

Note d'observations

La copie d'une œuvre téléchargée sur Internet ne peut être « revendue », et la jurisprudence *UsedSoft* doit donc être cantonnée aux programmes d'ordinateur

L'arrêt annoté⁽¹⁾ montre combien des situations de prime abord identiques peuvent parfois recevoir un traitement juridique radicalement différent. Dans l'affaire *Tom Kabinet*, la Cour de justice de l'Union européenne décide en effet, en substance, que le titulaire des droits d'auteur qui a mis sur le marché un *livre électronique* (e-book) peut en interdire la circulation ultérieure⁽²⁾.

Dans son précédent arrêt *UsedSoft*, du 3 juillet 2012, la Cour avait pourtant jugé le contraire en ce qui concerne des copies de *programme d'ordinateur*, consacrant de ce fait la légitimité d'un marché de l'occasion pour ce type de biens⁽³⁾ électroniques⁽⁴⁾.

Quelles sont les raisons avancées par la Cour pour justifier une telle différence de traitement du point de vue du droit d'auteur européen ? Telle est la question abordée par la présente contribution. Après un retour sur les faits de la cause et sur les questions posées à la Cour (I) on se penchera sur les motifs de la décision (II), avant de pointer quelques questions demeurant en suspens (III).

I. Les faits de la cause et la question essentielle déferée à la Cour

La société de droit néerlandais Tom Kabinet propose sur son site web un service en ligne payant consistant en un marché virtuel de livres électroniques « d'occasion » (« Le Club de lecture »)⁽⁵⁾.

Pour ce faire, Tom Kabinet télécharge lesdits livres électroniques « d'occasion » depuis le site des titulaires des droits d'auteur ou de leurs licenciés (les « marchands » autorisés), au moyen de clefs de téléchargement reçues de ces derniers ou acquises auprès des membres du Club de lecture (le cas échéant

(1). C.J. (gde ch.), arrêt *Nederlands Uitgeververbond et Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV e.a.* dit *Tom Kabinet*, 19 décembre 2019, C-263/18, EU:C:2019:1111.

(2). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 74.

(3). La « copie » du programme accède en effet, à travers cette jurisprudence, au statut de bien juridique ; elle est l'objet d'un transfert de propriété, une propriété immatérielle mais non intellectuelle : voy. B. VANBRABANT, *La Propriété Intellectuelle*, t. I, *Nature juridique*, Bruxelles, Larcier, 2018, note 757 ; voy. égal. B. VANBRABANT, *La Propriété Intellectuelle*, t. II, *Régime Patrimonial*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 980.

(4). C.J. (gde ch.), arrêt *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, dit *UsedSoft*, 3 juillet 2012, C-128/11, EU:C:2012:407, § 89.

(5). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), §§ 21-24.



en échange de « crédits »)⁽⁶⁾. Dans le second cas, les membres doivent préalablement attester sur l'honneur de l'effacement de leur propre copie numérique du livre électronique concerné. Tom Kabinet ne met toutefois en place aucune mesure technique pour s'assurer de la réalité de cette destruction⁽⁷⁾.

Les membres du Club de lecture peuvent par ailleurs parcourir la bibliothèque numérique de Tom Kabinet et y acquérir, par voie de téléchargement *payant* (éventuellement en utilisant les crédits précités), une copie numérique des livres électroniques qui suscitent leur intérêt⁽⁸⁾.

Diverses organisations néerlandaises de défense des droits d'auteur assignèrent en justice Tom Kabinet, lui faisant grief de violer les droits exclusifs de distribution, de communication au public et/ou de reproduction de leurs membres⁽⁹⁾. Pour contester l'existence d'une atteinte, Tom Kabinet fit valoir de son côté que, en mettant sur le marché ou en autorisant la mise sur le marché des livres électroniques, les titulaires ont *épuisé* leur droit exclusif de distribution, selon la jurisprudence *UsedSoft* rendue en matière de programmes d'ordinateur⁽¹⁰⁾.

C'est dans ce contexte que le juge néerlandais saisit la Cour de plusieurs questions préjudicielles, dont la principale revient à déterminer si la fourniture par téléchargement, pour un usage permanent, d'un livre électronique constitue un acte de « distribution » (au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 2001/29)⁽¹¹⁾ ou si une telle fourniture relève de la notion de « communication au public » (au sens de l'article 3, paragraphe 1^{er}, de cette directive), l'enjeu de cette question étant de savoir si une telle fourniture est soumise à la règle d'épuisement du droit de distribution prévue à l'article 4, paragraphe 2, de ladite directive ou, au contraire, échappe à une telle règle en sorte que le titulaire peut faire obstacle à la revente du livre téléchargé⁽¹²⁾. En somme, convenait-il de généraliser la jurisprudence *UsedSoft* qui, en matière de programme d'ordinateurs, a consacré la notion d'épuisement « en ligne »⁽¹³⁾ ?

(6). *Ibid.*, § 24.

(7). *Ibid.*

(8). *Ibid.*, § 25.

(9). *Ibid.*, § 29.

(10). Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, § 67.

(11). 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, *J.O.U.E.*, L 167, 22 juin 2001.

(12). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 33.

(13). C.J. (gde ch.), *UsedSoft* (préc.), § 72 : « Sur le fondement de tout ce qui précède, il y a lieu de répondre à la deuxième question posée que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24 doit être interprété en ce sens que le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est épuisé si le titulaire du droit d'auteur, qui a autorisé, fût-il à titre gratuit, le téléchargement de cette copie sur un support informatique au moyen d'Internet, a également conféré, moyennant le paiement d'un prix destiné à lui permettre d'obtenir

La réponse à cette question de droit d'auteur européen devait avoir un impact considérable sur le marché du livre électronique, mais au-delà aussi d'autres contenus numériques culturels, ce qui justifiait de toute évidence une décision en Grande Chambre⁽¹⁴⁾.

II. La décision de la Cour

Par son arrêt du 19 décembre 2019, la Cour dit pour droit que la fourniture au public par téléchargement, pour un usage permanent, d'un livre électronique relève de la notion de « *communication au public* » et, plus particulièrement, de celle de « mise à disposition du public de l'œuvre de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »⁽¹⁵⁾. Le titulaire des droits d'auteur a dès lors le *droit d'empêcher* cette mise à disposition par Tom Kabinet, nonobstant le fait qu'il a lui-même initialement autorisé la mise à disposition du livre électronique sur son site web ou celui de son licencié, car cette mise à disposition ne constitue pas un acte de distribution soumis à la règle de l'épuisement⁽¹⁶⁾.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour confirme d'abord que les livres électroniques ne sont pas des programmes d'ordinateur, en sorte qu'ils relèvent de la directive 2001/29 plutôt que de la *lex specialis* que constitue la directive 2009/24⁽¹⁷⁾ (A). La Cour écarte ensuite l'analyse selon laquelle la mise en ligne à des fins de téléchargement constituerait une forme de « distribution » des exemplaires de l'œuvre (B), et expose les raisons pour lesquelles il s'agit plutôt d'une communication au public (C).

II.A. LES LIVRES ÉLECTRONIQUES NE SONT PAS DES PROGRAMMES D'ORDINATEUR

Les livres électroniques sont des œuvres numériques complexes. Ils réunissent, d'une part, une œuvre littéraire, soit le texte qui apparaît à l'écran, et d'autre part, une œuvre logicielle, soit le code qui permet de faire apparaître ce texte à l'écran⁽¹⁸⁾. Il importe donc de déterminer si les livres électroniques doivent

une rémunération correspondant à la valeur économique de la copie de l'œuvre dont il est propriétaire, un droit d'usage de ladite copie, sans limitation de durée ».

(14). C'était déjà en grande chambre qu'avait été décidée l'affaire *UsedSoft*.

(15). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 72.

(16). Art. 3, § 3, de la directive 2001/29.

(17). Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.U.E.*, L 111, 5 mai 2009.

(18). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 59.



être appréhendés comme des œuvres littéraires au sens strict, comme des programmes d'ordinateur... ou comme les deux. La réponse à cette question revêt une importance particulière dans la mesure où les programmes d'ordinateur, bien qu'ils soient protégés par le droit d'auteur, répondent à certaines règles, prévues par la directive 2009/24, qui dérogent, dans une certaine mesure, au droit d'auteur commun harmonisé (partiellement) par la directive 2001/29.

