



Lettre N°43 : 2010

La CJCE se prononce sur les liens commerciaux.

Par Monsieur le Professeur Jérôme Huet

Par trois arrêts, rendus le 20 mai 2008, la Cour de cassation a traité de l'atteinte aux marques que la commercialisation des liens commerciaux peut constituer (Com. 20 mai 2008, 06-15.136, trois arrêts dont un publié au bulletin, D. 2009. 1065, avec I Gavanon).

Le dispositif des trois arrêts diffère légèrement mais la solution retenue est identique et consiste à demander à la Cour de justice des Communautés européenne quelle interprétation doit être faite de la directive 89/104/CEE de 1988 sur les marques et, dans le cas où celle-ci n'autorise pas le titulaire du droit intellectuel à interdire un tel commerce fait de sa marque, l'interprétation à donner à la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique qui déclare que la responsabilité de l'hébergeur ne peut être retenue avant qu'il ait été informé de l'illicéité de son action par la victime. Dans un des arrêts (l'arrêt Vuitton Malletier) la Cour de cassation demande, en outre, si le titulaire d'une marque renommée pouvait s'opposer à un tel usage. La Cour de cassation demandait à la Cour de justice l'interprétation à retenir des articles, 5 §1 sous a) et b) de la directive de 1989, l'article 5 § 4, de l'article 9 § 1 sous c) et de l'article 14 de la directive de 2000. De cette façon la Cour suprême française botte en touche, mais non sans raison.

Au cœur de la réflexion se trouvait la notion d'« usage dans la vie des affaires » et la Cour de cassation a estimé utile d'avoir sur ce point l'opinion des magistrats de Bruxelles.

L'interrogation est compréhensible dès lors qu'il s'agit d'une notion que la directive de 1988 a utilisée comme pivot de l'article 5 qui reconnaît au titulaire d'une marque un « droit exclusif » et donc, à son titulaire, la faculté d'interdire son usage par un tiers, en l'absence de son consentement, dans la vie des affaires soit qu'il s'agisse d'un signe identique ou, s'agissant d'un signe similaire s'il en résulte une confusion (§ 1 de la directive), soit lorsque cette marque jouit d'une renommée et que son usage permet de tirer indirectement profit de celle-ci (§ 2 de la directive). Certes, la question de l'interprétation de cette notion avait déjà été posée à la Cour de justice en 2002. Mais il s'agissait toujours de savoir si l'apposition de la marque par un tiers sur ses produits relève bien de la vie des affaires (V. CJCE 12 novembre 2002, D. 2003. 755, note de Greffe et Barthelemy). Restait donc en suspend la question de savoir si l'usage à titre de lien commercial constituait bien un « usage dans la vie des affaires ». Pour souligner que ce pouvait bien être le cas, la Cour de cassation précise qu'il s'agit, en l'occurrence, d'un « service de référencement payant ».

Il est vrai que l'usage fait par Google des marques d'autrui comme mot-clef pour déclencher des liens commerciaux n'est pas destiné à désigner des produits ou services, comme c'est requis par le droit des marques pour justifier le grief de contrefaçon (V. J. Passa, Droit de la propriété industrielle, tome 1, 2006, n° 240 et s., et n° 471). Mais l'internet, et ses facultés innombrables et nouvelles, ne justifient-ils pas une entrave aux règles juridiques à cet égard ? Ou alors, tout en conservant une stricte orthodoxie, ne raisonnera-t-on pas indirectement en disant : l'utilisateur du lien commercial se rend coupable de contrefaçon en faisant usage de ce dernier pour orienter vers des produits ou services qu'il commercialise et Google se rend complice de cet acte de contrefaçon en lui fournissant les moyens.

C'est très subsidiairement que la Cour de cassation demande l'interprétation de la notion d'hébergeur. Là encore, celle-ci sert de clef pour le déclenchement d'un régime allégé de responsabilité. Et la directive de 2000 en fait une notion capitale de son dispositif, qui mérite une interprétation uniforme par la Cour de justice. Mais il n'est pas sûr que celle-ci se prononce sur ce point. Et c'est cela qui donne à ces questions un caractère subsidiaire, car si la Cour de justice donne une interprétation de la directive de 1988 qui permette au titulaire de la marque violée d'en interdire l'usage à Google, il ne sera pas nécessaire de savoir si

celui-ci est ou non hébergeur. C'est pourquoi, sans doute, les magistrats français continuent de se prononcer eux-mêmes sur l'application qu'il convient de faire de la notion d'hébergeur à de tels intervenants.

Ainsi sollicitée, la Cour de justice s'est prononcée le 23 mars 2010 en déclarant que Google ne pouvait pas être considéré comme coupable de contrefaçon, au sens des textes qu'elle avait à interpréter. La Cour a dit pour droit :

« 1) Les articles 5, paragraphe 1, sous a), de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, et 9, paragraphe 1, sous a), du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, doivent être interprétés en ce sens que le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un annonceur de faire, à partir d'un mot-clé identique à ladite marque que cet annonceur a sans le consentement dudit titulaire sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, de la publicité pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée, lorsque ladite publicité ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers.

2) Le prestataire d'un service de référencement sur Internet qui stocke en tant que mot clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe au sens de l'article 5, paragraphes 1 et 2, de la directive 89/104 ou de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 40/94.

3) L'article 14 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), doit être interprété en ce sens que la règle y énoncée s'applique au prestataire d'un service de référencement sur Internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées. S'il n'a pas joué un tel rôle, ledit prestataire ne peut être tenu responsable pour les données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du

caractère illicite de ces données ou d'activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données ».

Si l'on s'accorde aisément avec la Cour de justice pour dire que l'exploitant de liens commerciaux ne commet pas, lui même, de contrefaçon, ce qui laisse entières les questions de complicité et de faute, on doit souligner encore une fois que ce qui donne à quelqu'un une qualité autre que celle d'hébergeur n'est pas qu'il joue ou non « un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées », mais qu'il exerce une activité où il doit le faire...

Liens commerciaux : rigueur et paradoxes se côtoient dans la décision « eBay »

Par Bertrand Pautrot

A propos de la décision TGI Paris, 3e ch., 4e sect., 11 février 2010, Louis Vuitton Malletier c/ eBay, n°09/01480.

1. - En matière de liens commerciaux, les affaires se suivent mais les faits ne se ressemblent pas toujours. C'est pour cette raison que les juridictions internes n'ont pas à décréter un statu quo général dans l'attente de la prochaine décision très attendue de la CJCE suite aux questions préjudicielles posées par la Cour de cassation française le 20 mai 2008 concernant notamment la qualification de contrefaçon à l'encontre de Google en raison de son programme « Adwords » [1]. La récente décision du TGI de Paris dans une affaire « eBay » démontre ce phénomène grâce à des juges qui ont su saisir toute la subtilité de faits très différents de ceux rencontrés classiquement dans les affaires de liens commerciaux bien que leur motivation ne soit pas entièrement rigoureuse en tous points.

2. - Il s'agissait, en l'espèce, de publicités contenant des liens commerciaux dirigeant vers les sites exploités par eBay affichées dans les résultats de certains moteurs de recherche suite à la saisie de mots-clés correspondant aux marques de la société Louis Vuitton Malletier avec, néanmoins, une coquille. A titre d'illustration l'un des mots-clés à l'origine de l'affichage de

ces publicités était « VUITON » proche de la marque protégée « VUITTON ». Ce genre d'élément factuel fait inmanquablement penser à la technique voisine dite du « typosquatting » consistant à réserver un nom de domaine reproduisant une marque mal orthographiée afin d'attirer du trafic sur une page contenant bien souvent que des liens commerciaux (ou site parking). Assiste-t-on alors à l'émergence du « typokeywording », nouvelle technique ingénieuse pour générer du trafic par le biais non pas de noms de domaine mais de liens commerciaux ? Quoi qu'il en soit, la société Louis Vuitton Malletier s'estima lésée par ces liens commerciaux et assigna les sociétés du groupe eBay devant la juridiction parisienne en invoquant, à titre principal, la contrefaçon et l'atteinte à la renommée de ses marques et, à titre subsidiaire, la responsabilité civile fondée sur les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil ainsi que la concurrence déloyale et la publicité trompeuse. Au soutien de ses demandes, la demanderesse soulignait qu'eBay conseille à ses clients d'avoir recours à la publicité contextuelle et notamment de réserver des mots-clés contenant des coquilles et que, en tout état de cause, eBay n'est pas en mesure de prouver que ces mots-clés ont été réservés par des tiers. En défense, eBay demandait de surseoir à statuer dans l'attente de la prochaine décision de la CJCE susmentionnée. En outre, eBay suggérait aux juges de distinguer entre les réservations de mots-clés de son propre fait (ou plus exactement par le biais d'un logiciel interne procédant de manière automatisée) et celles du fait de tiers affiliés. Pour les premiers, eBay invoquait une erreur de sa part et indiquait, en tout état de cause, que les produits désignés par les liens commerciaux ne répondaient pas à la même spécialité. Pour les seconds, la société défenderesse faisait valoir qu'il ne pouvait lui être imputé de contrefaçon du fait de tiers, la simple négligence fautive n'étant pas suffisante. Au surplus, eBay considérait que ces mots-clés n'étaient pas utilisés à titre de marque et que les produits vers lesquels les publicités renvoyaient étaient authentiques.

3. - Confrontés à ces différents éléments, les juges de la 3e chambre du TGI de Paris ont opéré un tri pour finalement retenir la contrefaçon à l'encontre d'eBay à raison de l'usage des marques de Louis Vuitton Malletier dans le texte des publicités déclenchées par les mots-clés réservés par le site de vente aux enchères (I) et exclure la responsabilité civile

d'eBay pour ce qui concerne l'usage des marques de la demanderesse par la réservation de mots-clés par des tiers affiliés (II).

