

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire

Dusollier, Séverine; Montero, Etienne

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S & Montero, E 2011, 'Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire: le bouquet contrasté des arrêts eBay et Interflora : note sous Cour de Justice de l'Union européenne (gr. ch.), 12/07/2011', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 45, pp. 151-189.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Note d'observations¹

Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora*

INTRODUCTION

La décision de la Cour de justice, dans l'affaire *L'Oréal et autres c. eBay*, était fortement attendue, tant du côté des spécialistes du droit des marques que des experts en responsabilité des intermédiaires. Il est vrai que la plateforme d'enchères en ligne multiplie les questions juridiques. Commet-elle une atteinte au droit des marques en affichant sur ses pages les marques protégées relatives aux produits mis en vente par les internautes? Est-elle responsable des contrefaçons de marque qu'offrent ses clients? Enfin, dans la mesure où eBay promeut ses services en recourant au système de positionnement payant de Google, sa responsabilité en droit des marques résultant de sa sélection de dénominations protégées en tant que mots-clés force la Cour à revenir sur sa jurisprudence Google.

Toutes ces questions expliquent la richesse de la décision *L'Oréal et autres c. eBay* (ci-après arrêt *eBay*). Nous n'avons néanmoins pas pu résister à inclure dans notre réflexion une autre décision de la Cour communautaire, prononcée quelques mois après l'affaire *eBay* dans un autre litige mettant en cause le recours au système de publicité AdWords de Google. Le titulaire de la marque *Interflora*, bien connue pour ses services de livraison de fleurs, se plaignait de la réservation, par la chaîne britannique de super-

marchés Marks & Spencer, du mot-clé *Interflora* auprès de Google. Enième décision retenant la responsabilité de ces annonceurs s'appuyant sur les marques de leurs concurrents pour attirer le chaland vers leurs sites, l'arrêt *Interflora* perturbe quelque peu la jurisprudence qui s'était progressivement construite, à la fois en élargissant les critères de l'atteinte et en limitant le champ d'application.

La décision *Interflora*, toutefois, ne s'invitera dans notre commentaire que de manière marginale, celui-ci étant principalement consacré au litige entre la société *L'Oréal* et la plateforme de vente eBay. Nous évoquerons en premier lieu les points relatifs au droit des marques qui, sans être spécifiques à l'internet, sont susceptibles d'entraîner des conséquences non négligeables quant à la protection de celles-ci sur les sites de ventes aux enchères (I). Nous poursuivrons par l'étude des questions de droit des marques suscitées par l'usage de signes protégés sur les réseaux (II), soit la détermination géographique de l'usage de la marque sur Internet, l'usage de la marque par eBay dans le système AdWords et sur les offres proposées via le site de vente aux enchères. Notre attention se portera ensuite sur la responsabilité d'eBay en tant qu'intermédiaire (III) et, enfin, sur l'étendue des injonctions qui peuvent lui être adressées pour faire cesser les contrefaçons constatées (IV).

I. QUESTIONS CLASSIQUES DE DROIT DES MARQUES

Si le principal intérêt de l'arrêt concerne les questions de marque et de responsabilité liées

¹ Séverine DUSOLLIER est chargée de cours aux FUNDP et directrice du CRIDS.

Etienne MONTERO est professeur ordinaire aux FUNDP, Doyen de la Faculté de Droit et directeur de recherche au CRIDS.

à l'internet, il tranche, au passage, quelques questions plus traditionnelles de droit des marques.

La première concerne l'application du droit des marques aux activités entreprises par des non-professionnels, en dehors de la vie des affaires². Cette question n'est pas anodine dans le contexte eBay étant donné que les vendeurs recourant à cette plateforme sont majoritairement des individus agissant à des fins privées. La doctrine s'accordait à dire que les titulaires de marques ne pouvaient reprocher un acte de contrefaçon accompli occasionnellement par une personne physique hors de toute activité commerciale. Mais, à notre connaissance, c'est la première fois que la juridiction communautaire confirme que les ventes de produits de marque dans ce contexte ne peuvent être constitutives d'une contrefaçon, à moins qu'elles «ne dépassent, en raison de leur volume, leur fréquence ou d'autres caractéristiques, la sphère d'une activité privée»³. Cette précision a pour effet non négligeable que les titulaires de droits de marque ne peuvent en principe invoquer leur droit à l'encontre de vente de produits piratés par des individus privés, en ligne ou hors ligne.

La Cour réitère, en outre, une jurisprudence récente sur les conditions d'application du principe de l'épuisement. La revente d'échantillons et d'objets de démonstration peut être interdite par le titulaire de la marque, ce dernier n'ayant vraisemblablement pas autorisé leur mise dans le commerce sur le territoire européen, particulièrement si une mention «Vente

interdite» apparaissait sur ces produits⁴. Quant à la revente de produits dont les emballages ont été retirés, il avait déjà été précisé, en cas d'importation parallèle de produits pharmaceutiques, que le titulaire de la marque pouvait s'y opposer si la nouvelle présentation du produit reconditionné nuisait à la réputation de la marque et à celle de son titulaire⁵. Dans le cas de produits cosmétiques, ce retrait des boîtes contenant les flacons de parfums ou autres produits constituerait une atteinte à la marque si des informations essentielles sur l'identité du fabricant manquent ou, à titre subsidiaire, si le titulaire de la marque peut établir une atteinte à l'image du produit et donc à la réputation de la marque⁶. Cette deuxième hypothèse laisse augurer de belles discussions sur l'importance du conditionnement pour l'image d'un produit de luxe. Comment déterminer, dans chaque cas d'espèce, que la vente du produit sans emballage a un impact sur l'image de la marque? L'avocat général allait jusqu'à suggérer que pour certains cosmétiques de luxe, l'emballage faisait partie intégrante du produit et son retrait présumerait donc une altération de celui-ci⁷, présomption qui nous paraît excessive.

Si ces deux clarifications n'ont à première vue rien à voir avec l'internet, elles n'en ont pas moins une conséquence pratique sur les questions de responsabilité relatives à la vente de produits en ligne sous des signes correspondant à des marques protégées. Contrairement à des contenus mis en ligne au mépris des droits des auteurs, il n'y aura contrefaçon en cas d'usage en ligne d'une marque que si cette

² La Cour a déjà eu l'occasion de juger que la vie des affaires renvoie aux activités commerciales visant à un avantage économique, hors du domaine privé (C.J.C.E., 12 novembre 2002, C-206/01, *Arsenal*, *Rec.*, p. I-10273).

³ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. v. eBay*, C-324/09, § 55 (ci-après «arrêt eBay»).

⁴ Arrêt *eBay*, § 73. Ce principe avait déjà été jugé dans l'arrêt *Coty Prestige Lancaster* (C.J.U.E., 3 juin 2010, C-127/09, § 43).

⁵ C.J.C.E., 26 avril 2007, *Boehringer Ingelheim e.a.*, C-348/04, *Rec.*, p. I-3391, points 43 et 44.

⁶ Arrêt *eBay*, § 83.

⁷ Conclusions de l'avocat général, 9 décembre 2010, § 71.

utilisation s'effectue dans la vie des affaires et pour des produits non déjà mis en vente sur le territoire européen avec le consentement du titulaire de la marque. Un examen, au cas par cas, des circonstances de mise en vente de produits sous une marque protégée se révélera donc bien souvent nécessaire pour conclure à la contrefaçon.

Dans le cas des ventes aux enchères sur eBay, les reventes de produits régulièrement achetés à titre occasionnel par des personnes privées échapperont à la vindicte des titulaires de marques. Or elles constituent sans doute une grande partie des ventes sur le site d'enchères. Cela pourrait avoir une incidence sur la responsabilité d'eBay, et particulièrement sur sa connaissance d'une éventuelle contrefaçon, ainsi que sur la réponse qu'elle devrait apporter aux notifications de titulaires de marques protégées.

II. QUESTIONS DE DROIT DES MARQUES AYANT UNE DIMENSION NOUVELLE EN RAISON DE L'INTERNET

A. L'offre à la vente destinée à des consommateurs dans l'UE

La protection des marques étant territoriale, il ne pouvait y avoir atteinte aux droits des sociétés L'Oréal et autres que si les produits contrefaits étaient offerts à la vente sur le territoire couvert par des marques dont elles seraient titulaires. La Cour rejette l'argument d'eBay selon lequel le droit de marque ne pourrait être invoqué à l'encontre de produits simplement offerts à la vente sur un site d'enchères en ligne mais se trouvant stockés hors Union européenne, du moins jusqu'à leur acheminement auprès d'un éventuel acheteur européen. Accueillir cette thèse aurait placé les cyber-vendeurs dans une position très favorable puisqu'ils n'auraient pas dû se conformer aux règles communautaires de la propriété

intellectuelle, en se contenant de conserver physiquement les produits dans un pays tiers.

