

Sujkowski Jérôme

Sujets du Prix APRAM 2012

Le référencement sur Internet, menace ou opportunité pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle ?

«Pour se faire un nom, il faut être connu» disait Jules Renard. Cette connaissance sur le marché est aujourd'hui facilitée par l'essor d'Internet.

Internet impose de nouvelles réflexions juridiques, ce qui lui a valu la qualification de «poudrière juridique¹». Cette poudrière est due en particulier au caractère nouveau de cette technologie, le web nous ouvre les portes d'un monde inconnu, de nouvelles pratiques et de nouvelles coutumes. Comme un Thomas Hobbes des temps modernes le seul moyen de sortir de cet «état de nature» du monde internet est un système normatif.

Internet est une interconnexion de réseau, il nous faut alors adapter nos règles connues au monde inconnu créé par Internet : la toile internet (en anglais le web). De nouvelles règles et de nouveaux codes voient le jour, même si le processus est loin d'être achevé, comme l'illustre la question du référencement.

A défaut de définition satisfaisante dans Le Cornu, Le Petit Larousse définit le référencement comme la «procédure par laquelle un producteur vendant à une centrale d'achats s'assure que les produits qu'il vend figureront sur les listes des adhérents de cette centrale», cette définition n'est pas appropriée avec le contexte Internet où le référencement pourrait s'expliquer comme : le fait de répertorier des mots, des phrases ou des thèmes dans le but d'y avoir accès plus facilement sur des annuaires et moteurs de recherche.

La différence se trouve sûrement dans le fait que dans l'univers «réel» le référencement vise un objet que l'on chercherait à référencer, aujourd'hui dans l'univers du web, le même terme vise à la fois l'objet matériel ou immatériel classique, mais aussi et surtout des sites web qui pourraient être assimilés à des signes distinctifs comme des enseignes, dénominations, noms commerciaux...

La distinction entre annuaire et moteur de recherche se trouve dans le caractère volontariste. L'indexation des sites dans le moteur de recherche se fait par l'intermédiaire de «robots» via différents algorithmes qui sont sans cesse renouvelés pour répondre aux demande des internautes² alors que les annuaires sont des répertoires qui classent les sites en fonction de thèmes et sous thème via une démarche volontaire de la part du propriétaire de l'annuaire ou du propriétaire du site internet.

Différents acteurs peuvent intervenir dans ce cadre. Cependant, nous ferons abstraction dans cette étude des intermédiaires optionnels dans un processus de référencement, à savoir les mandataires du titulaire des droits (un conseil en propriété intellectuelle par exemple) ou un prestataire de service permettant l'optimisation d'un site web pour un meilleur référencement. Dans ce dernier cas il est important tout de même de rappeler que la modification du site web par le prestataire dans le cadre du contrat de référencement peut entraîner une modification de l'apparence du site internet, procurant au prestataire un droit d'auteur, il faudra ainsi se faire céder ses droits (patrimoniaux) d'auteur.

La question du référencement pour les titulaires de droits est particulièrement importante pour plusieurs raisons.

Tout d'abord la simplicité à vérifier une éventuelle contrefaçon : il suffit de «taper» le nom d'une marque, ou encore le titre d'une oeuvre dans un moteur de recherche pour pouvoir

¹ Gérard Haas - Internet et protection des données personnelles.

² <http://www.01net.com/editorial/545940/google-modifie-son-algorithme-pour-des-resultats-plus-frais/>

accéder à toute utilisation faite sur internet et d'analyser de chez soi, très rapidement toutes utilisations.

Ensuite le nombre important de dépôts de marques en France (en 2008 la France était le troisième pays à avoir le plus grand nombre de marques en vigueur, après le Japon et les Etats-Unis), mais aussi de dessins et modèles (La France était le premier déposant en 2008).³

Enfin la France est un pays très actif pour l'industrie du luxe (marques et dessins et modèles) mais aussi très attachée à son droit d'auteur historique.

Concernant celui-ci nous n'avons pas de statistique en raison de l'absence de dépôt, néanmoins Cédric Manara rappelle que les durées de procédures en matière de propriété intellectuelle sont plus courtes que dans d'autres affaires et que dans d'autres pays⁴, ce qui laisse supposer un nombre important d'affaires.

La question ne se pose pas pour les détenteurs de brevet qui ne sont pas touchés par le référencement et qui ne seront donc pas traités dans ce sujet.