I - L'usage de la marque dans des publicités affichées par des mots-clés réservés par eBay est une contrefaçon et une atteinte à la renommée des marques

A. L'imputation des faits de réservation des mots-clés

4. - Les juges parisiens commencèrent très rigoureusement par une analyse de l'imputabilité des agissements reprochés à eBay. A cet égard, le tribunal déclare qu'« [i]l est constant que la caractérisation de la contrefaçon suppose la démonstration d'un fait personnel imputable au contrefacteur ». Voici donc une fois de plus traité, en matière de liens commerciaux, la notion déjà évoquée dans l'affaire Eurochallenges sous le terme de « contrefaçon pour autrui » [2] consistant à imputer à un acteur de l'internet des faits directement imputables à des tiers. En l'espèce, le TGI de Paris balaye cette notion d'un revers de manche en soulignant que bien qu'eBay profite de liens commerciaux pointant vers des pages de son site, il ne peut lui être raisonnablement reproché la réservation de mots-clés par des tiers même affiliés et, a fortiori, la rédaction des publicités que ces mots-clés particuliers déclenchent. Dès lors, les juges parisiens furent dans l'obligation de distinguer, au vu des constats présentés, les mots-clés effectivement réservés par eBay de ceux éventuellement réservés par des tiers. Pour ce faire, les juges remarquent de manière très habile qu'en dépit des dernières conclusions de la défenderesse plutôt évasives à ce sujet, eBay avait reconnu dans des conclusions antérieures la réservation de certains mots-clés visés par les constats parmi lesquels « VITON », « WUITTON » ou encore « LOUISVITON ». En conséquence, la société défenderesse ne saurait revenir sur cette déclaration sans démontrer qu'elle constituait une erreur ou tout simplement prouver le contraire. Enfin, la cour signale que pour les autres mots-clés non visés dans ces conclusions, eBay n'est pas astreint à réfuter la présomption que semblait invoquer la société Louis Vuitton Malletier consistant en ce que tous les mots-clés déclenchant des publicités en faveur des pages de eBay soient présumés

réservés par le site d'enchères en ligne. Cette position est heureuse, profiter n'étant que très rarement équivalent à commettre...

B. La contrefaçon et l'atteinte à la renommée des marques à raison du texte des annonces

5. - Une fois déterminées les publicités déclenchées par les mots-clés effectivement réservés par eBay, le tribunal de grande instance s'attacha à étudier le texte des annonces ainsi que les pages vers lesquelles les liens commerciaux associés dirigeaient afin de décider si la contrefaçon était qualifiée. Au vu des constatations, plusieurs types d'annonces apparaissaient. Le premier type, correspondant aux annonces apparaissant par le moteur de recherche Google, répondait à la structure suivante : « sacs [mot-clé] Tout l'univers [mot-clé] Comparez, trouvez, achetez, vendez ». Le second type, correspondant aux publicités sur les moteurs de recherche Yahoo ! et Alta Vista, répondait à la structure : « sacs [mot-clé] Emportez les partout : sacs à main stylisés à prix fous sur eBay ». Enfin, le troisième type, correspondant aux annonces sur le moteur de recherche MSN, fonctionnait sur la structure suivante : « sacs [mot-clé] *www.eBay.fr Découvrez un énorme choix de sacs à main de grandes marques sur eBay ! Tout l'univers [mot-clé]* ». Concernant les pages vers lesquelles les liens commerciaux redirigeaient la majorité affichaient que « la recherche n'a permis de trouver aucun objet », d'autres présentaient de manière assez étonnante des objets tels qu'un tableau d'éveil, un pulvérisateur ou un canif et enfin, une minorité affichaient des produits beaucoup plus pertinents tels que des sacs.

6. - La première conclusion capitale que tirent les juges parisiens est que l'usage de signes similaires aux marques de la société demanderesse ne se limite pas à la seule réservation de mots-clés mais s'effectue également par la reproduction de ces mots-clés dans le texte des annonces. Dès lors, le sursis à statuer demandé par eBay dans l'attente de la décision de la CJCE dans les affaires Google précitées ne saurait être accueilli favorablement dans la mesure où la présente affaire ne vise pas exclusivement un usage de marque à titre de mot-clé mais essentiellement la reproduction ou l'imitation des signes protégés dans le texte des

annonces publicitaires. En cela, la présente décision est conforme à l'opinion dégagée par l'avocat général Poiares Maduro dans ses conclusions relatives aux affaires Google dans lesquelles il indique clairement que la Cour n'est pas interrogée sur la question de savoir si la reproduction de marques dans le texte des annonces est constitutif d'une contrefaçon de marque [3]. Cette remarque est essentielle dans la mesure où en réorientant les demandes de Louis Vuitton Malletier sur l'usage de la marque dans le texte des annonces et non sur la réservation de mots-clés (fait, au demeurant, principalement visé dans les conclusions de la demanderesse), les juges parisiens font de cette affaire un litige beaucoup plus classique de reproduction de la marque d'autrui sur internet.

7. - Après avoir écarté l'argument du sursis à statuer, les juges parisiens n'eurent plus qu'à déterminer si l'usage des signes litigieux dans le texte des annonces déclenchées par les mots-clés réservés par eBay constituait, en l'espèce, une contrefaçon de marque. Plus précisément, les faits démontraient que le texte des annonces reproduisait de manière automatique les mots-clés réservés par eBay et saisis par l'internaute qui correspondaient aux marques de la société demanderesse avec, cependant, une ou plusieurs fautes d'orthographe. Dès lors, si contrefaçon il y avait, celle-ci ne pouvait être une contrefaçon stricto sensu ou « contrefaçon par reproduction » ne nécessitant pas la preuve d'un risque de confusion dans la mesure où une telle contrefaçon suppose, en vertu de l'arrêt « LTJ Diffusion » (2003) de la CJCE, l'usage d'un signe qui « reproduit, sans modification ni ajout, tous les éléments constituant la marque ou lorsque, considéré dans son ensemble, il recèle des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen » [4]. En l'espèce, les signes n'étaient pas identiques et les différences n'étaient, semble-t-il, pas insignifiante puisque des signes tels que « WUITON » ou « WITTON » ne peuvent passer pour identiques aux marques de la société demanderesse aux yeux du consommateur moyen. Le TGI de Paris trahit, d'ailleurs, lui-même sa véritable opinion à ce sujet lorsqu'il parle de l'usage litigieux dans les termes suivants : « cet emploi de signes imitant les marques ». Dès lors, un risque de confusion semblait devoir être démontré étant une condition spécifique de la protection contre l'imitation de marque [5]. Or, le TGI souligne qu'« [i]l n'existe [...] pas de risque de confusion dans l'esprit [du] consommateur [concerné] quant à l'origine des produits en ce sens que l'Internaute ne sera

pas amené à croire que les produits en cause proviennent de la société eBay ou que cette dernière est économiquement liée à la société LVM ». La contrefaçon devrait alors être en toute logique écartée en raison de cette absence de risque de confusion.

8. - Ce n'est pourtant pas la conclusion à laquelle est arrivée la 3e chambre du TGI de Paris qui, bien que reconnaissant avec eBay l'absence de risque de confusion, s'attache au final à qualifier une contrefaçon par reproduction alors même qu'aucun mot-clé répété dans le texte de l'annonce ne reproduit parfaitement les marques protégées. En dépit de ce point obscur de la décision, les juges parisiens font, néanmoins, preuve de plus de rigueur dans l'application des différents critères nécessaires pour qualifier la contrefaçon de marque au sens de l'arrêt « *Céline* » [6]. Ainsi, outre les deux premiers critères de l'absence de consentement du titulaire et de l'usage dans la vie des affaires sur lesquels il n'était manifestement pas utile de s'attarder, le TGI de Paris détermine qu'il y a bien un usage à titre de marque, c'est-à-dire un usage du signe conformément à sa fonction distinctive, dans la mesure où « toutes les annonces publicitaires critiquées font directement référence aux sacs, produits pour lesquels les marques » sont enregistrées et jouissent d'une renommée. Cette affirmation permettait d'ailleurs également de confirmer que l'usage se trouvait dans la spécialité des marques protégées. Concernant l'atteinte à la fonction essentielle de la marque, il semblait difficile de souligner qu'aucun risque de confusion ne pouvait être sérieusement démontré et en même temps dire qu'il y avait atteinte à la fonction de garantie d'identité d'origine. Même si ces deux notions ne sont pas en toutes hypothèses équivalentes au plan théorique, il paraît bien difficile de les dissocier en pratique ainsi que semble le démontrer les conclusions précitées de l'avocat général Poiars Maduro dans lesquels il semble faire dépendre l'atteinte à la fonction essentielle de l'existence d'un risque de confusion [7]. Quoi qu'il en soit, le tribunal déclare explicitement, en l'espèce, que « l'Internaute ne sera pas amené à croire que les produits en cause proviennent de la société eBay ou que cette dernière est économiquement liée à la société LVM ». Difficile donc de voir une atteinte à la garantie d'identité d'origine si ce n'est par un détour, emprunté en l'espèce par le tribunal, par la notion d'« affaiblissement du pouvoir distinctif » du signe. Néanmoins, il est difficile de séparer cette analyse de l'atteinte à la renommée de la marque que le tribunal qualifie en dépit du fait qu'il conclut seulement à la contrefaçon.

