



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 10 septembre 2019¹

Affaire C-263/18

**Nederlands Uitgeversverbond,
Groep Algemene Uitgevers
contre
Tom Kabinet Internet BV,
Tom Kabinet Holding BV,
Tom Kabinet Uitgeverij BV**

[demande de décision préjudicielle formée par le rechtbank Den Haag (tribunal de La Haye, Pays-Bas)]

« Directive 2001/29/CE – Société de l'information – Harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins – Livres électroniques ("e-books") – Marché virtuel pour des livres électroniques "d'occasion" – Article 2 – Reproduction – Actes nécessaires pour assurer un usage légitime – Article 3 – Communication au public – Mise à disposition – Article 4 – Distribution – Mise à disposition pour l'usage, à distance, par téléchargement, pour une durée illimitée, de livres électroniques – Épuisement – Article 5 – Exceptions et limitations – Portée »

Introduction

1. Idée à l'origine doctrinale², l'épuisement du droit de distribution a été introduit au début du XX^e siècle par voie jurisprudentielle³. Selon cette règle, une fois que la copie d'une œuvre protégée par le droit d'auteur a été licitement mise en circulation, le titulaire des droits d'auteur ne peut plus s'opposer à une revente de cette copie par son acquéreur. La justification en est que le droit d'auteur ne saurait primer le droit de propriété détenu par cet acquéreur sur la copie de l'œuvre en question en tant qu'objet. Par ailleurs, par la mise en circulation d'une copie de l'œuvre par l'auteur ou avec son consentement, celui-ci est réputé avoir obtenu la rémunération due au titre de cette copie.

2. C'est également par voie jurisprudentielle que la règle de l'épuisement du droit de distribution des objets protégés par le droit d'auteur a été introduite en droit de l'Union. En effet, si cette règle existait déjà dans les ordres juridiques des États membres, la Cour en a élargi la portée sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne⁴. Cette jurisprudence était motivée principalement par le souci d'assurer l'effectivité de la libre circulation des marchandises.

¹ Langue originale : le français.

² Kohler, J., *Das Autorrecht : eine zivilistische Abhandlung*, Jena, G. Fischer, 1880.

³ Voir, notamment, arrêt du Reichsgericht (Cour impériale de justice, Allemagne) du 16 juin 1906, I 5/06 Koenigs Kursbuch. Une idée semblable est apparue à la même époque aux États-Unis sous l'appellation de « first sale doctrine », voir arrêt de la Supreme Court of the United States (Cour suprême, États-Unis) du 1^{er} juin 1908, *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908).

⁴ Voir, notamment, arrêts du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft* (78/70, EU:C:1971:59), et du 20 janvier 1981, *Musik-Vertrieb membran et K-tel International* (55/80 et 57/80, EU:C:1981:10).

3. Depuis, l'épuisement du droit de distribution a été reconnu tant au niveau du droit international que du droit de l'Union ainsi que des États membres⁵.

4. Cependant, la numérisation des contenus susceptibles de protection par le droit d'auteur et l'apparition de nouveaux moyens permettant de fournir de tels contenus en ligne ont bouleversé l'équilibre entre les intérêts des titulaires des droits et ceux des utilisateurs des objets protégés, équilibre au maintien duquel contribuait le principe de l'épuisement du droit de distribution.

5. D'une part, il est devenu possible de créer, à un coût négligeable, des copies parfaitement exactes des fichiers numériques contenant des objets protégés et de les transférer sans effort ni coût additionnels à l'aide d'Internet. Cette évolution menace la possibilité pour les titulaires des droits d'auteur d'obtenir une rémunération appropriée de leurs créations et contribue fortement au développement de la contrefaçon.

6. D'autre part, les moyens techniques modernes permettent aux titulaires un contrôle très poussé de l'utilisation que font les acquéreurs de leurs œuvres, y compris dans leur sphère privée, ainsi que le développement de modèles commerciaux qui, souvent sans le dire ouvertement, transforment la pleine jouissance de la copie d'une œuvre en un simple droit d'utilisation limité et conditionnel.

7. La Cour aura pour tâche de décider si, en prenant en compte ces développements, la règle de l'épuisement du droit de distribution, instaurée dans le monde réel des copies – objets, est transposable au monde virtuel des copies – fichiers numériques.

Le cadre juridique

Le droit international

8. L'article 6 du traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, adopté à Genève le 20 décembre 1996⁶ (ci-après le « TDA »), intitulé « Droit de distribution », dispose :

« 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 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. »

9. Une déclaration commune annexée au TDA concernant ses articles 6 et 7 précise :

« Aux fins de ces articles, les expressions “exemplaires” et “original et exemplaires” dans le contexte du droit de distribution et du droit de location prévus par ces articles, désignent exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles. »

⁵ Voir cadre juridique ci-après.

⁶ Traité approuvé par la décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000, relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes (JO 2000, L 89, p. 6).

10. L'article 8, paragraphe 1, du TDA dispose :

« [...] les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ».

Le droit de l'Union

11. En vertu de l'article 2 de 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'information⁷ :

« Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie :

a) pour les auteurs, de leurs œuvres ;

[...] »

12. L'article 3, paragraphe 1, de cette directive dispose :

« Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »

13. Enfin, selon l'article 4 de la même directive :

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

2. Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement. »

Le droit néerlandais

14. L'article 1^{er} de l'Auteurswet (loi sur le droit d'auteur) dispose :

« Le droit d'auteur est le droit exclusif qu'a l'auteur d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique ou ses ayants droit de communiquer cette œuvre et de la reproduire, sous réserve des restrictions prévues par la loi. »

⁷ JO 2001, L 167, p. 10.

15. Selon l'article 12, paragraphe 1, point 1, de cette loi :

« 1. Par communication au public d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique, on entend :

1°. la communication au public d'une copie de l'ensemble ou d'une partie de l'œuvre ;

[...] »

16. En vertu de l'article 12b de cette même loi :

« Si un exemplaire d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique a été mis en circulation par transfert de propriété pour la première fois dans l'un des États membres de l'Union européenne ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen par son auteur ou son ayant droit ou avec leur consentement, la mise en circulation dudit exemplaire d'une autre façon, à l'exception de la location ou du prêt, ne constitue pas une violation du droit d'auteur. »

Les faits, la procédure et les questions préjudicielles

17. Nederlands Uitgeversverbond (ci-après « NUV ») et Groep Algemene Uitgevers (ci-après « GAU »), requérantes au principal, sont des associations ayant pour objet la défense des intérêts des éditeurs néerlandais.

18. Tom Kabinet Internet BV (ci-après « Tom Kabinet »), défenderesse au principal⁸, est une société de droit néerlandais. Tom Kabinet possède un site Internet fournissant un marché en ligne pour les livres électroniques d'occasion. Les modalités de fonctionnement de ce marché ont évolué durant la procédure au principal. Actuellement, dans le cadre de ce service, dénommé « club de lecture » (*leesclub*), Tom Kabinet revend aux particuliers enregistrés sur son site des livres électroniques qu'elle a achetés soit auprès des distributeurs officiels, soit auprès d'autres particuliers. Les prix pratiqués par Tom Kabinet sont inférieurs aux prix des distributeurs officiels. Le site de Tom Kabinet incite les particuliers ayant acheté des livres électroniques sur son site à les lui revendre après lecture, ce qui leur donne droit à des « crédits » leur permettant par la suite d'acheter d'autres livres. Lors de l'achat de livres électroniques auprès des particuliers, Tom Kabinet exige d'eux d'effacer leur propre copie⁹ et appose sur les copies qu'elle revend un filigrane numérique (*digital watermark*), afin de s'assurer de la légalité de la copie.