Nous aborderons notre étude de «l'état de nature» d'internet sous un angle français. La jurisprudence française particulièrement active doit son succès à ses décisions protectrices des titulaires de droits. D'ailleurs il convient de relever que la première affaire au monde a été tranchée par le Tribunal de Nanterre dans un arrêt du 13 Octobre 2003 qui a condamné le moteur de recherche Google pour contrefaçon de marque dans une décision en matière de mots-clés⁵. Cette décision historique est venue ouvrir l'appétit des titulaires de droits qui avaient là l'occasion d'attaquer le géant californien extrêmement solvable. S'attacher à l'étude de la jurisprudence française serait toutefois insuffisant car aujourd'hui le droit de la propriété intellectuelle et en particulier le droit des marques sont communautaires, la CJUE rend des décisions qui ont un effet contraignant sur la jurisprudence française.

Cela étant la France a une situation particulière dans le sens où elle constitue un vivier jurisprudentiel intéressant et l'impact du référencement sur les titulaires de droits semble y susciter plus d'interrogations qu'ailleurs.

Nous verrons donc dans un premier temps que la jurisprudence essaye de cristalliser des règles de droit afin de sortir de «l'état de nature» dont nous parlions en introduction (I) répondant d'une certaine façon aux titulaires de droits, toujours désireux de sécurité juridique (II).

I. La jurisprudence dans le cadre d'internet, une impression de menace pour la suprématie des titulaires de droits de propriété intellectuelle.

La question du référencement prend tout son sens à la lumière de la jurisprudence nationale et communautaire. La propriété littéraire et artistique y est traitée de façon circonstancielle (B), mais rentre dans le cadre d'une politique jurisprudentielle qui s'exprime particulièrement en droit des marques (A).

³ Indicateurs mondiaux relatifs à la propriété intellectuelle - 2010 - OMPI

⁴ Cedric Manara - Podcast Arrêt CJUE «Adwords 1» pmdm.fr

⁵ TGI Nanterre, 13 Octobre 2003, Sté Viaticum et Sté Luteciel c/ Google France

A. Le droit des marques soumis à la discipline libérale communautaire.

Le droit des marques est aujourd'hui quasi-exclusivement communautaire, l'essentiel provient de la directive 2008/95 du 22 octobre 2008 (dite «directive marque») remplaçant la directive 89/104 du 21 décembre 1988. Le premier considérant de l'ancienne directive, devenue second considérant de la nouvelle directive éclaire sur les intentions du législateur européen : les législations des Etats membres en vigueur avant la directive «comportaient des disparités qui pouvaient entraver la libre circulation des produits ainsi que la libre prestation des services et fausser les conditions de concurrence dans le marché commun».

Ce texte vient donc harmoniser pour «assurer le bon fonctionnement du marché intérieur».

Avec un premier arrêt en octobre 2003, jusqu'à une décision charnière du 23 Mars 2010 on dénombrait une cinquantaine de décisions en droit des marques où Google était partie⁶.

La position des juges français était globalement assez protectrice des titulaires de marques, mais n'était pas fixée ; elle reposait sur plusieurs fondements et sur différentes parties.

Les annonceurs pouvaient être condamnés pour contrefaçon, concurrence déloyale ou même publicité trompeuse⁷. Les moteurs de recherche quant à eux étaient condamnés sur les mêmes fondements⁸, ou encore contrefaçon par fourniture de moyens ; une partie de la jurisprudence retenait à leurs égards en présence d'espèce semblable le statut d'hébergeur prévu par la LCEN⁹ (transposition de la directive marque).

On notera que ces divergences proviennent en grande partie de l'absence de définition du moteur de recherche par la directive, contrairement par exemple au droit américain en matière de droit d'auteur¹⁰.

Pour mettre fin à l'insécurité juridique («l'état de nature» jurisprudentiel), les juges français se retournent vers la CJUE. Celle-ci bien moins protectrice envers les titulaires de droits va donner à l'image de la directive 2008/95 et de la directive 2000/31¹¹ une interprétation libérale.

L'arrêt du 23 Mars 2010 dit «*ad-words*»¹² vient dissocier la célèbre formule de l'arrêt *Arsenal*¹³ qui exigeait un usage dans la vie des affaires qui «se situe dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique et non dans le domaine privé».

