



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 13 avril 2011  
Sj.h(2011) 460189

**ORIG: DE**

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

**OBSERVATIONS**

déposées, conformément à l'article 23, paragraphe 2, du protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne,

**dans l'affaire C-5/11**

par la COMMISSION DE L'UNION EUROPÉENNE,  
représentée par **Julie SAMNADDA** et **Günter WILMS**, membres de son service juridique, en qualité d'agents, et ayant élu domicile auprès de M. Antonio ARESU, lui aussi membre du service juridique de la Commission, Bâtiment Bech, 2721 Luxembourg,

**ayant pour objet une demande de décision préjudicielle**

présentée, conformément à l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, par le Bundesgerichtshof dans la procédure pénale ouverte à l'encontre de

**Titus Alexander DONNER**

et concernant la compatibilité d'un jugement pénal rendu pour complicité d'exploitation commerciale sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur avec les articles 34 et 36 TFUE.

## I. Introduction

1. La demande de décision préjudicielle porte essentiellement sur la question de savoir dans quelle mesure, en l'espèce, une condamnation pénale rendue sur la base de la législation allemande relative à la distribution d'œuvres protégées par un droit d'auteur est compatible avec les dispositions du droit primaire sur la libre circulation des marchandises.
2. La disparité entre les niveaux de protection du droit de distribution prévus par le droit allemand et le droit italien constitue la toile de fond de l'affaire. Cette différence a pour effet qu'une opération qui serait impunie en Italie peut avoir éventuellement des implications d'ordre pénal en vertu de la législation allemande.
3. Certaines entreprises profitent de cette situation. Une simple recherche dans Internet à partir de l'occurrence «Meubles Bauhaus provenant d'Italie» montre que le cas d'espèce a des répercussions très vastes en pratique.

## II. Le cadre juridique

### 1. Le droit international

4. L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC):<sup>1</sup>

*«Chapitre III*

*Sanctions appliquées par les États membres*

*Article 16*

*Sanctions appliquées par les États membres*

---

<sup>1</sup> adopté par la décision du Conseil 94/800/CE du 22.12.1994 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. 1-308.

*Sans préjudice des mesures, procédures et réparations de nature civile et administrative prévues par la présente directive, les États membres peuvent appliquer d'autres sanctions appropriées en cas d'atteinte à des droits de propriété intellectuelle».*

5. Article 6 du traité sur le droit d'auteur de l'OMPI (TDA):<sup>2</sup>

*«Article 6*

*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, effectués avec l'autorisation de l'auteur.*

## **2. Le droit de l'Union**

6. 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 (directive 2001/29):<sup>3</sup>

*«Article 4*

*Droit de distribution*

*«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.*

*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*

---

<sup>2</sup> adopté par décision du Conseil du 16.3.2000, JO L 89 du 11.4.2000, p. 6, texte du traité à la p. 8 et suivantes.

*autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement»*

7. Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle (directive 2004/48):<sup>4</sup>

«*Considérant 28:*

*En plus des mesures, procédures et réparations de nature civile et administrative prévues au titre de la présente directive, des sanctions pénales constituent également, dans des cas appropriés, un moyen d'assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.»*

(...)

«*Article 16:*

**CHAPITRE III**

*Sanctions appliquées par les États membres*

8. *Article 16*

«*Sanctions appliquées par les États membres*

*Sans préjudice des mesures, procédures et réparations de nature civile et administrative prévues par la présente directive, les États membres peuvent appliquer d'autres sanctions appropriées en cas d'atteinte à des droits de propriété intellectuelle.»*

### **3. Le droit allemand**

9. Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur - UrhG):<sup>5</sup>

«*Article 17 Droit de distribution*

---

<sup>3</sup> JO L 167 du 22.6.2001, pp. 10 et suivantes.

<sup>4</sup> JO L 157 du 30.4.2004, pp. 57 et suivantes.

<sup>5</sup> <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/urhg/gesamt.pdf>.

*Le droit de distribution est le droit d'offrir au public ou de mettre en circulation l'original ou les copies de l'œuvre.*

*Lorsque l'original ou des copies de l'œuvre ont été mis en circulation par la vente, avec le consentement du titulaire du droit de distribution, sur le territoire de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, leur distribution ultérieure est licite, à l'exception de la location.»*

(...)

