



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 14 juillet 2017
sj.a(2017)3971173/KPW/FW/TS

TRADUCTION: FR

ORIG: DE

*Documents de procédure
juridictionnelle*

**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,

dans l'affaire C-149/17

par la Commission européenne, représentée par MM. Tibor SCHARF, Folkert WILMAN et Karl-Philipp WOJCIK, membres de son service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile auprès du service juridique, Greffe contentieux, BERL 1/169, B-1049 Bruxelles, et consentant à la signification de tout acte de procédure via e-Curia,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle

présentée, en vertu de l'article 267 TFUE, par le Landgericht München I dans le litige opposant

Bastei Lübbe GmbH & Co. KG

- demanderesse originaire et appelante -

à

Michael Strotzer

- défendeur originaire et intimé -

et 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 et de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

TABLE DES MATIERES

| | | |
|--------|---|----|
| 1. | FAITS A L'ORIGINE DU LITIGE AU PRINCIPAL..... | 3 |
| 2. | CADRE JURIDIQUE..... | 4 |
| 2.1. | Droit de l'Union | 4 |
| 2.1.1. | La directive 2001/29/CE..... | 4 |
| 2.1.2. | La directive 2004/48/CE..... | 5 |
| 2.2. | Droit national..... | 8 |
| 3. | APPRECIATION JURIDIQUE | 14 |
| 3.1. | Remarque préliminaire sur la nécessité de la clarification des questions préjudicielles aux fins de la décision du juge national | 14 |
| 3.2. | Sur le fond | 16 |
| 4. | CONCLUSION | 20 |

La Commission a l'honneur de présenter les observations suivantes dans la présente procédure de renvoi préjudiciel.

1. FAITS A L'ORIGINE DU LITIGE AU PRINCIPAL

1. Le litige dont les parties ont saisi la juridiction de renvoi porte sur la question de savoir si la demanderesse a droit à une indemnisation de la part du défendeur pour une atteinte au droit d'auteur ayant pris la forme d'un partage de fichiers.
2. D'après l'ordonnance de renvoi, les faits à l'origine du litige sont les suivants:
3. La demanderesse est titulaire des droits conférés au producteur de phonogramme (article 85 UrhG) sur la version audio du livre protégé par le droit d'auteur «Le symbole perdu» écrit par Dan Brown.
4. Le défendeur est titulaire de la connexion à l'internet incriminée par laquelle le livre audio a été offert en téléchargement le 8 mai 2010 à partir de 00:10:28 heure et à partir de 01:35:13 heure à un nombre illimité d'utilisateurs d'une bourse de troc en ligne. L'exactitude de l'attribution de l'adresse IP au défendeur a été tranchée en sollicitant l'avis d'un expert qui a confirmé que l'adresse avait été attribuée avec exactitude au défendeur.
5. Par lettre du 28 octobre 2010, la demanderesse a vainement mis en demeure le défendeur de mettre fin à cette atteinte au droit d'auteur. La demanderesse a ensuite introduit un recours en justice contre le défendeur, en tant que titulaire de l'accès, afin d'obtenir une indemnité adéquate.
6. Le défendeur conteste avoir lui-même violé le droit [d'auteur] et soutient que sa connexion à l'internet était suffisamment sécurisée, qu'en dehors de lui-même, ses parents, qui vivent sous le même toit, avaient également accès à cette connexion, mais qu'à sa connaissance, ceux-ci n'avaient pas les données litigieuses sur leur ordinateur et n'utilisaient pas de programme de bourse de troc en ligne. Au moment litigieux, tous les ordinateurs étaient éteints, du moins à sa connaissance. Il a déclaré que ses parents lui avaient également donné l'assurance de ne pas connaître le titre en question et de ne pas avoir installé ni utilisé de logiciel de bourse de troc.

7. L'action en indemnisation de la demanderesse a été rejetée par l'Amtsgericht München au motif que le défendeur ne pouvait pas être réputé avoir commis la prétendue atteinte au droit d'auteur. Selon lui, il suffisait à cet égard que le défendeur ait exposé que ses parents étaient également susceptibles d'avoir commis les faits.
8. La demanderesse a alors interjeté un appel dont le juge de renvoi connaît en dernier ressort s'il n'admet pas de pourvoi en «Revision».
9. Dans ce contexte, la juridiction de renvoi pose les deux questions préjudicielles suivantes:

Première question:

Faut-il interpréter les dispositions combinées de l'article 8, paragraphes 1 et 2, et de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE en ce sens que les sanctions contre les atteintes au droit de mise à disposition du public d'une œuvre restent toujours «efficaces et dissuasives» lorsque le titulaire d'une connexion à l'internet par laquelle des atteintes au droit d'auteur ont été commises par un partage de fichiers ne verra pas sa responsabilité engagée quand il désigne à tout le moins un membre de la famille qui avait comme lui la possibilité d'accéder à cette connexion à l'internet, sans donner davantage de précisions tirées de recherches faites sur le moment et la nature de l'utilisation de l'internet par ce membre de la famille?

Deuxième question:

Faut-il interpréter l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE en ce sens que les mesures pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle restent toujours «effectives» lorsque le titulaire d'une connexion à l'internet par laquelle des atteintes au droit d'auteur ont été commises par un partage de fichiers ne verra pas sa responsabilité engagée quand il désigne à tout le moins un membre de la famille qui avait comme lui la possibilité d'accéder à cette connexion à l'internet, sans donner davantage de précisions tirées de recherches faites sur le moment et la nature de l'utilisation de l'internet par ce membre de la famille?

