



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

TELEPHONE: +32 2 740 00 05
TELEFAX: +32 2 740 00 01

Bruxelles, le 12 septembre 2018

AVIS sur l'affaire C-263/18 (NUV/GAU c. Tom Kabinet)

I. Introduction

ALAI a pris connaissance de l'affaire C-263/18 dans laquelle le tribunal de La Haye, dans un litige entre le Nederlands Uitgeversverbond (NUV)/Groep Algemene Uitgevers (GAU) et Tom Kabinet, a posé quatre questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), dont la première est la plus déterminante :

Convient-il d'interpréter l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE 1 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 cette disposition 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 ?¹

ALAI est d'avis que la réponse à cette question doit être négative. Le droit de distribution prévu à l'article 4(1) de la Directive droit d'auteur (Directive 2001/29/EC du 22 mai 2001) – ainsi qu'à l'article 6 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) (détaillé dans les Déclarations communes annexées) – ne s'applique qu'aux copies matérielles. Concernant les copies immatérielles accessibles par téléchargement, le droit applicable est celui de la mise à la disposition du public, sous l'article 3(1) de la Directive droit d'auteur. L'article 3(3) établit clairement que ce droit « n'[est pas] pas épuisé par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public ». Cette règle s'applique indépendamment du temps que la copie reste en possession d'un membre du public² et du paiement qu'il ou elle a éventuellement effectué. Tandis que les questions du tribunal néerlandais suggèrent une incompréhension quant à l'application de la théorie de l'épuisement aux copies numériques immatérielles accessibles sur l'internet, les tribunaux allemands, en revanche, dans la décision du LG (*Landgericht*) Bielefelds sur

¹ Jugement du tribunal de La Haye du 28 mars 2018 dans l'affaire *Nederlands Uitgeversverbond(NUV)/Groep Algemene Uitgevers(GAU) c. Tom Kabinet*, C/09/492558 / HA ZA 15-827 (ci-après: « Tom Kabinet »).

² Contrairement au cas d'une copie numérique transitoire comme mentionné à l'article 5(1) de la Directive droit d'auteur.

des e-books³ et la décision du OLG (*Oberlandesgericht*) Hamm sur des livres audio⁴, ont jugé, à juste titre, que le téléchargement de copies n'est pas sujet à épuisement. Eu égard aux dispositions de la Directive droit d'auteur, et à la nature des droits de mise à la disposition et de distribution sous le WCT, les tribunaux allemands mentionnés ci-dessus ont compris à juste titre que la doctrine de l'épuisement ne s'applique pas.

II. Le droit de distribution – et donc les dispositions sur l'épuisement des droits, sous le WCT et la Directive droit d'auteur – ne s'applique pas aux copies immatérielles

La CJUE dans l'affaire *Allposters*⁵, a abordé la nature de la copie sujette à l'épuisement de manière complète. La Cour de Justice, se basant sur les dispositions pertinentes du WCT et de la Directive droit d'auteur, a montré que le droit de distribution s'applique aux « biens matériels » comme *objets* et, que, par conséquent, la « première vente dans [l'Union] 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* » (nous soulignons, voir para. 34-37). De façon déterminante pour le cas soumis par le tribunal néerlandais, la CJUE a déclaré que « le consentement du titulaire du droit d'auteur ne porte pas sur la distribution d'un objet incorporant son œuvre si cet objet a été modifié après sa première commercialisation *de manière à ce qu'il constitue une nouvelle reproduction de cette œuvre* » (nous soulignons ; para 46). Bien qu'*Allposters* restait dans le domaine des copies matérielles, l'importance qui est donnée au fait que la copie distribuée initialement doit être identique à la copie revendue, présente une raison supplémentaire pour rejeter toute application de l'épuisement à des copies purement digitales : la communication d'une œuvre sous forme numérique entraîne toujours « une nouvelle reproduction de cette œuvre ». Il est tout simplement impossible que le transfert électronique d'une copie numérique immatérielle constitue le transfert de « cet objet ».