9. - C'est d'ailleurs sur le terrain de l'atteinte aux marques renommées que l'argumentation des juges est la plus convaincante : « cet emploi de signes imitant les marques [de la demanderesse] jouissant d'une renommée porte préjudice à la société LVM en avilissant et en affaiblissant le pouvoir distinctif de ses marques par une utilisation massive pour promouvoir un site de vente aux enchères de produits divers et en ce qu'il constitue une exploitation injustifiée de cette dernière, la société eBay [...] bénéficiant indument de la renommée de ces marques pour engendrer du trafic sur son site de vente aux enchères créant ainsi dans l'esprit de l'internaute de fausses impressions quant aux relations entretenues entre la société eBay [...] et la société LVM ». Cette analyse semble respecter l'orthodoxie en la matière dans la mesure où elle vise deux des conditions de l'atteinte à la marque renommée visées par l'arrêt « Intel » (2008) [8] : « *le préjudice porté au caractère distinctif de la marque* » et « *le profit indûment tiré du caractère distinctif ou de la renommée de la marque* ». Le seul point toutefois regrettable de cette analyse réside dans l'affirmation sur le terrain de la marque renommée qu'eBay crée « dans l'esprit de l'internaute de fausses impressions quant aux relations entretenues entre la société eBay [...] et la société LVM » alors même que le tribunal déclara sur le terrain de la contrefaçon que « l'Internaute ne sera pas amené à croire que les produits en cause proviennent de la société eBay ou que cette dernière est économiquement liée à la société LVM ». N'y-a-t-il pas une contradiction flagrante entre ces deux propositions ?

10. - En définitive, la condamnation de la société eBay paraît justifiée notamment au regard de l'atteinte aux marques renommées dans la mesure où le site de vente aux enchères en ligne permettait que soit reproduit dans le texte même des annonces les signes imitant les marques protégées. Outre les imprécisions préjudiciables en matière de qualification de la contrefaçon, l'on regrettera également que le tribunal n'ait pas simplement considéré que la technique utilisée par eBay en l'espèce constituait un usage illicite sur le fondement de la prohibition des marques d'appel alors qu'il remarque très justement que « *l'utilisation de ces signes dans les annonces en cause renvoie au site de vente eBay.fr en utilisant une phrase d'accroche dont l'objectif est d'inciter l'internaute à visiter le site Internet en cause* ». Comme le démontraient les pages vers lesquelles renvoyaient les annonces, le site d'enchère en ligne ne proposait pas de produits authentiques en quantité suffisante pour pouvoir

satisfaire une éventuelle demande, ce qui est constitutif de contrefaçon des marques utilisées comme accroche [9]. La question aurait alors été de savoir si l'imitation d'une marque peut être constitutive d'une condamnation sur le fondement de l'interdiction de la marque d'appel.

II - L'usage de marques par des mots-clés réservés par des tiers n'engage pas la responsabilité civile d'eBay

11. - Parallèlement à la contrefaçon, la société Louis Vuitton Malletier souhaitait également, à titre subsidiaire, que la responsabilité civile d'eBay soit engagée sur le fondement notamment des articles 1383 et 1384 du Code civil pour ce qui concerne la réservation de mots-clés du fait de ses affiliés.

A. La responsabilité civile pour négligence ou imprudence

12. - La société Louis Vuitton Malletier soutenait, en premier lieu, qu'eBay devait voir, en vertu de l'article 1383 du Code civil, sa responsabilité civile engagée à raison de sa négligence ou de son imprudence en ayant laissé ses affiliés réserver des mots-clés imitant ses marques. Pour qualifier cette faute, la société demanderesse s'appuyait sur deux éléments. Premièrement, eBay n'avait pas usé de tous les moyens nécessaires pour interdire à ses affiliés de réserver les mots-clés litigieux. Néanmoins, le tribunal remarque tout d'abord qu'eBay n'a aucune relation contractuelle avec ses affiliés dans la mesure où le programme d'affiliation repose sur l'intervention d'une plateforme de prestataire de services qui conclut des contrats, d'une part avec eBay et, d'autre part, avec les affiliés, de telle sorte qu'il n'existe pas de relations contractuelles directes entre les sociétés eBay et ses affiliés. En outre, les juges parisiens déclarent qu'il n'existe aucun moyen technique à la disposition de la société eBay pour maîtriser les mots-clés réservés par ses affiliés rendant ainsi impossible tout contrôle a priori en la matière.

13. - La société demanderesse soulignait également à l'appui de son argumentation que « *les sociétés défenderesses incitent leurs adhérents et affiliés à utiliser les liens sponsorisés [et également de réaliser des fautes d'orthographe dans les mots-clés réservés] dont elles n'ignorent pas qu'ils sont susceptibles de porter atteinte aux droits des tiers* ». Le tribunal demeura, néanmoins, insensible à cette argumentation dans la mesure où « *il ne peut être déduit de termes généraux du programme d'affiliation d'eBay qui mentionne la possibilité d'effectuer des fautes d'orthographe dans le choix des mots-clés pour augmenter le trafic généré, une incitation à la contrefaçon par les sociétés eBay* », cette pratique étant désormais usuelle. En outre, le tribunal se fonde également sur le fait qu'eBay exige de ses affiliés qu'ils respectent les lignes de conduite qu'elle a édictées qui prévoient notamment l'interdiction d'utiliser dans des mots-clés des expressions répréhensibles ou des signes portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle de tiers et ce, sous peine de sanctions. Il convient de remarquer, au passage, que cet élément semble contredire l'argument du tribunal évoqué précédemment consistant à dire qu'eBay n'a aucune relation contractuelle avec ses affiliés. Quoi qu'il en soit, il ne pouvait être reproché à eBay d'inciter spécialement ses affiliés à porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle de tiers. Le tribunal conclut alors que la responsabilité civile d'eBay sur le fondement de l'article 1383 du Code civil ne pouvait être engagée en l'absence d'une faute d'imprudence ou de négligence de sa part clairement établie.

B. La responsabilité civile du fait d'autrui

14. - La société Louis Vuitton Malletier invoquait, en second lieu, la responsabilité d'eBay du fait d'autrui - en l'occurrence de ses affiliés - sur le fondement de l'article 1384 du Code civil dans la mesure où « eBay a pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ses affiliés laquelle lui est exclusivement profitable ». En fait, la société demanderesse se fondait sur l'idée d'une responsabilité « générale » du fait d'autrui [10] sur le fondement de l'alinéa 1er de l'article 1384 qui permet de traiter de cas autres que ceux prévus à l'alinéa 4 du même article [11]. Mais hormis le cas des organisations auxquelles sont confiées des personnes handicapées ou mineures et celui des associations sportives, cette responsabilité

générale du fait d'autrui est rarement reconnue par les tribunaux, même à l'égard d'organismes ayant un relatif contrôle sur leurs adhérents [12]. Dans le cas d'espèce, il suffit au tribunal de souligner qu'eBay n'avait aucun pouvoir de contrôle ou de direction sur les activités de ses affiliés qui demeurent des sociétés indépendantes. Bien qu'il soit possible de tempérer cette affirmation dans la mesure où, comme l'avait indiqué les juges à propos de la responsabilité pour faute de négligence, eBay interdisant par le biais d'un code de conduite l'usage de mots-clés reproduisant des marques de tiers sous peine de sanctions disposait donc d'un relatif pouvoir de contrôle, ce pouvoir de contrôle pouvait en aucun cas être suffisant pour engager la responsabilité du site d'enchères en ligne à raison de l'article 1384 al. 1er du Code civil.

15. - Pour conclure ce commentaire, il nous semble assez évident que cette décision est à la fois rigoureuse et paradoxale. Rigoureuse car les juges parisiens n'ont pas succombé à la tentation de surseoir à statuer dans l'attente des décisions de la CJCE dans les affaires Adwords en saisissant la subtilité des faits présentant l'imitation des marques dans les mots-clés mais aussi dans le texte même des annonces. Paradoxale en raison notamment de l'analyse de la contrefaçon qui ne fait pas de différence claire entre le régime de la contrefaçon stricto sensu de l'article L. 713-2 a) CPI et celui de la contrefaçon par imitation de l'article L. 713-3 b) du même Code avec une analyse du risque de confusion et de sa portée laissant clairement à désirer. Le résultat auquel arrivent les juges est, cependant, globalement satisfaisant notamment en ce qui concerne la condamnation de l'atteinte aux marques renommées conforme aux prescriptions récentes de la Cour de justice en la matière.

Notes

[1] Cass. com., 20 mai 2008, *Louis Vuitton Malletier c/ Google*, n°06-20,230, FS-D ; Cass. com., 20 mai 2008, *Viaticum, Luteciel c/ Google*, n°05-14,331, FS-D ; Cass. com., 20 mai 2008, *CNRRH c/ Google*, n°06-15,136, FS-P+B ; RLDI 2008/39, n°1292, obs. L. COSTES ; Contrats, conc., consom., n°7, juillet 2008, comm. 187, M. MALAURIE-VIGNAL ; RLDI 40/2008, n°1318, p. 6, E. TARDIEU-GUIGUES, *Légipresse* n°263, juillet-août 2009, p. 87, B. PAUTROT ; *Juriscom.net*, 24 mai 2005, C. MANARA, F. GLAIZE ; *Legalbiznext*, 2 septembre 2008, C. CLAVIEZ et E. PLARD ; *DomainesInfo*, 4 juin 2008, E. GILLET.

[2] CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 23 mars 2006, *Google France c/ CNRRH, Pierre Alexis T., Bruno R., Sté Tiger*, disponible sur , RLDI 2006/16, n°470, note L. COSTE.

[3] Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO présentées le 22 septembre 2009 dans les affaires C 236/08, C 237/08 et C 238/08, pt(46) : « *Toutes les demandes concernant l'utilisation dans AdWords de mots clefs correspondant à des marques ; cette utilisation, comme on l'a vu, consiste à sélectionner ces termes de telle sorte que des annonces soient présentées à titre de résultats, et à afficher ces annonces à côté des résultats naturels fournis pour les mêmes termes. Les demandes ne concernent donc pas l'usage de marques fait sur les sites des annonceurs ni sur les produits vendus sur ces sites ; elles ne concernent pas non plus l'usage de marques dans le texte des annonces affichées [...]. Il s'agit là d'usages tout à fait indépendants, dont la légalité doit être appréciée à part [...]; dans les présentes affaires, la Cour n'est appelée à se prononcer que sur la légalité de l'usage des mots clefs* ».