Dans son arrêt *Nintendo*, la Cour avait déjà jugé que la protection accordée à un *jeu vidéo*, soit une œuvre complexe comprenant des éléments logiciels et d'autres éléments créatifs (sons, graphismes, texte), devait être exclusivement déterminée sur la base de la directive 2001/29⁽¹⁹⁾.

Dans l'affaire commentée, la Cour transpose ce raisonnement aux livres électroniques, ce qui lui permet de répondre aux questions préjudicielles posées à la lumière de cette directive générale et de s'écarter, non sans en expliquer les raisons, de la solution consacrée par son arrêt *UsedSoft* rendu sur pied de la directive 2009/24⁽²⁰⁾.

II.B. LE DROIT DE DISTRIBUTION NE CONCERNE PAS LES COPIES D'ŒUVRES (AUTRES QUE LOGICIELLES) NON FIXÉES SUR UN SUPPORT TANGIBLE

Conformément à l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 2001/29, le titulaire des droits d'auteur sur une œuvre dispose du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public « de l'original ou de copies » de cette œuvre⁽²¹⁾.

Conformément à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29, le droit de distribution est épuisé, et son titulaire ne peut plus s'en prévaloir, dès l'instant où son « objet » a donné lieu à une vente ou un autre transfert de propriété, dans l'espace économique européen, par ou avec le consentement de ce titulaire⁽²²⁾.

Pour justifier de la légalité de son *business model*, Tom Kabinet avançait un raisonnement en trois temps. Premièrement, il suggérait d'interpréter l'article 4 de la directive 2001/29 en ce sens que la mise à disposition de copies digitales de livres électroniques, par voie de téléchargement payant, pour une durée illimitée, constitue un acte de *distribution*. Dans un second temps, il faisait valoir

(19). C.J., arrêt *Nintendo Co. Ltd e.a. c. PC Box Srl et 9Net Srl*, dit *Nintendo*, 23 janvier 2014, C-355/12, EU:C:2014:25, § 23. Voy. aussi M. SAVI, « The legality of resale of digital content after UsedSoft in subsequent German and CJEU case law », *E.I.P.R.*, 2015, 37, Issue 7, pp. 418 et 424.

(20). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 59.

(21). Art. 4, § 1^{er}, de la directive 2001/29.

(22). Art. 4, § 2 de la directive 2001/29.



que, dès lors que cette mise à disposition avait été initialement réalisée par le titulaire des droits d'auteur ou avec son consentement (sur un site marchand autorisé), le droit exclusif de distribution était *épuisé*. Dans un troisième temps, il soutenait qu'en cas d'épuisement du droit de distribution, le droit de *reproduction* ne saurait faire obstacle à la revente de copies numériques de livres électroniques selon le modèle attaqué (qui implique certaines reproductions « accessoires »). Ce raisonnement reposait donc essentiellement sur l'application du droit de distribution⁽²³⁾.

L'arrêt commenté repousse cette argumentation, considérant que le droit de distribution n'est en cause que lorsque la copie de l'œuvre commercialisée se trouve sur un support *tangible* ; dans le cas d'espèce, où les œuvres ont été mises à disposition d'un membre du public par la voie d'un téléchargement, soit en l'absence de support tangible, il n'est pas question de distribution ni, partant, d'épuisement⁽²⁴⁾.

Pour aboutir à cette conclusion – qu'une lecture attentive des arrêts *Allposters* et *VOB* permettait d'anticiper⁽²⁵⁾ – la Cour interprète la directive 2001/29 à la lumière du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1), se penche sur les travaux préparatoires de la directive (2) et met surtout en avant la nécessité d'assurer aux auteurs une rémunération appropriée (3).

1) La prise en compte du Traité sur le droit d'auteur

Selon une jurisprudence constante, les textes de droit de l'Union doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, en particulier lorsque lesdits textes visent précisément à mettre en œuvre un accord international conclu par l'Union européenne⁽²⁶⁾.

D'après son considérant 15, la directive 2001/29 vise en particulier à mettre en œuvre, dans le droit de l'Union européenne, les obligations contractées par celle-ci dans le cadre du Traité de l'OMPI⁽²⁷⁾ sur le droit d'auteur (TDA)⁽²⁸⁾.

(23). Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, 20.

(24). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), §§ 31-59.

(25). C.J., arrêt *Art & Allposters International BV c. Stichting Pictoright*, dit *Allposters*, 22 janvier 2015, C-419/13, EU:C:2015:27, §§ 34-40 ; C.J., arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, 10 novembre 2016, C-174/15, EU:C:2016:856, § 34 ; voy. aussi M. SAVI, « The legality of resale of digital content after *UsedSoft* in subsequent German and CJEU case law », *op. cit.*, pp. 424-427. Voy. M. FICSOR, « *Tom Kabinet* : the question of 'online exhaustion' in the shadow of *UsedSoft* and *VOB* and in the light of *ReDigi* and *Allposters* », 29 mars 2019, <http://www.copyrightseesaw.net/en/papers> (consulté le 2 mars 2020), p. 30, qui en conclut que les questions posées par la juridiction de renvoi relevaient de l'acte clair ou éclairé.

(26). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 38, et les références citées.

(27). Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

(28). Traité adopté à Genève le 20 décembre 1996. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 39, et les références citées.



Les dispositions de la directive 2001/29 doivent donc être interprétées, dans toute la mesure du possible, de manière conforme aux dispositions du TDA⁽²⁹⁾. Or, les déclarations communes sous l'article 6 de ce traité énoncent que les notions « d'original » et « d'exemplaires » doivent être interprétées comme faisant exclusivement référence à des biens tangibles⁽³⁰⁾.

Il est intéressant de noter que la Cour n'avait eu aucun égard à cette indication du TDA dans son arrêt *UsedSoft*⁽³¹⁾. Il est permis de se demander quelle en est la raison. Une première explication possible réside dans le fait que le TDA n'a été ratifié par l'Union qu'après l'adoption de la directive 91/250 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée à droit constant par la directive 2009/24, en sorte que les dispositions du droit de l'Union à interpréter n'avaient pas pour objet de mettre en œuvre les dispositions du TDA⁽³²⁾. Néanmoins, il est permis de se demander si la solution consacrée en matière de programmes d'ordinateur par l'arrêt *UsedSoft* n'est pas en porte-à-faux par rapport au TDA⁽³³⁾. Question assez théorique car, quand bien même la Cour aurait méconnu le TDA, cette violation devrait demeurer sans conséquence dès lors que ni l'Accord ADPIC⁽³⁴⁾, dont ce dernier impose le respect, ni la Convention de Berne⁽³⁵⁾, n'impose une solution déterminée en matière d'épuisement⁽³⁶⁾ ; une procédure à l'encontre de l'Union européenne devant l'organe de règlement des différends de l'OMC, en vue de forcer un renversement de la jurisprudence *Usedsoft*, est ainsi exclue.

(29). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 39.

(30). *Ibid.*, § 40.

(31). E. F. SCHULZE, « Resale of Digital Content Such as Music, Films or eBooks under European Law », *E.I.P.R.*, 2014, Issue 1, p. 11.

(32). E. LINKLATER, « *UsedSoft* and the Big Bang Theory : Is the e-Exhaustion Meteor about to Strike ? », *J.I.P.I.T.E.C.*, 2014, 5, Issue 12, p. 15, n° 19 ; R. M. HILTY, « 'Exhaustion' in the digital age », Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 15-09, p. 11 (<http://ssrn.com/abstract=2689518>, dernière consultation le 2 mars 2020).

(33). Voy., en ce sens, E. LINKLATER, « *UsedSoft* and the Big Bang Theory : Is the e-Exhaustion Meteor about to Strike ? », *op. cit.*, nos 17-21 et 32.

(34). Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC), Annexe 1 C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994.

(35). Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (modifiée le 28 septembre 1979). Une violation du TDA, postérieur à l'Accord ADPIC, ne saurait en revanche fonder un recours devant l'OMC.

(36). Cf. not. l'article 6 de l'Accord ADPIC : « Aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent accord, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4, aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle ».



