

262-10

MOTS-CLÉS

Plateforme d'enchères publiques, contrefaçon,
internet, hébergeur, responsabilité

OBLIGATION DES TITULAIRES DE DROITS DE PARTICIPER À LA LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON SUR INTERNET

TGI de Paris
(3^e ch. 3^e sect.)
13 mai 2009
L'Oréal et autres
c/eBay France et autres



[...]

Sur le cadre juridique des prestataires intermédiaires dans le commerce électronique

Il est constant que les opérateurs intervenant dans le commerce électronique ont un régime de responsabilité relevant du droit commun sauf à démontrer que leur activité relève du régime "aménagé" prévu par la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 et sa loi de transposition en droit français.

Sur la directive 2000/31/1 CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique

Aux termes de son considérant 40, cette Directive précise que « les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des États membres dans le domaine des prestataires de services agissant en qualité d'intermédiaire empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence (...) ». Elle ajoute dans son considérant 41 « la présente directive instaure un équilibre entre les différents intérêts en jeu et établit des principes qui peuvent servir de base aux normes et aux accords adoptés par les entreprises ».

Aussi, la Directive met-elle en œuvre un régime de responsabilité spécifique pour certaines activités des prestataires intermédiaires de service.

Dans sa section 4, elle distingue trois catégories d'activités de prestataires intermédiaires, c'est-à-dire d'opérateurs qui fournissent, stockent, ou transmettent des contenus sous forme électronique à la demande de destinataire de services, c'est-à-dire non seulement du consommateur du contenu mais également de toute personne qui rend accessible ce contenu que ce soit à titre personnel ou professionnel :

- le simple transport (formule désignant la fourniture d'accès mais aussi l'activité de transmission de contenus sur un réseau réalisé par le simple opérateur de communications électroniques);
- le "coaching" (formule désignant la fourniture d'un service consistant à transmettre sur un réseau de communication des informations fournies par un destinataire du service avec une prestation de stockage automatique, intermédiaire et temporaire dans le but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service);
- l'hébergement (formule désignant la fourniture d'un service consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service).

Pour ces trois catégories de prestations, le régime de responsabilité des prestataires est limité et il ne peut leur être imposé d'obligation générale de surveillance sur les contenus qu'ils stockent ou transmettent, pas plus que de procéder à une recherche active de faits ou circonstances indiquant des activités illicites.

La loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004 a transposé en droit français la Directive précitée.

Elle reprend les trois régimes distincts de la Directive à savoir :

- le statut d'hébergeur qui est défini aux termes de l'article 6-1 2° comme « les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ».

Ce fournisseur d'hébergement bénéficie d'une limitation de responsabilité du fait des contenus hébergés ; il ne peut être responsable sur le plan civil et pénal des informations

stockées que dans les cas :

- où il avait « *effectivement connaissance de l'activité et de l'information illicites* » et « *dès le moment où il en a eu connaissance* » n'a pas « *agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible* » ;
 - le destinataire du service d'hébergement agit sous son autorité ou son contrôle.
- le statut de fournisseur d'accès (défini comme assurant une activité de fourniture d'accès à un réseau de télécommunication) et de transporteur (défini comme une activité de transmission de contenu sur un réseau de télécommunications) ;
- le statut de prestataire assurant une fonction de cache.

Ces deux dernières catégories bénéficient également d'une limitation de régime de responsabilité.

Il ressort de ces dispositions que les régimes de responsabilité "aménagés" ne sont attachés qu'aux activités précédemment définies.

Il convient en conséquence de rechercher le statut de l'activité faisant grief, un intermédiaire technique dans la prestation de services qu'il offre pouvant avoir différentes activités dont les unes bénéficient du régime de responsabilité "aménagé" et dont les autres relèvent de la responsabilité de droit commun, étant précisé que le régime "aménagé" étant un régime d'exception au droit commun, son champ d'application doit être apprécié strictement.

Sur les faits incriminés par les sociétés du Groupe L'Oréal

Il ressort du dispositif des dernières écritures des sociétés demanderesse qu'en définitive celles-ci font grief au titre de la contrefaçon et de la violation de leur réseau de distribution sélective, aux sociétés eBay de :

- mettre à disposition moyennant rémunération des annonces d'offre de vente portant sur des parfums ou produits cosmétiques contrefaisants ;
- vendre des espaces publicitaires renvoyant à ces offres contrefaisantes ;
- mettre en place des moyens de promotion et de commercialisation de tels produits contrefaisants ;
- d'exploiter une plate-forme de vente aux enchères sur lesquels sont proposés des produits de contrefaçon.

Sur le régime applicable aux différentes activités concernées par ces griefs

- *Sur la mise à disposition moyennant rémunération d'annonces portant sur des produits contrefaisants :*

Il est acquis aux débats que sur le site "ebay.fr" :

- les vendeurs (particuliers ou professionnels) s'inscrivent suivant un formulaire électronique leur permettant d'accepter les conditions générales d'utilisation du site ; ils se choisissent des pseudonymes ;
- ils rédigent et mettent en ligne leurs annonces suivant une procédure électronique proposée par le site ; celles-ci comportent notamment un titre, une description de l'objet et une photographie prise par eux ainsi qu'un prix ; des outils logiciels d'aide à la rédaction leur sont proposés ;
- le processus d'enchères ou de vente à prix fixe est automatisé ;
- le paiement et la livraison du produit vendu ont lieu sans intervention de la plate-forme ;
- un service de paiement sécurisé et un service de garantie sont proposés et différents services d'aides optionnels sont proposés aux vendeurs ;
- eBay perçoit du vendeur une rémunération consistant en des frais d'insertion de l'annonce, des frais de commis-

sion sur le prix de vente du produit et des frais pour les services additionnels.

Les sociétés eBay soutiennent que cette activité relève du régime de l'article 6-1 2° de la LCEN puisqu'elles assurent pour la mise à disposition des internautes un service de stockage des annonces rédigées et mise en ligne par les vendeurs.