Ici on est bien dans la vie des affaires mais la CJUE estime qu'il n'y a pas usage par Google, qui n'est qu'un simple prestataire technique. Paradoxalement la cour déclare que le prestataire stocke ces signes et affiche les annonces, il n'en découle pas selon elle, que ce prestataire fasse lui-même un usage au sens des articles 5 de la directive 89/104.

S'agissant des simples prestataires techniques, il ne peut y avoir contrefaçon ni engagement de la responsabilité civile.

⁶ Cedric Manara - Podcast Arrêt CJUE «Adwords 1» pmdm.fr

⁷ TGI Paris, 20 déc. 2006 (contrefaçon) ; TGI Lyon, 13 mars 2008 (concurrence déloyale) ; TGI Paris, 4 févr. 2005 (publicité trompeuse).

⁸ TGI Nanterre, 13 oct. 2003 pour la contrefaçon, CA Paris, 28 juin 2006 pour la responsabilité civile et la publicité trompeuse ; CA Versailles, 10 mars 2005 contrefaçon par fourniture de moyens.

⁹ CA Paris, 15 mai 2002

¹⁰ Copyright Act § 512, d, « information location tools »

¹¹ Directive 2000/31 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 »)

¹² Affaires Jointes, C-236/08 à C-238/08 23 mars 2010.

¹³ CJUE 12 novembre 2002 C-206/01

La solution proposée par la CJUE dans l'arrêt *ad word* peut paraître critiquable puisque la Cour nous dit elle-même que le prestataire technique stocke et affiche les annonces. Certains auteurs vont plus loin comme le Professeur Pollaud-Dullian qui affirme que c'est donner une irresponsabilité presque totale «même lorsque les prestataires de services techniques de l'internet tirent une grande part de leurs profits d'activités qui trouvent leur substance dans la violation de droits de propriété intellectuelle».¹⁴

Cet avis est à mettre en relation avec le fondement même de la directive que nous donnions plus haut et dont Laure Marino se fait le parfait écho : «la Cour de justice limite le champ d'action à celui seul qui commet l'acte, parce que cette vision individualiste de l'imputabilité favorise la liberté de chacun... et par conséquent le marché»¹⁵.

Car c'est bien le marché intérieur qui est en cause, les autorités communautaires souhaitaient en 2000 faciliter ces nouvelles industries du commerce électronique. Aujourd'hui Google est une multinationale en position dominante qui fait recette (en partie) sur l'usage de marques comme mots-clés : condamner cela est quasiment impossible.

Tout le monde ne peut pas prétendre à ce statut d'hébergeur. En effet, dans un arrêt du 12 Juillet 2011 concernant la société Ebay, la cour a affirmé que ne peut être qualifié de prestataire intermédiaire de service celui qui va au-delà d'une « *fourniture neutre de celui-ci au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients, mais joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données* ». ¹⁶

Cette décision laisse la porte ouverte à une possible condamnation des prestataires de services techniques s'ils ne s'en tiennent pas à un rôle automatique.

François Terré fait justement remarquer que que le rôle actif, distingué du passif, ne suffit pas à dissiper l'équivoque, il est plus juste de distinguer neutralité et interférence.¹⁷ Ainsi la suggestion de mots-clés ou de types d'annonces pourrait engager la responsabilité de l'hébergeur.

Reconnaissons que la responsabilité de l'annonceur semble plus simple à mettre en cause, la CJUE a profité d'un arrêt récent *Interflora*¹⁸, pour préciser sa position. Le fait que le titulaire de la marque n'avait pas donné son autorisation était certain, l'usage de la marque dans la vie des affaires par l'annonceur est affirmé par l'arrêt *ad words*, dès lors l'arrêt *Interflora* va se concentrer sur la question de l'atteinte aux fonctions de la marque.

Alors que, dans la jurisprudence *ad words*, elle s'était contentée des fonctions de publicité et d'indication d'origine de la marque, elle vient ajouter en 2011, une possible atteinte à la fonction d'investissement.

Tout d'abord concernant la fonction de publicité, celle-ci est évacuée assez rapidement par la Cour, que ça soit dans *Ad words*, ou *Interflora*, l'idée est que le titulaire de marque est très visible, car en premier dans le référencement naturel, de plus le fait de ne pas être premier dans les annonces commerciales ne serait pas dommageable.