19. Le 1^{er} juillet 2014, NUV et GAU ont introduit un recours à l'encontre de Tom Kabinet devant le juge des référés du rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam, Pays-Bas), qui a rejeté leur demande dès lors que l'existence d'une violation du droit d'auteur n'était pas, à première vue, suffisamment vraisemblable¹⁰. NUV et GAU ont interjeté appel de ce jugement devant le Gerechtshof te Amsterdam (cour d'appel d'Amsterdam, Pays-Bas), qui s'est rallié à la décision du juge des référés, tout en interdisant à Tom Kabinet d'offrir un service en ligne permettant la vente de livres électroniques téléchargés illégalement. Aucun pourvoi en cassation n'a été formé contre l'arrêt du Gerechtshof te Amsterdam (cour d'appel d'Amsterdam).

⁸ Il ressort de la décision de renvoi que les conclusions dirigées contre les autres parties défenderesses, Tom Kabinet Holding BV et Tom Kabinet Uitgeverij BV, seront rejetées par la juridiction de renvoi.

⁹ En fait, le « transfert » d'un fichier numérique consiste à créer une nouvelle copie de celui-ci sur l'ordinateur récepteur.

¹⁰ Selon la demande de décision préjudicielle, le juge de référé a fondé sa décision, notamment, sur l'arrêt du 3 juillet 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407).

20. La juridiction de renvoi, dans son jugement interlocutoire, a considéré que les livres en cause doivent être qualifiés d'« œuvres » au sens de la directive 2001/29 et que l'offre de livres électroniques téléchargeables dans des circonstances telles que celles en cause au principal ne constitue pas une communication au public de ces œuvres, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de cette directive. Elle relève toutefois que la réponse aux questions de savoir, d'une part, si la mise à disposition à distance par téléchargement d'un livre électronique pour une utilisation à durée illimitée est susceptible de constituer un acte de distribution au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et, d'autre part, si le droit de distribution peut ainsi être épuisé au sens de l'article 4, paragraphe 2, de cette directive n'est pas évidente. Par ailleurs, elle se demande si le titulaire du droit d'auteur peut, en cas de revente, s'opposer aux actes de reproduction nécessaires à une transmission entre acquéreurs ultérieurs de l'exemplaire pour lequel le droit de distribution est, le cas échéant, épuisé.

21. C'est dans ces circonstances que la juridiction de renvoi a décidé de sursoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) Convient-il d'interpréter l'article 4, paragraphe 1, de la directive [2001/29] en ce sens que l'expression "toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci" au sens de ces dispositions comprend également la mise à disposition pour l'usage, à distance, par téléchargement, pour un temps illimité, de livres électroniques (à savoir des copies sous format numérique de livres protégés par le droit d'auteur) moyennant le paiement d'un prix destiné à permettre au titulaire du droit d'auteur de recevoir une rémunération qui correspond à la valeur économique de la copie de l'œuvre dont il est propriétaire ?
- 2) En cas de réponse affirmative à la première question, le droit de distribution dans l'Union relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive [2001/29] est-il épuisé lorsque la première vente ou tout autre premier transfert de cet objet, c'est-à-dire la mise à disposition pour l'usage, à distance, par téléchargement, pour un temps illimité, de livres électroniques (à savoir des copies sous format numérique de livres protégés par le droit d'auteur) moyennant le paiement d'un prix destiné à permettre au titulaire du droit d'auteur de recevoir une rémunération qui correspond à la valeur économique de la copie de l'œuvre dont il est propriétaire, est effectué dans l'Union par le titulaire du droit ou avec son consentement ?
- 3) Convient-il d'interpréter l'article 2 de la directive [2001/29] en ce sens qu'un transfert entre acquéreurs ultérieurs d'un exemplaire acquis légitimement, sur lequel le droit de distribution a été épuisé, comporte l'autorisation d'effectuer les actes de reproduction visés à cet article, dans la mesure où ces actes de reproduction sont nécessaires pour assurer un usage légitime dudit exemplaire et, dans l'affirmative, quelles sont les conditions applicables à cet égard ?
- 4) Convient-il d'interpréter l'article 5 de la directive [2001/29] en ce sens que le titulaire du droit d'auteur ne peut plus s'opposer aux actes de reproduction nécessaires au transfert entre acquéreurs ultérieurs de l'exemplaire acquis légitimement sur lequel le droit de distribution a été épuisé et, dans l'affirmative, quelles sont les conditions applicables à cet égard ? »

22. La demande de décision préjudicielle est parvenue à la Cour le 16 avril 2018. Des observations écrites ont été déposées par les parties au principal, les gouvernements tchèque, danois, allemand, espagnol, français, italien, portugais et du Royaume-Uni, ainsi que par la Commission européenne. Les parties au principal, les gouvernements belge, tchèque, danois, allemand et espagnol, ainsi que la Commission ont été représentés lors de l'audience tenue le 2 avril 2019.

Analyse

Remarques liminaires

23. La juridiction de renvoi pose à la Cour quatre questions préjudicielles concernant les points de savoir si la fourniture de livres électroniques par téléchargement en ligne pour un usage permanent est couverte par le droit de distribution au sens de l'article 4 de la directive 2001/29, si ce droit est épuisé du fait d'une telle fourniture effectuée avec le consentement de l'auteur et si les actes de reproduction nécessaires à un transfert ultérieur éventuel d'un livre électronique ainsi acquis sont licites. Par ailleurs, plusieurs des parties ayant déposé des observations dans la présente affaire, notamment NUV et GAU, les gouvernements danois et allemand, ainsi que la Commission, estiment que le champ des questions devrait être élargi, en incluant le point de savoir si les actes en question sont couverts par le droit de la communication au public, tel que prévu à l'article 3 de la directive 2001/29.

24. Je pense cependant que toutes ces questions doivent être analysées conjointement, car elles forment des parties inséparables d'une seule question complexe : la fourniture aux utilisateurs des œuvres protégées par voie de téléchargement en ligne doit-elle être considérée comme relevant du droit de distribution, avec pour effet l'épuisement dudit droit par la fourniture originale effectuée avec le consentement de l'auteur ? Notamment, la qualification desdits actes comme relevant du droit de la communication au public exclut de les faire relever du droit de distribution et vice-versa. Par ailleurs, effectuer une distinction entre le droit de distribution et l'épuisement de ce droit ne me paraît ni logique ni approprié, car ces deux notions couvrent les mêmes actes¹¹. Enfin, dans la mesure où une reproduction de l'œuvre est indispensable à toute transmission à distance d'un fichier électronique, la question du droit de reproduction est inhérente à toute discussion sur un éventuel épuisement du droit de distribution en ligne.

25. Dans les présentes conclusions, j'analyserai les arguments d'ordre législatif, jurisprudentiel et téléologique devant guider la Cour dans sa réponse aux questions préjudicielles.

Les textes

26. Il est possible de distinguer deux formes majeures sous lesquelles le public peut avoir accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur. La première consiste en une représentation de l'œuvre ouverte à la participation du public. C'est la forme la plus ancienne, qui précède de loin l'apparition du droit d'auteur en tant que tel. Il s'agit des représentations des pièces de théâtre ou d'opéra, des expositions d'œuvres d'arts plastiques ou encore des séances de cinéma. C'est le titulaire des droits d'auteur qui organise la représentation et le public doit être présent au lieu et au moment choisis par celui-ci pour y avoir accès.

27. L'apparition de la radio- et télédiffusion a permis la représentation à distance, en libérant ainsi le public de l'obligation de se déplacer sur le lieu où cette représentation se déroule, mais en maintenant la contrainte temporelle. Cette dernière n'a été supprimée qu'avec l'avènement, tout d'abord, des services de la télévision à la demande, puis d'Internet. Ces moyens techniques permettent d'enclencher la représentation non seulement à distance, mais également au moment voulu par le spectateur.

¹¹ Voir, en ce sens, arrêt du 17 avril 2008, Peek & Cloppenburg (C-456/06, EU:C:2008:232, point 34).

