EXPERTISES
des systèmes d'information

Un commerce particulier

Joue-t-on encore à la marchande, à l'époque de la société en réseau ? L'activité qui consiste à échanger tout contre n'importe quoi avec les habitants du quartier est-elle encore suffisamment crédible pour que les enfants lui consacrent d'inoubliables heures ? Si le jeu existe toujours, il a dû changer ses règles : le commerce entre particuliers est toujours une pratique de parents, mais il ne s'observe plus dans l'espace public, puisqu'il se réalise avec internet.

Selon une étude de Médiamétrie, 5 millions de Français utilisent les plates-formes de mise en relation comme eBay, Price Minister ou 2Xmoinscher. On ne papote plus avec son aimable clientèle, mais on peut compter sur elle pour écouler cadeaux de Noël inappropriés, vêtements qui ne vont plus, collections devenues encombrantes.

Malgré le nombre important des transactions ainsi réalisées, peu de litiges semblent avoir vu le jour. C'est en ce début d'année 2006, le 12 janvier dernier, qu'une décision du tribunal correctionnel de Mulhouse est venue sanctionner un particulier *"pour travail dissimulé et non tenue d'un registre par un revendeur d'objets mobiliers"*. Ce particulier était de fait commerçant alsacien, mais son activité professionnelle n'avait rien à voir avec les faits reprochés : s'il vendait habituellement des fruits et légumes, c'est pour un vase ancien qu'il est entré en voie de condamnation. Cet objet qu'il avait mis aux enchères sur eBay avait été acheté aux puces et provenait en fait d'un vol. L'ignorait-il vraiment, comme il l'a prétendu, ou avait-il quelques soupçons -vite étouffés- de cette origine frauduleuse, du fait de l'importance du bénéfice réalisé ? Les éclaircissements sur ce point ont été d'autant moins apportés lors du procès que l'attention s'est trouvée déplacée vers un autre aspect de l'affaire, beaucoup plus intéressant juridiquement parlant. L'enquête a fait apparaître que le marchand de fruits et légumes s'était livré à 470 opérations de vente sur le site depuis deux ans. De telles circonstances donnent à son activité en ligne une dimension professionnelle, croit pouvoir affirmer le tribunal, ce qui n'a rien d'anodin, puisque dans ce cas, le particulier se trouve soumis au régime fiscal des professionnels. Selon l'article L. 2324-10 du code du travail, il doit se déclarer auprès de l'Urssaf, s'inscrire au registre du commerce et régler l'impôt sur les bénéfices. Et c'est pour ne pas l'avoir fait que le présumé professionnel du commerce sur eBay a été condamné à 3 800 euros d'amende dont 2 300 avec sursis.

Sa défense avait allégué que toutes ces transactions litigieuses correspondaient en fait au besoin de se débarrasser de l'ensemble d'une collection progressivement constituée et devenue insupportable à sa compagne. L'argument n'est pas invraisemblable, mais comment le prouver ? Comment convaincre une juridiction que l'intention de réaliser un profit nous est étrangère, surtout lorsque des ventes se répètent dans la durée ? Peut être le particulier aurait-il été mieux avisé de mettre ses 470 objets aux enchères en une seule opération, évitant ainsi le piège du "à titre habituel" tendu par la loi.

Le Forum des droits sur l'internet, conscient du problème depuis quelques mois, avait publié le 8 novembre 2005 une recommandation

A partir d'un certain volume de ventes, le vendeur habituel peut être considéré comme professionnel

sur le sujet qui tentait d'identifier le cadre légal applicable. Il rappelle ainsi aux utilisateurs qu'à partir *"d'un certain volume de ventes, ils sont susceptibles d'être considérés comme des professionnels de la vente à distance"*, dont le statut pourrait être établi sur la base des critères de "régularité", de caractère "lucratif", et d'"intention" de réaliser un profit. Le particulier qui peine à déterminer le régime juridique auquel il est soumis devrait se tourner vers un avocat, conseille de son côté eBay, dans une page d'information mise en place conformément aux préconisations du Forum. Que les plates-formes d'échanges affichent leur souci de venir en aide aux particuliers déconcertés par tant d'arcanes administratives, c'est évidemment louable, mais est-ce bien suffisant ? Leur responsabilité se limiterait-elle à des conseils donnés a priori, ou a posteriori, à des "amateurs" tranquillisés par une tel "statut" en trompe-l'œil ? N'est-ce pas encore s'en remettre aux sables mouvants de la bonne "intention" ? Il ne serait pas surprenant que les décisions à venir mettent en cause ces sites de vente entre particuliers, et recherche leur responsabilité. N'était-ce pas d'ailleurs la voie indiquée par notre malheureux alsacien à son conseil, lorsqu'il lui indiquait : "J'ai écrit à eBay pour me renseigner, ils ont dit qu'on peut vendre autant qu'on veut" ? Cette direction n'a pas été prise par l'avocat, peut-être désarmé par la nouveauté de l'espèce. Et le Forum, qui compte en son sein de nombreux représentants des plates-formes de ventes, n'est sans doute pas spontanément séduit pas une telle démarche intellectuelle. Mais cette affaire n'était qu'une première, et la jurisprudence tend naturellement à s'enrichir.

