capitol Records*. Le 30 mars 2013, la District Court pour le District Sud de New York a donné raison à cette dernière⁽⁹⁸⁾. On relèvera que la question de la qualification du contrat (vente/licence) entre l'utilisateur et l'iTunes Store d'Apple n'a pas été abordée (et pas même évoquée).

Si la cour considère que le droit de distribution est impliqué⁽⁹⁹⁾, c'est en réalité l'atteinte au droit de reproduction inhérente aux processus d'*upload* et de *download* dans le *cloud* qui gouverne tout le raisonnement et empêche l'application de l'épuisement en l'espèce. Selon *ReDigi*, le fichier uploadé est simplement déplacé de l'ordinateur de l'utilisateur vers le *cloud*, sans reproduction au sens du copyright. La District Court ne souscrit pas à cette vue et, en s'appuyant sur la jurisprudence en matière d'échanges de fichiers *peer-to-peer*⁽¹⁰⁰⁾, énonce de manière péremptoire que

«(...) the fact that a file has moved from one material object – the user's computer – to another – the *ReDigi* server – means that a reproduction has occurred. Similarly, when a *ReDigi* user downloads a new purchase from the *ReDigi* website to her computer, yet another reproduction is created. It is beside the point that the original phonorecord no longer exists. It matters only that a new phonorecord has been created»⁽¹⁰¹⁾.

Aux fins de justifier l'atteinte au droit de reproduction, *ReDigi* invoquait l'exception de *fair use*⁽¹⁰²⁾. Celle-ci est cependant rejetée par le juge pour ce qui concerne les copies incidentes à la vente du fichier⁽¹⁰³⁾.

Les conséquences de cette conclusion quant à l'atteinte au droit de reproduction sont doubles. D'abord, elle suffit en soi à condamner le dispositif technique de *ReDigi*, la *first sale doctrine* ne constituant une limite qu'au seul droit de distribution.

Mais en outre, elle rend également ladite doctrine inopérante en l'espèce.

En effet, dès lors que le fichier vendu via le dispositif de *ReDigi* constitue une reproduction non autorisée, elle ne peut être considérée *lawfully made* au sens de la section 109(a). En outre, puisqu'il s'agit d'une reproduction, ce n'est pas la copie initialement distribuée par le titulaire des droits («the owner of a *particular* copy or phonorecord (...) of *that* copy or phonorecord»). Il est donc impossible via *ReDigi* de revendre sa propre copie au sens de cette disposition. «*Put another way, the first sale defense is limited to material items*»⁽¹⁰⁴⁾.

L'argument de *ReDigi* tiré de l'évolution technologique n'ébranle pas plus la cour, qui rappelle que ce n'est pas à elle, mais au Congrès qu'il appartient de modifier la loi dans l'hypothèse où elle s'avérerait obsolète⁽¹⁰⁵⁾.

Enfin, la cour embrasse les conclusions du DMCA section 104 Report, s'agissant des deux situations que celui-ci envisage.

Ainsi, concernant la première, elle énonce très clairement que la

«[s]ection 109(a) still protects a lawful owner's sale of her 'particular' phonorecord, be it a computer hard disk, iPod, or other memory device onto which the file was originally downloaded»⁽¹⁰⁶⁾.

Quant à la seconde, outre ce qui avait déjà été dit plus haut s'agissant du droit de reproduction, la cour énonce que l'on ne peut transposer par analogie la *first sale doctrine*, imaginée dans un monde physique, à l'environnement numérique en raison des différences entre les deux, et en particulier: 1) l'absence de dégradation de l'information numérique du fait de l'usage et de l'écoulement du temps; 2) l'absence de barrières et de freins à la circulation de l'information numérique. Pour ces deux raisons, «[t]he ability of such "used" copies to compete for market share with new copies is thus far greater in the digi-

(97) On lit ainsi sur le site (<https://www.reidigi.com/legal> (18/04/2013)), après une référence à l'arrêt *Bobbs-Merrill* de la Cour Suprême (voy. *supra*), que «*ReDigi* has structured its Cloud storage system and Marketplace to ensure that these exact qualifications are met».

(98) *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134 (S.D.N.Y. 2013). Plusieurs commentateurs s'étaient prononcés sur l'issue du litige avant que ne soit rendue la décision, voy. notamment A. C. BARBOUR, *op. cit.* (note 36); S. ABELSON, «An Emerging Secondary Market for Digital Music – The Legality of *ReDigi* and the Extent of the First Sale Doctrine», 29 *Ent. & Sports Law.* 8 (2012).