2. CADRE JURIDIQUE

2.1. Droit de l'Union

2.1.1. La directive 2001/29/CE

10. L'article 3, intitulé «Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés», dispose:

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.

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:

a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;

b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;

c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;

d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.

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.

11. L'article 8, intitulé «Sanctions et voies de recours», énonce ce qui suit:

1. Les États membres prévoient des sanctions et des voies de recours appropriées contre les atteintes aux droits et obligations prévus par la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour en garantir l'application. Ces sanctions sont efficaces, proportionnées et dissuasives.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les titulaires de droits dont les intérêts sont lésés par une infraction commise sur son territoire puissent intenter une action en dommages-intérêts et/ou demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue ainsi que, le cas échéant, demander la saisie du matériel concerné par l'infraction ainsi que des dispositifs, produits ou composants visés à l'article 6, paragraphe 2.

3. Les États membres veillent à ce que les titulaires des 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.

2.1.2. La directive 2004/48/CE

12. L'article 3 dispose, sous le titre «Dispositions générales»:

(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.

- (2) *Les mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives et être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif.*

13. L'article 6, intitulé «Éléments de preuve», énonce ce qui suit:

1. Les États membres veillent à ce que, sur requête d'une partie qui a présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles et suffisants pour étayer ses allégations et précisé les éléments de preuve à l'appui de ses allégations qui se trouvent sous le contrôle de la partie adverse, les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner que ces éléments de preuve soient produits par la partie adverse, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée. Aux fins du présent paragraphe, les États membres peuvent prévoir qu'un échantillon raisonnable d'un nombre substantiel de copies d'une œuvre ou de tout autre objet protégé est considéré par les autorités judiciaires compétentes comme constituant des éléments de preuve suffisants.

2. Dans les mêmes conditions, en cas d'atteinte commise à l'échelle commerciale, les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre aux autorités judiciaires compétentes, le cas échéant, sur requête d'une partie, d'ordonner la communication de documents bancaires, financiers ou commerciaux, qui se trouvent sous le contrôle de la partie adverse, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée.

14. L'article 7, intitulé «Mesures de conservation des preuves», dispose:

1. Avant même l'engagement d'une action au fond, les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, sur requête d'une partie qui a présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles pour étayer ses allégations selon lesquelles il a été porté atteinte à son droit de propriété intellectuelle ou qu'une telle atteinte est imminente, ordonner des mesures provisoires rapides et efficaces pour conserver les éléments de preuve pertinents, au regard de l'atteinte alléguée, sous réserve que la protection des renseignements confidentiels soit assurée. De telles mesures peuvent inclure la description détaillée avec ou sans prélèvement d'échantillons, ou la saisie réelle des marchandises litigieuses et, dans les cas appropriés, des matériels et instruments utilisés pour produire et/ou distribuer ces marchandises ainsi que des documents s'y rapportant. Ces mesures sont prises, le cas échéant, sans que l'autre partie soit entendue, notamment lorsque tout retard est susceptible de causer un préjudice irréparable au titulaire du droit ou lorsqu'il existe un risque démontrable de destruction des éléments de preuve. Dans les cas où les mesures de conservation des preuves sont adoptées sans que l'autre partie ait été entendue, les parties affectées en sont avisées, sans délai après l'exécution des mesures au plus tard. Une révision, y compris le droit d'être entendu, a lieu à la

demande des parties affectées afin qu'il soit décidé, dans un délai raisonnable après la notification des mesures, si celles-ci sont modifiées, abrogées ou confirmées.

2. Les États membres veillent à ce que les mesures de conservation des preuves puissent être subordonnées à la constitution par le requérant d'une caution ou d'une garantie équivalente adéquate, destinée à assurer l'indemnisation de tout préjudice subi par le défendeur, conformément au paragraphe 4.

3. Les États membres veillent à ce que les mesures de conservation des preuves soient abrogées ou cessent de produire leurs effets d'une autre manière, à la demande du défendeur, sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent être réclamés, si le demandeur n'a pas engagé, dans un délai raisonnable, d'action conduisant à une décision au fond devant l'autorité judiciaire compétente, délai qui sera déterminé par l'autorité judiciaire ordonnant les mesures lorsque la législation de l'État membre le permet ou, en l'absence d'une telle détermination, dans un délai ne dépassant pas vingt jours ouvrables ou trente et un jours civils si ce délai est plus long.

4. Dans les cas où les mesures de conservation des preuves sont abrogées ou cessent d'être applicables en raison de toute action ou omission du demandeur, ou dans les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires sont habilitées à ordonner au demandeur, à la demande du défendeur, d'accorder à ce dernier un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures.

5. Les États membres peuvent prendre des mesures pour protéger l'identité des témoins.

15. L'article 8, intitulé «Droit d'information», dispose:

[...]

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent sans préjudice d'autres dispositions législatives et réglementaires qui:

- a) accordent au titulaire le droit de recevoir une information plus étendue;*
- b) régissent l'utilisation au civil ou au pénal des informations communiquées en vertu du présent article;*
- c) régissent la responsabilité pour abus du droit à l'information;*
- d) donnent la possibilité de refuser de fournir des informations qui contraindraient la personne visée au paragraphe 1 à admettre sa propre participation ou celle de ses proches parents à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle;*

ou

e) régissent la protection de la confidentialité des sources d'information ou le traitement des données à caractère personnel.

