

Note d'observations

Google AdWords : la Cour de justice a-t-elle rendu un arrêt de principe ?

C'est un euphémisme d'écrire que l'arrêt prononcé le 23 mars 2010 par la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Google* était attendu par les observateurs. La surprise et, à certains égards, la déception sont donc proportionnelles à ces attentes. Nous y reviendrons dans notre analyse critique de l'arrêt (II.). Compte tenu de sa densité, il nous semble cependant utile d'en souligner au préalable les principaux enjeux et apports juridiques (I.)³.

I. PRINCIPAUX ÉLÉMENTS DE L'ARRÊT DE LA C.J.U.E.

1. Le service de référencement payant de Google (baptisé «*AdWords*») défraie la chronique judiciaire depuis quelques années, suite aux nombreuses procédures initiées par les titulaires de marques⁴.

À la base de ce contentieux devenu emblématique de la défense des marques sur Internet, une pratique aussi simple que lucrative. Google permet d'améliorer le référencement d'un site internet par l'achat de mots clés, ce qui provoque l'affichage en position privilégiée (dans les «*liens publicitaires*» situés à droite ou en haut de l'écran montrant les résultats «*naturels*» du moteur de recherches). Aucun contrôle n'est exercé sur la licéité de l'usage des termes achetés comme mots clés. Un exploitant de site internet peut dès lors parfaitement acheter comme mot clé la marque d'un concurrent ou une marque renommée de biens dont il commercialise des imitations (ou contrefaçons). De nombreux titulaires de marques ont logiquement vu rouge et ont décidé de réagir judiciairement. D'un point de vue pratique, il est toutefois difficile pour le titulaire d'une marque de poursuivre les annonceurs peu scrupuleux car leur identité est souvent inconnue et leur localisation géographique aléatoire. La seule solution pratique consistait donc à poursuivre l'intermédiaire dont les services sont à l'origine du problème, à savoir Google.

Soucieuse de protéger ses lucratives activités contre ces recours, Google a invoqué un argumentaire bien huilé, reposant principalement sur deux points : l'absence d'usage de la marque par Google elle-même (ce qui la place à l'abri sur le plan du droit des marques) et la qualité d'hébergeur des annonces publicitaires (ce qui permet de bénéficier du régime d'exonération de responsabilité prévu par la directive sur le commerce électronique)⁵. La jurisprudence y

³ La Cour de justice a rendu deux autres arrêts, concernant des litiges entre un annonceur et un titulaire de marques. Dans la mesure où ces litiges ne font que reprendre les enseignements de l'arrêt commenté, nous n'y ferons pas référence. Voy. C.J.U.E., 25 mars 2010, C-278/08 ; C.J.U.E., 8 juillet 2010, C-558/08 ; tous deux disponibles sur le site web officiel de la Cour, à l'adresse <http://curia.europa.eu>. Nous ne ferons pas davantage d'analyse des arrêts prononcés par la Cour de cassation de France le 13 juillet 2010 (non encore publiés par la Cour, mais disponibles sur le site web <http://www.pmdm.fr/wp/2010/07/14/cassation-dans-les-affaires-adwords/>). Dans ces arrêts, la Cour de cassation applique les enseignements de l'arrêt *Google*. Sur la question de la responsabilité, on observera que la Cour censure les décisions attaquées au motif qu'elles n'ont pas caractérisé l'existence ou non d'un rôle passif de Google, ce qui laisse une certaine marge pour l'examen *in concreto* du rôle du prestataire par la cour d'appel de renvoi.

⁴ Cfr ainsi les références citées à la note 6.

⁵ Pour un bon aperçu des principales questions juridiques relatives au référencement payant, voy.:

JURISPRUDENCE

a réservé un accueil mitigé, considérant dans plusieurs cas que la circonstance que le prix du mot clé varie notamment en fonction de sa popularité plaçait Google dans la situation de tirer profit de la vente de mots clés populaires tels que ceux correspondant à des marques renommées⁶. La jurisprudence était cependant divergente et le contentieux a donc logiquement abouti devant la Cour de cassation de France. Celle-ci a soumis plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne relativement à l'interprétation des dispositions du droit européen en matière de droit des marques⁷ et de commerce électronique⁸.

