Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 2 juin 2022 [1]

Affaires jointes C-148/21 et C-184/21

Christian Louboutin
contre
Amazon Europe Core Sàrl,
Amazon EU Sàrl,
Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21)
[demande de décision préjudicielle formée par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Luxembourg)]
et
Christian Louboutin
contre
Amazon.com Inc.,
Amazon Services LLC (C-184/21)

[demande de décision préjudicielle formée par le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Belgique)]

« Renvois préjudiciels – Propriété intellectuelle – Droit des marques – Effets de la marque de l'Union européenne – Droits conférés par la marque – Droit d'interdire l'usage de la marque par un tiers, d'un signe identique ou similaire, pour des produits ou services identiques ou similaires – Notion d'"usage" »

I. Introduction

1. Si la question de la responsabilité des intermédiaires n'est pas en soi nouvelle, elle est en revanche sans cesse renouvelée à mesure que de nouvelles formes d'intermédiation apparaissent dans le domaine de l'internet. En témoigne la variété des affaires relatives à l'activité des plateformes sur Internet dont a été saisie la Cour au cours de ces dernières années [2], à la suite desquelles s'inscrivent les présentes demandes de décisions préjudicielles introduites dans le cadre des litiges opposant M. Christian Louboutin à Amazon Europe Core Sàrl, Amazon EU Sàrl et Amazon Services Europe Sàrl (affaire C-148/21) et à Amazon.com Inc., et Amazon Services LLC (ci-après, individuellement ou ensemble, « Amazon ») (affaire C-184/21).

[1] Langue originale : le français.

[2] Voir, notamment, arrêts du 20 décembre 2017, Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981) ; du 19 décembre 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112), ainsi que du 22 juin 2021, YouTube et Cyando (C-682/18 et C-683/18, EU:C:2021:503).

2. Cette émergence n'étonne pas. Internet occupe une place toujours plus importante dans nos sociétés d'un point de vue social, mais également économique, et les intermédiaires qui y opèrent jouent un rôle essentiel à cet égard. Ces derniers permettent aux utilisateurs de trouver, d'échanger, de partager et de produire des contenus, d'acheter et de vendre des produits et des services, ainsi que de créer et de s'exprimer sur Internet [3]. Ils facilitent, en clair, l'accès des utilisateurs à un certain contenu. S'ils peuvent, dans une certaine mesure, représenter le pendant virtuel des intermédiaires traditionnels, le domaine de l'internet, caractérisé par des innovations technologiques constantes, favorise surtout la création de nouveaux modèles d'intermédiation qui ne trouvent pas d'équivalent dans le monde réel [4] et dont l'importance pratique ne peut être ignorée, justifiant ainsi que le droit s'en saisisse.

3. En effet, le rôle croissant des intermédiaires de l'internet implique nécessairement que leur activité rencontre celle d'autres opérateurs et qu'elle peut, dans une certaine mesure, constituer une menace pour leurs droits. Tel est le cas s'agissant des opérateurs titulaires de droits de propriété intellectuelle, notamment d'une marque, ces droits pouvant faire l'objet d'atteintes sur les plateformes de vente en ligne par exemple, de sorte que se pose la question de l'engagement de la responsabilité des intermédiaires de l'internet exploitant de telles plateformes. Le développement de l'activité des plateformes de vente en ligne et les innovations technologiques qui l'accompagne augmentent l'accessibilité des produits pour les consommateurs et favorisent leur commercialisation. Le volume des produits en circulation augmente donc mécaniquement. Cela vaut également pour les produits contrefaisants [5].

4. La recherche de la responsabilité de l'intermédiaire exploitant une plateforme de vente en ligne en raison de la vente de produits contrefaisants via cette plateforme se comprend aisément du point de vue du titulaire d'une marque à laquelle il est portée atteinte sur cette plateforme. Il est certes vrai que l'atteinte est, au premier chef, le fait du vendeur utilisant la plateforme de vente en ligne pour offrir à la vente des produits contrefaisants. Cependant, ces vendeurs ne sont, en règle générale, que difficilement identifiables, leur localisation pouvant en outre constituer un obstacle à l'engagement de leur responsabilité [6].

5. L'intermédiaire, quant à lui, rend techniquement possible une telle atteinte par un tiers et dispose de la maîtrise de sa plateforme. Il peut donc, en principe tout du moins, mettre fin à cette atteinte. Il apparaît alors plus efficace, pour le titulaire d'une marque, de chercher à engager la responsabilité de l'intermédiaire plutôt que celle du vendeur tiers [7], qu'il s'agisse de sa responsabilité directe – en tant que contrevenant – ou de sa responsabilité indirecte – du fait des agissements de tiers via ses services [8].

3 Ullrich, C., *Unlawful Content Online, Towards a New Regulatory Framework for Online Platforms*, Luxemburger Juristische Studien, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 32.

4 Marsoof, A., *Internet Intermediaries and Trademark Rights*, Routledge Research in Intellectual Property, Routledge, Abingdon, 2019, p. 2.

5 Le volume des produits contrefaisants mis en circulation dans le monde représente désormais environ 2,5 % du commerce mondial. Voir OECD/EUIPO, *Global Trade in Fakes : A Worrying Threat*, Illicit Trade, OECD Publishing, Paris, 2021, p. 61.

6 Van Eecke, P., « Online service providers and liability : A plea for a balanced approach », *Common Market Law Review*, 2011, nº 48, vol. 5, p. 1455.

7 Sur les justifications théoriques et économiques à la recherche de l'engagement de la responsabilité des intermédiaires de l'internet, voir Marsoof, A., op. cit., p. 5 à 10 ; Ullrich, C., op. cit., p. 104 à 108, et Ohly, A., « The Liability of Intermediaries for Trademark Infringement », *Research Handbook on Trademark Law Reform*, Dinwoodie, G.B., et Janis, M.D., (éds), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, p. 396 à 430.

8 Sur la distinction entre la responsabilité à titre principal et la responsabilité indirecte, voir conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire L'Oréal e.a. (C-324/09, EU:C:2010:757, point 54 et suiv.), ou encore Kur, A., et Senftleben, M., *European Trade Mark Law : A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 691, et Ullrich, C., op. cit., p. 356 et suiv.

6. L'intérêt des titulaires d'une marque d'engager la responsabilité des intermédiaires ne peut toutefois être lu isolément et ne saurait, à lui seul, justifier que les intermédiaires soient toujours tenus responsables des atteintes aux droits de ces titulaires commises sur leurs plateformes. Cet intérêt doit en effet être mis en balance avec d'autres intérêts antagonistes [9].

7. En premier lieu, l'étendue de la responsabilité des intermédiaires de l'internet pourrait les obliger virtuellement à une surveillance générale de toute infraction potentielle au droit des marques sur leurs plateformes. En second lieu, et de la même façon, admettre que les intermédiaires de l'internet puissent être tenus directement responsables des atteintes aux droits de titulaires des marques commises sur leur plateforme pourrait entraver le développement de nouvelles activités dans le domaine de l'internet et, plus largement, celui de toute forme d'innovation en la matière.

8. La nécessité de concilier ces intérêts divergents a conduit le législateur de l'Union à adopter des mesures pour protéger, dans une certaine mesure, les intermédiaires de l'internet s'agissant de l'engagement de leur responsabilité du fait des agissements de tiers sur leurs plateformes, c'est-à-dire de leur responsabilité indirecte. En effet, si la responsabilité indirecte ne fait pas l'objet d'un régime harmonisé en droit de l'Union, la directive 2000/31 [10] prévoit néanmoins des cas d'exemption de responsabilité que les États membres sont tenus de mettre en place. Notamment, les intermédiaires de l'internet ne peuvent pas être tenus responsables des agissements illégaux des utilisateurs de leur plateforme dans le cadre de leur activité de transmission d'informations sur un réseau de communication et de fourniture d'accès à ce réseau, de leur activité de stockage, dite « caching », ou encore de leur activité d'hébergement [11]. Par ailleurs, dans le cadre de ces mêmes activités, ces intermédiaires ne sauraient se voir imposer une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent ou de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites [12].

9. En outre, si la directive 2004/48/CE [13] prévoit que les États membres veillent à ce que les titulaires des droits puissent demander une injonction à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle [14], ces injonctions visant à faire cesser une telle atteinte sont toutefois indépendantes de la responsabilité éventuelle de l'intermédiaire dans les faits litigieux [15], de sorte que la question du traitement des intermédiaires en raison de faits commis par des tiers via leurs services est largement tue dans cette directive.