16. L'article 13, intitulé «Dommages-intérêts», énonce ce qui suit:

1. Les États membres veillent à ce que, à la demande de la partie lésée, les autorités judiciaires compétentes ordonnent au contrevenant qui s'est livré à une activité contrefaisante en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir de verser au titulaire du droit des dommages-intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'atteinte. Lorsqu'elles fixent les dommages-intérêts, les autorités judiciaires:

a) prennent en considération tous les aspects appropriés tels que les conséquences économiques négatives, notamment le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans des cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, comme le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte,

b) à titre d'alternative, peuvent décider, dans des cas appropriés, de fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question.

2. Lorsque le contrevenant s'est livré à une activité contrefaisante sans le savoir ou sans avoir de motifs raisonnables de le savoir, les États membres peuvent prévoir que les autorités judiciaires pourront ordonner le recouvrement des bénéfices ou le paiement de dommages-intérêts susceptibles d'être préétablis.

2.2. Droit national

17. L'article 97 de la Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (loi sur le droit d'auteur et les droits voisins; ci-après l'«UrhG») du 9 septembre 1965 (BGBl. I 1965, p. 1273), modifiée en dernier lieu par la loi du 1^{er} octobre 2013 (BGBl. I 2013, p. 3728) fixe les conditions de droit matériel dans lesquelles la personne dont le droit d'auteur ou un autre droit protégé par l'UrhG a été violé peut réclamer la cessation pour l'avenir de l'atteinte à son droit ou l'octroi de dommages-intérêts.

18. L'article 97 UrhG se lit comme suit:

1. Quiconque porte une atteinte illicite au droit d'auteur ou à un autre droit protégé par la présente loi peut donner lieu à un ordre de cessation immédiate et en cas de risque de récidive, à un ordre de cessation pour l'avenir (abstention).

Le droit à la cessation pour l'avenir (abstention) est acquis dès la première survenance d'un risque d'infraction.

2. Quiconque agit intentionnellement ou par négligence est tenu d'indemniser la partie lésée du dommage causé. Le calcul de l'indemnité peut également intégrer le gain que le contrefacteur a tiré de l'atteinte au droit. L'indemnisation peut également se calculer sur la base du montant que le contrefacteur aurait dû verser à titre de rémunération équitable s'il avait recueilli l'autorisation d'exploiter le droit méconnu. Les auteurs, éditeurs d'ouvrages scientifiques (article 70), photographes (article 72) et artistes exécutants (article 73) peuvent également solliciter une réparation pécuniaire du préjudice moral qui réponde à l'équité.

19. La manière dont la personne lésée démontre, lors de la procédure juridictionnelle, que les conditions constitutives du fondement matériel du droit visé à l'article 97 UrhG sont réunies est régie par le droit général de procédure civile, tel que défini dans le code de procédure civile (Zivilprozessordnung, ZPO), ainsi que par les principes généraux sur la répartition de la charge de l'allégation et de la preuve.
20. S'agissant de la charge de l'allégation et de la preuve concernant les conditions relatives à une créance d'indemnisation au sens de l'article 97, paragraphe 2, UrhG, le droit allemand prévoit en outre certains aménagements au profit de la personne lésée.
21. Les principes de la charge de l'allégation et de la preuve concernant les conditions relatives à une créance d'indemnisation au sens de l'article 97, paragraphe 2, UrhG ainsi que les aménagements relatifs à cette même charge au profit de la personne lésée sont résumés de manière exemplaire dans l'arrêt du Bundesgerichtshof (Cour fédérale), juridiction civile suprême de la République fédérale d'Allemagne, du 6 octobre 2016, réf. I ZR 154/15¹. Les points 14 à 27 de cet arrêt sont instructifs en l'espèce; ils sont libellés comme suit:

«Point 14.a) Les principes généraux font peser sur la demanderesse qui affirme une créance la charge d'alléguer et de prouver que les conditions de la créance d'indemnisation invoquée sont remplies. Il lui appartient d'alléguer, et de prouver en cas de contestation, que le défendeur est

¹ Le Bundesgerichtshof a confirmé cette jurisprudence ultérieurement, dans son arrêt du 30 mars 2017, réf. I ZR 19/16. À la date du présent mémoire, le Bundesgerichtshof n'avait toutefois publié qu'un communiqué de presse (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=77862&linked=pm>), et non les motifs de l'arrêt.

responsable de l'atteinte alléguée au droit d'auteur pour l'avoir commise (voir les arrêts du Bundesgerichtshof du 15 novembre 2012 - I ZR 74/12, GRUR 2013, 511 point 32 = WRP 2013, 799 - Morpheus; du 8 janvier 2014 - I ZR 169/12, BGHZ 200, 76 point 14 - BearShare; du 11 juin 2015 - I ZR 75/14, GRUR 2016, 191 point 37 = WRP 2016, 73 - Tauschbörse III; du 12 mai 2016 I ZR 48/15, GRUR 2016, 1280 point 32 = WRP 2017, 79 - Everytime we touch). Toutefois, il existe une présomption factuelle que le titulaire de la connexion a commis l'atteinte quand aucune autre personne ne pouvait utiliser cette connexion à l'internet au moment de l'infraction (BGHZ 200, 76 point 15 - BearShare; BGH, GRUR 2016, 191 point 37 - Tauschbörse III).

