

## 1 Internet : un bouleversement technologique et juridique

Comme l'énonce une célèbre maxime latine : *ubi societas, ibi jus* (« là où il y a une société, il y a du droit »). Il n'est en effet pas de domaine plus important que le droit au sein d'une société, c'est-à-dire d'une communauté dont les individus vivent en collectivité et donc posent des règles pour l'organiser.

La société évoluant, les règles de droit sont devenues plus élaborées, plus complexes. Ces changements étaient nécessaires, le droit se devant d'être le reflet de la matière qu'il régit. Il en ressort que plus cette matière sera technique et plus le droit devra lui aussi se complexifier.

Depuis le début du <sup>xx</sup>e siècle, les évolutions technologiques, bonnes ou mauvaises, se multiplient à une vitesse croissante. L'émergence et surtout la démocratisation d'Internet, considéré jusqu'à récemment comme un simple effet de mode, un « gadget », en sont une preuve flagrante. Pris de cours, confronté à une technologie qu'il ne maîtrisait pas, le législateur a dû parer au plus pressé et légiférer presque dans l'urgence.

Mais Internet n'est pas une entité immobile, un espace aux limites tracées et identifiables. Au contraire, il s'agit d'un univers en perpétuelle expansion, une communauté dont les auteurs, de par leur nombre, leurs compétences et leur créativité sont les plus productifs au monde. Formidable progrès pour les individus, c'est aussi un effroyable casse-tête pour qui entend y faire régner l'ordre.

En l'absence d'Autorité internationale régnant sur la Toile, il revient à chaque État de protéger ses citoyens lorsqu'ils s'aventurent sur ces terrains virtuels, jusqu'à ce qu'une forme d'autorité émerge

de la masse informe et anonyme qu'est Internet. Certains projets ont cependant déjà vu le jour, dont la *Déclaration d'Indépendance du Cyberspace* (voir Annexe 1) : « *Les gouvernements tiennent leur légitimité du consentement de ceux qu'ils gouvernent. Vous n'avez ni sollicité ni reçu le nôtre. [...] Nous croyons que c'est de l'éthique, de l'intérêt personnel éclairé et de la volonté générale que notre gouvernement émergera. Mais nous ne pouvons accepter les solutions que vous tentez d'imposer.* »<sup>1</sup>.

## 2 L'avènement de la Propriété intellectuelle 2.0

D'abord posée au juge de manière quasi-anecdotique, la question de l'application à l'Internet des principes traditionnels du droit de la propriété intellectuelle fut par la suite soulevée de plus en plus fréquemment devant les tribunaux des pays européens et américains. Dans la masse des décisions rendues, on a cependant souvent peiné à dégager une solution claire et définitive, une issue identifiable à l'apparent « combat » entre Internet et la Propriété intellectuelle.

Au-delà de la simple confrontation entre *Internet* et le droit des marques, c'est un combat bien plus important qui se joue en arrière-plan : celui entre Internet, espace sans bornes ni frontières dont ont rêvé des générations d'utopistes, univers où tout serait permis et où la seule limite serait la morale de chacun, et la *Propriété intellectuelle*, corpus de règles dont l'idée même semble en directe contradiction avec le principe d'Internet. En effet, pour beaucoup, Internet devrait être une « zone de non-droit » où seules la volonté et la conscience des internautes limiteraient leurs actes, en l'absence de toute forme de règle et de droit de propriété quel qu'il soit. Certains vont même plus loin en établissant une filiation avec les droits de l'homme. Ainsi Marc Mossé, avocat au Barreau de Paris, écrit dans *Droits d'auteurs et exception pour copie privée à l'ère de l'Internet* la chose suivante : « *L'enjeu est précisément d'éviter une confrontation caricaturale entre ces deux normes et, au contraire, de chercher à les concilier utilement. Cette articulation est d'autant plus nécessaire qu'elle serait l'occasion de réaffirmer la valeur de la propriété intellectuelle et son actualité ainsi que le postule l'article 17-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La filiation avec les droits de l'homme est incontestable. La reconnaissance en droit français d'un droit de propriété intellectuelle, exclusif et opposable à tous procédait directement des textes révolutionnaires, comme la Déclaration Universelle des droits de l'homme y faisait écho* »<sup>2</sup>.

