

Vol. 27, n° 3

Les aléas du livre numérique aux Pays-Bas

Lucie Guibault*

Le passage de l'analogique au numérique continue de poser un défi d'interprétation des normes de droit d'auteur, cette fois en relation avec l'exploitation secondaire de livres numériques aux Pays-Bas. Alors que le marché primaire de vente directe de livres numériques semble plus ou moins stationnaire depuis quelques années aux Pays-Bas¹, les chiffres indiquent que les marchés secondaires de revente et de prêt public pourraient se développer de façon significative si le cadre juridique était clair et favorable. Les Néerlandais étant entrepreneurs et pragmatiques, il n'est pas étonnant de constater que certains aient désiré profiter des avantages de la technologie numérique pour la revente et le prêt public, en dépit de l'incertitude juridique qui règne à propos de la légalité de ces deux formes de distribution. Dans un pays où les éditeurs sont traditionnellement aussi puissants, il n'est pas non plus étonnant de constater que ces offres de service n'ont pas été tolérées bien longtemps : l'Association des éditeurs néerlandais (Nederlands Uitgeversverbond ou NUV) et les sociétés de gestion de droits d'auteur y ont rapidement mis le holà !

Deux litiges ont été soumis aux tribunaux néerlandais au cours de l'année 2014-2015, qui mettent en lumière la difficulté d'appli-

© Lucie Guibault , 2015.

* Professeure adjointe à l'Institute for Information Law, University of Amsterdam.

1. Centraal Boekhuis, *The development of e-books in the Dutch language market* (Q2 2015) ; en ligne : <<http://www.cb-logistics.nl/wp-content/uploads/2015/07/E-book-barometer-ENG-Q2-2015.pdf>>.

quer à des situations numériques des règles conçues à l'ère de l'analogie. Le premier litige se rapporte à la vente de livres numériques de seconde main², tandis que le second litige a trait au prêt public de livres numériques³. Les normes juridiques en cause découlent des normes faisant partie de l'acquis communautaire européen : la revente d'œuvres protégées, autres que les œuvres d'art visuel et les programmes d'ordinateur, est rendue possible par l'application de la doctrine de l'épuisement du droit de distribution, prévue à l'article 4 de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁴ ; alors que le prêt public d'œuvres protégées suit le régime établi par la Directive 2006/115/EC du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt⁵. Comment les tribunaux néerlandais ont-ils interprété les dispositions pertinentes contenues dans la loi néerlandaise sur le droit d'auteur ? Quelle est la situation juridique actuelle entourant ces deux formes de distribution en ligne ?

La présente capsule offre un bref aperçu des deux litiges, le premier contre Tom Kabinet et son service de revente de livres numériques, et le second contre l'Association des bibliothèques publiques (VOB) et son service de prêt public. Comme nous allons le voir, les juges néerlandais sont également pragmatiques et adoptent parfois une approche peu dogmatique du droit d'auteur.

Tom Kabinet et la vente de livres numériques de seconde main

Tom Kabinet, propriétaire du site Internet www.tomkabinet.nl, offrait des livres d'occasion en format numérique au public. Suivant la devise « une copie, une utilisation », les conditions d'utilisation du site tomkabinet demandaient aux usagers de déclarer qu'ils détruiraient leur propre copie dès le moment où ils offriraient la copie d'un livre sur le site. Cette déclaration était accompagnée en pratique par l'apposition d'un code associant le vendeur à sa copie.

2. Juge des référés, Amsterdam, 21 juillet 2014, IEF 14055 (*Nederlands Uitgevers Verbond v Tom Kabinet*) ; Cour d'appel, Amsterdam, 20 janvier 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:66.

3. Juge des référés, La Haye, 3 septembre 2014, IEF 14164 (*Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht*) ; Tribunal de première instance, La Haye, 1^{er} avril 2015, IEF 14829 ; ECLI:NL:RBDHA:2015:5195 (*Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht*).

4. [2001-06-22] JO L 167 aux pp 10-19.

5. [2006-12-27] JO L 376 aux pp 28-35.

Le système électronique prévoyait de plus que dès qu'un acheteur manifestait son intention d'acheter un livre, celui-ci devait être muni d'un filigrane destiné à réduire le risque d'échanges illégaux subséquents. Le mécanisme envisageait également le paiement de 5¢ par copie aux titulaires de droits sur l'œuvre ainsi revendue. Cette redevance devait être versée à l'éditeur, qui verserait à son tour sa part à l'auteur.

Conscient que son projet pourrait être contesté, Tom Kabinet avait affiché sur le site un appel aux éditeurs les invitant à y participer à titre de partenaires. La preuve a démontré en outre que Kabinet avait tenté à plusieurs reprises d'établir contact avec les éditeurs, de même qu'avec la NUV et la section générale de l'Association des éditeurs (GAU), afin d'obtenir la permission d'opérer ce service et de négocier des conditions acceptables. Ces requêtes ont toujours été soit ignorées, soit refusées.