[4] CJCE, 20 mars 2003, *LTJ Diffusion SA c/ Sadas Vertbaudet SA*, Aff. C-291/00, Rec. 2003, p. I-02799, D. 2003, jurispr., p. 2686, obs. S. DURRANDE, RTD eur. 2004, p. 97, note G. BONET, pt(51).

[5] V. CJCE, 11 novembre 1997, *SABEL BV c/ Puma AG, Rudolf Dassler Sport*, Aff. C-251/95, Rec. 1997, p. I-06191, RDPI 1999, n°101, p. 32, pt(19) : « Cette interprétation résulte également du dixième considérant de la directive, duquel il ressort « que le risque de confusion ... constitue la condition spécifique de la protection » ». V. dans le même sens, Cass. com., 29 juin 1999, PIBD 1999, III, p. 386.

[6] CJCE, 11 septembre 2007, *Céline SARL c/ Céline SA*, Aff. C-17/06, Rec. 2007, p. I-07041, Propr. industr. n°11, novembre 2007, comm. 86, note A. FOLLIARD-MONGUIRAL, Comm. com. électr. 2007, comm. 132, note C. CARON, RTD com. Octobre-décembre 2007, p. 712, note J. AZEMA, RTD eur. 2007/43(4), p. 689, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI, JCP E 2008, n°1, p. 19, note C. CARON, Propr. industr. n°6, juin 2008, étude 14, M. DHENNE, pt(16) : « Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour [...], le titulaire d'une marque enregistrée ne peut interdire l'usage par un tiers d'un signe identique à sa marque, en application de l'article 5, paragraphe 1, sous a), de la directive, que si les quatre conditions suivantes sont réunies : (i) cet usage doit avoir lieu dans la vie des affaires ; (ii) il doit être fait sans le consentement du titulaire de la marque ; (iii) il doit être fait pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée, et (iv) il doit porter atteinte ou être susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque, et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs la provenance des produits ou des services ».

[7] Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO présentées le 22 septembre 2009 dans les affaires C 236/08, C 237/08 et C 238/08, pt(69) : « *De plus, si la condition première n'est pas remplie, il est peu vraisemblable que la fonction essentielle de la marque - qui est de garantir aux consommateurs l'origine des produits ou services - soit affectée ou risque de*

l'être [...]. Puisque l'usage fait par Google n'implique pas de produits ou services identiques ou similaires, en principe, il n'y a pas de risque de confusion pour les consommateurs. Ainsi, en toute hypothèse, cette condition n'est pas remplie non plus ».

[8] CJCE, 27 novembre 2008, *Intel Corporation Inc. c/ CPM United Kingdom Ltd*, Aff. C-252/07, Rec. 2008, p. I-08823, pt(27) : « *Les atteintes contre lesquelles l'article 4, paragraphe 4, sous a), de la directive assure ladite protection en faveur des marques renommées sont, premièrement, le préjudice porté au caractère distinctif de la marque antérieure, deuxièmement, le préjudice porté à la renommée de cette marque et, troisièmement, le profit indûment tiré du caractère distinctif ou de la renommée de ladite marque* ».

[9] V. sur cette question, J. PASSA, *Distribution et usage de marque*, Litec, 2002, n°151 et s..

[10] V. sur cette question, Cass. ass. plén., 29 mars 1991, D. 1991, p. 324, note C. LARROUMET, RTD civ. 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN.

[11] F. TERRE, P. SIMLER, Y LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9e ed., Dalloz, 2005, p. 823, n°851.

[12] V. not., Cass. civ. 2e, 26 octobre 2006, Bull. Civ. II, n°299, D. 2007, p. 204, note LAYDU, JCP 2007, II-10004, note J. MOULY (refusant de reconnaître la responsabilité d'un syndicat pour les agissements de ses adhérents).

Tiscali n'est pas un hébergeur (suite...)

Par Monsieur le Professeur Jérôme Huet

Dans la famille « n'est pas un hébergeur... », passez moi Tiscali . Ainsi aurait pu débiter l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la première Chambre civile du 4 janvier 2010 à la Cour de cassation. Soulignons le, dans cette affaire, la Cour suprême n'avait pas seulement à faire application de la loi, et l'on comprend le pourvoi qui l'ait fait venir jusqu'à elle, mais à l'interpréter. Car la loi, si elle distingue l'hébergeur, bénéficiaire d'une responsabilité allégée (ou « a posteriori » : enlever un contenu illicite, une fois averti de sa présence, et non contrôler « a priori » qu'il n'y ait pas de contenu illicite dans ce qu'il met à disposition du public) et l'éditeur, auquel s'applique la responsabilité de droit commun, ne fournit pas de critère pour les différencier, ni même ne dit si l'on doit se limiter à une distinction entre deux types d'intermédiaires, les hébergeurs et les éditeurs, ou plus, c'est-à-dire trois, voire quatre...

Que le lecteur se rassure, il n'est pas question de faire de l'histoire du droit, pour le plaisir. Certes, l'arrêt se réfère à « *l'art. 43-9 de la loi du 30 septembre 1986, telle que modifiée par la loi du 1er août 2001 applicable au litige* ». Et cette loi a été à nouveau modifiée depuis par une loi du 21 juin 2004, laquelle a prétendu faire date et constituer « la loi de l'internet », comme la loi de 1881 fut celle de la presse. Passant sur les nombreux défauts de celle-ci, on dira qu'au fond, les choses n'ont guère changé depuis 2000 : l'art. 6 de la loi de 2004, qui tire les conséquences de la séparation entre les réglementations de l'audiovisuel (loi de 1986) et de la communication numérique (loi de 2004) que consacre ce texte, reprend la distinction entre hébergeurs, qualification et régime hérités d'une directive communautaire de 2000 sur le commerce électronique, et éditeur, sans donner plus de détails sur la manière dont ils se distinguent. Donc le droit se caractérise par une grande et salubre stabilité, malgré un nouveau cadrage.

Malgré aussi une loi dite « HADOPI » de 2009, venue créer le statut d'entreprise de presse en ligne, et plus généralement traiter du « Web 2.0 », comme on dit, et dont il faudra, in fine, définir la portée, voire l'influence sur le débat.

Mais venons en aux faits et à la motivation de la haute Juridiction. La société Tiscali accueillait sur ses machines et sur son site, accessible à l'adresse , des sites variés parmi lesquels figurait , vers lequel il redirigeait, site sur lequel étaient reproduites des BD, dont « *Blake et Mortimer* » ou « *Lucky Luke* », sans l'autorisation de leurs auteurs. Les éditeurs de ces œuvres demandèrent les données permettant l'identification des animateurs du site en question (l'art. 6, II, de la loi de 2004, reprenant à peu près les termes de l'art. 43-9 de la loi de 1986, modifiée en 2000, déclare que les fournisseurs d'accès ou d'hébergement « détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu » qu'ils mettent à la disposition du public) et reçurent comme information : nom, bande ; prénom, dessinée ; adresse, rue de la BD... Données donc fantaisistes, et partant inexploitable. Bien que Tiscali ait déclaré que ces informations n'avaient qu'une valeur déclarative et protesté qu'en l'absence du décret d'application de la loi allant préciser quelles données devaient être conservées, elle ne savait pas de quelles données se contenter, et en un mot qu'elle n'était pas tenue d'en vérifier l'exactitude, les victimes l'assignèrent en contrefaçon et en violation de l'art. 43-9. La Cour de cassation,

saisie d'un pourvoi contre l'arrêt leur donnant raison, a déclaré qu'en accueillant des sites et en mettant en place des espaces publicitaires « payants » sur les pages qu'ils contiennent, Tiscali exploitait des services excédant « les simples fonctions techniques de stockage » et ne pouvait invoquer le bénéfice de la responsabilité a posteriori réservé aux hébergeurs.

Ainsi, la haute Juridiction se fonde-t-elle sur le critère de l'intéressement, qu'elle avait dégagé dans l'affaire Sedo et que nous avons à l'époque approuvé (note sous Com. 21 octobre 2008, D. 2009. 410, « Sedo n'est pas un hébergeur... suite »). Il est très simple et très juste. Si l'intermédiaire se borne à faire payer un prix forfaitaire pour son service, il n'est pas intéressé au délit commis et peut fermer les yeux dans un premier temps (il est hébergeur) ; mais s'il se fait rémunérer que ce soit par de la publicité ou une commission, alors il profite du délit d'autrui (et sort donc de cette catégorie). En effet, plus la reproduction est attrayante – et souvent la copie d'œuvres protégées attire beaucoup le chaland –, plus la publicité rapporte. Donc l'intermédiaire perd la qualité d'hébergeur, et devient un « fournisseur de services » qui excèdent ceux d'un simple hébergeur (en ce sens qu'on peut être un « fournisseur de services », qui n'est ni un éditeur ni un hébergeur, et que donc il peut y avoir un choix entre trois qualifications, V. TGI Troyes, 4 Juin 2008, D. 2008. 2261, « eBay n'est pas un hébergeur (suite...) », note J Huet).

Dire que le contrôle est difficile, en fait voire impossible, ne suffit pas à disculper le diffuseur. Il reste possible de diffuser moins d'informations, en les faisant passer par une certaine vérification a priori... ou ne pas diffuser du tout. Dire que ce qui caractérise « la responsabilité éditoriale » est « l'exercice d'un contrôle effectif » sur le contenu, comme le dit la directive Services de Media Audiovisuels (directive du 3 octobre 1989, modifiée le 11 décembre 2007) est le contraire d'un bon raisonnement à notre sens, est un éditeur celui qui publie et, donc, doit contrôler... Et ce qui disculpe, à tout coup, à nos yeux, le diffuseur est qu'il ne tire pas de profit des contenus diffusés et, donc, ne participe pas à l'infraction.