Pour autant, cela ne signifie pas qu'*a contrario*, tout vendeur offrant des produits à la vente sur l'internet serait tenu au respect du droit européen du fait de la simple accessibilité virtuelle à ceux-ci dans quelque État du monde que ce soit⁸. La Cour demeure ici cohérente avec sa jurisprudence récente dans les affaires *Pammer* et *Hotel Alpenhof*, en matière de détermination du for compétent⁹. L'affirmation relève du bon sens, la mondialisation de l'internet ne signifiant pas pour autant une applicabilité mondialisée du droit. Mais il est intéressant de relever que les juges communautaires ne s'appuient que partiellement sur la décision *Pammer*: ils s'arrêtent en effet à mi-chemin, ne se référant pas explicitement aux critères qu'un an plus tôt, ils avaient qualifiés d'indices possibles pour déterminer si une activité commerciale était « dirigée » vers un État membre particulier. Pour rappel, ces indices pouvaient résulter de « toutes les expressions manifestes de la volonté de démarcher les consommateurs dans cet État membre »¹⁰, et notamment, la mention que le commerçant offre ses biens ou services dans des États nommément désignés, la nature internationale des services proposés (telles des activités touristiques comme dans l'affaire *Pammer*), la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international, l'utilisation d'un nom de domaine de l'État visé ou l'utilisation de noms de domaine de premier niveau génériques tels que « .com » ou « .eu », la mention d'une clientèle internationale, par exemple par le biais de témoignages, la langue ou la monnaie utilisée

⁸ Arrêt eBay, § 64.

⁹ C.J.U.E., 7 décembre 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, aff. jointes, C-585/08 et C-144/09, § 69.

¹⁰ *Ibidem*, §80.

si elles ne correspondent pas à celles de l'État du commerçant¹¹.

Cette décision communautaire de 2010 mentionne également l'achat de mots clés dans un système de référencement auprès d'un exploitant de moteur de recherche, qui indiquerait de manière évidente sa volonté de viser une clientèle internationale¹². On peut toutefois se demander si ce seul élément suffit à démontrer la volonté du commerçant de cibler précisément les consommateurs d'un État membre, tant le référencement payant est devenu un mode de marketing usuel des entreprises sur l'internet, qu'elles aient un champ d'action national ou non. Par ailleurs, notons d'emblée que ce prétendu indice ne nous est d'aucune utilité dans la présente affaire car la détermination du champ d'application du droit des marques communautaires se base ici sur les pays ciblés par les vendeurs sur eBay, ceux-ci n'ayant pas recouru aux services de Google AdWords.

Plutôt que de reprendre les critères établis dans sa précédente jurisprudence, la Cour renvoie simplement aux juridictions nationales pour apprécier s'il existe des indices pertinents pour conclure que l'offre à la vente des produits concernés est destinée aux consommateurs situés sur le territoire couvert par la marque¹³. Seuls deux indices sont mis en avant par la décision préjudicielle: l'existence de précisions quant aux zones géographiques vers lesquelles le vendeur peut livrer le produit et l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau (en l'espèce, www.ebay.co.uk) appartenant à un État membre de l'Union européenne.

Cette prudence apparente s'explique probablement par la différence de contexte et des questions juridiques posées dans les deux affaires. Dans les affaires tranchées en 2010, il s'agissait d'une question de compétence juridictionnelle et de droit des consommateurs, pour laquelle le règlement propose le critère des activités «dirigées» vers l'État du domicile du consommateur pour que s'enclenche la protection particulière accordée à celui-ci. Dans l'affaire *eBay*, c'est une question d'applicabilité du droit des marques: l'offre de biens et services sous le signe couvert par la marque doit cibler les consommateurs du territoire de protection de celle-ci.

Cela étant, la Cour aurait pu s'avancer sur les indices à prendre en considération, sans pour autant englober l'ensemble des critères de la décision *Pammer*. Un document de l'OMPI de 2001 sur la protection des marques sur l'internet¹⁴ détermine les facteurs à prendre en compte pour juger de l'incidence commerciale dans un État de l'utilisation d'un signe sur l'internet. Au titre des indices à considérer, figurent notamment les éléments suivants:

- le fait que l'utilisateur du signe a entrepris des préparatifs sérieux en vue de mener dans cet État des activités commerciales portant sur des produits ou des services qui sont identiques ou semblables à ceux pour lesquels le signe est utilisé sur l'Internet;
- la fourniture d'un service effectif ou d'un service après-vente aux consommateurs de cet État;

¹¹ *Ibidem*, §§ 81 à 84. Pour une analyse de ces critères, voy. E. ALVAREZ ARMAS et M. DECHAMPS, «La "direction de l'activité" comme critère déterminant la protection juridictionnelle des consommateurs dans l'e-commerce européen (commentaire de l'arrêt *Pammer-Hôtel Alpenhof*)», *R.D.T.I.*, 2011/3, n° 44, p. 88.

¹² C.J.U.E., 7 décembre 2010, précité, § 81.

¹³ Arrêt *eBay*, § 65.

¹⁴ Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'internet, adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'Assemblée générale de l'OMPI, 24 septembre-3 octobre 2001, disponible sur http://www.wipo.int/about-ip/fr/development_iplaw/pdf/pub845.pdf.

JURISPRUDENCE

- une déclaration d'intention (et son respect) de ne pas fournir les produits ou les services en question à des consommateurs se trouvant dans cet État;
- la poursuite d'autres activités commerciales dans cet État, liées à l'utilisation du signe sur l'internet;
- l'indication des prix dans la monnaie officielle de cet État, d'une adresse, d'un numéro de téléphone propre à cet État;
- l'utilisation du signe dans le cadre d'un nom de domaine enregistré dans un domaine de premier niveau qui est le code de pays de cet État;
- l'utilisation d'une langue d'usage courant dans cet État.

Certains de ces indices se retrouvent dans le flot d'éléments pertinents relevés par la décision *Pammer*, d'autres se comprennent mieux dans un cadre de droit des marques. Il est regrettable que la Cour n'ait pas saisi l'occasion de l'affaire *eBay* pour préciser cette question essentielle de protection territoriale de la marque quand elle est utilisée sur l'internet. Il n'aurait pas été saugrenu, nous semble-t-il, de reprendre plus précisément les facteurs relevés dans son précédent arrêt, quitte à les adapter légèrement à la question particulière du droit des marques.

B. L'achat d'Adwords

1. L'usage de la marque

Sur ce point, c'est l'arrêt *Google*, rendu un an plus tôt, qui semble avoir scellé le sort d'*eBay*¹⁵. La pratique systématique d'*eBay* d'achat d'AdWords portant sur les marques des produits vendus par ses clients le transforme en annonceur¹⁶, la sélection de mots clés auprès du

moteur de recherche devant être considérée comme un usage de la marque dans la vie des affaires¹⁷. Pour rappel, depuis presque deux ans, la Cour de justice a eu à connaître d'une kyrielle de demandes préjudicielles sur l'atteinte au droit des marques que pouvait représenter l'achat de mots clés correspondant à des marques protégées auprès de l'outil de référencement Google¹⁸. Par une première décision de 2010, elle tranche en faveur de Google en considérant que le moteur de recherche ne fait pas un usage des marques en proposant aux entreprises la sélection de ces marques comme mots clés en échange d'un positionnement dans sa rubrique de liens commerciaux adjointe aux résultats naturels des recherches effectués par l'internaute¹⁹, car cet usage n'est pas effectué aux fins de sa propre communication commerciale.

En revanche, la Cour décide, avec une belle constance depuis cette première décision, que l'acquéreur de termes de recherche correspondant à des marques d'autrui réalise un usage de ces marques pour ses produits ou services, dans la mesure où il cherche ainsi à proposer une alternative aux internautes par rapport aux produits ou services du titulaire de la marque²⁰. Peu importe que le signe couvert par la marque apparaisse dans l'annonce commerciale affichée par Google²¹, que le mot clé ainsi sélectionné comprenne de légères erreurs par rapport à la marque enregistrée²², ou encore que les produits ou les services visés par l'annonce soient effectivement offerts à la vente

¹⁷ *Ibidem*, § 87.

¹⁸ C.J.U.E., 23 mars 2010, *op. cit.*; C.J.U.E., 25 mars 2010, *Bergspechte*, C-278/08, *Rec.*, p. I-2517; C.J.U.E., 26 mars 2010, *Eis.de*, C-91/09; C.J.U.E., 8 juillet 2010, *Portakabin*, C-558/08 (ci-après «arrêt *Portakabin*»); C.J.U.E., 22 septembre 2011, *Interflora*, C-323/09 (ci-après «arrêt *Interflora*»).

¹⁹ Arrêt *Google*, § 56.

²⁰ Arrêt *Google*, § 69.

²¹ Arrêt *Google*, § 65.

²² Arrêt *Portakabin*, § 47.

¹⁵ C.J.U.E., 23 mars 2010, *Google France et Google*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, *Rec.*, p. I-2417 (ci-après «arrêt *Google*»).

¹⁶ Arrêt *eBay*, § 85.

dans le texte de cette annonce ou le soient seulement sur le site de l'annonceur²³.

