



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 9 octobre 2012  
sj.a(2012)1384266

**Original: DE**

**À MONSIEUR LE PRESIDENT ET AUX MEMBRES DE LA COUR DE JUSTICE DE  
L'UNION EUROPEENNE**

**OBSERVATIONS ECRITES**

déposées, conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, par la Commission européenne, représentée par M<sup>me</sup> Julie Samnadda et M. Friedrich Wenzel Bulst, membres de son service juridique, ayant élu domicile auprès de M. Antonio Aresu, lui aussi membre de son service juridique, bâtiment BECH, L-2721 Luxembourg,

**dans l'affaire  
C-314/12**

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

présentée, en vertu de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union, par l'Oberster Gerichtshof (Autriche) dans le litige opposant

**Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH**

– parties requérantes –

à

**UPC Telekabel Wien GmbH**

– partie défenderesse –

portant sur l'interprétation 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)

La Commission a l'honneur de formuler les observations suivantes dans la présente demande de décision préjudicielle.

**I. CADRE JURIDIQUE**

**1. Droit de l'Union**

1. Les considérants 33 et 59 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») sont libellés comme suit:

«[...]

*(33) Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre soit une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi.*

[...]

*(59) Les services d'intermédiaires peuvent, en particulier dans un environnement numérique, être de plus en plus utilisés par des tiers pour porter atteinte à des droits. Dans de nombreux cas, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes. Par conséquent, sans préjudice de toute autre sanction ou voie de recours dont ils peuvent se prévaloir, les titulaires de droits doivent avoir la possibilité de demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre*

*d'un intermédiaire qui transmet dans un réseau une contrefaçon commise par un tiers d'une œuvre protégée ou d'un autre objet protégé. Cette possibilité doit être prévue même lorsque les actions de l'intermédiaire font l'objet d'une exception au titre de l'article 5. Les conditions et modalités concernant une telle ordonnance sur requête devraient relever du droit interne des États membres.*

[...]»

2. L'article 2, point d), de la directive dispose ce qui suit:

*«Droit de reproduction*

*Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie:*

[...]

*d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films; [...]».*

3. L'article 3, paragraphe 2, point c), de la directive prévoit ce qui suit:

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

[...]

*2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement:*

[...]

*c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films; [...]»*

4. Aux termes de l'article 5, paragraphes 1 et 2, point b), et paragraphe 5 de la directive:

*«Exceptions et limitations*

*1. Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre,*

*a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou*

*b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2.*

*2. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants:*

*[...]*

*b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés;*

*[...]*

*5. Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.»*

5. L'article 8, paragraphe 3, de la directive dispose ce qui suit:

*«Sanctions et voies de recours*

*[...]*

*3. Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin.*

[...]»

6. L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JO L 157 du 30.4.2004, p. 45) (ci-après «directive sur le respect des DPI») est libellé comme suit:

*«Obligation générale*

*1. Les États membres prévoient les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle visés par la présente directive. Ces mesures, procédures et réparations doivent être loyales et équitables, ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses et ne doivent pas comporter de délais déraisonnables ni entraîner de retards injustifiés.*

[...]».

7. L'article 15 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1) (ci-après «directive sur le commerce électronique») dispose ce qui suit:

*«Absence d'obligation générale en matière de surveillance*

*1. Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.*

*2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement.»*

## 2. Droit national

8. L'article 15, paragraphe 1, du Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (loi fédérale autrichienne relative aux droits d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques et aux droits voisins, ci-après l'«UrhG») (BGBl 111/1936) énonce ce qui suit:

*«Droit de reproduction*

*L'auteur a le droit exclusif de reproduire l'œuvre, et ce, de manière provisoire ou permanente, quels que soient le procédé utilisé et la quantité reproduite.*

*[...]».*

9. Aux termes de l'article 18 bis, paragraphe 1, de l'UrhG:

*«Droit de mise à disposition du public*

*(1) L'auteur a le droit exclusif de mettre l'œuvre à la disposition du public, par fil ou sans fil, d'une manière qui permette à chacun d'y avoir accès de l'endroit et au moment de son choix.»*

10. L'article 41 bis de ladite loi prévoit quant à lui ce qui suit:

*«Reproductions transitoires et accessoires*

*Les reproductions provisoires sont licites*

*1. lorsqu'elles sont transitoires ou accessoires et*

*2. lorsqu'elles constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et*

*3. lorsqu'elles ont pour finalité unique de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite et*

*4. lorsqu'elles n'ont pas de signification économique indépendante.»*

11. L'article 42, paragraphes 1 et 4, de l'UrhG prévoit ce qui suit:

*«Reproduction pour un usage personnel et privé*

*(1) Chacun peut réaliser, sur papier ou sur un support similaire, des copies isolées d'une œuvre pour son usage personnel.*

[...]