(99) Voy. *supra*, note 75.

(100) En particulier *London-Sire Records, Inc. v. Doe 1*, 542 F.Supp.2d 153 (D. Mass. 2008).

(101) *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134, 6 (S.D.N.Y. 2013).

(102) 17 USC § 107. Suivant cette disposition, pour déterminer si un usage particulier constitue un usage loyal (*fair use*), le juge prendra en considération:

1) l'objectif et la nature de l'usage, notamment s'il est de nature commerciale ou éducative et sans but lucratif; 2) la nature de l'œuvre protégée; 3) la qualité et l'importance de la partie utilisée en rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée; 4) les conséquences de cet usage sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée.

(103) *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134, 8-9 (S.D.N.Y. 2013). Les reproductions par l'utilisateur dans le cadre de son utilisation personnelle sont par contre couvertes.

(104) *Ibid.*, 10.

(105) *Ibid.*, 10 et 11.

(106) *Ibidem*, 11.

tal world»⁽¹⁰⁷⁾. L'on ne peut dès lors en opportunité reconnaître une *digital first sale doctrine*.

4. Commentaire

11. À nouveau, faute d'espace, l'on se contentera de brefs commentaires. En réalité, il est un élément qui ne semble pas avoir été étudié et qui nous paraît pourtant à lui seul de nature à exclure ou à rendre hautement inopportune toute transposition *mutatis mutandis* de la théorie de l'épuisement à l'environnement en ligne, à tout le moins pour les œuvres autres que les programmes d'ordinateur.

11.a. D'abord, il convient de garder à l'esprit que les solutions retenues par les jurisprudences européenne et américaine concernent des objets différents (programme d'ordinateur dans le premier cas, *sound recording* dans le second). Si les programmes d'ordinateur relèvent des principes communs du droit d'auteur⁽¹⁰⁸⁾, ils n'en restent pas moins soumis à une législation spécifique en Europe, ce que souligne la Cour à plusieurs reprises dans son arrêt *UsedSoft*⁽¹⁰⁹⁾. Néanmoins, à la suivre dans son raisonnement, le seul rempart à une éventuelle extension de la solution paraît résider dans les considérants 28 et 29 de la directive 2001/29 (§ 60). Et encore, elle emploie le conditionnel («à supposer que»). Une bien maigre palissade... D'autant qu'on voit mal comment, en droit positif, articuler logiquement pareille solution réservée aux seuls programmes d'ordinateur avec le fait que ledit

programme peut lui-même être le support d'une œuvre d'un autre type (œuvre multimédia⁽¹¹⁰⁾), fait que la Cour elle-même a d'ailleurs reconnu à propos de l'interface graphique utilisateur⁽¹¹¹⁾. Pour le surplus, on relèvera que l'avocat général Kokot, dans ses conclusions sous l'arrêt *Football Association Premier League*, avait déjà suggéré que le principe de l'épuisement devrait s'appliquer à tous les biens («programmes informatiques, morceaux de musique, livres électroniques, films, etc.») téléchargés sur internet et qui peuvent être transmis sous forme électronique⁽¹¹²⁾.

À noter toutefois qu'une juridiction allemande a récemment considéré que le raisonnement tenu par la Cour dans son arrêt *UsedSoft* ne permet pas d'étendre la solution à des œuvres autres que des programmes d'ordinateur (*e-books* et fichiers musicaux sous format MP3 en l'occurrence)⁽¹¹³⁾.

11.b. Ensuite, et c'est là l'essentiel de notre critique⁽¹¹⁴⁾, la Cour s'égare lorsqu'elle transpose purement et simplement le principe de l'épuisement à l'environnement en ligne. L'argument de l'absence de dégradation de l'information numérique et de la rapidité de transmission soulevé dans *ReDigi* est, à nos yeux, fondamental. Sous ce refus de l'application analogique se cache une considération économique, à savoir que le marché d'occasion de contenus numériques entre en concurrence directe avec le marché primaire contrôlé par le titulaire des droits. En effet, les produits numériques neufs et d'occasion étant identiques, ils sont parfaitement substituables⁽¹¹⁵⁾.