Ceci dit, la situation d'eBay diffère des affaires *Google* précédentes, dans la mesure où eBay acquiert ces mots clés certes pour renvoyer aux pages d'offres de vente qu'elle héberge, mais surtout pour promouvoir ses propres services de plateforme d'enchères en ligne. Dans les affaires précédemment jugées par la Cour, l'usage des marques d'autrui était réalisé par des concurrents directs de titulaires de marques.

À situation différente, analyse différente? Pas réellement, les principes de la décision *Google* et des décisions qui ont suivi restent ancrés au cœur du raisonnement. D'une part, les juges européens paraissent reconnaître que les services pour lesquels l'achat des mots clés est effectué par eBay ne sont *ni identiques ni similaires* aux produits des sociétés de parfums: il s'agit de promouvoir le site de vente aux enchères et non les produits cosmétiques qui y sont incidemment vendus²⁴. La base légale pour conclure à une éventuelle atteinte aux marques se déplacerait en conséquence vers l'article 5.2. de la directive 2008/95/CE en matière de droit de marque²⁵, qui confère une protection plus étendue aux seules marques renommées, qualification qui s'applique de toute évidence aux marques de parfums dont il était question dans ce litige.

Mais, assez curieusement, cela n'empêcherait pas un recours parallèle au premier paragraphe de l'article 5 qui protège l'ensemble des marques contre un usage pour des produits et services *identiques*. La Cour considère en effet

que «dans la mesure où eBay a utilisé des mots clés correspondant à des marques de L'Oréal pour promouvoir des offres à la vente de produits de marques émanant de ses clients vendeurs, elle a fait un usage pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels ces marques sont enregistrées»²⁶, en rappelant que l'usage des signes correspondant aux marques peut aussi porter sur les produits ou les services d'autres personnes. La condition à remplir dans ce cas d'utilisation d'un signe pour promouvoir les produits offerts par un de ses clients est, selon l'arrêt, qu'il s'établisse un lien entre ledit signe et le service utilisé par ce client²⁷. Or, les annonces réalisées par eBay via Google AdWords créent une association évidente entre les cosmétiques dont les marques sont détenues par L'Oréal et la possibilité de les acheter sur sa plateforme d'enchères²⁸.

La décision *Google* avait évoqué le fait de proposer une alternative aux produits ou services du titulaire de la marque comme caractéristique de l'usage de la marque²⁹. Un pas supplémentaire semble franchi ici: la simple création d'une association entre les produits couverts par la marque et le service proposé pour les vendre suffit pour ouvrir l'application de l'article 5.1. de la directive réservé à l'usage d'un signe identique à la marque pour des produits ou services identiques. Cela relève quelque peu du grand écart. Comment peut-on ainsi conclure à une identité entre des cosmétiques et un site aux enchères chargé de les vendre? Qu'on puisse considérer, dans la ligne de la jurisprudence *Google*, que la place de marché en ligne offre une alternative aux produits de L'Oréal, passe encore. Mais ce sont les vendeurs de ces produits qui offrent

²³ Arrêt *Portakabin*, § 43.

²⁴ Arrêt *eBay*, § 89.

²⁵ Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil rapprochant les législations des États membres sur les marques (version codifiée). En réalité, l'arrêt s'appuie sur la directive antérieure 89/104/CE, dont les principes sont identiques.

²⁶ Arrêt *eBay*, § 91.

²⁷ Arrêt *eBay*, § 92.

²⁸ Arrêt *eBay*, § 93.

²⁹ Arrêt *Google*, § 69.

JURISPRUDENCE

l'alternative et non la société eBay elle-même. Le critère de l'alternative servait à justifier de la condition de l'usage de la marque, et non celle de l'identité des produits en cause.

Assouplir de la sorte les conditions d'entrée dans le champ d'application du premier paragraphe de l'article 5 de la directive emporte des conséquences significatives. Au contraire de la protection réservée aux marques renommées, les critères à remplir sont bien moins contraignants pour conclure à l'utilisation illicite de la marque. Dans les cas de double identité (même signe et mêmes produits ou services), le simple usage au sens de la directive suffit. Nul besoin donc de prouver une atteinte plus caractérisée, tel un risque de parasitisme, de dilution ou de ternissement de la marque renommée. Ne s'y applique pas davantage un moyen de défense basé sur un juste motif, qui constitue, dans le cas de la marque renommée, un contrepoids nécessaire à cette protection plus étendue³⁰.

La boucle est bouclée: l'utilisation d'un AdWords est un usage de la marque (et non pas un usage à d'autres fins, comme l'a confirmé l'arrêt *Portakabin*³¹, ce qui aurait également préservé la possibilité d'invoquer un juste motif comme contrepoids). C'est un usage pour des produits et services identiques car il s'établit un lien entre les produits et le lieu de leur vente, ce qui enclenche la protection de l'article 5.1. de la directive pour lequel la Cour a parlé d'une

protection absolue, ne requérant ni la démonstration d'atteintes spécifiques ni le contrepoids d'une défense basée sur un juste motif.

Par ailleurs, le critère de l'offre alternative de la décision *Google* vacille quelque peu depuis l'arrêt *Interflora* du 22 septembre 2011³². Dans cette dernière affaire en date relative aux AdWords de Google, il était question de la sélection par la chaîne de supermarchés Marks & Spencer du mot clé *Interflora* pour afficher, sur la liste de résultats de recherche, une publicité pour son propre service de livraison de fleurs à domicile. Dans cette décision, les juges de Luxembourg admettent qu'une offre alternative de produits et services peut être un juste motif autorisant l'utilisation de la marque d'un tiers par le biais des techniques de marketing moderne telles qu'AdWords³³. Nous y reviendrons. À ce stade, il faut avouer que cela paraît pour le moins contradictoire: dans eBay, l'offre de points de vente alternatifs indique que l'usage du signe est réalisé pour des produits ou services identiques pour lesquels ce signe est enregistré comme marque; pour *Interflora* en revanche, il s'agit d'un élément bénéficiant à l'entreprise concurrente qui peut l'invoquer comme un juste motif. Comment conseiller les entreprises souhaitant recourir aux services publicitaires de Google en conciliant ces deux jurisprudences?

2. L'atteinte à une fonction de la marque

Toujours à la suite de Google, il reste à démontrer, pour conclure à une contrefaçon, que l'usage de la marque porte atteinte à une des fonctions de celle-ci. Cette exigence précède en réalité l'affaire *Google* et s'est progressivement installée dans la jurisprudence commu-

³⁰ Cette critique est développée plus amplement par M. SENFLEBEN, «Adapting EU Trademark Law to New Technologies – Back to Basics?», in C. GEIGER (ed.), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar Publishing, 2011, à paraître, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1875629>, p. 8.

³¹ Arrêt *Portakabin*, § 55. Sur la distinction entre l'usage de la marque pour distinguer des produits et services et l'usage de la marque à d'autres fins et ses conséquences dans les affaires d'AdWords, voy. O. SASSERATH, «AdWords: usage de la marque ... mais quel usage de la marque?», *Revue Lamy – Droit de l'Immatériel*, mai 2009, pp. 14-18.

³² C.J.U.E., 22 septembre 2011, *Interflora*, C-323/09.

³³ *Ibidem*, § 91.

nautaire depuis la décision *Arsenal*³⁴. De nombreux commentateurs ont critiqué cette expansion du droit des marques³⁵.

Dans un premier stade, cette exigence est restée arrimée à la fonction essentielle des marques, soit la fonction d'indication d'origine³⁶, ce qui lui donnait un vernis de légitimité: l'usage d'une marque ne pouvait être interdit par son titulaire qu'en cas d'atteinte au pouvoir distinctif de la marque (hors le cas particulier des marques renommées). Même dans les cas dits de «double identité», soit de l'utilisation d'un signe identique à la marque pour des produits et services identiques, pour lesquels la protection ne paraissait exiger aucune autre condition que la preuve de cette double identité, cet usage ne porte atteinte à la marque que si le public pertinent est susceptible de percevoir ce signe comme une indication que les produits proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à ce dernier³⁷. Bien que l'insistance sur cette fonction introduise prématurément le critère de risque de confusion dans l'analyse des conditions de la contrefaçon³⁸, elle permet-

tait de circonscrire la protection de la marque aux seuls cas dans lesquels elle se justifie.

La jurisprudence de la Cour est ensuite partie à la dérive, perdant son ancrage à la seule fonction d'origine, pour s'attacher, au gré du vent de l'espèce, à diverses fonctions de la marque que l'imagination des juges européens ne cessait de proposer. Ce fut la fonction de publicité, ainsi que celles de communication, d'investissement, d'image de la marque ou de garantie de qualité³⁹, fonctions bien connues du droit des marques mais qu'on se contentait jusqu'ici, à juste titre, d'appliquer aux marques renommées. Or, ces fonctions sont désormais attachées également à la protection des marques non renommées, ce que confirme clairement l'arrêt *Interflora* dans des termes qu'il est utile de reproduire *in extenso*: «Certes, une marque est toujours censée remplir sa fonction d'indication d'origine, tandis qu'elle n'assure ses autres fonctions que dans la mesure où son titulaire l'exploite en ce sens, notamment à des fins de publicité ou d'investissement. Toutefois, cette différence entre la fonction essentielle de la marque et les autres fonctions de celle-ci ne saurait aucunement justifier que, lorsqu'une marque remplit l'une ou plusieurs de ces autres fonctions, des atteintes à ces dernières soient exclues du champ d'application des articles 5, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/104 et 9, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 40/94. De la même manière, il ne peut être considéré que seules des marques renommées peuvent avoir des fonctions autres que celle d'indication d'origine»⁴⁰.