*(4) Toute personne physique peut réaliser, pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, des copies isolées d'une œuvre sur des supports autres que ceux visés au paragraphe 1.*

[...]».

12. L'article 81 de l'UrhG est libellé comme suit:

*«Action en cessation*

*(1) Toute personne dont un droit exclusif conféré par la présente loi a été violé ou qui redoute une telle violation peut engager une action en cessation. Le propriétaire d'une entreprise peut aussi être poursuivi en justice si la violation a été commise au cours de l'activité de son entreprise par un de ses employés ou par un mandataire ou si elle menace de l'être; l'article 81, paragraphe 1a, s'applique mutatis mutandis.*

*(1a) Si l'auteur d'une telle atteinte ou la personne dont une telle atteinte est à craindre utilise à cette fin les services d'un intermédiaire, une action en cessation peut également être introduite contre ce dernier au titre du paragraphe 1. Si les conditions exclusives de responsabilité, prévues aux articles 13 à 17 de l'ECG (loi autrichienne sur le commerce électronique), sont remplies à l'égard de cet intermédiaire, une action en justice ne peut être introduite à son encontre qu'après une mise en demeure.»*

13. L'article 13, paragraphe 1, de la loi autrichienne sur le commerce électronique (BGBl 152/2001) (ci-après «ECG») prévoit ce qui suit:

*«Exclusion de responsabilité pour la transmission d'informations*

*(1) Un prestataire de services qui transmet, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou qui fournit un accès au réseau de communication n'est pas responsable des informations transmises, à condition qu'il*

1. *ne soit pas à l'origine de la transmission,*
2. *ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et*
3. *ne sélectionne ni ne modifie les informations faisant l'objet de la transmission.*

[...]».

14. L'article 19, paragraphe 1, de l'ECG dispose ce qui suit:

*«Autres dispositions*

*(1) Les articles 13 à 18 n'affectent pas les dispositions légales en vertu desquelles une juridiction ou une autorité peut ordonner au prestataire de services de cesser, d'éliminer ou d'empêcher une violation de droit.*

[...]».

## **II. FAITS ET QUESTIONS PREJUDICIELLES**

15. Il convient de se reporter à l'ordonnance de renvoi pour la description des faits.

16. L'Oberster Gerichtshof a saisi la Cour à titre préjudiciel des questions suivantes:

«1. L'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE (ci-après la «directive 2001/29») doit-il être interprété en ce sens qu'une personne qui met des objets protégés à la disposition du public sur Internet sans l'autorisation du titulaire de droits (article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29) utilise les services du fournisseur d'accès des personnes qui consultent ces objets?

2) En cas de réponse négative à la première question:

une reproduction effectuée pour un usage privé [article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29] et une reproduction transitoire ou accessoire (article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29) ne sont-elles licites que si l'exemplaire servant à la reproduction a été reproduit, diffusé ou mis à la disposition du public en toute légalité?

3) En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, c'est-à-dire dans le cas où une ordonnance judiciaire doit être rendue à l'encontre du fournisseur d'accès de l'utilisateur conformément à l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29:

est-il conforme au droit de l'Union et notamment à la nécessaire mise en balance des droits fondamentaux des parties concernées d'interdire au fournisseur d'accès dans des termes très généraux (c'est-à-dire sans prescription de mesures concrètes) d'accorder à ses clients l'accès à un site Internet dont l'intégralité ou une partie substantielle du contenu n'a pas été autorisée par le titulaire de droits lorsque le fournisseur d'accès peut échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de cette interdiction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables?