2. En substance, les questions préjudicielles posées paraissent couvrir l'ensemble de la problématique⁹:

- Est-ce que le fait pour un prestataire de services de référencement de vendre des mots clés correspondant à des marques et d'offrir en contrepartie de l'achat desdits mots clés un affichage privilégié de liens

promotionnels constitue un usage de marque que le titulaire peut interdire en vertu de ses droits exclusifs?

- Est-ce que les dispositions protégeant spécifiquement les marques renommées sont contrariées par la pratique précitée?
- Dans l'hypothèse où l'usage qui est fait des marques par le prestataire de services de référencement ne serait pas prohibé par le droit des marques, est-ce que le prestataire peut être considéré comme un hébergeur au sens de la directive sur le commerce électronique, de sorte que sa responsabilité ne pourrait pas être recherchée avant qu'il ait été averti par le titulaire de marque de l'usage illicite du signe par un annonceur?

3. Pour une bonne compréhension de l'arrêt, précisons que dans l'une des trois affaires portées devant la Cour de cassation de France, les annonceurs avaient pu être identifiés et avaient donc été mis à la cause par le titulaire de marque. Les questions préjudicielles visaient donc également à déterminer si l'acquisition par un annonceur, dans le cadre des services de référencement fournis par Google, de mots clés correspondant à des marques appartenant à des tiers permet de caractériser une atteinte au droit exclusif de marque desdits tiers. La situation des annonceurs est donc également abordée à l'occasion des débats menés devant la Cour de justice, même si c'est le cas de Google qui intéressait davantage les observateurs.

La Cour prend soin de distinguer la situation de l'annonceur de celle du prestataire de services de référencement.

Après avoir souligné que les activités de l'annonceur et de Google sont menées dans la vie des affaires (points 50 à 55), la Cour de justice examine la question de l'existence d'un « usage » du signe au sens du droit des marques.

S. PIRLOT DE CORBION, « Le référencement par les outils de recherche face au droit des marques », in *La protection des marques sur Internet*, Cahiers du CRID, n° 28, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 121 et s., spéc. pp. 137-150; S. PIRLOT DE CORBION, note sous T.G.I. Nanterre, 13 octobre 2003, *R.D.T.I.*, 2004/1, pp. 120 et s.

⁶ Voy. notamment: C.A. Paris, 1^{er} février 2008, aff. *GIFAM et consorts c. Google*; C.A. Aix-en-Provence, 6 décembre 2007, aff. *TWD c. Google*; C.A. Paris, 28 juin 2006, aff. *Louis Vuitton c. Google*. Ces décisions sont disponibles sur le site web <http://www.juriscom.net>.

⁷ Directive 89/104 du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, *J.O.U.E.*, 11 février 1989 (articles 5 et 9) et règlement 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, *J.O.U.E.*, 14 janvier 1994 (articles 9, 12 et 13).

⁸ Directive 2000/31 du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, 17 juillet 2000 (article 14).

⁹ Cette impression devra être quelque peu nuancée, comme nous le soulignerons ultérieurement dans notre analyse critique.

Dans le cas de l'annonceur, l'existence d'un usage du signe est difficilement contestable puisqu'il associe volontairement la marque à ses produits ou services dans le cadre de sa communication via les liens publicitaires de Google. La Cour de justice conclut donc logiquement à un usage du signe par l'annonceur (point 52).

Dans la mesure où Google n'utilise quant à elle pas le signe dans le cadre de sa communication (la marque étant employée en relation avec les seuls produits ou services de l'annonceur), la Cour de justice considère qu'il n'y a pas « usage » du signe au sens du droit des marques (point 56). La Cour ajoute que la circonstance que Google est payée pour les services litigieux ne permet pas de renverser cette conclusion car cela ne suffit pas pour établir un usage du signe par Google (point 57).

La suite du raisonnement de la Cour de justice concernant le droit des marques ne porte donc plus que sur la situation des annonceurs puisque l'absence d'usage du signe par Google permet d'évacuer l'examen des autres conditions nécessaires pour établir une atteinte à la marque.

4. La Cour aborde ensuite la question de l'usage du signe « pour distinguer des produits ou services ». À cet égard, elle observe qu'il n'est pas nécessaire que la marque soit mentionnée dans l'annonce publicitaire pour caractériser l'usage car celui-ci est établi par la seule acquisition du mot clé y correspondant en vue de créer un lien avec le site web de l'annonceur (points 65 et s.)¹⁰.