Peu de temps après, la NUV et la GAU ont déposé une requête en injonction pour mettre fin au service de Tom Kabinet. En défense, Kabinet invoque le principe de l'épuisement du droit de distribution, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne dans la cause *UsedSoft v Oracle*⁶. Ce jugement portait sur la (re)vente de logiciels. La protection des logiciels est régie par la Directive 2009/24/CE sur la protection des programmes d'ordinateur⁷, qui prévoit en son article 4(2) que la première vente dans l'Union européenne d'une copie d'un programme d'ordinateur entraîne l'épuisement du droit de distribution. La Cour de justice a jugé qu'il n'est pas important pour l'applicabilité de la doctrine de l'épuisement des droits de savoir si le logiciel est vendu sur un support matériel (CD-ROM) ou sans support matériel (via Internet), à condition que la licence accompagnant le programme d'ordinateur soit consentie pour une période de temps indéterminée et en échange d'un paiement unique. De telles conditions de licence sont, de l'avis de la Cour, équivalentes à une vente. En d'autres termes, selon la Cour, le législateur européen dans la Directive 2009/24/CE aurait considéré que les copies tangibles et intangibles sont équivalentes pourvu que le programme d'ordinateur initial soit détruit au moment de la revente.

Mais qu'en est-il des livres, et en particulier des livres numériques, qui ne sont pas protégés en vertu de la Directive 2009/24/CE, mais plutôt en vertu de la Directive 2001/29/CE ?

6. Affaire C-128/11, décision du 3 juillet 2012, Cour de justice de l'Union européenne.

7. [2009-05-05] JO L 111 aux pp 16–22.

Le juge des référés, et la Cour d'appel par la suite, devaient déterminer si le principe de l'épuisement du droit de distribution tel que codifié dans la Directive 2001/29/EC et mis en œuvre à l'article 12a de la loi néerlandaise est applicable à des livres distribués par téléchargement en ligne, à la lumière de l'arrêt *UsedSoft*. Que la Directive 2009/24/CE ait un caractère de loi spéciale par rapport à la Directive 2001/29/CE, ne signifie pas, selon le juge des référés, que l'arrêt *UsedSoft* ne puisse pas recevoir une portée plus large et ne pas être limité qu'aux seuls programmes d'ordinateur. Le juge rappelle par ailleurs que le même terme utilisé dans les deux Directives devrait en principe avoir le même sens. En supposant que l'arrêt *UsedSoft* puisse être suivi, il est possible de soutenir que l'acheteur d'un livre numérique d'occasion en obtient la propriété même si la transaction n'est pas effectuée directement à partir du serveur du titulaire de droits. Contrairement aux arguments avancés par la NUV et GAU, on peut présumer qu'un prix raisonnable aura été perçu lors de la vente initiale du livre numérique. Après tout, il est admis que le prix payé pour un livre numérique légal n'est pas sensiblement plus faible que pour un livre relié. Il ne fait pas de doute que Tom Kabinet manifeste des intentions honorables en proposant de faciliter exclusivement un marché légitime de seconde main pour les livres numériques et, autant qu'il est en son pouvoir, en prenant des mesures dans ce sens.

Malgré tout, la NUV et la GAU ont réussi à mettre en preuve que le site Internet du défendeur était utilisé par des tiers non seulement pour l'achat légal de livres numériques de seconde main mais également, dans une part non négligeable, pour l'échange de copies de livres obtenues illégalement. Il est important de souligner cependant que des mesures de protection plus strictes qui auraient pu être réalisées avec la coopération des éditeurs étaient impossibles, compte tenu du refus renouvelé de la NUV et GAU à tout dialogue dans ce domaine.

Compte tenu de ce qui précède, le juge des référés conclut en faveur de Tom Kabinet. Comme la littérature juridique néerlandaise ne permet pas à l'heure actuelle de dire sans se tromper quelle est la portée de l'arrêt *UsedSoft* ou si la ratio de ce jugement s'étend au commerce des livres numériques, le juge donne le bénéfice du doute au défendeur. Que le droit étranger (surtout allemand) ait jusqu'ici jugé que la fourniture en ligne d'œuvres protégées, autres qu'un logiciel, ne conduit pas à l'épuisement des droits, n'est pas décisif selon le juge. Dans l'incertitude actuelle, le juge considère que les mesures demandées par la NUV et GAU seraient disproportionnelles, compte

tenu surtout du refus de ces dernières de procéder à toute consultation avec le défendeur.

Six mois plus tard, la Cour d'appel d'Amsterdam confirme en partie la décision du juge des référés. La Cour se dit d'accord avec le premier juge en ce qui a trait à l'interprétation de l'arrêt *UsedSoft* et à l'attitude des demandeurs. Pourtant, comme il a été démontré que malgré les précautions prises par le défendeur, une grande partie des documents circulant sur le site www.tomkabinet.nl étaient illégaux, la Cour a ordonné la suspension du service de Tom Kabinet tant et aussi longtemps que des mesures n'auront pas été prises pour s'assurer que seuls des livres numériques obtenus légalement sont vendus sur le site.