4) En cas de réponse négative à la troisième question:

est-il conforme au droit de l'Union et notamment à la nécessaire mise en balance des droits fondamentaux des parties concernées d'imposer à un fournisseur d'accès des mesures concrètes visant à rendre plus difficile à ses clients l'accès à un site Internet dont le contenu a été illégalement mis à disposition lorsque ces mesures, qui requièrent des moyens non négligeables, peuvent facilement être contournées sans connaissances techniques spécifiques?»

### **III. APPRECIATION JURIDIQUE**

#### **1. Remarque préliminaire**

17. Les deux premières questions préjudicielles concernent l'applicabilité de l'article 8, paragraphe 3, de la directive aux fournisseurs d'accès qui permettent aux utilisateurs d'accéder – pour le formuler en termes non techniques – à des sites web contenant des contrefaçons, par opposition aux intermédiaires qui procurent aux créateurs de tels sites un accès à Internet. À cet effet, les modalités des injonctions que doivent prévoir les États membres en vertu de l'article 8, paragraphe 3, de la directive, telles que celles relatives aux conditions à remplir et à la procédure à suivre, relèvent du droit national (cf. arrêt C-70/10, *Scarlet*, non encore publié au recueil, point 32).

## 2. La première question préjudicielle

18. L'article 8, paragraphe 3, de la directive concerne les intermédiaires, «dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin», et doit être lu à la lumière du considérant 59 de la directive qui prévoit la possibilité de demander qu'une ordonnance soit rendue à l'encontre «d'un intermédiaire qui transmet dans un réseau une contrefaçon commise par un tiers d'une œuvre protégée ou d'un autre objet protégé».
19. Il convient donc de déterminer d'après le libellé de la disposition si, dans les faits à l'origine de la procédure au principal, des services du fournisseur d'accès ont été utilisés pour porter atteinte à un droit d'auteur au sens de l'article 8, paragraphe 3, de la directive. La Commission estime que tel est le cas.
20. Si la possibilité a été prévue d'obtenir qu'une ordonnance soit rendue à l'encontre d'un intermédiaire et de l'utilisation de ses services à des fins illicites, c'est parce que «dans de nombreux cas, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes» (considérant 59). De l'avis de la Commission, il appartient au titulaire de droits de prouver que ses objets protégés sont présentés sur le site web litigieux et qu'ils peuvent y être consultés et téléchargés sans qu'il ait pour cela donné son accord. Le droit de reproduction, le droit de communication d'œuvres au public et le droit de mise à disposition du public visés aux articles 2 et 3 de la directive sont les droits ayant trait à l'affichage sur l'écran et aux autres actions rendues possibles ensuite, telles que le streaming ou le téléchargement. La Commission estime donc qu'il suffit de prouver l'absence d'accord du titulaire de droits quant aux «activités» du site sur lequel ses objets protégés sont ainsi mis à disposition et identifiables pour établir qu'un tiers a porté atteinte à ses droits aux fins de l'article 8, paragraphe 3, de la directive.
21. Il découle clairement du libellé et de la finalité de l'article 8, paragraphe 3, de la directive que celle-ci ne requiert pas l'existence d'une relation contractuelle entre le contrevenant et l'intermédiaire.
22. Dans une affaire portant sur un partage de fichiers, la Cour s'est notamment appuyée sur le considérant 59 de la directive pour appliquer également l'article 8,

paragraphe 3, à un fournisseur d'accès, et elle semble privilégier une interprétation large de la notion d'intermédiaire qui en déduit – à juste titre selon la Commission – ceux qui sont «les mieux à même de mettre fin à une atteinte» (considérant 59) (affaire C-557/07, LSG-Gesellschaft, Rec. 2009, p. I-1227, points 43 à 46).

### 3. La deuxième question préjudicielle

23. Dans le cas où la Cour ne souscrirait pas aux observations qui précèdent et répondrait par la négative à la première question, la Commission se penche ci-après sur la deuxième question préjudicielle, à laquelle il convient selon elle de répondre par l'affirmative également.

*Droit de reproduction pour un usage privé (article 5, paragraphe 2, point b), de la directive)*

24. Le libellé lui-même de l'article 5, paragraphe 2, point b), de la directive n'est d'aucun secours pour répondre à la question préjudicielle. Conformément à l'article 5, paragraphe 5, les exceptions de l'article 5, paragraphe 2, ne peuvent être appliquées que dans certains cas spéciaux «qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit». La Commission estime que tel n'est pas le cas en l'espèce.

