

NAVIGUER SUR INTERNET JUSQU'À L'ÉPUISEMENT ?

Charles L. Lamboni and Carole Sénéchal

Volume 42, Number 3, 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105998ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/10282>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lamboni, C. L. & Sénéchal, C. (2012). NAVIGUER SUR INTERNET JUSQU'À L'ÉPUISEMENT ? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 42(3), 629–675.
<https://doi.org/10.17118/11143/10282>

Article abstract

An important stimulus in the development of copyright law has been the goal of balancing the sensitive relationship between authors and the general public in light of the interests of each. If the public wishes to benefit from the cultural advantages inherent in an author's work, one must also recognize the author's right to enjoy exclusive use of his or her work for commercial purposes. However, the concept of copyright exhaustion was created with the intent of limiting copyright exclusivity. How can one balance intellectual rights with the rights of the public while preserving the principles of economic liberalism? The goal of this article is to provide an answer to this question.

NAVIGUER SUR INTERNET JUSQU'À L'ÉPUISEMENT?

par Charles L. LAMBONI*
Carole SÉNÉCHAL**

Le développement du droit d'auteur a été motivée depuis toujours de façon à bien gérer les rapports délicats entre les auteurs et le public afin de tenir compte des intérêts de chacun. Si le public veut avoir accès au travail de l'auteur en vue de bénéficier des avantages culturels qui y sont transmis, on doit également reconnaître à l'auteur une exclusivité d'exploitation de son œuvre pour les fins de sa commercialisation. Le concept d'épuisement des droits a cependant été élaboré en vue de tempérer l'exercice exclusif du droit d'auteur. Où se situe le point d'équilibre entre les droits intellectuels et ceux du public dans le respect du libéralisme économique? L'objectif de ce texte est de répondre à cette question.

An important stimulus in the development of copyright law has been the goal of balancing the sensitive relationship between authors and the general public in light of the interests of each. If the public wishes to benefit from the cultural advantages inherent in an author's work, one must also recognize the author's right to enjoy exclusive use of his or her work for commercial purposes. However, the concept of copyright exhaustion was created with the intent of limiting copyright exclusivity. How can one balance intellectual rights with the rights of the public while preserving the principles of economic liberalism? The goal of this article is to provide an answer to this question.

* . Maîtrise en droit.

** . Ph. D., professeure, Faculté d'éducation de l'Université d'Ottawa.

SOMMAIRE

1.	Les fondements de la théorie de l'épuisement des droits d'auteur	633
1.1	Le fondement théorique du principe de l'épuisement	635
1.2	Le fondement géographique et commercial du principe de l'épuisement.....	636
1.2.1	Le principe de la territorialité de l'épuisement des droits d'auteur.....	636
1.2.2	L'épuisement national.....	637
1.2.3	L'épuisement communautaire	637
1.2.4	L'épuisement international.....	641
1.3	Le principe de la libre circulation des marchandises et des services.....	643
1.4	Le phénomène des importations parallèles	645
2.	La mise en œuvre du principe de l'épuisement des droits d'auteur	647
2.1	Le consentement du titulaire	647
2.2	Les limites du principe de l'épuisement des droits.....	649
3.	Le sort du principe de l'épuisement dans l'environnement numérique	653
3.1	L'impact des nouvelles technologies sur la théorie de l'épuisement.....	654
3.2	La survivance de la théorie de l'épuisement dans l'univers virtuel.....	658
3.3	La technologie à l'origine de nouvelles formes d'épuisement illégal	666
	Conclusion	673

Le développement du droit d'auteur s'inspire depuis toujours de cette nécessité de bien gérer les rapports délicats entre les auteurs, les œuvres et le public afin d'harmoniser les intérêts de chacun. D'une part, le public veut avoir accès au travail intellectuel de l'auteur pour y tirer profit et bénéficier des avantages culturels qui y sont transmis. D'autre part, est reconnue à l'auteur une exclusivité d'exploitation de son œuvre – un véritable monopole – pour les fins de sa commercialisation. Cette position juridique privilégiée lui permet, d'un côté, de contrôler la distribution de ses œuvres à l'intérieur du territoire où il peut faire valoir ses droits et, de l'autre côté, de s'opposer à l'importation de ces mêmes œuvres qui ont pu être commercialisées avec son consentement sur d'autres territoires, où lui est accordée une protection équivalente.

Comment dès lors préserver le monopole d'exploitation de l'auteur tout en répondant aux impératifs du libéralisme économique? Où se situe le point d'équilibre entre les droits intellectuels et ceux du public¹? C'est ainsi que le concept d'épuisement des droits a été élaboré en vue de tempérer cet exercice considéré comme exclusif du droit d'auteur. Ce principe a été décrit par le professeur Moysse en ces termes :

Le principe de l'épuisement fait prévaloir le droit du propriétaire du bien physique sur celui de l'auteur : la première vente d'un exemplaire d'une œuvre met fin au droit de l'auteur sur cet exemplaire; il peut donc être prêté, revendu, loué, etc. L'exemplaire est ainsi affranchi du droit qui réside dans l'œuvre et qui pourrait interférer avec le sort du bien physique qui l'incorpore. Le sort de l'exemplaire est finalement celui de tout autre bien, il est libre de circulation².

-
1. André FRANÇON, *La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux États-Unis : étude critique*, Paris, A. Rousseau, 1955.
 2. Pierre-Emmanuel MOYSE, *Le droit de distribution électronique, Essai sur le droit de distribution des œuvres en droit d'auteur canadien, américain, anglais et français*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, 2006, p. 6.

Par conséquent, le titulaire des droits de propriété littéraire et artistique ne peut plus s'opposer aux importations par des tiers des supports réalisés et diffusés avec son consentement. En effet, le droit d'auteur protège essentiellement la forme d'expression des idées contenues dans une œuvre, par opposition aux idées elles-mêmes : il s'applique à la reproduction d'une œuvre sous une forme matérielle quelconque; il ne peut subsister que dans les œuvres présentées sous une forme tangible et fixe³.

Or, à l'avènement de la société de l'information, toutes ces notions traditionnelles ont été bouleversées par la nouvelle technologie du numérique et d'Internet, laquelle assure une reproduction parfaite et infinie des œuvres à un coût réduit ainsi qu'une circulation très rapide par la voie du réseau. La définition même de l'auteur s'en trouve ébranlée : « Dans le monde réel, est auteur celui qui a vu son ouvrage publié. Tandis que dans le monde virtuel, est auteur celui qui décide de l'être – et qui, pour peu qu'il soit en effet doté du narcissisme propre à cette catégorie d'œuvres. »⁴ En matière de commerce électronique, la théorie de l'épuisement du droit de distribution se heurte aussi à quelques difficultés d'application. Premièrement, dans le commerce électronique direct – où la prestation s'effectue en ligne et est consommée directement par le biais du réseau –, la dématérialisation remet en cause les notions de représentation et de reproduction inhérentes à l'épuisement des droits. Deuxièmement, le commerce électronique dit indirect – lequel nécessite la livraison de biens matériels par des moyens traditionnels – fait face à un mode de distribution presque sans frontières, puisque l'offre s'adresse à une clientèle mondiale.

Cette réalité nouvelle appelle des solutions juridiques innovatrices. En témoignent les initiatives prises dans les traités

3. Marcel GARNEAU et Francesco ARENA, *Le droit d'auteur et l'informatique*, Québec, ministère des Affaires culturelles, 1984, p. 6.

4. Gabriel BROGLIE, *Le droit d'auteur et l'internet*, coll. « Cahier des sciences morales et politiques », Paris, P.U.F. 2001, p. 23.

Internet de l'OMPI de 1996⁵ ainsi que la *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*⁶. Ces instruments législatifs supranationaux ont abordé la question de l'épuisement des droits dans un univers numérique. La révolution du mode de diffusion des écrits et des œuvres ruine-t-elle le fondement de cette théorie? Pour répondre à cette interrogation, nous étudierons d'abord les fondements et la mise en œuvre du principe d'épuisement du droit d'auteur, pour ensuite évaluer l'application possible de ce principe dans un environnement virtuel.

1. Les fondements de la théorie de l'épuisement des droits d'auteur

Le principe de l'épuisement du droit de distribution a été consacré dans les traités Internet de l'OMPI de 1996 et la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information.

L'article 6 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* encadre ainsi le droit de distribution :

1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété.

2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer

-
5. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)*, Genève, le 20 décembre 1996, art. 6, en ligne : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf> (consulté le 18 novembre 2012); OMI, *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*, Genève, le 20 décembre 1996, art. 8, en ligne : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html> (consulté le 20 décembre 1996).
 6. J.O. L 167, p. 10 (ci-après « Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information »).

les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur.

Telles que précisées par la déclaration commune concernant les articles 6 et 7 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, les expressions « exemplaires » et « original et exemplaires » désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles.

Les dispositions régissant le droit de distribution sont reproduites à l'article 8 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* et s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux artistes interprètes ou exécutants.

En droit européen, les considérants 28 et 29 de la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information précisent ceci :

(28) La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel. La première vente dans la Communauté de l'original d'une œuvre ou des copies de celle-ci par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de contrôler la revente de cet objet dans la Communauté. Ce droit ne doit pas être épuisé par la vente de l'original ou des copies de celui-ci hors de la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement. [...]

(29) La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'œuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. Contrairement aux CD-ROM ou aux CD-I, pour lesquels la propriété

intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi.

À la lumière de ces encadrements législatifs, le principe de l'épuisement du droit de distribution limite « la portée des droits d'exploitation de l'auteur » au droit exclusif du titulaire d'autoriser et de contrôler sur le marché la *première* distribution de l'original ou d'exemplaires de ses œuvres fixées sur un support tangible : les auteurs perdent leur droit de regard sur toute mise en circulation ultérieure des œuvres protégées.

Cette « digue destinée à contenir l'exercice dit monopolistique du droit d'auteur »⁷, comme dira le professeur Moysé, découle de la théorie de l'*Immaterialgüterrechte* de Köhler, et s'explique par la nécessité de préserver à la fois le monopole d'exploitation des titulaires du droit et les impératifs, inévitables, du libéralisme économique dans les limites territoriales de protection juridique que trace le législateur.

1.1 Le fondement théorique du principe de l'épuisement

La théorie de l'épuisement du droit intellectuel a été décrite par Köhler à la fin du XIX^e siècle⁸. Pour Köhler, le droit de l'auteur repose sur l'utilité sociale : « [l]eur caractère privatif s'explique et se justifie par l'avancement social auquel leurs titulaires contribuent. »⁹ Sa théorie des droits sur les biens immatériels tend essentiellement à organiser et justifier l'utilisation économique des

7. Pierre-Emmanuel MOYSE, *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 419.

8. Joseph KÖHLER, *aber die interpretation des gesetzen*, *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht*, Tome XIII, Mannheim, 1886, cité par Brigitte CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droit allemand, français et communautaire*, coll. « Les grandes thèses du droit français », Paris, P.U.F., 1989.