(107) U.S. Copyright Office, *DMCA Section 104 Report*, *op. cit.* (note 77), p. 83, cité par *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134, 11 (S.D.N.Y. 2013).

(108) Les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvre littéraire au sens de la Convention de Berne, voy. article 4 WCT; article 10, § 1^{er}, A.D.P.I.C.; article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive 2009/24.

(109) Voy. les paragraphes 51 et 56 (*lex specialis*) et 60 («volonté différente exprimée par le législateur») de l'arrêt. Voy. également C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, § 42 («(...) protection spécifique par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur en vertu de cette directive [91/250/CEE]»).

(110) La principale caractéristique de l'œuvre multimédia réside dans le fait que «[sa] structure et [son] accès sont régis par un logiciel permettant l'interactivité», voy. A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 360 et s., n^{os} 411 et s.

(111) C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, § 51.

(112) Conclusions du 3 février 2011 rendues dans l'affaire *Football Association Premier League c. QC Leisure*, C-403/08, §§ 184-188.

(113) Landgericht Bielefeld, 5 mars 2013, Az. 4 O 191/11, spéc. p. 20. Le jugement (en allemand) est disponible sur http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG_Bielefeld_vom_05.03.13_Klage_Verbraucherzentralen.pdf (01/07/2013).

(114) Pour d'autres commentaires, l'on renverra le lecteur aux références citées note 87.

(115) Suivant la définition généralement retenue en microéconomie, deux biens sont substituables si une augmentation du prix de l'un entraîne une augmentation de la demande pour l'autre (voy. J. E. STIGLITZ et C. E. WALSH, *Principles of microeconomics*, 3^e éd., New York, W.W. Norton, 2002, p. 71). Aussi, si le bien numérique d'occasion est vendu à un prix inférieur au bien numérique neuf, la demande pour ce dernier diminuera. La réduction des coûts de recherche pour le consommateur que permet internet accentuera encore cette diminution de la demande (comp. J. Y. BAKOS, «Reducing Buyer Search Costs: Implications for Electronic Marketplaces», *43 Management Science* 1676 (1997), spéc. p. 1690). Voy. toutefois *infra* (notre proposition de *lege ferenda*). La notion est par ailleurs utilisée en droit de la concurrence: voy. la définition in Direction générale de la concurrence, «Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne», juillet 2002, disponible sur le site de la Commission: http://ec.europa.eu/competition/publications/glossary_fr.pdf (20/05/2013).

Si l'on raisonne en termes de droit d'auteur international, on trouvera la traduction de cette considération économique dans les deuxième et troisième conditions du test des trois étapes⁽¹¹⁶⁾ : absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Il est vrai que, dans le cadre du WCT, le principe de l'épuisement est explicitement soustrait au contrôle du test des trois étapes par l'article 6, § 2⁽¹¹⁷⁾. Mais cette disposition doit être lue en combinaison avec les déclarations communes qui limitent le droit de distribution aux objets tangibles (voy. *supra*), de sorte que l'on ne peut conclure que les Parties contractantes ont entendu faire échapper le principe de l'épuisement en ligne à l'emprise du test des trois étapes.

Quoi qu'il en soit, l'épuisement en ligne paraît difficilement passer avec succès ledit test, à tout le moins pour les œuvres non logicielles. Il faut en effet envisa-

ger l'épuisement en rapport avec l'exception de copie privée et tenir compte d'une différence fondamentale s'agissant du régime juridique relatif aux programmes d'ordinateur et aux autres œuvres. Tant en droit américain qu'européen, l'exception de copie privée pour les programmes d'ordinateur est limitée à la copie de sauvegarde, laquelle ne peut être conservée/utilisée après la revente du programme⁽¹¹⁸⁾. L'exception de copie privée est, au contraire, beaucoup plus large s'agissant des autres œuvres⁽¹¹⁹⁾. Et on ne trouve ni en droit américain⁽¹²⁰⁾, ni en droit européen de dispositions requérant de l'utilisateur, qui se sépare de l'original, de détruire les copies qu'il en a faites préalablement pour son usage privé⁽¹²¹⁾. On imagine donc aisément la mise sur pied d'un marché d'occasion en ligne des œuvres sous format numérique, où lesdites œuvres ne transiteraient par le compte utilisateur de l'acheteur que le temps nécessaire pour être copiée avant d'être revendue⁽¹²²⁾. La

(116) Article 10, § 1^{er}, WCT ; article 5, § 5, de la directive 2001/29. L'article 9, § 2, de la Convention de Berne concerne que le droit de reproduction. L'article 13 des A.D.P.I.C. vise tous les droits exclusifs, mais l'Accord ne contient pas de disposition générale relative au droit de distribution. Sur le test des trois étapes, voy. M. SENTLEBEN, *Copyright, Limitations and Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2004.