25. On ne voit pas comment l'utilisation d'une contrefaçon ne pourrait pas nuire à l'exploitation normale, autrement dit légale, de l'œuvre, autrement dit aux reproductions ou aux mises à disposition du public de l'œuvre qui sont autorisées par le titulaire de droits. Il y a tout lieu de penser que les copies privées provenant de sources illicites sont dans un rapport de forte concurrence directe avec les œuvres faisant l'objet d'une exploitation légale.

*Acte de reproduction transitoire (article 5, paragraphe 1, de la directive)*

26. S'agissant du streaming, seul le point b) de l'article 5, paragraphe 1, de la directive semble opérant, et non le point a). De par son libellé, l'article 5, paragraphe 1, point b), suppose d'emblée une exploitation légale de l'œuvre, ce qui est exclu dans le cas d'une contrefaçon. Le considérant 33 de la directive confirme cette interprétation.

27. Le recours à l'article 5, paragraphe 1, de la directive suppose en toute hypothèse que les actes de reproduction litigieux soient dépourvus de signification économique indépendante, c'est-à-dire selon la jurisprudence de la Cour, que leur signification économique ne soit pas indépendante en ce sens «qu'elle aille au-delà de l'avantage économique tiré de la simple réception d'une émission contenant des œuvres protégées, c'est-à-dire au-delà de l'avantage tiré de sa simple captation et de sa visualisation» (affaires jointes C-403/08 et C-429/08, Premier League, non encore publiées au recueil, p. 175; voir aussi affaire 302/10, Infopaq II, non encore publiée au recueil, p. 52). Le streaming a, de ce point de vue, une signification indépendante. Il ressort clairement de cette jurisprudence que les actes de reproduction provisoires visés à l'article 5, paragraphe 1, de la directive ne doivent pas concurrencer l'exploitation normale d'objets protégés, ce qui est cependant précisément le cas du streaming de contrefaçons.

#### **4. La troisième question préjudicielle**

28. La troisième question préjudicielle concerne l'adoption d'une ordonnance avec obligation de résultat et, de l'avis de la Commission, appelle une réponse négative.

*Absence de possibilité, dans le cas de l'adoption d'une ordonnance, de procéder à un contrôle de la proportionnalité*

29. Le fait qu'il doive simplement y avoir un résultat implique que les mesures à prendre concrètement ne peuvent pas être indiquées ex ante, et ce d'autant que l'environnement technique dans lequel les fournisseurs de services Internet opèrent ne cesse d'évoluer et qu'il peut à court terme favoriser des possibilités de contournement jusqu'ici inconnues en matière de blocages d'accès. Il appartiendrait uniquement aux fournisseurs d'accès de décider quelles mesures sont et restent efficaces et proportionnées.

30. Étant donné que l'étendue des mesures restrictives que doit prendre le fournisseur d'accès n'est pas mentionnée, mais que seul le résultat desdites mesures est escompté, la juridiction nationale n'a guère la possibilité de contrôler la proportionnalité des mesures en question. Une ordonnance dont la portée concernant les mesures à prendre n'est pas précisée et dont la proportionnalité ne peut donc pas être évaluée, est difficilement compatible, de l'avis de la Commission, avec les critères formulés par la Cour dans les arrêts *Promusicae* (affaire C-275/06, Rec.

2008, p. I-271) et *Scarlet*, y compris en ce qui concerne les exigences de mise en balance des droits.

31. La possibilité d'obvier aux astreintes grâce à la preuve apportée par le fournisseur d'accès que toutes les mesures raisonnables ont été prises n'est opérante que si le fournisseur d'accès doit (à nouveau) répondre devant la justice d'une violation alléguée de l'ordonnance. La juridiction nationale ne se retrouve pas pour autant en mesure de vérifier, lors de l'adoption de l'ordonnance demandée, si le résultat demandé peut être atteint avec des moyens proportionnés.

