

FIN DE PARTIE POUR L'ÉPUISEMENT IMMATÉRIEL DU JEU VIDÉO

Cass. 1^{re} civ., 23 octobre 2024, n° 23-13.738, UFC Que Choisir c/ Valve

Julien DOUILLARD

Maître de conférences, Université Toulouse Capitole – Centre de droit des affaires – Epitoul

Solution. – Le jeu vidéo, quoiqu'il comporte un logiciel, est une œuvre complexe assujettie entièrement à la directive n° 2001/29, de sorte que la règle de l'épuisement du droit de distribution ne s'applique pas en présence d'un exemplaire dématérialisé, contrairement à ce que prévoit la directive n° 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

Impact. – La solution s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la CJUE et condamne l'épuisement du droit de distribution en présence d'un exemplaire dématérialisé. L'utilisateur ne peut donc pas revendre d'occasion un fichier numérique comportant une œuvre.

1. La question de l'épuisement du droit de distribution sur les exemplaires immatériels d'une œuvre a suscité l'attention de la doctrine en matière de droit d'auteur. L'arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 2024 permet de consacrer en droit interne une conception européenne qui aura le mérite de rassurer les plus fervents défenseurs du droit d'auteur.

2. **Faits.** La société Valve propose, par le biais de sa plateforme et du logiciel Steam, des jeux vidéo en versions dématérialisées, téléchargeables par l'utilisateur ainsi que des fonctions permettant notamment de jouer avec plusieurs joueurs. Leur utilisation nécessite l'acceptation d'un Accord de souscription dont une clause interdit la revente d'occasion d'un exemplaire du jeu vidéo, mais aussi le transfert de compte. L'association UFC – Que choisir a assigné Valve en constatation du caractère abusif et en suppression de cette clause. La solution dépendait de l'application de la théorie de l'épuisement du droit de distribution au support immatériel. Cette théorie interdit au titulaire de droit de s'opposer à la commercialisation d'un exemplaire de l'œuvre dans les États membres de l'Union européenne et les États parties à

l'accord sur l'Espace économique européen dès lors qu'il y a autorisé la première vente (CPI, art. L. 122-3-1).

3. Difficultés. Le tribunal de grande instance de Paris avait admis l'épuisement immatériel et, par conséquent, le caractère abusif de la clause (TGI Paris, 1^{re} ch. 17 sept. 2019, RG n° 16/01008 : *LEPI* nov. 2019, p. 3, obs. S. Carre ; *Propri. intell.* 2020, n° 74, p. 51, obs. A. Lucas). Quelques mois plus tard, la Cour de Justice condamnait la théorie de l'épuisement immatériel à propos de livres numériques sur le fondement de la directive n° 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (CJUE, gde ch., 19 déc. 2019, aff. C-263/18, *Tom Kabinet* : *D.* 2020, p. 471, obs. C. Maréchal Pollaud-Dulian ; *D. IP/IT* 2020, p. 250, obs. J. Lapousterle ; *Legipresse* 2020, p. 14, obs. C. Alleaume ; *Propri. intell.* 2020, n° 74, p. 46, obs. A. Lucas ; *RDC* 2020, n° 2, p. 48, obs. J. Huet ; *RTD Com.* 2020, p. 62, obs. F. Pollaud-Dulian). Suivant l'analyse de la Cour de Justice, le jugement fut infirmé en cause d'appel (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 21 octobre 2022, RG n° 20/15768 : *CCE* 2022, comm. 80, obs. P. Kamina ; *D. actu.* 14 déc. 2022, obs. J. Groffe-Charrier ; *propri. ind.* 2022, comm. 69, obs. N. Bouche ; *propri. intell.* 2023, n° 86, p. 34 et 41, obs. A. Lucas-Schloetter ; *RTD Com.* 2023, p. 107, obs. F. Pollaud-Dulian). Or, la solution inverse avait été retenue à propos des logiciels sur le fondement de la directive n° 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (CJUE, gr. ch., 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *Usedsoft* : *CCE* 2012, comm. 106, obs. Ch. Caron ; *D.* 2012, p. 2142, obs. A. Mendoza-Caminade ; p. 2101, obs. J. Huet et p. 2343, obs. C. Le Stanc ; *Europe* 2012, comm. 345, obs. L. Idot ; *Propri. intell.* 2012, n° 44 p. 333, obs. A. Lucas ; *RIDA* 2012, p. 231, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2012, p. 542, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2012, p. 947, obs. E. Treppoz). Dans son pourvoi, UFC exposait, le logiciel n'est pas un simple accessoire du jeu vidéo, de sorte que l'épuisement du droit de distribution doit s'appliquer, même en présence d'un exemplaire dématérialisé.