Reste à savoir quelles conclusions tirer de cette qualification : « n'est pas un hébergeur ». Les juges ont estimé, sur ce fondement, que Tiscali s'était rendu coupable de contrefaçon et avait violé l'art. 43-9 de la loi de 1986. Cette double déduction met mal à l'aise. Autant nous approuvons les prémisses, autant nous différons sur les conséquences.

On ne saurait dire que Tiscali a manqué à l'art. 43-9 et, dans le même temps, dire qu'il n'est pas un hébergeur, puisque ce texte impose cette obligation de conservation des données d'identification, précisément, aux hébergeurs (et aux fournisseurs d'accès, ce que n'est pas Tiscali ; on n'en a pas discuté d'ailleurs). Quant à dire qu'il a fait œuvre de contrefaçon, cela nécessiterait de dire sur quel, fondement.

En tant que faute civile, même si la contrefaçon est conçue de façon très objective (V. Civ.1ère, 29 mai 2001, D. 2001. AJ. 1952, CCE. 2002, comm. n° 41, obs critiques C. Caron, déclarant que « la contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés » et qui, se fondant sur l'art. L. 122-4 c. p. i., casse un arrêt qui, accueillant l'action en contrefaçon intentée contre l'éditeur, avait rejeté celle intentée contre un distributeur en disant que celui-ci « s'est borné à distribuer, de bonne foi, l'ouvrage litigieux » ; rapp. Civ.1ère, 26 juin 2001, mêmes refs ; Civ.1ère, 27 novembre 2001, D. 2001. AJ. 1952, CCE. 2002, comm. n° 41, obs C. Le Stanc ; adde, dubitatif, P.-Y. Gautier, L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon, Prop. intell. 2002, n° 3, p. 28 s.), il est difficile d'admettre qu'en est coupable celui qui n'a pas procédé lui-même aux actes de reproduction en vue de mise à disposition du public : et, quoi qu'en dise la Cour de cassation dans l'arrêt précité, l'art. 122-4 (« Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ») ne vise pas la distribution d'un ouvrage contrefaisant parmi les actes constitutifs de contrefaçon. Tout au plus, pourrait-on se fonder sur l'art. L. 335-3, qui considère « également » comme constituant de la contrefaçon « *toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits d'auteur* ».

Mais alors on s'aventure sur le terrain pénal. Et l'on en prend à son aise avec le principe de la personnalité des délits et des peines et celui de la nécessité d'une intention dolosive : car, ce n'est pas Tiscali, lui-même qui a fait la copie, mais l'internaute... Certes, en la matière, la jurisprudence, pour des raisons d'efficacité, admet une présomption de mauvaise foi. Mais

celle-ci n'est pas irréfragable et l'on peut tout de même prouver que l'on n'a « pas été négligent » (C. Caron, Droit d'auteur et droit voisins, 2009, n° 508). On en revient alors au vrai débat qui est celui de la négligence.

Par ailleurs, on peut arguer que Tiscali est propriétaire du support, et qu'il le met à disposition d'autrui ; on peut donc considérer, ce qui n'est pas idiot, qu'il est complice par fourniture de moyens ; mais il ne savait pas, en les fournissant, que ces moyens allaient servir à de telles fins... On entre ainsi dans une complexité inutile.

Il était beaucoup plus simple de dire que Tiscali n'étant pas un hébergeur, relevait de la responsabilité de droit commun, et assumait une obligation de surveillance a priori. Celle-ci, certes, n'oblige pas à un résultat absolu (impossible à atteindre à tous coups, et donc aléatoire) mais oblige à mettre en œuvre les moyens nécessaires pour éliminer le plus possible l'illicite : mots-clés pour identifier les contrefaçons ou les produits interdits, recoupements de numéros de carte bancaire afin de repérer les changements de nom dissimulés... Donc, en laissant afficher à la vue du public des œuvres contrefaisantes par des personnes dont l'identification même laissait facilement entrevoir qu'il s'agissait de contrefaçons, Tiscali avait manqué à son obligation de surveillance et méritait d'être condamné.

Mais, avec l'art. 27 de la loi HADOPI 1 de 2009, le principe est désormais posé d'une responsabilité allégée pour les gestionnaires du Web 2.0. De fait, ce texte dispose :

I. L'article 1er de la loi n° 86-897 du 1er août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse est complété par deux alinéas ainsi rédigés : « On entend par service de presse en ligne tout service de communication au public en ligne édité à titre professionnel par une personne physique ou morale qui a la maîtrise éditoriale de son contenu, consistant en la production et la mise à disposition du public d'un contenu original, d'intérêt général, renouvelé régulièrement, composé d'informations présentant un lien avec l'actualité et ayant fait l'objet d'un traitement à caractère journalistique, qui ne constitue pas un outil de promotion ou un accessoire d'une activité industrielle ou commerciale. « Un décret précise les conditions dans lesquelles un service de presse en ligne peut être reconnu, en vue notamment de bénéficier des avantages qui s'y attachent. Pour les services

de presse en ligne présentant un caractère d'information politique et générale, cette reconnaissance implique l'emploi, à titre régulier, d'au moins un journaliste professionnel au sens de l'article L. 7111-3 du code du travail. »

II. L'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message (...) » .

A l'évidence, les faits de notre affaire n'entrent pas dans les prévisions de l'al. 1er, modifiant la loi de 1986 sur la presse et traitant de la presse en ligne. Mais l'al. 2 paraît plus général et vise le « contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne » : ainsi, au cas où l'internaute prend l'initiative de mettre lui-même en ligne son propre contenu (Wikipedia, DailyMotion, Utube, Mediapart, Rue89...), « le directeur... de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale... engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message ». Ce nouveau texte semble conférer aux gestionnaires du Web 2.0, dont la presse en ligne faisant appel aux réactions du lecteur, un statut comparable à celui des hébergeurs et aller, de ce fait, à l'encontre de l'arrêt rendu dans l'affaire Tiscali.

Cependant, à bien y regarder, la portée de ce texte est limitée. Il n'est, en effet, qu'une modification (inutile d'ailleurs, car ce texte n'incrimine le directeur de la publication qu'en cas de « fixation préalable » du message : mais admettons qu'il clarifie les choses) de l'art. 93-3 de la loi de 1982 sur l'audiovisuel, dont la conséquence est de faire échapper l'éditeur aux délits de presse et à la responsabilité dite « en cascade » que la loi de 1881 instaure : incitation à la violence, à la haine raciale, diffamation, injure, divulgation de fausse nouvelle... Or, la contrefaçon et l'absence d'identification sérieuse de l'internaute apporteur de contenu ne figurent pas parmi les infractions de presse.

Dès lors, la solution retenue par la Cour de cassation dans l'affaire Tiscali, malgré ses airs passésistes, garde aujourd'hui toute sa valeur.

iPhone : la Cour de cassation censure la cour d'appel de Paris

Par Laurence Cour

Par un arrêt du 16 février 2010, la Cour de cassation est revenue sur la décision du Conseil de la concurrence (Cons. conc., déc. n°08-MC-01, 17 déc. 2008) et de la Cour d'appel (CA Paris, 1rech., sect.H, 4 fév. 2009, Apple Inc. et a. c/ Bouygues Télécom) qui avaient dans l'urgence eu à connaître de la commercialisation de ce nouveau téléphone mobile.

Pour rappel, le Conseil de la concurrence, saisi par Bouygues Télécom, avait été amené à prononcer des mesures conservatoires car le système de distribution mis en place par Orange était susceptible d'être contraire aux articles L.420-1 du code du commerce et 81 du Traité CE (devenu 101 TFUE) en raison de clauses d'exclusivité contenues dans les contrats conclus entre Apple et Orange. Ces mesures conservatoires avaient par la suite été confirmées par la Cour d'appel de Paris.

Toutefois, la Cour de cassation est venue censurer la décision de la Cour d'appel car cette dernière n'aurait pas recherché si d'autres téléphones mobiles pouvaient se substituer à l'iPhone et permettre aux opérateurs concurrents de proposer aux consommateurs des services similaires à ceux proposés par Orange avec l'iPhone.

Par ailleurs, les exclusivités ne sont pas interdites « per se » dès lors qu'elles n'instaurent pas « en droit ou en pratique une barrière artificielle à l'entrée sur le marché » (Cons. conc., déc. n° 07 MC-01, 25 avril 2007 ; Cons. conc., déc. n° 08-D-10, 7 mai 2008). Elles peuvent trouver notamment une justification par rapport aux investissements à réaliser. En l'espèce, l'exclusivité avait été accordée pour une durée de cinq ans en raison des investissements consentis par l'opérateur. La Cour de cassation invalide la méthode de calcul retenue par la Cour d'appel. En effet, la haute juridiction reproche à la Cour d'appel d'avoir pris en considération l'intégralité du chiffre d'affaires généré par les communications mobiles des

acheteurs d'iPhone au lieu d'avoir retenu le revenu additionnel créé par les utilisateurs d'iPhone.

En pratique, cette décision de la Cour de cassation a un impact très relatif. Il convient de rappeler qu'Orange a formulé des propositions d'engagements fin 2009, lesquelles ont été reprises par une décision d'engagement du 11 janvier 2010 (Aut. de la conc., déc. n° 10-D-01, 11 janvier 2010) qui est venue clore la saisine au fond mettant fin à l'exclusivité convenue entre Orange et Apple pour une durée de trois ans. D'autre part, cette jurisprudence ne sera pas sans incidence sur d'autres exclusivités.

eBay

Par Monsieur le Professeur Jérôme Huet

Totalement en accord avec un arrêt contemporain rendu par la Cour de Reims en faveur de Hermès, et commenté dans ces colonnes par notre ami Cédric Manara (qui désapprouve la solution, mais nul n'est parfait [1]), la Cour de Paris, dans trois arrêts du 3 septembre 2010, rendus successivement au profit de Vuitton, Dior, et les parfums du groupe LVMH, décide que eBay, le célèbre site de vente aux enchères en ligne d'objets proposés par des internautes, n'est pas un hébergeur, car en même temps que le stockage de données, il offre de nombreux services annexes et se paye par une commission qui est fonction du montant de la vente. Jugeant cela, la Cour s'accorde avec une opinion que nous avons opiniâtement soutenue ici : le site de vente aux enchères ne se contente pas d'accueillir passivement sur son site les annonces des internautes, mais joue un rôle actif dans le déroulement de la transaction et ce rôle ne peut que l'empêcher de se prévaloir du régime de responsabilité allégée des hébergeurs (intervention a posteriori) et doit l'inciter à plus de vigilance quant au contenu des annonces des internautes pour limiter, tant que se peut, les contrefaçons dont ceux-ci se rendent de plus en plus coupables, méprisant notamment le droit des marques, et celui des dessins et modèles (intervention a priori [2]) .