Les sociétés du Groupe L'Oréal répliquent que si eBay "héberge" des "offres" "postées" par les tiers, il s'agit d'une activité accessoire par rapport à son activité commerciale d'exploitante d'une plate-forme de courtage aux enchères sur internet pour laquelle elle est soumise à une responsabilité de droit commun.

Il convient de rappeler qu'eu égard aux possibilités offertes par les nouvelles technologies, les prestations commerciales sur internet sont de nature toujours plus complexes, les opérateurs pouvant réaliser sur un même site des activités de nature très différentes. C'est ainsi par exemple qu'un fournisseur d'accès pourra également sur son site proposer à ses clients différents services : messagerie, forum de discussion, partages de vidéos, actualités, météo, liens avec d'autres sites, audition de musique, lecture de vidéos, liens commerciaux, encarts publicitaires etc.

Dans ces conditions, il n'est plus possible de raisonner pour un prestataire en activité principale et en activité accessoire, cette distinction n'étant plus pertinente dans le commerce électronique.

Il convient en conséquence de s'interroger sur la nature de l'activité liée à la mise en ligne des annonces contrefaisantes sur le site "ebay.fr" et à la vente des produits contrefaisants.

Au niveau technique, les sociétés eBay stockent les annonces réalisées par les vendeurs et les mettent en ligne pour leur compte.

Si ces sociétés encadrent le processus de rédaction, proposent des aides à celle-ci (utilisation d'informations standards, d'un logiciel de manipulation de photos...), il n'en demeure par moins qu'en définitive, seul le vendeur décide de l'objet mis en vente, du titre de l'annonce, du prix de l'objet, de sa description et de la photographie diffusée ainsi que de la mise en ligne de l'annonce dont il peut d'ailleurs décider du retrait et que tout le processus de la vente (échange de l'accord des parties, paiement du prix et livraison du produit) s'effectue en dehors de l'intervention d'eBay.

eBay joue un rôle d'intermédiation dans le rapprochement des vendeurs et des acquéreurs mais elle le fait via la mise à disposition de moyens techniques (logiciels et matériels) sans intervention sur le contenu des offres, les négociations entre les cocontractants et l'exécution du contrat. D'ailleurs, les conditions d'utilisation d'eBay indiquent parfaitement aux utilisateurs du site qu'elle ne procède à aucun contrôle des annonces et qu'elle ne prend aucun engagement quant à la bonne fin des transactions.

Certes, sa prestation est payante et une partie du prix est basée sur celui de la transaction réalisée entre le vendeur et l'acquéreur mais cette assiette est librement consentie par le vendeur qui adhère à la plate-forme et n'est nullement illicite ; et là encore, elle n'entraîne aucun contrôle sur le processus de la vente.

Si effectivement, les sociétés eBay se font consentir une licence des droits sur les informations, cette autorisation d'exploitation n'est demandée aux vendeurs que pour permettre la diffusion des annonces pendant le temps de leur mise en ligne ; elle ne change pas la nature de l'activité

d'eBay dans le stockage et la mise en ligne des annonces.

La structuration du site "ebay.fr" résultant de la conception par les sociétés eBay d'une architecture et de l'instauration de catégories de classement d'objets relève d'une nécessité imposée par la nature et le nombre des annonces mises en ligne (plus de quatre millions en moyenne) pour faciliter leur consultation par les acquéreurs potentiels mais n'a aucune incidence sur les annonces et les transactions.

Enfin, les services additionnels offerts par eBay (programme PowerSeller, outils statistiques, service paypal, boutiques eBay...) sont des outils facultatifs permettant aux vendeurs d'améliorer la commercialisation des produits qu'ils offrent en vente mais sans incidence sur leur liberté de rédaction des annonces, de mises en ligne, de transaction et de garantie des acquéreurs.

Les sociétés eBay dans leur activité de stockage et de mise en ligne d'annonces ne sauraient non plus être considérées comme exerçant une activité de régie et de support publicitaire, les annonces n'assurant aucune promotion des produits mais présentant une offre en vente de ceux-ci.

En conséquence, le tribunal considère que l'activité de stockage et de mise en ligne d'annonces exercée par eBay doit être qualifiée d'activité d'hébergement au sens de la Directive et de la loi précitées, l'aide qu'elle apporte aux vendeurs n'emportant pas autorité ou contrôle de celui-ci au sens de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004.

- Sur la vente d'espaces renvoyant à des annonces contrefaisantes et la mise en place de moyens de promotion et de commercialisation de produits contrefaisants

Si l'activité d'eBay de stockage et de mise en ligne des annonces relève du régime de l'hébergement, il n'en est pas de même pour les moyens de promotion qu'elle met en œuvre sur son site pour inciter les internautes à visiter son site, son rôle alors n'étant plus passif ni pour les activités de régie publicitaire qu'elle exerce également.

C'est ainsi qu'elle ne peut revendiquer son statut d'hébergeur :

- s'agissant des rubriques figurant sur sa page-écran qui ne sont pas indispensables à cette activité mais qui relève de la promotion de celle-ci, il en est par exemple ainsi des rubriques "vendez", "tout savoir", "tout connaître", "planète eBay", "à la une d'eBay" et "plus recherchés" (page d'accueil du 10 mai 2007);
- des bandeaux publicitaires et liens commerciaux figurant sur ses pages-écran.

Ces activités étant d'une nature différente et n'étant pas indispensables à l'activité d'hébergement relèvent du régime de responsabilité de droit commun, le régime aménagé d'hébergeur ne pouvant s'apprécier que restrictivement ainsi qu'il a été dit précédemment.

- Sur l'activité d'exploitante de la plate-forme de ventes aux enchères en ligne

Cette activité regroupant les activités précédemment examinées bénéficie du régime de responsabilité propre à chacune d'entre elles sans qu'un régime l'emporte sur les autres.