10. Au-delà de la question de leur responsabilité indirecte, il restait encore à déterminer si les intermédiaires de l'internet peuvent être tenus responsables directement des atteintes aux droits des titulaires de marque, notamment s'agissant des exploitants de places de marché en ligne, en raison de la présence d'offres de vente de produits contrefaisants sur leur plateforme. À l'inverse

9 Ohly, A., op. cit., p. 397.

10 Directive 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 ») (JO 2000, L 178, p. 1, ci-après la « directive sur le commerce électronique »).

11 Articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique.

12 Article 15 de la directive sur le commerce électronique.

13 Directive du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (JO 2004, L 157, p. 45 et rectificatif JO 2004, L 195, p. 16).

14 Article 11 de la directive 2004/48.

15 Voir arrêt du 7 juillet 2016, Tommy Hilfiger Licensing e.a. (C-494/15, EU:C:2016:528, point 22). Sur cette question, voir, également, Husovec, M., *Injunctions against Intermediaries in the European Union, Accountable but not Liable* ?, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 62 et suiv.

de la responsabilité indirecte des intermédiaires de l'internet, dont le régime est réglé selon le droit national, sous réserve des exemptions de responsabilité prévues par la directive sur le commerce électronique, l'engagement de la responsabilité directe des exploitants de places de marché en raison d'une atteinte sur celles-ci aux droits de titulaire de marques relève bien du droit de l'Union et, plus particulièrement, des dispositions du règlement (UE) 2017/1001 [16].

11. Il appartenait donc à la Cour de procéder elle-même à la mise en balance des intérêts en présence, en traçant une frontière entre les situations dans lesquelles la responsabilité directe de l'exploitant d'une place de marché peut être engagée et celles où cet exploitant ne peut être tenu directement responsable d'une atteinte aux droits d'un titulaire d'une marque sur la plateforme qu'il exploite. La jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001 [17] a permis, dans une certaine mesure, en précisant la notion d'« usage » de la marque dans la vie des affaires, d'établir une telle frontière [18], en ce que cette notion vise à déterminer les comportements que le titulaire d'une marque peut interdire à un tiers.

12. Cependant, les innovations constantes dans le domaine de l'internet, dont le besoin de sauvegarde a justifié une protection étendue de l'activité des intermédiaires en la matière, ont également entraîné une évolution considérable du modèle des places de marché en ligne. Amazon, en particulier, ne saurait être considérée comme une place de marché traditionnelle.

13. En effet, ainsi que le relèvent les juridictions de renvoi, Amazon est à la fois un distributeur renommé et l'exploitant d'une place de marché. Amazon publie sur son site de vente en ligne à la fois des annonces relatives à ses propres produits, qu'elle vend et expédie en son nom, et des annonces émanant de vendeur tiers. Son mode de fonctionnement permet en outre que l'expédition des produits mis en vente par des vendeurs tiers sur sa plateforme puisse être prise en charge soit par ces derniers, soit par Amazon, qui stocke ces produits dans ses centres de distribution et les expédie aux acquéreurs depuis ses propres locaux.

14. Ces éléments, qui font du modèle de cette société un modèle « hybride » [19], constituent un nouveau cadre d'analyse de la question de savoir si l'exploitant d'une telle place de marché peut être tenu directement responsable de l'atteinte aux droits de titulaires d'une marque sur sa plateforme en ce qu'il aurait fait usage de cette marque au sens de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001, et sont à l'origine des questions préjudicielles posées dans les présentes affaires.

15. Ces affaires offrent donc à la Cour l'opportunité de préciser cette notion d'« usage » et, par là même, les principes qui doivent gouverner la question de la responsabilité directe des intermédiaires de l'internet lorsqu'une atteinte au droit des marques est commise sur leur plateforme.

[16] Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne (JO 2017, L 154, p. 1).

[17] Ou, avant lui, le règlement (CE) nº 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque communautaire (JO 2009, L 78, p. 1).

[18] Voir analyse de cette jurisprudence aux points 49 et suiv. des présentes conclusions.

[19] Ohly, A., op. cit., p. 413.

II. Le cadre juridique

A. Le règlement 2017/1001

16. Le considérant 13 du règlement 2017/1001 énonce :

« Il peut y avoir confusion quant à l'origine commerciale des produits ou services lorsqu'une entreprise utilise le même signe qu'un nom commercial, ou un signe similaire, de telle manière qu'un lien est établi entre ses produits ou services et la société qui porte ce nom. La contrefaçon d'une marque de l'Union européenne devrait donc également comprendre l'usage du signe comme nom commercial ou comme désignation similaire dès lors que cet usage a pour but de distinguer des produits ou services. »

17. L'article 9 du règlement 2017/1001, intitulé « Droit conféré par la marque de l'Union européenne », prévoit, à ses paragraphes 1 à 3 :

« 1. L'enregistrement d'une marque de l'Union européenne confère à son titulaire un droit exclusif.

2. Sans préjudice des droits des titulaires acquis avant la date de dépôt ou la date de priorité d'une marque de l'Union européenne, le titulaire de cette marque de l'Union européenne est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires d'un signe pour des produits ou services lorsque :

a) ce signe est identique à la marque de l'Union européenne et est utilisé pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque de l'Union européenne est enregistrée ;

b) ce signe est identique ou similaire à la marque de l'Union européenne et est utilisé pour des produits ou services identiques ou similaires aux produits ou services pour lesquels la marque de l'Union européenne est enregistrée, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public ; le risque de confusion comprend le risque d'association entre le signe et la marque ;

c) ce signe est identique ou similaire à la marque de l'Union européenne, indépendamment du fait que les produits ou services pour lesquels il est utilisé soient identiques, similaires ou non similaires à ceux pour lesquels la marque de l'Union européenne est enregistrée, lorsque celle-ci jouit d'une renommée dans l'Union et que l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque de l'Union européenne ou leur porte préjudice.

3. Il peut notamment être interdit, en vertu du paragraphe 2 :

[...]

b) d'offrir les produits, de les mettre sur le marché ou de les détenir à ces fins sous le signe, ou d'offrir ou de fournir des services sous le signe ;

[...]

d) de faire usage du signe comme nom commercial ou dénomination sociale ou comme partie d'un nom commercial ou d'une dénomination sociale ;

e) d'utiliser le signe dans les papiers d'affaires et la publicité ;

f) de faire usage du signe dans des publicités comparatives d'une manière contraire à la directive 2006/114/CE [20]. »

B. La directive 2004/48

18. L'article 11 de la directive 2004/48, intitulé « Injonctions », prévoit :

« Les États membres veillent à ce que, lorsqu'une décision judiciaire a été prise constatant une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires compétentes puissent rendre à l'encontre du contrevenant une injonction visant à interdire la poursuite de cette atteinte. Lorsque la législation nationale le prévoit, le non-respect d'une injonction est, le cas échéant, passible d'une astreinte, destinée à en assurer l'exécution. Les États membres veillent également à ce que les titulaires de droits puissent demander une injonction à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, sans préjudice de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE [21]. »

19. L'article 13 de cette directive, intitulé « Dommages-intérêts », prévoit :

« 1. Les États membres veillent à ce que, à la demande de la partie lésée, les autorités judiciaires compétentes ordonnent au contrevenant qui s'est livré à une activité contrefaisante en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir de verser au titulaire du droit des dommages-intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'atteinte.

[...]

2. Lorsque le contrevenant s'est livré à une activité contrefaisante sans le savoir ou sans avoir de motifs raisonnables de le savoir, les États membres peuvent prévoir que les autorités judiciaires pourront ordonner le recouvrement des bénéfices ou le paiement de dommages-intérêts susceptibles d'être préétablis. »

C. La directive sur le commerce électronique

20. Le considérant 48 de la directive sur le commerce électronique énonce :

« La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les États membres d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services 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. »

[20] Directive du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (JO 2006, L 376, p. 21).

[21] Directive du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO 2001, L 167, p. 10).

21. L'article 14 de cette directive, intitulé « Hébergement », dispose, à son paragraphe 1 :

« Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente

   ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. »

III. Les litiges au principal, les questions préjudicielles et les procédures devant la Cour

22. M. Louboutin est un créateur français de chaussures dont les produits les plus connus sont des chaussures pour femme à talons hauts. Depuis le milieu des années 1990, il a apposé à ses chaussures une semelle extérieure peinte en rouge, dont le code du nuancier Pantone est le 18.1663TP.