Evidemment, eBay a tout intérêt à se faire passer pour un hébergeur : d'un côté, il économise sur les moyens techniques et humains à mettre en œuvre pour lutter contre la contrefaçon (il n'est pas tenu de réagir a priori, mais une fois averti..., et c'est au titulaire de droit

qu'incombe la surveillance des annonces), et de l'autre, il touche sur les affaires louches qu'il a laissé se faire (et qu'il traîne à neutraliser d'ailleurs..., une fois averti)...

Dans l'un des arrêts rendus le 3 septembre 2010, l'aff. Vuitton, le plus important des trois à nos yeux, la Cour de Paris, rappelant « *qu'il importe de restituer la nature exacte des prestations que (les sociétés eBay) offrent* », constate qu' « elles assistent les vendeurs dans la définition des objets mis en vente et de sa description, et en leur proposant de profiter "d'un gestionnaire des ventes", "d'assistants vendeurs" ou de créer une "boutique en ligne" », que « l'intervention active des appelantes dans l'assistance, le suivi et la promotion des ventes se traduit encore par l'envoi de messages spontanés à l'attention des acheteurs pour les inciter à acheter un produit comparable », si bien qu'elles « *proposent... aux utilisateurs de réaliser par leur entremise active caractérisée par leur conseil, le suivi des annonces, la relance des opérations et l'offre des moyens sus-décrits, la vente de tout objet, moyennant le paiement d'une commission* » ; dans ces conditions, « *le rôle joué par les sociétés eBay n'est pas celui d'un prestataire dont le comportement serait purement technique, automatique et passif, et qui, partant, n'aurait pas la connaissance et le contrôle des données qu'il stocke* » ; et, du fait que « *l'appréciation de l'existence ou de l'inexistence... du contrôle exercé par le prestataire sur les informations stockées, n'est pas fonction du contrôle que ce prestataire fait le choix d'exercer ou de ne pas exercer, mais doit être conduite au regard de la nature du service effectivement offert par ce prestataire* », et elle conclut que « *la prestation de courtage fournie par (les sociétés eBay) suppose qu'elle vérifie que les marchandises dont elles assuraient la promotion de la vente, était ou non hors du commerce en raison de leur caractère contrefaisant* ».

Par ailleurs, pour contrer une objection facile, et fréquente, elle affirme que « *le nombre très élevé des transactions effectuées saurait d'autant moins les en dispenser, qu'il est constant que les mesures qu'elles ont prises après 2006 ont réduit de façon très significative les atteintes à des droits de propriété intellectuelle* » ; et elle en conclut que « *les (sociétés eBay) ne sont pas fondées à solliciter le bénéfice (de la responsabilité a posteriori des hébergeurs)* ».

Elle note, aussi, qu' « *outre le grief tenant à l'absence de surveillance des sites (on doit) incrimine(r) le refus délibéré de prendre des mesures effectives pour lutter efficacement contre des actes de contrefaçons et l'absence de respect des engagements pris portant notamment sur le retrait des annonces dont le caractère litigieux leur avait été notifié et sur*

la clôture des comptes des "fraudeurs récidivistes" », que « les sociétés eBay ne justifient pas des initiatives qu'elles auraient du prendre... pour... s'assurer de l'authenticité des produits mis en vente et l'absence d'atteinte au droit de propriété intellectuelle portée par les annonces qu'elles diffusaient », qu'elles « ont manqué à leur engagement en ne retirant pas aussitôt que possible les annonces contrefaisantes » et qu' « il est établi que certaines annonces revendiquaient ostensiblement un caractère contrefaisant de l'objet désigné comme étant par exemple "une belle imitation" ».

Ces arrêts devraient inviter les animateurs de sites d'enchères en ligne à plus de collaboration. Mais ce qu'on leur impose n'est qu'une obligation de moyens : mettre en œuvre des moyens efficaces de lutte contre la contrefaçon. Non une obligation de résultat – zéro contrefaçon – ce qui serait déraisonnable.

Notes

[1] Reims 20 juillet 2010, D. 2010. 1932, note C. Manara, CCE. 2010, comm. n° 96, obs. A. Debet.

[2] Note sous Paris 4 Juin 2008, D. 2008. 1032 note J. Huet, eBay n'est pas un hébergeur ; sous Tribunal de grande instance de Troyes, Hermès c. eBay 4 Juin 2008, D. 2008. 2261, eBay n'est pas un hébergeur (suite...) ; sous Tribunal de grande instance de Paris du 13 mai 2009, L'Oreal et alii, et sous Com. 5 mai 2009, eBay n'est pas un hébergeur (suite...), D. 2009. 2910 ; sous l'ordonnance d'incident de Reims du 5 mai 2009, Hermès contre Feitz, eBay France et eBay international AG, Le devoir d'information du site d'enchère en ligne sur lequel sont vendus les produits contrefaisants, D. 2009 ; adde, Com. 21 octobre 2008, D. 2009. 410, avec notre note, Sedo n'est pas un hébergeur (suite...).

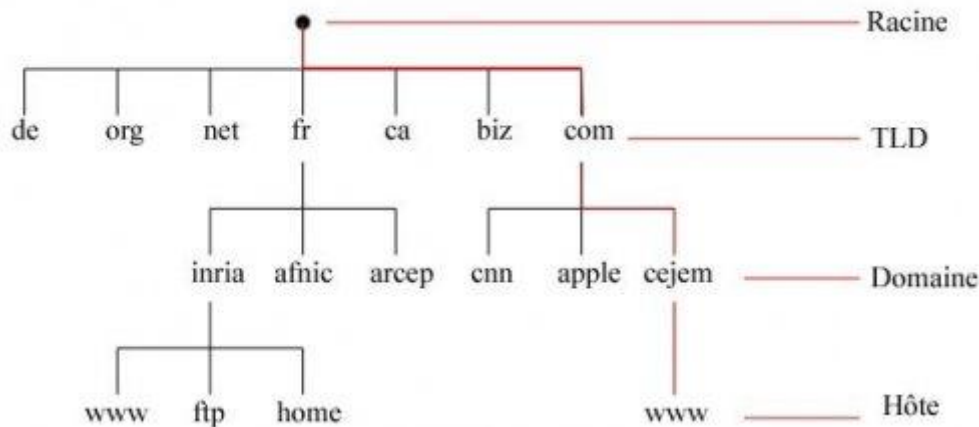
Petit point de vocabulaire : la racine

Par Aurélien Bamde

Lorsque l'internet pouvait encore être qualifié de simple réseau local, longue et fastidieuse était l'opération – désormais banale – consistant à se connecter à un ordinateur distant. A l'époque, les noms de domaine n'existaient pas encore. Aussi, pour accéder aux ressources d'une machine fallait-il taper son adresse IP, soit une suite de nombres relativement difficile à mémoriser. Ajoutée à cette difficulté, se posait par ailleurs la question du manque de fixité de ces adresses IP, car leur attribution n'est pas définitive. Lorsqu'un ordinateur se connecte au réseau, son adresse IP peut en effet varier d'une

connexion à l'autre. Un système de nommage reposant sur les seules adresses IP serait par conséquent susceptible de mettre en péril la connectivité du réseau, puisque celle-ci dépendrait de la capacité des utilisateurs, des serveurs et des tables de routage à se mettre à jour. Or compte tenu de l'instabilité des adresses IP, la viabilité d'un tel système serait quasi nulle. En intégrant, en revanche, au système d'adressage de l'internet, un système de nommage reposant sur une logique sémantique, peu importe que l'adresse IP de la machine connectée au réseau fluctue, dans la mesure où le nom de l'ordinateur alphanumérique reste quant à lui inchangé. Pour toutes ces raisons, les architectes du réseau ont imaginé, dans les années soixante-dix, un système permettant de nommer les ordinateurs par des caractères alphanumériques, de manière à ce qu'il ne soit pas besoin de taper à chaque fois une nouvelle adresse IP pour y accéder. Pour ce faire, c'est un gigantesque annuaire numérique qui a été créé, lequel est constitué d'une liste unique de correspondances entre toutes les adresses IP des machines connectées au réseau et les noms qui leur sont associés. Cette liste constitue ce que l'on appelle l'espace de nommage.

Malheureusement, très rapidement, cet espace est devenu trop petit pour satisfaire la demande en adresses numériques de l'ensemble de la communauté formée par les internautes. C'est pourquoi, un nouveau système a été façonné, système plus connu sous le nom de DNS (Domain Name System). Ce système d'adressage consiste en la division de l'espace de nommage en « sous-espaces », appelés zones. Plus précisément, la base de données contenue à l'époque dans un seul fichier (host.txt), s'est vue divisée en autant de fichiers qu'il y a de zones. Les fondateurs du DNS ont alors pu édifier une architecture dans laquelle chaque zone est associée à un ordinateur hôte faisant office de serveur, un logiciel de résolution de noms et un fichier-zone à l'intérieur duquel on retrouve le binôme : adresse IP-nom alphanumérique. Pareillement à une adresse postale composée d'un nom de pays, d'un code postal, d'un nom de ville, d'un nom de rue et enfin d'un numéro, à chaque zone est affectée une partie de l'adresse numérique. Il en résulte que chacune des différentes zones entretient un rapport hiérarchique avec la zone qui lui est inférieure ou supérieure, l'ensemble des zones réunies formant une arborescence. Jon Postel, fondateur de cet ouvrage, a recours à la métaphore d'arbre inversé pour décrire son système, arbre inversé au sommet duquel se trouve une zone unique reliée à des zones inférieures dites de haut niveau (Top Level Domain), lesquelles sont à leur tour reliées à des sous-zones, dites de deuxième niveau etc. Ainsi, le système DNS repose-t-il sur une architecture complètement centralisée en un point : c'est ce point que l'on appelle racine.