Sur la responsabilité d'hébergeur des sociétés eBay

Ainsi qu'il a été dit précédemment, la responsabilité d'un hébergeur ne peut être engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de services s'il n'avait pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits ou circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

L'article 6 de la loi du 21 juin 2004 précise que la connaissance des faits litigieux est présumée acquise par l'hébergeur lorsqu'il lui est notifié les éléments suivants :

- la date de la notification,
- si le notifiant est une personne physique : ses noms, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et heure de naissance ; si le requérant est une personne morale ; sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;
- les noms et domicile du destinataire ou s'il s'agit d'une personne morale sa dénomination et son siège social,
- la description des faits litigieux et leur localisation précise ;
- les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et justifications de faits,
- la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.

Il est certain que la lettre du 22 mai 2007 du Groupe L'Oréal à la société eBay Europe SARL ne portait pas les éléments précités puisqu'il s'agissait pour le Groupe L'Oréal de dénoncer un phénomène de contrefaçon de ses marques persistant sur l'ensemble des plateformes eBay à destination des internautes européens et non de dénoncer telles ou telles annonces particulières.

Mais, il n'est pas contestable que sont mises en ligne régulièrement des annonces d'offre en vente portant sur des parfums ou des produits cosmétiques portant les marques des sociétés demanderesse et ce, sans l'autorisation de celles-ci, les produits étant soit des faux soit des produits acquis en dehors des réseaux de distribution sélective (cf. les constats et pages écran produits aux débats et les jugements intervenus contre des vendeurs).

Les échanges de courriers entre les parties entre mai et juillet 2007 montrent que les pourparlers engagés ont échoué en raison d'une divergence sur les mesures à prendre pour prévenir la contrefaçon : le Groupe L'Oréal aurait souhaité que des contrôles *a priori* soient effectués par eBay sur les annonces alors que les sociétés eBay voulaient améliorer les systèmes de prévention déjà mis en place et notamment incitaient les sociétés du Groupe L'Oréal à utiliser son programme VERO.

Il est avéré que la prévention de la contrefaçon sur la plateforme eBay se heurte dans le domaine des parfums et des cosmétiques à des difficultés importantes tenant :

- au nombre d'annonces (en moyenne 15856 en juin 2007 sur le site ebay.fr) ;
- à la difficulté, à la lecture de celles-ci, de repérer les annonces illicites en raison de la qualité des contrefaçons qui nécessite l'examen matériel du produit (modifications de détails mineurs entre l'authentique et le faux) ;
- à l'anonymat des vendeurs qui certes est imposé pour la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel mais qui facilite par la multiplication des pseudonymes pour un même vendeur, la répétition d'annonces contrefaisantes ;
- à l'existence d'un réseau de distribution sélective dont les conditions ne sont pas homogènes sur l'ensemble du territoire de l'Union Européenne, ce qui permet aux vendeurs sur "ebay" des acquisitions de produits bénéficiant de l'épuisement du droit de marques auprès de fournisseurs qu'ils ne renseignent pas dans leur annonce.

Cette prévention est pourtant indispensable non seulement parce qu'il s'agit d'activités illicites mais également parce

qu'elle porte sur des produits pouvant mettre en péril la santé publique.

Aussi, le tribunal considère que la prévention de la contrefaçon ne sera efficace dans ce domaine que par une collaboration étroite entre les titulaires des droits de marques et les sociétés eBay. Pour atteindre l'objectif commun de diminution de la contrefaçon et au vu des contraintes de l'autre, les parties devront accepter la mise en œuvre de mesures dont elles partageront dans des conditions à définir entre elles les frais de prise en charge, étant souligné qu'aucun type de mesure ne doit être écarté *a priori*.

Afin d'aider les parties à se mettre d'accord, le tribunal leur propose de recourir à une mesure de médiation judiciaire et sursoit à statuer sur le principe de responsabilité des sociétés eBay pour les faits relevés dans les constats d'huissier produits aux débats ainsi que sur les demandes d'indemnisation y afférent.

- Sur la responsabilité des sociétés eBay du fait de leurs activités promotionnelles et publicitaires :

Le tribunal est dans l'incapacité au vu des écritures des demanderesse de trouver les faits précis qu'elles incriminent au titre des activités promotionnelles et publicitaires des sociétés eBay, étant relevé que l'existence de liens commerciaux sur "ebay.fr" utilisant des mots-clefs argués de contrefaçon fait l'objet d'une autre instance pendante devant la 2^e section de la 3^e chambre de ce tribunal.

S'il est certain que la sélection d'annonces comportant une reproduction ou une imitation de marque et leur mise en valeur sur les pages écran du site "ebay" peut constituer des contrefaçons, encore faut-il que les demanderesse définissent précisément lesquelles, le tribunal ne pouvant sans excéder sa saisine, faire une analyse en ce sens des pages du site "ebay" produites aux débats.

Dans ces conditions, le tribunal rejette le grief de contrefaçon du chef de ces activités.

Sur les autres demandes

S'agissant de la violation des réseaux de distribution sélective des sociétés du groupe L'Oréal, ces demandes sont fondées sur les mêmes faits que précédemment. Dès lors sont rejetées celles qui relèvent des activités promotionnelles ou publicitaires de eBay. Pour celles fondées sur l'activité de stockage et de mise en ligne des annonces, il est sursis à statuer.

Les sociétés du Groupe L'Oréal font également grief aux sociétés défenderesses sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil de n'avoir pas mis en œuvre les moyens techniques qu'il leur appartenait de prendre afin de limiter ou empêcher la diffusion de contrefaçons ou de ventes illicites sur la plate-forme électronique "ebay.fr".

Si les principes de loyauté et de libre concurrence attachés à toute activité commerciale imposent à toute entreprise intervenante sur le marché de s'assurer que son activité ne génère pas des actes illicites au préjudice de tout opérateur tiers, cette obligation n'est pas de résultat mais de moyens, la Directive précitée ayant interdit aux états d'imposer aux prestataires de services dont le régime de responsabilité était limité, une obligation de surveillance à caractère général.