¹⁴ F. Pollaud-Dullian note sous Cass, Civ 1, 17 février 2011 RTD Com. 2011 p. 351

¹⁵ JCP G 2010, note 642, L. Marino

¹⁶ CJUE, 12 juillet 2011, L'Oréal et a. c/ eBay et a.

¹⁷ JCP G 2011, n°43 note 1175. F. Terré

¹⁸ CJUE, 22 Septembre 2011, Interflora c/ Marks & Spencer

Si cela est vrai pour une recherche simple sur une marque de renommée, cela n'est pas évident si l'on change les termes de la recherche, ou encore si la marque n'est pas renommée et ne dispose pas d'un site internet.

Mais pour la CJUE le fait de ne pas exister, ou être mal référencé dans les annonces publicitaires va exiger que le titulaire de marque appuie ses efforts publicitaire. C'est la libre concurrence, elle est saine et va même jusqu'à être intéressante car elle propose des alternatives aux internautes.

Concernant la fonction essentielle d'indication d'origine de la marque, il semblerait que cela soit une question de fait, à la libre appréciation des juges nationaux qui vont devoir caractériser ou non l'atteinte à la marque dans une zone grise où l'annonce serait vague quant à l'origine des produits et des services.¹⁹

Enfin la fonction d'investissement de la marque est analysée précisément dans l'arrêt *Interflora*, et l'annonceur porte atteinte à la fonction d'investissement de la marque «s'il gêne de manière substantielle l'emploi par ledit titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser les consommateurs».

Cette condition est très intéressante, car si elle peut paraître exigeante avec la notion de gêne substantielle, il semble que la CJUE consacre une forme de parasitisme à la française, où l'annonceur utiliserait un mot clé pour se mettre dans le sillage du titulaire et bénéficier de ses efforts sans bourse déliée.

L'intérêt est que ce parasitisme serait condamné sur le terrain de la contrefaçon, et non de la responsabilité civile classique avec le trident habituel : faute, dommage et lien de causalité.

La CJUE est donc venue fixer différentes règles, assez libérale et dans l'esprit de la directive mais qui bouleversent les raisonnements français. Toutefois le juge français applique la jurisprudence communautaire à la lettre, peut-être même avec un peu trop d'enthousiasme allant jusqu'à dire dans un arrêt qu'en plus de l'hébergeur, l'annonceur lui aussi ne peut être condamné²⁰. Il en est de même en droit d'auteur, où les juges français ont dû appliquer les solutions communautaires appliquées en droit des marques en particulier concernant le statut d'hébergeur pour l'outil de référencement.

B. La propriété littéraire et artistique impactée par les décisions communautaires en droit des marques.

Tout juriste utilisant internet s'est sûrement demandé lors d'une recherche sur le célèbre moteur de recherche Google si l'apparition d'images dans la recherche ne portait pas atteinte au droit d'auteur de l'artiste.

Dans la continuité de la jurisprudence «*ad words*», la cour d'appel de Paris²¹ est venue affirmer que l'indexation était automatique, et qu'il était libre à l'auteur d'empêcher cette indexation par l'utilisation de balises dans le code source. Le TGI de Paris dans un arrêt du 5 juillet 2011²² va même plus loin en appliquant à Google Image les dispositions de l'article L. 32-3-4 du code des postes et communications électroniques selon lequel : «*toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de*

¹⁹ Communication Commerce électronique n° 12, Décembre 2011, comm. 112

²⁰ CA Paris pôle 5, ch. 1, 2 février 2011

²¹ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 26 janv. 2011, n° 08/13423

²² TGI Paris, réf., 5 juill. 2011, n° 11/54326

stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus... ». Jacques Larrieu s'en émeut affirmant qu' «en d'autres termes, le système Google Images bénéficie d'un régime de responsabilité allégée conçu au départ pour des services d'une toute autre nature (proxys, mémoires caches)»²³. On peut remarquer que de l'autre côté du Rhin, la décision est la même pour les juges allemands qui ne voient pas d'atteinte lors du référencement automatique d'images²⁴.

Une autre affaire est intéressante concernant l'utilisation faite de Google par l'internaute. Le syndicat national de l'édition phonographique reprochait à Google de suggérer ces termes à l'internaute et souhaitait que Google soit considéré comme «une personne susceptible de contribuer à y remédier (l'atteinte aux droits)» au sens de l'article L.336-2 du code de propriété intellectuelle.