Les ventes en ligne dans le nouveau Règlement 330/2010

Par Pauline Jacquemin

En remerciant la Revue Concurrence.

Le 27 mai 2010, la Revue Concurrence organisa à Paris un colloque sur la réforme de la réglementation portant sur les accords verticaux [1]. A cette occasion, Mademoiselle Pauline Jacquemin, Vice Présidente du Master 2 Droit du Multimédia et de l'Informatique année 2009/2010, eu la chance d'être invitée pour assister à une grande table ronde sur un des sujets particulièrement sensibles de cette réforme : les ventes en lignes.

Rappelons avant toute chose qu'en matière d'accords verticaux, la réglementation arrivait à échéance le 31 mai 2010. La Commission européenne s'est donc attelée à la remplacer, tout en la modernisant. Le Règlement n°2790/99 qui régissait les accords verticaux depuis une décennie, céda alors la place au Règlement 330/2010 et à ses nouvelles lignes directrices du 19 mai 2010.

Les ventes en lignes furent l'un des points les plus discutés puisqu'en 10 ans ce mode de commercialisation des produits et services bouleversa tous les systèmes de distribution comme les législateurs européens ne l'auraient jamais imaginé. Ne pouvant laisser de côté le e-commerce, il fallu l'intégrer dans la nouvelle réglementation, sans toutefois porter atteinte au réseau de distribution.

A l'occasion de cette table ronde quatre personnalités ont été réunies :

- Madame Anne Perrot, Vice Présidente de l'Autorité de la Concurrence, qui présentera la nouvelle réglementation ;
- Maître Dominique Ferré, avocat au sein du cabinet Fidal, qui exposera les failles qui lui subsistent dans la nouvelle réglementation et qui donnent naissance à une insécurité juridique ;
- Madame Regula Walter, Head of Legal e-Commerce and Antitrust, Richmond International SA, qui se placera du point de vue des industries du luxe et développera l'approche et la jurisprudence allemande en matière d'accord vertical ;
- Monsieur Benoît Tabaka, Directeur des affaires juridiques et réglementaires du Groupe Price Minister, qui développera enfin le point de vue réservé aux plates-formes de vente en ligne.

Le débat fut ouvert par Madame Anne Perrot, Vice Présidente de l'Autorité de la Concurrence, et débuta sur une interrogation : « pourquoi les autorités de la concurrence françaises se sont-elles autant penchées sur la question du commerce électronique ? »

Pour y répondre, l'intervenante rappelle qu'en France le contexte réglementaire encadrant le commerce de détail est très spécifique. Il y a, en la matière, un empilement de réglementation, de lourdes barrières, qui viennent contraindre à la fois les possibilités d'établissement des commerces en dur (avec par exemple l'obligation d'obtenir une autorisation administrative pour créer une grande surface), mais aussi les comportements des acteurs sur ce marché. Or, ce lourd contexte ne s'applique pas au commerce électronique. Cela permet alors l'émergence de site de e-commerce favorisant la concurrence.

Dès lors si l'Autorité de la concurrence s'intéresse autant au commerce électronique c'est pour ses effets pro-concurrentiels mais aussi pour ses effets anticoncurrentiels.

Les effets pro-concurrentiels mis en évidence par l'intervenante sont aux nombre de trois. Tout d'abord, le commerce électronique permet de faire voler en éclat le concept de "zone de chalandise" qui est fondamental dans la dimension physique du commerce de détail et qui est sujet à des nombreuses démonstrations micro-économique. La zone de chalandise n'existe plus avec le e-commerce puisque le site internet opérant sur un territoire sans borne peut concurrencer en prix chacun des magasins physiques.

Le deuxième bienfait du e-commerce réside ensuite dans toutes les informations dont pourra bénéficier en plus le consommateur par rapport à la distribution physique. En effet, il est plus simple de comparer les prix en "cliquant" sur deux sites internet, qu'en se déplaçant. Enfin, le dernier avantage du commerce électronique se situe au niveau des services : il y a par exemple plus de produits, aucun horaire d'ouverture et de fermeture, etc. Ces effets pro-concurrentiels bénéficient aux consommateurs, à ceux qui trouvent un intérêt au commerce en ligne, mais également aux producteurs qui ont la possibilité d'atteindre de nouveaux consommateurs par une liberté géographique et par un nouvel assortiment de produits et de services.

Malgré ces avantages, l'intervenante note que l'on se méfie du commerce électronique. Cette méfiance serait due aux effets anti-concurrentiels qui apparaissent notamment avec la distribution sélective (les conflits entre la distribution sélective et le commerce électronique représentent la totalité des cas traités par l'autorité de la concurrence).

Madame Perrot rappelle que ces effets négatifs ont été constatés dès les années 90 quand l'autorité eu à traiter de sa première affaire sur le sujet. Il s'agissait de l'affaire Jean Chapelle, vendeur qui avait installé ses magasins en face de la Fnac et de Darty et qui parasitait les services de ces grands distributeurs.

Ce parasitisme constitue, selon l'intervenante, l'effet anti-concurrentiel à éviter. En effet, les services qui accompagnent les produits et qui justifient alors une distribution sélective sont pro-concurrentiels. Tous les acteurs de la distribution sélective, distributeurs et producteurs ont donc intérêt à ce que les services soient fournis et non parasités, puisqu'il s'agit d'une véritable demande de la part des consommateurs. Cela vaut pour les produits de hautes technologies comme dans l'affaire Jean Chapelle, mais également pour les produits de luxe puisque le service est le business model des entreprises de luxe. Ainsi, en s'immisçant sans aucune autre forme de procès dans les réseaux de distribution sélective (le free riding), l'intervenante explique que le commerce électronique nuit à l'ensemble de la structure verticale, détruit une partie de la demande suscitée par l'offre du package produit/service et réduit la clientèle.

Toute la difficulté du commerce électronique est donc, selon elle, de lier les effets pro-concurrentiels avec les effets anti-concurrentiels. C'est ce qu'a tenté de faire la Commission

européenne et ce qu'a voulu régler l'autorité de la concurrence à l'occasion notamment de deux cas importants.

1) L'affaire Bijourama c/ Festina : il s'agissait ici de la saisine du Conseil de la concurrence par un pure player qui se voit opposer une interdiction de revente des produits Festina par le fabricant de cette marque car ceux-ci sont vendus exclusivement dans les magasins en dur.

2) Les affaires concernant les produits hi-fi de haut de gamme et les produits cosmétiques (elle exclut ici l'affaire Pierre Fabre qui est un cas un peu particulier puisqu'il n'a pas voulu se plier aux injonctions des juridictions). Il s'agit cette fois de revendeurs agréés qui souhaitaient vendre en ligne, vente à laquelle s'opposent les fournisseurs. L'intervenante rappelle que ces affaires se sont soldées par des engagements pris devant le Conseil de la Concurrence. Aujourd'hui, elle estime que le distributeur agréé a la possibilité de vendre en ligne, sous réserve de restrictions imposées par le fournisseur sur la façon dont les produits sont vendus en ligne. Attention toutefois à ce que les restrictions ne soient pas disproportionnées et verrouillent les ventes (ex : une hotline ouverte 24h/24).

Ainsi, pour la représentante de l'Autorité de la concurrence, il faudrait à la fois pouvoir ouvrir les ventes en ligne, celles-ci amenant un plus grand nombre de services qui bénéficie à la fois au consommateur et au producteur, tout en faisant attention aux externalités horizontales négatives liées au parasitisme. Madame Perrot conclut alors en affirmant que pour sa part, l'obligation d'un magasin en dur permettrait de lutter contre les phénomènes de parasitisme.

Madame Perrot passe ensuite la parole à maître Dominique Ferré, avocat au sein du cabinet Fidal. Il prend alors deux casquettes :

- Celle de consommateur pour nous indiquer qu'il avoue être satisfait de la nouvelle réglementation
- Celle de juriste nous révélant qu'il est ici mal à l'aise, à la fois : Sur la forme de la réglementation : en ne souhaitant pas graver dans le marbre une chose qu'elle a du mal à anticiper, la Commission européenne n'a pas fait figurer les ventes en ligne dans le Règlement mais dans les lignes directrices. Sur le fond : il a l'impression que la liberté du choix du mode de distribution est sacrifiée.

Il abordera ainsi dans un 1er temps le compromis recherché par la Commission Européenne entre la libéralisation des ventes sur internet et la protection des réseaux de distribution. Et dans un 2nd temps il s'attardera sur les pistes qui sont proposés par la Commission européenne.

1) Le compromis

Le compromis institué par la Commission passe d'un coté par la mise en place de restrictions caractérisées et d'un autre coté par la possibilité pour le fournisseur d'avoir des exigences quant à la revente de ses produits en ligne.

Il y a deux importantes restrictions caractérisées :

- La 1ère repose sur le fait qu'internet soit qualifié de vente passive. Ainsi interdire les ventes sur internet constitue une restriction caractérisée dans la mesure il s'agirait alors d'interdire une forme de vente passive.