9. P.-E. MOYSE, *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur*, préc., note 7, p. 67.

objets de la création. Une fois publiée et seulement dans ce cas, l'œuvre devient un bien juridique particulier. Elle n'est cependant pas susceptible d'appropriation indéfinie : le but ultime de la création est de renouveler le patrimoine commun de l'humanité; le droit de l'auteur n'est perçu que comme une récompense due par la société à son titulaire pour un temps limité.

1.2 Le fondement géographique et commercial du principe de l'épuisement

La théorie de l'épuisement des droits a par ailleurs un fondement géographique et commercial. En dépit de la pratique libre-échangiste et concurrentielle qui caractérise l'ère de la mondialisation, les législations en matière de propriété intellectuelle demeurent essentiellement nationales. Le principe de la territorialité est ainsi considéré comme le fondement géographique à l'épuisement des droits d'auteur. Ce principe autorise notamment le titulaire des droits à s'opposer à toute importation d'œuvres identiques protégées dans un pays où ce droit est établi. Par conséquent, l'auteur maîtrise tous les actes de commercialisation opérés sur ses œuvres. Cette conception marchande du droit d'auteur donne lieu à un fondement commercial au principe de l'épuisement.

1.2.1 Le principe de la territorialité de l'épuisement des droits d'auteur

Le principe de la territorialité consacre l'indépendance des régimes de propriété intellectuelle dans chaque pays : « la durée de protection peut varier; la rémunération peut être différente, la protection peut même être inexistante dans certains pays »¹⁰. Ainsi, se détermine un facteur de rattachement qui fonde *a priori* le principe de l'épuisement de droits d'auteur. Dans les pages qui

10. Dominique GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises : étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Genève, Librairie Droz, 1988, p. 61.

suivent, nous traiterons de l'application de ce principe au niveau national, communautaire puis international.

1.2.2 L'épuisement national

La thèse de l'épuisement national veut que le titulaire des droits d'auteur détienne un « monopole d'exploitation limité au territoire national »¹¹. De même, selon Köhler, le droit du créateur de dessin ou d'un modèle s'exerce à l'encontre de tous à l'intérieur des frontières de l'État où il a été concédé.

Cette thèse de l'épuisement national a été très bien illustrée dans l'arrêt *Deutsche Grammophon c. Metro*, du « Hanseatisches Oberlandesgericht » de Hambourg, où la juridiction d'appel expose son raisonnement comme suit :

Il convient d'étendre au droit d'auteur l'application du principe de la territorialité, ce qui revient à dire que le droit de diffusion ne vaut que pour le territoire national; le titulaire d'un droit d'auteur ne peut invoquer son droit à l'exclusivité de la diffusion que pour interdire sur le territoire national l'importation de reproduction en provenance de l'étranger, mais il ne peut interdire les actes de diffusion à l'étranger¹².

Bref, le droit de diffusion dont jouit sur le territoire national celui qui en est bénéficiaire a un caractère territorial. Dans les paragraphes qui suivent, nous chercherons à déterminer si ce raisonnement juridique peut encore être tenu de nos jours.

1.2.3 L'épuisement communautaire

Cette apparente contradiction entre la théorie de l'épuisement national du droit exclusif de commercialisation – l'épuisement résultant de la mise en circulation qui doit avoir lieu

11. B. CASTELL, préc., note 8, p. 140.

12. BGH, 4 mars 1975, Stapelvorrichtung, *Grur.*, 1975, p. 598, rapporté par B. CASTELL, préc., note 8, p. 140.

obligatoirement sur le territoire national – et le principe de la libre circulation des produits au sein du marché commun européen n'aura retenu l'attention de la Cour de justice de la Communauté européenne (CJCE) que depuis les années 1970¹³.

Selon la thèse de l'épuisement communautaire, la première mise en commerce de l'œuvre sur l'un des territoires de la Communauté européenne par le titulaire du droit intellectuel épuise ses droits subséquents de diffusion sur l'œuvre. Ce principe est illustré dans l'affaire *Deutsche Grammophon c. Metro*¹⁴ de la CJCE, statuant sur une demande préjudicielle émanant du « Hanseatisches Oberlandesgericht » (tribunal supérieur de la Hanse) de Hambourg.

La société Deutsche Grammophon est un fabricant de disques, sur lesquels sont gravées des œuvres d'auteurs et de compositeurs titulaires des droits d'auteur exclusifs pour

13. Dès l'origine, le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (ci-après « le traité CEE ») interdit, à ses articles 30 et 34, toute restriction quantitative à l'importation ou à l'exportation entre les États membres, sous réserve des justifications d'ordre public énumérées à l'article 36. Toutefois, les premiers cas d'application de ces articles confrontant la libre circulation des marchandises avec de possibles violations du droit de propriété intellectuelle protégés par les droits nationaux, étaient peu nombreux et ne faisaient qu'effleurer la problématique : voir la jurisprudence citée dans Guy TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2008, p. 642, note 9. Ainsi, la Cour de justice communautaire n'avait que brièvement évoqué cette relation, en matière de brevets, dans l'affaire *Parke, Davis and Co. c. Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm* (24/67), [1968] E.C.R. 55, reconnaissant que « le caractère national de la protection de la propriété industrielle et les divergences entre les législations relatives à cette matière sont susceptibles de créer des obstacles, et à la libre circulation des produits brevetés, et au jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ». Les plaideurs tentaient plutôt d'assujettir l'exercice des droits de propriété intellectuelle aux règles de la concurrence des articles 85 et 86 du traité CEE.

14. CJCE, arrêt du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft GmbH c. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG*. (78/70), [1971] E.C.R. 487 (ci-après « *Deutsche Grammophon c. Metro* »).

l'Allemagne, et contrôle la vente au détail ainsi que les prix des disques vendus et distribués sous la marque *Polydor* selon un système de prix autorisé par la loi allemande. La société française *Polydor S.A.* est une filiale de la société, avec laquelle elle avait conclu un contrat de licence exclusive lui accordant le droit d'utiliser le réseau de distribution de *Deutsche Grammophon* pour vendre et distribuer ses produits en Europe et à l'étranger. *Metro*, une autre société allemande, se pourvoyait en disques *Polydor* directement chez *Deutsche Grammophon*, mais ne respectait pas le système de prix pratiqué par cette dernière. Mise au courant de cette pratique, *Deutsche Grammophon* rompt toute relation d'affaires avec *Metro*. Celui-ci se tourne alors vers un grossiste allemand de la ville de Hambourg pour continuer à s'approvisionner en disques *Polydor*, et ce, à l'insu de *Deutsche Grammophon*. Ces disques, toujours fabriqués par *Deutsche Grammophon*, avaient été expédiés, avec son consentement, à sa filiale française, laquelle les a par la suite revendus au grossiste de Hambourg par l'intermédiaire d'une société suisse de distribution. Fort de cette nouvelle source d'approvisionnement, la société *Metro* vend alors les disques *Polydor* aux consommateurs allemands à des prix nettement inférieurs à ceux fixés par *Deutsche Grammophon*.

La question posée par la juridiction d'appel à la CJCE est de savoir si

le droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés, reconnu par une législation nationale au fabricant de supports de son, peut, sans porter atteinte à la règle communautaire, faire obstacle à la commercialisation sur le territoire national de produits régulièrement mis en circulation par ce fabricant ou avec son consentement sur le territoire d'un autre État membre¹⁵.

Y répondant par la négative, la CJCE a jugé que l'exercice et la sanction du monopole légal national détenu par *Deutsche*

15. *Id.*, par. 4.

Grammophon sur les droits d'auteur qu'elle possède sur les œuvres musicales en question entraînent directement en conflit avec les règles communautaires assurant la libre circulation des biens à l'intérieur du Marché commun. À cette même occasion, la CJCE précise que la doctrine de l'épuisement s'applique aussi bien au droit d'auteur qu'à tout autre droit de propriété intellectuelle.

Dans la même veine, les auteurs Strowel et Triaille expliquent en ces termes la raison d'être de l'épuisement régional dans le cadre de la Communauté européenne :

[C]ompte tenu de l'objectif du Traité d'instaurer un marché intérieur sans frontières, l'épuisement s'applique à l'échelle du territoire de l'Union. L'objectif des directives étant également de créer un marché unique en matière d'œuvres littéraires et artistiques, assurant la libre circulation au sein de l'Union, mais autorisant un contrôle sur les importations de produits mis sur le marché en dehors de l'Union¹⁶.

La dimension régionale de l'épuisement implique aussi un réexamen continu des restrictions territoriales encadrant ce principe, lesquelles sont éminemment tributaires de la portée de traités internationaux visant l'intégration des marchés. L'affaire *Polydor c/ Harlequin*¹⁷, notamment, mettait en cause l'interprétation d'un accord de libre-échange similaire au Traité de Rome, signé le 22 juillet 1972 entre la République portugaise et la Communauté économique européenne (CEE). Selon la CJCE, tout accord de libre-échange n'emporte pas l'épuisement de droit d'auteur de façon automatique. Dans ce cas, le titulaire de droit pouvait alors légitimement s'opposer à des importations parallèles en provenance de pays extérieurs à la Communauté économique

16. Alain STROWEL et Jean-Paul TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au média : droit belge, droit européen, droit comparé*, coll. « Cahiers du Centre de recherches Informatique et droit », Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 173.

17. CJCE, arrêt du 9 février 1982, *Polydor c/Harlequin* (270/80), Rec., p. 329 (ci-après « *Polydor c/ Harlequin* »).

européenne¹⁸. Incidemment, cette affaire dénonce les limites d'un épuisement régional et invite à explorer l'opportunité d'appliquer un tel principe à l'échelle internationale.

1.2.4 L'épuisement international

L'OMPI définit, en ces termes prosaïques, le concept de l'épuisement international : « Lorsqu'un pays applique le principe de l'épuisement international, les droits de propriété intellectuelle sont épuisés dès que le produit a été vendu par le titulaire du droit ou avec son consentement dans n'importe quelle région du monde. »¹⁹ Or, à l'heure actuelle, les législations nationales sont plutôt réticentes à admettre ce principe, comme le révèlent les résultats des enquêtes menées à travers le monde par la Chambre de commerce internationale (CII), organisation mondiale représentant plus de sept mille entreprises et associations de plus de cent trente (130) pays. Fervent défenseur d'un commerce international libre et équitable, lequel dépend d'une protection efficace de la propriété intellectuelle, la CII a interrogé ses membres quant à savoir si l'épuisement international des droits d'auteur est susceptible de favoriser à long terme le commerce, les investissements et la croissance économique. Résultat : la majorité des membres de la CCI ayant répondu à ce sondage se sont prononcés contre l'épuisement international des droits d'auteur²⁰.