III. Pour les actes décrits dans la question du tribunal néerlandais, le droit de mise à la disposition (interactive) s'applique et n'est pas épuisé par la première performance d'un tel acte

L'acte décrit dans la première question soumise par le tribunal de La Haye – « 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 couvert par le droit de mise à la disposition du public (interactive) prévu à l'article 8 de WCT et à l'article 3(1) de la Directive droit d'auteur comme un élément d'un droit de communication au public étendu.

Le tribunal néerlandais se trompe lorsque, pour une question d'*acte clair*, il juge que ce droit n'est pas applicable à l'acte décrit. S'il y a un *acte clair* – et c'est le cas selon ALAI – il agit de manière diamétralement opposée au raisonnement du tribunal néerlandais.

Premièrement, il paraît difficilement contestable que les membres du Reading Club de Tom forment un groupe d'un nombre indéfini de personnes qui tombe sous la notion de « public ». La description du système par le tribunal montre que Tom Kabinet est un vendeur d'e-books qui traite avec le grand public. De plus, les membres du Reading Club ont payé un droit d'accès mensuel initial, et ont par la suite acheté et revendu des copies achetées via Tom Kabinet.⁶

³ LG Bielefeld, 5 mars 2013 (4 O 191/11).

⁴ OLG Hamm, 15 mai 2014 (Urt. c., Az.: 22 U 60/13).

⁵ Jugement de la CJUE du 22 janvier 2015, *Allposters c Pictoright* (C-419/13) (ci-après : « Allposters »).

⁶ *Tom Kabinet*, paras 3.8, 3.11 et 3.12.

Le caractère lucratif de la relation de Tom Kabinet aux membres du Club renforce la qualification de ces « membres » comme étant « le public ».⁷

Deuxièmement, il est également clair qu'à travers le système de Tom Kabinet, les e-books sont mis à la disposition de n'importe quel membre du « Reading Club », qui est en fait un groupe ouvert constitué d'un nombre important de personnes. En pratique, chaque membre du public a accès à une copie d'un livre de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. Contrairement à la position exprimée devant la juridiction de renvoi, de cette manière, un acte de mise à la disposition du public (interactive) a lieu et, pour accomplir un tel acte, l'autorisation du détenteur des droits est nécessaire, selon l'article 3(1) de la Directive droit d'auteur et l'article 8 du WCT.

En vertu de ces dispositions, il est clair que l'acte pertinent est effectué par la mise à disposition – l'offre – d'une œuvre de manière à ce que les membres du public *puissent* y avoir accès individuellement. Normalement, un véritable accès doit également avoir lieu mais ce n'est pas une condition stricte pour considérer qu'une œuvre a été *mise à la disposition* du public (ceci est confirmé sans aucun doute dans le texte par le mot « puisse »), comme la CJUE l'a confirmé dans *Svensson*,⁸ et dans les arrêts qui ont suivi, comme *Brein c. Wullems*⁹ and *Brein c. Ziggo*¹⁰.

Troisièmement, le tribunal de La Haye n'a pas tenu compte d'un autre aspect essentiel – en réalité, crucial – du droit de mise à la disposition du public ; la possibilité d'accès est individualisée (« de l'endroit et au moment qu'il *choisit individuellement* ») par les membres du public.

Dès lors, le fait que, à chacune (des nombreuses) occasion(s), un membre du public à la fois télécharge un e-book du système de Tom Kabinet individuellement ne change en rien la qualification des actes de Tom Kabinet comme mise à la disposition du public interactive. Au contraire, l'essence même de la « mise à la disposition » est un accès individualisé. L'œuvre n'en est pas moins « mise à la disposition » lorsque des membres individuels du public y ont accès successivement plutôt que simultanément.