En l'espèce, les sociétés eBay justifient avoir mis en œuvre des moyens importants de lutte contre la contrefaçon : clause contractuelle, message à destination des vendeurs et des acquéreurs, signalement par les internautes d'annonces illicites, programme VERO à destination des titulaires de droits, création de pages "perso" par ces derniers, personnel dédié, lancement de recherche sur la base de mot-clé (copie, imitation etc.).

En outre, il y a lieu de relever qu'après la réception du courrier du 22 mai 2007 adressé par le Groupe L'Oréal, les sociétés eBay se sont déclarées prêtes à engager des pourparlers pour améliorer la situation existante au regard des spécificités exposées par ces sociétés. Ces pourparlers ont été rompus unilatéralement par les sociétés du Groupe L'Oréal qui ont préféré la voie contentieuse.

Dans ces conditions, le tribunal considère que les sociétés eBay n'ont commis aucune faute sur ce fondement.

Compte tenu de la proposition de médiation formée par le tribunal, aucune considération d'équité ne commande de faire application de l'article 700 en l'état.

DÉCISION

PAR CES MOTIFS, le tribunal, statuant contradictoirement, par décision en premier ressort et remise au greffe,

REJETTE l'exception d'irrecevabilité des demandes dirigées à l'encontre des sociétés eBay LNC, eBay France et eBay Europe,

DIT que pour leur activité de stockage et de mise en ligne des annonces d'offres en vente sur le site "ebay.fr", les sociétés eBay bénéficient du régime de responsabilité aménagé d'hébergeur prévu par l'article 6-2 de la LCEN;

DIT que pour les autres activités qui ne sont pas indispensables à l'exercice de cette activité d'hébergement, les sociétés eBay relèvent du régime de responsabilité de droit commun,

DÉBOUTE les demandes des sociétés du Groupe L'Oréal fondées sur des faits relevant de ces dernières activités,

DIT que les sociétés eBay ont, par la mise en œuvre des moyens de lutte contre la contrefaçon sur leur plate-forme électronique rempli leur obligation de loyauté vis-à-vis des autres opérateurs du marché et déboute les sociétés du Groupe L'Oréal de leurs demandes fondées sur les articles 1382 et 1383 du Code civil;

Sur les autres demandes, PROPOSE AUX PARTIES afin de trouver une issue amiable à leur différend de mettre en œuvre une mesure de médiation judiciaire telle que prévue aux articles 131-1 et suivants du Code de Procédure Civile;

Pour ce faire, RENVOIE LES PARTIES à l'audience de la mise en état du lundi 25 mai 2009 à 8 heures 45 pour donner leur position sur le recours à cette mesure,

En l'attente SURSOIT À STATUER sur ces demandes,

DIT n'y avoir lieu à application de l'article 700 du Code de Procédure Civile,

RÉSERVE les dépens.

Vice-prés. : M^{me} Belfort (signataire), M^{me} Agnès Thauinat – Juge : M^{me} Florence Gouache – Av. : M^{es} I. Leroux, T. Rouhette

Moins d'actions en justice, plus de collaboration : la consécration d'une obligation des titulaires de droits de propriété intellectuelle de participer à la lutte contre la contrefaçon sur internet

CHACQUE DÉCISION *eBAY* CRÉE l'événement. Celle rendue par le TGI de Paris le 13 mai 2009 ne faillit pas à la tradition en reconnaissant qu'*eBay* a « par la mise en œuvre des moyens de lutte contre la contrefaçon sur sa plateforme électronique, rempli son obligation de loyauté vis-à-vis des autres opérateurs du marché », et en proposant à *eBay* et L'Oréal une médiation judiciaire pour définir, « en étroite collaboration », des moyens efficaces de lutte contre la contrefaçon.

Écartons d'abord rapidement la question "vue et revue" de la qualification d'une plateforme internet – *eBay* en l'occurrence – en hébergeur ou éditeur. Le tribunal de grande instance de Paris l'exprime bien dans sa décision : est éditeur la plateforme qui intervient sur le contenu litigieux et non celle qui permet la mise en ligne de ce contenu sans choisir ou vérifier celui-ci (1). *eBay*, plateforme d'enchères en ligne, qui perçoit une rémunération sur les annonces mises en ligne par ses utilisateurs et les transactions abouties, est à cet égard traitée de la même façon que d'autres plateformes du type Dailymotion et MySpace, qui sont des plateformes de partage de contenus tels que vidéos et musiques et sur lesquelles il n'y a pas de ventes en ligne. Pour beaucoup de commentateurs, l'assimilation entre plateformes de ventes en ligne et autres plateformes type Web 2.0 n'allait pas de soi. C'est d'ailleurs sans doute l'une des raisons pour lesquelles *eBay* a déjà été qualifiée de courtier (2), et que cette qualification n'a jamais été retenue pour les plateformes ne pratiquant pas la vente en ligne. Pourtant, traiter *eBay* et les autres plateformes de la même manière quand il s'agit d'apprécier la qualité d'hébergeur ou d'éditeur de la plateforme apparaît fondé. Une seule et unique question est alors en cause : celle de savoir si la plateforme intervient ou non sur la sélection du contenu. Du reste, la qualification d'hébergeur ne doit pas être diabolisée par les ayants

droit. Elle ne constitue pas une qualification "refuge" qui permettrait aux plateformes d'échapper à toute responsabilité. Il est aujourd'hui acquis qu'une plateforme hébergeur se doit de mettre en œuvre des moyens de lutte contre la contrefaçon (I). L'intérêt essentiel de la décision *eBay* ici commentée est de dire qu'à cette obligation de la plateforme correspond désormais une obligation de collaboration de l'ayant droit (II). Cette obligation de collaboration de l'ayant droit n'est toutefois pas sans poser un certain nombre de questions (III).