18. Sur le caractère « intracommunautaire » de l'épuisement du droit de distribution européen, voir également la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information, préc., note 6, par. 28 et 29.

19. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *Épuisement international et importation parallèle*, en ligne : <http://www.wipo.int/sme/fr/ip_business/export/international_exhaustion.htm> (consulté le 18 novembre 2012).

20. CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (CCI), *Exhaustion of intellectual property rights*, Document no 450/904 Rev. 7 janvier 2000, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2000/Exhaustion-of-intellectual-property-rights/>> (consulté le 19 novembre 2012).

Ainsi, seule une minorité des membres de la CCI estime que l'épuisement international des droits augmenterait la concurrence – ce qui serait avantageux pour les consommateurs – et supprimerait les barrières artificielles des marchés individuels. Pourtant, une mondialisation soutenue, la popularité croissante des voyages internationaux et l'avènement du commerce électronique rendront les distinctions nationales obsolètes, d'autant plus qu'Internet, en facilitant le commerce international des biens de consommation, exercera, à plus ou moins brève échéance, une influence pondératrice sur les marchés et les prix.

À l'avis contraire, la grande majorité des membres de la CCI avance que l'épuisement international, en restreignant les possibilités de contrôle des entreprises sur la commercialisation et la distribution de leurs produits sur le marché, réduirait les investissements dans l'innovation des œuvres littéraires et artistiques. Par ailleurs, sachant que la différenciation des prix en fonction des utilisateurs constitue le meilleur moyen pour obtenir un taux de rendement approprié reflétant la demande collective des consommateurs, la pression d'un régime d'épuisement international obligerait le titulaire des droits d'auteur soit à retirer purement et simplement le produit des marchés à bas prix, soit à harmoniser les prix au plan international pour éviter la fuite des marchés à bas prix vers les marchés plus favorisés, excluant de ce fait les régions en voie de développement²¹.

En effet, malgré la libéralisation des marchés, l'avancée des moyens de communication et la mondialisation de l'économie, subsistent toujours d'importantes différences dans les systèmes législatifs, les économies et les cultures ainsi que le niveau de richesse et de développement de différents pays et régions, justifiant le maintien des marchés séparés.

Quoi qu'il en soit, si, de nos jours, le principe d'épuisement international n'a pas encore droit de cité, des pays se sont pourtant regroupés en régions et sous-régions afin de favoriser la

21. *Id.*, p. 2.

libre circulation des marchandises et des services, déconstruisant les barrières territoriales. Citons notamment l'Union européenne, l'Accord de libre-échange nord américain (ALENA) et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO).

Mais qu'implique cette théorie de l'épuisement des droits d'auteur sur le plan concret? Analysons dès à présent son application dans les principes de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation des services.

1.3 Le principe de la libre circulation des marchandises et des services

Dans l'enceinte de l'Union européenne, le principe de la libre circulation des marchandises est consacré aux articles 34 et 36 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (ci-après « TFUE »)²², en vertu desquels sont interdites entre les États membres « [l]es restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent » (art. 34), exception faite des « restrictions d'importation, d'exportation ou de transit justifiées [notamment] par des raisons [...] de protection de la propriété industrielle et commerciale » (art. 36). Malgré la formulation équivoque de ces articles, la CJCE, dans l'arrêt *Music-Vertrieb*²³, a levé l'ambiguïté en faveur de l'inclusion de la propriété littéraire et

22. Lesquels ont repris intégralement les articles 28 et 30 du *Traité instituant la Communauté européenne* (ci-après « TCE »), abrogé avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du Traité de Lisbonne.

23. CJCE, arrêt du 20 janvier 1981, *Musik – Vertrieb membran GmbH et K-tel International c. GEMA – Gesellschaft für musikalische Aufführungs – und mechanische Vervielfältigungsrechte* (aff. jointes 55/80 et 57/80) [ci-après « *Musik – Vertrieb* »]: « Si l'exploitation commerciale du droit d'auteur constitue une source de rémunération pour son titulaire, elle constitue également une forme de contrôle de la commercialisation par le titulaire, les sociétés de gestion des droits d'auteur agissant en son nom et les bénéficiaires de licences. De ce point de vue, l'exploitation commerciale du droit d'auteur soulève les mêmes problèmes que celle d'un autre droit de propriété industrielle ou commerciale. » (par. 13).

artistique dans la protection offerte à la libre circulation des marchandises.

Ce principe est aujourd'hui bien ancré dans le droit européen de la propriété intellectuelle : on le trouve exprimé, entre autres, à l'article 4c) de la *Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*²⁴ et à l'article 5c) de la *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*²⁵. Évidemment, la règle de la libre circulation des marchandises n'est applicable que pour un écoulement licite de l'œuvre protégée sur le marché d'un autre État membre; elle ne saurait empêcher le titulaire du droit d'auteur ou des droits voisins « d'interdire l'importation dans un État membre d'exemplaires, ou plus généralement de produits, fabriqués dans un autre État membre en violation du monopole »²⁶.

La libre prestation des services, garantie désormais à l'article 56 du TFUE, désigne le fait de donner accès à une œuvre

24. *Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, J.O. L 122, p. 42, art. 4 : « [...] les droits exclusifs du titulaire au sens de l'article 2 comportent le droit de faire et d'autoriser : [...]

c) toute forme de distribution, y compris la location, au public de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur. La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci. ».

25. *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*, J.O. L 77, p. 20, art. 5 : « L'auteur d'une base de données bénéficie, en ce qui concerne l'expression de cette base pouvant faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur, du droit exclusif de faire ou d'autoriser : [...]

c) toute forme de distribution au public de la base ou de ses copies. La première vente d'une copie d'une base de données dans la Communauté par le titulaire du droit, ou avec son consentement, épuise le droit de contrôler la revente de cette copie dans la Communauté ».

26. André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Paris, Litec, 2006, p. 1063.

sans en transférer la propriété du support, par exemple, la mise à la disposition du public d'un film par la voie de représentations. Sa portée a été clarifiée dans l'affaire *Coditel II*²⁷. De l'avis de la CJCE, la circulation des marchandises et la prestation de services constituent deux concepts distincts : dans le premier cas, la mise à la disposition du public des œuvres littéraires et artistiques se confond avec la circulation du support matériel de l'œuvre, comme c'est le cas du livre ou le disque; dans le second cas, la mise à la disposition du public par la voie de représentations de certaines œuvres – tel le film – peut se répéter à l'infini, quel que soit leur mode de diffusion, cinéma ou télévision. À ce sujet, le professeur Linant de Bellefonds précise que la libre prestation des services ne fait pas pour autant obstacle aux « limites à l'exercice de certaines activités économiques qui proviennent de l'application des législations nationales sur la protection de la propriété intellectuelle » ni aux « limites géographiques dont les parties au contrat de cession sont convenues pour protéger les auteurs »²⁸.

1.4 Le phénomène des importations parallèles

À côté de la libre circulation des œuvres, le phénomène des importations parallèles, tant décrié par les auteurs comme une menace à la préservation de leurs droits sur les œuvres protégées, est de plus en plus d'actualité. Il consiste à importer des produits en marge des circuits de distribution négociés contractuellement avec le producteur. Si ces produits du marché gris sont généralement des originaux, les circuits de distribution ne sont pas contrôlés par le titulaire du droit de propriété intellectuelle. En principe, l'épuisement national n'autorise pas le titulaire du droit d'auteur à contrôler l'exploitation commerciale des produits faite par lui ou avec son consentement sur le marché national. Le problème se corse dès lors que les produits importés sont mis en

27. CJCE, arrêt du 6 octobre 1982, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres c. Ciné-Vog Films SA et autres* (aff. 262/81), Rec., p. 3381 (ci-après « *Coditel II* »), par. 11.

28. Xavier LINANT de BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 465.

circulation parallèlement par un autre commerçant sur le même marché national.

Un cas canadien, en matière de marques de commerce, met en lumière l'inconvénient majeur de cette pratique, génératrice de confusion dans l'esprit des consommateurs. Dans l'arrêt *Consumers Distributing Co. c. Seiko*²⁹, la Cour suprême du Canada a jugé qu'une importation parallèle des montres de même marque, mais dépouillées de la garantie du fabricant, n'est pas constitutive de responsabilité délictuelle : le délit civil de *passing off*, tromperie commerciale interdite par la *Loi sur les marques de commerce*³⁰, ne s'applique pas aux accessoires qui se rattachent à un produit. Quant aux importations parallèles des œuvres littéraires et artistiques, elles sont sanctionnées au Canada à l'article 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*³¹, appliquée récemment par la Cour suprême dans l'affaire *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*³². D'un côté, Kraft Foods Belgium (KFB) et Kraft Foods Schweiz (KFS) fabriquaient des produits de confiserie Côte d'Or et Toblerone, respectivement en Belgique et en Suisse. Euro-Excellence Inc., de l'autre côté, parvenait à acheter leurs produits d'une source européenne anonyme pour ensuite les importer et les distribuer au Canada dans leurs papiers d'emballage européens, suscitant la colère de ses concurrents qui avaient préalablement enregistrés leurs logos au Canada dans la catégorie des œuvres artistiques des droits d'auteur. Or, la Cour suprême, sous la plume du juge Bastarache, a derechef établi que l'accessoire ne suit pas le principal : la présence simplement accessoire des œuvres sur les emballages des tablettes de chocolat n'est pas couverte par la protection de l'article 27(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Celui-ci ne saurait empêcher Euro-Excellence d'importer au Canada de véritables tablettes de chocolat Toblerone et Côte d'Or dont seuls les logos sont protégés par le droit d'auteur.

29. *Consumers Distributing Co. c. Seiko*, [1984] 1 R.C.S. 583.

30. L.R.C. 1985, c. T-13, art. 7.

31. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 27(2).

32. *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 21.

2. La mise en œuvre du principe de l'épuisement des droits d'auteur

Les principes fondamentaux établis, il convient à présent de s'attarder sur la mise en œuvre de la théorie de l'épuisement des droits, laquelle est soumise à quelques conditions – au premier rang desquelles figure le consentement du titulaire des droits protégés.

2.1 Le consentement du titulaire

Le consentement libre et sans équivoque du titulaire des droits d'auteur ou de toute personne qui lui est liée par une relation de dépendance juridique ou économique est la condition *sine qua non* de l'épuisement des droits à l'exclusion de toute considération sur la licéité de la mise en circulation des objets protégés par le droit de la propriété littéraire et artistique. La CJCE a affirmé, notamment dans l'affaire *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*³³, que ce consentement à la première mise en circulation est essentiel. Il n'y a pas d'épuisement lorsque sont importés des exemplaires d'une œuvre fabriquée dans un autre État membre de la Communauté sans l'accord du titulaire des droits. En revanche, celui-ci doit assumer les conséquences de son libre choix quant au pays de mise en circulation des produits protégés, que ce soit basé sur le niveau de rémunération assuré par les États membres, les possibilités de distribution de l'œuvre ou encore les facilités de commercialisation³⁴.