*«Article 106 Exploitation sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur*

*(1) Quiconque, dans des cas autres que ceux autorisés par loi, reproduit, distribue ou communique au public, sans le consentement du titulaire du droit, une œuvre ou une adaptation ou une transformation d'une œuvre, est puni de jusqu'à trois ans d'emprisonnement ou d'une amende.*

*La tentative est punissable.*

*Article 108a Exploitation commerciale sans autorisation*

*Lorsque, dans les cas visés aux articles 106 à 108, l'auteur de l'infraction agit à des fins commerciales, la sanction consiste en jusqu'à cinq ans d'emprisonnement ou à une amende.*

*La tentative est punissable.*

*Article 109 Plainte*

*Dans le cas des articles 106 à 108 et de l'article 108b, l'acte n'est poursuivi que sur demande, à moins que l'autorité judiciaire compétente ne considère qu'une intervention ne s'impose d'office au nom de l'intérêt général à l'engagement de poursuites.»*

10. Code pénal (StGB):<sup>6</sup>*«Article 27 Complicité*

*Est sanctionné comme complice quiconque a délibérément prêté son concours à un tiers aux fins d'une infraction délibérément commise par celui-ci.*

*La sanction infligée au complice est fonction de celle encourue par l'auteur de l'infraction, réduite conformément aux dispositions de l'article 49, paragraphe 1.»*

11. Code civil (BGB):<sup>7</sup>*«Article 854 Acquisition de la possession*

*La possession d'une chose est acquise par l'acquisition du pouvoir de fait sur cette chose.*

*L'accord des volontés de l'actuel possesseur et de l'acquéreur suffit pour l'acquisition, si l'acquéreur est en mesure d'exercer le pouvoir sur cette chose.*

*Article 855 Auxiliaire agissant pour le compte du possesseur*

*Lorsque quelqu'un exerce un pouvoir de fait sur une chose pour le compte d'une autre personne, dans son ménage, dans son activité professionnelle ou en vertu d'un rapport semblable, en vertu duquel il est tenu de se soumettre aux instructions relatives à la chose émanant de cette personne, c'est celle-ci seulement qui est possesseur.»*

(...)

*«Article 929 Accord des volontés et remise matérielle*

*Pour transférer la propriété d'une chose mobilière, il est nécessaire que le propriétaire procède à la remise matérielle de la chose à l'acquéreur et que tous les deux soient d'accord pour que la propriété passe de l'un à l'autre. Si l'acquéreur est déjà en possession de la chose, l'accord des volontés sur le transfert de propriété suffit.*

*Article 930 Constitut possessoire*

<sup>6</sup> <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>.

<sup>7</sup> <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>.

*Si le propriétaire est en possession de la chose, la remise matérielle peut être remplacée par un accord entre lui-même et l'acquéreur, en vertu duquel celui-ci obtient la possession immédiate.*

*Article 931 Cession du droit à la restitution*

*Si un tiers est en possession de la chose, la remise matérielle peut être remplacée par la cession que le propriétaire consent à l'acquéreur du droit à la restitution de cette chose.»*

#### **4. Le droit italien**

##### 12. Code civil italien (Codice civile):<sup>8</sup>

<p><i>«Art. 922, lett. 3</i></p> <p><i>La proprietà si acquista per occupazione ( 923 ss. ), per invenzione ( 927 ss. ), per accessione ( 934 ss. ), per specificazione ( 940 ), per unione o commistione ( 939 ), per usucapione ( 1158 ss. ), per effetto di contratti ( 1376 ss. ), per successione a causa di morte ( 456 ss. ), e negli altri modi stabiliti dalla legge.</i></p>	<p><i>«Article 922, point 3</i></p> <p><i>La propriété s'acquiert par appropriation (923 et suivants), par invention (927 et suivants), par accession (934 et suivants), par transformation (940), par union ou incorporation (939), par usucapion (1158 et suivants), sur la base de contrats (1376 et suivants), par succession en cas de décès (456 et suivants) et selon les autres modalités définies par la loi.</i></p>
<p><i>Art. 1376, lett. 13</i></p> <p><i>Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti</i></p>	<p><i>Article 1376, point 13</i></p> <p><i>Dans les contrats qui ont pour objet le transfert de la propriété d'une chose déterminée, la constitution ou le transfert d'un droit réel ou le transfert d'un autre droit, la propriété ou le droit se transmet ou s'acquiert sur la base du consentement des parties légalement manifesté.</i></p>

<sup>8</sup>

<http://dev.eurac.edu:8080/cgi-bin/index/bistro>, außer des Art. 1376 lett. 13, traduction libre.

<i>legittimamente manifestato.</i>	
<p><b>Art. 1378 Trasferimento di cosa determinata solo nel genere</b></p> <p><i>Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabiliti (1465). Trattandosi di cose che devono essere trasportate da un luogo a un altro, l'individuazione avviene anche mediante la consegna al vettore (1678 e seguenti) o allo spedizionario (1737 e seguenti).</i></p>	<p><b>Article 1378 Transfert d'une chose déterminée uniquement dans son genre</b></p> <p><i>Dans les contrats qui ont pour objet le transfert de choses déterminées uniquement dans leur genre, la propriété se transmet par l'individualisation convenue entre les parties ou selon les modalités définies par elles (1465). Dans le cas de choses devant être transportées d'un lieu à un autre, l'individualisation a lieu également par la remise matérielle au transporteur (1687 et suivants) ou à l'expéditionnaire (1737 et suivants).</i></p>
<p><b>Ar. 1470, lett. 3</b></p> <p><i>La Vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto ( 1376 ss. , 1476 ) verso il corrispettivo di un prezzo ( 1498 )«</i></p>	<p><b>Article 1470, point 3</b></p> <p><i>La vente est le contrat ayant pour objet le transfert de la propriété d'une chose ou le transfert d'un autre droit (1376 et suivants, 1476) contre acquittement d'un prix (1498).»</i></p>

### III. Le litige au principal et la question préjudicielle

#### 1. Le litige au principal

13. La procédure devant le Bundesgerichtshof concerne le pourvoi en ("Revision") formé par le prévenu contre un jugement du tribunal de première instance ("Landgericht") qui l'avait condamné à deux ans d'emprisonnement avec sursis pour complicité d'exploitation commerciale sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur.