Quatrièmement, il semble que le tribunal néerlandais n'a pas correctement compris l'essence de la « solution cadre » sur laquelle le droit de mise à la disposition du public (interactive) est basé ; le droit est applicable non seulement aux actes tels que le streaming mais aussi à d'autres actes de dissémination où l'œuvre est mise à la disposition du public de telle sorte qu'un membre du public peu en télécharger une copie.¹¹ Comme l'a récemment souligné la Commission du droit d'auteur du Canada, dans son interprétation de l'article 8 du WCT – codifié dans la Directive droit d'auteur en son article 3(3) – conformément à la « solution cadre », « *il convient de signaler que nul ne semble vraiment contester que les Traités Internet de l'OMPI visaient à régir la mise à disposition d'œuvres et tout autre objet du droit d'auteur en vue d'être téléchargés ou diffusés en continu.* »¹² Il se peut que les destinataires du téléchargement considèrent leur communication comme un équivalent *fonctionnel* à la distribution de copies. D'un point de vue juridique, cependant, comme la CJUE l'a considéré dans *Allposters*, sous le WCT et la Directive droit d'auteur, le droit de distribution s'applique uniquement aux copies matérielles. Alors que la première vente des copies matérielles épuise le

⁷ Voy., p.ex., jugement de la CJUE du 26 avril 2017, *Brein c. Wullems [Films peler]* (C-527/15), para 34.

⁸ Jugement de la CJUE du 13 février 2014, *Svensson c. Retriever Sverige AB* (C-466/12).

⁹ *Supra*, note 8.

¹⁰ Jugement de la CJUE du 17 juin 2017, *Brein c. Ziggo et al.* (C-610/15).

¹¹ Pour la description et l'analyse de la « solution cadre », voy. M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet – The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, 2002, pp. 145 – 254; J. Reinbothe - S. von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright – A Commentary on the WCT, the WPPR and the BTAP, Second Edition*, Oxford University Press, 2015, pp. 124 – 144; S. Ricketson – J. Ginsburg, *International Copyright and Related Rights – The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, 2006, pp. 741 – 749; et Guide des Traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes, publication WIPO No. 891 (E), 2003, (ci-après: « Guide et Glossaire WIPO ») pp. 207 – 211 et 315.

¹² CB-CDA 2017-085, para 138 (Août 25, 2017).

droit de distribution, l'article 3(3) de la Directive droit d'auteur établit clairement, pour la dissémination des copies immatérielles sous forme numérique, que le droit de mise à la disposition n'est pas épuisé par une offre légale d'une copie immatérielle au public.

Cinquièmement, le droit de mise à disposition au public s'applique également lorsqu'une copie d'une œuvre – comme un e-book – est mise à disposition de la manière décrite dans la première question posée par le tribunal néerlandais à la CJUE, c'est-à-dire l'utilisation pour un temps indéterminé moyennant le paiement d'un prix permettant au titulaire du droit d'auteur de recevoir une rémunération qui correspond à la valeur économique de la copie de son œuvre (pour l'usage fait par la personne qui l'a obtenu mais pas nécessairement pour son usage limité et consécutif par un certain nombre de personnes sans aucun contrôle). Il n'y a rien dans le texte et l'historique de la disposition de l'article 8 du WCT et de l'article 3(3) de la Directive droit d'auteur qui rendrait l'application du droit de mise à la disposition au public dépendante du fait que, dans le cas d'une mise à disposition d'une œuvre pour téléchargement, la copie téléchargée soit utilisée pour un temps indéterminé ou pour un temps limité et de ce que l'utilisateur doit payer (et, d'ailleurs, s'il ou elle paie tout court). Limiter le droit de mise à disposition aux téléchargements conditionnels, un tel téléchargement étant limité dans le temps ou en fréquence de visionnage, réduit nécessairement l'étendue du droit.

IV. L'impact, s'il existe, des jugements *UsedSoft* et *VOB* de la CJUE sur l'affaire Tom Kabinet

La juridiction de renvoi semble avoir conclu que les copies immatérielles sous format numérique pourraient être sujet à épuisement sur base des décisions de la CJUE dans *Usedsoft*¹³ et *VOB*.¹⁴ Cette dernière décision n'impliquait dans les faits aucun épuisement mais dénote de manière discutable une tendance de la part de la CJUE à limiter les droits des auteurs concernant les copies numériques.