Cette position n'est pas l'abri des critiques. Ainsi, même lorsque les produits ont été mis sur le marché d'un État membre où, par hypothèse, la protection juridique des droits de propriété intellectuelle n'est pas garantie, le titulaire de ce droit ne saurait prévenir l'importation ultérieure de ses produits dans un État

33. CJCE, arrêt du 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*. (aff. 58/80), Rec., p. 181; voir également CJCE, arrêt du 16 juillet 1998, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* (aff. C-355/96), par. 18.

34. *Musik-Vertrieb*, préc., note 23, par. 25.

membre pourvoyant à une telle protection. Or, dans ces circonstances, ce titulaire n'a jamais été récompensé ni n'a été en mesure de profiter des avantages de la protection des droits de propriété intellectuelle³⁵. Par ailleurs, les professeurs Lucas relèvent que la liberté du titulaire des droits quant au choix de l'État de la première mise en circulation peut se révéler bien réduite en pratique, ne serait-ce que pour des raisons linguistiques. Au bout du compte, le raisonnement de la CJCE implique que la mise en circulation dans l'un des États membres vaut renonciation du titulaire des droits à se prévaloir des dispositions plus avantageuses des législations d'autres États membres³⁶.

À l'opposé, les importations illicites en l'absence de consentement du titulaire constituent une violation de ses droits, sanctionnée à l'article 36 du TFUE et à l'article 16 de la Convention de Berne³⁷. La question se complique lorsque l'auteur a donné son accord en bonne et due forme à la fabrication des exemplaires de son œuvre à l'étranger, assortie des restrictions d'autorisation aux limites du pays concerné. Pourrait-il toujours s'opposer valablement à l'importation de ces exemplaires fabriqués? À ce sujet, la CJCE, dans l'affaire *Deutsche Grammophon c. Metro*³⁸, a établi que, lorsque le droit n'est pas épuisé en

35. Voir notamment G. TRITON, préc., note 13, p. 639 : « Thus, [...], even where the IPR [Intellectual Property Rights] owner placed the product on the market in a Member State where no such right existed, the IPR owner cannot prevent the subsequent importation of those goods into a Member State where the IPR owner had IPRs. Arguably, it could be said that, in such circumstances, the IPR owner has not been rewarded, because the IPR owner has not placed the product into circulation in a market where he has been able to reap the benefits of the IPR. ».

36. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc., note 26, p. 1068.

37. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, Berne, le 9 septembre 1886, art. 16, en ligne : <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P19_187> (consulté le 18 novembre 2012) (ci-après « la Convention de Berne »).

38. *Deutsche Grammophon c. Metro*, préc., note 14.

Allemagne, son titulaire ne saurait s'opposer à l'importation dans ce pays d'exemplaires fabriqués avec l'accord du fabricant.

Quant à la forme du consentement, celui-ci peut être exprès ou implicite, lorsqu'il résulte d'éléments et de circonstances antérieurs, concomitants ou postérieurs à la mise dans le commerce qui traduisent de façon certaine une renonciation du titulaire à son droit de s'opposer à toute mise en circulation ultérieure³⁹. Le consentement n'est donc pas présumé : il ne saurait résulter du silence du titulaire ou de l'absence d'une interdiction explicite⁴⁰.

2.2 Les limites du principe de l'épuisement des droits

La théorie de l'épuisement des droits de propriété littéraire et artistique n'est pas sans limites. Outre le consentement du titulaire, la mise en œuvre du principe de l'épuisement nécessite la réunion d'autres conditions matérielles.

D'abord, il faut distinguer la licence obligatoire de la licence légale : « [l]a licence obligatoire ou licence imposée s'applique au produit ou au procédé couvert par un brevet, tandis que la licence légale est plutôt relative au droit d'auteur »⁴¹. En ce qui concerne la licence légale, comme la mise en circulation des disques et

39. CJCE, arrêt du 20 novembre 2001, *Zino Davidoff SA c. A & G Imports Ltd et Levi Strauss & Co. et autres c. Tesco Stores Ltd et autres* (aff. jointes C-414/99 à C-416/99), par. 47.

40. *Contra*: B. CASTELL, préc., note 8, p. 33 : « L'épuisement du droit de commercialisation n'intervient que lorsque le titulaire du droit intellectuel s'abstient de formuler des restrictions dans le contrat de vente à l'égard de l'acquéreur à propos de l'usage, de la jouissance ou de la disposition du produit. Le silence que garde le titulaire du droit intellectuel sur les conditions de commercialisation du produit au moment de la vente laisse présumer qu'un contrat de licence double le contrat de vente. Cette approche nous apprend que non seulement l'auteur cède son droit sur l'œuvre au profit de son cocontractant, mais aussi il l'autorise implicitement à faire des reventes en sa qualité de titulaire de droit, ce qui répond aux critères d'épuisement. ».

41. *Id.*, p. 214.

cassettes sonores, la CJCE a jugé dans l'affaire *Musik-Vertrieb*⁴² qu'une entreprise de gestion de droits d'auteur ne peut pas effectuer un prélèvement sur les produits importés d'un État membre où ils ont été mis en circulation par le titulaire ou avec son consentement, opérant par là un cloisonnement à l'intérieur du Marché commun.

Ensuite, le droit de propriété littéraire et artistique reconnaît un certain nombre de prérogatives au titulaire, dont le droit de reproduction et le droit de représentation, notions distinguées par la CJCE dans l'arrêt *Coditel II*⁴³. En statuant que les représentations, qui peuvent « se répéter à l'infini », soulèvent des problèmes de droit d'auteur différents des cas de reproductions, où « la mise à la disposition du public se confond avec la circulation du support matériel de l'œuvre », la CJCE semble dire que « [l]a règle de l'épuisement du droit doit être écartée en matière de représentation »⁴⁴.

Pourtant, avec les avancées technologiques d'aujourd'hui, il est permis de mettre en doute la pertinence de cette dichotomie : la mise en réseau d'une œuvre est-elle un exercice du droit de représentation ou du droit de reproduction? De son côté, Xavier Linant de Bellefonds est aussi d'avis que l'exclusion de l'application de l'épuisement du droit en matière de représentation est génératrice d'une forte incertitude dans le droit européen eu égard à l'atténuation de l'opposition reproduction/représentation par le phénomène du multimédia et des mises en réseau⁴⁵.

Pour illustrer cette confusion entre la reproduction et la représentation des œuvres protégées, les faits de l'arrêt *G. Basset c. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*

42. *Musik-Vertrieb*, préc., note 23.

43. *Coditel II*, préc., note 27.

44. André FRANÇON, *Le droit d'auteur, aspect international et comparatif*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, p. 82.

45. Xavier LINANT de BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 472.

(SACEM)⁴⁶ sont éloquents. Dans cette affaire, la SACEM, une société de gestion nationale des droits d'auteur, se plaignait du défaut par M. Basset, exploitant d'une discothèque, de lui verser des redevances à l'occasion de l'exécution publique d'œuvres protégées de son répertoire. Ces redevances comprennent non seulement un droit de représentation, mais également un « droit complémentaire de reproduction mécanique ». La CJCE a statué que, dans les circonstances, la perception de cette redevance qualifiée de « droit complémentaire de reproduction mécanique », analysé comme faisant partie de la rémunération des droits d'auteur pour la représentation publique d'une œuvre musicale enregistrée, ne constitue pas une restriction déguisée dans le commerce intracommunautaire au sens de l'ex-article 30 du Traité CE (remplacé dorénavant par l'article 36 TFUE). Selon André Lucas, « il est impossible en effet d'admettre que la règle de libre circulation des marchandises implique l'épuisement pur et simple du droit de reproduction de l'auteur »⁴⁷.

Enfin, le principe de l'épuisement ne vaut que lors de la revente et ne s'applique pas aux autres modes de distribution. Les droits de location et de prêt sont également des prérogatives des auteurs d'objets protégés au même titre que les droits de reproduction et de représentation :

La mise en circulation d'un support d'images et de sons ne peut pas par définition rendre licites d'autres actes d'exploitation de l'œuvre protégée, tels la location, qui ont une nature différente de celle de la vente ou de tout autre acte licite de distribution. Tout comme le droit de représentation par voie d'exécution publique d'une œuvre, le droit de location demeure au nombre des prérogatives de l'auteur et du producteur en dépit de la vente du support matériel qui contient l'œuvre. Le droit spécifique d'autoriser ou d'interdire la location serait en effet vidé de

46. CJCE, arrêt du 9 avril 1987, *G. Basset c. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)* [aff. 402/85], Rec., p. 1747.

47. A. LUCAS et H.-J.LUCAS, préc., note 26, p. 1057.

sa substance s'il devait être épuisé du seul fait de la première offre de location.⁴⁸

La *Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle*⁴⁹ va dans le même sens.

L'arrêt de principe sur la mise en œuvre du droit de location est *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c. Erik Viuff Christiansen*, de la CJCE⁵⁰. Dans cette affaire, un commerçant propriétaire d'un magasin de location de vidéocassettes à Copenhague avait acheté à Londres un vidéogramme (incluant le support matériel de l'œuvre et l'œuvre elle-même) du film *Never say never again*, qu'il a ensuite licitement importé au Danemark et mis en location dans son établissement. Le film enregistré sur ce vidéogramme avait été produit par la société Warner Brothers Inc., laquelle avait cédé ses droits de production au Danemark à la société Metronome Records, exploitée par Metronome Vidéo ApS. À l'époque, les vidéogrammes pouvaient être achetés au Royaume-Uni, mais n'étaient ni en vente ni en location au Danemark. La loi du Royaume-Uni permettait à l'acheteur d'une œuvre cinématographique sur vidéo de la mettre en location sur le territoire du pays, et ce, sans le consentement du titulaire du droit exclusif de commercialisation. La législation danoise, en revanche, prévoyait que le titulaire des droits d'auteur sur un film a le droit exclusif de fixer les conditions de mise en location de cette œuvre. Les sociétés Warner et Metronome soutenaient, devant la CJCE,

48. CJCE, arrêt du 22 septembre 1998, *Foreningen af danske Videogramdistributører c. Laserdisken* (aff. C-61/97), par. 17 (références omises).

49. J.O. L 346, p. 61, art. 1(4) : « Les droits visés au paragraphe 1 [le droit d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt d'originaux et de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur] ne sont pas épuisés par la vente ou tout autre acte de diffusion d'originaux et de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur (...) ».