14. Pour la description des faits, la Commission renvoie aux observations détaillées qui figurent dans l'ordonnance de renvoi du Bundesgerichtshof. Elle se borne à présenter les éléments qui revêtent selon elle une importance particulière pour la réponse aux questions. La Commission s'autorise à enrichir cette présentation de plusieurs aspects qu'elle considère comme essentiels pour l'appréciation correcte des faits.
15. Il s'agit de la vente et de la livraison à des clients allemands d'objets d'ameublement fabriqués en Italie, protégés en Allemagne par un droit d'auteur; les produits avaient été livrés par l'intermédiaire de l'entreprise de transport du prévenu.
16. La société *Dimensione Direct Sales Srl.* sise à Bologne (*Dimensione*) offrait à la vente à des clients résidant en Allemagne des reproductions d'objets d'ameublement du style Bauhaus, sans disposer de licences pour la distribution de ces objets en Allemagne. Tous les objets cités seraient protégés en Allemagne par un droit d'auteur en tant qu'œuvres des arts appliqués. En revanche, au cours de la période en cause, comprise entre le 1<sup>er</sup> janvier 2005 et le 15 janvier 2008, ils n'auraient pas été protégés par un droit d'auteur ou, à tous les moins, ce droit n'aurait pas été appliqué.
17. Le prévenu, un ressortissant allemand, serait gérant et associé détenant ■■■ des parts sociales de la société *In.Sp.Em. Srl.*, une société de transports sise à Bologne (*Inspem*). Le siège de *Inspem* (via Vasari 2) se trouve à proximité directe de celui de *Dimensione* (via Carlo Cignano 68/A).<sup>9</sup> Il exerçait ses activités essentiellement depuis son lieu de résidence en Allemagne.
18. La société *Inspem* s'occuperait depuis le mois d'avril 1999 de la livraison des objets d'ameublement précités. Dans un premier temps, la distribution aurait été organisée de telle sorte que les meubles – sans être attribués à des

clients finals identifiés – seraient transportés dans un entrepôt exploité par le prévenu en Allemagne, puis livrés aux clients. Compte tenu de ces faits, le ministère public aurait déféré le prévenu devant les juridictions pénales pour exploitation commerciale sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur. La procédure aurait été close contre paiement d'une somme s'élevant au total à [REDACTED] euros.

19. Au cours de la première procédure pénale, les modalités de livraison auraient été modifiées comme suit. La société *Dimensione* exploiterait pour ses marchandises un entrepôt de distribution à Sterzing (Italie). Dans les cas où les clients ne souhaiteraient pas récupérer eux-mêmes les marchandises en Italie, ils chargeraient la firme *Inspem* d'assurer le transport de la marchandise. Dans les documents publicitaires de la société *Dimensione*, il est précisé que le client acquiererait les meubles en Italie en vertu de la législation italienne<sup>10</sup>.
20. Dans l'entrepôt de distribution de Sterzing, les objets d'ameublement commandés depuis l'Allemagne seraient tenus à disposition dans leur emballage. Les chauffeurs de la société *Inspem* récupérerait à Sterzing les objets concrètement attribués aux clients, en payaient le prix respectif à la société *Dimensione* et encaissaient, lors de la livraison au client en Allemagne, le prix d'achat et les frais de transport. Dans le cas où le client ne payerait pas lors de la livraison des objets d'ameublement, la marchandise seait renvoyée et *Dimensione* acquitterait le prix de vente et les frais de transport.

---

<sup>9</sup> Cf. «google maps», **annexe 1**.

<sup>10</sup> La Commission indique que les conditions commerciales générales actuelles de la société *Dimensione* prévoient expressément un transfert de propriété selon le droit italien, <http://www.dimensione-bauhaus.com/de/agbs>, **annexe 2** (consultées en dernier lieu le 5.4.2011).

