



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 14 juillet 2011

sj.a(2011)852027

ORIGINAL: DE

**À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES
DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE**

OBSERVATIONS ÉCRITES

déposées, conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne,

dans l'affaire C-128/11,

par la Commission européenne, représentée par M. Friedrich Wenzel BULST et M^{me} Julie SAMNADDA, membres de son service juridique, et ayant élu domicile auprès de M. Antonio ARESU, également membre de son service juridique, Bâtiment BECH, 2721 Luxembourg,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle

présentée, en vertu de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, par le Bundesgerichtshof (Allemagne) et portant sur l'interprétation à donner à la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 111 du 5.5.2009, p. 16) (version codifiée de la directive 91/250/CEE, JO L 122 du 17.5.1991, p. 42)

dans le litige pendant devant cette juridiction et opposant

UsedSoft GmbH – partie défenderesse et partie demanderesse en *Revision* –

à

Oracle International Corporation – partie requérante et partie défenderesse en *Revision* –

Dans la procédure préjudicielle susmentionnée, la Commission a l'honneur de présenter les observations suivantes:

I. CADRE JURIDIQUE

1. DROIT INTERNATIONAL

1. La partie II de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après l'«accord ADPIC»), à l'annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), fait à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO L 336 du 23.12.1994, p. 1), dispose, en son article 9:

«Rapports avec la Convention de Berne

1. Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention. Toutefois, les Membres n'auront pas de droits ni d'obligations au titre du présent accord en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6*bis* de ladite Convention ou les droits qui en sont dérivés.

2. La protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels.»

2. L'article 10, paragraphe 1, de l'accord ADPIC est libellé comme suit:

«Programmes d'ordinateur et compilations de données

1. Les programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet, seront protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la Convention de Berne (1971).

[...]»

3. L'article 4 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (JO L 89 du 11.4.2000, p. 8) (ci-après le «TDA») est libellé comme suit:

«Programmes d'ordinateur

Les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires au sens de l'article 2 de la Convention de Berne. La protection prévue s'applique aux programmes d'ordinateur quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression.»

4. Dans les déclarations communes concernant l'article 4 du TDA, il est énoncé ce qui suit:

«L'étendue de la protection prévue pour les programmes d'ordinateur au titre de l'article 4 du présent traité, compte tenu de l'article 2, est compatible avec l'article 2 de la Convention de Berne et concorde avec les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC.»

5. L'article 6 du TDA prévoit:

«Droit de distribution

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, effectuées avec l'autorisation de l'auteur.»

6. Dans les déclarations communes concernant les articles 6 et 7 du TDA, il est énoncé ce qui suit:

«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.»

7. L'article 8 du TDA est libellé comme suit:

«Droit de communication au public

Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2°), 11*bis*.1)1°) et 2°), 11*ter*.1)2°), 14.1)2°) et 14*bis*.1) de la Convention de Berne, 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.»

2. Droit de l'Union

8. Le considérant 6 de la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 111 du 5.5.2009, p. 16) (ci-après la «directive 2009/24»; version codifiée de la directive 91/250/CEE, JO L 122 du 17.5.1991, p. 42) énonce:

«[...]

(6) Le cadre juridique communautaire concernant la protection des programmes d'ordinateur peut donc, dans un premier temps, se limiter à prescrire que les États membres devraient accorder la protection du droit d'auteur aux programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires et à déterminer les bénéficiaires et l'objet de la protection, les droits exclusifs que les personnes protégées devraient pouvoir invoquer pour autoriser ou interdire certains actes, ainsi que la durée de la protection.

[...]»

9. Le considérant 13 de la directive 2009/24 énonce:

«[...]