I. L'obligation des plateformes de lutter contre la contrefaçon

Aux termes de la loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (« LCEN »), la seule obligation pour les plateformes hébergeurs est de retirer le contenu illicite dont elles ont connaissance, le cas échéant à l'issue d'un processus de notification prévu à l'article 6-I-5 (3). Or, en considérant qu'*eBay* avait rempli son obligation de loyauté envers les ayants droit en mettant en œuvre des moyens de lutte importants contre la contrefaçon, le TGI de Paris a réaffirmé une solution désormais bien ancrée, selon laquelle les hébergeurs ont une obligation de collaboration de lutte contre la contrefaçon qui va au-delà de la simple obligation de supprimer un contenu notifié comme illicite.

Comment les juges sont-ils arrivés à cette solution ? Cette solution est-elle légitime quand on sait que la LCEN, tout comme la directive sur le commerce électronique que la LCEN transpose, prévoit que

l'hébergeur n'a pas d'obligation générale de surveillance de sa plateforme (article 6.I.7 de la LCEN) ?

La décision *eBay* fait reposer l'obligation des plateformes de mettre en place des dispositifs de lutte contre la contrefaçon sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Débutant par un attendu qui évoque la décision *Sedo* rendue par la cour d'appel de Paris le 7 mars 2007 (4), le TGI de Paris expose, sous le visa desdits articles 1382 et 1383 du Code civil, que « les principes de loyauté et de libre concurrence attachés à toute activité imposent à toute entreprise intervenante sur le marché de s'assurer que son activité ne génère pas activités illicites au préjudice de tout opérateur tiers ». Le tribunal relève ensuite « qu'il n'est pas contestable que (sur la plateforme *eBay*) sont mises en ligne régulièrement des annonces d'offres en vente portant sur des parfums ou des produits cosmétiques portant les marques des sociétés demanderesse et ce, sans l'autorisation de celles-ci, les produits étant soit des faux soit des produits acquis en dehors des réseaux de distribution sélective ». Il en tire comme conséquence que la plateforme doit, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, mettre en œuvre des moyens techniques permettant de limiter ou empêcher la diffusion des contrefaçons et pose le principe que les obligations de la plateforme en la matière sont nécessairement de moyens.

Cette approche des juges met en avant la fonction préventive de la responsabilité civile (et pas seulement sa fonction réparatrice). Ainsi que M. le Tourneau l'a exprimé,

1. La jurisprudence apparaît désormais constante sur ce point (voir par ex. tout récemment CA Paris 6 mai 2009 *Dailymotion/Carion*, LP 262-21 : la qualité d'éditeur suppose une « sélection des contenus mis en ligne » ; n'est pas éditeur la plateforme qui s'abstient de « commander un quelconque choix quand au contenu » que l'utilisateur entend mettre en ligne).

2. Voir les décisions du Tribunal de commerce de Paris du 30 juin 2008 (http://www.legalis.net/brevets-article.php3?id_article=2352).

3. Conformément au régime de responsabilité aménagé des hébergeurs prévu par la LCEN, hormis le cas d'une décision judiciaire, on sait que l'hébergeur n'est responsable des contenus hébergés que dans le cas où il avait « effectivement connaissance » de l'activité illicite et « dès le moment où il en a eu connaissance » il n'a pas « agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible » (article 6.I.2).

4. LP 243-14 confirmée par COM 21 octobre 2008 (disponible sur [legalis.net](http://www.legalis.net)).

« la règle d'or de la responsabilité civile est de mettre un terme aux agissements contraires au droit, en les faisant avorter dès leur origine » (5). Consciente que son activité est de nature à abriter des activités illicites, une plateforme doit mettre en œuvre des moyens de nature à les prévenir. Pour autant, cette situation ne saurait condamner par principe l'activité d'hébergement (sous peine d'entraver le développement de l'économie numérique, ainsi que l'a observé la cour d'appel de Paris dans sa décision *Dailymotion/Carion* précitée du 6 mai 2009). La conscience qu'a la plateforme des risques liés à son activité de stockage ne saurait non plus faire présumer une « connaissance effective » par celle-ci d'un contenu illicite au sens de la LCEN. Le TGI de Paris qui a tenté dans une décision antérieure du 13 juillet 2007 d'associer « activité à risque de contrefaçon » avec « connaissance effective » d'une contrefaçon au sens de la LCEN vient d'ailleurs d'être infirmé par l'arrêt *Dailymotion/Carion* précité du 6 mai 2009. La « connaissance effective » par la plateforme d'un contenu illicite au sens de la LCEN ne saurait pas non plus être présumée. Reste toutefois que la plateforme qui exerce une activité avec des risques de contrefaçon est fautive si elle ne prend pas les précautions pour gérer ces risques.

En l'espèce, le TGI a estimé que eBay mettait en œuvre « des moyens importants de lutte contre la contrefaçon : clause contractuelle, message à destination des vendeurs et des acquéreurs, signalement par les internautes d'annonces illicites, programme VeRo à destination des titulaires de droits, création des pages "perso" par ces derniers, personnel dédié, lancement de recherche sur la base de mot-clé (copie, imitation, etc...) ». De plus, eBay a montré qu'elle était prête à engager des pourparlers pour améliorer encore la situation existante. Par conséquent, pour le TGI, eBay a rempli son obligation de mettre en œuvre des moyens de lutte contre la contrefaçon sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Bien que la décision du TGI ne soit

pas très claire sur ce point, précisons qu'à notre sens cette obligation s'applique à toute plateforme sur internet, quand bien même celle-ci ne serait qu'hébergeur (ce qui n'est pas le cas d'eBay en l'espèce) (6). Les visas utilisés par le TGI de Paris dans sa décision sont généraux, de même que l'attendu de principe. De plus, du point de vue de la rédaction du jugement, le détail de l'obligation d'eBay de lutter contre la contrefaçon figure à la fois sous une partie « responsabilité d'hébergeur des sociétés eBay » et sous une partie « autres demandes ».