4. Solution. La Cour de cassation ne suit pas l'argumentation et rejette le pourvoi ainsi que la demande de transmission d'une question préjudicielle à la CJUE. Aux termes d'une motivation enrichie, surtout par la jurisprudence de la CJUE, elle décide que l'article L. 122-3-1 du Code de la propriété intellectuelle ne s'applique qu'en présence d'un exemplaire matériel. Suivant religieusement l'analyse de la Cour de Justice, elle relève que cette règle doit s'appliquer en présence d'un jeu vidéo, quand bien même il comporte un logiciel. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer la *lex specialis* que constitue la directive n° 2009/24/CE. La cour d'appel a bien déduit que « seule la directive 2001/29 est applicable aux jeux vidéo, que la règle de

l'épuisement du droit ne s'applique pas en l'espèce et qu'en l'absence de doute raisonnable quant à l'interprétation du droit de l'Union européenne » (pt 15).

5. La solution, pour conforme au droit de l'Union européenne qu'elle soit (§ 1), peut être discutée au regard de la théorie de l'épuisement des droits (§ 2).

§1. – UNE SOLUTION FONDÉE

6. Le régime du droit de distribution et de son épuisement dépend intimement de la qualification de l'œuvre. Il est admis pour les exemplaires immatériels d'un logiciel, mais ne l'est pas en présence d'une œuvre protégée par le droit commun d'auteur. La Cour de cassation fait le choix d'exclure l'épuisement pour les exemplaires immatériels de jeux vidéo (A) dont la qualification du jeu vidéo apparaît ici centrale (B).

A. – L'ABSENCE D'ÉPUISEMENT SUR LES EXEMPLAIRES IMMATÉRIELS DE L'ŒUVRE

7. **Distinction.** L'application de la théorie de l'épuisement du droit de distribution aux exemplaires immatériels d'une œuvre a suscité des controverses après l'arrêt *Usedsoft* qui avait admis l'épuisement pour des exemplaires immatériels d'un logiciel. La doctrine majoritaire considère que le droit de distribution ne s'applique qu'aux exemplaires matériels d'une œuvre et que la diffusion d'un fichier contenant une œuvre sur internet correspond au droit de communication au public (droit de représentation en droit français), lequel ne subit pas l'épuisement (sur cette question, v. not. A. Lucas-Schloetter, « La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur » *in* *mél. A. Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 573 ; C. Zolynski, « L'épuisement en ligne », *Propriété intellectuelle*, 2015, n° 55, p. 133).

8. **Justification.** Pour écarter l'épuisement immatériel, la Cour de cassation se fonde sur la directive n° 2001/29 (pt 9). Selon son considérant 28, le droit d'auteur offre la possibilité de contrôler « *la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel* ». Aux termes du considérant 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 distinction suit celle du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (art. 6 et déclarations communes concernant les articles 6 et 7). Le raisonnement est conforme à celui adopté par la Cour de Justice pour écarter l'épuisement immatériel sur le fondement de l'article 4 de la directive n° 2001/29 dans l'arrêt *Tom Kabinet*. Ainsi, la fourniture par téléchargement d'un livre numérique d'occasion ne relève pas du droit de distribution, mais du droit de communication au public, et par suite,

n'est pas susceptible d'épuisement (CJUE, gde ch., 19 déc. 2019, *Tom Kabinet*, préc., pt 51). Cette décision tranche avec l'arrêt *Usedsoft* qui était fondé non sur le droit commun d'auteur, mais sur la *lex specialis* que constitue la directive n° 2009/24 du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur qui n'opère pas de distinction entre les exemplaires matériels et immatériels. En conséquence, l'article 4 de la directive n° 2001/29 ne concerne que les exemplaires matériels. Cette interprétation resurgit sur l'article L. 122-3-1 du Code de la propriété intellectuelle qui n'envisage l'épuisement qu'à propos des exemplaires matériels, contrairement à l'article L. 122-6 pour les programmes d'ordinateur. Dans ces circonstances, l'une des difficultés du présent arrêt tient à la qualification du jeu vidéo de logiciel ou d'œuvre soumise au droit commun d'auteur.