Afin d'être illicite, l'usage du signe protégé doit en outre porter atteinte aux fonctions de la marque.

En ce qui concerne la fonction d'indication d'origine, qui constitue la fonction première de la marque, la Cour de justice souligne que l'atteinte requiert que l'annonce litigieuse ne permette pas de distinguer les services de l'annonceur de ceux du titulaire de la marque (ou laisse penser qu'il existe un lien économique entre l'annonceur et le titulaire)¹¹. La Cour indique que la circonstance qu'un lien apparaisse en position privilégiée lorsque l'internaute introduit la marque comme mot clé pour effectuer une recherche « est de nature à accréditer l'existence d'un lien matériel dans la vie des affaires entre les produits ou services concernés et le titulaire de la marque » (point 85). Elle ajoute cependant qu'il revient à la juridiction nationale, au regard de tous les éléments de faits de la cause, d'apprécier l'existence d'une atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque (points 88 et 89).

La fonction publicitaire de la marque peut également être altérée par les agissements de l'annonceur ayant acquis la marque comme mot clé. Il y a atteinte à cette fonction de la marque lorsque l'usage qu'en fait l'annonceur nuit à l'emploi, par le titulaire, de sa marque en tant qu'élément de promotion des ventes ou en tant qu'instrument de stratégie commerciale (point 92). La Cour observe que l'usage de la marque par l'annonceur peut avoir deux répercussions négatives. D'une part, lorsque le titulaire veut lui-même acheter sa marque en tant que mot clé auprès de Google, il devra payer un prix plus élevé s'il veut que son annonce apparaisse en bonne position. D'autre part, le titulaire court le risque de voir les annonces de tiers surclasser les siennes si les tiers concernés acceptent de payer plus cher

¹⁰ Cette position est logique et conforme à la jurisprudence en matière de metatags (voy. A. CRUQUENAIRE, « Droit des signes distinctifs », in Y. POULLET (dir.), *Droit de l'informatique et des technologies de l'information : chronique de jurisprudence (1995-2001)*, Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 41, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 89-90).

¹¹ Point 84.

pour le mot clé correspondant à la marque. Ces deux problèmes posés au titulaire ne suffisent pas, selon la Cour de justice, pour établir une atteinte à la fonction publicitaire de la marque. En effet, au-delà des liens publicitaires, le site du titulaire de la marque devrait normalement apparaître en bonne position dans les résultats « naturels » du moteur de recherche, ce qui en assure la visibilité et permet de conclure à l'absence d'atteinte à la fonction publicitaire de la marque (points 94 à 98).

5. La Cour aborde enfin la qualification des services de Google par rapport à la directive sur le commerce électronique. L'enjeu est important, car une éventuelle qualification en hébergeur permettrait à Google d'invoquer le bénéfice du régime d'exonération de responsabilité stipulé à l'article 14 de la directive sur le commerce électronique. Cette qualification suppose que le prestataire joue un rôle de simple intermédiaire technique et soit purement passif au regard du contenu véhiculé sur le réseau.

Par rapport à la situation de Google, la Cour relève que le prestataire décide de l'ordre d'affichage des annonces publicitaires en fonction de la rémunération qui lui est allouée. Cet élément ne suffit toutefois pas dans l'esprit de la Cour pour écarter le caractère passif requis par la directive sur le commerce électronique (point 116). Le rôle joué par Google dans la rédaction du message publicitaire accompagnant le lien promotionnel constitue, par contre, un élément décisif (point 118), mais cet examen relève des prérogatives de la juridiction nationale (point 119).

II. ANALYSE CRITIQUE DE L'ARRÊT DE LA C.J.U.E.

6. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Google* appelle de nombreux commentaires. Compte tenu de la limite des présents développements, nous

centrerons sur quatre réflexions. Nous nous interrogerons tout d'abord sur la portée de l'arrêt concernant la notion d'usage de la marque (A.). L'arrêt commenté constitue en outre une décision importante dans la définition des conditions d'une atteinte à la fonction d'identification d'origine (B.) ou d'une atteinte à la fonction publicitaire de la marque (C.). Enfin, il convient de revenir brièvement sur les critères de la qualification d'hébergeur (D.).