21. Selon le Landgericht, le prévenu s'est ainsi rendu coupable de complicité d'exploitation commerciale sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur. Le Landgericht a fondé la comparution du prévenu sur les articles 106 et 108a de la loi allemande sur le droit d'auteur (ci-après UrhG) et sur l'article 27 du code pénal (StGB).
22. Selon le Landgericht, la société *Dimensione* aurait, en les mettant en circulation, diffusé des copies des œuvres précitées en Allemagne. Cela nécessiterait le transfert de la propriété de l'objet vendu, ainsi que le transfert du pouvoir de disposition du vendeur à l'acquéreur. En l'occurrence, le transfert de la propriété du vendeur à l'acquéreur aurait eu lieu en Italie, en application du droit italien, par l'accord des volontés et l'individualisation de l'objet vendu (dans l'entrepôt de Sterzing). Le transfert du pouvoir de disposition n'aurait en revanche eu lieu, avec le concours du prévenu, que lors de la remise à l'acquéreur contre acquittement du prix, en Allemagne. Il serait dès lors sans incidence de savoir dans quelle mesure les objets d'ameublement jouissaient en Italie de la protection du droit d'auteur.
23. La restriction de la libre circulation résultant des règles nationales en matière de droit d'auteur serait justifiée par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale conformément à l'article 36 TFUE.
24. Le prévenu a contesté la condamnation dont il a fait l'objet par voie de pourvoi en cassation devant le Bundesgerichtshof. Il a fait valoir que la distribution au public au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE aurait eu lieu dès le transfert de la propriété en Italie. Le transfert de propriété supposerait à titre de condition nécessaire mais en même temps suffisante, le transfert de la propriété; un transfert de la détention (du pouvoir de disposition) ne serait pas requis. Le prévenu soutient que toute sanction prononcée à son encontre sur la base d'une autre

interprétation contreviendrait à la libre circulation des marchandises, garantie par le droit de l'Union (article 34 TFUE) car il en résulterait un cloisonnement artificiel, non justifié, des marchés. En tout état de cause, par la remise en Italie des œuvres au transporteur qui prendrait livraison des marchandises pour le compte des clients s'opérerait un transfert du pouvoir de disposition effective. De ce point de vue également, les faits seraient donc été commis en Italie.

25. Le *juge a quo* estime qu'une réponse doit être apportée à la question préjudicielle pour pouvoir statuer sur le pourvoi en cassation. Il estime que la condamnation du prévenu est exempte de toute erreur de droit. Seul pourrait y faire obstacle le fait éventuel que l'application des règles du droit pénal national constitue, dans les circonstances de la présente affaire, une restriction injustifiée de la libre circulation des marchandises régie par l'article 34 et suivants TFUE. La question se pose aussi de savoir si la protection du droit de distribution par le droit pénal pourrait, dans les circonstances de l'espèce, constituer un cloisonnement disproportionné ou artificiel du marché et violer ainsi la libre circulation des marchandises garantie par les articles 34 et 36 TFUE.
26. Cela pourrait résulter du fait que les objets d'artisanat à destination fonctionnelle sont protégés par un droit d'auteur en Allemagne, tandis qu'ils peuvent être légalement fabriqués en Italie et y être distribués, sans donner lieu à des poursuites pénales en vertu du droit allemand. Si les clients allemands se rendaient individuellement en Italie et y obtenaient, en plus de la propriété, également le pouvoir de disposition effective, il n'en résulterait pas un acte de distribution pénalement sanctionné en Allemagne.
27. Il en irait de même si l'acquéreur mandatait un transporteur n'appartenant pas à la sphère de la firme *Dimensione*, qui prendrait réception en Italie des

œuvres imitées pour le compte du client. La particularité de la présente affaire réside dans le fait que la distribution a eu lieu en deux étapes, commençant en Italie et s'achevant en Allemagne.

28. Un acte de distribution sans autorisation accompli seulement en partie sur le territoire national aurait également une incidence, tout spécialement sur l'exploitation économique du droit d'auteur dans le pays de protection. Cela justifie également une sanction pénale. La directive 2004/48/CE ne s'oppose pas au fait de sanctionner pénalement des atteintes à un droit d'auteur. La proposition de directive de la Commission relative aux mesures pénales visant à assurer le respect du droit de propriété intellectuelle (COM [2005] 276 final du 12 juillet 2005) montre que des sanctions pénales peuvent également être nécessaires, sous l'angle du droit de l'Union, pour atteindre un niveau efficace et élevé de protection du droit d'auteur et qu'elles ne sauraient être considérées comme constituant intrinsèquement un moyen de discrimination arbitraire ou une mesure déguisée de restriction des échanges.

## **2. La question préjudicielle**

29. Dans ce contexte, le Bundesgerichtshof a saisi à titre préjudiciel la Cour de justice de la question suivante:

*«Convient-il d'interpréter les articles 34 TFUE et 36 TFUE relatifs à la libre circulation des marchandises en ce sens qu'ils font obstacle à des poursuites pour complicité de distribution sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur en application du droit pénal national dans le cas où, lors de la vente transfrontalière d'une œuvre protégée par un droit d'auteur en Allemagne, cette œuvre est transportée vers l'Allemagne depuis un État membre de l'Union européenne et le pouvoir de disposition effective sur l'œuvre est transféré en Allemagne, et le transfert de la propriété, en revanche, intervient dans l'autre État membre, dans lequel cette œuvre n'est pas*

*protégée par un droit d'auteur ou dans lequel cette n'est pas enforcée par les autorités?».*