B. – L'ASSUJETTISSEMENT DU JEU VIDÉO AU DROIT COMMUN D'AUTEUR

9. Qualification. La qualification du jeu vidéo a pu susciter des difficultés, car il combine des œuvres protégées par le droit commun (musique, scénario, création audiovisuelle, etc.) et un logiciel protégé par le droit spécial. La Cour de cassation avait d'abord adopté une qualification unitaire en assujettissant le jeu vidéo pour le tout au droit du logiciel (Cass. crim. 21 juin 2000, n° 99-85.154, *Mortal Kombat* : CCE 2001, comm. 85, obs. Ch. Caron ; D. 2001, p. 2552, obs. P. Sirinelli ; JCP E 2001, 312, chron. F. Sardain), avant d'adopter une application distributive en le qualifiant « *d'œuvre complexe* » (Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009, n° 07-20.387, *Cryo* : Bull. civ., I, n° 140 ; CCE 2009, comm. 76, note Ch. Caron ; JCP 2009, 328, note E. Treppoz ; propr. intell. 2009, n° 33, p. 366, obs. J.-M. Bruguière ; RIDA 3/2009, p. 509 et p. 305, obs. P. Sirinelli ; RTD com. 2009, p. 710, obs. Pollaud-Dulian ; RTD Com. 2010, p. 319, chron. P. Gaudrat). La Cour de Justice a quant à elle consacré une solution ambivalente dans son arrêt *Nintendo* en qualifiant le jeu vidéo de « *matériel complexe* » et en le soumettant pour le tout au droit commun d'auteur (CJUE, 4^e ch., 23 janv. 2014, C-355/12, *Nintendo Co. Ltd e.a. contre PC Box Srl et 9Net Srl* : CCE 2014, comm. 26, note Ch. Caron ; Propr. intell. n° 51, p. 176, obs. J.-M. Bruguière ; RIDA 2/2014, p. 383, obs. P. Sirinelli ; RTD com. 2014, p. 108, obs. F. Pollaud-Dulian). C'est la solution que suit ici la Cour de cassation.

10. Insuffisances. Au plan de la méthode, on remarquera que la Cour de cassation reprend textuellement l'arrêt *Nintendo* mais fait fi de l'arrêt *Cryo*, ce qui en dit long sur l'influence de la Cour de Justice sur le droit d'auteur et conduit à se demander si la Cour de cassation entend encore avoir une approche distributive de l'œuvre multimédia. Il faut surtout noter que cette solution conduit à écarter l'épuisement immatériel du jeu vidéo. Il faut le

concéder, l'application distributive entraînerait un problème pratique : soumettre la question de l'épuisement immatériel du jeu vidéo à deux régimes différents. On perçoit ce que cette situation a d'intenable. Toutefois, à jouer le jeu de la CJUE pour écarter l'épuisement, il aurait fallu aller jusqu'au bout et convoquer la règle de l'accessoire dégagée dans l'arrêt *Tom Kabinet*. En effet, elle y décidait que « *dans l'hypothèse où un livre électronique devrait être considéré comme un matériel complexe [...] comprenant tant une œuvre protégée qu'un programme d'ordinateur pouvant bénéficier de la protection de la directive 2009/24, il y aurait lieu de considérer qu'un tel programme ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'œuvre contenue dans un tel livre* » (pt 59). Le pourvoi formé UFC faisait à cet égard valoir que « *le logiciel d'un jeu vidéo n'est pas accessoire et relève, par sa nature, de la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009* ». Implicitement, la Cour de cassation considère donc que le logiciel est un accessoire dans le jeu vidéo. Pour autant, la question préjudicielle nous paraissait fondée. Sans logiciel, l'utilisateur serait bien en peine d'interagir avec l'œuvre. C'est précisément lui qui fait la singularité du jeu vidéo, et on ne saurait le réduire au rang de simple accessoire sans l'ombre d'un débat. En faveur de la solution, il reste possible de rappeler que l'accessoire est au service du principal (G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 1969, n^{os} 19 et 20). Or, le logiciel paraît tout autant au service d'une œuvre audiovisuelle que d'un gameplay, qui n'est quant à lui généralement pas protégé par le droit d'auteur (J. GROFFE-CHARRIER, *Rép. IP/IT*, V^o Jeu vidéo et Droit d'auteur, n^{os} 32-33)...