L'objectif particulier du droit des marques, qui est de permettre le recours à des signes pour distinguer ses produits et services de ceux de ses concurrents, justifie une protection limitée,

³⁴ C.J.C.E., 2 novembre 2002, *Arsenal Football Club*, C-206/01, *Rec.*, 2002, p. I-10273. Voy. ensuite la progression de ce critère dans C.J.C.E., 25 janvier 2007, *Adam Opel*, C-48/05, *Rec.*, 2007, p. I-1017; C.J.C.E., 18 juin 2009, *L'Oréal e.a. c. Bellure*, C-487/07, *Rec.*, 2009, p. I-5185; C.J.U.E., 12 juin 2008, *O2 Holdings*, C-533/06, *Rec.*, 2008, p. I-4231.

³⁵ Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, February 2011, p. 103; A. CRUQUENAIRE, «Google AdWords: la Cour de justice a-t-elle rendu un arrêt de principe?», *R.D.T.I.*, 2010, p. 141; M. SENFLEBEN, étude précitée; M. VIVANT, «Marque et fonction sociale de la marque – Ou quand la réalité passe par le rêve?» in C. GEIGER, J. SCHMIDT et SZALEWSKI (eds.), *Les défis du droit des marques au XXI^e siècle*, Strasbourg, Paris, Litec, 2010, pp. 145-161.

³⁶ Voy. les arrêts *Arsenal*, § 51, *Adam Opel*, § 22 et *O2 Holdings*, § 57.

³⁷ Voy. l'arrêt *Adam Opel*, § 24.

³⁸ Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, *Study on the Overall Functioning*

of the European Trade Mark System, February 2011, p. 103.

³⁹ Voy. les arrêts *L'Oréal/Bellure*, § 58 et *Google*, § 77.

⁴⁰ Arrêt *Interflora*, § 40.

hors le cas des marques renommées, à l'utilisation de la marque dans des conditions suscitant une confusion dans le chef du consommateur sur l'origine des produits ou services. C'est ce qui explique le principe de spécialité en droit des marques et l'exigence d'un risque de confusion en dehors des cas de double identité. Admettre une protection de la marque quand d'autres fonctions de celle-ci sont concernées constitue une extension critiquable du droit des marques, où tout usage du signe couvert pourrait être interdit par le titulaire du droit, s'il porte atteinte à un de ses intérêts. M. Senftleben prévient, à juste titre, que cela risque de transformer le droit des marques en une protection plus proche du droit d'auteur ou du droit des brevets, droits sur la création, ce qui leur permet de s'étendre à tout usage de l'œuvre ou de l'invention⁴¹.

Cette irruption des fonctions de la marque dans les conditions d'application de l'article 5.1(a) de la directive sur les marques, et donc dans les cas où l'utilisation d'un signe identique à la marque est faite pour des produits identiques, et pour des marques non renommées, complète parfaitement le cercle vicieux mentionné plus haut, accentuant davantage la circonstance troublante que la simple association dans l'esprit du consommateur (et non la confusion) entre le produit couvert par la marque et l'offre d'un espace de vente pour celui-ci suffit désormais pour constituer un cas de double identité... L'atteinte à la fonction d'origine de la marque n'est même plus requise, dans la mesure où il suffit que l'usage du signe affecte l'image, la réputation ou l'investissement consacré à la marque. En conséquence, il peut y avoir contrefaçon même si à aucun moment le consommateur ne se méprend sur l'origine des produits et services offerts par l'annonceur.

Qu'en est-il dans l'affaire commentée? Depuis la jurisprudence Google, la sélection de mots clés auprès du moteur de recherche porte atteinte à la fonction d'origine de la marque « lorsque l'annonce du tiers suggère l'existence d'un lien économique entre ce tiers et le titulaire de la marque »⁴² ou « lorsque l'annonce, tout en ne suggérant pas l'existence d'un lien économique, reste à tel point vague sur l'origine des produits ou des services en cause qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif n'est pas en mesure de savoir, sur la base du lien promotionnel et du message commercial qui y est joint, si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou, bien au contraire, économiquement lié à celui-ci »⁴³. Les mêmes principes s'appliquent à eBay⁴⁴. Il est toutefois intéressant de noter que l'arrêt impose une obligation de transparence à la place de marché en ligne: se basant sur le besoin de transparence sur l'internet résultant, selon la cour, de « la législation de l'Union sur le commerce électronique »⁴⁵, la publicité d'eBay, enclenchée par les recherches de l'internaute sur Google, devrait en conséquence mentionner clairement l'identité de l'exploitation du site d'enchères et le fait que les produits couverts par la marque sont mis en vente sur le site d'eBay.

Quant à l'appréciation du consommateur normalement informé, déterminante pour juger de l'atteinte à la fonction d'origine, l'arrêt *Interflora* précise que le juge national doit vérifier *in concreto* si « l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif est censé savoir, sur la base des caractéristiques généralement connues du marché, que le service de livraison de fleurs de M & S ne relève pas du réseau d'Interflora mais est, au contraire,

⁴¹ M. SENFTLEBEN, étude précitée.

⁴² Arrêt Google, § 89.

⁴³ Arrêt Google, § 90.

⁴⁴ Arrêt eBay, § 94.

⁴⁵ Arrêt eBay, § 95.

en concurrence avec celui-ci, et, ensuite, dans l'hypothèse où il apparaît qu'une telle connaissance générale fait défaut, si l'annonce de M & S permettait audit internaute de comprendre que ledit service n'appartient pas audit réseau⁴⁶. Il ne s'agirait donc pas, comme on avait pu le croire dans l'arrêt *Google*⁴⁷, de constater que l'internaute sait de manière générale et abstraite que les liens commerciaux, apparaissant en parallèle des résultats de recherche sur les pages Google, n'émanent pas forcément du titulaire de la marque, mais bien de vérifier que le consommateur ne peut en déduire que l'annonceur serait lié à la marque protégée, objet de sa recherche. La perception de l'internaute est plus précise, ce qui augmente la possibilité d'une atteinte à la fonction de la marque et devrait inciter les annonceurs sur Google à la rédaction de publicités écartant explicitement toute association avec le mot clé sélectionné, ainsi que semblent le suggérer les juges communautaires dans l'arrêt *Interflora*. Pour eBay, c'est sans doute une bonne nouvelle car l'internaute ne devrait pas pouvoir raisonnablement penser que la plateforme d'enchères en ligne est liée aux entreprises dont elle permet la revente des produits.

Dans l'arrêt commenté, aucune discussion n'apparaît sur une éventuelle atteinte à la fonction publicitaire. L'on sait, depuis les décisions *Google*, que les juges de Luxembourg considèrent que cette fonction n'est pas en cause dans l'achat de mots clés, car cela n'empêchera pas le titulaire de la marque de voir son site apparaître de manière naturelle dans les résultats de recherche non commerciaux, et ce, gratuitement, bien qu'il doive probablement déboursier plus pour l'achat de sa propre marque comme mot clé, en raison

des demandes des annonceurs concurrents⁴⁸. L'affirmation peut se révéler inexacte car si le titulaire de la marque n'a pas de site internet ou n'a pas de page web propre à la marque, il risque bien de se retrouver perdu dans les résultats de recherche, l'internaute étant alors davantage tenté de se diriger vers les liens commerciaux apparaissant bien en évidence.

L'on peut également songer aux dénominations sur lesquelles de nombreuses marques sont déposées pour des produits et services différents. Le terme «Lotus» par exemple est enregistré pour des voitures, des biscuits, des produits hygiéniques et pour bien d'autres produits. Une recherche Google sur le terme «Lotus» met en tête de liste les sites relatifs aux voitures de la marque, les biscuits n'apparaissant même pas. La sélection du mot «Lotus» par un vendeur de confiserie concurrent risque donc bel et bien de devancer l'affichage du site relatif au titulaire de la marque. La décision *Interflora* persiste et signe pourtant sur ce point, relevant que les pratiques publicitaires, en ce compris celles se déroulant désormais sur l'internet, sont inhérentes au jeu de la concurrence, en ce qu'elles proposent des alternatives aux consommateurs⁴⁹. Peu importe également que les annonces publicitaires sur Google obligent le titulaire de la marque à adapter ses efforts pour conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser les consommateurs, si l'usage du signe protégé par la marque ne met pas en péril le maintien de cette réputation, portant atteinte de ce fait à la fonction d'investissement de la marque⁵⁰.