23. Cette couleur, appliquée sur la semelle d'une chaussure à talon haut, est enregistrée, en tant que marque Benelux, sous le numéro 0874489 et, en tant que marque de l'Union européenne, sous le numéro 8845539[22]. Cette marque est protégée pour les « chaussures à talons hauts (à l'exception des chaussures orthopédiques) ».

24. Amazon est une entreprise spécialisée dans l'offre à la vente en ligne de biens et de services variés, tant directement pour son propre compte, qu'indirectement, en tant que plateforme de vente pour des vendeurs tiers.

25. Sur les sites Internet d'Amazon paraissent régulièrement des publicités relatives à des chaussures à semelles rouges qui, selon M. Louboutin, concernent des produits dont la mise en circulation n'a pas fait l'objet de son consentement.

A. L'affaire C-148/21

26. Par exploit d'huissier de justice du 19 septembre 2019, M. Louboutin, invoquant une atteinte aux droits exclusifs conférés par sa marque de l'Union européenne, a fait donner assignation aux sociétés filiales d'Amazon, ayant leur siège au Luxembourg, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Luxembourg), siégeant en matière commerciale. M. Louboutin a demandé que Amazon soit déclaré responsable de la violation de sa marque, qu'elle cesse de faire usage, dans la vie des affaires, de signes identiques à cette marque pour

[22] Selon l'enregistrement, « [la] marque consiste en la couleur rouge (code Pantone n° 18.1663TP) appliquée sur la semelle d'une chaussure telle que représentée (le contour de la chaussure ne fait donc pas partie de la marque mais a pour but de mettre en évidence l'emplacement de la marque) ».

l'ensemble du territoire de l'Union, hormis le territoire du Benelux couvert par une décision de la juridiction belge, sous peine d'une astreinte, et que soit constaté un droit aux dommages et intérêts en réparation du préjudice né des usages illicites litigieux.

27. Les demandes de M. Louboutin sont fondées sur l'article 9, paragraphe 2, sous a), du règlement 2017/1001. M. Louboutin soutient en effet qu'Amazon a fait usage, sans son consentement, d'un signe identique à la marque dont il est titulaire pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels cette marque est enregistrée, du fait, notamment, de l'affichage, sur les sites de vente en ligne de cette société, de publicités relatives à des produits portant le signe litigieux, mais également du fait de la détention, de l'expédition et de la livraison de tels produits. Selon M. Louboutin, un tel usage est imputable à Amazon dans la mesure où cette société a joué un rôle actif dans la commission des actes constituant l'usage et où les publicités relatives aux produits contrefaisants faisaient partie de sa propre communication commerciale. Amazon ne saurait donc être considérée comme un simple hébergeur ou un intermédiaire neutre.

28. Amazon conteste que l'usage de la marque puisse lui être imputé. Elle invoque plusieurs arrêts de la Cour relatifs à d'autres plateformes, telles que eBay, pour faire valoir que, en tant qu'exploitant d'une place de marché en ligne, elle ne saurait être tenue responsable du fait de l'usage de cette marque par les vendeurs tiers ayant recours à sa plateforme. Elle affirme que le mode de fonctionnement de sa place de marché, à laquelle ont accès des vendeurs tiers, ne diffère pas notablement de celui des autres places de marché et que l'inclusion de son logo dans les annonces de ces vendeurs tiers sur ses sites n'implique pas qu'elle s'approprie ces annonces. Selon Amazon, les services accessoires qu'elle propose ne sauraient permettre de justifier que les offres de tiers soient considérées comme faisant partie de sa propre communication. Elle relève que le fait, pour un prestataire, de créer les conditions techniques nécessaires pour l'usage d'un signe et d'être rémunéré pour ce service ne signifie pas que celui qui rend ce service fasse lui-même un usage de ce signe.

29. Selon la juridiction de renvoi, il convient de déterminer si le fonctionnement particulier des plateformes exploitées par Amazon est susceptible d'induire l'existence de l'usage d'un signe identique à la marque en raison de l'intégration d'annonces de vendeurs tiers dans la propre communication commerciale de cette société.

30. En premier lieu, la juridiction de renvoi se réfère à l'arrêt L'Oréal e.a.[23] (ci-après l'« arrêt eBay »), dans lequel la Cour a retenu que l'existence d'un « usage » d'un signe identique ou similaire à la marque du titulaire par un tiers implique, à tout le moins, que ce dernier fasse une utilisation du signe dans le cadre de sa propre communication commerciale, pour conclure qu'un exploitant de place de marché en ligne ne fait pas un tel usage. Cette juridiction fait cependant valoir que, dans la mesure où cet arrêt concernait la plateforme eBay, qui intervient notoirement dans la publication des annonces de ses utilisateurs non pas en tant que vendeur et distributeur mais uniquement en tant qu'intermédiaire, cette jurisprudence n'est pas, selon elle, ipso facto transposable à une plateforme ayant un fonctionnement différent.

31. La juridiction de renvoi est d'avis, à cet égard, qu'il y a lieu non pas de considérer chaque élément des offres telles que présentées sur les sites d'Amazon de manière isolée, mais d'apprécier la stratégie dans son ensemble afin de déterminer si le modèle de vente mis en place par cette société est susceptible de différer de celui d'une place de marché à proprement parler et d'induire, le cas échéant, des responsabilités différentes.

[23] Arrêt du 12 juillet 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474).

32. Cette juridiction fait valoir que, malgré une jurisprudence abondante, la Cour ne s'est jamais prononcée sur la question de savoir si un distributeur de produits sur Internet, qui exploite en même temps une place de marché en ligne, peut être considéré comme intégrant les offres de tiers dans sa propre communication commerciale. En effet, cette jurisprudence partirait de la prémisse que les annonces de tiers ne font pas partie de la propre communication commerciale de l'exploitant de la plateforme, ce qui, en l'espèce, conduirait à considérer Amazon uniquement comme un exploitant de place de marché en ligne.

33. La juridiction de renvoi observe que, dans l'arrêt Coty Germany [24], la Cour a abordé cette question exclusivement sous l'angle de l'entreposage des produits, sans envisager une analyse plus large du modèle commercial d'Amazon, de sorte que la Cour n'aurait pas pris position sur le problème qui lui est soumis dans la présente affaire, qui non seulement concerne l'entreposage par Amazon de produits vendus par des tiers, mais soulève également une question plus large, à savoir celle de savoir si les offres des tiers doivent être considérées comme étant intégrées par Amazon dans sa propre communication commerciale.

34. La juridiction de renvoi ajoute que le fait que cette question plus large pourrait, le cas échéant, trouver une solution sous l'égide de la législation de l'Union sur le commerce électronique ne permet pas d'exclure de manière certaine une responsabilité de l'intermédiaire en matière de protection des marques.

35. En deuxième lieu, cette juridiction s'interroge sur le point de savoir si, s'agissant du rôle plus ou moins actif joué par l'exploitant de la place de marché dans la publication des annonces, la perception du public peut avoir une importance. Elle se demande, plus précisément, si le fait que le public perçoive une annonce ou une offre de tiers comme faisant partie de la propre communication commerciale d'un exploitant de plateforme numérique de vente équivaut à une réelle intégration de l'offre dans sa communication commerciale, impliquant de ce fait la responsabilité de cet exploitant au regard du droit des marques.

36. Enfin, en troisième lieu, la juridiction de renvoi se demande si un exploitant doit être considéré comme faisant usage d'un signe lorsqu'il expédie des produits portant le signe litigieux. Elle estime que, dans l'arrêt Coty, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'expédition de produits à la suite de l'entreposage dans la mesure où, dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, l'expédition était assurée par un prestataire externe.

37. Dans ces conditions, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Luxembourg) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 9, paragraphe 2, du [règlement 2017/1001] doit-il être interprété en ce sens que l'usage d'un signe identique à une marque dans une publicité affichée sur un site est imputable à son exploitant ou à des entités économiquement liées en raison du mélange sur ce site des offres propres à l'exploitant ou à des entités économiquement liées et de celles de vendeurs tiers, par l'intégration de ces publicités dans la propre communication commerciale de l'exploitant ou des entités économiquement liées ?

Une telle intégration est-elle renforcée par le fait que :

– les publicités sont présentées de manière uniforme sur le site ?

[24] Arrêt du 2 avril 2020 (C-567/18, ci-après l'« arrêt Coty », EU:C:2020:267).

– les publicités propres à l'exploitant et à des entités économiquement liées et de vendeurs tiers sont affichées indistinctement quant à leur origine, mais en affichant clairement le logo de l'exploitant ou d'entités économiquement liées, dans les rubriques publicitaires de sites internet tiers sous forme de "pop-up" ?