(13) Les droits exclusifs de l'auteur d'empêcher la reproduction non autorisée de son œuvre devraient être soumis à une exception limitée dans le cas d'un programme d'ordinateur, afin de permettre la reproduction techniquement nécessaire à l'utilisation du programme par son acquéreur légitime. Cela signifie que les opérations de chargement et d'exécution nécessaires à l'utilisation d'une copie d'un programme légitimement acquis, ainsi que la correction de ses erreurs, ne peuvent pas être interdites par contrat. En l'absence de clauses contractuelles spécifiques, notamment en cas de vente d'une copie du programme, toute autre opération nécessaire à l'utilisation de la

copie d'un programme peut être effectuée, en conformité avec son but prévu, par un acquéreur légitime de cette copie.

[...]»

10. L'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2009/24 est libellé comme suit:

«Objet de la protection

1. Conformément aux dispositions de la présente directive, les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Les termes "programme d'ordinateur", aux fins de la présente directive, comprennent le matériel de conception préparatoire.

[...]»

11. L'article 4 de la directive 2009/24 est libellé comme suit:

«Actes soumis à restrictions

1. Sous réserve des articles 5 et 6, les droits exclusifs du titulaire au sens de l'article 2 comportent le droit de faire ou d'autoriser:

a) la reproduction permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit; lorsque le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une telle reproduction du programme, ces actes de reproduction sont soumis à l'autorisation du titulaire du droit;

b) la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation d'un programme d'ordinateur et la reproduction du programme en résultant, sans préjudice des droits de la personne qui transforme le programme d'ordinateur;

c) toute forme de distribution, y compris la location, au public de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur.

2. La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette

copie dans la Communauté, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci.»

12. L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24 prévoit:

«Exceptions aux actes soumis à restrictions

1. Sauf dispositions contractuelles spécifiques, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes visés à l'article 4, paragraphe 1, points a) et b), lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs.

[...]»

13. Le considérant 5 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 (JO L 167 du 22.6.2001, p. 10) (ci-après la «directive 2001/29») est libellé comme suit:

«[...]

(5) L'évolution technologique a multiplié et diversifié les vecteurs de création, de production et d'exploitation. Si la protection de la propriété intellectuelle ne nécessite aucun concept nouveau, les règles actuelles en matière de droit d'auteur et de droits voisins devront être adaptées et complétées pour tenir dûment compte des réalités économiques telles que l'apparition de nouvelles formes d'exploitation.

[...]»

14. Le considérant 15 de la directive 2001/29 énonce:

«[...]

(15) La Conférence diplomatique qui s'est tenue en décembre 1996, sous les auspices de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), a abouti à l'adoption de deux nouveaux traités, à savoir le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, qui portent respectivement sur la protection des auteurs et sur celle des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes. Ces traités constituent une mise à jour importante de la protection internationale du droit d'auteur et des droits voisins, notamment en ce qui concerne ce que l'on appelle "l'agenda numérique", et améliorent les moyens de lutte contre la piraterie à l'échelle planétaire. La Communauté et une majorité d'États membres ont déjà signé lesdits traités et les procédures de ratification sont en cours dans la Communauté et les États membres. La présente directive vise aussi à mettre en œuvre certaines de ces nouvelles obligations internationales.

[...]»

15. Les considérants 23, 24 et 25 de la directive 2001/29 sont libellés comme suit:

«[...]

(23) La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte.

(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) L'insécurité juridique qui entoure la nature et le niveau de protection des actes de transmission à la demande, au moyen de réseaux, d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'objets relevant des droits voisins doit être supprimée par la mise en place

d'une protection harmonisée au niveau communautaire. 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.

[...]»

16. Les considérants 28 et 29 de la directive 2001/29 sont libellés comme suit:

«[...]

(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. Ce droit ne doit pas être épuisé par la vente de l'original ou de copies de celui-ci hors de la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement. Les droits de location et de prêt des auteurs ont été établis par la directive 92/100/CEE. Le droit de distribution prévu par la présente directive n'affecte pas les dispositions en matière de droits de location et de prêt figurant au chapitre I de ladite directive.

(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. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'œuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. 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.