2) *La prise en compte des travaux préparatoires de la directive 2001/29*

Les travaux préparatoires de la directive 2001/29, comme du reste l'organisation de ses dispositions, révèlent la volonté du législateur européen de *distinguer* la distribution classique de supports tangibles contenant une copie de l'œuvre (le cas échéant en format numérique) des autres formes d'exploitation, en particulier la « mise à la disposition du public des œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » ; dans ce second cas, ce n'est pas le droit de distribution (art. 4 directive 2001/29) qui est en cause mais bien le droit de communication au public (art. 3)⁽³⁷⁾.

Dans le cadre de la directive 2009/24 sur la protection des programmes d'ordinateur, au contraire, les dispositions pertinentes font ressortir la volonté du législateur *d'assimiler* copies matérielles et immatérielles de logiciels⁽³⁸⁾.

3) *La volonté d'assurer aux auteurs une rémunération adaptée à l'exploitation de leurs œuvres*

Le droit d'auteur a pour objectif d'assurer à son titulaire une rémunération du fait de l'exploitation de son œuvre ; la perspective de cette rémunération est censée encourager les efforts créateurs et les investissements dans les secteurs créatifs, dans l'intérêt de la collectivité⁽³⁹⁾.

Dans cette perspective utilitariste, deux éléments conduisent à retenir une interprétation stricte du droit de distribution, ne couvrant pas les copies d'œuvres téléchargées en ligne.

Premièrement, la directive 2001/29 souligne que l'harmonisation du droit d'auteur à l'échelle européenne doit se fonder sur un *niveau élevé de protection*⁽⁴⁰⁾. Dans cette mesure, il est logique de favoriser une interprétation large de la notion de « communication au public », laquelle fait l'objet d'un droit exclusif à plusieurs coups (chaque fois qu'un nouveau public est susceptible d'être atteint), et une interprétation plus restrictive de la notion de « distribution », qui fait l'objet d'un droit exclusif à détente unique⁽⁴¹⁾.

(37). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), §§ 42-45.

(38). *Ibid.*, § 55 ; C.J. (gde ch.), *UsedSoft* (préc.), §§ 57-58.

(39). Voy. le considérant 10 de la directive 2001/29.

(40). Voy. les considérants 4 et 9 de la directive 2001/29.

(41). Selon l'expression du Professeur Lucas. Cf. A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, LITEC, 1998, n° 277. Voy. par ailleurs les considérants 23, 25, 28 et 29 de la directive 2001/29.



Deuxièmement, il convient de préserver la faculté de l'auteur de contrôler l'exploitation de ses œuvres et partant de lui assurer une *rémunération* qui tienne compte de l'*étendue* de cette *exploitation*⁽⁴²⁾.

Or, si l'article 4 de la directive 2001/29 était interprété en ce sens que la notion de « distribution » inclut la mise à disposition de copies d'œuvres sous forme immatérielle, par voie de téléchargement, la conséquence de la règle de l'épuisement, à laquelle est soumis le droit de distribution, serait qu'une fois autorisé un premier téléchargement, la copie électronique de l'œuvre, téléchargée, pourrait être librement revendue un nombre de fois indéterminé, sans que ces actes de revente ne donnent lieu à de nouvelles rémunérations.

Ces copies digitales téléchargées initialement avec le consentement de l'auteur, qui auraient le statut de livres électroniques « d'occasion », seraient vraisemblablement commercialisées à un prix inférieur au prix des livres électroniques « neufs », c'est-à-dire ceux mis à disposition aux fins de téléchargement par le titulaire des droits d'auteur ou son licencié⁽⁴³⁾. Cependant, les livres « d'occasion » présentent la *même qualité* que les livres électroniques « neufs », puisque la qualité de copies numériques ne diminue pas au gré de l'usage qui en est fait, à la différence de la qualité d'un livre classique passant de mains en mains⁽⁴⁴⁾ ; il s'agit de « substituts parfaits des copies neuves »⁽⁴⁵⁾.

En outre, il serait particulièrement aisé pour les acquéreurs de « revendre » leur copie numérique dès leur lecture terminée, ce qui multiplierait le nombre de reventes, d'utilisateurs et d'utilisations de l'œuvre⁽⁴⁶⁾. La rémunération « appropriée », calculée par le titulaire des droits d'auteur en fonction du nombre de ventes ou d'utilisations attendues de la copie de son œuvre lors de sa mise à la disposition payante du public, devrait donc être sensiblement revue à la hausse⁽⁴⁷⁾. Le marché primaire verrait son attractivité réduite, au profit du

(42). Voy. not. C.J., arrêt *Metronome Musik GmbH et Music Point Hokamp GmbH*, 28 avril 1998, C-200/96, EU:C:1998:172, § 16 (droit de location) ; C.J., arrêt *VEWA c. Belgische Staat*, 30 juin 2011, C-271/10, EU:C:2011:442, §§ 35-39 (droit de prêt public).

(43). Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, § 18 ; E. F. SCHULZE, « Resale of Digital Content Such as Music, Films or eBooks under European Law », *op. cit.*, p. 13.

(44). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 58 ; Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, § 89 ; E. F. SCHULZE, « Resale of Digital Content Such as Music, Films or eBooks under European Law », *op. cit.*, p. 13 ; R. M. HILTY, « 'Exhaustion' in the digital age », *op. cit.*, p. 15 ; comp. C.J. (gde ch.), *UsedSoft* (préc.), 61.

(45). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 58.

(46). *Ibid.* ; Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, § 91.

(47). F. HAFENBRÄDL, R. M. HILTY et K. KÖKLÜ, « Software Agreements : Stocktaking and Outlook – Lessons from the *UsedSoft v. Oracle* Case from a Comparative Law Perspective », *I.I.C.*, 2013, 44, Issue 3, pp. 287-290, n° 5.2, faisant référence au calcul de la rémunération appropriée sur la base de la durée de vie attendue de l'exemplaire de son œuvre par le titulaire des droits d'auteur (« *Secondly, the rightholder must have obtained an appropriate remuneration from his first contractual partner which typically covers the expected useful life* »).



marché secondaire. Les revenus des auteurs diminueraient en conséquence, petit à petit, jusqu'à ce que ceux-ci finissent par abandonner leur plume à leur encrier numérique, en contrariété avec les objectifs de protection élevée et de rémunération incitante poursuivis par la directive 2001/29⁽⁴⁸⁾. C'est en considération de ces conséquences économiques potentielles que la Cour, à notre estime à juste titre, arrive à la conclusion qu'il est préférable de s'en tenir à une interprétation classique du droit de distribution consacré à l'article 4 de cette directive et donc de rattacher l'opération de téléchargement au droit de communication public, impliquant une nouvelle autorisation et une nouvelle rémunération potentielle à chaque élargissement du public concerné⁽⁴⁹⁾.

Dans le domaine des *programmes d'ordinateur*, cet argument d'ordre économique n'a pas fait obstacle à la consécration de « l'épuisement en ligne ». La Cour avait en effet considéré, dans son arrêt *UsedSoft*, que la rémunération perçue par le titulaire des droits d'auteur au titre de la distribution en ligne d'un logiciel demeure appropriée nonobstant la revente de la copie numérique⁽⁵⁰⁾.

La différence de régime, entre la distribution en ligne de logiciels et celle d'autres types d'œuvres, peut être expliquée par la différence de nature entre ces deux types de créations.

D'une part, comme l'a relevé l'avocat général Szpunar, « en tant qu'outils appartenant à un secteur dans lequel le progrès technique est particulièrement rapide, les programmes d'ordinateur ont tendance à vieillir vite, et ce malgré les éventuelles mises à jour. Si donc l'utilisateur souhaite revendre sa copie d'un programme d'ordinateur, on peut supposer qu'elle n'a pour lui plus d'utilité et cela souvent du fait de sa (relative) obsolescence. Il sera donc également moins utile d'acquérir un programme d'occasion que d'acquérir un programme neuf, techniquement pleinement à jour. [...] En revanche, les œuvres littéraires, musicales ou cinématographiques sans support matériel gardent pleinement leur utilité, nonobstant le temps qui passe et le nombre d'acquéreurs successifs. Ainsi, un marché des copies immatérielles d'occasion d'œuvres, littéraires et autres, risque d'affecter beaucoup plus fortement les intérêts des titulaires des droits d'auteur que le marché d'occasion des programmes d'ordinateur »⁽⁵¹⁾.