Point 15. Une possibilité d'utilisation par des tiers excluant cette présomption factuelle doit être présumée si, au moment de l'atteinte portée au droit d'auteur, la connexion à l'internet n'était pas suffisamment sécurisée ou était consciemment laissée à la disposition d'autres personnes. Dans de tels cas, une charge secondaire de l'allégation pèse cependant sur le titulaire de la connexion à l'internet. Cette charge secondaire n'entraîne pas de renversement de la charge de la preuve ni ne conduit, pour le titulaire de la connexion, à une obligation, allant au-delà du devoir de vérité et d'explication au cours de la procédure (article 138, paragraphes 1 et 2, ZPO), de fournir au demandeur toutes les informations nécessaires à la bonne fin de son action. Le titulaire de la connexion s'acquitte plutôt de cette charge secondaire de l'allégation en exposant que d'autres personnes, dont il précise, le cas échéant, l'identité, avaient un accès autonome à sa connexion à l'internet et sont dès lors susceptibles d'avoir commis l'atteinte au droit d'auteur. Dans ce cadre, le titulaire de la connexion est tenu, dans la mesure du raisonnable, de procéder à des recherches et de communiquer les informations qu'il a réunies à cette occasion sur les circonstances d'une éventuelle infraction. L'affirmation sommaire de la possibilité purement théorique d'un accès à la connexion à l'internet de la part de tiers vivant sous le même toit n'est à cet égard pas suffisante. Si le défendeur s'acquitte de sa charge secondaire de l'allégation, il incombe à nouveau à la demanderesse, qui affirme la créance, d'alléguer et de prouver les circonstances d'une responsabilité du défendeur pour avoir commis l'atteinte au droit d'auteur (BGHZ 200, 76 point 15 et suiv. - BearShare, et jurisprudence citée; BGH, GRUR 2016, 191 point 37 et 42 - Tauschbörse III; GRUR 2016, 1280 point 33 - Every-time we touch). Le jugement en appel est conforme à ces principes.

Point 16. b) La requête en "Revision" s'élève en vain contre l'appréciation de la juridiction d'appel selon laquelle le défendeur s'est acquitté de la charge secondaire de l'allégation qui lui incombait.

Point 17. aa) La juridiction d'appel a présumé qu'un exposé exhaustif des possibilités d'utilisation conjointe par des tiers était suffisant pour s'acquitter de la charge secondaire de l'allégation et qu'il n'appartenait pas au défendeur de démontrer les circonstances plaidant contre l'application de la présomption factuelle de la responsabilité du titulaire de la connexion. Le défendeur s'est acquitté de sa charge secondaire de l'allégation dans la

mesure où il a désigné son épouse comme co-utilisatrice et où il a donné des informations concrètes sur le routeur utilisé et sur le défaut de sécurité présent sur celui-ci. Dans le cadre de la charge secondaire de l'allégation, le défendeur n'est pas obligé de déterminer qui a commis l'atteinte au droit d'auteur et de le désigner nommément, d'analyser l'ordinateur ou de présenter un exposé concret sur les périodes d'absence du titulaire de la connexion et des co-utilisateurs.

Point 18. bb) Contrairement au point de vue exposé dans la requête en "Revision", la juridiction d'appel s'est basée à juste titre sur le postulat que l'hypothèse de la responsabilité du titulaire de la connexion en tant qu'auteur de l'infraction n'est prise en considération que s'il ne s'est pas acquitté de sa charge secondaire de l'allégation concernant l'utilisation de la connexion par des tiers. Il n'existe en revanche pas de présomption générale voulant que le titulaire de la connexion soit l'auteur de l'atteinte au droit d'auteur qui a été réalisée à partir de sa connexion, présomption qu'il devrait réfuter ou remettre en cause au seul motif qu'il est titulaire de la connexion. Il ne pourrait en aller ainsi que s'il existe un commencement de preuve (preuve prima facie) en faveur de la commission de l'infraction par le titulaire de la connexion. Dans les cas d'atteinte au droit d'auteur via l'utilisation d'une connexion à l'Internet, l'application des règles relatives à la preuve prima facie simplement en raison de la qualité de titulaire de cette connexion n'est pas autorisée.

Point 19. (1) Le commencement de preuve s'applique en présence d'un cours normal des choses, c'est-à-dire dans des cas où l'expérience générale de la vie autorise à voir, dans un fait déterminé, le signe d'une cause déterminée à l'origine de la survenance d'un événement déterminé (jurisprudence constante; voir à titre d'exemple les arrêts du Bundesgerichtshof du 29 janvier 1974, VI ZR 53/71, VersR 1974, 750; du 1^{er} octobre 2013 - VI ZR 409/12, MDR 2014, 155 point 14; arrêt par défaut du 10 avril 2014 - VII ZR 254/13, NJW-RR 2014, 1115 point 9, et la jurisprudence citée dans chaque arrêt). Dans le cadre de la preuve prima facie, la survenance d'un événement déterminé peut, le cas échéant, permettre de conclure à sa cause (Bundesgerichtshof, arrêts du 22 mai 1979 - VI ZR 97/78, VersR 1979, 822, 823; du 5 novembre 1996 - VI ZR 343/95, VersR 1997, 205, 206; du 19 janvier 2010 - VI ZR 33/09, NJW 2010, 1072 point 8). Une telle conclusion présuppose un cours normal des choses. La normalité dans ce contexte signifie uniquement que le processus causal doit se produire tellement souvent que la probabilité de se trouver face à un tel cas est très élevée (Bundesgerichtshof, VersR 1997, 205, 206; NJW 2010, 1072 point 8; NJW-RR 2014, 1115 point 9). La preuve prima facie est invalidée (remise en question) si la partie adverse démontre la possibilité sérieuse d'un cours des choses différent (Bundesgerichtshof, arrêts du 13 février 2007 - VI ZR 58/06, NJW-RR 2007, 1077 point 10; 7 février 2013 - III ZR 200/11, NJW 2013, 1092 point 28).