[...]»

17. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), de la directive 2001/29 dispose:

«[...]

(2) Sauf dans les cas visés à l'article 11, la présente directive laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions communautaires existantes concernant:

a) la protection juridique des programmes d'ordinateur;

[...]»

18. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 est libellé comme suit:

«Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés

1. 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.

[...]»

19. L'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/29 prévoit:

«[...]

3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article.

[...]»

20. L'article 4 de la directive 2001/29 dispose ce qui suit:

«Droit de distribution

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.»

2. Droit national

21. L'article 44a de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*, ci-après «UrhG») du 9 septembre 1965 (BGBl. I, p. 1273), modifié en dernier lieu par l'article 83 de la loi du 17 décembre 2008 (BGBl. I, p. 2586) est libellé comme suit:

«Actes de reproduction provisoires

Sont autorisés les actes de reproduction provisoires qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:

1. une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou
2. une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante.»

22. L'article 69a, paragraphe 3, UrhG est libellé comme suit:

«[...]

(3) Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original en ce sens qu'il est le résultat de la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère, en particulier qualitatif ou esthétique, ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection.

[...]»

23. L'article 69c, point 1, UrhG est libellé comme suit:

«Le titulaire du droit a le droit exclusif de faire ou d'autoriser:

1. la reproduction permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit; lorsque le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une reproduction du programme, ces actes sont soumis à l'autorisation du titulaire du droit;

[...]»

24. L'article 69d UrhG prévoit:

«Exceptions aux actes soumis à restrictions

(1) Sauf dispositions contractuelles spécifiques, ne sont pas soumis à l'autorisation du titulaire les actes visés à l'article 69c, points 1 et 2, lorsque ces actes sont nécessaires pour permettre à toute personne autorisée à utiliser une copie du programme d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination, y compris pour corriger des erreurs.

(2) Une personne ayant le droit d'utiliser le programme d'ordinateur ne peut être empêchée par contrat d'en faire une copie de sauvegarde dans la mesure où celle-ci est nécessaire pour en garantir l'utilisation future.

(3) La personne habilitée à utiliser une copie d'un programme d'ordinateur peut, sans l'autorisation du titulaire du droit, observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce programme afin de déterminer les idées et les principes qui sont à la base de n'importe quel élément du programme, lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du programme d'ordinateur qu'elle est en droit d'effectuer.»

25. L'article 69e UrhG énonce:

«Décompilation

(1) L'autorisation du titulaire des droits n'est pas requise lorsque la reproduction du code ou la traduction de la forme de ce code au sens de l'article 69c, points 1 et 2, est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un

programme d'ordinateur créé de façon indépendante avec d'autres programmes et sous réserve que les conditions suivantes soient réunies:

1. ces actes sont accomplis par le preneur de la licence ou par une autre personne jouissant du droit d'utiliser une copie du programme, ou pour leur compte par une personne habilitée à cette fin;
2. les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été facilement accessibles aux personnes visées au point 1);
3. ces actes sont limités aux parties du programme d'origine nécessaires à l'interopérabilité.

(2) Les informations obtenues par les actes visés au point 1 ne peuvent pas:

1. être utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du programme d'ordinateur créé de façon indépendante;
2. être communiquées à des tiers, sauf si cela se révèle nécessaire à l'interopérabilité du programme d'ordinateur créé de façon indépendante; ou
3. être utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un programme d'ordinateur dont l'expression est fondamentalement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur.

(3) Les points 1 et 2 doivent être interprétés de manière à ce que leur application ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne portent pas un préjudice inadmissible aux intérêts légitimes du titulaire.»

26. L'article 97, paragraphe 1, UrhG est libellé comme suit:

«Droit d'interdiction et à indemnisation

(1) En cas d'atteinte illégale au droit d'auteur ou à un autre droit protégé par la présente loi, la partie lésée peut demander la cessation de cette atteinte ainsi que son interdiction s'il y a risque de récidive. Le droit à interdiction peut être revendiqué même lorsqu'une infraction menace de se produire pour la première fois.