50. CJCE, arrêt du 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c. Erik Viuff Christiansen* (aff. 158/86), Rec., p. 2605.

que le titulaire de droits intellectuels sur une œuvre cinématographique possède un droit de diffusion apparenté au droit de représentation publique, lequel n'avait pas été épuisé par la mise en circulation d'un exemplaire matériel de l'œuvre. La CJCE a tranché en ces termes :

[o]n ne saurait [...] admettre que la mise en circulation par un auteur de vidéocassettes incorporant une de ses œuvres, dans un État membre qui ne protège pas spécifiquement le droit de location, puisse avoir une incidence sur le droit reconnu à ce même auteur par la législation d'un autre État membre de s'opposer, dans cet État, à la mise en location de cette vidéocassette.⁵¹

La question qui a été soumise à l'appréciation de la CJCE illustre les problèmes nouveaux relatifs au droit d'auteur confronté à la popularité d'Internet et aux nouvelles techniques d'enregistrement ou de reproduction d'œuvres littéraires, musicales et cinématographiques. Quel est l'impact de la nouvelle technologie de l'information sur le principe de l'épuisement des droits d'auteur? Cette théorie est-elle encore applicable dans l'environnement numérique? Les nouveaux moyens technologiques encouragent-ils un épuisement illégal? Analysons ces questions de plus près.

3. Le sort du principe de l'épuisement dans l'environnement numérique

Conjugué avec la technique du numérique, Internet rapproche les distances, brouille cette distinction traditionnelle entre l'œuvre et son support, fragilise le contrôle des modes de diffusion de l'information. Dans ce contexte, nous examinerons ci-dessous si la théorie de l'épuisement des droits d'auteur y a toujours sa raison d'être.

51. *Id.*, par. 18.

3.1 L'impact des nouvelles technologies sur la théorie de l'épuisement

Les implications du numérique et d'Internet sont multiples sur le droit d'auteur et affectent directement le principe de l'épuisement.

Premièrement, Internet remet en cause le principe traditionnel de la territorialité. Le professeur Moysé résume cette évolution en ces termes :

L'évanescence de la copie matérielle est l'occasion d'un réexamen de la structure patrimoniale de notre droit [...] Cette mutation, ce changement d'état, soulève la question du droit applicable aux transmissions électroniques et fait naître, du même coup, celle d'un droit spécifique de distribution⁵².

De son côté, André Bertrand écarte purement et simplement la notion d'exploitation territoriale dans le contexte d'Internet en invoquant l'argument économique : comme l'internaute opte pour le site offrant le tarif le plus avantageux pour avoir accès à une œuvre dématérialisée, l'exploitant du site n'a qu'à le localiser dans un pays où les frais de gestion sont moins élevés pour être plus compétitif que ses concurrents⁵³. Pour Joëlle Farchy, la territorialité du droit applicable reste « délicate »⁵⁴, lorsque les informations circulent dans un réseau mondial : la difficulté réside notamment dans la prévention des transferts transfrontaliers et des échanges directs de contenus cryptés. D'ailleurs, André Lucas déplore que les traités de l'OMPI de 1996 laissent à la discrétion des États la question de l'épuisement international, rejeté par les autorités communautaires⁵⁵.

52. P.-E. MOYSE, préc., note 2, p. 9.

53. André BERTRAND, *La musique et le droit De Bach à internet*, Paris, Litec, 2002, p. 193.

54. Joëlle FARCHY, *Internet et le droit d'auteur, La culture du Napster*, Paris, CNRS, 2003, p. 70.

55. André LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p.319; voir *Polydor c/ Harlequin*, préc., note 17; en matière de marques, *Silhouette*

Deuxièmement, il y a l'effet de la dématérialisation de l'œuvre sur le principe de l'épuisement des droits d'auteur. Le changement s'opère au niveau des moyens laissés au créateur aux fins de maîtriser l'exploitation de son œuvre. On assiste présentement à un délaissement progressif des supports physiques comme mode de communication au profit de la mémorisation sur ordinateur. Une telle communication est-elle alors qualifiée de bien ou de service? La question n'est pas superflue, puisque le régime d'épuisement des droits applicables dépend de cette qualification : c'est uniquement lorsque la diffusion dématérialisée est considérée comme une reproduction dans les différentes mémoires d'ordinateurs – par opposition à une prestation de services en ligne – que se pose la question de la survivance de l'épuisement. Ce dilemme est justement présenté par la professeure Dusollier comme suit :

La maîtrise de l'exploitation se satisfait d'un contrôle des copies en circulation, par le biais du droit de reproduction et du droit de distribution, et d'un contrôle des diffuseurs de l'œuvre, par le biais du droit de communication. Dans le contexte digital, l'exploitation des œuvres prend d'autres formes. Les intermédiaires disparaissent et les auteurs et les producteurs peuvent diffuser directement l'œuvre au public. La matérialisation des œuvres s'estompe et il n'est plus besoin de produire de multiples copies tangibles de l'œuvre pour la diffuser auprès du public. Une seule copie, hébergée sur un serveur auquel peut se connecter le public, suffit à satisfaire la demande. Chaque utilisateur est un diffuseur potentiel de l'œuvre, les réseaux lui offrant la possibilité d'une transmission facile et mondiale des copies d'œuvre dont il pourrait disposer⁵⁶.

International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (aff. C-355/96), préc., note 33.

56. Séverine DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, coll. « Création, Information, Communication », Bruxelles, Larcier, 2007, p. 300.

En effet, l'épuisement ne vise à l'origine que la libre circulation des exemplaires. La *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*⁵⁷ et la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information le confirment.

Or, à mesure que la mémoire de l'ordinateur tend à devenir le support universel de l'œuvre, les principes qui encadraient le droit d'auteur sur une œuvre matérielle seront à revoir dans ce monde désormais réduit à un village planétaire par des moyens de communication sophistiqués.

Il devient plus difficile de contrôler la diffusion de l'œuvre sur le réseau. Dans sa thèse de doctorat⁵⁸, Mme Nguyen Duc Long fait la distinction entre les phénomènes de diffusion numérique et de distribution numérique : la distribution numérique désigne la transmission à distance d'une œuvre spécifique, préalablement numérisée. À la différence de la diffusion numérique, elle implique la notion de stockage, et par conséquent, la conservation préalablement à l'acte de transmission, des œuvres numérisées au sein de bases de données et serveurs numériques. Or, s'il est primordial pour l'auteur et les exploitants de maîtriser l'exploitation de l'œuvre pour favoriser sa création et sa diffusion, l'émergence de nouveaux réseaux est justement venue bouleverser

57. *Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*, préc., note 25. « Considérant que la question de l'épuisement du droit de distribution ne se pose pas dans le cas de bases de données en ligne, qui relèvent du domaine des prestations de services; que cela s'applique également à l'égard d'une copie matérielle d'une telle base par l'utilisateur de ce service avec le consentement du titulaire du droit; que, contrairement au cas des CD-ROM ou CD-I, où la propriété intellectuelle est incorporée dans un support matériel, à savoir dans une marchandise, chaque prestation en ligne est, en effet, un acte qui devra être soumis à une autorisation pour autant que le droit d'auteur le prévoit. ».

58. Christine NGUYEN DUC LONG, *La numérisation des œuvres, Aspects de droits d'auteur et de droits voisins*, Paris, Litec, 2001, p. 18-21.

le contrôle de la diffusion, comme en témoigne notamment l'affaire dite du Grand Secret de 1996⁵⁹.

Ces difficultés se trouvent accentuées avec la distinction traditionnelle entre le droit de représentation et le droit de reproduction appliquée à l'ère des nouvelles technologies. Dans l'arrêt *Coditel II* rendu en 1982, la CJCE a jugé que l'épuisement des droits ne s'appliquerait pas à la diffusion d'un film par le canal de la télévision, cette opération mettant en cause un droit de représentation. Or, à l'aube du III^e millénaire, il devient désormais facile de télécharger des films sur son ordinateur personnel. L'auteur d'un film peut alors perdre tout contrôle sur son œuvre qui, une fois sortie en salles, se retrouverait aisément sur Internet, parfois même sans son consentement. Son droit serait-il alors déjà épuisé malgré le fait que le diffuseur sur réseau n'ait aucun lien juridique avec lui?

Par ailleurs, la diffusion d'une œuvre en ligne (musique, livre, logiciel ou base de données) est susceptible d'une double qualification en fonction de sa finalité; ainsi, le fait d'autoriser l'accès à l'œuvre à la demande de chaque internaute (ex. écoute de la musique) se rapporte-t-il à la fois au droit de représentation et de communication au public. Par contre, le fait d'offrir aux usagers du réseau la copie d'un exemplaire de l'œuvre par téléchargement implique l'exercice d'un droit de reproduction.

59. Il était question d'un livre intitulé *Le Grand Secret*, paru le 16 janvier 1996 aux Éditions Plon et dénonçant l'état de santé – jusqu'alors gardé secret – de François Mitterrand depuis son élection en mai 1981. Ce livre a été interdit sous astreinte prononcée par ordonnance de référé du Président du Tribunal de Grande Instance de Paris deux jours plus tard, sur une action de la famille Mitterrand invoquant l'atteinte à la vie privée. Une semaine plus tard, un cybercafé de Besançon héberge l'ouvrage sur un serveur web à la disposition de la communauté des internautes. Ce livre a été rendu facilement et rapidement récupérable sous format de fichier texte (ASCII) sur le réseau des Newsgroups de l'Internet. L'auteur de l'œuvre a-t-il pu avoir un contrôle sur ce moyen de diffusion de son ouvrage? Son droit pouvait-il être épuisé par cette diffusion apparemment non autorisée? Sur les diverses implications de cette problématique, voir : Olivier ITEANU, *Internet et le droit : aspects juridiques du commerce électronique*, Paris, Eyrolles 1996, p. 116.

Cette distinction n'est pas sans importance. Le format numérique étant facilement reproductible, sans coût ni perte de qualité, « le préjudice occasionné par la transmission non autorisée des œuvres sur les réseaux numériques est sans commune mesure avec les préjudices causés par des actes plus traditionnels de contrefaçon »⁶⁰.

Il est pourtant possible de soutenir que la théorie de l'épuisement survit bel et bien dans l'environnement numérique : d'une part, cette difficulté qu'éprouve l'auteur à contrôler ses œuvres entraînerait, dans une certaine mesure, l'épuisement de son droit de diffusion sur ses œuvres; d'autre part, tel que l'a évoqué Dusollier, dès l'instant où l'auteur diffuse son œuvre auprès d'un public, quel qu'il soit, l'œuvre est divulguée et l'auteur a épuisé son droit à cet égard⁶¹.

3.2 La survivance de la théorie de l'épuisement dans l'univers virtuel

À défaut pour l'auteur de pouvoir contrôler les nouveaux moyens de distribution, il serait intéressant d'explorer quelques scénarios susceptibles d'incorporer le principe de l'épuisement des droits et de l'adapter aux nouvelles exigences de l'environnement numérique.

En premier lieu, la théorie américaine de la première vente, similaire au principe européen de l'épuisement⁶², peut trouver

60. S. DUSOLLIER, préc., note 56, p. 299.

61. *Id.*, p. 373.