D'autre part, l'acquéreur d'un logiciel prévoit, en général, de l'utiliser jusqu'à son obsolescence, ou à tout le moins *de manière durable*, à la différence d'un

(48). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 58 ; voy. aussi J. CABAY, « L'épuisement en ligne du droit d'auteur, Pérégrinations le long des frontières américaines et européennes du droit de distribution », *A&M*, 2013/5, p. 317, n° 11.b.

(49). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 72.

(50). C.J. (gde ch.), *UsedSoft* (préc.), § 63.

(51). Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, § 62.

livre (ou d'un film), dont l'acquéreur se désintéressera généralement après sa première lecture⁽⁵²⁾. L'acquéreur d'un logiciel n'a donc généralement pas de raison de s'en débarrasser au cours de la durée de vie utile de cet outil. Le titulaire des droits d'auteur sur le programme d'ordinateur est conscient de cette donnée et fixe, en conséquence, un prix de vente qui correspond à l'utilisation du logiciel pour toute sa durée de vie, sauf à proposer un modèle alternatif ou le programme est simplement donné en licence pour une durée limitée (par exemple un an). Dans le modèle classique, de « vente », si une copie change de mains – sans augmentation du nombre de copies en circulation –, le titulaire des droits d'auteur n'en est pas particulièrement affecté car il a déjà obtenu une *rémunération appropriée* (à une utilisation prolongée)⁽⁵³⁾. Aucune raison économique impérieuse ne justifie dès lors de reconnaître au titulaire des droits d'auteur la faculté de contrôler les reventes ultérieures des copies licites du logiciel⁽⁵⁴⁾. Dans le contexte de la directive 2009/24, la Cour, non sans une certaine audace, a dès lors pu consacrer une interprétation moderne et extensive du droit de distribution couvrant les copies téléchargées en ligne sous licence ; ce faisant, la Cour a permis, ou consolidé, l'émergence d'un marché secondaire des logiciels « d'occasion »⁽⁵⁵⁾. La situation est tout autre s'agissant d'un livre numérique (ou d'un film) car l'acquéreur de celui-ci aura toutes les raisons d'en disposer à titre onéreux aussitôt qu'il en aura achevé la lecture (et tiré de ce fait l'essentiel de l'utilité que le livre peut lui procurer).⁽⁵⁶⁾ Et l'on peut s'attendre à ce que ce processus de revente se répète de nombreuses fois et à brefs intervalles, ce qui portera inmanquablement atteinte aux prévisions du titulaire des droits d'auteur⁽⁵⁷⁾ et à la prospérité du marché primaire⁽⁵⁸⁾.

(52). *Ibid.*, § 91 ; voy. aussi J. CABAY, « L'épuisement en ligne du droit d'auteur, Pérégrinations le long des frontières américaines et européennes du droit de distribution », *op. cit.*, p. 318, n° 11.b.

(53). F. HAFENBRÄDL, R. M. HILTY et K. KÖKLÜ, « Software Agreements : Stocktaking and Outlook – Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective », *op. cit.*, pp. 280-282, n° 4.4.

(54). *Ibid.*

(55). C.J. (gde ch.), *UsedSoft* (préc.), §§ 35-72.

(56). Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, § 91 ; voy. aussi J. CABAY, « L'épuisement en ligne du droit d'auteur, Pérégrinations le long des frontières américaines et européennes du droit de distribution », *op. cit.*, p. 318, n° 11.b

(57). De ce point de vue, on ne peut s'empêcher de songer au « droit de destination » reconnu à l'occasion par la jurisprudence belge et française pour permettre au titulaire de contrôler l'usage qui est fait d'exemplaires (tangibles, dans la jurisprudence existante) de son œuvre (voy. not. P. CAMPOLINI et B. MICHAUX, « Le droit de destination : un appendice davantage qu'un droit spécifique », note sous Anvers, 29 mars 2010, *A&M*, 2010/5-6, pp. 494-503). On constate que la Cour de justice se garde bien de consacrer l'existence d'une telle prérogative, non consacrée par la législation européenne (cf. B. VANBRABANT, *La Propriété Intellectuelle*, t. I, *Nature juridique*, *op. cit.*, pp. 189 et s.) même si la logique économique qui sous-tend le raisonnement de la Cour (cf. ci-dessus et *infra*, à propos du droit de communication au public) se retrouve dans la doctrine du droit de destination.

(58). Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, §§ 90-91.



Cette double différence de nature, entre les logiciels et les livres électroniques (et au-delà de nombreuses autres œuvres de nature culturelle) explique, au-delà des divergences observées entre les deux directives concernées, pourquoi l'épuisement en ligne a été consacré dans le domaine des programmes d'ordinateur mais non dans le droit d'auteur commun. Dans ce droit commun, la mise à disposition de copies d'œuvres par téléchargement relève du droit de communication au public et non du droit de distribution.

II.C. LA MISE À DISPOSITION (DE COPIES) D'ŒUVRES MOYENNANT TÉLÉCHARGEMENT : UNE FORME DE COMMUNICATION AU PUBLIC

Eu égard à tous les éléments qui précèdent, la Cour consacre, dans l'arrêt commenté, une interprétation classique du droit de distribution prévu à l'article 4 de la directive 2001/29, en excluant de son champ d'application la mise à disposition de copies d'œuvres non fixées sur un support tangible.

Dans la mesure où les autres questions préjudicielles du juge néerlandais reposaient sur le postulat, erroné, de l'application du droit de distribution⁽⁵⁹⁾, la Cour s'abstient d'y répondre⁽⁶⁰⁾.

En revanche, la Cour prend la liberté d'attirer l'attention du juge de renvoi sur l'erreur qu'il a commise en écartant, *in casu*, l'application du droit de communication au public⁽⁶¹⁾. À cet égard, la Cour se fonde sur la jurisprudence qu'elle a élaborée au cours des dernières années au sujet de la portée de l'article 3 de la directive 2001/29⁽⁶²⁾.

(59). Comp. les nombreuses décisions en sens contraire (absence d'épuisement) rendues en Allemagne : BGH, I ZR 178/08, *Half-Life 2*, 11 février ; Landgericht Berlin, 15 O 56/13, *Valve*, 21 janvier ; Oberlandesgericht Stuttgart, 2 U 49/11, 3 novembre 2011 (confirmant Landgericht Stuttgart, 17 O 513/10, 14 avril 2011) ; Landgericht Bielefeld, 5 mars 2013, Az. 4 O 191/11 ; Oberlandesgericht Hamm, 15 mai 2014, 22 U 60/13 ; Oberlandesgericht Hamburg, 20 septembre 2011, 312 O 414/10. Ces différentes décisions sont citées (notamment) par M. SAVI, « The legality of resale of digital content after UsedSoft in subsequent German and CJEU case law », *op. cit.*, notes 41, 49, 58, 59, 68 et 69.

(60). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 73.

(61). *Ibid.*, § 60.

(62). *Ibid.*, §§ 60-72, qui font notamment référence, par renvois successifs, aux arrêts suivants : C.J., arrêt *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA*, 7 décembre 2006, C-306/05, EU:C:2006:764 ; C.J. (gde ch.), arrêt *Football Association Premier League Ltd e.a. c. QC Leisure e.a. et Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd*, 4 octobre 2011, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631 ; C.J., arrêt *Circ & Variete Globus Bucuresti c. UCMR – ADA*, 24 novembre 2011, C-283/11, EU:C:2011:772 ; C.J., arrêt *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*, 15 mars 2012, C-135/10, EU:C:2012:140 ; C.J., arrêt *Phonographic Performance (Ireland) Ltd c. Irlande et Attorney General*, 15 mars 2012, C-162/10, EU:C:2012:141 ; C.J., arrêt *ITV Broadcasting Ltd e.a. c. TVCatchup Ltd*, 7 mars 2013, C-607/11, EU:C:2013:147 ; C.J., arrêt *Nils Svensson e.a. c. Retriever Sverige AB*, 13 février 2014, C-466/12, EU:C:2014:76 ; C.J., *OSA*, 27 février 2014, C-351/12, EU:C:2014:110 ; C.J., ordonnance *BestWater International GmbH c. Michael Mebes*



Elle expose d'abord que le droit de communication au public couvre la mise à disposition, sur un site web, d'une copie numérique d'un livre électronique en vue de son téléchargement.