– l'exploitant, ou des entités économiquement liées, offre un service intégral aux vendeurs tiers, incluant une assistance à l'élaboration des publicités et à la fixation des prix de vente, le stockage des produits et l'expédition de ceux-ci ?

– le site de l'exploitant et des entités économiquement liées soit conçu de manière à se présenter sous forme de boutiques et de labels tels que "les meilleures ventes", "les plus demandés" ou "les plus offerts", sans distinction apparente à première vue entre les produits propres de l'exploitant et des entités économiquement liées et les produits de vendeurs tiers ?

2) L'article 9, paragraphe 2, du [règlement 2017/1001] doit-il être interprété en ce sens que l'usage d'un signe identique à une marque dans une publicité affichée sur un site de vente en ligne est, en principe, imputable à son exploitant ou à des entités économiquement liées si, dans la perception d'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif, cet exploitant ou une entité économiquement liée a joué un rôle actif dans l'élaboration de cette publicité ou que cette dernière est perçue comme faisant partie de la propre communication commerciale de cet exploitant ?

   Une telle perception sera-t-elle influencée :

   – par la circonstance que cet exploitant et/ou des entités économiquement liées est un distributeur renommé de produits les plus variés, dont des produits de la catégorie de ceux vantés dans la publicité ;

   – ou par la circonstance que la publicité ainsi affichée présente un en-tête dans lequel est reproduit la marque de service de cet exploitant ou des entités économiquement liées, cette marque étant renommée comme marque de distributeur ;

   – ou encore par la circonstance que cet exploitant ou des entités économiquement liées offrent concomitamment à cet affichage des services traditionnellement offerts par les distributeurs de produits de la même catégorie que celle dont relève le produit vanté par la publicité ?

3) L'article 9, paragraphe 2, du [règlement 2017/1001] doit-il être interprété en ce que l'expédition, dans la vie des affaires et sans le consentement du titulaire d'une marque, au consommateur final d'un produit pourvu d'un signe identique à la marque, n'est constitutive d'un usage imputable à l'expéditeur que si ce dernier a une connaissance effective de l'apposition de ce signe sur le produit ?

   Un tel expéditeur est-il l'usager du signe concerné si lui-même ou une entité liée économiquement a annoncé au consommateur final se charger de cette expédition après avoir lui-même ou une entité liée économiquement stocké le produit à cette fin ?

Un tel expéditeur est-il l'usager du signe concerné si lui-même ou une entité liée économiquement a préalablement contribué activement à l'affichage, dans la vie des affaires, d'une publicité pour le produit pourvu de ce signe ou a enregistré la commande du consommateur final au vu de cette publicité ? »

Un tel expéditeur est-il l'usager du signe concerné si lui-même ou une entité liée économiquement a préalablement contribué activement à l'affichage, dans la vie des affaires, d'une publicité pour le produit pourvu de ce signe ou a enregistré la commande du consommateur final au vu de cette publicité ? »

38. La demande de décision préjudicielle est parvenue à la Cour le 8 mars 2021. Des observations écrites ont été présentées par les parties au principal ainsi que par ainsi que par le gouvernement allemand et la Commission européenne. Les mêmes parties, à l'exception du gouvernement allemand, ont participé à l'audience qui s'est tenue le 22 février 2022.

B. L'affaire C-184/21

39. Le 4 octobre 2019, M. Louboutin a introduit devant le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Belgique) une action en cessation des usages de sa marque par Amazon et en réparation du préjudice causé par ces usages.

40. Au soutien de son action, M. Louboutin invoque les mêmes arguments que ceux formulés dans l'affaire C-148/21, en insistant notamment sur le fait que les publicités litigieuses, d'une part, font intégralement partie de la communication commerciale d'Amazon, dès lors qu'y figure, en tête de chaque annonce, la marque semi-figurative d'Amazon, qui est une marque d'un distributeur de grande renommée, et, d'autre part, ressemblent, en leur composition, aux publicités usuelles des grands distributeurs. M. Louboutin soutient également que, dans le cadre de l'examen de la question de savoir si une publicité fait partie intégrante de la propre communication commerciale d'une personne déterminée, il y a lieu de tenir compte de la perception du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif auquel cette publicité est destinée. Il fait valoir, par ailleurs, que le fait d'expédier à un acheteur un produit portant un signe identique à une marque constitue un acte d'usage de ce signe.

41. En réponse, Amazon soutient que les offres de chaussures prétendument contrefaisantes publiées par des vendeurs tiers sur ses sites de vente ainsi que l'expédition de ces chaussures vendues par ces derniers ne constituent pas un usage de la marque par Amazon et que, selon une jurisprudence établie, elle ne peut, en tant qu'opérateur de marché en ligne, être tenue responsable de l'usage (non autorisé) d'une marque par des tiers. Amazon se réfère, à cet égard, à un arrêt récent de la cour d'appel de Bruxelles (Belgique)[25] dans lequel cette juridiction a jugé que « l'usage de la marque dans une annonce d'offre de vente de produits contrefaisants émanant d'un vendeur tiers n'est pas imputable à l'exploitant de la place de marché en ligne – même si l'identité de ce dernier est visible – car il ne relève pas de la propre communication commerciale de celui-ci ».

42. La juridiction de renvoi considère que les questions de savoir, d'une part, dans quelles circonstances l'usage d'un signe contrefaisant dans une publicité peut être imputé à l'exploitant d'un site de vente en ligne qui est également un distributeur et, d'autre part, si, et dans quelles circonstances, la perception du public par rapport à cette publicité doit être prise en compte

[25] Arrêt du 25 juin 2020, RG/2019/AR/1480.

pour conclure à l'imputabilité d'un tel usage sont pertinentes pour la résolution du litige qui lui est soumis. Selon cette juridiction, il en va de même de la question des circonstances entourant l'expédition d'un produit revêtu d'un signe portant atteinte à une marque, qui est, selon elle, nécessaire pour cerner l'application de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001 dans la présente affaire.

43. C'est dans ces conditions que le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 9, paragraphe 2, du [règlement 2017/1001] doit-il être interprété en ce sens que l'usage d'un signe identique à une marque dans une publicité affichée sur un site est, en principe, imputable à son exploitant si, dans la perception d'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif, cet exploitant a joué un rôle actif dans l'élaboration de cette publicité ou que cette dernière peut être perçue par un tel internaute comme faisant partie de la propre communication commerciale de cet exploitant ?

Une telle perception sera-t-elle influencée :

– par la circonstance que cet exploitant est un distributeur renommé de produits les plus variés, dont des produits de la catégorie de ceux vantés dans la publicité ;

– ou par la circonstance que la publicité ainsi affichée présente un en-tête dans lequel est reproduite la marque de service de cet exploitant, cette marque étant renommée comme marque de distributeur ;

– ou encore, par la circonstance que cet exploitant offre concomitamment à cet affichage des services traditionnellement offerts par les distributeurs de produits de la même catégorie que celle dont relève le produit vanté par la publicité ?

2) L'article 9, paragraphe 2, du [règlement 2017/1001] doit-il être interprété en ce sens que l'expédition, dans la vie des affaires et sans le consentement du titulaire d'une marque, au consommateur final d'un produit pourvu d'un signe identique à la marque, n'est constitutive d'un usage imputable à l'expéditeur que si ce dernier a une connaissance effective de l'apposition de ce signe sur ce produit ?

Un tel expéditeur est-il l'usager du signe concerné si lui-même ou une entité liée économiquement a annoncé au consommateur final se charger de cette expédition après avoir lui-même ou une entité liée économiquement stocké le produit à cette fin ?

Un tel expéditeur est-il l'usager du signe concerné si lui-même ou une entité liée économiquement a préalablement contribué activement à l'affichage, dans la vie des affaires, d'une publicité pour le produit pourvu de ce signe ou a enregistré la commande du consommateur final au vu de cette publicité ? »

44. La demande de décision préjudicielle est parvenue à la Cour le 24 mars 2021. Des observations écrites ont été déposées par les parties au principal et la Commission. Les mêmes parties ont participé à l'audience qui s'est tenue le 22 février 2022.

IV. Analyse

45. Je relève que les questions préjudicielles soumises à la Cour dans les affaires C-148/21 et C-184/21 visent toutes l'interprétation de la notion d'« usage », au sens de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001, et que les éléments mis en avant dans chacune de ces questions se recoupent largement [26]. Je les examinerai donc ensemble.