L'obligation des hébergeurs de lutter contre la contrefaçon nous semble devoir être approuvée, tant elle est pleine de bon sens et d'équité. À partir du moment où des moyens raisonnables de lutte contre la contrefaçon existent, la plateforme qui ne les met pas en place et décide de faire la politique de l'autruche face à la contrefaçon ne se conduit pas en « bon père de famille » et adopte un comportement fautif. Cette solution est par ailleurs fondée en droit. En tant qu'exception, la responsabilité aménagée de l'hébergeur est d'interprétation stricte. Loysel avait écrit en son temps « qui peut et n'empêche pêche ». Depuis la célèbre décision *Branly*, il est acquis que l'abstention peut être fautive en dehors même de toute norme positive prescrivant une obligation d'agir (7). C'est ainsi qu'à ce titre peut par exemple être retenue la responsabilité de celui qui omet d'avertir les passants de la présence d'une tranchée ou bien l'organisateur d'une compétition sportive qui n'incite pas les participants à s'assurer (8).

Le fait qu'en vertu de la LCEN les hébergeurs ne sauraient par principe se voir imposer une obligation générale de surveillance n'est pas incompatible avec l'obligation imposée aux hébergeurs de lutter

contre la contrefaçon. D'abord, parce que les dispositifs de lutte mis en place par les plateformes ne constituent pas une surveillance générale du contenu *a priori*. Comme le tribunal de Bruxelles l'a relevé dans une décision *Scarlet* du 23 juin 2007, il s'agit en général « d'instruments techniques qui se limitent à bloquer ou à filtrer certaines informations qui sont transmises sur le réseau de Scarlet », qui sont dès lors non constitutifs en tant que tels « d'une obligation générale de surveiller le réseau » (9). Ensuite, parce qu'en tout état de cause, la directive commerce électronique 2000/31/CE du 8 juin 2000 qui contient également l'absence d'obligation générale de surveillance admet déjà la faculté d'imposer aux fournisseurs de services des moyens destinés à prévenir les actions illicites (*cf.* les considérants 40 et 48 de la directive, qui prévoient respectivement que « les dispositions de la présente directive sur la responsabilité ne doivent pas faire obstacle au développement et à la mise en œuvre effective par les différentes parties concernées, de systèmes techniques de protection et d'identification ainsi que d'instruments techniques de surveillance rendus possibles par les techniques numériques » et que les États membres ont toujours la possibilité « d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites »). Dans la directive, l'absence d'obligation générale de surveillance des hébergeurs n'est donc pas incompatible avec une obligation pour les intermédiaires techniques de mettre en œuvre des moyens de lutte contre la contrefaçon.

5. « Des mérites et vertus de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 18 mai 1995, page 285.

6. Le TGI a estimé qu'eBay ne peut revendiquer le statut d'hébergeur pour des activités non nécessaires à l'activité d'hébergeur (telles que les rubriques « vendez », « tout savoir », « planète eBay », ou des bandeaux publicitaires et liens commerciaux figurant sur les pages écran).

7. Civ. 1^{re} 27 février 1951 *D.* 1951.329.

8. Civ. 2^e 6 octobre 1960 *D.* 1960.721 ; Civ. 1^{re} 13 juillet 1982 *D.* 1983.225 note Agostini.

9. www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=939.

En conclusion, l'hébergeur a aujourd'hui deux types d'obligations en matière de lutte contre la contrefaçon :

- supprimer le contenu qui lui est notifié comme illicite, conformément à l'article 6-I-5 de la LCEN. C'est le fameux « *notice and take down* », que la jurisprudence, pour des soucis d'efficacité dans le temps, a complété d'une obligation pour la plateforme d'empêcher toute remise en ligne du contenu ainsi notifié et retiré : on parle depuis lors de « *take down and stay down* » (10).

- mettre en œuvre des moyens techniques (filtrage, ressources, pages et outils dédiés, etc...) et contractuels (conditions générales, avertissements, etc...) pour lutter contre la contrefaçon (11). À noter que ces moyens techniques recourent en partie ceux mis en œuvre pour éviter la remise en ligne de contenu illicite (c'est le « *stay down* », précité). Et parce que l'efficacité de ces moyens dépend pour beaucoup de la participation des ayants droit, les juges considèrent que ces derniers ont désormais l'obligation d'apporter leur collaboration.

II. L'obligation des ayants droit de collaborer à la lutte contre la contrefaçon

Face à la contrefaçon qui s'est développée sur internet et au préjudice important qui en a résulté, certains ayants droit pourraient être tentés de retenir le raisonnement suivant : si les opérateurs internet ne peuvent pas éviter que leur activité serve à des actes de contrefaçon, ils doivent s'abstenir de cette activité ou s'exposer à des actions en contrefaçon de ma part. La jurisprudence eBay participe d'un mouvement légal et jurisprudentiel au terme duquel un tel raisonnement va être définitivement exclu. Au devoir d'agir en bon père de famille des plateformes, correspond désormais le devoir d'agir en bon père de famille des ayants droit, lesquels doivent contribuer à la lutte contre la contrefaçon et ne pas agir trop rapidement en justice pour voir sanctionner une atteinte à leurs droits.

Le 1^{er} volet de ce mouvement est lié à l'obligation de l'ayant droit de notifier à la plateforme le contenu manifestement illicite, conformément à l'article 6-I-5 de la LCEN. Il s'agit là d'une première manifestation très concrète de l'obligation de collaborer. Le TGI de Paris en a d'ailleurs déjà pris acte dans une décision du 3 juin 2008 qui a exposé qu'« *en matière d'économie numérique, et de façon dérogatoire, il appartient à celui qui veut voir protégée son œuvre d'indiquer et de motiver les raisons de sa requête auprès du contrefacteur* » (12). Un temps hésitante, la jurisprudence donne aujourd'hui toute sa portée à l'obligation de l'ayant droit de notifier à l'hébergeur un contenu illicite avant d'agir en justice et de donner les informations nécessaires (emplacement sur le site, identification des œuvres, etc...) pour repérer ledit contenu et le supprimer. Aujourd'hui, les juges n'hésitent pas à qualifier de déloyale l'attitude de l'ayant droit qui ne procède pas à une telle notification (cf. la décision *Roland Magdane / Dailymotion* précitée du 29 avril 2009 : « *par leur comportement, les demandeurs ont eux-mêmes contribué à l'aggravation de leur préjudice et à la réitération de contenus non identifiables par l'hébergeur. Ce comportement déloyal ne peut permettre une mise en cause de la responsabilité de l'hébergeur* »). Le droit d'auteur rejoint ici une évolution importante du droit de la responsabilité civile en général, amorcée par une décision de la Cour de cassation du 22 janvier 2009, au terme de laquelle la victime d'un dommage pourrait se

voir contrainte d'agir de manière à minimiser son dommage (13). Or, si un ayant droit veut faire cesser une contrefaçon, la notification à l'hébergeur, par les outils mis à la disposition par celui-ci, est souvent le moyen le plus efficace de réduire le dommage, en permettant à l'hébergeur d'y mettre un terme plus rapide.