Rappelant la nécessité, d'une part, d'un acte de « *communication* » – prenant ici la forme d'un acte de « mise à disposition », soit un acte permettant au public concerné d'accéder à l'objet protégé tant de l'endroit qu'au moment que chacun choisit individuellement, sans qu'il soit déterminant que les personnes composant ce public utilisent ou non cette possibilité –, et d'autre part, de l'existence d'un « public », la Cour identifie la présence de l'une et l'autre⁽⁶³⁾. Tom Kabinet effectue bien une communication des œuvres en mettant une copie de celles-ci à disposition des membres du Club de Lecture, de manière à ce qu'ils puissent y avoir accès de l'endroit et au moment qu'ils choisissent ; il importe peu que les bénéficiaires de cet accès l'utilisent ou non en téléchargeant le livre électronique ; l'acte de mise à disposition, qui est une espèce particulière de communication au public, *précède* la transmission et existe *indépendamment* de celle-ci⁽⁶⁴⁾. En ce qui concerne le second point, la Cour précise que le « public » auquel les œuvres concernées sont potentiellement communiquées revêt une ampleur suffisante. En effet, aucune mesure technique n'est mise en place par Tom Kabinet pour limiter la durée de vie et le nombre de copies qui seraient téléchargeables, simultanément, au départ de son site web. Un nombre assez important de personnes est susceptible d'accéder à l'œuvre, si bien qu'un « public » est présent⁽⁶⁵⁾.

La Cour indique, enfin, que le public potentiellement touché par Tom Kabinet correspond à un *public* « *nouveau* », à savoir, un public qui n'avait pas été pris en compte par le titulaire des droits d'auteur dans le cadre du calcul de sa rémunération⁽⁶⁶⁾. Les licences d'utilisation qui autorisent le télé-

et Stefan Potsch, 21 octobre 2014, C-348/13, EU:C:2014:2315 ; C.J., arrêt *C More Entertainment AB c. Linus Sandberg*, 26 mars 2015, C-279/13, EU:C:2015:199 ; C.J., arrêt *SBS Belgium NV c. SABAM*, 19 novembre 2015, C-325/14, EU:C:2015:764 ; C.J. (gde ch.), arrêt *Reha Training c. GEMA*, 31 mai 2016, C-117/15, EU:C:2016:379 ; C.J., arrêt *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV e.a.*, 8 septembre 2016, C-160/15, EU:C:2016:644 ; C.J., arrêt *AKM c. Zürs.net Betriebs GmbH*, 16 mars 2017, C-138/16, EU:C:2017:218 ; C.J., arrêt *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*, 26 avril 2017, C-527/15, EU:C:2017:300 ; C.J., arrêt *Stichting Brein c. Ziggo BV et XS4ALL Internet BV*, 14 juin 2017, C-610/15, EU:C:2017:456 ; C.J., arrêt *VCAST Ltd c. RTI SpA*, 29 novembre 2017, C-265/16, EU:C:2017:913 ; C.J., arrêt *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, 7 août 2018, C-161/17, EU:C:2018:634.

(63). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), §§ 60-69.

(64). *Ibid.*, §§ 62-65.

(65). *Ibid.*, §§ 66-69.

(66). *Ibid.*, §§ 70-71. C.J., arrêt *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*, 26 avril 2017, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraphe 33 : « La Cour a également rappelé que, selon une jurisprudence constante, pour être qualifiée de “communication au public”, une œuvre protégée doit être communiquée selon



chargement d'un livre électronique prévoient généralement, en effet, que l'utilisateur est seul en droit d'utiliser ce livre électronique, sur son propre matériel⁽⁶⁷⁾. Cet utilisateur est donc la seule personne à avoir été prise en compte par le titulaire des droits d'auteur dans le calcul de la rémunération exigée en contrepartie du téléchargement initial de l'œuvre⁽⁶⁸⁾. Tous les autres membres du public potentiellement touchés par *Tom Kabinet* – en somme, les membres du Club de Lecture – constituent donc bel et bien un public « nouveau »⁽⁶⁹⁾.

Il est remarquable que, dans l'affaire *UsedSoft*, la Cour avait refusé de prendre en compte les termes de la licence accordée par le titulaire des droits (Oracle) au premier utilisateur et en particulier la stipulation selon laquelle cette licence était « inaccessible » ; la circonstance que l'utilisation de la copie était autorisée « pour une durée indéterminée » et que la rémunération perçue à l'occasion du téléchargement correspondait à « la valeur » de cette copie justifiait, selon la Cour, de conclure à l'existence d'une (première) « vente » de ladite copie⁽⁷⁰⁾. Il semble que seule la notion de « valeur » permet de distinguer les deux cas de figure envisagés, du téléchargement d'un programme d'ordinateur et de celui d'une œuvre classique. L'analyse économique est véritablement au centre du raisonnement de la Cour ; le juridique s'adapte.

Quoi qu'il en soit, la Cour conclut, dans son arrêt *Tom Kabinet*, que « la fourniture au public par téléchargement, pour un usage permanent, d'un livre électronique relève de la notion de « communication au public » et, plus particulièrement, de

un mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés ou, à défaut, auprès d'un "public nouveau", c'est-à-dire un public n'ayant pas été déjà pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de leur œuvre au public (arrêts du 7 mars 2013, *ITV Broadcasting e.a.*, C-607/11, EU:C:2013:147, point 26 ; du 13 février 2014, *Svensson e.a.*, C-466/12, EU:C:2014:76, point 24, ainsi que du 8 septembre 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, point 37) ». Sur le lien qui semble unir le public nouveau et la recherche d'une rémunération appropriée, voy. J. CABAY, « La Cour de justice, le droit d'auteur et le marché unique numérique : voyage intertextuel au pays des hyperliens », in N. BERTHOLD (coord.), *Droit de la propriété intellectuelle, Actualité législative et jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 67, n° 19. Pour une approche critique de la notion de *public « nouveau »*, voy. not. P. B. HUGENHOLTZ et S. C. VAN VELZE, « Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public' », *I.I.C.*, 2016, 47, Issue 7, pp. 797 et s. (également disponible sur https://www.ivir.nl/publicaties/download/IIC_2016.pdf, dernière consultation le 4 mars 2020).

(67). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 71. Voy. en ce sens B. VANBRABANT, *La Propriété Intellectuelle*, t. II, *op. cit.*, p. 797.

(68). À nouveau, le rapprochement avec certaines affaires où fut reconnu à l'auteur un droit « de destination » n'est pas sans intérêt : cf. par exemple Civ. Bruxelles, 15 février 1996, A&M, 1996, p. 319, relatif au démembrement d'un « album-poster ».

(69). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 71.

(70). C.J. (gde ch.), *UsedSoft* (préc.), §§ 43 à 49 et 84.

celle de « mise à disposition du public [des] œuvres [des auteurs] de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 »⁽⁷¹⁾.

Le même acte technique – la mise en ligne à des fins de téléchargement pour un usage permanent – constitue donc un acte de distribution, pouvant être effectué librement si la copie a initialement été téléchargée avec le consentement du titulaire, ou un acte de communication au public, que le titulaire peut interdire ou subordonner à un (nouveau) paiement, selon qu'il porte sur la copie d'un programme d'ordinateur (*UsedSoft*) ou sur celle d'un livre électronique (*Tom Kabinet*).

III. Quelques questions laissées ouvertes à la suite de l'arrêt annoté

III.A. LA COMMUNICATION AU PUBLIC SE DOUBLE-T-ELLE D'UNE REPRODUCTION ILLICITE ?

Dès lors qu'elle a conclu que le *business model* de Tom Kabinet impliquait, non pas des actes de distribution, mais essentiellement des actes de communication au public, la Cour n'a pas abordé, dans l'arrêt annoté, les questions subsidiaires du juge néerlandais relatives au droit de reproduction⁽⁷²⁾.