Les juges affirment que suggérer les termes de recherche litigieux ne constitue pas une atteinte à un droit d'auteur car cette contrefaçon n'existera que si l'internaute télécharge de façon illicite le fichier²⁵.

L'application à la propriété littéraire artistique des principes dégagés par la CJUE en droit des marques est importante, même si d'autres fondements sont utilisés.

On remarquera que concernant le droit *sui generis* des bases de données, le TGI de Paris²⁶ a aussi eu à se prononcer. Alors que le demandeur se plaignait d'une extraction de sa base de données par un moteur de recherche interne d'un site concurrent, présentant un bref extrait de l'annonce le TGI n'y voit qu'une indexation, nécessaire et indispensable à la bonne marche de l'internet et aucune extraction illégale au sens de l'article L.342-1.

Les décisions concernent les plateformes internet «importantes», comme Ebay, Youtube ou Google, parce qu'elles sont susceptibles d'être très solvables. Mais une affaire²⁷ visait un site spécialisé dans le référencement de liens hypertextes en matière de streaming légal. Les juges vont alors valider l'usage de ces liens par les sites proposant le référencement, créant ainsi un véritable droit de lier sur internet. La création de lien profond ne correspond pas à une communication de l'œuvre au public mais à une simple mise à disposition n'engendrant pas un acte de représentation au sens de la loi.

Paradoxalement il est aussi très intéressant de remarquer que le juge français se distingue par une certaine exigence envers le titulaire de droit.

Dans le cadre d'une affaire Nord-Ouest Films c/ Dailymotion²⁸ la première chambre civile a une nouvelle fois appliqué l'article 6-1-2 de la LCEN au regard de la jurisprudence européenne et a indiqué que le site Dailymotion pouvait bénéficier du statut d'hébergeur malgré le réencodage et le formatage qui sont des opérations techniques nécessaires, ainsi que la mise à disposition d'outils de classification ou encore la commercialisation d'espaces publicitaires. Ce choix aurait pu être différent à la lecture de l'arrêt Ebay de la CJUE rendu

²³ Droit du numérique Juillet 2010 - Août 2011 Recueil Dalloz 2011 p. 2363

²⁴ BGH Urteil vom 20 April 2010, I ZR 69/08

²⁵ CA Paris, pôle 1, ch. 3, 3 mai 2011, n° 10/19845

²⁶ TGI Paris, 3e ch., 1er février 2011, n°09/06367, Adenclassifieds c/ Solus'immo

²⁷ TGI Paris, 3ème Chambre, 2ème section, 18 juin 2010 M6 Web, Metropole Television et autres c/ SBDS confirmé par CA Paris 27 Avril 2011.

²⁸ Civ. 1, 17 février 2011, n°09-67.896, Nord-Ouest Films c/ Dailymotion

quelques mois plus tard, mais le point intéressant du présent arrêt est l'avis sur l'information de l'hébergeur par le titulaire de droit.

La cour de cassation s'est positionnée en faveur d'une interprétation stricte de l'article 6-1-5 de la LCEN qui prévoit cinq mentions permettant d'informer l'hébergeur de manière précise. Elle soutient «la cour d'appel qui a constaté que les informations énoncées à la mise en demeure étaient insuffisantes au sens de l'article 6-I-5 de cette loi à satisfaire à l'obligation de décrire et de localiser les faits litigieux mis à la charge du notifiant et que celui-ci n'avait pas joint à son envoi recommandé les constats d'huissier qu'il avait fait établir et qui auraient permis à l'opérateur de disposer de tous les éléments nécessaires à l'identification du contenu incriminé».

On peut penser qu'il suffisait à Dailymotion d'utiliser son propre moteur de recherche pour retrouver le contenu litigieux mentionné dans la mise en demeure, néanmoins ça n'est pas l'opinion des juges du fond qui sont très exigeants au détriment des titulaires de droits qui ne sont pas tous des majors avec un régime d'avocats.

Cette opinion est à mettre en parallèle avec la position de la CJUE dans la récente affaire SABAM²⁹ où les juges affirment qu'un système de filtrage généralisé porterait atteinte à la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données personnelles et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations.

Ce mouvement de coopération entre titulaires de droits et hébergeurs semble être apprécié par les juges, quitte à faire peser de nouvelles obligations sur les titulaires de droits.