#### **IV. Appréciation juridique**

##### **1. Introduction**

30. La Commission estime qu'il convient de répondre à la question préjudicielle en s'appuyant étroitement sur le texte et la finalité des dispositions du droit de l'Union concernant la libre circulation des marchandises et la protection du droit d'auteur.
31. Il convient de souligner tout d'abord que le droit de l'Union ne régit pas en principe les règles de compétence des États membres en matière pénale. Même dans les domaines où le droit de l'Union prévoit des éléments matériels constitutifs d'infraction, il n'affecte, en principe, pas les règles de procédure nationales, notamment celles concernant la compétence. En cas d'application des règles de procédure nationales, les États membres doivent cependant respecter les principes d'équivalence et d'effectivité.<sup>11</sup>

##### **2. La libre circulation des marchandises, articles 34 et 36 TFUE**

32. Conformément à la jurisprudence de la Cour, il convient de considérer que toute mesure ou disposition, susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire, constitue une «mesure d'effet équivalent» au sens de l'article 34 TFUE et peut donc être contraire au droit de l'Union.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Jurisprudence constante depuis *Rewe Zentralfinanz*, affaire 33/76, cf. par exemple l'arrêt de la Cour de justice du 15.4.2010 dans l'affaire C-542/08, *Barth*, point 17 avec d'autres indications.

<sup>12</sup> Cf. arrêt du 9 décembre 2010 dans l'affaire C-421/09 *Humanplasma*, point 26 avec appui sur l'arrêt du 11 juillet 1974, affaire 8/74, *Dassonville*, Rec.1974, p. 837.

33. Dans le cas d'espèce, l'importation des marchandises litigieuses est sanctionnée pénalement. Cela peut sans aucun doute avoir un effet dissuasif sur les importations et risque donc d'entraver les échanges intracommunautaires. Il s'agit donc d'une mesure d'effet équivalent.
34. De telles mesures peuvent d'après l'article 36 TFUE être justifiées pour des raisons de propriété industrielle et commerciale, au nombre desquelles figure le droit d'auteur.<sup>13</sup> Cependant, elles ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée au commerce entre les États membres. Les restrictions à la libre circulation des marchandises visant à protéger la propriété intellectuelle, y compris le droit d'auteur, sont autorisées pour autant qu'elles ne conduisent pas à un cloisonnement artificiel des marchés<sup>14</sup>.
35. La Cour a reconnu que les restrictions sont justifiées lorsqu'elles reposent sur la différence des régimes nationaux en matière de durée de protection de la propriété intellectuelle et qu'elles sont indissociablement liées à l'existence même des droits exclusifs<sup>15</sup>. Cette décision concernait un cas dans lequel la durée de protection pour le fabricant (de phonogrammes) était certes prévue dans un autre État membre mais où elle était arrivée à expiration.
36. Comme le *juge a quo* le constate à juste titre, le droit de l'Union ne permet toujours pas de déterminer précisément si cela s'applique également dans les cas où des droits de protection, certes prévus dans les États membres concernés, ne sont toutefois pas appliqués dans un État membre.

---

<sup>13</sup> Arrêt de la Cour du 20.10.1993 dans les affaires C-92/92 et C-326/92 *Phil Collins*, points 22, 23; du 20.1.1981, affaires 55/80 et 57/80, *Musik-Vertrieb Membran*, Rec.1981, 147 du 24.1.1989, affaires 341/87, *EMI Electrola*, Rec.1989, p. 79.

<sup>14</sup> Arrêts de la Cour du 24.1.1989, affaires 341/87, Rec.1989, p. 79; du 20.1.1981, affaires 55/80 et 57/80 - *Gebührendifferenz II*, Rec.1981, p. 147; du 8.6.1971, affaires 78/70, *Deutsche Grammophon*, Rec.1971, p. 487).

<sup>15</sup> Arrêt du 24.1.1989 affaires 341/87, *EMI Electrola*, Rec.1989, p. 79.

37. Il est donc nécessaire, avant de répondre aux questions préjudicielles, d'examiner si et dans quelle mesure, dans la présente procédure, le droit de distribution a été éventuellement violé au sens du droit d'auteur allemand, ou bien au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Le résultat de cet examen est déterminant pour la réponse à la question de savoir si, en l'espèce, la restriction de la libre circulation des marchandises peut être justifiée par la protection du droit d'auteur. Le contenu exact de la notion de distribution d'œuvres protégées par le droit d'auteur au sens du droit de l'UE est également déterminant quant à la question de savoir si la question posée par le *juge a quo* doit éventuellement être reformulée.

### **3. La notion de droit de distribution**

#### **a) La situation juridique allemande (UrhG et BGB)**

38. Les dispositions du droit d'auteur allemand reposent, en ce qui concerne le droit de distribution, sur l'obtention du pouvoir de disposition effective. La raison en est qu'en vertu du code civil allemand (BGB), l'acquisition de la propriété suppose, outre le consentement, l'obtention du pouvoir de disposition effective sur la chose (c'est-à-dire de la possession directe ou au moins indirecte). En droit allemand, le principe d'abstraction est applicable, c'est-à-dire que l'opération relevant du droit des obligations (ici le contrat de vente) et l'opération établissant un droit réel (le transfert de la propriété par consentement et remise matérielle, c'est-à-dire l'obtention du pouvoir de disposition effective) sont strictement dissociées. C'est pourquoi tant la juridiction de première instance (cf. ci-dessus point 22) que le *juge a quo* (cf. points 26 et suivants) et finalement le requérant dans la procédure au principal (cf. ci-dessus point 24) s'interrogent minutieusement sur la question de savoir quand, comment et où la propriété, ou encore le pouvoir de disposition effective, a fait l'objet d'un transfert.