A. La notion d'« usage » de la marque

7. La Cour de justice envisage l'usage de la marque en deux temps: tout d'abord, « l'usage dans la vie des affaires » (points 50 à 59), et, ensuite, l'usage « pour des produits ou services » (points 60 à 74).

Cette analyse suit la logique des dispositions de la directive sur les marques et du règlement sur la marque communautaire. Dans son raisonnement, la Cour semble toutefois ajouter une condition à celles prescrites par les textes. Classiquement, la première exigence porte sur l'usage du signe dans le cadre d'activités commerciales (par opposition aux activités relevant du domaine privé)¹². La Cour le rappelle d'ailleurs (point 50). Elle ajoute cependant que le prestataire de services de référencement devrait faire « une utilisation du signe dans le cadre de sa propre communication commerciale » pour que l'on puisse considérer qu'il utilise la marque (point 56). Or, Google ne fait que permettre à ses clients d'utiliser la marque (ou des signes similaires) sans en faire elle-même usage pour sa propre communication.

Ce faisant, la Cour n'ajoute-t-elle pas une condition à celles prescrites par les textes? En effet, la question du lien entre l'usage du signe et les produits ou services commercialisés par

¹² A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 390, n° 355bis.

le prestataire relève de la seconde condition précitée, à savoir l'appréciation d'un usage « pour distinguer des produits ou services »¹³. Introduire ces considérations à cette étape du raisonnement peut apparaître comme une simple redondance. On peut toutefois légitimement se demander si, par cet ajout, la Cour ne restreint pas la possibilité d'invoquer l'interdiction d'usage « autrement que pour distinguer des produits ou services » offerte par l'article 5, § 5, de la directive 89/104. Cette protection complémentaire et facultative de la marque – qui a été mise en place dans le Benelux¹⁴ – permet au titulaire d'empêcher les utilisations du signe qui ne visent pas à distinguer des produits ou services mais qui soit tirent indûment profit de la renommée ou du caractère distinctif de la marque, soit leur portent préjudice. Le but de cette protection spécifique est de sanctionner tout autre dommage porté à la marque que celui à la fonction d'identification¹⁵. Il s'agit donc de protéger la marque contre toute atteinte à son pouvoir d'attraction pour le public concerné¹⁶. Dans ce contexte, exiger d'une manière générale un usage de la marque dans le cadre de la communication propre du prestataire de services de référencement pourrait empêcher le recours à la protection complémentaire de la marque dans certaines circonstances et notamment dans le cas d'espèce. Google n'utilise en effet pas

le signe pour sa propre communication mais vend l'usage de ce signe à des annonceurs.

L'arrêt de la Cour de justice doit cependant être apprécié au regard de la portée des dispositions communautaires applicables en la matière. L'article 5, § 5, de la directive 89/104 offre une option aux États membres leur permettant de prévoir une protection des marques pour les usages « autrement que pour distinguer des produits ou services ». Cette protection ne fait donc pas partie du domaine harmonisé par la directive. Par conséquent, les conditions de cette protection relèvent des législateurs et juridictions nationales des États membres¹⁷. L'arrêt prononcé par la Cour de justice dans l'affaire *Google* ne devrait dès lors avoir aucune incidence sur la possibilité d'invoquer la protection complémentaire mise en place par l'article 2.20, 1, d, de la CBPI¹⁸.

À cet égard, on observera que, de longue date, la jurisprudence de la Cour de justice Benelux a d'ailleurs expressément écarté l'exigence que l'usage du signe soit fait par le tiers « en vue de favoriser le commerce de ses propres marchandises ou services », car cela reviendrait à affecter la protection contre les « autres usages » d'une limite qui ne trouve aucun fondement dans le texte de la disposition concernée¹⁹.

¹³ Les conclusions de l'avocat général Maduro allaient d'ailleurs en ce sens. Voy. C.J.U.E., aff. jointes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, conclusions de l'avocat général Maduro, présentées le 22 septembre 2009, disponibles sur le site web officiel de la Cour, à l'adresse <http://curia.europa.eu>, points 39, 40 et 55 (détaillant les deux types d'usages effectués par Google, selon le magistrat).

¹⁴ Article 2.20, 1, d, de la Convention Benelux sur la propriété intellectuelle (CBPI).

¹⁵ A. BRAUN et E. CORNU, *Précis des marques*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 479.

¹⁶ C.J. Benelux, 22 mai 1985, *Ing.-Cons.*, 1985, p. 189.