46. Par leurs questions, les juridictions de renvoi cherchent à savoir, en substance, si l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001 doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne doit être considéré comme faisant usage d'une marque dans une offre de vente publiée par un tiers sur cette plateforme en raison du fait, d'une part, qu'il publie de façon uniforme à la fois ses propres offres et des offres de tiers, sans les distinguer selon leur origine dans leur affichage, en laissant apparaître son propre logo de distributeur renommé sur ces annonces, et, d'autre part, qu'il offre aux vendeurs tiers des services complémentaires de stockage et d'expédition des produits mis en ligne sur sa plateforme, en informant les acquéreurs potentiels qu'il sera en charge de ces activités. Les juridictions de renvoi interrogent en outre la Cour sur le point de savoir si la perception d'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif a une incidence sur l'interprétation de la notion d'« usage », au sens de cette disposition.

47. Pour répondre aux questions préjudicielles, je commencerai par effectuer un rappel de la jurisprudence relative à la notion d'« usage » de la marque, au sens de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001, afin d'exposer les raisons pour lesquelles je suis d'avis qu'il découle de cette jurisprudence que l'application de cette notion suppose de prendre en compte la perception d'un utilisateur de la plateforme en cause. J'analyserai ensuite les implications d'une telle prise en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si Amazon, du fait des particularités de son mode de fonctionnement, telles que décrites par les juridictions de renvoi, fait usage d'une marque présente dans une offre de vente publiée par un tiers sur son site.

A. La détermination du cadre d'analyse

48. L'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001, qui reprend la substance de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 207/2009, prévoit que le titulaire d'une marque de l'Union européenne est habilité à interdire à tout tiers en l'absence de son consentement de *faire usage* dans la vie des affaires d'un signe identique à la marque si ce signe est utilisé pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée. Les dispositions du règlement 2017/2001 ne définissent toutefois pas la notion d'« usage », de sorte que les principes d'interprétation de cette notion ont été dégagés par la jurisprudence de la Cour.

1. Une définition jurisprudentielle insuffisante en l'état

49. La Cour a jugé que les termes « faire usage », figurant à l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001, impliquent, de la part du tiers, intermédiaire de l'internet, un comportement actif et une maîtrise, directe ou indirecte, de l'acte constituant l'usage [27].

[26] Voir points 90 et 91 des présentes conclusions.

[27] Arrêts du 3 mars 2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, point 41), et du 2 juillet 2020, mk advokaten (C-684/19, EU:C:2020:519, point 23).

50. Cette exigence d'un comportement actif et de la maîtrise de l'acte constituant l'usage ressort, d'une part, de l'économie de l'article 9 du règlement 2017/1001, dès lors que cette disposition, à son paragraphe 3, énumère de manière non exhaustive les types d'usage que le titulaire de la marque peut interdire et ne mentionne que des comportements actifs de la part du tiers [28]. Elle résulte, d'autre part, de la finalité de l'article 5, paragraphe 1, de ce règlement, qui a pour but de fournir au titulaire un instrument légal lui permettant d'interdire et, donc, de faire cesser tout usage de la marque par un tiers sans son consentement. Or, seul un tiers ayant la maîtrise de l'acte qui constitue l'usage est effectivement en mesure de cesser cet usage [29]. Cette exigence constitue donc l'expression du principe selon lequel nul ne peut être légalement tenu à l'impossible [30].

51. En outre, la Cour a jugé de façon constante que l'acte d'usage par un intermédiaire de l'internet suppose, « à tout le moins, que ce dernier fasse une utilisation du signe dans le cadre de sa propre communication commerciale » [31]. Cette condition, qui s'inscrit dans le prolongement direct de la condition tenant à l'adoption d'un comportement actif, constitue, à mon sens, le cœur de la notion d'« usage » s'agissant d'un intermédiaire opérant sur Internet. Elle est une condition nécessaire à la reconnaissance de l'usage d'un signe, en l'absence de laquelle cet usage fait défaut.

52. Il y a lieu de relever que la condition tenant à l'utilisation du signe par un intermédiaire de l'internet dans sa propre communication commerciale a d'ailleurs, jusqu'à présent, toujours conduit à exclure l'existence d'un usage par cet intermédiaire. Ainsi, la Cour a jugé, dans l'arrêt Google, que le prestataire d'un service de référencement ne fait pas une utilisation du signe dans sa propre communication commerciale, car il permet seulement à ses clients de faire eux-mêmes usage de signes identiques à une marque, de sorte qu'il ne fait que créer les conditions techniques nécessaires pour l'usage d'un signe [32]. De la même façon, la Cour a jugé, dans l'arrêt eBay [33], que l'exploitant d'une place de marché ne fait pas une utilisation du signe en cause dans sa propre communication commerciale lorsqu'il fournit un service consistant à permettre aux clients de faire apparaître ce signe dans leur activité commerciale et, dans l'arrêt Coty [34], que l'entreposage de produits portant le signe en cause ne constitue pas une utilisation de ce signe dans la propre communication commerciale d'un tiers lorsque celui-ci n'offre pas lui-même les produits concernés à la vente ni ne les met dans le commerce.

53. Cependant, je relève que cette condition n'a jamais été définie de manière plus approfondie dans la jurisprudence de la Cour et que la doctrine n'a pas davantage appréhendé cette question plus en détails [35], de sorte que ce que recouvre la notion d'« utilisation d'un signe par un intermédiaire dans sa propre communication commerciale » n'apparaît pas clairement [36].

28 Arrêt du 3 mars 2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, point 40).

29 Arrêt du 3 mars 2016, Daimler (C-179/15, EU:C:2016:134, point 41).

30 Voir Kur, A., et Senftleben, M., op. cit., p. 276.

31 Arrêt du 23 mars 2010, Google France et Google (C-236/08 à C-238/08, ci-après l'« arrêt Google », EU:C:2010:159, point 56) ; arrêt eBay (point 102), et arrêt Coty (point 39).

32 Arrêt Google (points 56 et 57).

33 Point 102 de cet arrêt.

34 Point 47 de cet arrêt. Sur le constat de l'absence de l'usage d'un signe en raison de l'absence d'utilisation du signe par un intermédiaire dans sa propre communication commerciale en dehors de situations relatives à des intermédiaires de l'internet, voir, également, arrêts du 15 décembre 2011, Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:837), et du 16 juillet 2015, TOP Logistics e.a. (C-379/14, EU:C:2015:497).

35 Ce que relèvent certains auteurs. Voir Marsoof, A., op. cit., p. 37, et Ullrich, C., op. cit., p. 358.

36 Sur le caractère flou de la notion d'« usage », voir Kur, A., et Senftleben, M., op. cit., p. 275.

L'utilisation exclusivement négative de cette condition, qui a seulement servi à démontrer l'absence d'usage d'un signe même dans l'espèce ayant suscité sa découverte, renforce son caractère imprécis.

54. Si, à première vue, il n'est donc pas aisé de déterminer, à la lecture de la jurisprudence de la Cour, ce que signifie positivement la notion d'« utilisation d'un signe par un intermédiaire dans sa propre communication commerciale » et la façon dont il peut être établi qu'une telle condition est remplie, une analyse plus attentive de cette notion permet toutefois d'en dessiner les contours.

2. L'« utilisation d'un signe par un intermédiaire dans sa propre communication commerciale » : une notion intégrant nécessairement la perspective de l'utilisateur de la plateforme

55. La communication commerciale d'une entreprise désigne généralement toute forme de communication visant à promouvoir son activité, ses biens ou ses services, ou à indiquer l'exercice d'une telle activité. Elle est destinée aux tiers, afin de faire connaître ou de signaler l'activité de cette entreprise. Elle a donc une vocation purement externe, le terme « communication » étant d'ailleurs communément défini comme l'action de faire part, de donner connaissance de quelque chose à quelqu'un [37].

56. La communication ne se conçoit alors que dans un rapport entre l'entreprise faisant usage du signe et des tiers, et l'utilisation par un intermédiaire de l'internet d'un signe dans sa propre communication commerciale suppose ainsi que le signe en cause apparaisse, à l'extérieur de cette entreprise, comme faisant partie intégrante de celle-ci. Autrement dit, l'intermédiaire s'approprie le signe au point que ce signe semble relever de son activité.

57. Cette idée n'est pas inédite. La Cour a jugé qu'il y a un usage d'un signe lorsque le tiers « utilise ce signe de telle façon qu'il s'établit un lien entre ledit signe et les produits commercialisés ou les services fournis par le tiers » [38]. Si la condition tenant à l'existence d'un tel lien n'a, depuis lors, pas été repris expressément s'agissant des intermédiaires de l'internet et a été remplacée par la condition tenant à l'utilisation du signe dans la propre communication commerciale de l'intermédiaire, c'est parce que cette dernière condition est sous-tendue par cette même logique.