(117) «Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1^{er} s'applique (...)». Voy. également J. REINBOTHE et S. VON LEWINSKI, *op. cit.* (note 68), p. 87, n° 14.

(118) Aux États-Unis, voy. 17 USC § 117(a)(2). Dans l'Union européenne, voy. article 5, § 2, de la directive 2009/24 ; M. M. WALTER et S. VON LEWINSKI, *op. cit.* (note 85), p. 157, § 5.5.42. Cette exception est spécifique aux programmes d'ordinateur et exclut l'exception générale de copie privée ; voy. le rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social du 10 avril 2000 sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, COM(2000) 199 final. Voy. également le considérant 13 de la directive 2009/24.

(119) Aux États-Unis, il n'existe pas d'exception générale de copie privée et son statut n'est pas clair. De manière générale, le régime juridique est éclaté entre le *statute* (voy. l'Audio Home Recording Act of 1992 (Pub. L. No. 102-563, 102d Cong., 2d Sess., 106 Stat. 4237), aujourd'hui codifié dans les 17 USC § 1001 et s., qui autorise la copie privée d'œuvres musicales fixées dans des *sound recordings* et organise un système de compensation) et la jurisprudence sur le *fair use*. Ont ainsi été considérés comme constituant un *fair use* notamment, la copie à des fins de *time-shifting* (*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)) et d'*off line space-shifting* (*Recording Industry Ass'n of America v. Diamond Multimedia Systems, Inc.*, 180 F.3d 1072, 1079 (9th Cir. 1999)). La légitimité du *online space-shifting* est plus douteuse (*UMG*

Recordings, Inc. v. MP3.Com, Inc., 92 F.Supp.2d 349, 351 (S.D.N.Y. 2000) ; *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1019 (9th Cir. 2001)). Le juge, sans se prononcer expressément, semble toutefois l'admettre dans *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134, 8 et note 7 (S.D.N.Y. 2013). Par ailleurs, si le caractère non commercial plaide en faveur de la qualification d'un usage comme loyal, la Cour Suprême estime qu'il n'y a pas de rapport d'implication nécessaire, voy. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 584 (1994). Pour une étude récente sur les possibilités d'usage personnel d'une œuvre, voy. A. PERZANOWSKI et J. SCHULTZ, «Copyright Exhaustion and the Personal Use Dilemma», 96 *Minn. L. Rev.* 2067 (2011-2012). De manière intéressante, ces auteurs considèrent que le principe de *copyright exhaustion* (*supra*, note 22) pourrait justifier les différentes formes de copie privée (pp. 2116-2124). Dans l'Union européenne, voy. l'article 5, § 2, a) et b), de la directive 2001/29. En droit belge, voy. les articles 22, § 1^{er}, 4^o, 5^o et le régime de compensation organisé aux chapitres IV et V de la L.D.A. (120) Il ressort toutefois de *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* (464 U.S. 417 (1984)) que le *librarying* – la réalisation de copies permanentes ou semi-permanentes de programmes télévisés enregistrés qui peuvent ainsi être visionnés plusieurs fois – ne constitue pas un *fair use*, voy. W. W. FISHER III, «Reconstructing the Fair Use Doctrine», 101 *Harv. L. Rev.* 1659 (1988), p. 1665, note 23.

(121) Du reste, et sous réserve de l'emploi de mesures techniques de protection, les prescrits constitutionnels et Conventionnels d'inviolabilité du domicile et de respect de la vie privée rendraient pareille règle inapplicable en pratique.

(122) Le logiciel de ReDigi visait à pallier ce problème en traquant constamment la subsistance de copies éventuelles sur l'ordinateur de l'utilisateur et les appareils connectés (comp. *supra* à propos de la technologie *forward-and-delete*, note 81). Toutefois, il ne peut pas détecter les copies stockées dans d'autres lieux, voy. *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134, 1 (S.D.N.Y. 2013).

combinaison du droit (épuisement, exception de copie privée) et de la technique (rapidité et caractère sans frontières de l'internet, non dégradation de l'information numérique) sonnerait le glas du droit d'auteur. Et dans pareille hypothèse, il est indéniable que la première vente ne permettrait pas au titulaire d'obtenir une rémunération appropriée⁽¹²³⁾.