¹⁷ Voy. C.J.U.E., 21 novembre 2002, aff. *Arsenal*, C-23/01, disponible sur le site web officiel de la Cour, à l'adresse <http://curia.europa.eu>, points 30 et s.

¹⁸ Dans l'arrêt du 8 juillet 2010 (C.J.U.E., 8 juillet 2010, C-558/08, disponible sur le site web officiel de la Cour, à l'adresse <http://curia.europa.eu>), la juridiction néerlandaise avait notamment interrogé la Cour sur la protection contre les « autres » usages de la marque. Malheureusement, la Cour a éludé la question en s'appuyant sur son libellé conditionnel.

¹⁹ C.J. Benelux, 9 juillet 1984, A 82/2 et A 82/3, *Rec. CJ Benelux*, 1984, pp. 7 et 8 (l'arrêt portait sur la protection élargie de la marque renommée – ancien article 13, A, 1, c, de la loi uniforme Benelux sur les marques – mais ses considérations sont parfaitement et logiquement transposables à la protection du titulaire contre les « autres usages »). Voy. les commentaires de A. BRAUN

JURISPRUDENCE

Dans le Benelux²⁰, les agissements de Google auraient donc pu être analysés sous l'angle de la disposition spécifique visant les « autres usages » de la marque. Dans ce contexte, il nous semble que la méthode de rémunération de Google pourrait, à elle seule, constituer un élément décisif dans la preuve d'un profit indu tiré de la renommée des marques. En effet, les services de référencement payant voient leur prix augmenter en fonction de la popularité du signe acheté par l'annonceur, ce qui offre une prime à Google pour les mots clés les plus populaires tels que les marques renommées. On ajoutera que l'usage des marques dans le cadre du service *AdWords* est de nature à porter atteinte à leur pouvoir distinctif en les associant à des contenus illicites ou concurrents. Certes, l'usage que fait Google est d'une nature particulière puisque ce que Google offre comme service est l'usage d'un signe déterminé dans le cadre de son système de référencement payant. Le cas est inhabituel, mais il pourrait parfaitement être qualifié d'usage du signe au sens de l'article 2.20, 1, d de la CBPI, compte tenu de la *ratio legis* de cette disposition²¹.

8. Par ailleurs, lorsqu'elle examine l'existence d'un usage « au titre de marque » par l'annonceur, la Cour souligne que la notion d'usage doit être entendue d'une manière large (l'énumération de l'article 5, § 3 de la directive 89/104 étant jugée purement exemplative)²². Cette appréciation tranche avec l'approche pour le moins restrictive retenue par la Cour lorsqu'elle vérifie l'existence d'un usage par Google.

9. Afin d'établir l'atteinte à la fonction d'indication d'origine par l'annonceur, la Cour impose que le signe soit utilisé d'une manière ne permettant pas (ou difficilement) aux internautes normalement informés et raisonnablement attentifs de savoir si les produits ou services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'un tiers (points 84 et 90).

Cette exigence – assimilable à un risque de confusion²³ – ne devrait pourtant pas jouer dans l'hypothèse d'une utilisation du signe en tant que marque pour des produits ou services identiques à ceux couverts par la marque.

Selon la jurisprudence de la Cour, l'atteinte à la fonction d'indication d'origine est établie lorsqu'en raison de l'usage litigieux, le signe ne permet plus de garantir au consommateur que les produits ou services commercialisés le sont sous le contrôle d'une entreprise unique qui est responsable d'en vérifier la qualité²⁴. Tel devrait être le cas lorsqu'un tiers offrant des produits concurrents fait usage du même signe pour référencer son site web.

La Cour se réfère à son arrêt *Céline*, dans lequel elle a considéré que l'usage du signe par un tiers en tant que nom commercial ou dénomination sociale (sans apposition sur les produits commercialisés) constituait un usage en tant que marque lorsque le tiers utilise le signe en manière telle que le consommateur fasse un lien entre le nom commercial et les

et E. CORNU, *Précis des marques*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, n° 355.

²⁰ Sous réserve d'un revirement de la jurisprudence de la Cour Benelux.

²¹ Dans le même sens, voy. J.-J. EVRARD, « Arrêt Google: exonération de responsabilité en droit de la marque pour le système de référencement *AdWords*? », *J.D.E.*, 2010, p. 177.