Point 20. (2) S'agissant de l'hypothèse selon laquelle, en l'absence d'autres circonstances, le titulaire d'une connexion à l'internet serait régulièrement l'auteur de l'atteinte au droit d'auteur commise au moyen de cette connexion,

elle ne s'inscrit pas dans un cours suffisamment normal des choses. Compte tenu de la possibilité évidente que le titulaire de la connexion ait concédé à des tiers un accès à sa connexion, il n'existe pas de probabilité suffisamment élevée permettant de supposer que le titulaire de la connexion a commis l'atteinte au droit. Toutefois, vu que l'utilisation de la connexion relève des affaires internes du titulaire, dont le bénéficiaire du droit d'auteur n'a généralement pas connaissance, une charge secondaire de l'allégation incombe au titulaire de la connexion (voir le point 15).

Point 21. cc) En conclusion, la requête en "Revision" conteste en vain le point de vue de la juridiction d'appel, qui estime que le défendeur a satisfait à la charge secondaire de l'allégation lui incombant dans la mesure puisqu'il a désigné son épouse comme co-utilisatrice de la connexion et qu'une analyse des ordinateurs utilisés quant à la présence de logiciels de partage de fichiers n'était pas nécessaire.

Point 22. (1) L'étendue de la charge secondaire de l'allégation incombant au titulaire de la connexion doit être déterminée en tenant compte du fait que ce n'est qu'à partir du moment où les circonstances de l'utilisation de la connexion par son titulaire sont connues de la personne lésée, dont la situation au regard du droit d'auteur est protégée par l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 14, paragraphe 1, de la loi fondamentale (voir arrêt de la CJUE du 27 mars 2014 - C-314/12, GRUR 2014, 468 point 47 = WRP 2014, 540 - UPC Telekabel; Wendt, dans Sachs, Grundgesetz [Loi fondamentale], 7^e éd., Article 14, points 20a, 24 et la jurisprudence citée), que celle-ci a la possibilité d'intenter une action en justice. En vertu de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle, les États membres sont tenus de prévoir des voies de recours efficaces, proportionnées et dissuasives pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle visés par le droit de l'Union.

Point 23. Du côté du titulaire de la connexion, cependant, les droits fondamentaux visés à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 6, paragraphe 1, de la loi fondamentale, protègent la vie commune en couple et en famille des immixtions de l'État. Ces droits fondamentaux obligent l'État à s'abstenir de toute ingérence dans la famille, et autorisent les membres de la famille à organiser librement les affaires internes de la communauté qu'ils forment, en faisant preuve de responsabilité et d'égards familiaux [voir BVerfGE (décision de la Cour constitutionnelle fédérale) 66, 84, 94; 80, 81, 92; 81, 1, 6; Jarass, Charta der Grundrechte der EU [Charte des droits fondamentaux de l'UE], 3^e éd., Article 7 points 19 et suivant; Coelln, dans Sachs, précité, Article 6 point 22). Le domaine de protection visé par ces droits fondamentaux se trouve affecté si l'on exige du titulaire de la connexion, dans le cadre de la charge secondaire de l'allégation, en vue d'une exonération de sa responsabilité pour l'atteinte commise, qu'il fournisse des renseignements concernant son

conjoint ou ses enfants en exposant ceux-ci au risque d'être l'objet d'un recours de droit civil ou pénal .

Point 24. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il incombe aux autorités ou aux juridictions des États membres, lorsque plusieurs droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union sont en conflit, d'assurer un juste équilibre entre ces droits (voir CJUE, arrêt du 29 janvier 2008 - C-275/06, Rec. 2008, I-271 = GRUR 2008, 241 point 68 - Promusicae; CJUE, GRUR 2014, 468 point 46 - UPC Telekabel; CJUE, arrêt du 15 septembre 2016 - C-484/14, GRUR 2016, 1146 point 83 = WRP 2016, 1486 Sony Music/McFadden). Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, le conflit entre les positions juridiques, protégées par les droits fondamentaux, de différents bénéficiaires de ces droits doit être résolu selon le principe de la concordance pratique, qui exige qu'aucune des positions juridiques en conflit ne soit privilégiée et autorisée à déployer tous ses effets, mais qu'elles soient toutes placées dans un équilibre les préservant autant que possible (voir BVerfGE 28, 243, 260 et suiv.; 41, 29, 50; 52, 223, 247, 251; 93, 1, 21).

Point 25. (2) Dans le présent litige, la juridiction d'appel a déterminé correctement l'étendue de la charge secondaire de l'allégation incombant au défendeur, en tenant dûment compte des positions juridiques en présence au regard des droits fondamentaux.