- La 2nde restriction agite beaucoup les opérateurs économiques : il s'agit du "double prix". Maître Ferré explique que le sujet est important en France car il existe une réglementation nationale qui permet d'aborder la question à travers les conditions générales de vente catégorielles. Il ajoute que pourtant cette exigence se justifie dans un certain nombre de cas. Il est ainsi cohérent de mettre en place des systèmes de prix qui soient différent entre les distributeurs physiques et en ligne. D'ailleurs cette restriction est admise dans des cas extrêmement limités (les producteurs doivent justifier de coûts élevés pour la mise en ligne des produits) et on admet également la possibilité de faire payer une redevance fixe, même s'il ajoute ne pas vraiment savoir ce à quoi ça correspond.

Ainsi, à travers ces restrictions caractérisées, l'objectif de la Commission européenne est clair selon Maître Ferré : il doit y avoir très peu de limitation à la vente en ligne.

L'intervenant revient alors sur la distinction vente active/vente passive et s'interroge : « doit-on considérer que la vente sur internet est naturellement une vente passive ? ». Il invite alors à relire une communication présentée le 5 février 2009 devant la CNIL [2] , sur la publicité ciblée en ligne dans laquelle on peut s'apercevoir que dans la plupart des cas, ouvrir un site internet de commercialisation, amène à utiliser des techniques de promotion des ventes

actives. Ainsi dans la plupart des cas, le site est rarement passif. Il conteste alors ce maintien dans les nouvelles lignes directrices.

Enfin, l'intervenant explique que la nouvelle réglementation en matière d'accords verticaux permet, en balance de ces restrictions caractérisées, au fournisseur d'exiger des standards qualitatifs et un point de vente physique (il précise ici que le fournisseur a la possibilité de demander la commercialisation d'une quantité minimale de produits).

2) Les pistes proposées par la Commission européenne

Maître Ferré souhaite ici « explorer des chemins un peu plus aventureux ».

Il avoue qu'il y a eu des solutions d'audaces : par exemple le rachat des restrictions caractérisées par le bilan économique.

Mais il y a également des solutions qui ne le rendent pas pleinement satisfait. Tel est le cas de la qualification de restriction caractérisée de l'interdiction des ventes sur internet. Cette qualification vient réduire la liberté du promoteur du réseau et l'encadrer trop strictement. En effet, il rappelle le principe de libre choix du mode de distribution mais aussi le contexte de marché. Ce dernier est ouvert, avec une pression concurrentielle extrêmement forte permettant au consommateur de trouver des produits équivalents qui sont commercialisés par d'autres sur le net. Ainsi le fournisseur qui ne distribue pas ces produits en ligne se rendra lui-même compte s'il a été judicieux d'interdire la vente sur internet ou non.

Ainsi, « pourquoi Pierre Fabre devrait-il commercialiser sur internet, alors qu'il démontre des justifications objectives à ne pas le faire et que le consommateur lambda souhaitant acheter sur internet pourra trouver d'autres modèles qui peuvent satisfaire à sa demande ? ». Il s'agit selon l'intervenant d'un problème de fond dont il faut encore discuter.

La parole est ensuite passée à Madame Regula Walter, Head of Legal e-Commerce and Antitrust, Richmond International SA. Cette intervenante exposera l'approche du secteur du luxe et passera en revue les jurisprudences allemandes. En effet, elle indique que les questions concernant internet ont surtout été posées et tranchées en France et en Allemagne.

L'intervenante fait à titre liminaire plusieurs observations :

- Tout d'abord, les restrictions caractérisées introduites par le biais du soft law peuvent être constitutives d'abus.
- Puis, elle approuve le fait qu'internet soit fabuleux, mais ajoute que tous les produits ne sont pas destinés à être revendus sur la toile. La contrefaçon est le gros problème sur lequel il faut se pencher.

Madame Walter aborde ensuite la jurisprudence allemande.

En 2003, la Cour Supreme Federale Allemande a tranché la première la question des pure players et des pourcentages. Il s'agissait de savoir si l'on pouvait limiter les ventes en ligne avec les ventes physiques ? En 1ère instance, les juges ont considéré que le pure player devait pouvoir vendre. En 2e instance, ils ont au contraire considéré que le fournisseur peut interdire la vente en ligne si la marque est notoire. Ainsi la marque Lancaster a pu exiger un pourcentage de 50% de vente sur les points de vente physique, ce qui a été accepté.

Puis l'intervenante présente une autre affaire qui est d'actualité en Allemagne. La question est ici de savoir si le fabricant doit admettre que le détaillant vende par le biais des plates-formes. Elle indique que dans les nouvelles lignes directrices, un texte est sur ce point en faveur des fabricants. Mais les décisions divergent entre Berlin et Mannheim.

Enfin, un dernier cas est présenté. Il s'agit de l'affaire Siba Vision où il était question de savoir si le promoteur du réseau pouvait interdire la vente de lentille de contact en ligne. Le promoteur avait invoqué la question de la santé publique. Or ici les autorités cartellaires se sont rendues compte que dans les chaînes de distribution des supermarchés ces produits étaient vendus. L'interdiction n'était donc pas justifiée.

Madame Walter conclut alors sur deux souhaits : elle souhaite tout d'abord que les décisions tombent rapidement pour plus de sécurité, puis que les autorités de concurrence et les juridictions regardent plus au cas par cas en outrepassant les indications très noires ou blanches de la Commission européenne.

Le dernier intervenant de cette table ronde est Monsieur Benoit Tabaka, Directeur des affaires juridiques et réglementaires du Groupe Price Minister.

Pour sa part, il est évident que le e-commerce perturbe profondément les réseaux de distribution. Ce trouble vient de toute part :

- Des pures players qui se lancent sur internet et qui profitent des investissements des réseaux de distribution
- Des market places, espaces de vente qui se sont développés un peu partout dans le monde et qui sont devenus les premiers sites de commerce électronique
- Des distributeurs agréés qui ne respectent pas les réseaux
- Des revendeurs professionnels, non agréés, qui s'approvisionnent via les marchés parallèles
- Des particuliers qui vendent en volume

A partir des années 2000, ces perturbations ont entraîné un grand nombre de décisions judiciaires et de prises de position du Conseil de la concurrence, mettant en lumière l'opposition entre tête de réseau et distributeur, ou entre tête de réseau et plateforme. Puis en 2007, Monsieur Tabaka indique que la contrefaçon et le parasitisme ont été montrés du doigt. Les acteurs commerciaux ont alors tous pris des mesures pour lutter contre ces phénomènes néfastes du commerce en ligne.

Aujourd'hui, de plus en plus de distributeurs agréés sont autorisés à vendre sur les plateformes car il s'agit d'un marché important pour les producteurs.

Au sujet de la réforme de la réglementation, il reconnaît que les acteurs du e-commerce ont fait du lobbying, particulièrement sur l'exigence du point de vente physique. Toutefois, il révèle que la véritable raison réside dans le fait que depuis plusieurs mois, de nombreux fabricants qui n'étaient pas à l'origine sur le terrain de la distribution sélective, y viennent en raison du channel management (une meilleure maîtrise des prix et du système de distribution). Ainsi les commerçants en ligne, ne se "battent" pas contre l'industrie du luxe ou du high-tech, mais souhaitent seulement éviter que des fabricants qui n'ont aucune justification à créer un réseau de distribution (par exemple, un produit électroménager encastrable ne justifie ainsi

pas recours à la distribution sélective) se précipitent sur ce terrain dans un objectif de contrôle strict de la commercialisation.

Monsieur Tabaka affirme également que cette exigence du point de vente physique est encore tournée vers le passé. Il indique que de nos jours un pure player est peut-être plus complet au niveau des informations dispensés au consommateur qu'un magasin physique. Sur le site il est ainsi possible d'avoir accès à des vidéos explicatives des produits, à des fiches plus détaillées. A tel point, qu'il observe qu'1/3 des consommateurs vont se renseigner sur internet avant d'acheter en magasin.

Il ajoute qu'il faut prendre conscience du fait que les investissements au sein du réseau sont également présents du côté du distributeur en ligne. En effet, pour qu'un site internet fonctionne, il faut le faire connaître, faire la promotion de la marque. Dès lors 1/3 du personnel de la société gérant le site internet sont à la technique et 1/3 au service client. Or il constate que ce n'est pas la même chose dans un magasin physique.

L'intervenant révèle alors que Cartier (qui appartient au Groupe Richmont) a créé un site de commerce en ligne au Japon, ce qui a permis de toucher un nouveau public.

Aujourd'hui, il redoute qu'il y ait un frein à l'innovation, frein d'autant plus important qu'il n'aura lieu qu'en France car les réseaux de distribution ne sont pas protégés de la même façon en Europe. Les acteurs français risquent alors de subir la concurrence de commerçant basé à l'étranger. En outre, il pressent que « si l'on empêche les pures player de se lancer, il n'y aura finalement que les acteurs de la distribution classique qui seront sur internet ».

Monsieur Tabaka conclut en restant persuadé qu'il est possible de trouver une sorte de partenariat entre les réseaux de distribution et internet. Il apprend alors à l'assistance que malgré la retentissante affaire judiciaire Bijourama, aujourd'hui, sur le site PriceMinister, les montres Festina sont proposées par Bijourama...

Notes

[1] Les actes de ce colloque seront publiés dans le N° 3-2010 de la revue à paraître en version électronique le 1er septembre 2010.

[2] http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/actualite/Publicite_Ciblee_rapport_VD.pdf



Directeur de la publication : Jérôme Huet

Comité de rédaction :

- Jérôme Huet
- Sandrine Albrieux
- Marlene Trezeguet
- Lucien Castex
- Oswald Seidowsky
- Johann Fleutiaux
- Ludovic Bottallo
- Vanessa Younès
- Jeremy Antippas
- Paul-Henri Harang
- Aurélien Bamdé
- Bertrand Pautrot
- Kevin Kheyari
- Géraldine Criqui
- Thierry Tonnelier
- Laurence Cour