[...]»

II. FAITS ET QUESTIONS DEFEREES

27. Le litige au principal concerne la mise à disposition d'un programme d'ordinateur en tant que service tant par la requérante que par la défenderesse et non pas la mise à disposition d'une œuvre protégée sur un support informatique. Les conditions de la mise à disposition du logiciel par la requérante (en première instance) à ses clients figurent plus précisément au point 3 de l'ordonnance de renvoi. Bien que les programmes d'ordinateur litigieux soient disponibles sur CD-ROM ou DVD, le litige au principal a pour objet des copies du programme d'ordinateur dans le cas desquelles l'utilisateur d'origine n'a pas eu recours à cette option. Le litige au principal ne concerne pas non plus le stockage de l'œuvre protégée sur un support informatique après qu'elle a été initialement mis à la disposition du preneur de la licence. Pour de plus amples détails sur les faits et le litige au principal, la Cour de justice est invitée à se reporter à l'ordonnance de renvoi.

28. Les questions préjudicielles sont libellées comme suit:

«1. La personne qui peut se prévaloir d'un épuisement du droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est-elle un "acquéreur légitime" au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24/CE?

2. En cas de réponse affirmative à la première question: le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur est-il épuisé, au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24/CE, lorsque l'acquéreur a réalisé la copie, avec l'autorisation du titulaire du droit, en téléchargeant le programme sur un support informatique à partir d'Internet?

3. En cas de réponse affirmative à la deuxième question également: la personne qui a acquis une licence de logiciel "d'occasion" peut-elle elle aussi se prévaloir, pour la réalisation d'une copie du programme en tant qu'"acquéreur légitime", en application de l'article 5, paragraphe 1, et de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24/CE, de l'épuisement du droit de distribution de la copie du programme d'ordinateur que le premier acquéreur, avec l'autorisation du titulaire du droit, a réalisée en téléchargeant le programme sur un support informatique à partir d'Internet, lorsque ce premier acquéreur a effacé sa copie ou ne l'utilise plus?»

III. EN DROIT

1. Remarque liminaire

29. Le litige au principal concerne, en substance, la question de savoir si la revente d'un programme d'ordinateur est autorisée et si les droits du titulaire sont épuisés lorsque le programme d'ordinateur n'est pas commercialisé et fourni initialement à l'utilisateur sur un support informatique tel qu'un CD ou un DVD, mais est mis à disposition pour être téléchargé à partir d'un serveur dans des conditions qui limitent les droits de l'utilisateur de transmettre le programme d'ordinateur à autrui, non cependant le droit de l'utiliser lui-même durablement.
30. Pour répondre aux questions préjudicielles, il convient, tout d'abord, d'identifier les droits concernés par la vente et le téléchargement durable et de clarifier les conditions de leur épuisement. Un acte peut concerner plusieurs droits d'auteur différents et en principe susceptibles de s'appliquer cumulativement. Sauf si le cadre juridique applicable impose une approche différente, il y a donc lieu d'examiner au cas par cas tous les droits concernés par un acte.
31. La Commission estime qu'il est pertinent de répondre à la deuxième question préjudicielle avant la première étant donné que, selon son appréciation, l'article 4, paragraphe 1, point c), de la directive 2009/24 (dans ce qui suit, les dispositions indiquées sans précision supplémentaire sont des dispositions de la directive 2009/24) n'est pas applicable au litige au principal, ainsi qu'il ressortira de la lecture des considérations relatives à la deuxième question préjudicielle.

2. Sur la deuxième question préjudicielle

a) Droit de distribution et droit de mise à disposition

32. La réponse à la deuxième question préjudicielle dépend essentiellement de la question de savoir si la distribution d'un programme d'ordinateur via l'internet est une distribution au public au sens de l'article 4, paragraphe 1, point c).
33. L'interprétation du libellé de cette disposition amène à répondre à cette question par l'affirmative. En effet, l'article 4, paragraphe 1, point c), a pour objet «toute» forme de distribution au public.