Point 26. D'après les constatations de la juridiction d'appel, le défendeur a exposé que son épouse a eu accès à sa connexion à l'internet via un ordinateur distinct, sans donner davantage de précisions sur le moment et le type d'utilisation de l'internet par son épouse. Cela n'était d'ailleurs pas nécessaire. Il n'était pas raisonnable d'exiger du défendeur des vérifications plus poussées visant à déterminer si, eu égard aux moments auxquels la requérante affirme qu'il s'est produit un accès à l'internet et à la nature de l'utilisation de l'internet, son épouse était susceptible d'avoir commis l'atteinte au droit d'auteur invoquée. Lorsque la requête en "Revision" évoque le fait que, dans le droit des transports, le transporteur qui a connaissance du préjudice le jour même de sa survenance a l'obligation d'effectuer des recherches immédiates et de déterminer l'événement ayant causé le préjudice (voir Bundesgerichtshof, arrêt du 8 mai 2002 - I ZR 34/00, TranspR 2002, 408), elle méconnaît que les obligations d'agir existant dans le secteur du transport commercial ne sont pas transposables telles quelles aux agissements de particuliers. Il n'est déjà pas certain qu'il soit raisonnable de réclamer généralement au titulaire d'une connexion privée à l'internet qu'il répertorie et documente a posteriori les heures et la nature de l'utilisation de l'internet lorsque des atteintes au droit d'auteur liées à l'utilisation de l'internet sont alléguées dans une mise en demeure. Dans le présent litige, même en tenant compte de la protection de la propriété, favorable à la requérante (article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et article 14, paragraphe 1, de la loi fondamentale), la protection du mariage et de la famille par les droits fondamentaux, favorable au titulaire de la connexion (article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et article 6, paragraphe 1,

de la loi fondamentale), s'oppose à l'hypothèse d'obligations plus étendues en matière de recherches et de communication d'informations. Il n'est pas raisonnable d'exiger du titulaire d'une connexion privée à l'internet qu'il procède à la documentation de l'utilisation de l'internet par son conjoint pour pouvoir se libérer de sa responsabilité d'auteur de l'infraction lors d'une procédure juridictionnelle. Et il est également déraisonnable d'exiger du titulaire de la connexion qu'il analyse l'ordinateur de son conjoint pour vérifier la présence de logiciels de partage de fichiers.

Point 27. Le fait que la juridiction d'appel ait jugé que l'analyse de l'ordinateur n'était généralement pas nécessaire constitue une restriction excessive des obligations incombant au titulaire de la connexion. Au contraire, dans le cadre de l'exposé des faits concernant sa propre utilisation de l'internet, le titulaire de la connexion peut être tenu de préciser si un logiciel de partage de fichiers est présent sur l'ordinateur qu'il utilise (voir Bundesgerichtshof, GRUR 2016, 191 point 41 et suivant - Tauschbörse III). Cependant, l'arrêt de la juridiction d'appel apparaît correct pour d'autres motifs (article 561 ZPO), dans la mesure où, d'après les constatations de ladite juridiction, le défendeur a fourni des informations sur ce point et a indiqué qu'un tel logiciel n'était pas présent sur son ordinateur.»

3. APPRECIATION JURIDIQUE

22. Abstraction faite du libellé des questions préjudicielles, d'après ce que comprend la Commission, la juridiction de renvoi entend obtenir des précisions sur le point de savoir si l'article 8, lu conjointement avec l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE et l'article 13, paragraphe 1, lu conjointement avec l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à des règles nationales de procédure civile sur la répartition de la charge de l'allégation et de la preuve correspondant à celles qui ont été établies dans l'arrêt du Bundesgerichtshof du 6 octobre 2016 (réf. I ZR 154/15). Pour des motifs d'efficacité, la Commission répondra conjointement aux deux questions préjudicielles.

3.1. Remarque préliminaire sur la nécessité de la clarification des questions préjudicielles aux fins de la décision du juge national

23. La Commission attire l'attention sur le fait qu'elle a reformulé les questions préjudicielles de la juridiction de renvoi. En effet, en demandant s'il serait compatible avec l'article 8, lu conjointement avec l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE et l'article 13, paragraphe 1, lu conjointement avec l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE que le titulaire d'une connexion à

l'internet par laquelle des atteintes au droit d'auteur ont été commises par un partage de fichiers ne voit pas sa responsabilité engagée quand il désigne à tout le moins un membre de la famille qui avait comme lui la possibilité d'accéder à cette connexion à l'Internet, sans donner davantage de précisions tirées de recherches faites sur le moment et la nature de l'utilisation de l'Internet par ce membre de la famille, la juridiction de renvoi pose une question abstraite, qui paraît hypothétique au regard de la Commission. Cette question se situe hors du cas particulier et de ses circonstances, tels que soumis à la juridiction de renvoi aux fins de sa décision.