28. Le point commun de ces modes d'accès aux œuvres est que la possibilité, pour le public, d'y accéder est conditionnée par leur mise à disposition par les titulaires des droits d'auteur sur ces œuvres. Autrement dit, ce sont les titulaires des droits qui décident si et par quel moyen technique l'œuvre est accessible au public. Ce pouvoir de décision est crucial du point de vue de la possibilité, pour le titulaire des droits, de tirer profit de son œuvre. En effet, chaque représentation ou chaque accès à l'œuvre par un membre du public donne normalement lieu à une rémunération dudit titulaire.

29. La seconde forme d'accès consiste en l'acquisition par les membres du public, de manière permanente ou temporelle, des exemplaires (original ou copies) d'œuvres. C'est la forme courante d'accès à des œuvres littéraires, mais également aux œuvres musicales et audiovisuelles (sous forme de phonogrammes ou de vidéogrammes), ainsi qu'à certaines œuvres d'arts plastiques.

30. Dans ce cas, si la première mise à la disposition du public de l'œuvre dépend bien entendu de la volonté du titulaire des droits d'auteur, le membre du public, une fois qu'il en a acquis un exemplaire, peut toutefois en jouir indépendamment de cette volonté. La rémunération du titulaire des droits d'auteur doit alors être organisée de manière différente. En effet, comme il n'est pas capable de contrôler, et donc de monétiser, chaque accès à l'œuvre par un membre du public donné, il doit se satisfaire du prix obtenu pour la vente de chaque exemplaire de l'œuvre¹².

31. Ces deux modes d'accès du public aux œuvres sont soumis à deux droits exclusifs des titulaires des droits d'auteur, dénommés, dans les actes qui nous occupent dans la présente affaire, droit de communication au public¹³ et droit de distribution¹⁴. La question qui se pose est celle de savoir lequel de ces droits gouverne la fourniture au public par voie de téléchargement en ligne des œuvres protégées par le droit d'auteur¹⁵.

32. La réponse n'est a priori pas univoque, car ce mode de fourniture combine les deux formes d'accès du public aux œuvres. Tout d'abord, l'œuvre est mise à la disposition du public en ligne et chacun peut y avoir accès. Ensuite, l'utilisateur, au lieu de profiter de l'œuvre à distance, comme c'est le cas lors d'une communication au public « classique », effectue lui-même, avec l'autorisation du titulaire des droits d'auteur, une copie de cette œuvre qu'il stocke sur son propre ordinateur¹⁶ et à laquelle il a par la suite accès, indépendamment, en principe, de la mise à disposition effectuée par ledit titulaire des droits. Par conséquent, dès le moment où cette reproduction a été effectuée par l'utilisateur, le téléchargement s'apparente à un acte de distribution.

33. Les rédacteurs du TDA étaient conscients de ce caractère mixte du téléchargement. Selon le guide d'interprétation du TDA édité par l'OMPI¹⁷, étant donné le « caractère hybride » de la mise à disposition des œuvres en ligne, il a été impossible de choisir, pour ce mode de transmission, la protection par un « droit lié à la copie » ou bien un droit « non lié à la copie ». Il a donc été admis d'adopter une « solution cadre » qui, tout en privilégiant le droit de la communication au public, n'exclut pas l'application du droit de distribution.

34. Cependant, le TDA établissant un niveau de protection minimal, il est interdit aux parties contractantes de fixer cette protection à un niveau inférieur. Or, appliquer le droit de distribution limité par la règle de son épuisement au lieu du droit de communication au public, qui ne connaît pas une telle règle, reviendrait à baisser le niveau de protection en deçà du seuil prescrit par le TDA.

12 C'est d'ailleurs sur cette prémisse que se fonde, sur le plan économique, la règle de l'épuisement du droit de distribution : une fois l'exemplaire de l'œuvre vendu, le titulaire des droits d'auteur est censé avoir obtenu la rémunération adéquate de cet exemplaire.

13 Article 8 du TDA et article 3 de la directive 2001/29.

14 Article 6 du TDA et article 4 de la directive 2001/29.

15 Je mets de côté, pour le moment, la question des actes de reproduction, également soumis à un droit exclusif d'auteur, nécessaires à ces deux modes de mise à la disposition du public.

16 Par « ordinateur » j'entends tout appareil capable de se connecter à Internet et de stocker des données.

17 *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI*, OMPI, Genève, 2003, p. 210 et suiv.

35. Qui plus est, la déclaration commune sur les articles 6 et 7 du TDA limite l'application de ces dispositions aux « exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles ». Certes, cette déclaration n'a qu'un caractère interprétatif et reflète la façon dont ces articles étaient compris par les parties signataires au moment de la signature du TDA. Il pourrait donc être argué que la réalité des marchés a fortement évolué depuis 1996, année de la signature du TDA, ce qui justifierait une approche différente.

36. Toutefois, l'Union européenne étant signataire du TDA, celui-ci a été incorporé dans son système juridique au moyen, notamment, de la directive 2001/29¹⁸. Or, en adoptant cette directive, le législateur de l'Union semble avoir clairement pris position en faveur de l'application du droit de la communication au public à la fourniture des œuvres par téléchargement en ligne ainsi que de la limitation du droit de distribution, et donc de son épuisement, aux seules copies tangibles. Plus concrètement, le téléchargement est couvert par le droit de mise à la disposition du public des œuvres, prévu à l'article 3, paragraphe 2, de cette directive.

37. Cela ressort assez clairement de la lecture combinée des considérants 24, 25, 28 et 29 de la directive 2001/29. Selon ces considérants :

« (24) Le droit de mettre à la disposition du public des objets protégés qui est visé à l'article 3, paragraphe 2, doit s'entendre comme couvrant *tous les actes de mise à la disposition du public qui n'est pas présent à l'endroit où l'acte de mise à disposition a son origine* et comme ne couvrant aucun autre acte.

(25) [...] Il doit être clair que tous les titulaires de droits reconnus par la présente directive ont le droit exclusif de mettre à la disposition du public des œuvres protégées par le droit d'auteur ou tout autre objet protégé *par voie de transmissions interactives à la demande*. Ces transmissions sont caractérisées par le fait que chacun peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

[...]

(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. [...]

(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*. [...] 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.»¹⁹

¹⁸ Voir considérant 15 de cette directive.

¹⁹ C'est moi qui souligne.

38. Il est vrai que ces considérants comportent certaines ambiguïtés. Notamment, la référence aux services dans le considérant 29 peut paraître inopportune. En effet, le commerce en ligne a quelque peu brouillé la distinction entre biens et services. Ainsi, la directive 2000/31/CE²⁰ qualifie de « service de la société de l'information », entre autres, la vente de biens en ligne²¹. Prise à la lettre, cette qualification pourrait conduire au résultat absurde que la vente d'un CD ou d'un livre papier en ligne n'emporte pas d'épuisement du droit de distribution.

39. Néanmoins, ces considérants démontrent clairement la ligne de démarcation voulue par le législateur de l'Union entre le droit de communication au public (sous forme de mise à la disposition du public) et le droit de distribution. Ainsi, le droit de la communication au public s'applique à toutes formes d'exploitation des œuvres en ligne, aussi bien celles qui ne sont pas liées à une copie que celles qui reposent sur la création d'une telle copie. Notamment, le considérant 29 est explicite à cet égard. Si ce considérant parle uniquement des copies physiques créées par l'utilisateur avec l'autorisation du titulaire des droits, c'est parce qu'il n'envisage l'épuisement du droit de distribution que pour les copies sur support tangible. Il est tout de même à l'évidence question des copies issues du téléchargement.

40. Il convient encore de remarquer que l'application du droit de communication au public à des actes tels que ceux effectués par Tom Kabinet peut susciter des doutes du fait de la définition de la communication au public donnée par la Cour dans sa jurisprudence. Selon celle-ci, la communication au public englobe, sans surprise, un acte de communication et un public, ce public étant constitué d'un nombre assez important de personnes²².