1. Barlow (J.), *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996.

2. Chatillon (G.), *Le droit international de l'Internet*, Bruylant, p. 459, 2003.

Il est d'ailleurs intéressant de noter que devant l'évident échec qu'ont connu les « utopistes » que nous venons d'évoquer, ces derniers ont par la suite tenté de créer au sein d'Internet un espace de liberté totale, certes plus restreint mais conforme à leur rêve. Ce monde virtuel, connu sous le nom de « *Second Life* » et débuté en 1999, fut achevé et ouvert au public en 2003. Outre le nouvel échec qu'il représente, il s'agit également d'un nouveau défi lancé au droit des marques. En effet, l'apparition des marques au sein de Second Life ainsi que d'un véritable commerce parallèle (on peut y acheter et y vendre des produits réels ou virtuels) soulève plusieurs questions quant à l'application des principes traditionnels du droit des marques dans la sphère du virtuel.

C'est dans cette aspiration à un espace de liberté (quasi ?) absolue qu'il faut chercher l'origine des récentes polémiques entourant la création de *l'HADOPI, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*. Cette Haute Autorité, souhaitée par le gouvernement afin d'enrayer la monstrueuse machine que représente le piratage en France, ne traitera pas des cas de contrefaçon de marque évoqués par la suite dans cet ouvrage. En effet, le téléchargement illégal attirant tous les regards, du controversé *Projet ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ou Accord Commercial Anti-Contrefaçon, adopté par le Conseil de l'Union Européenne le 16 décembre 2011 et soumis au vote d'approbation du Parlement européen début 2012)* à la HADOPI, ces autres formes de contrefaçon restent dans son ombre tant médiatique que législative. Les litiges qu'elles suscitent sont pourtant au moins aussi importants en termes de propriété sur Internet.

Si la démocratisation d'Internet à la fin des années 1990 fut l'occasion pour les entreprises de s'ouvrir au monde à moindre frais, ce fut également l'occasion pour certains de remettre au goût du jour la célèbre phrase de Proudhon : « la propriété, c'est le vol »<sup>3</sup>.

Il est vrai qu'à l'origine Internet ressemblait à « [u]ne sorte d'espace vierge au sein duquel il faudrait se déplacer sans carte ni boussole. Autrement dit : rien. Une sorte d'étonnant objet surréaliste où régnerait le hasard »<sup>4</sup>. Ou, pour citer Patrick Modiano dans *Le café de la jeunesse perdue*, à un « grand terrain vague sans poteau indicateur » au sein duquel « on aimerait trouver des points de repère, dresser une sorte de cadastre pour n'avoir plus l'impression de naviguer au hasard. Alors, on tisse des liens [...] ».

- 
3. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?*. Notons que la paternité de cette phrase est source de controverse. Ainsi Karl Marx, dans une lettre à J.-B. Schweitzer en date du 24 janvier 1865, attribue cette paternité à Brissot (*Recherche philosophique sur le droit de propriété et sur le vol*, 1782).
  4. M. Vivant, « À la recherche des moteurs », *Com. comm. élec.*, avril 2001, in S. Pirlot De Corbion, « La protection des marques sur Internet », *Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID)*, n° 28, Bruylant, 2007, p. 121.

C'est dans ce but, afin de tisser ces liens qui nous servent désormais à « naviguer sur la Toile », qu'ont été créés les moteurs de recherche.

Se pose alors logiquement la question de la place réservée aux droits de la propriété intellectuelle dans un tel système. En effet, les moteurs de recherche fonctionnent grâce à des « robots », des programmes parcourant l'immensité virtuelle pour indexer un maximum de pages Internet. Comment fonctionnent-ils, ces indispensables outils que l'on utilise désormais au quotidien sans même y penser ?

Il existe deux types de référencement :

- **le référencement gratuit** (ou « naturel ») ;
- **le référencement payant**. C'est à ce dernier que nous nous intéresserons principalement dans la suite de cet ouvrage.