§2. – UNE SOLUTION DISCUTÉE

11. Pour fondée que la solution puisse être, elle peut susciter des interrogations au plan économique (A) et quant aux fondements de l'épuisement des droits qui militent pour l'épuisement immatériel (B).

A. – LES DIFFICULTÉS ÉCONOMIQUES DE L'ÉPUISEMENT DANS LE MONDE DE L'IMMATÉRIEL

12. **Argument économique.** Selon l'arrêt *Tom Kabinet*, si la distribution de logiciel en version physique ou immatérielle serait équivalente tant au plan économique que fonctionnel, tel ne serait pas le cas pour les autres œuvres, à tout le moins pour les livres numériques (CJUE, gde ch., 19 déc. 2019, *Tom Kabinet*, préc., pts 57-58). La Cour de cassation reprend cet argument pour approuver la cour d'appel d'avoir relevé qu'« *à la différence d'un programme d'ordinateur destiné à être utilisé jusqu'à son obsolescence, le jeu vidéo se retrouve rapidement*

sur le marché une fois la partie terminée et peut, contrairement au logiciel, être encore utilisé par de nouveaux joueurs plusieurs années après sa création » (pt 14). On peut s'interroger sur l'application de ce raisonnement au jeu vidéo. Le pourvoi faisait valoir que « s'agissant du marché des copies de jeux vidéo, ou marché de l'occasion, il n'existe aucune différence selon que la copie est faite à partir d'un support matériel ou à partir d'internet ». De longue date, l'acquéreur du support physique d'un jeu vidéo peut le revendre après avoir fini la partie. Le support, fait pour durer dans le temps, n'a guère perdu de valeur (notamment pour un DVD ou Blu-ray). Il faut ajouter, au plan économique, que les éditeurs ont allongé la durée de vie des jeux vidéo grâce à des extensions, à de modes multijoueur, ou encore, dans une logique économique, accompagné le jeu de services ou achats intégrés (selon le syndicat des éditeurs de logiciels de loisirs, en 2023, la vente de jeux dématérialisés représente 24% du chiffre d'affaires quand les contenus additionnels représentent 50%, v. SELL, Bilan du marché français 2023). Certes, pour que l'épuisement fonctionne, il faudrait que l'utilisateur n'ait plus à sa disposition le jeu. La difficulté avait été soulevée dans les arrêts *Usedsoft* ; la Cour de Justice décidait que l'utilisateur devait rendre sa copie inutilisable (CJUE, gr. ch., 3 juill. 2012, *Usedsoft*, préc., pt 70). Or, les jeux vendus par Valve le sont par l'intermédiaire du logiciel Steam qui permet déjà à l'utilisateur de supprimer définitivement des jeux de son compte.