41. Dans le cas de la mise à disposition par téléchargement originale, effectuée par le titulaire des droits d'auteur, cela ne pose pas de problème, car il est possible de créer autant de copies qu'il y a de membres du public souhaitant en acquérir une. Il en est autrement en ce qui concerne la fourniture subséquente par un utilisateur de la copie dont il a acquis la possession. En effet, dans le modèle qui découlerait de l'application de la règle de l'épuisement du droit de distribution, cet utilisateur ne serait en mesure de fournir qu'une seule copie, qui ne saurait trouver qu'un seul acquéreur. On peut alors se demander s'il s'agirait là d'une communication à un public, l'œuvre ne pouvant être communiquée qu'à une seule personne.

42. Je ne partage pas ici la position de la Commission selon laquelle la seule mise à disposition, c'est-à-dire le fait d'offrir la copie à la revente, constitue l'acte de communication. Cela est vrai dans la situation où l'utilisateur accède directement à l'œuvre mise à la disposition du public, par exemple sur un site Internet. Par contre, lorsque l'accès requiert l'acquisition d'une copie, c'est au moment du téléchargement de celle-ci que l'acte de communication a lieu. Si l'on suivait l'approche proposée par la Commission, toute offre d'acquisition des copies d'une œuvre, y compris des copies matérielles, constituerait une communication au public et le droit de distribution serait vidé de son contenu. Il est donc probablement nécessaire de préciser la définition de la « communication au public » dans la situation d'une mise à disposition par téléchargement. En effet, ce qui importe est non pas le nombre de personnes auxquelles la communication est effectuée mais le fait, pour la personne à l'origine de cette communication, d'adresser son offre à des personnes n'appartenant pas à son cercle privé. Dans ce cas, un seul acquéreur peut donc constituer un public.

43. Outre la volonté du législateur, qui découle assez clairement des considérants de la directive 2001/29, le libellé de l'article 4 de cette directive s'oppose à son application aux œuvres mises à la disposition du public par téléchargement en ligne. Cet article instaure au profit des auteurs le droit d'autoriser ou d'interdire la distribution de leurs œuvres « par la vente ou autrement ». La Cour a eu

²⁰ Directive 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 (« directive sur le commerce électronique ») (JO 2000, L 178, p. 1).

²¹ Voir considérant 18 de la directive 2000/31.

²² Voir, en dernier lieu, arrêt du 7 août 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, points 19 et 22).

l'occasion de préciser que par la formulation « autrement » il convient de comprendre exclusivement un transfert de propriété²³. Ainsi, la distribution implique le transfert de la propriété de l'exemplaire de l'œuvre en question, soit par la vente, soit par un autre moyen. Or, il est difficile de parler de propriété dans le contexte d'un fichier numérique²⁴. Celui-ci est dépourvu de matérialité et ne constitue par conséquent pas un bien au sens du droit civil. Un fichier peut être plutôt assimilé à de l'information pure. Cette information peut être protégée par différents droits, mais pas par le droit de propriété.

44. Par ailleurs, le transfert de propriété, en tout cas contractuel, nécessite, notamment, le consentement des deux parties à cette transaction, l'une cédant à l'autre l'ensemble des droits sur l'objet de la propriété. Or, dans la réalité de la mise à disposition des œuvres par téléchargement en ligne, il existe une multitude de conventions stipulant les droits et obligations des parties. Ces conventions relèvent de la liberté de contracter et je ne pense pas que l'éventuelle reconnaissance de la règle de l'épuisement du droit de distribution puisse limiter cette liberté. Ainsi, contrairement à la situation qui prévaut pour les objets tangibles, dans le cas d'œuvres dématérialisées fournies en ligne, il ne serait jamais aisé de constater avec certitude s'il y a ou non eu transfert de propriété et, donc, épuisement du droit de distribution, les parties au contrat pouvant définir de différentes manières les modalités de l'utilisation de la copie de l'œuvre.

45. Enfin, le droit de reproduction, régi par l'article 2 de la directive 2001/29, s'oppose à mon avis également à la reconnaissance de la règle d'épuisement du droit de distribution en ce qui concerne les œuvres fournies par téléchargement en ligne.

46. En effet, tout téléchargement d'un fichier numérique consiste en la création d'une copie dudit fichier sur l'ordinateur récepteur. Or, la création de cette copie constitue un acte de reproduction soumis au droit exclusif du titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre contenue dans le fichier en cause. Cela découle clairement de la formulation très large de l'article 2 de la directive 2001/29, qui couvre la reproduction « par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit »²⁵. Cette approche est confirmée par la seconde phrase de la déclaration commune concernant l'article 1^{er}, paragraphe 4, du TDA, selon laquelle « [l]e stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la [c]onvention de Berne ^[26] ».

47. Dans le cas de la fourniture des œuvres par téléchargement en ligne, la création de la copie de l'œuvre par son acquéreur original est effectuée avec le consentement du titulaire des droits d'auteur, en tant qu'élément indispensable de cette forme de mise à la disposition du public. Ce consentement ne couvre pourtant pas les reproductions qui seraient nécessaires à une transmission subséquente dans le cas de la revente de la copie de l'œuvre.

48. Ces reproductions ne sauraient non plus être considérées comme étant couvertes par la règle de l'épuisement du droit de distribution. En effet, une telle conclusion équivaudrait à reconnaître l'épuisement du droit de reproduction. Or, ce droit n'est pas susceptible d'épuisement. Ainsi, toute reproduction qui accompagne la revente d'une œuvre sous forme numérique doit soit être autorisée par le titulaire du droit exclusif de reproduction, soit relever d'une exception audit droit exclusif²⁷.

23 Voir arrêt du 17 avril 2008, Peek & Cloppenburg (C-456/06, EU:C:2008:232, dispositif).

24 Sauf, bien entendu, lorsque le fichier est fixé sur un support matériel, auquel cas le droit de propriété concerne ledit support.

25 Dans l'affaire Infopaq, la Cour semble n'avoir eu aucun doute quant au fait que la mise en mémoire informatique d'un extrait d'une œuvre constitue un acte de reproduction : voir arrêt du 16 juillet 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, point 1 du dispositif), ainsi que conclusions de l'avocat général Trstenjak dans cette affaire (C-5/08, EU:C:2009:89, point 52).

26 Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, signée à Berne le 9 septembre 1886 (acte de Paris du 24 juillet 1971), telle que modifiée le 28 septembre 1979.

27 Voir, en ce sens, arrêt du 12 octobre 2016, Ranks et Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:762, point 38).

49. Par ailleurs, la création de ces copies n'est couverte par aucune des exceptions au droit de reproduction prévues à l'article 5 de la directive 2001/29. Notamment, elle n'est pas couverte par l'exception des reproductions transitoires ou accessoires constituant partie intégrante d'un procédé technique, contenue à l'article 5, paragraphe 1, de cette directive. En effet, premièrement, ces reproductions n'ont pas de caractère provisoire ni transitoire, car elles ont vocation à demeurer sur l'ordinateur récepteur du téléchargement²⁸. Même si la copie d'origine du téléchargement est par la suite effacée, c'est non pas la reproduction finale qui est transitoire mais, tout au plus, la multiplication des copies. Deuxièmement, ces actes de reproduction ne sont pas dépourvus de signification économique indépendante, comme l'exige cette disposition. Tout au contraire, le but du téléchargement est précisément de créer une copie du fichier numérique (contenant l'œuvre en question) sur l'ordinateur récepteur. C'est donc dans l'acte de reproduction que réside la signification économique essentielle de toute l'opération.

50. Pour conclure, les différentes dispositions de la directive 2001/29, lues à la lumière des considérants de cette directive ainsi que des dispositions pertinentes du TDA, ne me semblent pas permettre une interprétation selon laquelle la fourniture d'œuvres protégées par le droit d'auteur par téléchargement en ligne serait couverte par le droit de distribution prévu à l'article 4 de ladite directive et par la règle de son épuisement.

51. Ce constat ne me paraît pas être remis en cause par les enseignements découlant de la jurisprudence de la Cour.

La jurisprudence

52. La Cour a déjà eu l'occasion de s'exprimer sur des affaires ayant pour objet des problèmes juridiques proches de ceux de la présente affaire. La première qui vient à l'esprit est bien évidemment l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *UsedSoft*²⁹.

