

*Vol. 27, n° 3*

## **Le « prêt » public électronique – quelques réflexions**

**Silke von Lewinski\***

Mes premières rencontres avec Ghislain Roussel datent du début de ma carrière, non seulement lorsque celui-ci s'est rendu à Munich pour des recherches à l'Institut Max Planck, mais aussi lors de mes longs séjours au Québec, entre autres à l'occasion d'une conférence qui a été organisée par l'ALAI Canada sur l'harmonisation européenne du droit d'auteur, notamment sur la Directive européenne relative au droit de location et de prêt qui venait d'être adoptée en 1992 (et nous avons par la suite poursuivi ces contacts, entre autres dans le cadre des *Cahiers de propriété intellectuelle*). À l'époque, les premières utilisations d'œuvres par des particuliers sur Internet ont surgi. Mais il aura fallu attendre 20 ans pour que la question de savoir comment traiter le « prêt » public électronique d'un point de vue juridique commence à être discutée. Cette question se révélera tout aussi intéressante pour Ghislain Roussel, qui a été directeur juridique, de 1998 à 2009, puis secrétaire général et directeur des affaires juridiques, de 2001 à 2009, à la Bibliothèque et Archives nationales du Québec. Dans cette capsule, je me limiterai à quelques réflexions sur ce sujet.

Depuis que la transmission en ligne est aussi pratiquée pour les œuvres littéraires, et notamment les livres électroniques, on aborde la question de savoir si une telle transmission en ligne, qui aboutit à une copie électronique entre les mains du consommateur, à partir

---

© Silke von Lewinski, 2015.

\* Professeure adjointe (Franklin Pierce Center for IP, University of N.H.), D<sup>r</sup> Institut Max Planck pour l'innovation et la concurrence, Munich.

d'une copie mise sur un serveur par une bibliothèque publique, doit être considérée comme une mise à la disposition de l'œuvre au sens de l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (ci-après WCT) ou bien comme un prêt public. Cette même question se pose aussi pour la transmission en ligne des œuvres, littéraires et autres, qui aboutissent à une copie entre les mains du consommateur dans le cadre d'un « achat » d'un livre électronique ou d'une « location » électronique en ligne. La question est discutée de nos jours, notamment pour de telles transmissions par des bibliothèques publiques qui réclament l'application du droit de prêt qui, dans beaucoup de lois nationales, est couvert par un droit à rémunération plutôt que par un droit exclusif.

Même si ces questions ne font l'actualité qu'aujourd'hui, on avait déjà reconnu le problème à l'époque de mes premières visites au Canada et lors de la finalisation de la Directive européenne relative au droit de location et de prêt. En fait, à l'époque, il existait seulement la possibilité de « vidéos à la demande », du moins en Amérique du Nord. Tandis que l'Accord sur les ADPIC adopté en 1994 ne couvrait pas encore le numérique, la proposition initiale de la Commission Européenne pour la Directive relative au droit de location et de prêt de 1989 envisageait déjà la possibilité de considérer une telle exploitation comme une « location » ou un « prêt » électronique<sup>1</sup>. Pourtant, la proposition même ne couvrait pas la « location » ou le « prêt » électronique, parce qu'on pouvait s'attendre à ce que les États membres ne suivent pas cette approche, mais appliquent des droits d'exploitation sous forme immatérielle à une telle transmission à la demande, comme par exemple le droit de représentation ou le droit de communication au public. La Commission ne voulait pas, par sa proposition, créer des distorsions dans les systèmes juridiques des États membres qui étaient, depuis toujours, basés sur la distinction fondamentale entre l'exploitation sous forme matérielle et celle sous forme immatérielle. En fait, les États membres dans le groupe de travail du Conseil ont considéré prématurées des décisions sur le règlement de vidéos à la demande et autres utilisations semblables et, dès lors, ont compris que la location et le « prêt » électronique ne seraient pas couverts par le droit de location et de prêt harmonisé dans la Directive de 1992<sup>2</sup>. Par contre, même après l'adoption de la

1. Mémoire de la proposition de Directive, COM (90) 586 final, SYN 319 à la p 35 au §1.2.
2. Silke von Lewinski, « Rental and Lending Rights Directive », dans Michel M. Walter et Silke von Lewinski, dir, *European Copyright Law – A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2010) aux §§6.1.27-6.1.28.

Directive entérinant cette position, la Commission européenne, dans son Livre Vert sur la société de l'information de 1995<sup>3</sup>, considérait que la Directive de location et de prêt couvrait aussi la location et le prêt « électroniques », pour autant que la situation soit comparable du point de vue économique.