⁴⁶ Arrêt *Interflora*, § 51.

⁴⁷ A. CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁸ Arrêt *Google*, § 94.

⁴⁹ Arrêt *Interflora*, § 58.

⁵⁰ Arrêt *Interflora*, §§ 63-65. C'est la première fois, dans la série de décisions relatives aux AdWords de Google, que la Cour traite de la fonction d'investissement du droit de marque.

3. Les limitations du droit de la marque

Nous ne pouvons résister à une dernière incurSION dans l'arrêt *Interflora* et une autre de ses nouveautés. L'expansion de la protection de la marque, au gré des affaires relatives à l'achat de mots clés sur Google à des fins publicitaires, avait jusqu'ici rencontré peu de limites. Même les défenses traditionnelles en droit des marques apparaissaient bien impuissantes à endiguer ce flot. L'arrêt *Portakabin* de 2010 était à ce titre fort inquiétant car il paraissait rejeter l'utilisation référentielle de la marque⁵¹ et même le principe d'épuisement de celle-ci⁵² lorsque l'annonce suscitée par la sélection du mot clé correspondant à la marque renvoyait à un site web offrant des produits de la marque en toute légalité, par exemple parce qu'il s'agissait de produits de seconde main. La constatation d'une atteinte à la fonction de la marque empêche, suivant cette jurisprudence, l'invocation d'un agissement conforme aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale, requis pour l'usage référentiel de la marque par l'article 6 de la directive sur les marques, et constitue un juste motif permettant au titulaire de droit de s'opposer à la revente du produit, en vertu de l'article 7.2. de la même directive. En d'autres termes, les exceptions sont ainsi interprétées sur la base des critères propres à l'atteinte elle-même, ce qui ne peut que conduire à une impasse.

Cette déficience soudaine des limitations de la marque est la rançon inéluctable du raisonnement fermé de la Cour dans les affaires précédentes. On peut légitimement s'interroger sur la place qui subsiste pour l'invocation d'un moyen de défense si l'atteinte est démontrée? Sur ce point, l'arrêt du 22 septembre 2011 marque un relatif retour en arrière. Les conclusions de l'avocat général avaient déjà indiqué

qu'il était sans doute temps de relâcher quelque peu le corset qu'avait progressivement cousu la Cour. Cette dernière ne suit pas ces conclusions sur tous les points, mais admet que l'alternative offerte par l'affichage de la publicité à partir du mot clé correspondant à une marque protégée puisse constituer un juste motif légitimant l'usage de la marque protégée⁵³. L'arrêt insiste à de nombreuses reprises sur le fait que le système publicitaire propre à l'internet entre dans le jeu d'une concurrence normale.

Il n'y a pas de quoi pavoiser pour autant, car cette admission d'un juste motif ne jouera qu'en l'absence d'une atteinte à une des fonctions de la marque et d'un risque de dilution, parasitisme ou ternissement de la marque renommée concernée. En outre, ce juste motif, rappelons-le, ne vaut que dans le cadre de l'article 5.2. de la directive s'appliquant aux marques renommées. Pour les atteintes générales à la marque, visées par l'article 5.1. et relatives aux produits et services identiques ou similaires, le juste motif ne constitue pas un moyen de défense admissible. Et nous avons vu plus haut que l'offre d'alternatives pouvait au contraire créer, dans l'esprit du consommateur, une association suffisante pour conclure à l'identité des produits couverts par la marque et de l'offre de vente de ceux-ci. C'est la grande contradiction de l'arrêt *Interflora*.

Plus généralement, la jurisprudence de la Cour induit une méthode assez contestable, étendant, dans un premier temps, la protection de la marque jusqu'au point de rupture, pour retomber, dans un deuxième temps, sur les exceptions comme garde-fous de cette expansion. Ce «deux-pas-en-avant-un-pas-en-arrière» rompt forcément l'équilibre qui devrait présider, dans tout droit intellectuel, dans des

⁵¹ Arrêt *Portakabin*, § 72.

⁵² Arrêt *Portakabin*, § 80.

⁵³ Arrêt *Interflora*, § 91.

droits proportionnés et limités, contrebalancés par des exceptions adéquates⁵⁴.

C. Usage de la marque dans offres sur eBay

Revenons à l'affaire *L'Oréal c. eBay*. Il restait à la Cour à se prononcer sur l'éventuelle responsabilité de l'opérateur du site de vente aux enchères dans les ventes de produits contrefaits ou portant atteinte aux marques du géant cosmétique réalisées sur sa plateforme. En d'autres termes, l'affichage de la marque sur le site de vente, du fait de la vente de produits portant cette marque, est-elle constitutive, dans le chef d'eBay, d'une atteinte au droit de marque ?

L'arrêt considère qu'il ne s'agit pas là d'un usage de la marque fait par eBay, même s'il fournit un service permettant à ses clients de faire apparaître des signes correspondant à des marques dans leurs offres à la vente⁵⁵. Personne n'en doutait.

Se pose dès lors la question de l'éventuelle responsabilité de l'opérateur de la place de marché en ligne en sa qualité d'intermédiaire pour les atteintes au droit des marques commises par ces annonces de vente de produits sous un signe protégé par une marque. C'est le deuxième apport important de l'affaire *eBay*, vers lequel nous nous tournons maintenant.

III. LA RESPONSABILITÉ D'EBAY EN TANT QU'INTERMÉDIAIRE

La Cour de justice était saisie de la question de savoir si eBay pouvait bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue par l'article 14

de la directive 2000/31 en ce qui concerne les offres de vente postées sur sa plateforme. C'est la première fois que la Cour est ainsi invitée à traiter, sous cet angle, de la responsabilité de l'exploitant d'une place de marché en ligne. Le suspense n'était toutefois pas insoutenable dans la mesure où l'affaire *Google* lui avait déjà fourni l'occasion de conclure à l'applicabilité de cette disposition au service de référencement payant sur l'internet. L'on n'est dès lors pas surpris qu'elle parvienne à la même conclusion de principe, en considérant, *mutatis mutandis*⁵⁶, qu'eBay effectue un stockage des données fournies par ses clients à chaque fois qu'ils ouvrent un compte vendeur auprès d'elle et lui fournissent les données de leurs offres à la vente, et ce, moyennant une rémunération consistant en la perception d'un pourcentage sur les transactions effectuées à partir desdites offres⁵⁷.

Toutefois, nuance aussitôt la Cour dans la ligne de l'arrêt *Google*, cette analyse ne suffit pas en soi pour conclure que le service bénéficie, en toute circonstance, de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 14, § 1^{er}, de la directive 2000/31. Encore faut-il que le prestataire de service sur Internet soit un « prestataire intermédiaire » au sens voulu par le législateur dans le cadre de la section 4 de cette directive, ce qui n'est pas le cas lorsque le prestataire du service, « au lieu de se limiter à une fourniture neutre de celui-ci au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients, joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données »⁵⁸.

À ce stade, il est déjà permis de capitaliser un enseignement positif. Si une hirondelle ne fait pas le printemps, deux arrêts de la haute

⁵⁴ Pour une réflexion sur une démarche législative similaire en droit d'auteur, s'agissant du droit de reproduction provisoire, voy. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2007, 2^e éd., p. 367, n° 462.

⁵⁵ Arrêt *eBay*, §§ 101-102.

⁵⁶ Comp. arrêt *Google*, § 111.

⁵⁷ Arrêt *eBay*, § 110.

⁵⁸ Arrêt *Google*, § 114 et 120; arrêt *eBay*, §§ 111 à 113.

JURISPRUDENCE

juridiction européenne suffisent à dessiner une ligne jurisprudentielle, qui mérite d'être approuvée. L'on se rappelle combien avait fait rage le débat relatif à l'applicabilité du régime d'exemption de responsabilité prévue pour l'hébergement aux prestataires de services Web 2.0. Une caractéristique majeure de tels prestataires est d'exercer, en sus du stockage de données fournies par les internautes, plusieurs autres activités (conception et gestion du site, mise au point de l'interface organisationnelle et graphique, création et édition de contenus propres...). Dès lors, suivant une opinion émise en doctrine et suivie en jurisprudence, l'ensemble des services fournis dépassant le cadre d'un simple stockage pour le compte de tiers, ces prestataires ne pouvaient se voir reconnaître le statut d'hébergeur ni prétendre au bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue par l'article 14 de la directive 2000/31⁵⁹.

Il semble désormais acquis que la directive sur le commerce électronique invite à raisonner en termes fonctionnels en manière telle qu'il n'y a pas lieu de sacrifier à une vision binaire et d'enfermer le prestataire de services dans un statut (par exemple, hébergeur ou éditeur). Autrement dit, un prestataire peut exercer plusieurs activités et bénéficier de l'exonération de responsabilité pour son activité de stockage des contenus apportés par les destinataires du service (au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive 2000/31), tout en ayant à assumer une responsabilité de droit commun pour ses autres activités. Les titulaires des sites communautaires et participatifs – ces sites de seconde génération dont le commun

dénominateur est de se présenter comme une structure destinée à accueillir les contenus apportés par les internautes eux-mêmes –, ne manqueront pas de s'en réjouir. On se laisserait d'enfoncer le clou si l'arrêt commenté n'était apparemment retombé dans l'approche binaire dénoncée. Nous y reviendrons.