INTERVIEW
Jérôme Franck
Internet et droit de la consommation

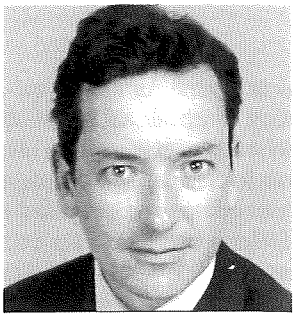
DOCTRINE
Vente de produits de contrefaçon et courtage en ligne

JURISPRUDENCE
Vente aux enchères de noms de domaine contrefaisants

Le mensuel du droit de l'informatique et du multimédia - n° 300 - février 2006 - 24,40 € - ISSN 0221-2102

Contrefaçon et courtage en ligne

Les titulaires de droits de propriété intellectuelle face au courtage en ligne : bilan et perspectives



Damien CHALLAMEL

La vente de produits de contrefaçon par l'intermédiaire de sites de courtage en ligne est un phénomène qui prend une ampleur croissante. Les régimes de responsabilité dont bénéficient les courtiers en ligne constituent un obstacle sérieux à une action efficace de lutte contre la contrefaçon. La responsabilisation de ces nouveaux acteurs du commerce électronique passe par une remise en cause de la portée de leurs obligations contractuelles, voire de leur qualité de fournisseur d'hébergement.

Une étude récente (1) réalisée par Médiamétrie à l'initiative de la fédération des entreprises de vente à distance fait apparaître que près de 40% des cyber-acheteurs français (soit près de 5 millions de personnes) auraient déjà eu recours à des plates formes électroniques assurant (principalement par le biais de sites dits de courtage) la mise en relation d'acheteurs et de vendeurs de biens neufs et d'occasion. Le succès de cette nouvelle forme de commerce électronique crée une demande croissante de clarification du régime de responsabilité de ces nouveaux acteurs, à laquelle tente de répondre, du point de vue des utilisateurs, la dernière recommandation (2) du Forum des droits sur l'internet. Du point de vue des titulaires de droit de propriété intellectuelle, ce nouveau mode de commerce a, dans le même temps, considérablement facilité la distribution de produits de contrefaçon. Bien que conscients de l'amplification de ce phénomène, les pouvoirs publics (3) n'ont cependant pris jusqu'ici aucune mesure particulière propre à endiguer le développement de la contrefaçon par ce nouveau vecteur.

Il convient donc d'établir, du point de vue des titulaires de droits de propriété intellectuelle, un bilan des régimes de responsabilité applicables à ces nouveaux acteurs du commerce électronique et d'évoquer, de manière prospective, les aménagements qui pourraient y être apportés.

Courtage et fourniture d'hébergement

Parmi les nouveaux modes de distribution de produits de contrefaçon, les titulaires de droits de propriété intellectuelle font face de manière grandissante aux ventes réalisées sur des sites webs communément et abusivement connus sous le vocable générique de sites de "vente aux enchères" (4).

Le modèle économique de ce genre de site consiste, pour l'essentiel (5), à mettre en relation le vendeur, professionnel ou non, d'un bien neuf ou usagé et un acheteur. L'opérateur du site met à disposition du vendeur un espace numérique sur ses serveurs lui permettant d'exposer son bien, qu'il soit neuf ou usager. Les acquéreurs potentiels s'inscrivent sur le site de manière anonyme. Le bien est mis en vente soit comptant, soit selon un processus dit "d'enchères" permettant aux acquéreurs potentiels "d'enchérir", pendant un laps de temps limité. A l'issue de ce processus, acheteur et vendeur concluent le contrat de vente sous leur propre responsabilité, le vendeur s'engageant vis-à-vis du site ayant permis la transaction, à lui reverser un certain pourcentage de la vente.