²² Points 65 et 66.

²³ J.-J. EVRARD, « Arrêt Google: exonération de responsabilité en droit de la marque pour le système de référencement *AdWords*? », *op. cit.*, p. 177 (rappelant que le risque de confusion ne constitue pas une condition de l'atteinte à la marque lorsqu'il s'agit de produits ou services identiques).

²⁴ C.J.U.E., 12 novembre 2002, aff. *Arsenal*, C-206/01, disponible sur le site web officiel de la Cour, à l'adresse <http://curia.europa.eu>, point 48. Voy. aussi C.J.U.E., 11 septembre 2007, aff. *Céline*, C-17/06, disponible sur le site web officiel de la Cour, à l'adresse <http://curia.europa.eu>, point 27.

produits vendus par le tiers²⁵ et portait atteinte à la fonction d'origine si le consommateur est susceptible d'interpréter l'usage du signe comme indiquant la provenance des produits en cause²⁶.

Le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Google* nous semble inspiré de la même logique, mais l'application des principes au cas d'espèce pose question.

Dans le cas du référencement payant sur Google, les annonceurs utilisent le signe d'une manière telle qu'un lien se noue nécessairement dans l'esprit du consommateur internaute entre la marque et les produits de l'annonceur (produits concurrents ou contrefaisants selon les hypothèses). Ce lien est un corollaire du processus de référencement payant : c'est parce qu'il recherchait les produits du titulaire de la marque²⁷ que l'internaute se trouve face à une annonce d'un concurrent ou contrefacteur de ces produits²⁸.

L'arrêt *Google* semble donc constituer un pas en arrière. L'internaute averti se rendra vite compte que le lien publicitaire ne le mène pas sur le site du titulaire de la marque. Le mal sera cependant fait ! Visitant le site d'un concurrent ou contrefacteur, le consommateur pourrait être tenté par les produits concurrents ou par l'acquisition de « bonnes imitations » sensiblement moins onéreuses que les produits du titulaire de la marque. La circonstance qu'un

examen du contenu du site web permette de faire la distinction entre le titulaire de la marque et l'annonceur n'est nullement évasive d'une atteinte à la fonction essentielle de la marque²⁹. En effet, en tolérant l'usage de la marque par un tiers dans *AdWords*, on affaiblit le pouvoir de la marque à garantir que les produits qui y sont associés sont distribués sous le contrôle exclusif du titulaire³⁰. Ce que fait la Cour revient à dire au titulaire de la marque Lacoste qu'il doit tolérer la vente de polos affublés d'un « faux crocodile » sous prétexte que l'étiquette figurant à l'intérieur du polo mentionne que celui-ci n'est pas un produit original Lacoste. De tels usages portent indiscutablement atteinte à la fonction de garantie d'origine de la marque. Le but de l'annonceur est clairement de spéculer sur le fait que, dans un premier temps, un lien va s'établir, dans le processus de consultation du moteur de recherches, entre la marque et le mot clé y correspondant. Permettre à l'annonceur d'échapper à toute sanction sous prétexte qu'il dissiperait tout risque de malentendu par le libellé de son annonce revient à affaiblir la protection de la fonction de base de la marque. Le raisonnement de la Cour ne peut donc être suivi sur ce point.

Un dernier mot concernant les conclusions de l'avocat général Maduro. Le magistrat y avait distingué la réservation de mots clés de l'affichage des annonces pour conclure à l'absence d'atteinte dans le cas de la première³¹. Le raisonnement n'emporte pas la conviction car

²⁵ C.J.U.E., 11 septembre 2007, aff. *Céline*, C-17/06, disponible sur le site web officiel de la Cour, à l'adresse <http://curia.europa.eu>, point 23.

²⁶ Arrêt *Céline*, point 27. La Cour s'y réfère en outre à l'arrêt *Arsenal* pour rappeler que la marque doit permettre de garantir que tous les produits qui y sont associés sont distribués sous le contrôle du titulaire.

²⁷ On peut en effet raisonnablement le présumer puisque l'internaute a consulté Google en introduisant la marque concernée comme terme de sa recherche.

²⁸ En ce sens, voy. Bruxelles, 11 février 2009, *R.D.T.I.*, 2009, p. 127 (concluant à l'absence d'atteinte à la marque, mais pour d'autres motifs).