34. Une interprétation fondée uniquement sur ce libellé omettrait toutefois la directive 2001/29 qui, en son article 3, paragraphe 1, réglemente le droit de la mise à disposition d'œuvres au public. Les programmes d'ordinateur ne sont pas exclus de la notion d'œuvre. En vertu de son article 1^{er}, paragraphe 2, la directive 2001/29 (à l'exception de son article 11) laisse toutefois intacte la directive 2009/24 (en tant que version codifiée de la directive 91/250) et ne l'affecte en aucune façon. En d'autres termes, si la «distribution au public» au sens de l'article 4, paragraphe 1, point c), avait inclus, à l'adoption de la directive 91/250 ou, en tout état de cause, avant l'adoption de la directive 2001/29, une distribution via l'internet, la directive 2001/29 n'y changerait rien. Or, le législateur de l'Union a manifestement considéré que tel n'était pas le cas, puisque, fort de la conviction que la distribution au public (article 4) ne couvre pas une distribution d'une œuvre non incorporée à un bien matériel, il l'a également réglementée dans la directive 2001/29. C'est plutôt l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 qui est censé couvrir la «distribution» de copies immatérielles, ainsi qu'il ressort non seulement du considérant 28 de la directive 2001/29, mais aussi de l'article 4, lu conjointement avec l'article 8 du TDA, et de la déclaration commune concernant les articles 6 et 7 du TDA dont la transposition est l'un des objectifs de la directive 2001/29 (voir le considérant 15 de cette dernière). Cette approche ne rencontre aucune objection étant donné que, lors de l'adoption de la directive 91/250, l'internet, dans la mesure où il est concerné en l'espèce, était inconnu et que l'on ne percevait pas clairement, jusqu'en 2001, de quelle manière l'acquis de la législation sur la propriété intellectuelle était applicable aux services en ligne, ce qui a contribué à l'adoption de la directive 2001/29 (voir les considérants 5 et 25 de cette dernière).
35. Par conséquent, le droit de mise à disposition au public visé à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 est applicable aux programmes d'ordinateur. Telle semble également être l'approche adoptée dans l'arrêt rendu dans l'affaire BSA (affaire C-393/09, non encore publié au Recueil) en ce qui concerne le droit de communication au public conformément à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Parallèlement, l'article 4, paragraphe 1, point c), couvre la mise à disposition immatérielle de programmes d'ordinateur dans le cadre de laquelle le programme d'ordinateur n'est pas distribué sous une forme incorporée à un bien matériel. Une telle mise à disposition immatérielle relève plutôt du seul article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

b) Épuisement du droit de mise à disposition

36. Pour apporter une réponse complète à la deuxième question préjudicielle, il faut encore établir si l'épuisement du droit de mise à disposition visé à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 est possible et, dans l'affirmative, dans quelles conditions cet épuisement est possible.
37. L'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/29 énonce clairement que le droit de mise à disposition visé à l'article 3, paragraphe 1, ne s'épuise pas. Le considérant 29 confirme que la question de l'épuisement ne se pose pas dans le cas de services en général et dans le cas de services en ligne en particulier.
38. Le législateur a ainsi pris une décision qui ne soulève aucune objection, y compris au regard de la jurisprudence relative au principe de l'épuisement des droits. Bien que la Cour de justice n'ait jusqu'à présent pas exclu explicitement l'applicabilité du principe de l'épuisement dans le cas des services, elle l'a écartée en rapport avec la location de vidéocassettes (affaire 156/86, Warner Brothers, Recueil 1988, p. 2605, point 18; voir également affaire C-479/04, Laserdisken, Recueil 2006, p. I-8089, et affaire C-456/06, Peek & Cloppenburg, Recueil 2008, p. I-2731) et l'a appliquée uniquement dans des cas dans lesquels le droit d'auteur aurait constitué un obstacle à la libre circulation des marchandises.

c) Conséquences pour le litige au principal

39. S'agissant du litige au principal, les considérations ci-dessus signifient que la copie en cause, téléchargée avec l'autorisation du titulaire du droit, n'a pas, de ce fait, été distribuée au sens de l'article 4, paragraphe 1, point c). L'épuisement du droit de distribution est ainsi exclu.