Mais, auparavant, il convient d'apprécier la condition de neutralité à l'égard des données stockées aux fins de pouvoir bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement. À l'instar de la Cour de cassation de Belgique⁶⁰, suivie par la cour d'appel de Bruxelles⁶¹, la Cour de justice européenne avait cru pouvoir déduire cette condition du considérant n° 42 de la directive 2000/31⁶². Dès la prise de position de la haute juridiction belge, cette référence avait été critiquée⁶³, au motif que ce considérant vise les seuls régimes applicables aux activités de « simple transport » (i.e. la transmission de données sur un réseau de communication et la fourniture d'accès à un tel réseau) et de *caching*, et non celui relatif à l'activité d'hébergement. Une lecture attentive du considérant n° 42⁶⁴ autorise à penser qu'il sert à introduire

⁶⁰ Cass. (2^e ch.), 3 février 2004, *R.V. c. ministère public*, *Arr. Cass.*, 2004/2, p. 169, *Pas.*, 2004, p. 200, *A&M*, 2005/3, p. 259, *Computerr.*, 2004/5, p. 242, *R.D.T.I.*, n° 19, 2004, p. 51, note F. DE PATOUL et I. VERECKEN.

⁶¹ Bruxelles (9^e ch.), 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, 2010, pp. 106-120.

⁶² Arrêt *Google*, § 113.

⁶³ F. DE PATOUL et I. VERECKEN, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet : première application de la loi belge », note sous Cass., 3 février 2004, *R.D.T.I.*, n° 19, 2004, p. 56; E. MONTERO, « Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) – Droit du commerce électronique », *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, p. 22, n° 16.

⁶⁴ Le considérant n° 42 est libellé comme suit : « les dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies

⁵⁹ Voy., entre autres, Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 14 janvier 2010, *Comm. comm. élec.*, mars 2010, n° 25, p. 30, note Ph. STOFFEL-MUNCK; *Comm. Paris* (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Louis Vuitton Malletier c. eBay*, *www.legalis.net*; *Comm. Paris* (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Christian Dior Couture c. eBay*, *www.legalis.net*; *Comm. Paris* (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Parfums Christian Dior, Kenzo, Givenchy et Guerlain c. eBay*, *www.legalis.net*.

les seuls considérants n^{os} 43 et 44, relatifs au « simple transport » et au stockage sous forme de cache. Du reste, il est significatif que le considérant n^o 42 fasse état des « dérogations en matière de responsabilité », alors que le considérant n^o 46 emploie l'expression « limitation de responsabilité » dans le cas du prestataire d'un service d'hébergement⁶⁵.

Dans ses conclusions, l'avocat général avait également estimé que le considérant n^o 42 ne vise pas l'hébergement⁶⁶, et force est de constater que l'arrêt commenté ne s'y réfère plus, pas même indirectement⁶⁷. On ne peut que s'en féliciter. Mais si la Cour renonce ainsi à son appui textuel, elle ne perd pas pied pour autant, dès lors qu'elle maintient intact le critère de neutralité formulé par l'arrêt *Google* pour que le prestataire intermédiaire puisse relever du champ d'application de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique.

À condition d'être correctement comprise et mise en œuvre, cette interprétation de l'article 14 peut trouver appui dans le contexte et les objectifs poursuivis par la directive, ce que la Cour affirme⁶⁸. Elle peut aussi s'autoriser partiellement d'un argument de texte, ce que la Cour ne suggère pas. En effet, l'article 14, § 2, de la directive 2000/31 dispose que « Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire ».

Ces considérations nous amènent à formuler une appréciation nuancée à propos du critère retenu par la C.J.U.E. dans ses arrêts du 23 mars 2010 et du 12 juillet 2001. L'on peut approuver en principe le fait qu'il y ait lieu d'interpréter l'article 14 en ce sens qu'il s'applique à un prestataire de service « lorsque celui-ci n'a pas joué un rôle actif qui lui permette d'avoir une connaissance ou un contrôle des données stockées ». Dès l'instant où le prestataire sélectionne, suscite ou oriente les contenus qu'il est amené à stocker, notamment en fonction d'une ligne éditoriale déterminée, on entend bien qu'il ne puisse invoquer l'absence d'obligation générale de surveillance⁶⁹, ni se retrancher derrière le régime de limitation de responsabilité prévu pour l'activité d'hébergement. La condition de passivité était d'ailleurs déjà implicitement présente dans la jurisprudence relative à divers services Web 2.0 (forums de discussion, blogs, syndication de contenus via la technique des flux RSS...) ⁷⁰.

L'on peut dès lors comprendre l'invitation à examiner *in concreto* le rôle joué par le prestataire. Ne pourraient ainsi bénéficier du régime de l'article 14, ni le titulaire d'un blog ou d'un forum de discussion qui inciterait les internautes à poster des messages racistes, ni l'exploitant d'une place de marché électronique qui aurait créé une rubrique « imitations de marques », ni le gestionnaire d'un digg-like (site agrégateur de contenus) qui, dans une rubrique « People », inviterait les utilisateurs à poster des fils RSS pointant vers des brèves relatives à la vie privée de stars, ni le gestionnaire d'une site de partage de contenus qui provoquerait à télécharger des œuvres pira-

par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission » (les italiques sont nôtres).

⁶⁵ Pour une argumentation plus détaillée, E. MONTERO, « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet », *D.C.C.R.*, n^o 90, 2011, pp. 94 et s., n^o 62.

⁶⁶ Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen, présentées le 9 décembre 2010, points 138 et s.

⁶⁷ L'arrêt *eBay* renvoie aux points 112 et 114 à 120 de l'arrêt *Google*, mais se garde de faire référence au point 113 où il était précisément fait mention du considérant n^o 42 à l'appui du critère de neutralité.

⁶⁸ Arrêt *eBay*, § 111.

⁶⁹ Article 15 de la directive 2000/31.

⁷⁰ Pour des illustrations jurisprudentielles, voy. E. MONTERO, « Le domaine de l'internet: réflexions autour de quelques affaires emblématiques », in *Droit de la responsabilité civile. Domaines choisis*, CUP, n^o 119, Bruxelles, Anthemis, 2010, pp. 185-225, spéc. pp. 207-208, n^o 31 et pp. 210-215, n^{os} 35 à 38.

tées⁷¹, etc. Dans toutes ces hypothèses, on peut considérer, à la rigueur, que le prestataire joue un rôle actif qui lui permet d'avoir une connaissance des données stockées. Comment pourrait-il exciper de son ignorance alors qu'il a délibérément suscité la mise en ligne des données?

Remarquons, toutefois, que le critère retenu par la Cour se heurte à la littéralité de l'article 14. En effet, ce dernier n'interdit nullement que le prestataire ait connaissance du caractère illicite des informations qu'il stocke; cette éventualité est, au contraire, clairement envisagée: en effet, «le prestataire [n'est] pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service (...) dès le moment où il a de telles connaissances»... pourvu qu'il «agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible». Où l'on comprend pourquoi la Cour a tenu à préciser que «cette disposition doit être interprétée non seulement au regard de ses termes, mais également en tenant compte de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie»⁷². La condition de neutralité (ou passivité) s'accorderait, sinon à la lettre, du moins à l'esprit de l'article 14.

Cela étant, on ne saurait refuser l'application de l'article 14, § 1^{er}, de la directive 2000/31 à un prestataire sous prétexte qu'il peut *souçonner* que des destinataires de son service de stockage fournissent des données illicites. Il importe que le critère de connaissance s'applique à un contenu concret, sous peine de contredire et la lettre et l'esprit de cette disposition.

Qu'en est-il de la mise en œuvre du critère de neutralité en l'espèce? La Cour rappelle,

fort opportunément, que «le simple fait que l'exploitant d'une place de marché en ligne stocke sur son serveur les offres à la vente, fixe les modalités de son service, est rémunéré pour celui-ci et donne des renseignements d'ordre général à ses clients ne saurait avoir pour effet de le priver des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31⁷³. Elle s'inscrit, à cet égard, dans la ligne de l'arrêt *Google*⁷⁴, qui avait écarté ainsi des arguments souvent invoqués pour dénier à l'intermédiaire le régime favorable de l'hébergement⁷⁵.

«En revanche», poursuit la Cour, «lorsque ledit exploitant a prêté une assistance, laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres, il y a lieu de considérer qu'il a non pas occupé une position neutre entre le client vendeur concerné et les acheteurs potentiels, mais joué un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives à ces offres. Il ne saurait alors se prévaloir, s'agissant desdites données, de la dérogation en matière de responsabilité visée à l'article 14 de la directive 2000/31»⁷⁶.