²⁹ *Contra*, voy. A. DE FRANCOUEN, « La nature de l'usage d'une marque en tant qu'*Adword* », *R.D.T.I.*, 2009, pp. 134 et s.

³⁰ Dans le même sens, voy. J.-J. EVRARD, « Arrêt *Google* : exonération de responsabilité en droit de la marque pour le système de référencement *AdWords*? », *J.D.E.*, 2010, p. 176.

³¹ C.J.U.E., aff. jointes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, conclusions de l'avocat général Maduro, présentées le 22 septembre 2009, disponibles sur le site web officiel de la Cour, à l'adresse <http://curia.europa.eu>, points 147 à 154.

JURISPRUDENCE

il est artificiel de scinder l'usage des services de Google de la sorte. La réservation de mots clés se fait uniquement dans le but de l'affichage d'annonces et ne peut donc en être détachée dans l'analyse juridique du cas. Technique-ment, le processus comporte effectivement deux étapes, mais elles constituent les deux éléments indissociables d'un seul et même service³².

B. L'atteinte à la fonction publicitaire

10. La marque a non seulement pour objet d'indiquer la provenance des produits ou services (fonction d'identification d'origine) mais également d'informer et de persuader les consommateurs (fonction publicitaire). Confor- mément à la jurisprudence récente de la Cour, il y a atteinte à la fonction publicitaire lorsque l'usage litigieux « porte atteinte à l'emploi de la marque, par son titulaire, en tant qu'élément de promotion des ventes ou en tant qu'instrument de stratégie commerciale » (point 92)³³.

Dans son appréhension des éléments de la cause, la Cour nous surprend. En effet, elle conclut à l'absence d'atteinte à la fonction publicitaire de la marque après avoir relevé, d'une part, que l'usage de la marque par l'an- nonceur impose au titulaire de la marque de payer un prix plus élevé s'il souhaite faire apparaître son site web en meilleure position que ceux des annonceurs tiers, et, d'autre part, que le titulaire court le risque de voir les annonces de tiers surclasser les siennes si les tiers concernés acceptent de payer plus cher pour le mot clé correspondant à la marque. La Cour parvient à sa conclusion négative en arguant du fait que, au-delà des liens publi- citaires, le site du titulaire devrait « normale- ment »³⁴ apparaître en bonne position dans les résultats « naturels » du moteur de recherche qui sont fondés sur une analyse plus objective du contenu des sites.

À suivre la logique de l'arrêt commenté, le titulaire de marque ne pourrait s'opposer à ce qu'un annonceur utilise sa marque comme mot clé, même lorsque cela permet à l'annon- ceur d'apparaître d'une manière plus favorable, puisque le référencement payant n'est pas le seul mode permettant d'assurer la visibilité d'un site web sur le moteur de recherches Google. Dans les prémisses de son raisonne- ment, la Cour avait pourtant rappelé que l'at- teinte à la fonction publicitaire est consommée lorsque l'usage du signe par le tiers est de nature à nuire à l'emploi de la marque par son titulaire en tant qu'élément de promotion des ventes ou en tant qu'instrument de stratégie commerciale (point 92). En l'espèce, l'annon- ceur (concurrent ou distributeur de contrefa- çons) perturbe incontestablement la stratégie commerciale du titulaire de marque en s'as- surant une visibilité privilégiée sur le moteur

³² Cette approche nous rappelle le débat sur la quali- fication juridique d'une transmission d'œuvre protégée via Internet. En se focalisant sur le processus tech- nique, d'aucuns se sont interrogés sur l'existence d'une communication au public ou d'une suite de reproductions provisoires (sur les différents serveurs participant à la transmission et sur l'ordinateur récepteur final). La qualification de communication au public a été consacrée car celui qui transmet une œuvre via Internet décide de mettre l'œuvre à disposition directe du public, même si cette mise à disposition implique une multitude de reproductions temporaires au cours du processus technique de transmission. À ce propos, voy.: Bruxelles, 28 octobre 1997, *A&M*, 1997, p. 383; A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p. 138, n° 272; S. DUSOL- LIER, « Droit d'auteur », in Y. Poullet (dir.), *Droit de l'infor- matique et des technologies de l'information : chronique de jurisprudence (1995-2001)*, Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 41, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 67.