24. Même en considérant la question préjudicielle telle que reformulée, il n'apparaît pas de manière évidente dans quelle mesure la réponse aux questions préjudicielles est vraiment déterminante pour statuer dans la procédure au principal.
25. D'après la présentation des faits de la juridiction de renvoi, le défendeur est titulaire de la connexion à l'internet par laquelle l'œuvre protégée par le droit d'auteur a été proposée dans le cadre d'un partage de fichiers. Selon cette présentation, le défendeur affirme que sa connexion à l'internet est suffisamment sécurisée, mais qu'en plus de lui, ses parents avaient également accès à cette connexion à l'internet. Dans le même temps, il tempère toutefois en affirmant que ses parents n'avaient aucune connaissance de la présence de l'œuvre protégée par le droit d'auteur sur l'ordinateur, ni même de son existence dans l'absolu, et qu'ils n'ont ni possédé ni utilisé de programme de partage de fichiers. À sa connaissance, l'ordinateur était au contraire débranché.
26. Conformément aux principes de la charge de l'allégation et de la preuve, tels que le Bundesgerichtshof les a définis dans l'arrêt susmentionné, la présomption factuelle au profit du requérant ne s'applique en principe pas en l'espèce, compte tenu des faits exposés. En effet, le défendeur a affirmé avoir intentionnellement mis sa connexion à l'internet – suffisamment sécurisée – à la disposition d'autres personnes, à savoir ses parents. Toutefois, dans le cadre de la «charge secondaire de l'allégation» lui incombant en vertu de la jurisprudence du Bundesgerichtshof, il a affirmé que ses parents n'étaient pas susceptibles d'avoir commis l'atteinte au droit d'auteur au moment en cause. Si les parents confirmaient de manière crédible devant la juridiction de renvoi, à l'occasion d'une production de preuves (nécessaire, mais qui n'a apparemment pas encore eu lieu), qu'ils n'avaient

effectivement aucune connaissance de la présence de l'œuvre protégée par le droit d'auteur sur l'ordinateur, ni de l'existence d'un programme de partage de fichiers, et qu'ils ne sont dès lors pas susceptibles d'avoir commis l'atteinte au droit, il serait déjà clair, sur la base des règles relatives à la charge secondaire de l'allégation, que le défendeur est aussi l'auteur de l'infraction².

3.2. Sur le fond

27. Il ressort de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2004/48/CE, que la juridiction de renvoi ne mentionne pas explicitement dans ses questions préjudicielles mais qui constitue cependant la disposition centrale en l'espèce car elle détaille et complète l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE, que les États membres ont l'obligation d'assurer qu'un titulaire de droits puisse se prévaloir de dommages-intérêts adaptés face à un contrevenant. Il s'agit de l'une des voies de recours principales qui doivent être prévues en vertu de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle. L'article 13, paragraphe 1, de la directive 2004/48/CE mentionne les conditions de droit matériel qui doivent être remplies pour prétendre à des dommages-intérêts adaptés. Ces conditions sont les suivantes: (i) un droit de propriété intellectuelle appartenant au titulaire du droit a été violé, (ii) le contrevenant savait ou aurait dû raisonnablement savoir qu'il se livrait à une activité contrefaisante, (iii) le titulaire du droit a réellement subi un préjudice, et (i) il existe un lien de causalité entre le préjudice et l'activité contrefaisante.
28. Alors que l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2004/48/CE et – dans une certaine mesure également – l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE fixent les conditions matérielles du droit à dommages-intérêts que doivent instituer les États membres, ni la directive 2001/29/CE ni la directive 2004/48/CE ne contiennent de règles indiquant comment la charge de l'allégation et de la preuve doit être répartie entre le requérant et le défendeur dans un procès en indemnisation.
29. Certes, il est exact que la directive 2004/48/CE contient une section intitulée «Preuves». Cependant, l'article 6 de la directive 2004/48/CE concerne la possibilité

² Dans l'arrêt précité du Bundesgerichtshof du 6 octobre 2016 (réf. I ZR 154/15), une production de preuves par audition de l'épouse du défendeur en tant que témoin dans cette affaire a eu lieu sur la base des faits exposés dans le cadre de la charge secondaire de l'allégation.

pour une juridiction d'ordonner, dans des conditions déterminées, que la partie adverse produise des preuves. L'article 7 de cette même directive concerne, lui, les mesures de conservation des preuves avant l'ouverture d'une procédure juridictionnelle. Les deux articles ne traitent toutefois en aucune manière la question – qui se pose en amont d'une production de preuves – de la répartition de la charge de l'allégation et de la preuve entre les parties.

30. Pour cette raison, la Commission est d'avis que – dans la mesure où les directives 2001/29/CE et 2004/48/CE n'ont procédé à aucune harmonisation sur ce point – les États membres sont en principe libres d'adopter des règles sur la charge de l'allégation et de la preuve visant à faire valoir des droits à dommages-intérêts pour atteinte aux droits de la propriété intellectuelle. Cela correspond à la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle, en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à chaque État membre, en vertu du principe d'autonomie procédurale des États membres, de régler les modalités de la procédure administrative et celles de la procédure juridictionnelle destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union³.
31. Cette autonomie procédurale conférée aux États membres est toutefois limitée sous deux aspects: premièrement, les modalités procédurales ne doivent pas porter atteinte à l'effet utile des directives 2001/29/CE et 2004/48/CE; ensuite, elles ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires prévus pour la protection des droits tirés de l'ordre juridique interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité)⁴.
32. Du point de vue de la Commission, il n'existe aucun indice indiquant que les règles relatives à la charge de l'allégation et de la preuve, telles qu'elles ont été exposées de manière exemplaire dans l'arrêt précité du Bundesgerichtshof du 6 octobre 2016, seraient contraires au principe d'équivalence ou au principe d'effectivité.

³ Arrêt *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, point 46.

⁴ Arrêt *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, point 46; arrêt *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, point 39.