Il semble toutefois que deux actes de reproduction, au minimum, étaient en l'espèce réalisés sans le consentement du titulaire des droits d'auteur⁽⁷³⁾.

Le premier acte de reproduction résulte du téléchargement, par Tom Kabinet, sur le site web des titulaires de droit d'auteur ou de leur licencié (le site marchand), d'une copie numérique du livre électronique, au moyen de la clef de téléchargement fournie par l'un des membres du Club de lecture, « acquéreur » initial du livre⁽⁷⁴⁾.

Le deuxième acte de reproduction résulte du téléchargement, par les membres du Club de lecture, de copies numériques du livre électronique mis à leur disposition par Tom Kabinet⁽⁷⁵⁾.

(71). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 72.

(72). *Ibid.*, § 73.

(73). E. F. SCHULZE, « Resale of Digital Content Such as Music, Films or eBooks under European Law », *op. cit.*, p. 10.

(74). *Ibid.* ; B. VANBRABANT, *La Propriété Intellectuelle*, t. II, *op. cit.*, p. 984, n° 4750 : tout téléchargement implique une copie.

(75). E. F. SCHULZE, « Resale of Digital Content Such as Music, Films or eBooks under European Law », *op. cit.*, p. 10.



Ces actes de téléchargement, non autorisés par le titulaire des droits d'auteur⁽⁷⁶⁾, portent atteinte au droit exclusif, de reproduction, de ce dernier, sauf à pouvoir invoquer une exception ou limitation prévue par la loi⁽⁷⁷⁾.

Dans l'affaire *UsedSoft*, où des téléchargements, et donc des reproductions, intervenaient pareillement, non seulement au moment de la revente du programme (ou de la cession de la licence d'utilisation) mais également au moment où des mises à jour (*updates*) ou des corrections (*patches*) du programme étaient téléchargées par l'acquéreur depuis le site du titulaire des droits d'auteur, la Cour avait pu les justifier au titre de l'exception spécifique prévue par l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24, permettant à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination⁽⁷⁸⁾. Cette exception spécifique n'est toutefois pas applicable hors de la matière des programmes d'ordinateur, dont l'utilisation ordinaire implique nécessairement divers actes de reproduction d'ordre technique.

Les actes de reproduction réalisés par Tom Kabinet le sont à des fins commerciales et donnent lieu à la création de copies permanentes des œuvres concernées, non pas de façon automatisée mais par le jeu d'une intervention humaine, de l'utilisateur⁽⁷⁹⁾. Ni l'exception de copie privée, ni l'exception de copie transi-

(76). Apparemment (*cf. supra*, I), Tom Kabinet achète aussi, dans certains cas, les e-books auprès du titulaire ou de son licencié (site marchand autorisé). Dans cette hypothèse, le premier acte de téléchargement envisagé est licite (sauf à considérer qu'il viole l'hypothétique droit de destination du titulaire), puisque Tom Kabinet utilise sa propre clé de téléchargement ; mais le téléchargement intervenant à l'étape suivante du processus (téléchargement par le ou les membres du Club de Lecture) demeure illicite.

(77). Sur le caractère fermé du système des exceptions en droit d'auteur européen, *cf. C.J.*, arrêt *Funko Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, 29 juillet 2019, C-469/17, EU:C:2019:623, § 62.

(78). Art. 5 (1) de la directive 2009/24 : « Sauf dispositions contractuelles spécifiques, la reproduction d'un programme d'ordinateur n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur du programme, lorsqu'une telle reproduction est nécessaire pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs ». Voy. C.J. (gde ch.), *UsedSoft* (préc.), §§ 73-88 ; Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, § 66 ; E. LINKLATER, « *UsedSoft* and the Big Bang Theory : Is the e-Exhaustion Meteor about to Strike ? », *op. cit.*, pp. 16-17, n° 28-29.

(79). Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, § 49 ; Landgericht Bielefeld, 5 mars 2013, Az. 4 O 191/11, spéc. p. 20, cité par J. CABAY, « La Cour de justice, le droit d'auteur et le marché unique numérique : voyage intertextuel au pays des hyperliens », *op. cit.*, note 113, M. SAVI, « The legality of resale of digital content after *UsedSoft* in subsequent German and CJEU case law », *op. cit.*, note 59, E. F. SCHULZE, « Resale of Digital Content Such as Music, Films or eBooks under European Law », *op. cit.*, note 30 et S. KARAPAPA, « Reconstructing Copyright Exhaustion in the Online World », *I.P.Q.*, 2014/4, note 6 ; E. LINKLATER, « *UsedSoft* and the Big Bang Theory : Is the e-Exhaustion Meteor about to Strike ? », *op. cit.*, pp. 16-17, n° 28-29 ; E. F. SCHULZE, « Resale of Digital Content Such as Music, Films or eBooks under European Law », *op. cit.*, p. 12 ; C.J., arrêt *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, 16 juillet 2009, C-5/08, EU:C:2009:465, §§ 59-64.

toire et accessoire⁽⁸⁰⁾, prévues par la directive 2001/29, ne pouvaient donc trouver à s'appliquer.

Les actes de reproduction réalisés par les membres du Club de lecture donnent aussi lieu à la création de copies permanentes des œuvres concernées, ce qui exclut l'application de l'exception relative aux copies transitoires et accessoires⁽⁸¹⁾. La source au départ de laquelle les membres du Club de lecture réalisent cette copie permanente, à savoir la copie qui est mise à leur disposition par Tom Kabinet, est par ailleurs illicite, puisqu'elle a été réalisée en violation du droit de reproduction (du moins dans l'hypothèse où l'acquéreur initial de la copie est un membre du Club de lecture et non Tom Kabinet lui-même). Par suite, l'exception de copie privée ne peut trouver à s'appliquer⁽⁸²⁾. Une interprétation large de l'exception serait en outre contraire au test des trois étapes dès lors qu'elle nuirait à l'exploitation normale de l'œuvre et causerait au titulaire des droits d'auteur un préjudice injustifié⁽⁸³⁾.

Abstraction faite de l'atteinte au droit de communication au public suggérée par la Cour, le titulaire des droits d'auteur pourrait donc également s'opposer à la commercialisation des copies numériques de son livre électronique, selon le modèle envisagé, sur la base de son droit exclusif de reproduction.

(80). Art. 5 (1) de la directive 2001/29 : « Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre :

a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou

b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé,

et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2 ».

(81). E. F. SCHULZE, « Resale of Digital Content Such as Music, Films or eBooks under European Law », *op. cit.*, p. 10.

(82). Voy. C.J., arrêt *ACI Adam BV e.a. c. Stichting de Thuiskopie e.a.*, 10 avril 2014, C-435/12, EU:C:2014:254, § 41 : « Il découle des considérations qui précèdent que l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il ne couvre pas l'hypothèse de copies privées réalisées à partir d'une source illicite ».

(83). Cf. le test des trois étapes prévu à l'article 5, § 5, de la directive 2001/29. Cf. égal. C.J., arrêt *ACI Adam BV e.a. c. Stichting de Thuiskopie e.a.*, 10 avril 2014, C-435/12, EU:C:2014:254, §§ 38-40 : « En outre, lors de son application, une législation nationale [...] qui ne distingue pas selon que la source à partir de laquelle une reproduction pour un usage privé est réalisée est licite ou illicite, est susceptible d'enfreindre certaines conditions fixées par l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29. En effet, d'une part, admettre que de telles reproductions puissent être réalisées à partir d'une source illicite encouragerait la circulation des œuvres contrefaites ou piratées, diminuant ainsi nécessairement le volume des ventes ou d'autres transactions légales relatives aux œuvres protégées, de sorte qu'il serait porté atteinte à l'exploitation normale de celles-ci. D'autre part, l'application d'une telle législation nationale est susceptible d'entraîner, [...] un préjudice injustifié aux titulaires du droit d'auteur ». On constate ainsi que la possibilité pour l'auteur de percevoir une rémunération appropriée pour l'utilisation de son œuvre, non seulement détermine la frontière tracée par la Cour entre le droit de distribution et le droit de communication au public (cf. *supra*, II), mais conduit également à exclure une interprétation large des exceptions au droit de reproduction.