Les programmes d'ordinateur

53. Cette affaire concernait le point de savoir si la fourniture d'une copie d'un programme d'ordinateur par téléchargement en ligne, accompagnée d'une licence d'utilisation de ce programme d'une durée indéterminée, épuisait le droit de distribution de cette copie conformément à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24/CE³⁰.

54. Il est vrai que certaines constatations formulées par la Cour dans l'arrêt *UsedSoft*³¹ pourraient plaider en faveur d'une reconnaissance de l'applicabilité de la règle de l'épuisement du droit de distribution non seulement dans le cas de la fourniture par téléchargement des programmes d'ordinateur mais également dans celui de la fourniture de toutes les catégories d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

55. Ainsi, la Cour a jugé que le transfert d'une copie d'un programme d'ordinateur, que ce soit au moyen d'un support matériel ou du téléchargement, accompagné d'une licence d'utilisation dudit programme pour une durée indéterminée, équivaut au transfert de propriété de cette copie et, par conséquent, à la vente de celle-ci au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24³². Selon la Cour, toute autre interprétation permettrait aux titulaires des droits d'auteur sur les programmes

28 Voir, à cet égard, von Lewinsky, S., Walter, M., *European Copyright Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 1027.

29 Arrêt du 3 juillet 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

30 Directive du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO 2009, L 111, p. 16).

31 Arrêt du 3 juillet 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

32 Voir arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, points 45 à 48).

d'ordinateur de contourner la règle de l'épuisement du droit de distribution et compromettre son effet utile en qualifiant simplement le contrat non pas de « vente », mais de « licence»³³. Par ailleurs, en ce qui concerne le droit de la communication au public régi par l'article 3 de la directive 2001/29, la Cour a jugé que le transfert du droit de propriété sur une copie du programme d'ordinateur transformait l'acte de communication au public en un acte de distribution au sens de l'article 4 de cette directive, donnant lieu à l'épuisement du droit de distribution conformément à l'article 4, paragraphe 2, de ladite directive³⁴. Enfin, la Cour a constaté que, d'un point de vue économique, la transmission en ligne d'une copie d'un programme d'ordinateur est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel³⁵.

56. Cela étant, force est de constater que ces affirmations de la Cour sont intervenues à propos d'une législation spécifique constituant une *lex specialis* par rapport à la directive 2001/29³⁶ et concernant la catégorie très spéciale d'œuvres que sont les programmes d'ordinateur.

57. Il est vrai que, selon l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2009/24, qui fait écho à l'article 4 du TDA, les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires. Cependant, à mon avis, ces dispositions reflètent plutôt la volonté des auteurs du TDA, et ensuite celle du législateur de l'Union, de ne pas créer une catégorie d'œuvres à part, qu'une véritable similitude des programmes d'ordinateur et des œuvres littéraires. En effet, les programmes d'ordinateur sont des séquences d'instructions destinées à être exécutées par une machine (un ordinateur). Si le programme d'ordinateur peut être exprimé dans un langage compréhensible pour l'homme, en tout cas pour les personnes ayant certaines qualifications (code source), cela n'est pas la finalité du programme. Sa finalité est d'être compris et exécuté par la machine, l'intérêt pour l'utilisateur du programme découlant non pas de la lecture du programme mais du fonctionnement de cette machine. Pour l'utilisateur, lire des lignes de code d'un programme serait aussi utile que boire un verre de gasoil au lieu de le verser dans le réservoir de sa voiture. Ainsi, un programme d'ordinateur est plus un outil qu'une œuvre au sens propre. De là découlent certaines spécificités du programme d'ordinateur en tant qu'objet de la protection par le droit d'auteur qui justifient son traitement spécifique du point de vue de la loi.

58. Ainsi, premièrement, l'utilisation d'un programme d'ordinateur nécessite de le charger sur l'ordinateur sur lequel il a vocation à fonctionner. De ce fait, il est absolument indifférent que ce programme soit distribué sur un support matériel (par exemple un CD-ROM) ou par téléchargement, car, dans tous les cas, la copie du programme devra être chargée sur un ordinateur, qu'elle soit ou non fixée sur un support matériel ; elle n'est pas exploitable telle quelle. Cela n'est pas le cas d'autres catégories d'œuvres telles que, évidemment, les livres, mais également les œuvres sur disques optiques (CD ou DVD), qui ne nécessitent pas le passage par un ordinateur, contrairement aux œuvres téléchargées.

59. Deuxièmement, le programme d'ordinateur étant un outil, il nécessite souvent des services additionnels de maintenance et de mises à jour, services qui normalement font partie d'un contrat d'utilisation dénommé « licence ». L'existence d'une telle licence est indépendante de la façon – matérielle ou immatérielle – dont le programme a été distribué. C'est pour cette raison que la Cour a dû appliquer une définition large de la notion de « vente»³⁷. Si tel n'était pas le cas, toute fourniture d'un programme d'ordinateur, tant par téléchargement que sur support matériel, pourrait être qualifiée de licence, sans jamais donner lieu à l'épuisement du droit de distribution, ce qui compromettrait l'effet utile de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24. En revanche, dans le cas d'autres catégories d'œuvres, la distribution sur support matériel n'est normalement pas accompagnée d'une licence, ce qui peut être le cas de la fourniture par téléchargement.

33 Voir arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, point 49).

34 Voir arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, point 52).

35 Voir arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, point 61).

36 Voir arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, point 51).

37 Voir arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, point 49).

60. Ces deux aspects spécifiques des programmes d'ordinateur ont permis à la Cour de constater que, du point de vue économique, la fourniture par téléchargement est un équivalent fonctionnel de la fourniture sur support matériel³⁸. Dans le cas d'autres catégories d'œuvres, si leur utilité première, c'est-à-dire qu'il soit pris connaissance de l'œuvre, est la même indépendamment de la façon dont elles sont fournies aux utilisateurs, la manière dont cette prise de connaissance s'opère peut toutefois varier selon le mode de fixation (numérique ou analogique) et de fourniture.

61. Troisièmement, dans le cas d'œuvres littéraires, musicales ou cinématographiques, l'utilité souvent s'épuise, pour ainsi dire, après une unique lecture, écoute ou visionnage. L'utilisateur est donc prêt à se défaire de sa copie de l'œuvre après cette première prise de connaissance, en ayant pleinement satisfait ses besoins liés à l'œuvre. Tel n'est pas le cas d'un programme d'ordinateur qui est destiné normalement à une utilisation sur le long terme. Les programmes d'ordinateur sont donc beaucoup moins susceptibles d'être rapidement mis en circulation sur le marché d'occasion que les œuvres appartenant à d'autres catégories.

62. Qui plus est, 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. On peut dire que la perte de valeur que subissent les œuvres littéraires, musicales ou cinématographiques sur support matériel du fait de l'usure dudit support matériel a son pendant dans les programmes d'ordinateurs, du fait de l'obsolescence technique. 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.

63. La Cour a donc apprécié la question de l'épuisement du droit de distribution des programmes d'ordinateur dans le cas de la fourniture par téléchargement au regard des circonstances particulières de cette catégorie d'œuvres, différentes de celles des œuvres littéraires, musicales ou cinématographiques. À ces différences factuelles s'ajoutent des différences normatives entre la directive 2009/24 et la directive 2001/29.

64. En premier lieu, la directive 2009/24 ne prévoit pas, pour les auteurs des programmes d'ordinateur, de droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la communication au public ou la mise à la disposition du public. Les seuls droits qui sont régis par cette directive sont le droit de reproduction, le droit de transformation et le droit de faire ou d'autoriser « toute forme de distribution » de l'original ou des copies du programme d'ordinateur³⁹. Ainsi, la Cour a dû qualifier la fourniture d'un programme d'ordinateur par téléchargement en ligne comme relevant du droit de distribution, au sens de la directive 2009/24 ; à défaut, il aurait fallu admettre que la réglementation spécifiquement conçue pour les programmes d'ordinateur n'accordait pas de droit exclusif couvrant le moyen technique de leur fourniture le plus répandu, qui est, à l'heure actuelle, le téléchargement. Appliquer le droit de communication au public tel que prévu par la directive 2001/29 aurait remis en cause le caractère de *lex specialis* de la directive 2009/24⁴⁰ et de ses règles détaillées, adaptées aux spécificités des programmes d'ordinateur comme objet de protection⁴¹.