39. Il est également souligné dans la question préjudicielle elle-même que le pouvoir de disposition effective a été transféré en premier lieu en l'Allemagne, étant donné que cela est déterminant pour le transfert de propriété en vertu du droit allemand. La situation juridique en Allemagne explique aussi pourquoi le *juge a quo* cite abondamment les dispositions pertinentes du code civil allemand (BGB) relatives à la propriété et au transfert de propriété.
40. Cette situation du droit allemand explique également pourquoi le requérant souligne que le transfert de propriété a eu lieu en vertu du droit italien et qu'il n'y a donc pas lieu d'infliger une sanction (cf. ci-dessus point 24). En pareil cas, d'après le point de vue allemand, la totalité de l'opération de distribution s'est déjà accomplie en Italie. Elle ne serait donc pas punissable en vertu du droit allemand et devant les juridictions allemandes.
41. Les règles concernant le transfert de propriété applicables en Italie se distinguent sans aucun doute de celles prévues en Allemagne. Tandis que selon le droit italien, la propriété peut être d'emblée transférée par contrat de vente (cf. article 922, paragraphe 3, du code civil italien), c'est le principe d'abstraction qui prévaut en droit allemand. En effet, pour un transfert de propriété effective, l'accord des volontés et la remise matérielle (en d'autres termes, l'obtention du pouvoir de disposition effective) au propriétaire ou à son auxiliaire sont nécessaires (cf. articles 929 et suivants et 854 et suivants du BGB).
42. Cette situation juridique différente semble expliquer aussi pourquoi a) la voie de distribution a été modifiée pendant la première procédure pénale (voir point 19 ci-dessus) et b) les conditions générales de la firme *Dimensione* prévoient expressément un transfert de propriété en vertu du droit italien (annexe 2).

43. Pour le cas concret, cela signifie ce qui suit: le transfert de propriété en vertu du droit italien a déjà éventuellement eu lieu avec la sortie de la marchandise et l'apposition du nom et de l'adresse de l'acquéreur dans l'entrepôt de *Dimensione* à Sterzing (article 1376 du code civil). En droit allemand, cela ne serait peut-être pas suffisant car le BGB suppose, pour qu'ait lieu un transfert de propriété effective, l'accord des volontés et la remise matérielle soit au propriétaire soit à son auxiliaire. La question de savoir si ces conditions du droit allemand étaient effectivement remplies lors de la remise matérielle des marchandises en cause à *Inspem* ou si elles ne l'étaient qu'au moment de la remise matérielle à l'acquéreur en Allemagne doit être tranchée par le droit national.

44. La «distribution» au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29 est toutefois une notion relevant du droit de l'Union et doit donc faire l'objet d'une interprétation uniforme à l'échelle de l'Union indépendamment de son sens respectif dans les législations nationales.<sup>16</sup> De l'avis de la Commission, la réponse à la question préjudicielle ne dépend cependant pas de la clarification précise des circonstances locales et temporelles du transfert de propriété selon le droit civil national applicable. Il sera démontré ci-après que la clarification de la question du transfert de propriété n'est pas nécessaire pour apporter une réponse à la question préjudicielle à la lumière du droit de l'Union.

**b) La situation juridique dans le droit de l'Union, article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29**

---

<sup>16</sup> Cf. arrêt de la Cour du 21.10.2010 dans l'affaire C-467/08 *Padawan*, points 32 et suivants sur la notion de «compensation équitable» visée à l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2001/29.

45. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29, le droit de distribution suppose que la chose protégée soit mise à la disposition du public par la vente ou autrement<sup>17</sup>.
46. La distribution a dès lors deux éléments constitutifs: il faut qu'il y ait transfert de propriété et de surcroît, que la chose protégée par le droit d'auteur soit mise à la disposition du public<sup>18</sup>. Ainsi, la conception du prévenu dans la procédure au principal selon laquelle un changement de détention (un changement du pouvoir de disposition) est sans importance du fait que le changement de propriété constitue une condition nécessaire et en même temps suffisante pour la distribution, est erronée. Elle limite en effet la distribution au transfert de propriété et ignore le deuxième élément constitutif, à savoir l'accès du public.
47. Appliquées aux cas concrets, ces constatations ont les répercussions suivantes: il est incontesté que la marchandise n'a pas été mise à la disposition du public par le simple transfert de propriété. Avant sa livraison et son paiement en Allemagne, ni l'acquéreur ni d'autres tiers n'avaient accès à la marchandise protégée. On peut le voir notamment à travers le fait que *Inspem*, d'après les indications du *juge a quo*, réexpédiait la marchandise en Italie en cas de non-paiement. Ce n'est qu'une fois le paiement effectué par l'acquéreur et après la remise de la marchandise en Allemagne que le public y avait accès. Ce n'est donc qu'à ce moment-là que les deux critères décisifs du droit de distribution en vigueur dans l'Union étaient remplis.
48. La situation juridique est donc dans une certaine mesure opposée à celle qui était à l'origine de l'arrêt rendu dans l'affaire *Peek & Cloppenburg*. Dans ce

---

<sup>17</sup> Arrêt du 17.4.2008 dans l'affaire C-456/06, *Peek & Cloppenburg*, points 31 et suivants.