Bien entendu, la Cour laisse à la juridiction de renvoi le soin d'examiner concrètement si eBay a joué ce rôle à l'égard des offres à la vente concernées dans l'affaire au principal. Il reste que les critères destinés à guider son appréciation nous laissent perplexes. À notre avis, la seule question pertinente est de savoir si les destinataires du service agissent sous le contrôle de l'exploitant de la place de marché en ligne en manière telle qu'il détermine le

⁷³ Arrêt *eBay*, § 115.

⁷⁴ Arrêt *Google*, § 116.

⁷⁵ Certains de ces arguments avaient eu l'oreille de plusieurs juridictions, surtout françaises, avant d'être rejetés par d'autres. Pour des références, voy. E. MONTERO, «Le domaine de l'internet...», *op. cit.*, spéc. n^{os} 26 et 27.

⁷⁶ Arrêt *eBay*, § 116.

⁷¹ Voy. par exemple, la décision suédoise dans l'affaire *Pirate Bay*, Stockholm District Court, 17 avril 2009.

⁷² Arrêt *eBay*, § 111.

contenu des annonces postées sur la plateforme. Dès lors que les vendeurs décident seuls des articles proposés à la vente et que l'exploitant du site n'intervient d'aucune façon dans la rédaction des annonces, on ne voit pas qu'il soit possible d'estimer que ce dernier a « joué un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives aux offres de vente ».

Le critère de l'assistance consistant à « optimiser la présentation des offres à la vente » fait furieusement penser à l'argument, que l'on croyait réfuté⁷⁷, suivant lequel un prestataire cesse d'être hébergeur pour se muer en éditeur dès l'instant où il impose une structure de présentation ou intervient dans la mise en forme des contenus apportés par les tiers. Le prestataire d'hébergement n'est-il pas forcément amené à organiser/structurer les contenus qu'il stocke suivant divers critères de présentation ou classement ? De toute évidence, cette circonstance n'est pas de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle de ces données.

Dans le même ordre d'idées, le fait, pour eBay, de promouvoir les offres de vente, via l'achat de mots clés à Google dans le cadre de son système de publicité AdWords, ne lui confère pas davantage un rôle actif « de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives aux offres de vente ». C'est à la faveur d'une certaine confusion que la Cour lui découvre, à tort, un tel rôle actif. En effet, il y a lieu de distinguer la question de l'éventuelle responsabilité d'eBay en tant qu'annonceur pour l'achat de mots clés correspondant à des marques et celle de sa responsabilité éventuelle pour le stockage sur ses sites d'offres de vente relatives à des contrefaçons de marque.

En définitive, il est à craindre que la Cour soit tombée dans le piège du faux dilemme

« hébergeur ou éditeur », en n'isolant pas judiciairement les différentes activités de la place de marché électronique, ce qui l'amène à suggérer, de façon discutable, qu'elle n'a « pas occupé une position neutre entre le client vendeur concerné et les acheteurs potentiels ».

Pour le cas où la juridiction de renvoi devait conclure qu'eBay n'a pas joué le rôle actif décrit plus haut, la Cour rappelle qu'il lui incomberait encore de vérifier si les conditions de l'article 14 sont réunies⁷⁸. Elle précise, à cet égard, que celles-ci « doivent être interprétées en ce sens qu'elles visent toute situation dans laquelle le prestataire concerné prend connaissance, d'une façon ou d'une autre, de tels faits ou circonstances »⁷⁹. Tel serait le cas notamment si l'exploitant de la place de marché en ligne découvre l'existence d'une activité ou d'une information illicite « à la suite d'un examen effectué de sa propre initiative »⁸⁰. Cette précision ne laisse pas d'étonner. Elle risque de décourager les contrôles volontaires, pourtant appelés de ses vœux par la directive sur le commerce électronique⁸¹. Sachant la difficulté d'apprécier l'illicéité d'un contenu, on imagine que l'intermédiaire hésitera dorénavant à prendre l'initiative de contrôles censés lui procurer connaissance de cette illicéité, au risque de perdre ainsi le bénéfice du régime de l'article 14, § 1^{er}. Il nous paraît préférable de présumer cette connaissance dans les seuls cas où il est informé du caractère illicite d'un contenu soit par une décision judiciaire constatant l'infraction, soit par une notification, dûment étayée, que lui aurait adressée un titulaire de droits.

⁷⁷ Pour des références, E. MONTERO, « Le domaine de l'internet... », *op. cit.*, n° 26.

⁷⁸ Arrêt eBay, §§ 118 à 120.

⁷⁹ Arrêt eBay, § 121. Les italiques sont nôtres.

⁸⁰ Arrêt eBay, § 122.

⁸¹ *Cfr.* considérant n° 40, *in fine*, de la directive 2000/31.

IV. LA PORTÉE DES INJONCTIONS JUDICIAIRES PRONONCÉES À L'ENCONTRE DE L'INTERMÉDIAIRE

L'on sait qu'il peut être enjoint à un intermédiaire de prendre des mesures destinées à faire cesser ou prévenir une atteinte à des droits de propriété intellectuelle. À ce propos, l'enseignement de l'arrêt est double. Tout d'abord, il confirme que de telles mesures peuvent viser non seulement à mettre fin à des atteintes portées à ces droits, mais aussi à prévenir de futures violations de cette nature. À cet égard, l'arrêt contredit eBay qui soutenait qu'elles pouvaient seulement concerner des atteintes spécifiques et clairement identifiées à un droit intellectuel. Il est vrai que la Cour ne manque pas d'arguments de texte en soutien de sa position⁸². Au moment où nous écrivons ces lignes, vient de tomber l'arrêt tant attendu de la Cour de justice dans l'affaire *Scarlet c. Sabam* : il confirme sans surprise que les injonctions adressées aux intermédiaires peuvent poursuivre le double objectif susmentionné⁸³.

Plus délicate était la question de savoir quelles pourraient être ces mesures. En effet, les modalités des injonctions susceptibles d'être prononcées, sur pied des dispositions nationales prises en vertu de l'article 11, troisième phrase, de la directive 2004/48⁸⁴, doivent respecter non seulement les limitations découlant de cette directive, mais aussi les autres sources de droit auxquelles celle-ci fait référence⁸⁵.

En substance, il s'agit d'opter pour des mesures susceptibles de réaliser un compromis heureux au sein d'un « triangle diabolique ».

D'abord, les mesures doivent permettre de contribuer non seulement à mettre fin aux atteintes à un droit de propriété intellectuelle – par l'intermédiaire de la place de marché en ligne –, mais aussi à prévenir de nouvelles atteintes. À cet effet, aux termes de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48, les mesures doivent être *effectives* et *dissuasives*.

Ensuite, il résulte de l'article 15 de la directive 2000/31 que les mesures exigées de la part de l'intermédiaire ne peuvent consister en une obligation générale de surveillance, c'est-à-dire en une surveillance active de l'ensemble des données de chacun des clients afin de prévenir toute atteinte future à des droits intellectuels via la place de marché. D'autant qu'aux termes de l'article 3 de la même directive, les mesures doivent être équitables et proportionnées, sans être excessivement coûteuses⁸⁶, et ne peuvent créer d'obstacle au commerce légitime. Ainsi ne sauraient-elles avoir pour objet ou pour effet d'instaurer une interdiction générale et permanente de mise en vente, sur la place de marché, de certains produits⁸⁷.

Enfin, on ne saurait oublier que les mesures imposées doivent assurer un juste équilibre entre les droits et libertés⁸⁸. La référence à l'arrêt *Promusicae*⁸⁹ évoque la nécessité de mettre en balance la protection due aux droits de propriété intellectuelle et celle due aux données à caractère personnel. L'on ajoutera qu'il s'agit aussi de trouver un équilibre entre les premiers et le droit à la liberté d'expression. L'arrêt n'y fait cependant aucune allusion. Or, nous avons pu observer la volonté clairement partagée par l'Union européenne et le Conseil de l'Europe de promouvoir, à travers les réseaux de communication, la société de l'information et, plus largement, la liberté d'ex-

⁸² Voy. les §§ 127 à 134 de l'arrêt.

⁸³ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet c. Sabam*, aff. C-70/10, § 31.

⁸⁴ Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle.

⁸⁵ Arrêt eBay, § 138 et arrêt *Scarlet c. Sabam*, § 33.

⁸⁶ Arrêt eBay, § 139.

⁸⁷ Arrêt eBay, § 140.

⁸⁸ Arrêt eBay, § 143.

⁸⁹ C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06.

pression⁹⁰. Par conséquent, c'est également à la lumière de cet objectif essentiel qu'il convient, d'une part, d'interpréter le dispositif relatif à la responsabilité des intermédiaires, d'autre part, de déterminer la portée des injonctions susceptibles d'être prononcées à leur encontre. À cet égard, on ne saurait perdre de vue que les intermédiaires font clairement partie des bénéficiaires de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹¹ et que cette disposition vise tous les types d'information, en ce compris les informations de nature commerciale⁹². Il faut donc s'assurer que les mesures imposées par injonction ne portent pas atteinte au droit à la liberté d'expression. Une ingérence dans ce droit ne serait admissible que si elle est prévue par la loi, orientée vers l'un des buts légitimes limitativement énumérés au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, et proportionnée au but légitime poursuivi.