62. La doctrine de la première vente limite le droit, prévu à l'article 106(3) de la loi américaine (17 U.S.C.), de distribution exclusif au public des exemplaires ou phonogrammes de l'œuvre protégée à la première vente ou à tout autre mode de distribution des exemplaires au public (don, location, prêt...). En un mot, ce droit de contrôle cesse avec le transfert licite du droit de propriété à autrui. Cette doctrine, consacrée par les arrêts de principe *Bobbs-Merrill Co. c. Straus* [210 U.S. 339 (1908)] et *Quality King distributors, Inc., Petitioner c. L'Anza Research International* [523 U.S. 135 (1998)], est codifiée aujourd'hui à l'article 109 de la loi américaine. Toutefois, au contraire du principe européen qui couvre tous

application en commerce électronique, lequel opère une mise en circulation à l'échelle mondiale. Avec la distribution transfrontalière des œuvres, le champ des prérogatives de droit d'auteur a été considérablement élargi⁶³. D'abord, le droit d'exécution publique a muté en un droit de communication de l'œuvre à distance et le droit de retransmission a été introduit. Cette tendance se confirme par les extensions récentes du droit de reproduction au titre de droits accessoires, tels les droits de prêt et de location. La convergence des médias emporte une plus grande emprise sur la distribution et renforce ce phénomène de la juxtaposition des droits, d'où une « omniprésence du droit d'auteur » dans l'univers numérique. Avec la reconnaissance explicite d'un droit de distribution dans les traités Internet de l'OMPI (1996), l'auteur dispose alors, en principe, de tous les moyens juridiques pour contrôler la distribution dématérialisée de son œuvre.

La décision *BMG Music v. Gonzalez* de 2005, rendue par la Cour d'appel fédérale américaine, a consacré cet état de fait en confirmant la condamnation d'un utilisateur pour avoir téléchargé, sans autorisation, des œuvres musicales protégées⁶⁴. Ce raisonnement implique *a contrario* que le droit de distribution serait épuisé avec l'accord de l'auteur. En matière de commerce électronique, englobant « toute activité d'échange générant de la valeur pour l'entreprise, ses fournisseurs ou ses clients, effectuée sur des réseaux »⁶⁵, la mise en ligne de l'œuvre constituerait automatiquement le premier acte de commercialisation à l'échelle mondiale. Cette affirmation emporterait des conséquences drastiques compte tenu de l'importance toujours croissante du commerce électronique. Dans l'ensemble des vingt-sept (27) États membres de l'UE, la proportion des particuliers ayant, au cours des trois derniers mois, commandé ou acheté par Internet des biens ou des services est passée de 15 % en 2004 à 34 % en

les domaines de la propriété intellectuelle, la doctrine américaine n'est applicable qu'aux œuvres littéraires et artistiques.

63. P.-E. MOYSE, préc., note 2, p. 384 et suiv.

64. *BMG Music v. Gonzales*, 430 F.3d 888 (7th Cir. 2005).

65. J. FARCHY, préc., note 54, p. 53.

2011⁶⁶. Devant l'ampleur du phénomène, certains auteurs se montrent réticents à vendre en ligne en raison de la circulation gratuite des œuvres. Cette nouvelle réalité numérique appelle donc instamment à la collaboration des acteurs gouvernementaux pour renforcer la protection « sans frontières » de la propriété intellectuelle.

Entre-temps, d'autres préfèrent les licences d'utilisation ou contrats de prestation de services pour mettre leurs œuvres en circulation. Devant l'explosion des systèmes d'information numérisés, il arrive que les titulaires de droits sur des ouvrages numériques les mettent en circulation en octroyant des licences d'utilisation plutôt qu'en vendant des exemplaires matériels. Avec le contrat de licence, qui réunirait certaines conditions d'application du principe de l'épuisement (notamment la perception des redevances, le consentement donné à la signature du contrat et la mise à la disposition comme mise en circulation), l'utilisateur peut multiplier les téléchargements qu'il revendra sur le marché noir ou tolérer l'usage gratuit de l'œuvre sur Internet. En pratique, tout contrat par lequel se réalise la mise à disposition des œuvres littéraires ou artistiques sera qualifié de licence d'utilisation. Dans ce contexte, les auteurs Strowel et Triaille sont en faveur de l'application du principe de l'épuisement « à tout acte de mise en commerce des œuvres artistiques, puisque très souvent, ces actes relèvent de l'exercice d'un droit de l'auteur »⁶⁷.

Toutefois, de l'avis de Séverine Dusollier, « [f]ournir un accès à une œuvre [dans l'univers virtuel], sans en transférer la propriété du support, relève de la prestation de services »⁶⁸. Cette approche ne cadrerait pas avec le principe de l'épuisement : accorder à l'utilisateur une jouissance temporaire de l'ouvrage

66. EUROSTAT (COMMISSION EUROPÉENNE), *Particuliers ayant, au cours des trois derniers mois, commandé/acheté par l'Internet des biens ou services pour leur usage personnel*, 2012, en ligne : <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=fr&pcode=tin00067>> (consulté le 18 novembre 2012).

67. A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, préc., note 16, p. 174.

68. S. DUSOLLIER, préc., note 56, p. 400.

n'épuise nullement le droit de diffusion, celui-ci étant récupéré au terme du contrat. Pareille convention peut bien entendu se renouveler continuellement aux nombreux utilisateurs sur la même œuvre, mais le droit de mise en commerce en tant que tel ne sera jamais épuisé définitivement.

Relativement à la cession des œuvres numériques, l'avocat Emmanuel Pierrat remarque que le cessionnaire acquiert une véritable propriété sur les droits patrimoniaux et pourra, sous certaines conditions, procéder à son tour à de nouvelles cessions⁶⁹. Ce constat répond aux critères de l'épuisement des droits de distribution. Dans ce contexte, il a été souligné lors du Congrès de 1997 de l'Association littéraire et artistique internationale sur la protection des auteurs et artistes interprètes par contrat que, dans la mesure où l'interprétation des contrats tend à être plus favorable à l'auteur qu'à l'exploitant, « il importe de faire preuve de prudence et de précision dans la rédaction du contrat (d'épineuses questions de droit international privé se posent à cet égard [...]) »⁷⁰. Cette cession intervenue dans l'univers numérique invite également à l'application de la théorie de la première vente : le droit de distribution de l'auteur se trouve alors éteint pour les œuvres téléchargées et mises en circulation par voie d'importations parallèles.

Sur cette lancée, un colloque de l'OMPI a élaboré un système contractuel adapté à l'univers numérique qui assure le respect du droit d'auteur tout en protégeant les œuvres contre la copie non autorisée à grande échelle. Ce modèle, qualifié de *copymart*, consiste en un service d'enregistrement à deux composantes : d'un côté, les titulaires de droits sont habilités à procéder à des transactions commerciales dans la base de données *copyright market*; de l'autre, la base de données *copy market* permet aux clients de *copymart* d'obtenir, sur demande et

69. Emmanuel PIERRAT, *Le droit de l'édition appliqué : chroniques juridiques de Livres hebdo*, Paris, Éditions du Cercle de la librairie, 2000.

70. ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE, *Actes du Congrès. Protection des auteurs et artistes interprètes par contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 374.

à titre onéreux, des copies d'œuvres diverses aux conditions fixées par les titulaires dans *copyright market*. Le droit de distribution de l'auteur est épuisé dès son consentement. Comme *Copymart* est un réseau mondial, il favoriserait l'épuisement international en éclipsant les distinctions entre les protections nationales des droits d'auteur⁷¹.

Enfin, l'épuisement des droits d'auteur est également envisageable par la nouvelle forme de reproduction dans l'environnement numérique. Traitant du droit de reproduction, André Bertrand fait valoir ceci :

[L]a mise en mémoire sur un ordinateur, donc sur un serveur, constitue une reproduction au sens du droit d'auteur. Lorsque cette mise à mémoire est faite pour un usage strictement personnel, il s'agit d'une reproduction à usage privé, qui ne nécessite pas de ce fait l'autorisation de l'auteur.⁷²

Inversement, une mise en mémoire sur un serveur accessible au public via Internet est indiscutablement une reproduction réservée au titulaire du droit d'auteur. Son consentement est alors indispensable. L'article 7 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)* de 1996 réserve explicitement aux auteurs et à leurs ayants cause « le droit exclusif d'autoriser la reproduction directe ou indirecte de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogramme, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ».

Or, serait-il pour autant impossible d'envisager l'épuisement du droit de reproduction de l'auteur en l'absence de cette autorisation? En supposant que le lieu géographique de la

71. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *Colloque mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins*, Ministère de la culture et de la francophonie, France, Paris, 1^{er} – 3 juin 1994, p. 120.

72. A. BERTRAND, *La musique et le droit De Bach à internet*, préc., note 53, p. 857.

reproduction est celui de la première fixation matérielle de l'œuvre, l'exemplaire peut être reproduit et se perpétue avec la durée de vie des supports matériels reproduits : une vidéocassette ou un phonogramme commercialisé par le titulaire ou avec son consentement dans une région peut être revendu partout sur ce territoire sans que ce titulaire puisse s'y opposer, il a épuisé son droit de distribution en acceptant la première vente. En effet, certaines conditions relatives à la théorie de l'épuisement des droits y sont bel et bien remplies. L'auteur a consenti à la mise à disposition au public. La détermination du lieu de fixation de l'œuvre se conforme au principe de la territorialité, puis le principe de la première mise en commerce s'applique.

Ces préoccupations trouvent un écho d'actualité dans la décision préjudicielle *Axel W. Bierbach c. Oracle International Corp.*⁷³, où la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé qu'un créateur de logiciels ne peut s'opposer à la revente de ses licences « d'occasion » permettant l'utilisation de ses programmes téléchargés via Internet. En d'autres termes, le droit exclusif de distribution d'une copie d'un programme d'ordinateur couverte par une telle licence s'épuise à sa première vente.

Dans cette affaire, Oracle développe et distribue, notamment par téléchargement via Internet, des programmes d'ordinateur fonctionnant sur le mode « client/serveur ». Ses clients téléchargent directement une copie du programme sur son ordinateur, à partir du site Internet d'Oracle. Le droit d'utilisation d'un tel programme, octroyé par un contrat de licence, inclut le droit de stocker de manière permanente la copie de ce programme sur un serveur et de permettre à un certain nombre d'utilisateurs d'y accéder en la téléchargeant vers la mémoire centrale de leur station de travail. Les contrats de licence prévoient que le client acquiert un droit d'utilisation à durée indéterminée, non cessible et réservé à un usage professionnel interne.

73. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.* (aff. C-128/11).