<sup>18</sup> Cf. *Peek & Cloppenburg*, point 33: La distribution doit impliquer un transfert de propriété.

dernier cas, l'accès du public au mobilier était incontesté, mais il n'y avait pas eu transfert de propriété<sup>19</sup>.

49. En l'espèce, en revanche, un transfert de propriété a déjà été éventuellement opéré en Italie, mais l'accès du public n'est devenu possible qu'au moment de la remise de la marchandise après acquittement du prix d'achat et des frais de transport. Ainsi, le critère de la «distribution» n'était pas encore rempli avec le simple transfert de propriété, que ledit transfert ait eu lieu en Italie ou en Allemagne.

50. La distribution des biens en cause telle que visée par le droit de l'Union n'a donc été accomplie qu'en Allemagne. Indépendamment de la question du transfert de propriété, il n'y a donc aucune réserve à émettre sur la compétence des tribunaux allemands sur la base du principe de territorialité en matière de droit d'auteur.

### c) **Conclusions intermédiaires**

51. On peut constater ce qui suit en résumé: pour répondre à la question préjudicielle, la Commission estime qu'il n'est pas important sous l'angle du droit de l'Union de savoir comment et où le transfert de propriété a eu lieu en fin de compte car la propriété a fait indubitablement l'objet d'un transfert à l'intérieur de l'Union européenne. Concrètement, ce transfert de propriété a eu lieu soit en Italie, dès la sortie de la marchandise ou sa remise à *Inspem* en qualité de possesseur de fait (article 1376 du *codice civile*), soit, au plus tard, en Allemagne en vertu de l'article 929 du BGB lorsque *Inspem* a remis la marchandise au client. Quoi qu'il en soit, ce n'est qu'avec cette remise matérielle que la marchandise est devenue accessible au public et que l'opération de distribution au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29 a été accomplie.

---

<sup>19</sup> Cf. point 41.

52. Dans un souci d'exhaustivité, la Commission ajoute ce qui suit:

On peut concevoir des cas dans lesquels s'opère certes un transfert du pouvoir de disposition effective au sens de l'article 17 de la loi allemande sur le droit d'auteur, mais pas un transfert de propriété au sens de la jurisprudence «*Peek & Cloppenburg*». De même, il peut exister des cas de figure dans lesquels on observe que le pouvoir de disposition effective n'est certes pas octroyé à l'acquéreur après le transfert de propriété, mais que les objets concernés sont néanmoins mis à la disposition du public (en l'occurrence, si, par exemple une fois effectué le transfert de la propriété des meubles en vertu du droit italien, les meubles n'avaient pas été remis à l'acquéreur, mais confiés en prêt à un tiers, puis exposés par ce dernier). En pareille situation, la question de la compatibilité de l'interprétation de l'article 17 du UrhG défendue par le Bundesgerichtshof avec l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2001/29 pourrait se poser. Tel n'est cependant pas le cas ici.

**d) La question de l'épuisement du droit de distribution**

53. Un épuisement du droit de distribution au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/29 n'entre pas en ligne de compte. Le droit de distribution suppose le consentement du titulaire du droit. Les reproductions litigieuses ne sont justement pas entrées en circulation avec la volonté du titulaire du droit.

**4. Reformulation de la question préjudicielle**

54. Suite aux observations figurant ci-dessus sous IV. 3 b) et c), l'élément déterminant sous l'angle du droit de l'Union n'est pas le transfert du pouvoir de disposition effective, mais, outre le transfert de propriété, l'accès du public. La Commission est donc d'avis que la question préjudicielle doit être reformulée comme suit:

«*Convient-il d'interpréter les articles 34 TFUE et 36 TFUE relatifs à la libre circulation des marchandises en ce sens qu'ils font obstacle à des poursuites pour complicité de distribution sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur en application du droit pénal national dans le cas où, lors de la vente transfrontalière d'une œuvre protégée par un droit d'auteur en Allemagne, cette œuvre est transportée vers l'Allemagne depuis un État membre de l'Union européenne et l'œuvre protégée est mise à la disposition du public seulement en Allemagne, et le transfert de la propriété, en revanche, intervient dans l'autre État membre dans lequel cette œuvre n'est pas protégée par un droit d'auteur ou, à tous les moins, ce droit n'était pas appliqué* »

## **5. La proportionnalité des restrictions à la libre circulation des marchandises**

55. Le juge *a quo* pose également la question de la proportionnalité des sanctions pénales.

56. Pour l'appréciation de la proportionnalité, il convient de prendre en considération l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-168/09 *Flos*<sup>20</sup>. Dans cette affaire, la Cour a constaté que l'ordre juridique italien selon lequel les droits des dessins ou modèles ne sont pas ou seulement très insuffisamment protégés n'est pas compatible avec le droit de l'Union. Cette appréciation de l'ordre juridique italien peut et doit être intégrée dans l'examen de la question de la proportionnalité des mesures restrictives aux échanges du droit allemand.