La responsabilité contractuelle du courtier en ligne

Aucun régime spécifique ne vient encadrer ces sites qui peuvent être alternativement qualifiés de sites dits de "courtage aux enchères" (6), lorsque la vente se réalise au profit du mieux offrant ou, de

---

(1) Etude FEVAD/ Mediametrie, juin 2005.

(2) Recommandation du 8 novembre 2005 "Commerce entre particuliers sur l'internet Quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation ?" www.foruminternet.org. Aucun représentant des titulaires de droits de propriété intellectuelle n'a été associé à cette réflexion.

(3) A l'issue du plan d'action gouvernemental contre la contrefaçon arrêté le 2 juin 2004, le ministre délégué à l'industrie a mis en place le 30 mars 2005 une mission de réflexion sur l'utilisation l'Internet pour distribuer des produits contrefaits, y compris par le biais de "sites de ventes aux enchères". A ce jour, les conclusions de cette mission de réflexion n'ont pas été rendues publiques.

(4) La loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques (codifiée aux articles L. 321-1 et suivants du Code de commerce) constitue le régime applicable aux enchères publiques (y compris en ligne) stricto sensu. Du fait de l'absence d'obligation légale découlant des enchérissements successifs (l'adjudication), les sites communément qualifiés de site de "ventes aux enchères" ne répondent pas au critères posés par la loi mais constituent des sites de vente à distance sui generis.

(5) Nous excluons dans le cadre de cet article les modalités, moins courantes, où l'opérateur du site est mandataire du vendeur.

(6) Cette deuxième modalité est expressément mentionnée par l'article 321-3 du code de commerce afin de l'exclure du régime des ventes aux enchères publiques : "les opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique, se caractérisant par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusions de la vente d'un bien entre les parties, ne constituent pas une vente aux enchères publiques".

manière générale (c'est-à-dire y compris lorsque l'offre est faite à un prix fixe) de sites de courtage en ligne (7).

Le contrat de courtage n'est défini par aucun texte de portée générale. La doctrine et la jurisprudence définissent cependant la mission essentielle du courtier comme étant la mise en rapport des personnes qui contracteront éventuellement entre elles par la suite (8). Hormis cette mission essentielle, la jurisprudence est venue imposer un certain nombre d'autres obligations minimales aux courtiers, telle que des obligations d'information sur les parties (capacité et identité du cocontractant) et sur l'affaire à traiter.

Du point de vue des titulaires de droits de propriété intellectuelle, cette qualification de courtage n'est pas neutre. Elle présuppose en effet que le courtier ne s'immisce pas dans la conclusion du contrat de vente réalisé par son intermédiaire et n'a pas vocation à connaître de l'éventuelle contrefaçon affectant les biens vendus par son intermédiaire.

Sous l'angle de la contrefaçon, cela signifie, concrètement, que le courtier en ligne ne commettrait aucune faute en permettant aux vendeurs d'exposer à la vente et de vendre des produits de contrefaçon sur son site dès lors qu'il ignore l'existence de ces faits de contrefaçon. L'acheteur ne serait ainsi à même d'engager la responsabilité contractuelle du courtier en ligne qu'à la condition de prouver que celui-ci aurait, de manière fautive, permis la mise en vente d'un bien qu'il savait être de contrefaçon.

La fourniture d'hébergement

Le régime de responsabilité des opérateurs de site de courtage en ligne doit tout aussi bien être analysé à la lumière des dispositions relatives aux activités d'intermédiation technique en ligne telles qu'elles résultent en dernier lieu de la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après la LCEN). En mettant à la disposition de ses clients vendeurs un espace numérique en vue de la commercialisation de leurs biens, ces opérateurs sont en effet susceptibles d'être qualifiés de fournisseurs d'hébergement (9) au sens de la LCEN.

Conçus comme de simples intermédiaires techniques, les fournisseurs d'hébergement ne sont tenus à aucune obligation générale de surveillance des contenus stockés par leurs soins (10) et leur régime de responsabilité est strictement encadré. L'article 6 de la LCEN prévoit à cet égard que la responsabilité civile et pénale des hébergeurs est conditionnée (11) s'agissant de leur responsabilité civile et pénale par :

- d'une part, la connaissance effective du caractère illicite (ou s'agissant de leur seule responsabilité civile, la connaissance de faits ou de circonstances faisant apparaître ce caractère illicite) des informations ou activités stockées à la demande d'un "destinataire de ces services", c'est-à-dire, s'agissant d'un site de courtage en ligne, d'un vendeur ;
- et d'autre part, l'absence de prompte action visant à retirer ces données à partir du moment où la connaissance de l'illicéité du contenu est acquise.