UsedSoft commercialise des licences d'occasion de programmes d'ordinateur, notamment des licences d'utilisation se rapportant aux programmes d'ordinateur d'Oracle acquises auprès des clients de ce dernier. Les clients d'UsedSoft, non encore en possession des programmes d'ordinateur d'Oracle, les téléchargent directement, après avoir acquis une licence « d'occasion », à partir du site Internet d'Oracle. De leur côté, les clients qui disposent déjà de tels logiciels peuvent acheter en complément des licences pour des utilisateurs supplémentaires. Dans ce dernier cas, les clients téléchargent les logiciels vers la mémoire centrale des stations de travail de ces autres utilisateurs.

Oracle a assigné UsedSoft devant les juridictions allemandes afin de lui faire interdire cette pratique, au motif que les agissements de UsedSoft et de ses clients empiètent sur le droit exclusif d'Oracle de reproduction permanente ou provisoire des programmes d'ordinateur.

L'une des questions sur lesquelles la CJUE devait se prononcer est de savoir si le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est ou non épuisé au sens de la *Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*⁷⁴, lorsque l'acquéreur (un client d'Oracle) a réalisé la copie, avec l'autorisation du titulaire du droit (Oracle), en téléchargeant le programme sur un support informatique au moyen d'Internet.

Dans l'affirmative, le titulaire du droit qui a commercialisé une copie sur le territoire d'un État membre de l'Union perd la possibilité d'invoquer son monopole d'exploitation pour s'opposer à la revente de cette copie. Adhérant à ce raisonnement, la CJUE interprète la Directive 2009/24/CE comme n'excluant pas –

74. J.O. L 111, p. 16, art. 4(2) : « La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci. ».

nonobstant le libellé des considérants 28 et 29 de la Directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur la société de l'information et des traités d'Internet de l'OMPI⁷⁵ – l'application du principe de l'épuisement aux copies distribuées par téléchargement à partir du site Internet du titulaire du droit d'auteur⁷⁶. Le mode de transmission en ligne étant « l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel »⁷⁷, limiter l'application du principe de l'épuisement aux seules copies de programmes d'ordinateur vendues sur un support matériel « permettrait au titulaire du droit d'auteur de contrôler la revente des copies qui ont été téléchargées au moyen d'Internet et d'exiger, à l'occasion de chaque revente, une nouvelle rémunération alors que la première vente de la copie concernée aurait déjà permis audit titulaire d'obtenir une rémunération appropriée »⁷⁸. Que les copies soient matérielles (CD-ROM ou DVD) ou immatérielles, la CJUE rappelle que l'objectif du principe de l'épuisement est, en toutes circonstances, de limiter les restrictions à la distribution des œuvres protégées à ce qui est nécessaire pour préserver l'objet spécifique de la propriété intellectuelle, et ce, afin d'éviter le cloisonnement des marchés⁷⁹.

En somme, le transfert par le titulaire du droit d'auteur d'une copie d'un programme d'ordinateur à un client, accompagné de la conclusion, entre les parties, d'un contrat de licence d'utilisation, constitue une « première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur » qui épuise le droit de distribution de cette copie dans l'Union⁸⁰. Dès lors, même si le contrat de licence interdit une cession ultérieure, le titulaire du droit ne peut plus s'opposer à la revente de cette copie⁸¹.

75. *Supra*, p. 3.

76. *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.* (aff. C-128/11), préc., note 74, par. 60.

77. *Id.*, par. 61.

78. *Id.*, par. 63.

79. *Id.*, par. 62.

80. *Id.*, par. 84.

81. *Id.*, par. 77.

Or, contrairement à la distribution d'un exemplaire d'œuvre tangible, la première copie immatérielle demeure généralement avec la personne qui la distribue, lors de sa transmission numérique. Cette opération met alors également en cause le droit de reproduction, lequel n'est pourtant pas assujéti à l'épuisement. Pour contrer ce dédoublement des droits et éviter une violation du droit exclusif du titulaire à la reproduction du programme, la CJUE impose à l'acquéreur initial et tout acquéreur subséquent d'une copie – matérielle ou immatérielle – d'un logiciel, par laquelle le droit de distribution du titulaire est épuisé, l'obligation de rendre inutilisable la copie téléchargée sur son propre ordinateur au moment de la revente.

La portée de cet arrêt serait limitée à l'existence d'un contrat de licence entre le titulaire et le nouvel acquéreur. L'épuisement s'applique-t-il lorsque les œuvres sont mises à disposition au public par des internautes à l'insu des fournisseurs d'accès et du serveur⁸²? De même, la diffusion massive par courrier électronique constitue certainement une reproduction des œuvres sur laquelle l'auteur perd tout contrôle et épuise son droit involontairement. Abordons dès à présent ces nouvelles formes d'épuisement illégal encouragées par la technologie numérique.

3.3 La technologie à l'origine de nouvelles formes d'épuisement illégal

À titre liminaire, soulignons cette culture de la gratuité : de nos jours, des internautes n'hésitent pas à télécharger les fichiers protégés sans autorisation chaque fois que l'occasion se présente. Comme le relève Farchy, en dehors du « Web marchand » – désignant ces sites « financés par abonnement, par publicité ou par commerce électronique » –, « [n]ombre d'informations qui circulent sur Internet n'ont pas de but lucratif mais répondent à une logique d'interaction et de communication qui repose sur la

82. A. BERTRAND, *La musique et le droit De Bach à internet*, préc., note 53, p. 188.

gratuité »⁸³. Or, comme toutes ces informations ne sont pas sans auteurs, ces derniers perdent la maîtrise des modes de diffusion de leurs œuvres. Leurs droits s'épuisent donc illégalement, sans leur consentement, à moins que l'on admette le principe d'un épuisement international prescrivant un cadre juridique applicable à de telles situations à l'échelle mondiale.

Toutefois, le principe de gratuité a été défendu par d'autres au nom de l'intérêt public et d'une plus grande accessibilité des œuvres. Cette position a été soutenue par la professeure Teresa Scassa en ces termes :

*Sharing in such contexts can serve the public interest by exposing more people to cultural works even where cost might otherwise be a barrier to access [...] While this should not all be done at the expense of creators of works, there is a strong argument that is something here to put in the balance for the interests of society*⁸⁴.

Farchy, de son côté, argumente dans le même sens :

Le droit d'auteur empêcherait l'accès gratuit du plus grand nombre à la connaissance et exclurait une partie de la population de la société de l'information [...] Le non-respect de la propriété intellectuelle par les utilisateurs intermédiaires ou finaux serait, selon ces tenants de *no-copyright*, le prix à payer pour favoriser l'émergence d'une société de l'information qui nécessite des échanges nombreux et variés de contenus. La diffusion la plus large possible de contenus protégés au mépris des règles de la propriété intellectuelle serait même une nécessité absolue et un véritable devoir moral⁸⁵.

L'enjeu consisterait à permettre néanmoins aux auteurs d'avoir un contrôle sur la diffusion de leurs œuvres gratuites.

83. J. FARCHY, préc., note 54, p. 66.

84. Teresa SCASSA, « Interests in the Balance », dans M. GEIST (dir.), *In the Public Interest-The Future of Canadian Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2005, p. 41, p. 62 et 63.

85. J. FARCHY, préc., note 54, p. 77.

Pour Séverin Tagliante, les titulaires de droit devraient autoriser un accès libre ou tout au plus moins coûteux de leurs œuvres à tous, indépendamment de leurs conditions socio-économiques⁸⁶; le droit de l'auteur pourrait ainsi s'épuiser sous le principe de la gratuité. En fait, l'évolution des mentalités est à l'origine de cette forme d'épuisement : comme le dit Dusollier, « [l]e sentiment du "tout est libre sur les réseaux numériques" est fortement ancré dans l'esprit du public »⁸⁷.

À la lumière de ces considérations, une meilleure protection des droits de l'auteur passerait par une réorganisation des systèmes juridiques et une harmonisation à l'échelle internationale fondée sur les principes de l'épuisement international et la libre circulation des œuvres littéraires et artistiques, tout en octroyant un contrôle suffisant de distribution à l'ère du numérique et d'Internet.

Il est intéressant de noter que cette caducité de la notion du droit d'auteur – du moins dans sa composante patrimoniale – a eu quelques échos dans le monde littéraire même. Pierre Assouline, romancier et biographe, croit que le droit d'auteur est inadapté à la transmission des savoirs⁸⁸. Citant Guillaume de Lacoste Lareymondie, il rapporte que « [l]a propriété intellectuelle semble de plus en plus un abus de droit parce qu'elle était purement conventionnelle, que de moins en moins de personnes en acceptent la légitimité, et qu'elle tient désormais par la force contre les mœurs ». En effet, il est permis de remettre en question l'utilité première de cette protection qui cherche avant tout à promouvoir la création littéraire, puisque son défaut n'a pourtant pas gêné la percée des génies littéraires de tous les temps, « de Platon à Kant, et d'Homère à Molière ». Sur la question de la rémunération des créateurs, ce serait le producteur ou l'éditeur

86. Séverin TAGLIANTE, « L'abondance culturelle réservée aux riches », « *MULTITUDE* » : *propriété intellectuelle, logiciels libres des subjectivités de l'internet*, n° 5-mai 2001, p. 99.

87. S. DUSOLLIER, préc., note 56, p. 302.

88. Pierre ASSOULINE, « Le droit d'auteur empêtré dans la Toile », *Le Monde*, vendredi 14 mai 2010, p. LIV8.

qui s'en chargeront, perdant du même coup le monopole sur l'œuvre.

En tout état de cause et malgré cette érosion des droits de l'auteur sur Internet, ce dernier représente paradoxalement une opportunité pour les auteurs eux-mêmes. L'exemple d'un éditeur de Washington, rapporté par Farchy, est éloquent : *National Academy Press*, spécialisé dans le domaine scientifique, technologique et médical, a décidé de publier sur Internet les 1 700 titres de son catalogue. L'intégralité de ces ouvrages sont accessibles à tous les internautes, et ce, gratuitement. Résultat : les ventes de cet éditeur ont augmenté de 17 %. C'était comme si les lecteurs ont eu l'occasion de feuilleter les livres avant de les acheter⁸⁹. L'on pourrait conclure du modèle de cet éditeur américain à un principe d'épuisement fondé sur la gratuité. Dans ce cas, l'épuisement est volontaire si le consentement des auteurs d'ouvrages et la perception de leur redevance ne font pas défaut. Les autres critères, notamment le principe de la territorialité, le consentement de l'éditeur et la mise en circulation sur Internet, sont réunis.