*Risque de violation de la liberté d'information*

32. L'ordonnance pourrait en outre porter atteinte à la liberté d'information puisqu'elle risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre contenu illicite et contenu licite, de sorte qu'elle pourrait aussi avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite (cf. arrêt *Scarlet*, point 52). Si le site web litigieux offrait exclusivement un contenu «illicite», une violation de la liberté d'information n'entrerait pas en jeu. En revanche, si un contenu licite était également accessible sur le site en question, il conviendrait d'effectuer un contrôle de proportionnalité afin de déterminer si la mesure est adéquate au regard de son objectif. Dans son examen, la juridiction nationale devrait prendre en considération le droit à la libre réception ou à la libre transmission d'informations, tel qu'il est consacré à l'article 11 de la charte, tout comme l'éventualité que les mesures techniques visant à la mise en œuvre de l'ordonnance ne distinguent pas adéquatement entre contenu licite et contenu illicite. Si le site litigieux ne comporte certes pas exclusivement, mais très majoritairement des contenus illicites, il convient selon la Commission d'en tenir compte également, faute de quoi l'opérateur pourrait facilement éviter que son site ne devienne la cible d'ordonnances en y mettant simplement aussi à disposition un petit nombre de contenus licites.

**5. La quatrième question préjudicielle**

33. Le tribunal a quo met en doute l'efficacité des mesures concrètes faisant l'objet de la quatrième question préjudicielle. La Commission partage l'avis selon lequel une mesure qui n'est déjà pas de nature à atteindre son objectif ne saurait être proportionnée.

34. L'objectif poursuivi par l'article 8, paragraphe 3, doit cependant pouvoir être réalisé [cf. arrêt C-324/09, *L'Oréal* (non encore publié au recueil, point 136, à propos de la règle équivalente de l'article 11, paragraphe 3, de la directive de mise en œuvre)]. Dans le cas contraire, non seulement l'article 8, paragraphe 3, serait privé de son *effet utile*, mais les droits du titulaire découlant de l'article 47 de la charte risqueraient d'être enfreints. Il convient par conséquent d'interpréter l'article 8, paragraphe 3, de la directive en ce sens qu'il constitue une règle dotée d'un *effet utile*. Il doit donc être possible d'appliquer l'article 8, paragraphe 3, en conformité avec son objectif et en tenant compte du fait que les intermédiaires, dans de nombreux cas, «sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes» (considérant 59 de la directive).
35. Pour vérifier dans ce contexte si des mesures spécifiques peuvent être imposées au fournisseur d'accès dans la procédure au principal, il convient tout d'abord de considérer que les contenus mis à disposition sur le site litigieux sont exclusivement illicites d'après l'ordonnance de renvoi. La Commission estime que la prescription de mesures spécifiques destinées à empêcher la grande majorité des utilisateurs du fournisseur d'accéder au site litigieux serait tout à fait proportionnée. Une mesure de ce type pourrait consister à bloquer le domaine litigieux sur le serveur DNS du fournisseur d'accès et/ou à bloquer l'adresse IP du site. Le seul fait de pouvoir les contourner ne rend pas ces mesures disproportionnées. Les blocages d'accès peuvent dans tous les cas réduire considérablement les consultations du site concerné. Même contournables, les mesures devraient normalement empêcher ou dissuader un grand nombre d'utilisateurs d'accéder au site. Il faudrait alors déterminer les compétences techniques et, le cas échéant, les moyens financiers rendus ainsi nécessaires, de même que le nombre d'utilisateurs pour lesquels un contournement entrerait en ligne de compte dans ce contexte; autrement dit, combien d'entre eux seraient dissuadés de consulter le site et se tourneraient éventuellement vers un service licite (proposant la location de DVD en ligne par exemple). En empêchant ne serait-ce qu'une minorité d'utilisateurs d'accéder au site, les mesures auraient rempli (en partie) leur objectif.
36. En rendant sa décision sur l'ordonnance, la juridiction nationale devrait prendre en considération dans son examen les droits de tous ses utilisateurs protégés par l'article 11 de la charte. Elle ne devrait pas non plus s'attendre, en cas de

déménagement ou de changement de nom du site (donc non pas uniquement en cas de disparition provisoire et de réapparition ultérieure du même site sous les mêmes adresses URL et IP), à ce que la même ordonnance impose également des mesures contre le nouveau site, et elle devrait s'assurer que l'ordonnance puisse être revue en cas de changement de circonstances (afin de vérifier par exemple si les contrefaçons sont encore consultables sur le site). Dans le contexte de l'article 3, paragraphe 1, de la directive de mise en œuvre, la juridiction nationale devrait tenir compte des coûts que les mesures litigieuses entraîneraient pour le fournisseur d'accès et évaluer le rapport entre les restrictions à la liberté d'entreprise du fournisseur d'accès (article 16 de la charte) qui sont liées aux mesures en question et les chances de succès en ce qui concerne la protection de la propriété du titulaire de droits.