Cependant, ces jugements ne suggèrent aucunement l'existence d'une règle générale d'épuisement digital. Dans *UsedSoft*, la CJUE a précisé que l'épuisement en ligne s'applique *exclusivement* aux programmes d'ordinateur.¹⁵ L'application spécifique aux ordinateurs résulte du fait que la Cour a considéré les dispositions de la Directive Programme d'ordinateur (Directive 2009/24/EC du 23 avril 2009¹⁶) comme *lex specialis*, directive qui, contrairement à la Directive droit d'auteur, n'inclut pas de droit de mise à la disposition. Pour toutes les œuvres de paternité couvertes par la Directive droit d'auteur, ce qui inclut certainement les œuvres littéraires sous forme d'e-book, il existe un droit de mise à disposition, et il n'est pas épuisé (Directive droit d'auteur art. 3(3)).

VOB abordait la question de savoir si le droit de prêt public des bibliothèques (et ses limites) s'étendait aux copies sous formes numériques ainsi qu'immatérielles. La CJUE a reconnu que, conformément au WCT, le droit de prêt s'applique uniquement aux copies matérielles mais la Cour n'a pas trouvé de motif pour que le droit de prêt public des bibliothèques ne puisse s'appliquer aux copies immatérielles. Concernant le droit de prêt, la Cour a insisté sur la Déclaration commune concernant l'article 7 du WCT : « les objets intangibles et les exemplaires non fixés, tels que les copies numériques, doivent être exclus du droit de location, régi par la Directive location (Directive 2006/115/ EC du 12 décembre 2006), afin de ne pas violer la déclaration commune annexée au traité de l'OMPI », (para. 39). Cette Déclaration commune est

¹³ Jugement de la CJUE du 3 juillet 2012, *Usedsoft c. Oracle International* (C-128/11).

¹⁴ Jugement de la CJUE du 10 novembre 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken c Stichting Leenrecht* (C-174/15).

¹⁵ *UsedSoft*, para. 51 et 50.

¹⁶ La version de 2009 est une version codifiée. Le texte original de la Directive Programme d'ordinateur a été adopté sous la Directive 91/250/EEC du 14 mai 1991 ; les dispositions qui sont analysées dans cette résolution sont inchangées par rapport à la version originale de 1991.

identique à la Déclaration commune concernant l'article 6 WCT sur le droit de distribution, pour laquelle nous pouvons supposer que la CJUE exclurait de façon similaire l'application du droit de distribution (et les limites liées à ce droit) aux copies immatérielles.

Finalement, alors qu'au premier regard, *VOB* semble pertinent dans *Tom Kabinet* puisque l'affaire concerne également la mise à la disposition du public d'e-books, son application est en fait soigneusement limitée aux seuls cas où une bibliothèque sans but lucratif met une copie d'un e-book en ligne à la disposition des membres du public d'une manière interactive « en plaçant cette copie sur le serveur d'une bibliothèque publique et en permettant à l'utilisateur concerné de reproduire ladite copie par téléchargement sur son propre ordinateur, étant entendu qu'une seule copie peut être téléchargée pendant la période de prêt et que, après l'expiration de cette période, la copie téléchargée par cet utilisateur n'est plus utilisable par celui-ci. »¹⁷ Cet acte est tel que la Cour de Justice a décidé qu'« il n'existe aucun motif décisif permettant d'exclure, en toute hypothèse, du champ d'application de la directive 2006/115 le prêt de copies numériques et d'objets intangibles. »¹⁸ Au contraire, le modèle d'activité commerciale de *Tom Kabinet* est bien différent du contexte de prêt de bibliothèque de *VOB*.