Sur la première question préjudicielle

40. La première question préjudicielle vise à clarifier la portée de l'exception énoncée à l'article 5, paragraphe 1, aux termes de laquelle l'«acquéreur légitime» est autorisé à certains actes qui ne tombent ainsi pas sous le coup des droits exclusifs du titulaire visés à l'article 4, paragraphe 1, points a) et b). Il ressort des considérations ci-dessus concernant la deuxième question préjudicielle que la première question préjudicielle, selon l'appréciation de la Commission, n'aide pas à statuer sur le litige au principal.

Ci-après, la Commission, pour être complète, présentera néanmoins également ses observations sur la première question préjudicielle.

41. Afin de répondre à cette question, il est nécessaire de distinguer entre le droit de reproduction et d'adaptation, d'une part, et le droit de distribution au public, d'autre part. Le premier relève de l'article 4, paragraphe 1, points a) et b), et donc du champ d'application de l'article 5, paragraphe 1, tandis que le droit de distribution est régi par l'article 4, paragraphe 1, point c).
42. L'interprétation du libellé de l'article 4, paragraphe 1, et de l'article 5, paragraphe 1, suggère que l'article 5, paragraphe 1, ne s'applique pas au droit de distribution et que la question de l'épuisement du droit de distribution est sans préjudice du champ d'application de ladite disposition: le droit de distribution visé à l'article 4, paragraphe 1, point c), est mentionné non pas comme objet de l'exception selon l'article 5, paragraphe 1, mais comme objet de l'épuisement conformément à l'article 4, paragraphe 2. Le considérant 13 va dans le même sens.
43. Selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, les dispositions d'une directive qui dérogent à un principe général établi par cette même directive doivent en outre faire l'objet d'une interprétation stricte (voir, notamment, l'arrêt du 16 juillet 2009 dans l'affaire C-5/08, Infopaq, Recueil 2009, p. I-6569, point 56). La directive 2009/24 établit le principe selon lequel les actes visés à l'article 4 sont soumis à restriction. L'article 5, dérogeant à ce principe, devrait faire l'objet d'une interprétation stricte. Les motifs avancés par la Commission à l'appui de sa proposition de directive [COM(88) 816 final du 17 mars 1989], auxquels le Parlement et le Conseil n'ont pas apporté de modifications substantielles, vont également dans ce sens. À la page 26 (soulignement ajouté), il est dit ce qui suit:

«Similarly the acts of loading, viewing, running, transmissions or storage should be taken as not requiring express authorization of the right holder provided that, particularly in the case of transmission and storage, they are only carried out for the purposes of using the program and do not result in a second permanent replication of the program. Thus temporary or permanent transmission to and storage by a second party of a program legally acquired by a purchaser for his own use will not fall within the exceptions to the restricted acts enumerated in Article 4, whereas such acts of

transmission and storage performed by the purchaser temporarily for the purposes of using the program himself will not require authorization by the right holder. Similarly any form of reproduction other than that required for use will not be permitted, In particular, the making of a back-up copy or a copy for private use. Where a back-up copy is necessary for the purposes of use of a program this is normally expressly permitted by the right holder.»