11.c. Serait-il possible d'accommoder cette situation avec le test des trois étapes? Et quelles en seraient les conséquences? Il faut distinguer. L'on se limitera ici au cas de l'Union européenne.

S'agissant des programmes d'ordinateur, puisque l'utilisateur conservera le logiciel pour son utilisation personnelle pendant un certain temps et qu'il devra se défaire de toute copie de celui-ci en cas de revente, on pourrait admettre que les intérêts de l'auteur sont préservés. Mais comment assurer le respect par les utilisateurs de leur obligation de suppression de leur copie? Élémentaire, ma chère juridiction de renvoi: blanc-seing aux mesures techniques de protection⁽¹²⁴⁾! Et ce en faisant fi de leur mauvaise presse⁽¹²⁵⁾ et du récent mouvement mis en œuvre au niveau international visant à limiter l'impact de ces mesures techniques sur la jouissance des exceptions par leur bénéficiaire⁽¹²⁶⁾.

S'agissant des autres œuvres, de deux choses l'une⁽¹²⁷⁾. Soit, pareillement, et avec la bénédiction de la Cour de justice, les mesures techniques viennent cadenser les possibilités de réaliser une copie privée, avec le risque d'empêcher toute copie, même légitime⁽¹²⁸⁾. Soit le montant de la compensation équitable pour copie privée doit être revu nettement à la hausse. En effet, celui-ci est calculé sur la base du préjudice potentiel subi par les auteurs⁽¹²⁹⁾, lequel augmenterait considérablement du fait de l'admission d'un épuisement en ligne. Or, qui doit supporter le paiement de ladite compensation? L'utilisateur privé⁽¹³⁰⁾!

En d'autres termes, et contrairement aux apparences, l'admission à *droit constant* d'un épuisement en ligne est de nature à porter gravement atteinte aux intérêts du consommateur européen.

12. *De lege ferenda*, on pourrait imaginer une solution d'«épuisement en ligne limité», recourant à une limite quantitative au nombre possible de reventes. Plus qu'un compromis entre une absence totale d'épuisement en ligne et son application illimitée, cette solution offrirait une réponse à l'argument économique qui sous-tend le refus de l'application par analogie. Car ce refus repose entièrement sur le postulat suivant lequel biens d'information⁽¹³¹⁾ neufs et d'occasion sont

(123) Comp. le paragraphe 62 de l'arrêt *UsedSoft*.

(124) Voy. le paragraphe 79 de l'arrêt *UsedSoft*.

(125) Comme l'indique très justement S. DUSOLLIER, «(...) permettre à l'auteur de négocier ou entraver l'utilisation soumise à l'exception, par le moyen d'une mesure technique, c'est faire comme si cette utilisation relevait du monopole de l'auteur, ce qui contredit à la logique de l'exception, à sa nature, à son fondement et à son statut impératif [en droit belge, voy. article 23bis LDA]», in *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 513, n° 663. Pour rappel, le droit européen prévoit une série de dispositions anticourtage, voy. article 6 de la directive 2001/29; article 7, § 1^{er}, c), de la directive 2009/24, transposés aux articles 79bis et 79ter L.D.A. et 11 L.P.O. Voy. S. DUSOLLIER (précité), pp. 68 et s., n°s 61 et s.

(126) Voy. la déclaration commune concernant l'article 15 en rapport avec l'article 13 du Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles. Voy. également l'article 7 du Traité de l'O.M.P.I. visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées, fait à Marrakech le 27 juin 2013.

(127) L'alternative que l'on envisage découle de l'article 5, § 2, b), de la directive 2001/29 qui dispose que la compensation équitable pour copie privée prend en compte l'application ou non de mesures techniques. C'est pour la clarté de l'analyse que l'on sépare les deux situations, qui en réalité ne s'excluent pas mutuellement. Voy. également S. RICKETSON, qui range cette alternative sous la troisième

condition du test des trois étapes, in *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, SCCR/9/7, 5 avril 2003, p. 75.