Pour autant, les notifications individuelles à la charge des propriétaires de contenu ne sont pas un moyen suffisant pour lutter de manière efficace contre la contrefaçon. Le processus de notification individuelle peut être considéré comme trop lourd et coûteux. Il oblige les ayants droit à assurer la surveillance des réseaux et conduit à une protection « émiettée » (œuvre par œuvre, au lieu des catalogues entiers ; plateforme par plateforme, au lieu de tous les sites). Il faut donc réfléchir à des moyens plus efficaces, du type filtrage. Or, ces moyens supposent la collaboration des ayants droit, qui doivent par exemple, en matière de protection de contenu musical ou audiovisuel, permettre la création d'empreintes de leurs œuvres pour que celles-ci soient stockées dans une base de données (14). D'où la proposition de consacrer à la charge des ayants droit une véritable obligation d'apporter leur collaboration aux plateformes. Plusieurs arguments nous semblent pouvoir être invoqués pour justifier de l'existence de cette obligation.

D'un point de vue du droit civil, nous avons déjà rappelé que le fait de ne pas agir peut être source de responsabilité (abstention fautive). On peut citer également le fait que

10. L'obligation de lutter contre la remise en ligne du contenu notifié apparaît désormais tellement comme une solution consacrée qu'elle est présentée dans les décisions comme faisant partie des obligations prévues à la LCEN, ce qui est inexact ; voir TGI Paris 3^e ch 29 avril 2009 *Magdane/Dailymotion*, LP [262-20] : « *au titre de l'article 6-1 -5 de la LCEN, l'hébergeur est tenu de retirer les contenus litigieux et de ne pas les remettre en ligne* ».

11. V. dans le même sens en Allemagne, avec l'obligation faite à eBay d'empêcher la mise aux enchères en Allemagne de contrefaçons avec la mise en œuvre de moyens techniques et économiques raisonnablement applicables (cour fédérale de Karlsruhe, 19 avril 2007).

12. Décision *Lafesse/OVH* (disponible sur legalis.net).

13. *Dalloz* 2009, n° 16, note R. Loir.

14. Les intermédiaires techniques interrogent cette base chaque fois qu'un internaute souhaite mettre des contenus en ligne. Ensuite, suivant la règle donnée par l'ayant droit (par exemple « bloquer » le contenu ou « laisser passer, mais partager les revenus publicitaires avec moi »), les intermédiaires techniques agissent pour se mettre en conformité avec les souhaits des ayants droit. Certains ayants droit ne souhaitent pas utiliser ces outils, même si certains d'entre eux sont gratuits pour eux (ces outils se rémunèrent auprès des plateformes). Ils estiment que le temps nécessaire pour créer des empreintes est déjà une contrainte qu'ils ne devraient pas avoir à assumer.

la contribution de la victime dans la production de son dommage peut écarter la faute de celui qui cause le dommage ou limiter son obligation de réparation (15) (en droit américain, on parle de « *contributory negligence* », pour désigner un agissement fautif de la victime qui a aggravé le dommage ou même provoqué l'accident), ou bien encore le Code civil français qui prévoit des obligations à la charge du propriétaire de conserver sa chose, notamment quand le dépérissement de celle-ci peut causer un dommage à autrui (16). Certes, ces obligations de conservation de la chose sont le plus souvent liées à la protection des intérêts d'un autre que le propriétaire de la chose (ex: le locataire, le tiers victime, et en droit des marques, les entreprises qui voudraient déposer un signe inexploité); or, dans le cas qui nous intéresse, la principale victime de la contrefaçon est le propriétaire du contenu et non pas un tiers. Mais la loi et la jurisprudence admettent également dans certains cas qu'une personne doive se protéger contre soi-même et qu'elle ne puisse pas se prévaloir de l'obligation de l'autre partie d'agir (ex: devoir d'information reconnu à la charge de l'acheteur, lequel ne peut pas se reposer entièrement sur le devoir de renseignement du vendeur professionnel ou bien encore, ne peut pas invoquer une erreur dite « *inexcusable* » pour demander la nullité d'une vente pour dol) (17).

L'on comprend dès lors comment les juges ont pu progressivement consacrer l'obligation des ayants droit de collaborer avec les plateformes pour lutter contre la contrefaçon. Dans la décision précitée du 22 janvier 2009, la Cour de cassation laisse entendre que la victime d'un délit civil doit prendre des mesures « *raisonnables* », évoquant l'idée qu'une victime a l'obligation de minimiser son dommage. Dans la décision *Magdane / Daylotion* précitée du 29 avril 2009, le TGI de Paris a considéré dans le même sens que les titulaires de droit ne doivent pas eux-mêmes contribuer « *à l'aggravation de leur préjudice et à la réité-*

ration de contenus non identifiables par l'hébergeur ». Enfin, dans la décision eBay qui fait l'objet du présent commentaire, le TGI de Paris considère que L'Oréal doit travailler main dans la main avec eBay, « *en collaboration étroite* ». L'obligation des ayants droit de collaborer activement à la lutte contre la contrefaçon semble donc aujourd'hui une réalité, et elle a le mérite de ne pas contribuer à l'encombrement des tribunaux. Cela ne veut pas dire pour autant qu'elle est sans soulever un certain nombre de questions.