44. La Commission estime néanmoins qu'il ne saurait être répondu globalement par la négative à la première question préjudicielle.
45. Ainsi que le constate la juridiction a quo (point 22 de l'ordonnance de renvoi), l'aptitude d'une copie d'un programme d'ordinateur à circuler sur le marché, résultant de l'épuisement du droit au sens de l'article 4, paragraphe 2, n'aurait autrement guère de valeur en pratique, ce qui ne serait pas conforme à l'objectif réglementaire de la directive et à la portée du principe de l'épuisement pour la libre circulation des marchandises (voir affaire 78/70, Deutsche Grammophon, Recueil 1971, p. 487). Aux pages 24 et suivante (soulignement ajouté), les motifs précités que la Commission avait avancés à l'appui de sa proposition de directive énoncent à cet égard ce qui suit:

«Distribution of a computer program by means of sale or licence is normally controlled by the author of the program, either directly if he is also the producer of the marketed product, or indirectly by assignment of his right to a publisher or producer of programs. The author's right is normally exhausted once the product has been put on the market with his consent. This Directive proposes that as regards the rental, leasing and licensing of software the distribution right should not be exhausted by the first sale, leasing or licensing of the program This will enable the rightsholder to exercise control over rental of products which have been previously sold, leased or licensed and to have continued control over the rental. Once a product has been sold with the right holder's consent he should no longer be able to exercise control over subsequent sale, that is sale to third parties of legally acquired programs.»

46. Ainsi qu'il ressort des considérations relatives à la deuxième question préjudicielle, l'article 4, paragraphe 1, point c), ne couvre pas la distribution immatérielle d'un programme d'ordinateur par téléchargement à partir de l'internet. Par conséquent, l'article 4, paragraphe 2, ne s'y applique pas non plus. Les observations ci-après

concernant la première question préjudicielle sont dès lors dépourvues de pertinence pour le litige au principal. L'épuisement du droit de distribution au sens de l'article 4, paragraphe 2, signifie qu'une copie *matérielle* d'un programme distribuée par le titulaire du droit peut être redistribuée. Dans le cas de la distribution d'une copie matérielle d'un programme, non concerné en l'espèce, il est en effet exact que, après l'épuisement des droits, l'acquéreur subséquent peut également reproduire cette copie dans la mesure où cela est nécessaire en vue d'une utilisation conforme à sa destination. Dans le cas contraire, l'article 4, paragraphe 2, serait largement privé de son effet utile.

47. La Commission rappelle que la notion de «première vente» utilisée à l'article 4, paragraphe 2, de même que l'expression «première vente ou premier autre transfert de propriété [...] de cet objet», utilisée à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29, se réfère à l'objet auquel l'œuvre est incorporée. Cette notion ne concerne pas le transfert de droits sur l'œuvre par le titulaire des droits au profit de l'acquéreur. Une distribution ne saurait dès lors être envisagée que s'il y a eu transfert de propriété sur la copie matérielle de l'œuvre (voir arrêt du 17 avril 2008 dans l'affaire C-456/06, Peek & Cloppenburg, Recueil 2008, p. I-2731, point 41). Tel n'étant pas le cas dans le litige au principal, un épuisement du droit est exclu.

IV. CONCLUSION

48. Cela étant, la Commission a l'honneur de proposer à la Cour de justice de répondre comme suit aux deuxième et première questions préjudicielles:

Deuxième question préjudicielle: «Le droit de distribution de la copie d'un programme d'ordinateur n'est pas épuisé lorsque l'acquéreur a réalisé la copie avec l'autorisation du titulaire du droit en téléchargeant le programme sur un support informatique à partir de l'internet.»

Première question préjudicielle: «S'il y a eu transfert de propriété sur la copie matérielle d'un programme d'ordinateur et si le droit de distribution de cette copie matérielle est épuisé, l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/24/CE s'applique à l'acquéreur légitime de ladite copie matérielle.»

49. Étant donné qu'il est ainsi proposé de répondre à la deuxième question préjudicielle par la négative, il n'y a pas lieu de répondre à la troisième question préjudicielle.

Friedrich Wenzel BULST

Julie SAMNADDA

Agents de la Commission