On devine combien le pouvoir d'adresser des injonctions aux intermédiaires est enserré dans des limites étroites. La haute juridiction européenne se risque à donner seulement deux exemples.

Primo, l'exploitant de la place de marché pourrait être contraint de suspendre l'auteur de l'atteinte à des droits de propriété intellectuelle, c'est-à-dire plus précisément de clôturer son compte client, pour éviter qu'aient lieu

de nouvelles atteintes de même nature par le même commerçant aux mêmes marques⁹³.

Secundo, afin de garantir un droit de recours effectif contre les auteurs d'atteintes à des droits de propriété intellectuelle par l'intermédiaire de la place de marché, il pourrait être enjoint à l'exploitant de celle-ci de prendre des mesures permettant de faciliter l'identification de ses clients vendeurs⁹⁴. On relève que, vu la nécessité de respecter la protection des données à caractère personnel, cette mesure n'est envisageable que si l'auteur de l'atteinte opère dans la « vie des affaires ». Elle n'est donc pas une solution dans les cas – nombreux sur l'internet – où il agit dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé. Notons aussi que cette mesure ne serait pas immédiatement apte à faire cesser l'atteinte aux droits. Elle ne le serait que par le truchement d'un recours et pour autant qu'il se solde par un constat d'infraction.

En réalité, les deux mesures mentionnées à titre d'exemple posent une autre question. Comme il a été noté plus haut (*supra*, point I), l'usage d'une marque en ligne ne pourra être estimé contrefaisant que si cette utilisation s'effectue dans la « vie des affaires » et pour des produits qui n'auraient pas été offerts à la vente sur le territoire européen avec le consentement du titulaire de la marque. Aussi l'exploitant d'une place de marché sera-t-il généralement démuné face aux notifications qui lui sont adressées par les titulaires de droits de marque. Il ne saurait conclure à la contrefaçon sans un examen préalable, au cas par cas, des circonstances entourant la mise en vente litigieuse et l'on peut douter qu'il soit en mesure d'apprécier si les reventes ont eu lieu au titre de la « vie des affaires ».

⁹⁰ Pour un développement, E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet: la quadrature du cercle ? », *Revue Lamy Droit de l'Immateriel*, n° 61, juin 2010, pp. 86-99.

⁹¹ Voy., par ex., Cour eur. D.H., arrêt *Times Newspapers Ltd (n°s 1 et 2) c. Royaume-Uni* du 10 mars 2009, R.D.T.I., 2009, p. et note Q. VAN ENIS.

⁹² Voy., par ex., Cour eur. D.H., arrêt *Barthold c. Allemagne* du 25 mars 1985, § 42; Cour eur. D.H., arrêt *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne* du 20 novembre 1989, § 26.

⁹³ Arrêt *eBay*, § 141.

⁹⁴ Arrêt *eBay*, § 142.

JURISPRUDENCE

D'autres exemples peuvent être imaginés. Ainsi, on peut songer à l'injonction de prévoir une procédure de notification et de retrait, au cas où une telle procédure fait défaut, ou d'améliorer son efficacité s'il en existe une. Ainsi encore, il pourrait être enjoint à un intermédiaire de mieux spécifier les types d'annonces interdites ou de prévoir des sanctions plus dissuasives en cas d'offres en vente de produits contrefaits. Il est évident qu'on aurait rêvé mieux, d'autant que pareilles mesures sont tout au plus dirigées vers la prévention – toute relative – d'atteintes futures à des droits intellectuels.

Avec raison, la haute juridiction luxembourgeoise ne souffle mot à propos d'une autre espèce de mesures, *a priori* plus prometteuses: le filtrage destiné à empêcher un *type* d'atteintes, par exemple l'hébergement d'annonces relatives à des offres de vente concernant les produits contrefaits de telle marque spécifiée. Pour se révéler efficace, l'injonction adressée à la place de marché en ligne devrait porter sur l'implémentation, pour un temps illimité ou en tout cas suffisamment long, d'un système de filtrage de tous les téléchargements d'annonces d'offres de vente. Il y a fort à parier que pareille mesure serait jugée contraire non seulement au principe d'interdiction de toute obligation générale de surveillance, mais aussi aux principes fondamentaux en matière de liberté d'expression, étant entendu que cette dernière comprend la liberté d'échanger – sans censure – des informations, y compris à caractère commercial. On peut gager, en effet, que quantité de marques deviendront, tour à tour, la cible de l'un ou l'autre usager-vendeur d'une place de marché. Tôt ou tard, l'exploitant se trouverait dès lors en situation de devoir faire face à une multitude d'injonctions visant à faire cesser et prévenir une grande diversité d'atteintes. Ainsi le filtrage imposé à l'intermédiaire de service en ligne se profilerait

rapidement comme un incontournable outil de lutte généralisée et systématique contre les atteintes à des droits intellectuels, ce qui apparaît contraire à chacune des limitations assignées au pouvoir d'injonction, telles que découlant des directives 2000/31 et 2004/48 ainsi que des autres règles de droit auxquelles ces directives font référence.

Par analogie, l'arrêt *Scarlet c. Sabam* donne quelques poids à cette analyse. Il en ressort, en effet, qu'imposer à un fournisseur d'accès à l'internet des mesures visant à empêcher tout échange entre ses clients, au moyen d'un logiciel *peer-to-peer*, de fichiers électroniques reprenant des œuvres musicales du répertoire de la Sabam, reviendrait à obliger ledit fournisseur d'accès à procéder à une surveillance active de la totalité des communications électroniques réalisées sur son réseau. Une telle obligation, qui exigerait forcément une observation active de toute information à transmettre et de tout utilisateur du réseau, serait incompatible, estime la haute Cour, non seulement avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31, mais aussi avec l'article 3 de la directive 2004/48 qui prévoit que les mesures préconisées doivent être équitables et proportionnées, sans se révéler excessivement coûteuses⁹⁵. En outre, l'injonction de mettre en place le système de filtrage critiqué, pour un temps illimité, en vue de faire cesser les atteintes actuelles et de prévenir des atteintes futures, ne préserverait pas un juste équilibre entre la protection des droits des titulaires de droits d'auteur et celle de la liberté d'entreprise des opérateurs tels les fournisseurs d'accès⁹⁶. Par ailleurs, les effets de pareille injonction seraient également susceptibles de porter atteinte au droit fondamental à la protection des données à caractère personnel des clients du fournisseur d'accès concerné. En effet, le

⁹⁵ Arrêt *Scarlet c. Sabam*, §§ 36 à 38.

⁹⁶ *Ibid.*, §§ 40 à 49.

filtrage impliquerait une analyse systématique de tous les contenus échangés ainsi que la collecte de données à caractère personnel, à savoir les adresses IP des utilisateurs qui sont à l'origine des communications illicites sur le réseau⁹⁷. Enfin, l'injonction risquerait de porter atteinte au droit des clients du FAI à la liberté d'expression, qui comprend la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, en ce que le système de filtrage ne serait pas apte à distinguer suffisamment un contenu illicite et un contenu licite en sorte qu'il pourrait entraîner le blocage de communications de contenus licites⁹⁸.

CONCLUSION

Il serait fastidieux de récapituler les multiples enseignements qui se dégagent de l'arrêt commenté. Bornons-nous à retenir, en substance, que cet arrêt est une nouvelle illustration de cette tendance hautement critiquable que manifeste la haute Cour européenne à assurer, par divers biais interprétatifs, une protection sans cesse croissante aux marques, à peine tempérée par le léger retour en arrière opéré dans l'arrêt *Interflora*.

L'arrêt *eBay* confirme, par ailleurs, la condition de neutralité du prestataire, apparue dans l'arrêt *Google*. Il s'en déduit que, pour pouvoir bénéficier de la limitation de responsabilité

prévue pour l'activité d'hébergement, il ne peut avoir joué un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données stockées. L'arrêt révèle cependant combien cette condition est malaisée à mettre en œuvre, dans le respect de la lettre et de l'esprit de la directive sur le commerce électronique.

Enfin, en ce qui concerne les injonctions adressées aux intermédiaires, on peine à identifier le type de mesures susceptibles de leur être imposées en vue de faire cesser ou prévenir une atteinte à des droits de propriété intellectuelle dès lors que ces mesures doivent non seulement respecter les multiples limitations découlant des directives 2004/48 et 2000/31, mais aussi assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression, d'autre part.

Où l'on voit, à travers ces trois questions, l'ampleur des défis suscités par l'internet et l'extrême difficulté de trouver des solutions appropriées dans le cadre du système complexe formé par des textes normatifs et des jurisprudences si sophistiquées qu'ils en sont devenus pratiquement inconciliables.

Séverine Dusollier
Etienne Montero

⁹⁷ *Ibid.*, §§ 50 et 51.

⁹⁸ *Ibid.*, § 52.