38 Voir arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, point 61).

39 Article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive 2009/24.

40 Voir, en ce sens, arrêt du 3 juillet 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407, point 51).

41 Il s'agit des règles concernant la qualité d'auteur (article 2), les exceptions (article 5) et la décompilation (article 6).

65. En deuxième lieu, contrairement à la directive 2001/29, la directive 2009/24 ne contient aucun élément indiquant que la règle d'épuisement du droit de distribution, expressément prévue à son article 4, paragraphe 2, serait limitée aux copies incorporées à un support tangible⁴².

66. Enfin, en troisième lieu, l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24 contient une exception au droit de reproduction pour les actes « nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination ». Cette disposition a permis à la Cour de juger que l'acquéreur d'un programme d'ordinateur d'occasion pouvait en effectuer une reproduction nécessaire à son téléchargement sans enfreindre le droit exclusif de l'auteur dudit programme⁴³. Or, la directive 2001/29 ne contient aucune exception analogue⁴⁴.

67. Dans la présente affaire, Tom Kabinet soutient qu'un livre électronique constitue un programme d'ordinateur et que, par conséquent, l'arrêt UsedSoft devrait lui être appliqué directement. Cependant, cet argument ne saurait prospérer. Un livre électronique n'est pas un programme d'ordinateur, c'est-à-dire un ensemble d'instructions pour l'ordinateur d'effectuer certaines opérations, mais un fichier numérique contenant des données que l'ordinateur doit traiter. Il n'y a donc aucune raison de lui appliquer la réglementation spécifique destinée aux programmes d'ordinateur, telle qu'interprétée par la Cour. Qui plus est, un livre électronique est protégé par le droit d'auteur non pas en tant que simple fichier numérique mais en raison de son contenu, c'est-à-dire de l'œuvre littéraire qu'il contient. Or, cette protection relève de la directive 2001/29.

Le prêt de livres électroniques

68. Dans son arrêt Vereniging Openbare Bibliotheken⁴⁵, la Cour a jugé que le droit de prêt, prévu à l'article 3 de la directive 2006/115/CE⁴⁶, ainsi que l'exception de prêt public prévue à l'article 6 de cette directive, avaient vocation à s'appliquer aux livres électroniques. Or, tout comme l'article 4 de la directive 2001/29, l'article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 2006/115 fait référence à l'original et aux copies de l'œuvre. Il pourrait alors être suggéré qu'une analogie doit être faite entre le prêt des livres électroniques et leur distribution, les deux consistant en effet en un téléchargement d'une copie numérique.

69. Cependant, la solution retenue par la Cour dans l'arrêt Vereniging Openbare Bibliotheken⁴⁷ a été élaborée dans un environnement juridique différent de celui de la présente affaire. En effet, le droit de prêt – contrairement au droit de location également réglementé à l'article 3 de la directive 2006/115 et contrairement aussi au droit de distribution dont il est question dans la présente affaire – ne relève pas du TDA. La Cour a spécialement souligné cette différence, concluant que le TDA ne s'opposait pas à une interprétation de la directive 2006/115 faisant entrer le prêt des livres électroniques dans le champ du droit de prêt⁴⁸. Or, la même conclusion ne saurait être formulée concernant le droit de distribution⁴⁹.

42 Voir arrêt du 3 juillet 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, point 55).

43 Voir arrêt du 3 juillet 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, point 81).

44 Sauf celle contenue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29, qui n'est cependant pas applicable aux reproductions permanentes telles que les copies téléchargées.

45 Arrêt du 10 novembre 2016 (C-174/15, EU:C:2016:856).

46 Directive 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 (JO 2006, L 376, p. 28).

47 Arrêt du 10 novembre 2016 (C-174/15, EU:C:2016:856).

48 Arrêt du 10 novembre 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:856, point 39).

49 Voir points 33 à 35 des présentes conclusions.

70. Par ailleurs, l'exception du prêt public prévue à l'article 6 de la directive 2006/115 réalise un objectif de politique publique et une compensation pour les auteurs est exigée. Cela n'est pas le cas de la règle d'épuisement du droit de distribution dont la justification est de toute autre nature, liée à la propriété et aux échanges des objets tangibles contenant les œuvres protégées.

71. En revanche, c'est à juste titre que Tom Kabinet fait observer que la Cour semble avoir accepté l'épuisement du droit de distribution en ce qui concerne les livres électroniques en jugeant, en réponse à la deuxième question dans l'affaire Vereniging Openbare Bibliotheken, que « l'article 6 de la directive 2006/115, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un État membre soumette l'application de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2006/115 à la condition que la copie de livre sous forme numérique mise à disposition par la bibliothèque publique ait été mise en circulation par une première vente ou un premier autre transfert de propriété de cette copie dans l'Union européenne par le titulaire du droit de distribution au public ou avec son consentement, au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive [2001/29] »⁵⁰.

72. En effet, une telle condition n'aurait pas beaucoup de sens sans la reconnaissance de l'applicabilité du droit de distribution et de la règle de son épuisement aux copies dématérialisées des livres électroniques. Cela exigerait de fixer la copie sur un support physique avant de la livrer à la bibliothèque, opération qui n'aurait aucun sens économique et qui serait contraire aux usages du marché, les livres électroniques étant normalement fournis par téléchargement. Dans le cas où la Cour jugerait, dans la présente affaire, que le droit de distribution ne s'applique pas à la fourniture des œuvres par téléchargement, cette condition serait vidée de sens. Je ne pense pas cependant que cette seule affirmation de la Cour dans l'affaire Vereniging Openbare Bibliotheken puisse préjuger la solution dans la présente affaire.

Les liens Internet

73. Le droit de la communication au public n'est, par principe, pas susceptible d'épuisement⁵¹. Néanmoins, dans l'environnement d'Internet, la Cour a jugé que certains actes qui pourraient relever de ce droit ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire dudit droit. Il s'agit des liens hypertexte⁵², ainsi que de liens utilisant la technique dite de « framing »⁵³, qui dirigent l'utilisateur vers des contenus librement accessibles sur Internet avec le consentement du titulaire des droits d'auteur. Selon la Cour, ces actes de communication, utilisant le même moyen technique que la communication originale (Internet) et étant dirigés vers le même public (l'ensemble des utilisateurs d'Internet), n'exigent pas une autorisation indépendante des titulaires des droits d'auteur⁵⁴. Dans la doctrine, cette jurisprudence a pu même être perçue comme la consécration de l'épuisement du droit de la communication au public⁵⁵.

74. Sans entrer dans la discussion de ses effets et du bien-fondé des thèses doctrinales, j'observerai que, en tout état de cause, cette jurisprudence ne saurait être appliquée par analogie à la mise des œuvres à la disposition du public par téléchargement.

50 Arrêt du 10 novembre 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:856, point 2 du dispositif).

51 Voir article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/29.

52 Arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76).

53 Ordonnance du 21 octobre 2014, BestWater International (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315).

54 Arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, points 24, 27 et 28).

55 Voir, notamment, note de A. Lucas sous l'arrêt Svensson e.a., *Propriétés intellectuelles*, n° 51 (2014), p. 165 et suiv., et Rosén, J., « How Much Communication to the Public Is "Communication to the Public" ? », dans Stamatoudi, I. A. (éd.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Wolters Kluwer, Alphen-sur-le-Rhin, 2016, p. 331 et suiv.