Le fournisseur d'hébergement n'est ainsi responsable que dans la seule mesure où, ayant la maîtrise technique de son infrastructure et la connaissance de l'infraction (la contrefaçon en l'occurrence), il s'est abstenu d'y mettre fin. C'est le triptyque "pouvoir, savoir, inertie" au coeur du régime de responsabilité des intermédiaires techniques (12). Ce cadre restrictif a été de surcroît accentué par la décision du Conseil constitutionnel (13) du 10 juin 2004 où, statuant sur la constitutionalité de la LCEN, la haute juridiction a jugé que les fournisseurs d'hébergement ne pourraient voir leur responsabilité engagée en cas d'absence de retrait d'un contenu dénoncé comme illicite par un tiers qu'à la condition que ledit contenu présente un caractère "manifestement" illicite.

De ces conditions limitatives de responsabilité, il résulte que, en sa qualité de fournisseur d'hébergement, le courtier en ligne ne pourra voir sa responsabilité engagée vis-à-vis des tiers que dans la seule mesure où il a acquis la connaissance du caractère contrefaisant des

---

(7) Cette qualification (ouvertement revendiquée par la plupart des opérateurs de sites en question) a été très rapidement utilisée par la jurisprudence, notamment, dans la très médiatisée affaire Yahoo !. Dans son jugement du 11 février 2003, le tribunal de grande instance de Paris rappelle que le site "auctions.yahoo.com n'est donc pas, à proprement parler, un service de vente aux enchères en ligne, mais un service de courtage aux enchères, qui ne joue aucun rôle dans la conclusion du contrat entre les parties". Comm. Com. Electr.2003 p.34 note Grynbaum.

(8) Juris-Classeur Commercial, Fascicule 345 : Courtage-courtiers libres. Dictionnaire Permanent de Droit des Affaires, Etude "Courtiers".

(9) L'article 6. 2 de la LCEN définit les fournisseurs d'hébergement comme étant "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".

(10) L'article 6.7 de la LCEN disposant que les intermédiaires techniques "ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites".

(11) Les articles 6.I 2 et 6.I 3 de la LCEN disposant, précisément que "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 ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

3. Les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible".

(12) Voir, Michel Vivant, La responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet, JCP éd. G 1999, I, p. 180.

(13) Conseil constitutionnel, 10 juin 2004 - Décision n° 2004-496 DC. "Considérant que les 2 et 3 du I de l'article 6 de la loi déférée ont pour seule portée d'écarter la responsabilité civile et pénale des hébergeurs dans les deux hypothèses qu'ils envisagent ; que ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ; que, sous cette réserve, les 2 et 3 du I de l'article 6 se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du 1 de l'article 14 de la directive susvisée sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer ; que, par suite, les griefs invoqués par les requérants ne peuvent être utilement présentés devant lui".

produits proposés à la vente par un de ses clients. Dans la pratique, cette connaissance sera, dans la plupart des cas, acquise du fait de la notification du titulaire des droits de propriété intellectuelle s'estimant victime de contrefaçon, la LCEN ayant prévu à cet effet une procédure de notification spécifique dont la mise en œuvre présume de la connaissance des faits litigieux.

Une situation insatisfaisante

Cette situation est-elle vraiment satisfaisante ?

Le statut de droit commun de l'activité de courtage présuppose la licéité de la transaction à laquelle se livrent acheteurs et vendeurs après avoir été mis en relation par le courtier. Il appartient dans ces conditions, nous semble t-il, au courtier de prendre des précautions minimales afin de s'assurer de la licéité de la transaction conclue par son intermédiaire.

Le régime de responsabilité des hébergeurs a été pensé afin de faciliter le développement du commerce électronique, tout en responsabilisant les éditeurs de contenus en ligne à qui il incombe, au premier chef, de rendre compte du caractère éventuellement illicite des contenus qu'ils choisissent de mettre en ligne. Si, sur le plan des libertés publiques, une telle conception est compréhensible, l'on peut raisonnablement s'interroger sur la question de savoir si elle est réellement adaptée au cas du courtage en ligne.