(128) Pour rappel, il n'y a pas de droit à la copie privée, voy. en Belgique: Civ. Bruxelles, cess., 25 mai 2004, *A&M*, 2004, p. 338, note S. DUSOLLIER, «Copie privée versus mesures techniques de protection: l'exception est-elle un droit?», confirmé par Bruxelles, 9 septembre 2005, *A&M*, 2005, p. 338. Voy. en France, l'affaire *Mulholland Drive* et spéc. l'arrêt sur renvoi après cassation: Paris, 4 avril 2007, *R.D.T.I.*, 2007, p. 351, note T. LÉONARD, «*Mulholland Drive* chute sur l'épine du droit subjectif».

(129) Voy. le considérant 35 de la directive 2001/29. Voy. également C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan c. SGAE*, C-467/08, §§ 42, 50 et 57; C.J.U.E., 16 juin 2011, *Stichting de ThuisKopie c. Opus Supplies Deutschland*, C-462/09, § 24.

(130) C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan c. SGAE*, C-467/08, § 49 («(...) les utilisateurs privés (...) assumeront la charge de la redevance pour copie privée (...)»); C.J.U.E., 16 juin 2011, *Stichting de ThuisKopie c. Opus Supplies Deutschland*, C-462/09, § 29 («(...) l'utilisateur final qui effectue, à titre privé, la reproduction d'une œuvre protégée doit, en principe être considéré comme le débiteur de la compensation équitable (...)»).

(131) La notion de bien d'information (*information good*), employée en économie, permettra d'éviter certaines confusions dans la suite de notre exposé. On se référera à la définition fournie par C. SHAPIRO et H. R. VARIAN in *Information Rules – A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston (Massachusetts, États-Unis), Harvard

identiques dans le monde numérique et donc parfaitement substituables, à l'inverse de ce qui a cours dans le monde physique, où la substituabilité du bien d'occasion diminue corrélativement à sa dégradation.

Or ceci n'est que partiellement vrai. En effet, la diminution de la substituabilité d'un bien d'occasion est compensée dans le monde physique par une réduction de son prix, sans quoi il n'y aurait pas de demande (pour peu qu'il existe toujours un marché primaire)⁽¹³²⁾.

Et s'agissant d'un bien d'information d'occasion dans l'environnement numérique, il ne constitue un substitut parfait que pour autant qu'il présente pour le consommateur des qualités identiques avec le bien neuf, et notamment une capacité identique à pouvoir être revendu. Or, s'il ne peut être revendu autant de fois que le bien neuf, il sera moins attrayant que ce dernier. Ce sera particulièrement vrai (mais pas seulement⁽¹³³⁾) pour les biens d'information qui sont le plus susceptibles d'une «consommation» unique et que le consommateur sera donc plus désireux de revendre ensuite de celle-ci, par exemple un roman ou un film⁽¹³⁴⁾. Là aussi, une diminution du prix (liée au nombre de reventes autorisées) sera nécessaire pour que l'offre puisse rencontrer une demande.

Autrement dit, si le nombre de reventes possibles par application de la règle de l'épuisement est limité quantitativement dans l'environnement en ligne, la substituabilité des biens d'information neufs et d'occasion ne sera pas parfaite, à l'instar de la situation dans le monde physique. Plus le bien sera revendu, plus sa capacité à être revendu sera limitée, ce qui devra se traduire par une diminution du prix. Et là où dans le monde physique toute capacité du bien d'information à être revendu disparaît lorsque son contenu n'est plus lisible⁽¹³⁵⁾, elle découlera dans l'environnement numérique de la dernière vente couverte par l'épuisement. L'établissement d'une limite quantitative aura en outre pour effet de neutraliser les conséquences d'une circulation débridée

Business School Press, 1999, p. 3: «(...) anything that can be digitized – encoded as a stream of bits – is information. For our purposes, baseball scores, books, databases, magazines, movies, music, stock quotes, and Web pages are all *information goods*».

(132) S'agissant des éléments de la théorie microéconomique qui interviennent au soutien de notre proposition, on renverra utilement le lecteur vers A. H. FOX, «A Theory of Second-Hand Markets», 24 *Economica* 99 (1957).

(133) Comp. A. GHOSE, R. TELANG et R. KRISHNAN, «Effects of Electronic Secondary Markets on the Supply Chain», 22 *Journal of Management Information Systems* 91 (2005), p. 92: «A salient feature of these information goods is that, once bought, many consumers derive a limited utility from keeping them and are willing to resell them if the transaction costs are negligible».