B. – POUR UNE THÉORIE DE L'ÉPUISEMENT SUR LES FICHIERS

13. Qualification du contrat. Si les rédacteurs du traité sur le droit d'auteur de l'OMPI du 20 décembre 1996, qui a inspiré le droit de distribution et son épuisement, préféraient voir dans la diffusion d'œuvres sur internet une communication au public non susceptible d'épuisement, la consommation d'œuvres a depuis fortement changé compte tenu du développement d'internet et l'on peut s'interroger sur la pertinence de cette affirmation. Au plan contractuel, lorsque l'utilisateur conclut avec la plateforme, il paraît bien acheter un exemplaire du jeu vidéo. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment qualifié de vente la mise à disposition d'un exemplaire d'un logiciel et la conclusion d'une licence d'utilisation permanente (Cass. com., 6 mars 2024, 3 arrêts, n° 22-23.657 ; n° 22-18.818 et n° 22-22.651 : CCE 2024, comm. 42, obs. P. Kamina ; D. IP/IT 2024, p. 526, obs. P-Y. Gautier ; propr. intell. 2024, n° 91, p. 40, obs. A. Lucas ; RDC 2024/3, p. 34, obs. J.-M. Bruguière et p. 39 obs. J. Huet ; RLDI 2024, n° 216, p. 5, obs. J. Groffe-Charrier). Elle suivait en cela l'analyse tenue par la Cour de Justice (CJUE, gr. ch., 3 juill. 2012, *Usedsoft*, préc., pt 48). S'agissant précisément d'une vente, impliquant un transfert de propriété de l'exemplaire, il n'est pas certain que le droit de communication au public soit seul en cause ni qu'il faille refuser le droit de le revendre (sur

les divergences de qualification entre le droit civil et le droit d'auteur, v. V. Varet, « Droit d'auteur et dématérialisation », in *Mél. J. Huet*, LGDJ, 2017, p. 377. – Adde L. Grynbaum, C. Le Goffic et L. Pailler, *Droit des activités numériques*, Dalloz, 2^e éd., 2023, n° 511). C'est d'ailleurs ce qu'avait mentionné la Cour de Justice dans l'arrêt *Usedsoft* (pt 52 : « l'existence d'un transfert du droit de propriété transforme l'acte de communication au public », prévu à l'article 3 de [la directive n° 2001/29], en un acte de distribution visé à l'article 4 de ladite directive »). C'est aussi, semble-t-il, l'approche américaine pour les œuvres en général (S. Beghe et L. Cohen-Tanugi, « Droit d'auteur et copyright face aux technologies numériques : comparaisons transatlantique », *Legipresse* 2001, n° 178, II, p. 1, spéc. p. 3. – P. Kamina, *Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles*, t. 1, 2^e éd., 2024, n° 227).

14. Théorie de l'épuisement. Il ne faut pas oublier qu'à l'origine, l'épuisement des droits permet de concilier la propriété intellectuelle et le droit de propriété de l'utilisateur sur l'exemplaire, mais aussi d'assurer la libre circulation des marchandises (A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, n° 274. – M. Trampuž, « Oracle sur l'épuisement du droit d'auteur européen », *RIDA* juill. 2016, p. 154, spéc. p. 166 et s.). La difficulté tient à ce que l'immatérialité met à mal la distinction classique en droit d'auteur de l'œuvre et du support. Si la règle vise le support matériel (CPI, art. L. 111-3), on ne saurait, croyons-nous, en tirer prétexte pour rejeter l'indépendance de l'œuvre et du fichier numérique, lesquels doivent aussi être distingués (en ce sens également, N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. manuel, 8^e éd. 2024, n° 17). La doctrine a d'ailleurs admis que le fichier soit l'objet d'un droit de propriété (É. Treppoz, « La propriété du support d'une œuvre. – D'une propriété limitée vers une propriété flottante », *Cah. dr. de l'entreprise* 2015, dossier 51). Il ne faut pas oublier non plus que l'indépendance de l'œuvre et du support ne va pas de soi et n'a été consacrée que par une loi du 9 avril 1910 pour éviter certains excès. Le droit romain peinait à distinguer l'œuvre de son support et résolvait le conflit de propriété sur le terrain de l'accession (J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd. 2010, n° 376). Le droit français au XIX^e siècle considérait que le transfert du support entraînait le transfert des droits d'auteur (Cass. ch. réunies, 27 mai 1842 : *DP* 1842, 1, p. 297). Il ne faudrait pas aboutir à l'excès inverse consistant à faire systématiquement primer le droit d'auteur en présence de fichiers. Il faut ajouter que la neutralité technologique milite en faveur d'un épuisement immatériel, de même que la construction d'un marché unique numérique.

Critères de sélection : Décision médiatique / Portée doctrinale