Les titulaires de droits de propriété intellectuelle (et les courtiers en ligne eux-mêmes) savent qu'une quantité impressionnante de produits de contrefaçon est commercialisée par ce biais. S'en remettre, selon les termes du droit commun, à la seule diligence des titulaires de droits pour que soit effectivement sanctionnée la contrefaçon, apparaît illusoire. Ici comme ailleurs, la lutte contre la contrefaçon requiert la responsabilisation de l'ensemble des acteurs économiques concernés.

Deux qualifications qui rendent insuffisamment compte de la réalité de l'activité des sites de courtage en ligne

Les nouveaux contours de la responsabilité des opérateurs en leur qualité de courtiers

La qualification de courtier présente pour l'opérateur du site l'immense avantage de laisser aux acheteurs et vendeurs ainsi mis en relation, la responsabilité de la transaction. S'agissant d'un bien portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle, le site dont la responsabilité serait mise en cause par un titulaire de droits (tiers au contrat de courtage donc) à l'occasion d'une transaction peut ainsi se retrancher derrière sa qualité de simple courtier et de son ignorance de la contrefaçon pour s'exonérer de toute responsabilité.

Dans un jugement du 26 octobre 2004, le tribunal de grande instance de Paris (14) a ainsi exonéré de toute responsabilité un site de vente aux enchères en ligne en relevant sa qualité de simple courtier. Dans cette espèce, les titulaires de droits d'auteurs afférents à un bijou avaient assigné en contrefaçon (aux côtés des vendeurs du bien litigieux) le plus célèbre des opérateurs des sites de courtage en ligne du fait de la présence d'un bijou de contrefaçon mis en vente sur son site. Le demandeur reprochait au site, en sa qualité de courtier en ligne, de ne pas avoir vérifié l'authenticité du produit litigieux. Rejetant cette demande, le tribunal relève, de manière très significative, que faute pour le défendeur de "*participer autrement que par une activité de courtage à l'offre en vente et à la vente du modèle de bijou contrefaisant, que le grief de contrefaçon formulé à son encontre n'est pas fondé*".

Au-delà des faits de cette espèce, le raisonnement qui sous-tend ce jugement ne nous semble pas satisfaisant. Cette exonération de toute responsabilité du courtier présuppose en effet une neutralité qui rend insuffisamment compte de la réalité commerciale des sites de courtage en ligne. Cette exonération présuppose par ailleurs que, en s'abstenant de prendre des mesures de nature à prévenir les transactions portant sur des biens de contrefaçon, le courtier en ligne n'ait pas commis une faute contractuelle vis-à-vis des ses cocontractants acheteurs, et délictuelle vis-à-vis des tiers, titulaires de droits de propriété intellectuelle.

La nécessaire implication des courtiers en ligne dans les transactions réalisées par leur intermédiaire

Un examen attentif (15) des sites de courtage en ligne permet de réaliser à quel point ces derniers sont loin de se contenter de la simple mise en relation d'acheteurs et de vendeurs.

L'immixtion du courtier apparaît, en particulier, dans les multiples services commerciaux destinés à favoriser et sécuriser les ventes. Ces services vont bien au-delà d'une activité de simple intermédiation et caractérise le rôle actif et croissant d'animation commerciale joué par les courtiers en ligne.

S'agissant des sites de courtage aux enchères, certains de ces services sont directement inspirés de mécanismes à l'œuvre dans les ventes aux enchères publiques stricto sensu. Il en est ainsi du système de la réserve où le vendeur fixe au préalable un prix plancher en deçà duquel il n'est pas disposé à vendre. Dans cette hypothèse, l'opérateur du site intervient manifestement dans la vente puisque c'est son propre système qui informe l'acheteur potentiel, postérieurement à une enchère, de ce que le prix de réserve est atteint. Il en est de même du mécanisme d'enchères automatiques permettant à l'acheteur potentiel de fixer une enchère maximale, qui s'adaptera au fur et à mesure des enchères émises. Ces services peuvent aussi

(14) Tribunal de grande instance de Paris 3ème Chambre, 3ème section 26 octobre 2004 disponible sur www.juriscom.net. Voir pour une première application jurisprudentielle le jugement précité (note 7) dans l'affaire Yahoo ! : le site "auctions.yahoo.com n'est donc pas, à proprement parler, un service de vente aux enchères en ligne, mais un service de courtage aux enchères, qui ne joue aucun rôle dans la conclusion du contrat entre les parties".

