

Adwords : Google ne ferait pas « usage » de marques et pourrait bénéficier du statut d'hébergeur

[INTERNET / NOUVELLES TECHNOLOGIES / MULTIMEDIA]
CJUE, Grande Chambre, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08

Par un arrêt très attendu, la Cour de Justice de l'Union Européenne vient de se prononcer (i) d'une part sur la licéité de l'utilisation par des annonceurs de marques de tiers à titre de mots-clés afin de déclencher l'affichage de liens promotionnels renvoyant vers leur site et (ii) d'autre part sur la responsabilité des services de référencement offrant aux annonceurs, moyennant rémunération, de réserver ces mots clés et d'organiser ainsi l'affichage privilégié des liens promotionnels.

La décision a été rendue dans le cadre de trois procédures engagées par des titulaires de marques (Louis Vuitton, Viaticum et CNRRH) contre les sociétés Google France et Google Inc. condamnées tant en première instance qu'en appel sur le fondement de la contrefaçon pour avoir permis, dans le cadre du service de référencement payant Adwords, la sélection et l'utilisation des marques à titre de mots clés sans autorisation de leurs propriétaires.

En dépit du consensus des juridictions du fond pour retenir la responsabilité de Google, la Cour de cassation avait décidé de saisir la CJUE de trois questions préjudicielles principales invitant cette dernière à déterminer, au regard de la directive 89/104/CEE (Directive Marques), du règlement 40/94 (sur la marque communautaire) et de la directive « Commerce Electronique » si :

- la réservation et l'utilisation par un annonceur d'un mot-clé identique ou similaire à la marque d'un tiers et déclenchant, en cas de requête utilisant ce mot, l'affichage d'un lien renvoyant sur le site de l'annonceur offrant à la vente des produits ou des services identiques ou similaires au titulaire de la marque, constitue, *en soi*, une atteinte à la marque **(1)**;
- le prestataire de service de référencement mettant à disposition des mots-clés reproduisant ou imitant des marques déposées, et organisant la création et l'affichage privilégié, à partir de ces mots-clés, de liens promotionnels vers des sites sur lesquels sont proposés des produits identiques ou similaires à ceux couverts par le dépôt, réalise un *usage* de la marque que le titulaire est habilité à interdire **(2)**;
- à défaut d'un usage de la marque par le prestataire du service de référencement, ce dernier doit être considéré comme fournissant un «un service de la société de l'information» consistant à héberger des informations fournies par l'annonceur, de sorte que sa responsabilité ne pourrait être engagée avant qu'il n'ait été informé par le titulaire de la marque de l'usage illicite du signe **(3)**.

(1) La Cour de Justice retient de façon prévisible que la réservation et l'utilisation de la marque d'un tiers à titre de mot clé réalise bien, en ce qui concerne l'annonceur, un usage de ladite marque puisqu'il est effectué pour les besoins de sa communication commerciale - donc dans la vie des affaires - et pour des produits et services. En revanche, de façon plus inattendue, la Cour considère que le titulaire de la marque n'est habilité à interdire un tel usage, quand bien même le mot clé est totalement identique à la marque (et renvoie vers un site proposant des

produits ou services identiques ou similaires à ceux du titulaire de la marque), que *lorsque* le message de l'annonceur de ladite publicité ne permet pas, ou permet seulement difficilement à l'internaute moyennement averti, 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. La Cour de Justice donne ainsi aux modalités de présentation du message commercial de l'annonceur un caractère déterminant pour apprécier si l'usage d'un mot clé identique à la marque d'un tiers réalise, ou non, une atteinte à la fonction de la marque.

(2) En ce qui concerne le prestataire du service de référencement qui stocke en tant que mot clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, la Cour retient que ce prestataire ne fait pas « un usage » de ce signe à titre de marque au sens des textes communautaires.

La question au centre du raisonnement de la Cour était ici de savoir si les prestations rémunérées de Google permettent de caractériser un usage de la marque par Google dans la vie des affaires. Or, la Cour observe qu'en offrant des prestations payantes de stockage des mots clés et d'organisation technique de l'affichage des liens promotionnels à partir des mots-clés, Google opère certes « dans la vie des affaires » mais n'utilise par la marque reproduite par le mot clé pour sa propre communication commerciale, et en conséquence n'en fait pas usage.

Ainsi, selon la Cour, le schéma économique du service qui implique que le prestataire tire ses revenus de l'utilisation par les annonceurs des mots clés qu'il met à leur disposition, ne permet pas de caractériser un usage de la marque par le prestataire.

(3) A défaut de retenir l'existence d'un usage des marques par Google, la Cour a dès lors été amenée à se prononcer sur la possibilité pour le prestataire du service de référencement de bénéficier des dispositions limitatives de responsabilité applicables aux hébergeurs en vertu de la directive « Commerce Electronique ». La Cour ne manque pas de souligner que l'application de ce régime dérogatoire de responsabilité suppose que le rôle du prestataire du service de référencement soit « neutre », c'est-à-dire « *purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke* ».

En l'espèce, la Cour relève que Google procède, à l'aide de ses logiciels à un traitement des données introduites par des annonceurs, détermine l'ordre d'affichage des annonces et qu'il en résulte « *un affichage des annonces sous des conditions dont Google a la maîtrise* ». Il n'en demeure pas moins selon la Cour que cette circonstance, comme le fait que le service soit rémunéré, est insuffisante pour retenir que Google a une connaissance ou un contrôle des données qu'elle stocke mais qu'il est en revanche pertinent de déterminer si Google joue « *un rôle dans la rédaction du message commercial ou la sélection des mots clés* ». Pour la Cour, c'est donc uniquement l'appréciation du rôle éventuellement *actif* du prestataire sur le contenu (auquel la sélection des mots clés participe) qui doit guider la juridiction nationale pour déterminer si ce dernier a la connaissance ou le contrôle des données qu'il stocke et s'il peut, en conséquence de cette analyse confiée aux juridictions nationales, bénéficier ou non du statut d'hébergeur. A défaut d'un tel rôle actif, la Cour rappelle conformément à l'article 14 de la directive 2000/31 que le prestataire ne peut voir sa responsabilité engagée à moins qu'ayant pris connaissance du caractère illicite des données stockées, il n'ait pas promptement agi pour retirer ces données ou les rendre inaccessibles.

A l'occasion de ces trois affaires concernant le contentieux des marques et les services de référencement de mots clés, la Cour de Justice apporte donc ici des indications majeures sur les critères de qualification de l'activité d'hébergeur qui sont susceptibles d'influer sur la jurisprudence des juridictions nationales à l'égard de l'ensemble des prestataires de services

internet (ce d'autant que dans une décision du 25 mars 2010, la Cour de Justice a repris une motivation similaire).

En particulier, la décision de la Cour de Justice peut d'ores et déjà être rapprochée de l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 janvier 2010 rendu dans l'affaire Tiscali [[✕](#) Voir article Janvier 2010] où le juge français n'a pas retenu la qualité d'hébergeur de Tiscali à propos d'un service de mise à disposition de pages personnelles, au seul motif que l'intervention du prestataire dans la gestion d'espaces publicitaires payants excédait les fonctions techniques de stockage. Or, la position adoptée par la Cour de Justice semble précisément retenir que de tels critères liés à une contrepartie pécuniaire, sont insuffisants pour exclure les prestataires de services internet du bénéfice du statut d'hébergeur.

Hélène DELABARRE