III. Les interrogations sur l'obligation de l'ayant droit de collaborer à la lutte contre la contrefaçon

Dans la décision *eBay*, bien que considérant que les moyens de lutte contre la contrefaçon mis en place par la plateforme satisfaisaient à son obligation de loyauté, les juges ont considéré – comme eBay semblait d'ailleurs l'admettre – que ces mesures pouvaient être améliorées. Les juges ont alors proposé aux parties de collaborer ensemble, le cas échéant sous l'égide d'un médiateur, pour définir ces nouvelles mesures (« *le tribunal considère que la prévention de la contrefaçon ne sera efficace dans ce domaine que par une collaboration étroite entre les titulaires des droits de marques et les sociétés eBay. Pour atteindre l'objectif commun de diminution de la contrefaçon et au vu des contraintes de l'autre, les parties devront accepter la mise en œuvre de mesures dont elles partageront dans des conditions à définir entre*

elles les frais de prise en charge étant souligné qu'aucun type de mesure ne doit être écarté a priori. Afin d'aider les parties à se mettre d'accord, le tribunal leur propose de recourir à une mesure de médiation judiciaire et sursoit à statuer sur le principe de responsabilité des sociétés eBay pour les faits relevés dans les constats d'huissier produits aux débats ainsi que sur les demandes d'indemnisation y afférent »). Le tribunal reconnaît donc une obligation de collaborer, le principe d'un partage des frais et une obligation de n'exclure aucun type de mesure *a priori*.

Le recours à un médiateur, assez habituel en droit d'auteur (18), est une bonne chose, car il a le mérite de dépassionner les débats et de laisser la place à la discussion. En revanche, l'obligation imposée par le TGI nous semble soulever deux types de questions fondamentales.

La première est l'aspect financier. Pour les juges, le coût des mesures devrait être partagé entre l'ayant droit et la plateforme. Cette solution est discutable. C'est la plateforme qui choisit son activité et elle doit dès lors engager les frais liés aux risques de cette activité (à l'instar d'une société qui contracte une assurance, même si la prime est bien évidemment répercutée sur les prix des prestations client – mais dans notre exemple, l'ayant droit n'est pas client de la plateforme...). Dans ce sens, on notera également qu'à ce jour, certains prestataires de solution de reconnaissance de contenu sur internet type *fingerprinting* (ex: *Audible Magic*) ne facturent aucune somme aux ayants droit pour le tirage

15. V. par ex. A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 11^e éd., n° 564-1. Comp. avec l'article 5 § 1 de la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation: « *la faute commise par la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages aux biens qu'elle a subis* ».

16. Voir par exemple la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment du fait « *du dommage causé par sa ruine lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction* » (article 1386) ou encore l'obligation d'entretien du bailleur (article 1719); comp. également en propriété intellectuelle, avec l'obligation du titulaire d'une marque d'exploiter son signe sous peine de déchéance (article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle).

17. Cf. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, A. Colin, 11^e éd., n° 206; pour expliquer le devoir de renseignement de l'acheteur: « *la faute – par exemple, s'être fait des illusions ridicules ou avoir omis de se renseigner, alors qu'on le pouvait facilement – exclut, moralement, la protection légale. À supposer qu'une personne ait cru découvrir un tableau de maître au marché aux puces et qu'un expert l'ait ensuite ramenée à la réalité, il ne serait pas légitime de recevoir son action en nullité, d'autant moins que cet acquéreur n'aurait vraisemblablement pas payé pour la « croûte » qu'il a achetée, le prix normal d'un tableau de maître qu'il croyait y voir* ».

18. V. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e édition, n° 820.

COMMENTAIRE

d'empreintes. Ce sont alors les plateformes qui rémunèrent le fournisseur d'une technologie de filtrage et pas les ayants droit. Pourquoi décider autrement au cas présent ?

La deuxième question a trait à l'interopérabilité et à la standardisation des moyens de lutte contre la contrefaçon. Les moyens qui pourront être convenus entre eBay et L'Oréal vont-ils être spécifiques à L'Oréal ou déclinables pour tous les ayants droit ? S'il s'agit de moyens spécifiques, l'obligation de partage des coûts pourrait avoir du sens. En revanche, cela pourrait aboutir à leur multiplication (autant de moyens que d'ayants droit...) ce qui deviendrait très difficilement gérable par une plateforme comme eBay. Il faut également se poser la question de savoir comment gérer les différentes technologies de filtrage toujours plus nombreuses. À partir de quel moment une plateforme satis-

fait-elle à son obligation de loyauté ? Une technologie suffit-elle ou en faut-il plusieurs ? Lesquelles ? Nous aurions tendance en la matière à faire confiance à la loi du marché et à considérer que la meilleure technologie s'imposera naturellement. En sens inverse toutefois, il faut donner de la sécurité juridique aux plateformes et nous pourrions dès lors être assez favorables à un processus d'accréditation par les pouvoirs publics des outils de filtrage (à l'instar par exemple de la solution qui vient d'être consacrée par la loi HADOPI s'agissant des moyens de sécurisation des accès internet). Nous savons que des démarches en ce sens sont en cours au sein du CSPLA, ce qui nous paraît une bonne chose. Un des objectifs pourrait être d'aboutir à l'adoption d'une charte commune entre inter-

médiaires techniques et ayants droit, du type des « *UGC principles for user generated content services* » signés le 18 octobre 2007 entre différentes sociétés, dont MySpace, Dailymotion, Disney, Microsoft, Fox, NBC Universal, Viacom et Sony (19). Il faut, de manière générale, veiller à développer un état de l'art qui soit le plus uniforme possible à travers le monde, afin de faciliter et automatiser le plus possible les politiques de lutte contre la contrefaçon. Moins d'actions en justice et plus de collaboration donc !

Sarah Jacquier

Docteur en droit,
Avocat au Barreau de Paris
Hogan & Hartson

Winston Maxwell

Avocat associé
Hogan & Hartson

19. <http://www.ugcprinciples.com/>