(15) Voir, en particulier, Lionel Bochburgerg et Sylvie Lefort, Internet et commerce électronique, 2ème Edition, Delmas 2001, n° 1067 et, des mêmes auteurs : Les ventes aux enchères sur l'internet Légicom, N°21/22-2000/1 et 2 p. 131 à 147. Emmanuelle Garnier, Les Clauses contestables des conventions d'utilisation des sites de "vente aux enchères". Emmanuelle Garnier, Gaz. Pal sept. oct. 1996 Doctrine p. 2696. Le courtage en ligne des biens culturels, recommandation du Forum des droits sur l'internet en date du 22 juillet 2004 www.foruminternet.org.

consister à proposer (moyennant une commission calculée sur la transaction) l'intervention d'un "tiers de confiance" à qui l'acheteur confie la garde du paiement jusqu'à ce que le vendeur ait envoyé l'objet à l'acheteur.

Au-delà des pratiques existantes, force est par ailleurs de constater que le respect par les acheteurs et les vendeurs des obligations qui leur incombent, passe nécessairement par l'immixtion du courtier en ligne dans les transactions réalisées par leur intermédiaire. C'est ce qu'illustre la récente recommandation du Forum des droits sur l'internet (16).

Au stade précontractuel, le forum des droits sur l'internet recommande ainsi aux courtiers en ligne de veiller à ce que les vendeurs :

- s'identifient clairement et prévoient "*dans le contrat qui les lie à leurs utilisateurs, une clause précisant que leurs utilisateurs s'engagent à ce que le contrat qui sera conclu entre eux par* [leur intermédiaire] *le sera sous condition suspensive de révélation, par le vendeur, de ses coordonnées*" (page 23) ;
- s'identifient, le cas échéant, comme professionnels (page 38).

Au stade de la passation du contrat, le forum des droits sur l'internet :

- invite (page 28) les courtiers en ligne à "*proposer à leurs utilisateurs un outil technique permettant de respecter les formalités imposées par l'article 1369-5 du code civil*" (17), à savoir un système probatoire de double-clic permettant de s'assurer de l'expression du consentement dans le cadre d'un contrat électronique ;
- leur recommande "*d'afficher le récapitulatif de la commande de manière à rassembler visuellement les principaux éléments constitutifs de l'offre*" (page 28).
- invite (page 39) les courtiers en ligne à "*assister le vendeur dans la bonne exécution de l'obligation posée par l'article 1369-4 du code civil* [...]", à savoir la précision obligatoire, par le vendeur professionnel des différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique.

Enfin, au stade de l'exécution du contrat, le forum des droits sur l'internet recommande (page 42) aux courtiers en ligne d'informer les acheteurs non professionnels qu'ils bénéficient d'un droit de rétractation (18) par rapport aux achats effectués auprès d'un professionnel.

Ces quelques exemples illustrent le paradoxe qui consiste, d'un côté, à inviter les courtiers en ligne à s'immiscer dans les transactions conclues par leur intermédiaire en vue du respect du droit de la consommation par les vendeurs et, de l'autre, à ignorer toutes démarches qui permettraient aux courtiers en ligne de s'assurer par eux-mêmes du respect par ces mêmes vendeurs des droits de propriété intellectuelle des tiers. Ce paradoxe n'est qu'apparent si l'on prend en compte le fait que le groupe de travail (ainsi que les personnes auditionnées à cette occasion) à l'origine de cette recommandation du forum des droits sur l'internet comportait essentiellement des représentants des courtiers en ligne et des associations de consommateurs. Il n'en demeure pas moins que les consommateurs ont un intérêt objectif à ce que les courtiers en ligne prennent d'eux-mêmes des mesures efficaces de lutte contre la contrefaçon.

Le rôle du courtier en ligne dans la lutte contre la contrefaçon

Les exemples précités révèlent que les courtiers en ligne vont (et iront encore plus à l'avenir, si les récentes recommandations du Forum des droits sur l'internet sont suivies d'effet), bien au-delà de la seule mise en relation à distance d'acheteurs et de vendeurs, professionnels comme non professionnels. Du fait même de la particularité de ce mode de courtage, les courtiers en ligne se doivent, vis-à-vis de leurs clients (acheteurs non professionnels en particulier), de faire respecter un certain nombre de règles aux différents stades des transactions réalisées par leur intermédiaire.