75. En effet, premièrement, la jurisprudence concernant les liens Internet repose sur la prémisse qu'en rendant un contenu librement accessible sur Internet le titulaire des droits d'auteur a pris en compte le fait que, potentiellement, tout utilisateur d'Internet pourrait y avoir accès⁵⁶. Or, tel n'est pas le cas du téléchargement. En faisant payer chaque acquisition d'une copie numérique de l'œuvre, le titulaire des droits d'auteur prend en compte, comme public cible de sa communication, uniquement les utilisateurs ayant payé le prix de la copie de l'œuvre et non les utilisateurs suivants, n'ayant pas payé ce prix ou l'ayant payé à une autre personne que ledit titulaire des droits⁵⁷. Toute fourniture ultérieure d'une telle copie doit donc être considérée comme une communication à un public nouveau.

76. Deuxièmement, si, dans le cas des liens Internet, il y a communication, c'est une communication dérivée, en ce sens qu'elle est tributaire de la communication originale. Si le titulaire des droits d'auteur décide de retirer son œuvre d'Internet, le lien cesse de fonctionner. Son fonctionnement dépend alors de la volonté dudit titulaire des droits. En revanche, dans le cas du téléchargement, sauf mesures techniques particulières, le titulaire des droits d'auteur perd le contrôle factuel sur la copie de son œuvre une fois celle-ci téléchargée par un utilisateur. Son seul moyen de contrôle est le contrôle juridique qui découle de son droit exclusif.

Remarques finales

77. Pour résumer les considérations formulées ci-dessus, même si la Cour a fait dans sa jurisprudence certaines avancées dans le sens de la reconnaissance de l'épuisement des droits d'auteur dans l'environnement numérique, il n'en découle pas la nécessité de reconnaître un tel épuisement dans les circonstances de la présente affaire.

78. Il est vrai que cette jurisprudence de la Cour peut donner une impression de complexité et d'incohérence, et qu'il serait tentant de simplifier la situation juridique en admettant la règle de l'épuisement du droit de distribution dans l'environnement numérique pour toutes les catégories d'œuvres⁵⁸. Je pense cependant que, en l'absence d'une réglementation complète, par voie législative, en ce qui concerne cette règle, la diversité des solutions jurisprudentielles est justifiée, et même inévitable, s'agissant de situations factuelles différentes, régies par des actes législatifs différents et poursuivant des objectifs spécifiques. À mon avis, la seule recherche de cohérence ne saurait fonder la reconnaissance jurisprudentielle de la règle de l'épuisement.

L'équilibre des intérêts en jeu

79. Comme je l'ai mentionné dans l'introduction aux présentes conclusions, la numérisation des contenus, y compris celle des œuvres protégées par le droit d'auteur, et surtout le développement des nouvelles modalités de leur fourniture aux utilisateurs rendues possibles grâce à Internet ont bouleversé l'équilibre qui existait dans l'environnement analogique entre, d'une part, les intérêts des titulaires des droits d'auteur et, d'autre part, ceux des utilisateurs des œuvres. La règle de l'épuisement du droit de distribution est un des instruments qui contribuent à maintenir cet équilibre. La question qui se pose est celle de savoir si l'équilibre des intérêts en jeu exige l'application de cette règle également dans le cas de la fourniture des œuvres par téléchargement.

80. De nombreux arguments, soulevés dans la doctrine, militent en faveur de cette application⁵⁹.

⁵⁶ Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 27).

⁵⁷ Je laisse de côté la question des œuvres distribuées gratuitement, qui n'est pas soulevée dans la présente affaire.

⁵⁸ Voir, en ce sens, Sganga, C., « A Plea for Digital Exhaustion in EU Copyright Law », *JIPITEC*, 9/2018, p. 211.

⁵⁹ Voir, notamment, Perzanowski, A., Schultz, J., « Digital Exhaustion », *UCLA Law Review*, 2011, n° 58, p. 889 ; Sganga, C., op. cit. Pour une approche plus nuancée des arguments pour et contre, voir Kerber, W., « Exhaustion of Digital Goods : An Economic Perspective », *Intellectual Property Journal*, 2016, n° 8, p. 149.

81. Premièrement, l'existence des marchés d'occasion renforcerait la concurrence, ferait baisser les prix et contribuerait à une meilleure accessibilité des biens, avec des bénéfices évidents pour le consommateur. Les copies numériques dématérialisées d'occasion étant, contrairement aux copies matérielles, des substituts parfaits des exemplaires neufs, cette concurrence serait d'autant plus forte.

82. Deuxièmement, l'accessibilité, à des prix modérés, des copies d'œuvres d'occasion promouvrait l'innovation, tant du côté des titulaires des droits d'auteur (afin de concurrencer l'offre d'occasion, voir point précédent) que celui des utilisateurs ainsi que des tiers, tels que les plateformes des marchés en ligne.

83. Troisièmement, l'absence de contrôle de la part des titulaires des droits d'auteur sur l'utilisation et le destin de la copie de l'œuvre du fait de l'épuisement du droit de distribution renforcerait la protection de la vie privée des utilisateurs. En effet, la fourniture des œuvres par téléchargement permet aux distributeurs non seulement de connaître l'identité de chaque acquéreur, mais également de collecter des informations sur la façon dont ce dernier utilise l'œuvre. Les distributeurs des livres électroniques peuvent notamment savoir si le lecteur a lu le livre jusqu'au bout ou s'il y a fait des annotations. Le contrôle que possèdent les distributeurs sur les copies téléchargées leur permet également de résilier le contrat, en rendant inutilisable la copie prétendument « achetée » par l'utilisateur.

84. Enfin, quatrièmement, l'épuisement du droit de distribution permettrait d'empêcher les pratiques anticoncurrentielles consistant à lier les utilisateurs aux distributeurs en augmentant les coûts de changement de distributeur. Ces pratiques sont encore une fois visibles, notamment, sur le marché des livres électroniques quand l'acquisition et l'utilisation d'un tel livre sont conditionnées, par exemple par l'ouverture d'un compte chez le distributeur et la possession d'une liseuse distribuée par la même entreprise.

85. Cependant, certains de ces arguments touchent à des aspects de politique économique générale (niveaux des prix, concurrence, innovation) qui peuvent, certes, être pris en considération par le législateur, mais ne doivent pas, à mon avis, guider des décisions d'ordre jurisprudentiel.

86. En revanche, d'autres arguments concernent non pas le comportement des bénéficiaires du droit d'auteur, mais celui des distributeurs des œuvres. Reconnaître l'épuisement du droit de distribution pour contrecarrer ces comportements signifierait alors de limiter les droits des auteurs pour des raisons étrangères à l'équilibre entre ces droits et ceux des utilisateurs. Autrement dit, le droit d'auteur servirait de facteur correcteur des prétendus dysfonctionnements du marché de fourniture des œuvres.

87. Je doute aussi que la règle de l'épuisement du droit de distribution, à elle seule, soit capable de remédier aux problèmes ci-dessus mentionnés. En effet, si, en vertu de cette règle, l'acquéreur d'une copie dématérialisée d'une œuvre était en mesure de revendre cette copie, cela n'aurait pas automatiquement pour conséquence d'annuler toutes les conditions contractuelles d'utilisation de cette copie⁶⁰. D'ailleurs, il n'est pas du tout certain que les utilisateurs voudraient toujours s'en libérer. En effet, les distributeurs accompagnent ces limitations et intrusions dans la vie privée d'avantages au profit des utilisateurs, qui peuvent choisir de souffrir les uns pour bénéficier des autres.

88. Qui plus est, il existe aussi des arguments importants contre l'application de la règle de l'épuisement du droit de distribution à la fourniture des œuvres par téléchargement.

⁶⁰ Le droit d'auteur ne régit pas, en principe, les contrats par lesquels les œuvres sont mises à la disposition de l'utilisateur final ; voir Lucas-Schloetter, A., « La revente d'occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur », dans Bernault, C., Clavier, J.-P., Lucas-Schloetter, A., Lucas, F.-X. (dir), *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, p. 573 et suiv.