Vereniging Openbare Bibliotheken et le prêt numérique

À quelques mois d'intervalle de la cause impliquant Tom Kabinet, la Fondation pour le droit de prêt (Stichting Leenrecht) déposait une requête en injonction contre l'Association des bibliothèques publiques (VOB) afin d'interdire son service de prêt public de livres numériques⁸. La NUV et les sociétés de gestion collectives néerlandaises, LIRA et Pictoright, se sont jointes ultérieurement aux procédures pour appuyer la position de la Fondation.

Il s'agissait cette fois de décider si le droit de prêt public prévu à l'article 1 de la Directive 2006/115/CE⁹, tel que mis en œuvre à l'article 15c de la loi néerlandaise sur le droit d'auteur, couvre le prêt d'œuvres en format numérique ou si le régime de prêt n'est applicable qu'à des exemplaires tangibles. À la lumière, ici encore, de l'arrêt de la Cour européenne dans la cause *UsedSoft*, la réponse est loin d'être évidente. Elle renvoie également aux principes fondamentaux de droit d'auteur : qu'est-ce qu'un acte de « prêt numérique » ? Comment se distingue-t-il d'un acte de communication au public ? Peut-il y avoir un acte de prêt sans épuisement du droit de distribution ?

Les opinions étant divergentes à ce propos¹⁰, la Cour d'appel de La Haye a choisi de ne pas s'y casser les dents et de référer le tout à la

8. Affaire C-174/15, demande (JO) du 2015-06-12 *Nederlands Uitgeversbond, Stichting LIRA, Stichting Pictoright v Vereniging Openbare Bibliotheken*.

9. Directive 2006/115/CE, *supra* note 5 aux pp 28-35.

10. Voir Robert van der Noll, Kelly Breemen, Vicky Breemen, Bernt Hugenholtz, Marit Brom et Josst Poort, *Online uitlenen van e-books door bibliotheken. Verkenning juridische mogelijkheden en economische effecten*, rapport commandé

Cour européenne, qui devra dans les prochains mois trouver réponses aux questions suivantes :

Convient-il d'interpréter les articles 1er, paragraphe 1, 2, paragraphe 1, sous b), et 6, paragraphe 1, de la directive 2006/115 en ce sens que la notion de « prêt » au sens de ces dispositions couvre également la mise à disposition pour l'usage, non pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect, lorsqu'elle est effectuée par un établissement accessible au public, de romans, recueils de nouvelles, biographies, récits de voyage, livres pour enfants et pour la jeunesse protégés par le droit d'auteur

- effectuée en plaçant une copie sous forme numérique (reproduction A) sur le serveur de l'établissement et en permettant qu'un utilisateur reproduise cette copie par téléchargement sur son propre ordinateur (reproduction B),
- lorsque la copie effectuée par l'utilisateur durant le téléchargement (reproduction B) n'est plus utilisable après l'écoulement d'une période fixée, et
- lorsque d'autres utilisateurs ne peuvent pas télécharger la copie (reproduction A) sur leur ordinateur pendant cette période ?

En cas de réponse affirmative à la première question, l'article 6 de la directive 2006/115 et/ou une autre disposition du droit de l'Union s'opposent-ils à ce que les États membres soumettent l'application de la limitation au droit de prêt visée à l'article 6 de la directive 2006/115 à la condition que la copie de l'œuvre mise à disposition par l'établissement (reproduction A) ait été mise en circulation par une première vente ou un premier autre transfert de propriété de cette copie dans l'Union par le titulaire du droit ou avec son consentement au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29 ?

par le ministère de l'Éducation, Culture et Science, Amsterdam, 2012 ; en ligne : <www.ivir.nl/publicaties/poort/Online_uitlenen_van_e-books.pdf> à la p 2., dans lequel les auteurs concluent que le droit de prêt ne couvre que des exemplaires tangibles ; Séverine Dusollier, « A manifesto for an e-lending limitation in copyright », (2014) 5:3 *JIPITEC Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 213 ; en ligne : <<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-3-2014/4096>> et <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2557955_code632493.pdf?abstractid=2557955&mirid=1>.

En cas de réponse affirmative à la deuxième question, convient-il d'interpréter l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29 en ce sens que l'expression « première vente ou premier autre transfert » d'un objet qui y est visée comprend également la mise à disposition pour l'usage, à distance, par téléchargement, pour un temps illimité d'une copie sous forme numérique de romans, recueils de nouvelles, biographies, récits de voyage, livres pour enfants et pour la jeunesse protégés par le droit d'auteur ?

À mesure que progressent la technologie numérique et les modèles d'affaires, les questions juridiques qu'ils soulèvent gagnent en complexité. Celles-ci vont au cœur de la notion même du droit d'auteur. Toute réponse qui y sera apportée aura un impact indéniable sur le développement futur de services en ligne. Il est à espérer que la Cour européenne réalise l'ampleur des conséquences que sa jurisprudence ne manquera pas d'entraîner en pratique.