³³ Voy. spéc. C.J.U.E., 18 juin 2009, aff. *L'Oréal*, C-487/07, disponible sur le site web officiel de la Cour, à l'adresse <http://curia.europa.eu>, points 58, 65 et 78 à 80. Sur la portée de cette jurisprudence, voy. S. DUSOLLIER, « Les droits intellectuels (chronique décembre 2008 – octobre 2009) », *J.D.E.*, 2010, p. 55.

³⁴ Terme employé par la Cour elle-même, ce qui indique bien le caractère incertain de cet élément sur lequel elle fonde pourtant son raisonnement.

de recherches le plus populaire de l'Internet. Pour prendre une comparaison dans le monde «réel», c'est un peu comme si l'on écartait l'atteinte à la fonction publicitaire lorsque l'annonceur concurrent va systématiquement surcoller les affiches promotionnelles du titulaire de la marque. L'atteinte à la fonction publicitaire nous paraît manifeste lorsque l'annonceur achète un mot clé correspondant à la marque d'un concurrent. Il y a là une nette régression par rapport à la jurisprudence récente de la Cour, alors que cette dernière indique clairement s'y référer.

C. La notion d'hébergeur

11. L'arrêt était également attendu concernant la notion d'hébergeur contenue à l'article 14 de la directive sur le commerce électronique.

À cet égard, la Cour est relativement prudente. Elle rappelle que le fondement du régime particulier d'exonération de responsabilité réside dans la nature passive du rôle de l'hébergeur par rapport au contenu mis en ligne.

Ce critère de la passivité est défini par la Cour en référence au fait que le prestataire de services joue un rôle «purement technique, automatique et passif» impliquant que ledit prestataire «n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées» (point 113). L'évolution des services en ligne incite à adopter une interprétation «contextuelle» de la notion d'hébergement telle qu'elle est définie dans la directive sur le commerce électronique, car cette dernière a défini des critères en fonction du contexte technique existant lors de son adoption³⁵. En l'espèce, la Cour nous semble relativement favorable à Google lorsqu'elle juge que la sélection de l'ordre d'affichage des annonces (sur la base de critères financiers démontrant de surcroît qu'elle en tire

un bénéfice) ne suffit pas à écarter la qualification d'hébergeur. En effet, organiser le contenu selon des critères qu'elle fixe (et basés sur la rémunération) place Google dans une logique différente de celle d'un intermédiaire dont le rôle serait purement technique et passif³⁶. La circonstance que l'organisation du contenu affiché sur Google est gérée d'une manière informatique (par des logiciels) et donc automatisée n'est pas pertinente, car c'est Google qui détermine les modalités de fourniture des services et non les contraintes propres à l'environnement spécifique de l'Internet.

Pour le surplus, la Cour renvoie logiquement à la juridiction nationale quant à l'appréciation du rôle exact de Google dans le cas d'espèce.

CONCLUSION

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Google va nourrir la réflexion juridique dans les mois, voire les années, à venir. Il s'agit incontestablement d'un arrêt majeur pour le droit des technologies de l'information et le droit des marques.

Il nous inspire toutefois des réserves. En droit des marques, la position de la Cour est, sur plusieurs points, en net retrait de sa jurisprudence récente. Tel est le cas pour la définition des critères de l'atteinte aux fonctions (à la fois d'identification d'origine et publicitaire) de la marque. Nous nous interrogeons par ailleurs sur la portée de l'arrêt concernant la notion d'usage de la marque, car il pourrait être lu comme imposant une nouvelle exigence qui ne figure pas dans le texte de la directive 89/104. Enfin, l'arrêt nous semble un peu trop favorable à Google lorsqu'il envisage la possible application du régime d'exonération de responsabilité propre aux hébergeurs.

³⁵ En ce sens, voy. la note fouillée d'E. MONTERO, «Les responsabilités liées au web 2.0», *R.D.T.I.*, 2008, pp. 363 et s.

³⁶ Voy. not. Cass. fr., 14 janvier 2010, *A&M*, 2010, p. 170.

JURISPRUDENCE

L'arrêt *Google* renfermait en lui tous les ingrédients d'un grand arrêt de principe. La difficulté d'en concilier les motifs principaux avec la jurisprudence antérieure de la Cour, alors que cette dernière y affirme pourtant clairement sa volonté de s'inscrire dans la continuité, devrait toutefois conduire à en atténuer sensiblement la portée.

Alexandre Cruquenaire