Les courtiers en ligne édictent d'ores et déjà, dans le cadre de leurs conditions générales, certaines règles relatives à la licéité des objets mis en vente par leur intermédiaire qu'ils se chargent eux-mêmes d'appliquer en refusant le cas échéant de mettre en ligne une offre de vente d'un produit prohibé (armes à feux, par exemple). S'agissant de lutte contre la contrefaçon, les courtiers en ligne sont techniquement à même d'effectuer une surveillance minimale sur les biens vendus par leur intermédiaire qui ne serait pas substantiellement différente de celle qu'ils effectuent d'ores et déjà par rapport à certains produits dont la mise en vente est interdite sur leurs sites.

Cette surveillance serait d'autant plus aisée à mettre en œuvre que les courtiers en ligne ne peuvent ignorer le caractère évident de certaines formes de contrefaçon. L'évidence de la contrefaçon résulte, en particulier, du prix de vente de certains produits (lorsqu'il s'agit de biens vendus à prix fixe) ou, mieux encore, de l'intitulé même des annonces qui revendiquent le caractère ouvertement contrefaisant des biens exposés.

Dans la perspective d'une collaboration effective avec les titulaires de droits de propriété intellectuelle, cette surveillance pourrait enfin s'effectuer en fonction, par exemple, de critères préalablement établis en collaboration avec les titulaires de droits de propriété intellectuelle eux-mêmes.

Les courtiers en ligne doivent-ils bénéficier du régime de responsabilité des fournisseurs d'hébergement ?

Le régime de responsabilité des intermédiaires techniques - tels que les fournisseurs d'hébergement - a été, dès l'origine, conçu afin de favoriser le commerce électronique en supprimant les obstacles à son développement. Dans cette perspective, la responsabilité des fournisseurs d'hébergement ne pouvait être qu'une responsabilité atténuée. En mettant en avant le fait que leur rôle se réduisait à met-

---

(16) Voir note 2.

(17) Introduit par la LCEN, l'article 1369-5 du code civil dispose que "pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation".

(18) L'article L. 121-20 du code de la consommation disposant à cet égard que, en matière d'achats à distance auprès de professionnels "le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour".

tre à la disposition des vendeurs un espace numérique leur permettant d'exposer les biens des vendeurs, les courtiers en ligne ont très tôt revendiqué et obtenu que leur soit reconnu le statut de fournisseur d'hébergement au sens de la LCEN (19).

La jurisprudence a déjà fait usage de cette qualification et permis ainsi à certains opérateurs de sites de courtage (20) en ligne de bénéficier du régime de responsabilité atténuée propre aux hébergeurs. Une jurisprudence similaire, largement favorable aux opérateurs des sites, a vu le jour aux Etats-Unis (21) et dans divers pays d'Europe, en Allemagne (22) en particulier, même si des solutions divergentes commencent à apparaître (23). Dans la quasi-totalité de ces décisions, les opérateurs de site de courtage en ligne ont été exonérés de leur responsabilité du fait de leur seule qualité de simples "hébergeurs" des contenus allégués de contrefaçon.

Le recours à cette qualification correspond-il pour autant à la réalité de l'activité des sites de courtage en ligne ?

Les dispositions précitées définissant de manière restrictive le régime de responsabilité des fournisseurs d'hébergement ne s'appliquent pas, selon les articles 6.I.2 alinéa 2 et 6.I.3 alinéa 2 de la LCEN "*lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du* [fournisseur d'hébergement]". Une disposition identique figurait dans le texte de la directive commerce électronique (24) du 8 juin 2000.

La question est donc ici de savoir si le courtier en ligne n'exercerait pas un tel "contrôle" ou une telle "autorité" sur le vendeur de nature à lui interdire de se prévaloir de la qualité de fournisseur d'hébergement. Les exemples précités sur le rôle d'animation commerciale des courtiers en ligne et leur immixtion dans les transactions réalisées par leur intermédiaire tendent à démontrer que les courtiers en ligne exercent, de fait, un certain contrôle sur l'activité du vendeur.

Contrôle au stade du contenu des annonces (cas des produits illicites dont la mise en ligne est refusée par le courtier), comme au stade de la conclusion du contrat en veillant (à suivre en tous les cas la récente recommandation du forum des droits sur l'internet) à ce que les vendeurs respectent un certain nombre de prescriptions issues, entre autres, du droit de la consommation.

Appelée à commenter le sens dans lequel il conviendrait d'interpréter cette disposition, la commission des affaires économiques du Sénat (25) a donné une interprétation allant dans le sens de son application à ces opérateurs en déclarant qu'"*une telle précision écarte du régime aménagé de responsabilité des hébergeurs les prestataires exerçant des activités d'intermédiation*", c'est-à-dire, pratiquement, des courtiers en ligne.