C'est sur le fondement d'une observation similaire que le juge américain a condamné le système de revente de fichiers musicaux « d'occasion » conçu par la société ReDigi. Selon le juge Sullivan, qui s'appuie sur un précédent en matière de partage de pair à pair, « *when a user downloads a digital music file or 'digital sequence' to his 'hard disk', the file is 'reproduce[d]' on a new phonorecord within the meaning of the Copyright Act* »⁽⁸⁴⁾ ; le juge écarte également l'objection selon laquelle le nombre de copies en circulation n'augmente pas si l'acquéreur initial est contraint de supprimer sa propre copie⁽⁸⁵⁾, tout comme il écarte l'applicabilité des exceptions de « *fair use* » et d'épuisement (« *exhaustion* »)⁽⁸⁶⁾.

III.B. LA SOLUTION RETENUE PAR LA COUR AURAIT-ELLE ÉTÉ DIFFÉRENTE EN PRÉSENCE DE MESURES TECHNIQUES GARANTISSANT LA SUPPRESSION DE LA COPIE EN POSSESSION DE L'ACQUÉREUR INITIAL ?

La solution retenue par la Cour dans l'arrêt annoté semble avoir été confortée par « l'absence de mesure technique, dans le cadre de la plateforme de ce club, permettant de garantir qu'une seule copie d'une œuvre peut être téléchargée pendant la période au cours de laquelle l'utilisateur d'une œuvre a effectivement accès à celle-ci et que, après l'expiration de cette période, la copie téléchargée par cet utilisateur n'est plus utilisable par celui-ci »⁽⁸⁷⁾.

La décision de la Cour aurait-elle été différente en cas de mise en place, par Tom Kabinet, de mesures techniques permettant de garantir la destruction de la copie du livre concerné sur l'ordinateur de l'« acquéreur » initial et, ensuite, de la copie hébergée sur le site de Tom Kabinet, du fait du premier téléchargement d'une copie par l'un des membres de son Club de lecture ?

De prime abord, la réponse donnée par la Cour concernant l'(in)applicabilité du droit de distribution n'aurait pas été affectée par cette modification de la situation factuelle, dans la mesure où il s'agit d'une réponse de principe fondée sur la distinction entre copies tangibles et intangibles et sur l'analyse de textes – la

(84). Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 934 F. Supp. 2d 640 (2013), 650. En degré d'appel, la décision du juge Sullivan a été confirmée, voy. Capitol Records LLC v. ReDigi Inc., 2d Cir., No. 16-2321, pp. 15-16, décision disponible sur <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/16-2321/16-2321-2018-12-12.pdf?ts=1544628607> (dernière consultation le 4 mars 2020).

(85). Sur cette question, cf. *infra*, III.B.

(86). Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc., 934 F. Supp. 2d 640 (2013), 652-657. En degré d'appel, la décision du juge Sullivan a également été confirmée sur ces points, voy. Capitol Records LLC v. ReDigi Inc., 2d Cir., No. 16-2321, pp. 24-36.

(87). C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), § 69.

déclaration interprétative du TDA et les considérants de la directive 2001/29 – traçant une frontière nette entre ces deux types de mise à disposition.

La question se serait cependant posée de savoir si, du fait des mesures techniques qui auraient été mises en place par Tom Kabinet, les livres électroniques mis à disposition sur son site web auraient toujours été communiqués à un public (nouveau) suffisamment important⁽⁸⁸⁾.

Dans une première hypothèse, la Cour aurait pu juger que le nombre de personnes pouvant avoir accès à l'exemplaire de l'œuvre n'est pas suffisant pour qu'il soit question d'un « public » ; en effet, une seule copie serait, en permanence, mise à la disposition d'un seul utilisateur⁽⁸⁹⁾. À défaut de public suffisamment important, la Cour aurait alors pu rejeter l'application du droit de communication au public.

Dans une seconde hypothèse, qui nous paraît plus probable, la Cour aurait pu confirmer l'existence d'un « public », en considération du nombre cumulatif de personnes susceptibles de télécharger successivement la « même » copie de l'œuvre concernée⁽⁹⁰⁾. À cet égard, on observera que Tom Kabinet met en place un système de crédits qui encourage les membres de son Club de lecture à lui « revendre » leur copie numérique une fois qu'ils en ont terminé la lecture (cette revente permet au membre d'obtenir des crédits pour l'« achat » d'autres copies)⁽⁹¹⁾. Tom Kabinet « récupère » donc, probablement, de façon régulière la copie d'un même livre électronique, ce qui lui permet de « revendre » celle-ci à un autre membre de son Club de lecture⁽⁹²⁾. Le public susceptible d'avoir accès au livre concerné pourrait donc s'avérer, successivement et cumulativement, suffisamment important. La Cour aurait ainsi pu confirmer l'application du droit de communication au public.

Indépendamment de la solution retenue quant au droit de communication au public, le droit de reproduction ferait en outre encore probablement obstacle, même en présence de mesures techniques appropriées, au modèle de distribution

(88). Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, § 41.

(89). Rappr. C.J., arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, 10 novembre 2016, C-174/15, EU:C:2016:856, § 54.

(90). C.J., arrêt *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*, 26 avril 2017, C-527/15, EU:C:2017:300, § 44 : « À cet égard, la Cour a précisé, d'une part, que la notion de « public » comporte un certain seuil de minimis, ce qui exclut de cette notion une pluralité de personnes concernées trop petite, voire insignifiante. D'autre part, afin de déterminer ce nombre, il convient de tenir compte des effets cumulatifs qui résultent de la mise à disposition des œuvres auprès des destinataires potentiels. Ainsi, il n'est pas seulement pertinent de savoir combien de personnes ont accès à la même œuvre parallèlement, mais il convient également de savoir combien d'entre elles ont successivement accès à celle-ci [...]. »

(91). Av. gén. M. SZPUNAR, concl. préc. C.J. (gde ch.), *Tom Kabinet* (préc.), EU:C:2019:697, § 18.

(92). *Ibid.*, § 90.



mis au point par Tom Kabinet⁽⁹³⁾. C'est, *mutatis mutandis*, la conclusion à laquelle est parvenu, aux États-Unis, le juge Sullivan, qui souligne dans l'affaire *ReDigi* : « *Simply put, it is the creation of a new material object and not an additional material object that defines the reproduction right* »⁽⁹⁴⁾.

Même en présence de mesures techniques appropriées garantissant l'absence de multiplication du nombre de copies en circulation, le titulaire des droits d'auteur sur les livres électroniques conserve donc, à notre estime, la faculté d'en contrôler la commercialisation, soit par le biais de son droit de reproduction, soit en vertu de son droit de communication au public (dans la seconde hypothèse envisagée ci-dessus).

III.C. LA SOLUTION RETENUE PAR LA COUR AURAIT-ELLE ÉTÉ DIFFÉRENTE EN CAS DE MISE EN PLACE D'UN VÉRITABLE SYSTÈME DE « LOCATION NUMÉRIQUE » ?

Dans l'arrêt annoté, la Cour de justice consacre le droit du titulaire des droits d'auteur sur un livre électronique de contrôler la « revente » de copies numériques de son œuvre par le biais de leur mise en ligne à des fins de téléchargement pour un usage permanent.

Le *business model* de Tom Kabinet était fondé sur un principe de « transfert » des copies de livres électroniques (et des clés de téléchargement y relatives), pour un usage permanent (jusqu'à revente éventuelle par le client). Le concept de « club de lecture » conduit toutefois à envisager un modèle de mise à disposition des livres électroniques quelque peu différent, dans lequel les copies numériques des œuvres, licitement « acquises » par le fournisseur de services (style Tom Kabinet), seraient mises à disposition de ses clients de manière *temporaire*, reproduisant ainsi une situation analogue à celle d'une *location* ou d'un *prêt* de livres classiques. Des mesures techniques peuvent en effet être mises en place pour s'assurer que les livres téléchargés ne puissent être consultés que pendant une période déterminée, à l'expiration de laquelle les copies concernées deviendraient inutilisables par la personne

(93). Cf. *supra*, III.A. L'existence des mesures techniques évoquées ne serait pas nécessairement de nature à effacer tout risque de nuisance à l'exploitation normale de l'œuvre et de préjudice injustifié pour le titulaire des droits d'auteur. La Cour a, en effet, déjà jugé que les copies, même temporaires, réalisées sur le disque dur d'un utilisateur lors du simple visionnage d'une vidéo en provenance d'une source illicite, étaient de nature à causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits d'auteur, dans la mesure où il en résultait normalement une diminution des transactions légales et, par conséquent, de la rémunération attendue par ces titulaires. Voy. en ce sens C.J., arrêt *Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems*, 26 avril 2017, C-527/15, EU:C:2017:300, § 70 ; C.J., arrêt *ACI Adam BV e.a. c. Stichting de Thuiskopie e.a.*, 10 avril 2014, C-435/12, EU:C:2014:254, § 39.