57. Comme le juge *a quo* l'indique à juste titre, il convient aussi de prendre en compte la directive 2004/48 et en particulier son considérant 28 et son article 16, ainsi que l'article 61 des ADPIC. Ces dispositions autorisent expressément les sanctions pénales en cas d'infractions au droit d'auteur.

---

<sup>20</sup>

Arrêt du 27.1.2011.

58. Du point de vue du droit de l'Union, il est possible de formuler d'ores et déjà ce qui suit: l'article 36 TFUE autorise les restrictions à la libre circulation des marchandises qui sont nécessaires pour la protection du droit d'auteur, c'est-à-dire qui sont proportionnelles; la Cour a déclaré expressément que l'absence de protection efficace du droit d'auteur pour les marchandises en cause en Italie n'est pas compatible avec le droit de l'Union; la directive 2004/48 autorise les États membres expressément à sanctionner au pénal les violations du droit d'auteur.
59. Dans l'analyse de la proportionnalité de la sanction pénale, il faut en outre tenir compte des facteurs suivants: durée et intensité des infractions; leur caractère industriel ou commercial, le fait que l'inculpé a déjà été poursuivi pénalement pour des délits semblables; la tentative de se soustraire à la sanction par le transfert du siège commercial en Italie; le fait que l'expéditionnaire se trouve d'après les descriptions du *juge a quo* dans la sphère du vendeur.
60. Les particularités factuelles et juridiques de la présente affaire pourraient en outre suggérer un comportement abusif de la part des acteurs concernés. La Cour de justice définit le comportement abusif comme suit: les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit communautaire. L'application de celles-ci ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives, c'est-à-dire les opérations réalisées non dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement dans le but de bénéficier abusivement des avantages prévus par le droit communautaire<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> CJCE, arrêt du 5.7.2007 dans l'affaire C-321/05, *Hans Markus Kofoed contre Skatteministeriet*, point 38 et arrêt du 14.12.2000 dans l'affaire C-110/99, *Emsland Stärke*, points 51-53, ici également sur l'élément subjectif.

61. En l'espèce, le vendeur fait expressément la promotion des avantages de la «*libre circulation des marchandises en Europe*». Il déclare sur sa page Web ce qui suit:

«(...) *Mais ce qui est le plus important:*

*Sous le mot-clé «European Smart Shopping» nous exploitons toutes les possibilités que l'Europe moderne offre aux acquéreurs les plus malines. À ce titre, tout Européen est libre d'acheter ses meubles ici en Italie. (...)<sup>22</sup>»*

62. D'après l'exposé factuel du *juge a quo*, le gérant de la firme *Inspem* a transféré son siège commercial d'Allemagne en Italie afin d'échapper à des poursuites en Allemagne. Ce transfert n'aurait cependant eu lieu que pro forma car il aurait continué de réaliser ses opérations essentiellement en Allemagne (cf. p. 4 de l'ordonnance de renvoi).

63. Cela indique que les parties concernées n'opéraient pas en réalité dans le cadre de transactions normales. Il semble plutôt s'agir d'une pratique ayant pour but de bénéficier abusivement d'avantages prévus prétendument dans le droit de l'Union. De nombreux éléments conduisent à penser que les critères de l'abus au sens de la jurisprudence précitée sont remplis. Il n'y a pas lieu de se prononcer de manière définitive sur cette question car il s'agit uniquement d'un élément à prendre en compte dans le cadre de l'examen de la proportionnalité.

## **V. Proposition de réponse**

64. À la lumière des observations qui précèdent, la Commission propose à la Cour de répondre comme suit à la question préjudicielle dont elle a été saisie:

---

<sup>22</sup>

<http://www.dimensione-bauhaus.com/de/eu-smart-shopping/>; annexe 3.



*«Les articles 34 TFUE et 36 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne font pas obstacle à des poursuites pour complicité de distribution sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur en application du droit pénal national dans le cas où, lors de la vente transfrontalière d'une œuvre protégée par un droit d'auteur en Allemagne, cette œuvre est transportée en Allemagne depuis un État membre de l'Union européenne et l'œuvre protégée est mise à la disposition du public seulement en Allemagne, et le transfert de la propriété, en revanche, intervient dans l'autre État membre dans lequel cette œuvre n'est pas protégée par un droit d'auteur ou dans lequel ce droit n'était pas appliqué».*

**Julie SAMNADDA**

**Günter WILMS**

**Agents de la Commission**