L'Assemblée Nationale a adopté le point de vue inverse en précisant que les courtiers en ligne devaient bénéficier du régime de responsabilité propre aux fournisseurs d'hébergement (26). L'interprétation sénatoriale semble s'inscrire à rebours de la jurisprudence (27) et de la doctrine dominantes (28). Il n'en demeure pas moins que, à ce jour, les tribunaux français n'ont pas encore statué, précisément, sur l'application éventuelle des articles 6.I.2 alinéa 2 et 6.I.3 alinéa 2 de la LCEN à la situation des courtiers en ligne. La question demeure donc ouverte.

Enfin, à défaut de voir la jurisprudence consacrer cette interprétation, une modification de la LCEN serait toujours envisageable. La directive précise qu'elle n'affecte en aucune manière la possibilité pour le législateur national d'exiger des intermédiaires techniques "*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 empêcher certains types d'activités illicite*" (considérant 48 de la directive). Une modification de la LCEN sur ce point, dans un sens favorable aux titulaires de droits de propriété intellectuelle, serait dès lors envisageable. Cette faculté a été exercée par le législateur à propos des contenus à caractère pédophile ou négationniste (29). Sans être mise exactement sur le même plan, la contrefaçon constitue un enjeu de criminalité majeur dans nos sociétés contemporaines qui mérite certainement que des limitations raisonnables soient apportées à certaines formes du commerce électronique.

Damien CHALLAMEL
Avocat à la Cour

(19) C'est aussi le sens de la recommandation rendue le 6 février 2003 par le forum des droits sur l'internet à propos du projet de LCEN wwww.foruminternet.org.
(20) Voir pour les premières applications jurisprudentielles le jugement précité rendu (note 3) dans l'affaire Yahoo ! : "Fournisseur d'hébergement, [la société Yahoo ! Inc.] stocke, pour leur mise à disposition du public, les annonces rédigées par les vendeurs d'objets [...]".
(21) Les juridictions nord-américaines ont rendu un certain nombre de décisions en faveur de la société eBay (Superior court of the State of California for the country of Los Angeles, 28 avril 2003, R. Grace c/ T. Neely et société eBay, Com. Com. Elec. Juin 2003, comm. n° 61, note Luc Grynbaum). Voir également l'étude (2004) du comité marques et concurrence déloyale du Barreau de New-York Online auction sites and trademark infringement liability (accessible sur le site du Barreau de New-York www.nycbar.org/).
(22) Voir, pour les premières décisions, confirmées depuis en appel, l'article de Lionel Thoumyre, Petites Affiches, 3 juin 2003, n° 110, p. 7 Responsabilité des intermédiaires : le cas des sites de vente aux enchères (Düsseldorf Landgericht, 29 octobre 2002 : Rolex c/ eBay GmbH et eBay International AG et Postdam Landgericht, 30 octobre 2002 : I.V.D. c/ eBay GmbH).
(23) Rolex. c. ricardo.de. (Köln Landgericht).Condamné en première instance pour contrefaçon, le site allemand de courtage aux enchères « ricardo.de » a obtenu l'infirmation du jugement en appel. Un recours devant la cour suprême de fédérale de Karlrhue est actuellement pendant.
(24) Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.
(25) Rapport n°232 (pages 20 et 21) du Sénat fait le 3 mars 2004 au nom de la commission des affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture pour la confiance dans l'économie numérique, par MM. Herisson et Sido. Accessible sur www.legifrance.gouv.fr.
(26) «La définition des opérateurs visés par l'article ne fait pas de distinction : sont concernés tous les intermédiaires dont l'activité consiste à stocker durablement des données (stockage "permanent"), sans intervenir sir leur contenu (stockage «direct») [...]. Peu importe qu'il s'agisse de [...] sites d'enchères en ligne». Michèle Tabarot, député, Avis n° 608 présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi confiance dans l'économie numérique le 11 février 2003, JOAN.
(27) Voir, en dernier lieu, la jurisprudence citée, note 15.
(28) Voir toutefois, dans le sens de l'interprétation sénatoriale, Eric A. Caprioli et Pascal Agosti. La confiance dans l'économie numérique (commentaire de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) Les petites affiches, 3 juin 2005 n° 110.
(29) Article 6.7 de la LCEN.