33. S'agissant de la question de savoir si des règles relatives à la charge de l'allégation et de la preuve correspondant à celles qui ont été exposées dans l'arrêt du Bundesgerichtshof du 6 octobre 2016 nuisent à l'effet utile des directives 2001/29/CE et 2004/48/CE, la Commission souhaite formuler les remarques suivantes:
34. L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE énonce que les voies de recours doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Selon le point de vue de la Commission, des règles en matière de charge de l'allégation et de la preuve qui rendraient purement et simplement impossible toute exercice procédural des droits à dommages-intérêts qui doivent être institués conformément à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE et à l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2004/48/CE, entraveraient l'effet utile des directives et, en particulier, ne respecteraient pas suffisamment l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE et l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE.
35. À l'inverse, selon l'avis de la Commission, il ne découle pas du principe de l'effet utile et de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE et de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE qu'un État membre serait obligé d'aplanir toutes les difficultés juridiques ou pratiques relatives à la production des preuves que peut rencontrer le requérant lorsqu'il fait valoir une créance d'indemnisation. Même sous le régime des directives 2001/29/CE et 2004/48/CE, il reste vrai que «être dans son droit sur le fond» et «voir ce droit reconnu par une juridiction» constituent deux problématiques différentes.
36. La Commission remarque en outre que les règles sur la charge de l'allégation et de la preuve, telles qu'elles sont présentées dans l'arrêt du Bundesgerichtshof du 6 octobre 2016, accordent à la personne lésée certains aménagements par rapport au principe normalement en vigueur dans le droit procédural allemand, selon lequel c'est au requérant d'alléguer et, le cas échéant, de prouver les conditions fondant favorablement sa créance. Le requérant profite ainsi de certaines présomptions factuelles. Même si celles-ci sont démontées, il profite encore du fait que la jurisprudence allemande fait peser sur le défendeur une charge secondaire de l'allégation qui, si elle n'est pas satisfaite par le défendeur, conduit à «réactiver» la charge de l'allégation et de la preuve du requérant.

37. S'agissant de la portée de la charge secondaire de l'allégation et notamment de la question de savoir si les directives obligent le défendeur à procéder à des recherches supplémentaires sur l'utilisation de l'internet par le membre de sa famille et à communiquer au requérant les détails obtenus sur le moment et le type d'utilisation de l'internet par ce membre de la famille, le Bundesgerichtshof précise qu'une «affirmation sommaire de la possibilité purement théorique d'un accès à la connexion à l'internet de la part de tiers vivant sous le même toit» n'est pas suffisante pour remplir cette charge secondaire de l'allégation⁵. Il souligne également que tout exposé des parties au cours du procès est soumis au devoir de vérité procédural. Dans le même temps, il indique clairement, aux points 21 et suivants de son arrêt, que la détermination de la portée de la charge secondaire de l'allégation doit se faire en mettant en balance les droits fondamentaux en conflit, à savoir la protection de la vie commune en couple ou en famille (article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et la protection de la propriété intellectuelle (article 17, paragraphe 2, de la charte). La jurisprudence constante de la Cour confirme par ailleurs que, lors de la transposition et de l'application des directives sur la protection de la propriété intellectuelle, les États membres doivent assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union⁶.
38. Par souci d'exhaustivité, la Commission souhaite observer que les législateurs de l'Union eux-mêmes ont procédé à une mise en balance similaire, à l'article 8, paragraphe 3, point d), de la directive 2004/48/CE, en ce qui concerne le refus de fournir des informations sur les membres de la famille.
39. Selon la Commission, tout cela plaide fondamentalement en faveur de la conclusion selon laquelle des règles sur la charge de l'allégation et de la preuve correspondant à celles qui ont été énoncées dans l'arrêt du Bundesgerichtshof du 6 octobre 2016 devraient respecter suffisamment l'effet utile, ainsi que l'article 3, paragraphe 2, de

⁵ Arrêt du Bundesgerichtshof du 6 octobre 2016, réf. I ZR 154/14, point 15. Dans son arrêt du 30 mars 2017, réf. I ZR 19/16, le Bundesgerichtshof est allé encore plus loin et a décidé que le défendeur ne s'était pas acquitté de la charge secondaire de l'allégation, les titulaires de la connexion n'ayant pas communiqué pas le nom de celui de leurs enfants qui avait admis devant eux avoir commis l'atteinte au droit.

⁶ Arrêts du 29 janvier 2008, *Promusicae*, EU:C:2008:54, point 68; du 15 septembre 2016, *McFadden*, EU:C:2016:689, point 84.

la directive 2004/48/CE et l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE, même s'il appartient finalement au juge national de procéder à l'appréciation concrète des effets et à la mise en balance entre les droits fondamentaux protégés.

40. L'article 8, lu conjointement avec l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE et l'article 13, paragraphe 1, lu conjointement avec l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE doivent donc être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à des règles nationales du droit de procédure civile sur la répartition de la charge de l'allégation et de la preuve correspondant à celles présentées dans l'arrêt du Bundesgerichtshof du 6 octobre 2016 (réf. I ZR 154/15), sous réserve que le juge national procède à l'appréciation concrète des effets et à la mise en balance entre les droits fondamentaux protégés.

4. CONCLUSION

41. La Commission propose donc de répondre aux questions préjudicielles comme suit:

L'article 8, lu conjointement avec l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE et l'article 13, paragraphe 1, lu conjointement avec l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à des règles nationales du droit de procédure civile sur la répartition de la charge de l'allégation et de la preuve correspondant à celles présentées dans l'arrêt du Bundesgerichtshof du 6 octobre 2016 (réf. I ZR 154/15), sous réserve que le juge national procède à l'appréciation concrète des effets et à la mise en balance entre les droits fondamentaux protégés.

Folkert WILMAN

Tibor SCHARF

Karl-Philipp WOJCIK

Agents de la Commission