58. En effet, la condition tenant à l'utilisation du signe dans la communication commerciale suppose que l'intermédiaire de l'internet utilise ce signe de telle façon que le destinataire de cette communication établit un lien particulier entre l'intermédiaire et le signe en cause [39], ce lien particulier résultant de l'appropriation de ce signe par l'intermédiaire.

[37] Le terme « communication » évoque, pour qui est familier du droit de la propriété intellectuelle, la notion de « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil, du 17 avril 2019, sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (JO 2019, L 130, p. 92). Je ne me réfèrerai toutefois pas à la jurisprudence relative à l'interprétation de cette notion pour définir la notion de « communication commerciale », telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour relative à l'usage d'un signe. La notion de « communication au public » est en effet une notion autonome du droit de l'Union opérant dans un contexte différent, dans lequel le fait de donner accès à une œuvre constitue en soi toujours potentiellement une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, alors que la qualification d'un usage ne peut avoir lieu que dans la vie des affaires et suppose une analyse plus approfondie.

[38] Ordonnance du 19 février 2009, UDV North America (C-62/08, EU:C:2009:111, point 47).

[39] Ainsi que l'a déjà relevé l'avocate générale Kokott dans ses conclusions dans l'affaire Frisdranken Industrie Winters (C-119/10, EU:C:2011:258, point 28).

59. Cette condition doit, dès lors, être analysée du point de vue de l'utilisateur de la place de marché, destinataire de la communication commerciale de l'exploitant de cette place de marché, afin de pouvoir déterminer si le signe au cause est perçu par cet utilisateur comme étant intégré à cette communication commerciale, en ce que l'intermédiaire de l'internet s'est approprié ce signe.

60. Je relève que la nécessité d'adopter le point de vue de cet utilisateur a déjà été soulignée par l'avocat général Campos Sánchez Bordona dans ses conclusions dans l'affaire Coty Germany [40], dans lesquelles il a indiqué se « concentr[er] sur le point de vue d'un consommateur final » et a relevé que, « dans la mesure où le consommateur pourrait croire que c'est [l'exploitant de la place de marché] qui commercialise [le produit] », il conviendrait de parvenir à une solution « favorable à la constatation de l'existence d'un usage ».

61. Il me semble donc inhérent à la condition tenant à l'utilisation du signe par l'intermédiaire dans sa propre communication commerciale que cette communication soit évaluée du point de vue de son destinataire, à savoir l'internaute utilisateur de la plateforme en cause.

62. Il me faut encore préciser à quel utilisateur de la place de marché il convient de se référer pour déterminer si, selon sa perception, le signe en cause est intégré par l'exploitant dans sa propre communication commerciale. Les juridictions de renvoi suggèrent d'adopter la position d'un « internaute normalement informé et raisonnablement attentif ».

63. Cette expression fait écho au standard adopté pour déterminer si l'usage d'un signe par un tiers porte atteinte à l'une des fonctions essentielles de la marque. Dans le cadre de cet examen, la Cour vérifie, en effet, s'il est permis à « l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services [marqués] proviennent du titulaire de la marque ou [...] d'un tiers » [41].

64. Il est vrai, ainsi que le relèvent la Commission et Amazon, que la question de savoir si l'exploitant d'une place de marché fait usage d'une marque et celle de savoir si cet usage est susceptible de porter atteinte à l'une des fonctions de la marque sont deux questions différentes.

65. S'agissant de cette seconde question, l'analyse est centrée sur le produit ou le service porteur du signe en cause, afin de déterminer si ce signe peut être erronément considéré par un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif comme provenant du titulaire d'une marque. La première question, quant à elle, suppose non pas d'examiner le produit ou le service porteur du signe en cause, mais seulement la communication commerciale de l'exploitant pour déterminer si le signe en cause est perçu par les utilisateurs de la plateforme comme étant utilisé directement par cet exploitant dans le cadre de son activité.

66. Ces deux examens répondent en outre à des logiques différentes. En effet, la question de l'atteinte à l'une des fonctions de la marque, en particulier sa fonction d'origine, intègre une dimension protectrice non pas des seuls droits du titulaire de la marque, mais également des intérêts des consommateurs [42]. À l'inverse, la question de la détermination de l'usage d'une marque concerne uniquement les rapports entre le titulaire de la marque en question et un contrefacteur prétendu, car elle vise à déterminer si ce tiers exerce, par son action, une prérogative exclusive du titulaire de la marque.

40 C-567/18, EU:C:2019:1031, point 53.

41 Arrêt Google (point 84).

42 Sur les fonctions essentielles de la marque, voir Kur, A., et Senftleben, M., op. cit., p. 6.

67. Ces éléments ne sauraient toutefois justifier que la perception d'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif ne puisse également être prise en compte pour déterminer si le signe en question est intégré dans la communication commerciale d'une plateforme de vente en ligne. Tout au contraire, je suis d'avis qu'un tel internaute, en tant que destinataire de la communication commerciale de l'exploitant de la plateforme, est nécessairement le point de référence pour établir si un intermédiaire s'est approprié le signe en l'utilisant dans sa propre communication commerciale.

68. L'existence d'un tel cadre d'analyse de l'utilisation d'un signe par un intermédiaire dans sa propre communication commerciale et, partant, de la notion d'« usage » de ce signe par les intermédiaires de l'internet n'est pas remise en cause par l'argument, avancé par Amazon et la Commission, selon lequel la Cour n'a pas expressément mentionné la nécessité de prendre en compte la perception des internautes à cet égard.

69. En premier lieu, ainsi que je l'ai relevé aux points 52 et 53 des présentes conclusions, la notion d'« utilisation d'un signe par l'intermédiaire dans sa propre communication commerciale » a seulement été utilisée de façon négative, dans des situations où la Cour a jugé que l'intermédiaire n'avait pas fait une telle utilisation du signe en cause. Il ne saurait donc être tiré une telle conclusion du fait qu'il n'a pas été fait référence à la perception d'un internaute pour démontrer que le signe en cause faisait partie intégrante de la communication commerciale de l'intermédiaire, dans des situations où tel n'était pas le cas, dans la mesure où l'analyse de la perception de l'internaute n'est pertinente que s'il existe un doute quant à l'utilisation du signe par l'intermédiaire dans sa propre communication commerciale.

70. En deuxième lieu, il en va d'autant plus ainsi que la solution retenue par la Cour dans ces arrêts peut, en tout état de cause, être justifiée en raison du fait que le signe en cause n'était pas perçu par l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif comme étant utilisé par les exploitants dans leur propre communication commerciale. Ainsi, la Cour a considéré, dans l'arrêt Google[43], que le prestataire d'un service de référencement, lorsqu'il stocke, pour le compte de certains de ses clients, des signes identiques à des marques en tant que mots clés et organise l'affichage d'annonces à partir de ceux-ci exerce seulement son activité habituelle et n'apparaît pas donc pas, aux yeux d'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif, comme faisant lui-même usage de ces signes en question dans le cadre de sa propre communication commerciale. De même, la Cour a considéré, dans l'arrêt eBay[44], que l'opérateur de la place de marché, dans la mesure où il fournit un service consistant à permettre à ses clients de faire apparaître, dans le cadre de leurs activités commerciales telles que leurs offres à la vente, des signes correspondants à des marques sur son site, ne sort pas, du point de vue de l'utilisateur normalement informé et raisonnablement attentif, de son rôle d'intermédiaire et ne fait pas lui-même une utilisation de ces signes dans le cadre de sa propre communication commerciale.

71. En troisième lieu, la Cour a reconnu, dans l'arrêt eBay[45], sans toutefois faire mention de la condition tenant à l'utilisation d'un signe par l'exploitant de la place de marché en ligne dans sa propre communication commerciale, qu'il est fait usage d'une marque par un tel exploitant lorsqu'il sélectionne, auprès de l'opérateur du moteur de recherche Google des mots clés correspondants à une marque afin de faire apparaître un lien *promotionnel* et un message présentant la possibilité d'acheter sur son site des produits de la marque recherchée. Or, dans une telle situation, c'est bien en raison du fait que les messages et les liens qu'eBay fait afficher

43 Point 53 de cet arrêt.

44 Point 102 de cet arrêt.

45 Points 84 et 85 de cet arrêt.

constituent également une publicité pour la place de marché en tant que telle et, par conséquent, du fait qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif perçoit la marque en cause comme faisant partie de la propre communication commerciale d'eBay que la Cour a jugé qu'il était fait un usage de cette marque par eBay.