Un moteur de recherche a pour fonction de proposer à l'internaute une liste de pages Internet correspondant aux mots que celui-ci tape dans la « barre de recherche ». Il peut s'agir d'un seul mot ou de plusieurs, selon le degré de précision désiré par l'internaute. En sus de la liste de résultats générés par la recherche, dont nous expliquerons l'origine un peu plus tard, l'internaute se trouve de plus en plus souvent confronté à une seconde liste, plus restreinte, **de liens dits « commerciaux » ou « sponsorisés »**. Cette liste contient des liens renvoyant vers les sites Internet d'annonceurs ayant payé la société éditrice du moteur de recherche concerné afin de diriger les internautes vers leurs sites. Ainsi, ces annonceurs peuvent « acheter » des mots-clés de sorte que leurs sites figurent dans les liens commerciaux chaque fois qu'ils figureront dans la recherche d'un internaute. Ce référencement payant, créé de toutes pièces par la société Google, est à l'origine d'un nombre grandissant de litiges entre annonceurs et détenteurs de marque. En effet, il n'est pas rare que certains annonceurs achètent en tant que mots-clés les marques de leurs concurrents afin de détourner les internautes et de les attirer sur leurs propres sites.

Prenons comme exemple la société fictive *Nyke*, société produisant des contrefaçons des produits proposés par la célèbre marque *Nike*. Grâce au système inventé par Google, *Nyke* serait ainsi en mesure d'acheter le terme « Nike » et de faire figurer son propre site, chaque fois que ce mot-clé serait contenu dans une recherche d'internaute, avant même le site « [www.nike.com](http://www.nike.com) ». Et il en va de même entre concurrents, même légitimes : *Adidas* pourrait parfaitement acheter le mot « Nike » et chercher ainsi à détourner la clientèle de son concurrent. Le problème se posera également lorsqu'un distributeur ne vendant que des chaussures de marque *Adidas* figurera dans les liens commerciaux répondant à une recherche de type « chaussures nike ».

Ce sont ces pratiques douteuses qui ont longtemps bénéficié de la « *zone grise* » dans laquelle se trouvait ce que nous pourrions appeler le « système Google ». Ce système de référencement payant, lancé il y a une dizaine d'années avec seulement 350 annonceurs, est rapidement devenu une industrie valant plusieurs milliards de dollars, au point qu'il représente désormais 96 % des quelques 29,3 milliards de revenus annuels de la société Google<sup>5</sup>. Cet argent sert notamment à financer le moteur de recherche Google dont l'utilisation, pour des raisons évidentes, demeure gratuite. Des centaines de milliers d'annonceurs se servent à présent de ce système leur permettant de retrouver une visibilité que la démocratisation d'Internet avait rendue quasi-inexistante. À la lumière de ces chiffres, on comprend mieux l'enjeu économique des centaines de poursuites lancées contre Google à travers le monde.

Les recherches des internautes, nous l'avons dit, provoquent l'apparition de deux types de liste de résultats. À côté des liens commerciaux que nous venons d'évoquer se trouve la liste principale de résultats. Cette liste peut contenir des millions de pages Internet, trouvées par des robots grâce à ce que l'on appelle les « méta-tags ». En effet, le référencement payant des moteurs de recherche n'est pas la seule nouveauté technique à constituer un défi juridique. Ainsi les simples noms de domaine, de par leur utilisation par leur détenteur, peuvent constituer des actes de contrefaçon de marque. Il en va de même de ce que l'on appelle « *méta-tags* », qui interviennent au niveau du code source de la page Internet.

L'utilisation de ce code sur la machine donnera l'œuvre. Les méta-tags sont donc des mots-clés insérés dans le code source d'une page Internet et dont l'unique but est de permettre une indexation optimale par les robots. Ainsi, les pages indexées bénéficieront d'une meilleure visibilité parmi les résultats de recherche. Ces méta-tags ne sont pas visibles par l'internaute moyen, qui ne s'intéresse qu'au contenu de la page qu'il visite. Leur importance et l'enjeu juridique qu'ils représentent ne doivent pourtant pas être négligés pour autant.

Devant la complexité technique des procédés auxquels il sera fait référence dans la suite de cet ouvrage, il pourra s'avérer utile de rappeler les principes essentiels du droit des marques, et ce afin d'analyser dans un premier temps leur application aux noms de domaine (Partie 1). Néanmoins, si la contrefaçon est souvent évidente dans le cas des noms de domaine, il en va autrement avec les moteurs de recherche. C'est la raison pour laquelle nous analyserons successivement les problèmes posés à la fois par l'utilisation faite des mots-clés et par celle, plus discrète, des méta-tags (Partie 2). Enfin, nous nous pencherons sur deux domaines souvent laissés de côté par les titulaires de marque : les mondes virtuels (Partie 3) et les réseaux sociaux (Partie 4).

---

5. Revenus pour l'année 2010 tels que rapportés par Google.