37. Pour ce qui est des observations de la juridiction a quo sur le risque de «déménagement» du site web litigieux (de «kino.to» à «kinox.to»), la Commission expose ce qui suit.
  
38. Compte tenu de la durée éventuellement brève de l'efficacité d'un blocage d'accès et de sa mise en échec rendue facilement possible par un déménagement, la juridiction a quo doute de la proportionnalité d'une telle mesure. Une ordonnance visant uniquement à obtenir un blocage d'accès qui n'interdirait pas seulement l'accès à un site déterminé mais qui s'étendrait à toutes les «réincarnations» de ce site («kinox.to») risque de ne pas répondre aux exigences de mise en balance des droits formulées dans les arrêts *Promusicae* et *Scarlet*. Une telle ordonnance risquerait en outre d'imposer aux fournisseurs d'accès une obligation de contrôle général, et ce en violation de l'article 15, paragraphe 1, de la directive sur le commerce électronique. Tel serait le cas s'il fallait non seulement bloquer l'accès à un site déterminé, mais si de surcroît, le fournisseur d'accès avait également pour obligation de surveiller les changements possibles d'adresse IP ou URL du site, notamment s'il était ainsi tenu, sans limitation dans le temps, de surveiller la totalité du trafic de ses utilisateurs et, de ce fait, leurs tentatives d'accéder à un site couvert par l'ordonnance. En cas de déménagement, le titulaire de droits devrait donc se pourvoir en justice et demander une nouvelle ordonnance en démontrant que les éléments de fait indiqués dans les observations relatives à la première question préjudicielle sont réunis, et la juridiction concernée devrait à nouveau rendre les arbitrages précités.

#### IV. CONCLUSION

39. Eu égard à ce qui précède, la Commission propose à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles:

Première question préjudicielle: *«L'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29 du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins de la société de l'information doit être interprété en ce sens qu'une personne qui met des objets protégés à la disposition du public sur Internet sans l'autorisation du titulaire de droits utilise les services du fournisseur d'accès des personnes qui consultent ces objets, de sorte que ledit fournisseur d'accès est un intermédiaire au sens de cette disposition.»*

Une réponse à la deuxième question est superflue du fait de la réponse à la première question.

Troisième question: *«Il n'est pas conforme au droit de l'Union et notamment à la nécessaire mise en balance des droits fondamentaux des parties concernées d'interdire au fournisseur d'accès dans des termes très généraux (c'est-à-dire sans prescription de mesures concrètes) d'accorder à ses clients l'accès à un site Internet dont l'intégralité ou une partie substantielle du contenu n'a pas été autorisée par le titulaire de droits, même lorsque le fournisseur d'accès peut échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de cette interdiction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables.»*

Quatrième question préjudicielle: *«Il n'est pas conforme au droit de l'Union et notamment à la nécessaire mise en balance des droits fondamentaux des parties concernées d'imposer à un fournisseur d'accès des mesures concrètes visant à rendre plus difficile à ses clients l'accès à un site Internet dont le contenu a été illégalement mis à disposition lorsque ces mesures, qui requièrent des moyens non négligeables, peuvent facilement être contournées sans connaissances techniques spécifiques, dans la mesure où la juridiction nationale contrôle la proportionnalité des mesures concrètes en question avant leur prescription, et prend en considération l'ensemble des éléments et des faits pertinents, notamment les coûts des mesures et les possibilités de les contourner, tout en s'assurant que les mesures*

*prises sont de portée étroitement limitée et qu'elles peuvent être révisées en cas de changement de circonstances.»*

Friedrich Wenzel BULST

Agents de la Commission

Julie SAMNADDA