72. Je suis donc d'avis que la perception d'un internaute utilisateur d'une plateforme de vente en ligne normalement informé et raisonnablement attentif est un élément pertinent pour déterminer l'utilisation d'un signe dans la communication commerciale de l'exploitant de cette plateforme. Un tel standard supposant un degré normal d'information et une attention raisonnable de l'utilisateur me paraît d'autant plus justifié dans la mesure où, pour une partie des utilisateurs des plateformes de vente en ligne, l'identité du vendeur est sans importance et l'unique critère d'achat est le produit et son prix. De tels utilisateurs ne sauraient donc servir d'étalon pour établir si un signe est perçu non pas seulement comme étant utilisé par le tiers vendeur mais comme faisant partie intégrante de la communication commerciale de l'exploitant de cette plateforme. Il me semble donc nécessaire de se référer à un utilisateur au comportement moyen, pour qui une telle information est pertinente.

73. Enfin, en dernier lieu, il me faut encore préciser que la reconnaissance d'un usage d'un signe, au sens de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001, par le vendeur d'un produit via une plateforme de vente en ligne n'exclut pas que l'intermédiaire exploitant cette plateforme puisse, en théorie, également faire usage de ce signe, lorsque ce dernier utilise le signe en cause dans sa propre communication commerciale.

74. C'est sur la base de ces considérations que je vais maintenant procéder à l'analyse de l'activité d'un exploitant d'une plateforme de vente en ligne, telle que décrite par les juridictions de renvoi, afin de déterminer si cet exploitant peut être considéré comme faisant usage de la marque en cause, au sens de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001, en ce qu'il utilise cette marque dans le cadre de sa propre communication commerciale.

B. Sur l'incidence du mode de fonctionnement d'Amazon quant à la reconnaissance de l'« usage » de la marque, au sens de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001

75. Par les première et troisième questions dans l'affaire C-148/21 et par la deuxième question dans l'affaire C-184/21, les juridictions de renvoi cherchent à savoir, en substance, si l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001 doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne doit être considéré comme faisant usage d'une marque dans une offre de vente publiée par un tiers sur cette plateforme en raison du fait, d'une part, qu'il publie de façon uniforme à la fois ses propres offres et des offres de tiers sans les distinguer selon leur origine dans leur affichage, en laissant apparaître son propre logo de distributeur renommé sur ces annonces, tant sur son site Internet que dans les rubriques publicitaires de sites Internet tiers et, d'autre part, qu'il offre aux vendeurs tiers des services complémentaires d'assistance, de stockage et d'expédition des produits mis en ligne sur sa plateforme, en informant les acquéreurs potentiels qu'il sera en charge de la fourniture de ces services.

1. La délimitation du champ des questions préjudicielles

76. D'emblée, il me semble important de rappeler que les questions mentionnées au point précédent visent uniquement l'hypothèse de la responsabilité directe de l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne, en ce qu'il aurait fait usage d'un signe identique à une marque, au

sens de l'article 9 du règlement 2017/1001. Ainsi que je l'ai évoqué aux points 8 et 10 des présentes conclusions, cette question est distincte de celle de la responsabilité indirecte des intermédiaires de l'internet, du fait d'agissements de tiers via leurs services.

77. L'analyse que je propose est donc sans préjudice de la possibilité pour les juridictions de renvoi, dans la mesure où un opérateur économique a rendu possible l'usage d'une marque par un autre opérateur, d'examiner l'incidence d'autres règles de droit que celle prévue à l'article 9 du règlement 2017/1001.

78. En effet, le fait qu'un signe ne soit pas intégré dans la communication commerciale de l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne signifie non pas que cet exploitant n'est jamais tenu responsable de l'atteinte aux droits de titulaires de marques, mais seulement que cette responsabilité doit être recherchée sur le fondement du droit national, en tant que responsabilité secondaire.

79. Dans une telle hypothèse, il appartient aux juridictions de renvoi de déterminer, sur le fondement du droit national, si l'éventuelle responsabilité indirecte de l'intermédiaire de l'internet peut être engagée, étant entendue qu'une telle responsabilité doit être conciliée avec les exemptions de responsabilité énoncées par la directive sur le commerce électronique.

80. En outre, l'arsenal des mesures de protection des droits d'un titulaire d'une marque pouvant être prises à l'encontre de l'intermédiaire de l'internet ayant permis à un tiers de faire usage d'un signe par l'intermédiaire de ses services ne se limite pas à l'engagement de la responsabilité de cet intermédiaire, qu'elle soit directe ou indirecte. L'article 11, troisième phrase, de la directive 2004/48 prévoit ainsi qu'une injonction peut être délivrée à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle.

81. Ces précisions établies, je vais maintenant m'attacher à exposer les raisons pour lesquelles je suis d'avis que l'exploitant d'une plateforme en ligne tel qu'Amazon ne fait pas usage d'un signe, au sens de l'article 9 du règlement 2017/1001, dans l'exercice de son activité, telle que décrite par les juridictions de renvoi.

2. Sur la spécificité du modèle d'Amazon

82. La première question préjudicielle dans l'affaire C-148/21 vise principalement l'activité d'un exploitant d'une place de marché de publication d'offres de vente de vendeurs tiers sur son site lorsque ces offres affichent un signe identique à une marque. Ainsi que je l'ai exposé au point 52 des présentes conclusions et que l'a relevé Amazon, cette activité a été jugée par la Cour comme n'étant pas constitutive d'un usage de ce signe, au sens de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001 [46].

83. Néanmoins, ainsi que le relève la juridiction de renvoi dans l'affaire C-148/21, l'activité de l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne tel qu'Amazon est différente de celle de l'exploitant de la place de marché ayant fait l'objet de l'arrêt eBay. Cette juridiction insiste ainsi sur le fait que, eu égard à leur affichage, les offres de vendeurs tiers ne peuvent être distinguées de celles d'Amazon. En outre, elle relève que le logo d'Amazon, distributeur renommé, apparaît

[46] Voir arrêt eBay.

systématiquement sur toutes les offres de vente, à la fois sur la place de marché et sur les sites Internet de tiers dans le cadre de messages publicitaires. Elle souligne, enfin, qu'Amazon intègre elle-même ces offres de vente à certaines boutiques sur son site Internet ou à des listes de produits.

84. Aucun de ces éléments ne me semble toutefois remettre en cause le constat auquel la Cour est parvenue dans l'arrêt eBay. En effet, je suis d'avis que ces éléments ne sont pas susceptibles de conduire à ce que des internautes normalement informés et raisonnablement attentifs perçoivent les signes présents dans les annonces de vendeurs tiers comme faisant partie intégrante de la communication commerciale de l'exploitant de la plateforme de vente en ligne.

85. S'agissant de l'absence de distinction entre les offres de vendeurs tiers et celles d'Amazon, il est certes vrai que ces offres sont présentées de manière uniforme et qu'elles incluent toutes le logo d'Amazon, distributeur renommé. Toutefois, ainsi que cela ressort des exemples d'offres contenus dans la demande de décision préjudicielle dans l'affaire C-148/21, je relève qu'il est toujours spécifié dans les annonces si les produits sont vendus par des vendeurs tiers ou directement par Amazon.

86. En outre, si Amazon est un distributeur de grande renommée, cette société est tout autant renommée pour son activité de place de marché. Il est donc connu des utilisateurs de la plateforme que sont mises en ligne tant des annonces de produits vendus directement par Amazon que des annonces publiées par des vendeurs tiers. La simple présence du logo Amazon peut donc tout autant indiquer au consommateur qu'il a affaire à une annonce publiée par un vendeur tiers. Dans ces conditions, le simple fait que les annonces d'Amazon et celles de vendeurs tiers coexistent ne sauraient conduire à ce qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif puisse percevoir les signes affichés dans les annonces de vendeurs tiers comme faisant partie de la communication commerciale d'Amazon.

87. Le même raisonnement s'applique aux annonces publicitaires publiées sur des sites de tiers intégrant le logo d'Amazon et renvoyant vers des offres de ventes publiées sur le site de cette société par des vendeurs tiers.