Pourtant, la Commission européenne n'est ni législateur elle-même, ni habilitée à donner des interprétations contraignantes des Directives. En fait, dans les années suivantes, le législateur européen a pris un autre chemin : déjà dans le contexte des négociations sur le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), les États membres, pour couvrir de telles transmissions, ont préféré un droit de communication au public, y compris un droit spécifiquement formulé pour couvrir les transmissions en ligne (indépendamment de la possibilité ou non de faire une copie à la fin d'une telle transmission). Le résultat, l'article 8 du WCT, a été ensuite transposé par la Directive 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (article 3)<sup>4</sup>.

Le législateur européen a donc suivi la tradition des États membres qui consiste à distinguer entre, d'un côté, l'exploitation sous forme immatérielle, comme la transmission en ligne avec ou sans copie à la fin de la transmission et, d'un autre côté, l'exploitation sous forme matérielle, comme la distribution, y compris la location et le prêt public, des copies tangibles. Par cette transposition, le législateur européen a correctement pris en compte la distinction entre, d'un côté, le droit de distribution et de location selon les articles 6 et 7 WCT, qui sont limités à la mise à la disposition des œuvres sous forme tangible (comme clairement expliqué dans les déclarations communes à ces articles) et, d'un autre côté, le droit de communication au public selon l'article 8 WCT, qui est limité aux formes immatérielles de communication. L'article 3(3) de la Directive sur la société de l'information a même explicitement précisé que l'épuisement ne s'applique pas au droit de communication au public, ni au droit de mise à la disposition du public.

---

3. *Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information* (Bruxelles, Commission des communautés européennes, 19 juillet 1995) à la p 58, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:51995DC0382&from=FR>>.

4. 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, JOCE, 22 juin 2001, L 167/10 [ci-après Directive sur la société de l'information].

Cette approche a généralement été suivie dans les États membres. Notamment, les cours allemandes, à plusieurs occasions, ont clairement décidé, sur la base de la distinction entre les actes d'exploitation sous forme matérielle et immatérielle, que le droit de distribution et son épuisement ne s'appliquent pas à une transmission en ligne avec téléchargement par le consommateur d'un livre audio et que des clauses contractuelles selon lesquelles le consommateur n'aurait pas le droit de transmettre ce livre audio à une autre personne après l'avoir téléchargé étaient valables<sup>5</sup>. S'appuyant notamment sur l'article 3(3) de la Directive sur la société de l'information et ses considérants 29 et 43 qui excluent l'épuisement dans le cas de la mise à la disposition sur Internet, les cours ont rejeté l'application de l'épuisement même par analogie.

Même si dès lors la situation juridique semble claire sur la base du développement historique du WCT, de la Directive relative au droit de location et de prêt et de la Directive sur la société de l'information, ainsi que sur la base de leurs libellés et le contexte systématique, un élément de confusion a été apporté par la Cour de justice européenne dans son arrêt *UsedSoft*<sup>6</sup>. Selon cette décision, l'épuisement pourrait s'appliquer même dans le cas d'un téléchargement de l'Internet d'un programme d'ordinateur dans le cadre d'un « achat » de ce programme. Cette décision peut être considérée comme ne respectant pas les articles 6 et 8 WCT pour les raisons mentionnées ci-dessus. La décision a été rendue sur la base de la Directive sur les programmes d'ordinateur<sup>7</sup>, où les droits exclusifs ne sont pas rédigés de la même façon que dans la Directive sur la société de l'information. La Cour de justice a en fait considéré cette Directive en tant que *lex specialis* et a donc laissé ouverte la question de savoir si elle appliquerait le même raisonnement relatif au droit de distribution à une communication au public visée par la Directive sur la société de l'information. Les cours allemandes se sont donc aussi appuyées sur l'argument de la Cour de justice (à savoir le caractère *lex specialis* de la Directive sur les programmes d'ordinateur) pour rejeter l'application du droit de distribution et de son épuisement à la

5. Voir notamment *LG Bielefeld*, 5 mars 2013, 2013 ZUM 688 aux pp 692-694 ; *OLG Stuttgart*, 3 novembre 2011, 2012 GRUR-RR 243 et *OLG Hamm*, 15 mai 2014, 2014 GRUR 853 ; *LG Hamburg*, Beck (2013 RS 19556 ; 2012 K&R 297).

6. *CJUE*, 3 juillet 2012, aff C-128/11, *UsedSoft GmbH c Oracle International Corp*, en ligne : <<http://juriscom.net/wp-content/documents/cjue20120703.pdf>>.

7. Directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009, JOCE, 17 mai 1991 [ci-après Directive sur les ordinateurs].

transmission numérique avec téléchargement des livres audio, et cela même après la décision de *UsedSoft* de la Cour de justice<sup>8</sup>.

Il n'est pas surprenant de voir apparaître, après l'affaire *UsedSoft*, une autre question préjudicielle référée à la Cour de justice concernant la question similaire de savoir si le droit de distribution sous forme du droit de prêt public au sens des articles 1(1), 2(1)(b) et 6(1) de la Directive de 2006/115 sur la location et le prêt s'applique aussi au « prêt électronique », c'est-à-dire à une situation dans laquelle par exemple une bibliothèque publique met à la disposition des consommateurs des œuvres de sa collection sur la base d'une copie numérique mise sur son serveur, et dans laquelle le consommateur peut accéder à l'œuvre par téléchargement, c'est-à-dire par le moyen d'une copie faite après transmission sur son propre ordinateur. Il est précisé aussi dans la question préjudicielle qu'une telle copie faite par le consommateur par le biais d'un téléchargement ne sera plus utilisable après une période de temps limitée et que d'autres consommateurs ne peuvent pas télécharger la copie du serveur de la bibliothèque publique pendant la même période<sup>9</sup>. La Cour néerlandaise a inclus des questions supplémentaires, notamment la question de savoir si l'article 4(2) de la Directive sur la société de l'information relatif à l'épuisement du droit de distribution doit être interprété dans le sens où la vente initiale ou autre transfert de propriété du matériel couvre aussi la mise à la disposition à distance par le téléchargement d'une copie numérique d'une œuvre littéraire dans le but d'une utilisation d'une durée illimitée.

Selon les développements constatés ci-dessus, il est clair sur la base de l'interprétation historique, du libellé précis des directives européennes, et du contexte systématique entre d'une part, le droit de distribution/location/prêt public et, d'autre part, le droit de communication au public, y compris la mise à la disposition des œuvres, que le droit de distribution, ainsi que le droit de location et de prêt, ne s'appliquent pas à de telles transmissions à la demande qui résultent dans une copie détenue par le consommateur. Pourtant, la Cour

8. Voir *OLG Hamm supra* note 5 et *OLG Hamburg*, 24 mars 2015, aff 10 U 5/11 et pour une analyse plus détaillée, Silke von Lewinski, « Recent Developments in German Authors' Rights Law », [2015] 2 *Auteurs & Media* 158 à la p 167.

9. Voir la question préjudicielle dans l'affaire C-174/15, soumise le 17 avril 2015, *Association des bibliothèques publiques néerlandaises (Vereniging Openbare Bibliotheken) c la Fondation du droit de prêt public (Stichting Leenrecht)* ; référence par la Cour (Rechtbank) de La Haye, en ligne : <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd87934cae2a00466eaaaf9-f6e52676ddb8.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRa3v0?text=&docid=164990&pageIn dex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=394163>>.

de justice a déjà rendu une décision différente dans l'affaire *UsedSoft* et souvent raisonne sur la base d'une comparaison économique. La question préjudicielle mentionnée envisage évidemment une comparaison entre la situation de prêt traditionnel (des objets tangibles) et la situation décrite ci-dessus, où une copie reste sur le serveur de la bibliothèque publique et une autre copie est produite après la transmission en ligne. Si la Cour de justice était tentée de suivre son approche dans l'affaire *UsedSoft* sur la base d'un raisonnement économique, elle provoquerait l'effondrement de la structure systématique claire et établie des lois nationales des États membres, mais aussi des structures aux niveaux international et européen, occasionnant avec cela une certaine perte de sécurité juridique et cohérence systématique – tout cela causé par une décision prise par des juges qui sont des experts en droit européen général, mais qui ne sont même pas censés s'y connaître en droit d'auteur. De plus, la comparabilité entre les mondes analogue et numérique n'est pas acquise – par exemple, même si des mesures techniques de protection peuvent entraîner la dissolution de la copie après une période de temps limitée et peuvent dès lors créer une situation apparemment comparable à une location ou à un prêt de ce point de vue, on connaît le problème de la neutralisation des mesures techniques de protection, qui peut changer la situation fondamentalement. Cette petite capsule ne peut pas épuiser le sujet, mais une chose est claire : à l'époque où j'ai connu Ghislain Roussel et quand la Directive relative au droit de location et de prêt a été adoptée en tant que première Directive en droit d'auteur classique, les délégués des États membres n'avaient pas encore envisagé l'impact potentiel d'une cour de justice qui devrait interpréter ses directives sans être familière avec les principes et les traditions du droit d'auteur. Espérons que la Cour rendra la bonne décision en conformité avec le droit international !