(134) Comp. *ibidem*, pp. 111-112: «(...) suppliers need to keep in mind the effect of a positive holding utility

des contenus numériques sur internet par rapport à leur circulation ralentie dans le monde physique (second argument refusant l'analogie, voy. *supra*), la donnée temporelle devenant non pertinente.

Cette proposition nous paraît de nature à concilier les intérêts 1) de l'auteur à contrôler exclusivement le marché primaire avec celui 2) des consommateurs en général à pouvoir acquérir les biens d'information sous format numérique sur le marché d'occasion et ceux 3) du consommateur particulier à pouvoir jouir de l'exception de copie privée (sans restrictions techniques et sans augmentation considérable du montant de la compensation équitable) et à pouvoir revendre ses biens d'information sous format numérique, à tout le moins lorsqu'ils les a obtenus directement auprès du titulaire des droits. À noter que l'information du consommateur, particulièrement s'agissant du nombre de reventes encore autorisées pour le bien d'occasion, sera primordiale. Des mesures devront dès lors être entreprises pour assurer celle-ci.

Reste entière la question de la faisabilité technique d'un épuisement limité. De même celle, économique, de la fixation du nombre optimal de reventes autorisées. La piste de solution proposée, si elle devait séduire, imposerait l'étude de ces deux questions, laquelle dépasse les compétences du juriste.

Conclusion

14. Alors, faut-il vouer aux gémonies cet activisme de la Cour, qui depuis *Infopaq*, n'étonne plus personne? Certes, son intervention remet en cause le fragile équilibre sur lequel repose le droit d'auteur numérique, si tant est qu'il en soit un. Mais, ainsi qu'on l'a relevé, il sera probablement aisé d'en limiter les effets par une formule contractuelle adéquate⁽¹³⁶⁾. Et s'agissant spécialement des œuvres non

that consumers derive from keeping their used goods, instead of necessarily selling them. This is specially true in the case of music CDs or textbooks, where consumers are likely to listen to a song or read the book repeatedly, compared to a fiction book or DVD whose utility diminishes at a much faster rate».

(135) L'exemple typique est celui du CD rayé devenu illisible.

(136) Plusieurs commentateurs estiment qu'une autre option résiderait dans l'emploi d'un service de *cloud computing*. En ce sens, voy. notamment B. BATCHELOR et D. KEOHANE, *op. cit.* (note 38), p. 551; A. GÖBEL, *op. cit.* (note 38), p. 232; A. MENDOZA-CAMINADE, *op. cit.* (note 38), p. 2145. Voy. en ce sens également et en général sur le *cloud computing*, B. DOCQUIR, «Le *cloud computing* : la "nouvelle frontière" du commerce électronique?», *J.T.*, 2012, p. 848, spéc. p. 849, n° 14.

logicielles, il n'est pas certain que la Cour se hasarderai au-delà du Rubicon qu'incarnent les considérants 28 et 29 de la directive 2001/29.

Au-delà de cela, il faut rendre à César ce qui lui appartient et ainsi reconnaître à la Cour le mérite d'oser le débat sur l'opportunité d'un épuisement en ligne. Ceci contraste avec la pusillanimité du juge new-yorkais – et accessoirement de l'avocat général Bot, *Tu quoque mi fili!* – qui se retranche derrière les conclusions d'un rapport daté d'il y a plus d'une décennie (l'Antiquité à l'échelle d'internet!) et appelle Montesquieu en renfort. Quoiqu'en renvoyant la balle au Congrès, ledit juge trahit peut-être ce sentiment que l'absence de tout marché d'occasion des produits numériques est problématique à l'heure où la tradition se fait de la souris à la souris, et non plus de la main à la main⁽¹³⁷⁾.

L'argument du droit de reproduction, qui finalement n'est jamais qu'un artefact résultant de l'interaction entre les architectures respectives de l'internet et du droit d'auteur⁽¹³⁸⁾, ne pourra triompher indéfiniment⁽¹³⁹⁾. Il serait donc judicieux de s'interroger sérieusement sur la manière dont le monde numérique pourrait accueillir un principe poursuivant les mêmes objectifs et assurant le même équilibre entre intérêts concurrents que la théorie de l'épuisement dans le monde physique. Ainsi que nous l'avons suggéré, peut-être une limite quantita-

tive à l'application de l'épuisement en ligne remplirait cet office. En tout cas, toutes choses égales par ailleurs (*ceteris paribus sic stantibus*, pour rester dans l'idiosyncrasie romaine...), une simple transposition par analogie⁽¹⁴⁰⁾ apparaît tant critiquable sur le plan juridique que dommageable pour le consommateur.