88. Il en va de même s'agissant de l'intégration par Amazon des annonces de vendeurs tiers à des boutiques sur sa plateforme ou à des listes concernant les produits les plus vendus ou les plus offerts. Ainsi que le relève la Commission, cette intégration relève en réalité de l'organisation de la plateforme de cette société. Amazon a en outre souligné, lors de l'audience, qu'une telle organisation est opérée de manière automatique, en regroupant les annonces de produits similaires et sur la base des produits les plus recherchés ou les plus vendus. Cette organisation fait donc partie intégrante du rôle d'un intermédiaire de l'internet tel qu'Amazon, en tant qu'exploitant d'une place de marché, et est seulement perçue par les internautes normalement informés et raisonnablement attentifs comme une mesure tenant à la présentation et l'agencement de sa plateforme.

89. La juridiction de renvoi dans l'affaire C-148/21 demande également à la Cour, par sa première question, si le fait qu'Amazon offre un service « intégral », incluant une assistance à l'élaboration des annonces, ainsi que le stockage et l'expédition de certains produits, a une incidence sur la qualification d'un usage d'un signe présent sur ces annonces par Amazon.

90. Cette question rejoint, en substance, la troisième question dans l'affaire C-148/21 et la seconde question dans l'affaire C-184/21, qui visent à déterminer si le stockage et l'expédition de produits présentant un signe identique à une marque, pour lesquels Amazon a également activement contribué à l'élaboration et à la publication des offres de vente, constituent un usage de la marque, au sens de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001.

91. Pour répondre à ces questions, il y a donc lieu, ainsi que le relève le gouvernement allemand, d'analyser de façon globale les activités d'Amazon afin de déterminer si l'implication de cette société, depuis la publication de l'annonce portant le signe litigieux jusqu'à l'expédition du produit en cause, est susceptible de qualifier un usage de ce signe. Je crois que tel n'est pas le cas.

92. Certes, une telle implication, propre au fonctionnement d'Amazon, est susceptible, tout du moins en principe, de donner à cette société une plus grande maîtrise sur la vente d'un produit portant atteinte à une marque. Toutefois, cette implication, qui s'opère au bénéfice du consommateur en ce qu'elle vise en réalité à assurer une livraison rapide et une garantie après l'achat d'un produit et, par là même, à renforcer la réputation de la plateforme de vente en ligne, ne suffit pas, à mon sens, à démontrer une utilisation du signe en cause dans la propre communication commerciale d'Amazon.

93. En effet, la Cour a déjà jugé, dans l'arrêt Coty[47], qu'un signe ne peut être considéré comme ayant été utilisé dans le cadre de la propre communication commerciale de l'exploitant d'une place de marché lorsque ce dernier stocke des produits porteurs d'un signe pour le compte d'un vendeur tiers sans poursuivre lui-même la finalité d'offrir ces produits ou de les mettre dans le commerce. Je ne vois pas pourquoi une conclusion différente s'imposerait lorsque cet exploitant expédie de tels produits pour le compte d'un tiers. Dans une telle situation, il reste clair, pour les internautes normalement informés et raisonnablement attentifs, que c'est le vendeur tiers, seul, qui entend offrir les produits et les mettre dans le commerce[48].

94. Cette conclusion n'est pas infirmée par le fait qu'Amazon publie elle-même les annonces en cause. En effet, ainsi que je l'ai exposé, je suis d'avis que la publication de ces annonces n'est pas constitutive d'un acte d'usage, au sens de l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001[49]. Deux actes non constitutifs d'un usage, au sens de cette disposition, ne sauraient, à mon sens, recevoir une appréciation différente pour la seule raison qu'ils font l'objet d'une analyse globale.

95. Dans ces conditions, je suis d'avis qu'il convient de répondre aux questions préjudicielles posées par les juridictions de renvoi dans les affaires C-148/21 et C-184/21 que l'article 9, paragraphe 2, du règlement 2017/1001 doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne ne peut être considéré comme faisant usage d'une marque dans une offre de vente publiée par un tiers sur cette plateforme en raison du fait, d'une part, qu'il publie de façon uniforme à la fois ses propres offres et des offres de tiers, sans les distinguer selon leur origine dans leur affichage, en laissant apparaître son propre logo de distributeur renommé sur ces annonces, tant sur son site que dans les rubriques publicitaires de sites Internet tiers, et, d'autre part, qu'il offre aux vendeurs tiers des services complémentaires d'assistance, de stockage et d'expédition des produits mis en ligne sur sa plateforme, en informant les acquéreurs potentiels qu'il sera en charge de la fourniture de ces services, à condition que de tels éléments ne

47 Points 45 à 47 de cet arrêt.

48 Arrêt Coty (point 47).

49 Voir points 84 et suiv. des présentes conclusions.

conduisent pas l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif à percevoir la marque en cause comme faisant partie intégrante de la communication commerciale de l'exploitant.

3. La spécificité du droit des marques

96. Une telle solution implique l'absence d'incidence de la spécificité du modèle de l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne tel qu'Amazon, qui a procédé à l'intégration d'un ensemble de services depuis la publication d'offres de vente jusqu'à l'expédition des produits en cause, sur la notion d'« usage », au sens de l'article 9 du règlement 2017/2011.

97. Cette approche reste toutefois cantonnée à l'interprétation de cette notion et ne saurait être étendue à d'autres domaines. Autrement dit, si l'intégration de différents services par l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne n'implique pas, en soi, que cet exploitant puisse être considéré comme faisant usage d'un signe, même si cette intégration est susceptible d'entraîner un rôle plus actif, cela ne signifie pas pour autant qu'une telle intégration n'a aucune incidence quant à la qualification des services fournis par cet exploitant dans d'autres domaines du droit.

98. Je songe en particulier à l'approche retenue par la Cour dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts Asociación Profesional Elite Taxi[50] et Uber France[51]. Il ressort en effet de ces arrêts que l'intégration de plusieurs services fournis par une entreprise lui permettant d'exercer un contrôle sur tous les aspects pertinents d'un service de transport urbain implique qu'un tel service doit être considéré non pas comme un simple service d'intermédiation visant la mise en relation de passagers avec des chauffeurs, mais comme une prestation de services unique, dont cette entreprise est responsable. En d'autres termes, la plus grande maîtrise par l'entreprise de tous les aspects d'un service a une incidence certaine sur le rôle d'intermédiaire de cette entreprise, en particulier du point de vue des règles de droit de l'Union relatives au commerce électronique.

99. Ce raisonnement ne saurait toutefois être transposé s'agissant de l'interprétation de la notion d'« usage », telle qu'en cause dans le cas d'espèce. Dans le cadre de cette interprétation, il s'agit non pas de qualifier le service fourni par l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne, mais de déterminer si son activité est susceptible de le faire apparaître comme utilisant un signe dans le cadre de sa propre communication commerciale. Ces deux questions trouvent donc nécessairement des réponses au terme d'un raisonnement différent.

100. Elles répondent en outre à des logiques différentes. La qualification du service fourni par un prestataire sur Internet est susceptible d'avoir une incidence sur sa responsabilité à l'égard de l'utilisateur de la plateforme qu'il exploite. On comprend aisément que plus ce prestataire exerce un contrôle sur le service fourni, plus il engage sa responsabilité. Tel n'est pas le cas s'agissant du point de savoir si ledit prestataire fait usage d'une marque, au sens du règlement 2017/1001, une telle question visant la seule protection des droits du titulaire de la marque en cause.

50 Arrêt du 20 décembre 2017 (C-434/15, EU:C:2017:981).

51 Arrêt du 10 avril 2018 (C-320/16, EU:C:2018:221).

V. Conclusion

101. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg (Luxembourg), dans l'affaire C-148/21, et par le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (Belgique), dans l'affaire C-184/21, que l'article 9, paragraphe 2, du règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017, sur la marque de l'Union européenne doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'une plateforme de vente en ligne ne peut être considéré comme faisant usage d'une marque dans une offre de vente publiée par un tiers sur cette plateforme en raison du fait, d'une part, qu'il publie de façon uniforme à la fois ses propres offres et des offres de tiers, sans les distinguer selon leur origine dans leur affichage, en laissant apparaître son propre logo de distributeur renommé sur ces annonces, tant sur son site que dans les rubriques publicitaires de sites Internet tiers, et, d'autre part, qu'il offre aux vendeurs tiers des services complémentaires d'assistance, de stockage et d'expédition des produits mis en ligne sur sa plateforme, en informant les acquéreurs potentiels qu'il sera en charge de la fourniture de ces services, à condition que de tels éléments ne conduisent pas l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif à percevoir la marque en cause comme faisant partie intégrante de la communication commerciale de l'exploitant.