89. En premier lieu, comme je l'ai déjà mentionné, les copies numériques dématérialisées ne se détériorent pas avec l'usage, de sorte que les copies d'occasion constituent des substituts parfaits des copies neuves. À cela s'ajoute la facilité des échanges de telles copies qui ne nécessitent ni effort ni coût additionnels. Ainsi, le marché parallèle d'occasion risque d'affecter les intérêts des titulaires des droits d'auteur de manière beaucoup plus significative que le marché d'occasion d'objets tangibles.

90. L'affaire au principal en est une excellente illustration. Comme l'a admis le représentant de Tom Kabinet lors de l'audience, il arrive à cette société de revendre des livres électroniques à un prix inférieur à celui d'acquisition. La rentabilité d'un tel procédé tient au fait que les utilisateurs de son site Internet sont incités à revendre à Tom Kabinet, après leur lecture, les livres électroniques acquis auprès de celui-ci, qui peut par la suite les proposer à d'autres clients. Une suite de plusieurs opérations de revente et acquisition permet ainsi à Tom Kabinet de rentabiliser son activité, dont le seul coût est constitué par la première acquisition du livre électronique.

91. Il en découle deux risques pour les titulaires des droits d'auteur. Le premier est celui de la concurrence des copies de même qualité offertes à une fraction du prix du marché original et, le second, celui d'une multiplication incontrôlée des copies en circulation. En effet, de multiples échanges, au cours d'une brève période, d'une copie numérique de l'œuvre équivalent en pratique à une multiplication de copies. C'est particulièrement vrai lorsque, comme c'est souvent le cas des livres, les besoins des utilisateurs sont satisfaits après une lecture unique⁶¹.

92. En deuxième lieu, un risque de multiplication, cette fois réelle, existe du fait que le téléchargement consiste en une reproduction de la copie sur l'ordinateur récepteur. Si, en principe, après le téléchargement, le revendeur est obligé d'effacer sa propre copie, le respect de cette obligation est difficile à vérifier, notamment auprès des particuliers⁶².

93. Certes, ce problème est plus lié à la numérisation qu'au téléchargement en ligne. En effet, une copie numérique sur support tangible peut être reproduite par son propriétaire (acte tout à fait licite sous l'exception de copie privée), cet utilisateur revendant par la suite la copie matérielle en vertu de la règle de l'épuisement. Si un tel agissement n'est pas très honnête, il serait cependant difficile de le déclarer illégal. En outre, son interdiction serait difficile à mettre en œuvre sans intrusion dans la sphère privée de l'utilisateur. Cependant, cela ne s'applique pas à toutes les catégories d'œuvres, notamment pas aux livres⁶³, et la revente d'une copie matérielle nécessite de supporter un coût (par exemple de l'envoi postal) qui n'existe pas dans le cas des échanges dématérialisés.

94. En troisième lieu, il n'est pas certain que, une fois les échanges des copies numériques d'occasion autorisés, il sera toujours facile ou possible de distinguer les copies légales, c'est-à-dire légalement acquises et revendues dans le respect des règles, des copies contrefaites. Certes, les plateformes professionnelles peuvent utiliser des moyens techniques pour s'en assurer, comme le fait, selon les informations contenues dans la demande de décision préjudicielle, Tom Kabinet. Il est pourtant douteux que les particuliers feront les mêmes efforts. Ainsi, la reconnaissance de la règle de l'épuisement du droit de distribution des copies dématérialisées pourrait contribuer au développement du piratage et rendre plus difficile la mise en œuvre des mesures destinées à le combattre.

61 Le même constat s'applique, par exemple, aux œuvres cinématographiques.

62 Si la société Amazon a breveté un système de marché des biens numériques d'occasion qui permet un effacement automatique de la copie originale après téléchargement (Karapapa, S., « Reconstructing copyright exhaustion in the online world », *Intellectual Property Quarterly*, 4/2014, p. 307), de tels systèmes ne pourraient être appliqués que par des plateformes professionnelles. Il serait difficile d'en exiger l'utilisation par des personnes privées.

63 Les livres électroniques ne sont normalement pas distribués sur un support tangible. En revanche, le fait de scanner un livre papier n'aboutit pas à créer un livre électronique.

95. Enfin, il faut avoir à l'esprit que le téléchargement avec un droit d'utilisation perpétuel en tant que modalité de fourniture des contenus en ligne est en train d'être relégué dans le passé. De nouveaux modes d'accès comme le *streaming* ou l'accès sur abonnement sont apparus et sont largement plébiscités, non seulement par les titulaires des droits d'auteur et les distributeurs, mais également par les utilisateurs. En effet, ces nouveaux modes d'accès, d'une part, assurent des revenus plus élevés aux premiers et, d'autre part, donnent aux seconds un accès plus flexible à un nombre bien plus élevé de contenus. Il est vrai que ces nouveaux moyens d'accès ne concernent pas en premier lieu les livres électroniques : il est difficile de concevoir le *streaming* d'un livre. Cela étant, les solutions dans lesquelles, pour le prix d'un abonnement mensuel ou annuel, l'utilisateur obtient l'accès à toute une bibliothèque de livres électroniques existent déjà. Si cet accès nécessite toujours le téléchargement du livre, il n'y a toutefois pas de paiement pour chaque objet téléchargé et il serait donc difficile de parler dans ce cas de « vente ». Or, la vente d'une copie de l'œuvre est la condition de l'épuisement du droit de distribution.

96. La Cour, en reconnaissant la règle de l'épuisement du droit de distribution dans l'environnement d'Internet, résoudrait alors un problème ne nécessitant pas vraiment de l'être et appartenant dans une large mesure au passé.

97. Ces considérations m'amènent à la conclusion que, si de fortes raisons plaident pour la reconnaissance de la règle de l'épuisement du droit de distribution dans le cas du téléchargement, toutefois, d'autres raisons, au moins aussi fortes, s'y opposent. Ainsi, l'équilibre des différents intérêts en jeu ne fait pas pencher la balance dans un sens différent de celui qui découle de la lettre des dispositions en vigueur.

Conclusion

98. Les considérations qui précèdent m'amènent à conclure que des arguments, tant d'ordre juridique que téléologique, plaident pour la reconnaissance de la règle d'épuisement du droit de distribution en ce qui concerne les œuvres fournies par téléchargement en ligne pour un usage permanent⁶⁴. Notamment, la possession permanente d'une copie d'une telle œuvre par l'utilisateur démontre la similitude de ce mode de fourniture avec la distribution des copies tangibles. Cependant, je suis d'avis que, en l'état actuel du droit de l'Union, les arguments dans un sens contraire doivent prévaloir. Il s'agit notamment des arguments développés aux points 36 à 49 des présentes conclusions, concernant la volonté claire du législateur de l'Union de faire relever le téléchargement du droit de la communication au public, la limitation du droit de distribution aux actes de transfert de propriété d'une copie et le droit de reproduction. Ces arguments juridiques sont corroborés par les considérations d'ordre téléologique exposées aux points 89 à 96 des présentes conclusions.

99. Pour cette raison, je propose de donner la réponse suivante aux questions préjudicielles déferées par le rechtbank Den Haag (tribunal de La Haye, Pays-Bas) :

L'article 3, paragraphe 1, et l'article 4 de 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 doivent être interprétés en ce sens que la fourniture des livres électroniques par téléchargement en ligne pour un usage permanent relève non pas du droit de distribution au sens de l'article 4 de cette directive, mais du droit de la communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de ladite directive.

⁶⁴ Voir, également, en plus des ouvrages déjà cités, Bernabou, L., « Digital Exhaustion of Copyright in the EU or Shall We Cease Being so Schizophrenic ? », dans Stamatoudi, I.A. (éd.), op. cit., p. 351 ; von Lewinsky, S., Walter, M., op. cit., p. 987 et suiv. ; Mezei, P., *Copyright Exhaustion. Law and Policy in the United States and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018 ; et Wójcik, A., « The evolution of the copyright exhaustion doctrine in the European Union: limitations and controversy in the digital age », *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2017, n° 1, p. 178.