(94). *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 934 F. Supp. 2d 640 (2013), 650.

qui a effectué le téléchargement, une autre personne pouvant alors effectuer un nouveau téléchargement (payant) depuis le site du fournisseur de service / loueur / prêteur⁽⁹⁵⁾.

À cet égard, il faut d'abord observer que le titulaire des droits d'auteur dispose, en vertu de l'article 2 de la directive 2006/115⁽⁹⁶⁾, du droit spécifique d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt de ses œuvres⁽⁹⁷⁾. Cependant les États membres sont libres de mettre en place, pour le prêt public et lui seul, un système de licence légale, autrement dit une autorisation de prêter des (exemplaires d') œuvres moyennant paiement d'une rémunération aux ayants droit⁽⁹⁸⁾.

Il résulte de l'arrêt *VOB* de la Cour de justice qu'une distinction nette doit être opérée, dans l'environnement électronique, entre la location et le prêt public. En effet, tout comme le droit de distribution au sens de l'article 4 de la directive 2001/29, le droit de location ne concerne que les œuvres fixées sur des *supports tangibles*, ce qui exclut son application au cas d'espèce⁽⁹⁹⁾. Une lecture combinée des arrêts *VOB* et *Tom Kabinet* implique donc que la prétendue location devrait être requalifiée en communication au public (mise à disposition), ce qui à vrai dire ne change pas grand-chose au régime juridique applicable, qui est celui du droit exclusif (autorisation nécessaire et possibilité pour le titulaire de n'accorder une licence que moyennant une rémunération proportionnelle à l'étendue de l'exploitation).

Quant au droit de *prêt*, il couvre la mise à disposition d'œuvres, pour l'usage et pour un temps limité, qu'elles soient fixées ou non sur des supports tangibles⁽¹⁰⁰⁾ ; la notion de « prêt numérique », équivalent fonctionnel du prêt

(95). Rappr. C.J., arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, 10 novembre 2016, C-174/15, EU:C:2016:856, § 54.

(96). Directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, L 376, 27 décembre 2006.

(97). C.J., arrêt *Metronome Musik GmbH et Music Point Hokamp GmbH*, 28 avril 1998, C-200/96, EU:C:1998:172, § 16 : en l'absence de ces droits de location et de prêt, il serait impossible d'assurer aux auteurs une rémunération qui soit en rapport avec le nombre de locations effectivement réalisées et qui réserve à ces auteurs une part satisfaisante des profits résultants du marché de la location, ce qui porterait atteinte aux intérêts légitimes des auteurs.

(98). Ce système de licence légale est envisagé à l'article 6 de la directive 2006/115. C.J., arrêt *VEWA c. Belgische Staat*, 30 juin 2011, C-271/10, EU:C:2011:442, §§ 35-39 : la rémunération ne peut être symbolique, et doit correspondre au préjudice subi par le titulaire des droits d'auteur, ce qui implique notamment de prendre en compte le nombre d'œuvres mises à la disposition du public et le nombre d'utilisateurs attendus pour celles-ci.

(99). C.J., arrêt *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, 10 novembre 2016, C-174/15, EU:C:2016:856, § 34.

(100). *Ibid.*, § 44.



public classique d'un ouvrage tangible, a été consacrée par l'arrêt *VOB*⁽¹⁰¹⁾. Cependant, une entreprise telle que Tom Kabinet ne saurait bénéficier de ce régime, dès lors que le prêt, au sens de la directive 2006/115, vise une mise à disposition qui est effectuée « par des établissements accessibles au public »⁽¹⁰²⁾ et, surtout, « point pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect »⁽¹⁰³⁾. C'est donc, une fois de plus, sur la base des seuls droits de reproduction et de communication au public que le modèle de mise à disposition temporaire payant envisagé devrait être analysé, ce qui conduit à maintenir le contrôle des ayants droit et leur offre la possibilité d'exiger une rémunération appropriée⁽¹⁰⁴⁾.

III.D. LA SOLUTION RETENUE PAR LA COUR EST-ELLE TRANSPOSABLE À D'AUTRES TYPES D'ŒUVRES ?

La solution dégagée par la Cour dans l'arrêt commenté se fonde sur la directive 2001/29, qui constitue le droit commun d'auteur européen. En l'absence de dispositions spécifiques contraires – comme c'est notamment le cas en matière de programmes d'ordinateur –, il nous paraît vraisemblable que la solution consacrée par la Cour dans son arrêt *Tom Kabinet* – à savoir l'absence d'« épuisement en ligne » – s'impose également à l'égard d'autres types d'œuvres littéraires ou artistiques que des livres, et ce nonobstant le fait qu'il soit d'usage d'utiliser certaines d'entre elles de manière, sinon continue, du moins répétée (œuvres musicales, par exemple). Les juridictions allemandes se sont d'ailleurs déjà prononcées en ce sens, en matière de jeux vidéo comme de fichiers musicaux, de livres électroniques et de livres audios⁽¹⁰⁵⁾.

(101). *Ibid.*, § 52.

(102). Il est permis de se demander, compte tenu de cette condition, si un système de prêt public exclusivement numérique peut être organisé. Nous sommes favorables à une interprétation large de la condition d'accessibilité au public et, partant, à une réponse affirmative ; il suffit, nous semble-t-il, que tout membre du public puisse profiter du système de prêt numérique (accès non réservé à une catégorie particulière de personnes) et, bien sûr, que l'organisme ne réalise pas un but de lucre (*cf. infra*).

(103). Art. 2, b) de la directive 2006/115.

(104). *Cf. supra*, III.B.

(105). Voy. la jurisprudence citée *supra* : Comp. les nombreuses décisions en sens contraire (absence d'épuisement) rendues en Allemagne : BGH, I ZR 178/08, *Half-Life 2*, 11 février 2010 ; Landgericht Berlin, 15 O 56/13, *Valve*, 21 janvier 2014 ; Oberlandesgericht Stuttgart, 2 U 49/11, 3 novembre (confirmant Landgericht Stuttgart, 17 O 513/10, 14 avril 2011) ; Landgericht Bielefeld, 5 mars 2013, Az. 4 O 191/11 ; Oberlandesgericht Hamm, 15 mai 2014, 22 U 60/13 ; Oberlandesgericht Hamburg, 20 septembre 2011, 312 O 414/10. Ces différentes décisions sont citées (notamment) par M. SAVI, « The legality of resale of digital content after UsedSoft in subsequent German and CJEU case law », *op. cit.*, notes 41, 49, 58, 59, 68 et 69.

Conclusion

Dans l'arrêt commenté, la Cour (re)clarifie l'étendue du droit de distribution d'œuvres autres que des programmes d'ordinateur. Elle en retient ici une interprétation classique, fondée en particulier sur le texte, l'historique et les objectifs poursuivis par la directive 2001/29, et en restreint dès lors la portée au transfert de propriété d'un exemplaire matériel de l'œuvre, chose *quae tangi possunt*. La Cour ne manque pas de mettre en évidence les raisons qui justifient de se départir de sa jurisprudence *UsedSoft*, dont elle limite la portée à la matière des logiciels.

La Cour laisse cependant ouvertes quelques questions, constituant autant de zones de flou juridique qu'exploiteront, peut-être, les opérateurs économiques inventifs. L'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information est un livre dont maintes pages restent à écrire...

Bernard VANBRABANT
Avocat
Chargé de cours ULiège

Brieuc GEUZAINÉ
Avocat
Assistant ULiège