Plus particulièrement, *VOB* établit que l'application du droit de prêt aux copies immatérielles contraste clairement avec la restriction du droit de prêt et (pour les raisons que nous avons montrées), implicitement du droit de distribution aux copies immatérielles. Sur ce sujet, les paragraphes 31 à 34 de *VOB* proposent une réponse simple :

- 31 ...[I]l ressort du considérant 7 de la directive 2006/115 que celle-ci a été adoptée afin, notamment, « de rapprocher les législations des États membres dans le respect des conventions internationales sur lesquelles sont fondées les législations relatives au droit d'auteur et aux droits voisins de nombreux États membres ».
- 32 Or, au nombre des conventions que ladite directive doit respecter figure, plus particulièrement, le traité de l'OMPI, auquel l'Union ainsi que tous les États membres sont parties.
- 33 Par conséquent, il y a lieu d'interpréter les notions d'« objets » et de « copies », au sens de la directive 2006/115, à la lumière des notions équivalentes contenues dans le traité de l'OMPI (voir, par analogie, arrêt du 15 mars 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, point 55).
- 34 Or, selon la déclaration commune, annexée au traité de l'OMPI, les notions d'« original » et d'« exemplaires », figurant à l'article 7 de ce traité, relatif au droit de location, désignent « exclusivement les exemplaires fixés qui peuvent être mis en circulation en tant qu'objets tangibles ». Il en découle que sont exclus du droit de location, prévu audit traité, les objets intangibles ainsi que les exemplaires non fixés, tels que les copies numériques. (nous soulignons)

Il faut souligner que la portée de *VOB* est limitée non seulement parce que la règle s'applique uniquement au prêt (et ne couvre pas la location – et encore moins la distribution – de toute œuvre, en ce compris les e-books) mais aussi parce que, même du point de vue du prêt, seuls les e-books sont clairement couverts et pas nécessairement d'autres catégories d'œuvres, en particulier certainement pas les films.¹⁹

¹⁷ *VOB*, para. 27.

¹⁸ *Ibid.*, para. 44.

¹⁹ La CJUE reconnaît l'importance d'une déclaration dans l'exposé des motifs : La mise à la disposition pour l'utilisation au sens du paragraphe 2 fait toujours référence aux objets matériels uniquement ; ce résultat est suffisamment supporté par l'article 2 paragraphe 1. Par conséquent, la mise à la disposition pour l'utilisation d'un film, par exemple, par voie de transmission de données électroniques (téléchargement) n'est pas couverte par cette Directive location.

V. Conclusion

Au vu de ce qui précède, l'acte décrit dans la première question du tribunal de La Haye n'est pas un acte de distribution mais un acte de mise à la disposition du public défini sous l'article 3(1) de la Directive droit d'auteur et de l'article 8 du WCT, qui ne s'épuise pas avec la première performance de cet acte – ni les suivantes. Les décisions de la CJUE autorisant la revente de licences numériques (*Usedsoft*) ou étendant le droit de prêt public des bibliothèques aux copies numériques sous certaines conditions (*VOB*) sont distinctes et ne modifient pas la règle générale selon laquelle il n'y a pas d'épuisement de la mise à la disposition du public.

*
* *

Cependant, selon la Cour, cette déclaration ne doit pas nécessairement être interprétée comme s'appliquant aussi aux e-books, la mise à la disposition en ligne qui n'était pas une pratique courante des bibliothèques et autres institutions similaires au moment de l'adoption des dispositions pertinentes constituant le texte original de la Directive de 1992 (qui n'ont pas été amendées lorsqu'elles ont été reprises dans le texte consolidé en 2006) ; voy. *VOB*, para. 42.

L'autre argument (para. 43 dans *VOB*) – selon lequel le souhait exprimé par la Commission ne trouve aucune expression directe dans le texte même de la proposition – paraît moins fort, parce que, bien que cela puisse être réellement dit à propos de la proposition, dans le texte adopté dans la Directive, il existe une telle expression. Dans l'article 11(3) de la Directive, il y a l'expression « location ou prêt d'un objet visé à l'article 3, paragraphe 1, points a) à d) », et il y est fait référence à l'article 3(1)(a) qui détermine l'objet des actes – « location ou prêt » de la même manière – comme « original ou copies » de l'œuvre (alors que les définitions de location et de prêt dans l'article 1 de la Directive location diffèrent seulement sur la question de la poursuite d'un avantage commercial ou économique par les mêmes actes.