Sans mauvais jeu de mots, ces quelques modestes réflexions sont évidemment bien loin d'épuiser la question. Elle est de nature à revenir incessamment devant les prétoires, en raison du développement futur du commerce électronique, dont le sort est par ailleurs scellé à celui des droits de propriété intellectuelle⁽¹⁴¹⁾. Preuve s'il en est, à l'heure où la District Court rendait sa décision à propos du dispositif mis en place par ReDigi, cette dernière l'avait d'ores et déjà modifié, laissant entière la question de la compatibilité de ReDigi 2.0 avec la *first sale doctrine*⁽¹⁴²⁾. Affaire à suivre donc...

Enfin, l'on terminera comme on a commencé, en évoquant l'arrêt *Kirtseng* de la Cour suprême, et fort des leçons tirées de *UsedSoft*, l'on s'interrogera : est-il concevable qu'un jour, les enseignements des deux hautes juridictions soient réunis pour donner lieu à un épuisement international en ligne ? Il faudra probablement patienter (jusqu'aux calendes grecques ?). En tout cas, si ce jour advient, il en ira de même du monde virtuel que l'on connaît que de celui réel de nos aïeux si le nez de Cléopâtre eût été plus court...

(137) Ainsi Apple annonçait le 6 février 2013 avoir vendu depuis la création de son iTunes Store plus de 25 milliards de chansons ; voy. <http://www.apple.com/pr/library/2013/02/06iTunes-Store-Sets-New-Record-with-25-Billion-Songs-Sold.html> (30/04/2013). Et le 16 mai 2013, la même société annonçait le téléchargement de plus de 50 milliards d'applications depuis le lancement de son AppStore en juillet 2008 ; voy. <http://www.apple.com/pr/library/2013/05/16Apples-App-Store-Marks-Historic-50-Billionth-Download.html> (20/04/2013).

(138) Voy. L. LESSIG, *Remix – Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, New York, The Penguin Press, 2008, p. 103 : « (...) [in] digital technologies[,] (...) [b]ecause every use of creative work technically produces a copy, every use of creative work technically triggers copyright law ». Cette extension n'a pas été délimitée par le Congrès, elle s'explique « (...) simply because the architecture of copyright law interacted with the architecture of digital technology to produce a massive expansion in the reach of the law ».

(139) Comp. M. A. PALLANTE, *op. cit.* (note 83), pp. 11-12 : « (...) new technologies have made it increasingly apparent that not all reproductions are equal in the digital age. Because incidental or transient copies are made by consumers on a daily basis and in a variety of otherwise lawful activities involving consumer electronics and computer programs, there may be room for further discussion of this issue ».

(140) Ainsi un auteur américain, par trop attaché à cette analogie (et au phénomène de dégradation qui a

cours dans le monde physique), est allé jusqu'à proposer de soumettre les fichiers électroniques à une technologie de vieillissement automatique (développée par IBM) qui dégrade ceux-ci à force de copies et d'utilisation, voy. E. HESS, *op. cit.* (note 87), pp. 2008-2011. Ce n'est évidemment pas raisonnable (sans même parler des droits moraux)...

(141) Comp. la communication de la Commission du 24 mai 2011, « Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle – Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix », COM(2011) 287 final, p. 4 : « Un régime européen des DPI à la fois moderne et intégré (...) permettra le développement de secteurs comme celui du commerce électronique et celui des technologies numériques, où réside le plus grand potentiel de croissance future ».

(142) Le logiciel ReDigi 2.0 « uploade » directement dans le *cloud* les achats de fichiers iTunes par l'utilisateur. Lesdits fichiers ne sont jamais déplacés depuis leur emplacement initial dans le *cloud* et c'est uniquement leur accès qui est transféré en cas de revente, voy. *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 2013 WL 1286134, 2 note 3 (S.D.N.Y. 2013). La cour indique par ailleurs que « (...) to comply with the law, either the law or ReDigi must change. While ReDigi 2.0, 3.0, or 4.0 may ultimately be deemed to comply with copyright law – a finding that Court need not and does not now make – it is clear that ReDigi 1.0 does not » (p. 14).