Avec cette facilité d'accès et la perte de contrôle de l'auteur, les internautes peuvent alors tirer copies de ces ouvrages qu'ils revendront illégalement par voie d'importations parallèles, d'où cette autre forme d'épuisement illégal des droits de diffusion qu'est le piratage. En effet, le raffinement des techniques de reproduction et de communication a grandement favorisé le développement de la contrefaçon : les œuvres licitement mises sur le marché ou diffusées sur les réseaux sont désormais reproductibles à l'infini sans perte de qualité⁹⁰. Ce problème se trouve très clairement posé en matière musicale. À titre d'exemple, le logiciel Napster, depuis l'an 2000, permettait l'échange de fichiers musicaux grâce à un serveur central, affichant la liste de tous les ordinateurs contenant le fichier. Il suffisait de taper le nom de l'artiste ou du morceau recherché pour initier le téléchargement gratuit. En février 2001,

89. J. FARCHY, préc., note 54, p. 104.

90. SOCIÉTÉ LAMY, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 115, juin 1999, p. 20.

près de 2,79 milliards de fichiers numériques ont été téléchargés de cette façon⁹¹. Bien que Napster ait cessé ses activités dès l'été 2001, d'autres logiciels de *peer-to-peer*, tels Gnutella et Aimster, ont pris le relais. Les utilisateurs s'y connectent directement entre eux pour échanger des fichiers musicaux sans passer par un site central. Ces programmes difficilement contrôlables épuisent ainsi illégalement le droit de diffusion des auteurs de ces chansons. D'ailleurs, la contrebande audiovisuelle dans le domaine du cinéma a aussi été favorisée par les progrès d'Internet, notamment en Asie et dans les pays de l'Est. Dans le même ordre d'idées, Icravetv.com, société canadienne utilisant des versions pirates de films et de programmes sur Internet, diffusait 24 heures sur 24 les émissions de plusieurs chaînes de télévision américaines et canadiennes⁹². Ce phénomène repose en fait sur la question de ce que Farchy a qualifié d'« appropriabilité »⁹³. Ce terme réfère à la capacité d'un détenteur de droits à récupérer directement ou indirectement la valeur des utilisations de l'œuvre sur lesquelles portent ses droits. C'est l'appropriabilité directe qui est rendue extrêmement difficile par la violation massive des droits d'auteur favorisée par les technologies numériques.

Le manque à gagner supporté malgré eux par les auteurs ou leurs ayants droit ainsi que la perte involontaire du contrôle sur leurs œuvres sont les conséquences les plus immédiates de ce plagiat sans restriction, alors que le coût assumé par les consommateurs est minime. On assiste alors à un épuisement involontaire des droits de l'auteur. De plus, André Lucas nous met en garde contre certaines complications des réseaux numériques, notamment la variabilité des sites, la diversité des logiciels de navigation et l'augmentation des emprunts plus ou moins habilement déguisés aux œuvres et interprétations existantes. L'œuvre résultant de l'effort intellectuel d'un auteur passe entre les mains d'un tiers sans lien juridique avec cet auteur, ou est revendue par un commerçant non autorisée, donc sans redevance

91. A. BERTRAND, *La musique et le droit De Bach à internet*, préc., note 53, p. 184.

92. J. FARCHY, préc., note 54, p. 71.

93. *Id.*, p. 90.

payée à l'auteur. Il n'en demeure pas moins que ses droits sur cette œuvre sont épuisés du moins à l'égard du contrefacteur principal et de ses clients.

Afin de freiner les échanges illicites de fichiers musicaux, quelques solutions ont été envisagées. À titre indicatif, des systèmes électroniques ont été mis en place en 2002 pour envoyer aux internautes téléchargeant illicitement des fichiers musicaux des courriels menaçants, lesquels précisent les morceaux trouvés, le numéro IP du poste Internet impliqué, le logiciel utilisé et la date exacte de l'infraction. Dans le même ordre d'idées, la SDMI (*Secure Digital Music Initiative*) a été lancée en 1999 par les éditeurs et producteurs pour contrer le piratage massif d'œuvres musicales en protégeant les disques numériques. Il s'agit d'un standard d'enregistrement à l'abri du piratage tout en offrant au public un service de diffusion de musique numérique (EMMS) permettant l'achat et le téléchargement en ligne⁹⁴. Il est donc possible de dissuader le téléchargement illégal par la même technologie utilisée par les pirates eux-mêmes. Malgré ces remèdes, la piraterie à l'ère du numérique demeure un véritable moyen d'épuisement illégal des droits de diffusion reconnus exclusivement à l'auteur ou à ses ayants droit.

Toutefois, la justice européenne a statué, dans l'affaire *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*⁹⁵, à une injonction, prise par une juridiction nationale, d'imposer à un fournisseur d'accès à Internet la mise en place d'un système de filtrage afin de prévenir les téléchargements illégaux de fichiers.

Cette affaire est née d'un litige opposant Scarlet Extended SA, un fournisseur d'accès à Internet, à SABAM, une société de gestion belge chargée d'autoriser l'utilisation, par des tiers, des œuvres musicales des auteurs, compositeurs et éditeurs. SABAM

94. A. BERTRAND, *La musique et le droit De Bach à internet*, préc., note 53, p. 185.

95. CJUE, arrêt du 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* (aff. C-70/10).

a constaté, en 2004, que des internautes utilisant les services de Scarlet téléchargeaient sur Internet, sans autorisation et sans paiement de droits, des œuvres reprises dans son catalogue au moyen de réseaux « *peer-to-peer* ». Jugeant que cet échange non autorisé des fichiers électroniques musicaux porte atteinte à son droit de reproduction et à son droit de communication au public relativement aux œuvres protégées, SABAM a demandé, avec succès, au président du tribunal de première instance de Bruxelles d'ordonner sous peine d'astreinte à Scarlet, en tant que fournisseur d'accès à Internet, de faire cesser ces atteintes au droit d'auteur en rendant impossible toute forme d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale de SABAM.

Scarlet a interjeté appel devant la Cour d'appel de Bruxelles, en soutenant, entre autres, que l'injonction n'était pas conforme au droit de l'Union, car elle lui imposait, *de facto*, une obligation générale de surveillance des communications sur son réseau, ce qui serait incompatible avec la *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*⁹⁶.

Dans ce contexte, la Cour d'appel demande à la CJUE de statuer sur la question préjudicielle de savoir si le droit de l'UE permet aux États membres d'autoriser un juge national à ordonner à un fournisseur d'accès à Internet de mettre en place, de façon générale, à titre préventif, aux frais exclusifs de ce

96. J.O. L 178, p.1, art. 15(1) : « Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12 [simple transport : transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service ou fournir un accès au réseau de communication], 13 [forme de stockage dite « *caching* » : stockage automatique, intermédiaire et temporaire de l'information fournie par un destinataire du service] et 14 [hébergement : stocker des informations fournies par un destinataire du service], une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. ».

dernier et sans limitation dans le temps, un système de filtrage des communications électroniques afin d'identifier les téléchargements illégaux de fichiers.

De l'avis de la CJUE, une telle injonction ne respecte ni la Directive 2000/31/CE, ni l'exigence d'assurer le juste équilibre entre, d'une part, le droit de propriété intellectuelle et, d'autre part, la liberté d'entreprise, ni le droit à la protection des données à caractère personnel, ni la liberté de recevoir ou de communiquer des informations. La protection du droit de propriété intellectuelle, bien que consacrée à l'article 17(2) de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, ne devrait pas pour autant être assurée de manière absolue⁹⁷.

Conclusion

Si la propriété intellectuelle confère *a priori* des droits exclusifs aux titulaires, leur assurant une emprise monopolistique sur tous les actes de commercialisation opérés sur les œuvres protégées, l'intérêt du public, incarné par le droit des utilisateurs et la libre circulation des marchandises, est venu tempérer l'effet drastique de ces prérogatives légales. La nécessité de pondérer les intérêts patrimoniaux de l'auteur justifie ce couperet de l'épuisement : le pouvoir du titulaire d'un droit intellectuel sur le produit protégé ne s'étend que jusqu'à la première mise en circulation. Les opérations subséquentes à cette mise en circulation ne tombent pas sous son contrôle.

La théorie de l'épuisement des droits repose sur certains principes fondamentaux, notamment le principe de la territorialité, dictant un épuisement à trois niveaux, national, régional et international. La signature de l'Accord ADPIC représente l'aboutissement de la mise en place d'un système efficace de protection de la propriété intellectuelle à l'échelle internationale. En dépit des objectifs ambitieux de libre-échange formulés par

97. Voir également en ce sens : CJUE, arrêt du 12 juillet 2011, *L'Oréal SA c. eBay* (aff. C-324/09); CJCE, arrêt du 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefonica de Espana SAU* (aff. C-275/06).

l'OMC, la question de l'épuisement des droits et des importations parallèles ne fait toujours pas l'unanimité, les États disposant d'une liberté de politique à ce sujet. Or, la dimension internationale de la propriété littéraire et artistique se pose aujourd'hui avec plus d'acuité. Avec l'évolution des nouvelles technologies de l'information, un auteur ne dispose plus d'un contrôle suffisant sur les moyens de diffusion de ses œuvres.

Que réserve alors cette ère du numérique au principe de l'épuisement? Y survit-il ou s'effrite-il au contraire à l'apparition des techniques plus raffinées? Un premier constat : les législatures, la doctrine et les conventions internationales se replient derrière une réticence, éventuellement discutable, quant à l'application du principe de l'épuisement à l'échelle planétaire. Ainsi, Broglie soutient qu'aucune raison ne semble pouvoir justifier l'épuisement du droit de distribution après la première mise en ligne de l'œuvre. Le réseau Internet ne diffère pas outre mesure de son homologue matériel : il s'agit dans les deux cas de la transmission d'exemplaires d'une œuvre, l'émetteur conservant l'original. L'argument économique se base sur le fait qu'un épuisement du droit de distribution après la première mise en ligne revient à autoriser « la multiplication des pains ».

Or, l'apport d'Internet est indéniable : en donnant à tous accès à des images, des livres et des morceaux de musique numérisés, Internet a permis à la communauté de s'affranchir des distances physiques tout en offrant une occasion d'enrichissement des cultures différentes. Cette tendance a encouragé la logique de la gratuité, si bien que nombreux sont les internautes qui procèdent par tous les moyens à télécharger des œuvres gratuites en ligne, au mépris des droits de l'auteur. Forts de cet esprit général de liberté, les pirates en profitent également au grand dam des titulaires des droits intellectuels.

Pourtant, la théorie de l'épuisement mérite à notre avis d'être adaptée à ce nouvel environnement numérique ou virtuel : le pouvoir de contrôle des auteurs pourrait être récupéré si le principe d'épuisement venait à être érigé en norme internationale

applicable eu égard à la nouvelle technologie et sans limites de territoire.

Certes, il existe bel et bien un grand nombre d'éléments déstabilisateurs dans la reconnaissance d'une théorie de l'épuisement international, dont ce caractère international et la dématérialisation des échanges. L'état actuel du droit international laisse en effet subsister un aléa juridique impliquant un risque à gérer, comme tout commerce d'ailleurs. Une des solutions régulièrement invoquées au soutien d'une limitation du risque consiste à placer un tiers dans le lien unissant le client au marchand, le forçant à s'impliquer d'une manière ou d'une autre dans cette relation commerciale des œuvres dématérialisées.