Si la cour d'appel de Paris³⁰ est venue affirmer que les hébergeurs ne pouvaient exiger une nouvelle notification pour chaque remise en ligne du contenu contrefaisant et qu'ils devaient prendre les mesures nécessaires pour en assurer le retrait et empêcher la remise en ligne «sans pouvoir exiger des ayants droit une intervention active par la remise d'une empreinte de l'oeuvre, notamment».

Le TGI de Paris *a posteriori* et dans une autre affaire est venu affirmer que les titulaires de droits doivent coopérer avec les prestataires afin de rendre possible la mise en oeuvre du système d'identification des oeuvres³¹.

Il va falloir attendre l'avis de la cour de cassation ou une multiplicité d'arrêts de cour d'appel. Ces échanges entre hébergeurs et titulaires de droits sont l'avenir du droit numérique et permettent une nouvelle approche du référencement en tant qu'opportunité.

Enfin si les noms de domaines ne sont pas *stricto sensu* des droits de propriété intellectuels ils jouent un rôle prépondérant en matière de référencement et sont cruciaux pour les titulaires de droits.

La règle classique était celle du «premier arrivé, premier servi», donnant lieu à des situations où des personnes ont enregistré des marques dont ils ne sont pas titulaires pour les revendre par la suite aux propriétaires moyennant rémunération. En 1999 un «règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaines» a été créé en collaboration avec l'OMPI et approuvé par l'ICANN l'autorité délivrant les noms de domaines, il est ainsi intéressant de se retourner vers cet office pour profiter de cette procédure administrative et obligatoire sur un fondement

²⁹ C-70/10 CJUE 24 Novembre 2011 Scarlet c/ SABAM

³⁰ Paris, pôle 5, ch. 2, 4 févr. 2011, n° 09/21941

³¹ TGI Paris, 3e ch., 28 avr. 2011, n° 09/08485, SPPF, Youtube c/ Google France, Google Ireland

contractuel. En cas de réussite l'efficacité est accrue, l'ICANN peut transférer ou supprimer le nom de domaine (mais pas de dommages et intérêts ou remboursements de frais d'avocats).³² Mais il est toujours possible de s'en remettre aux juges nationaux, qui vont même condamner sur d'autres demandes. Une cour d'appel a rendu une décision controversée³³ : le défendeur qui multipliait la réservation de noms de domaines, le plaçant de ce fait en tête des moteurs de recherche (dans le référencement naturel) et en privant le site du demandeur qui exerce dans le même secteur d'activité d'être normalement visité³⁴ a été condamné sur le fondement de la concurrence déloyale.

Ces décisions sont venues fixer ou donner la ligne à suivre concernant le référencement.

Les titulaires des droits de propriété intellectuelle voient rétrécir leurs prérogatives, l'objet incorporel est de plus en plus utilisé sans leurs autorisations sans que l'on y reconnaisse une contrefaçon ou un abus, leurs obligations semblent être renforcées.

Si on peut toujours parler de propriété, nous sommes loin de la définition de l'article 544 du Code Civil le définissant comme absolu, ou encore à l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen le déclarant comme inviolable et sacré. Mais cela est déjà affirmé par la doctrine depuis un long moment : la propriété intellectuelle n'est pas assimilable à la propriété en droit commun³⁵. Le raisonnement doit être moderne les titulaires de droits doivent faire de cet outil une opportunité, peut-être même en profiter .

II. Le référencement une opportunité dans la lutte contre la contrefaçon.

Le référencement ne peut plus être considéré comme une menace, il est incontournable (A), il faut s'en servir pour préparer l'avenir et anticiper de futures atteintes (B).

A. Des décisions jurisprudentielles imposant le référencement comme opportunité.

«Too big to fail» disent les anglo-saxons, c'est peut-être cette logique qui a prévalu dans l'esprit de la CJUE. Sanctionner l'utilisation de marques comme mots-clés, c'est priver Google d'une grande partie de ses bénéfices et c'est tout simplement inconcevable pour une société aussi puissante et surtout aussi implanté que Google dans l'univers numérique.

Il est d'ailleurs fort à parier que si la Cour avait pris cette décision un lobby intense se serait déployé aboutissant à une prise de position des institutions européennes.

Un mouvement de repli commence à voir jour, certaines juridictions vont condamner le prestataire technique de référencement dès qu'il aura un rôle actif, quitte à faire ressortir cette activité de la nature même du service du prestataire de service et ainsi rendre une décision dans l'esprit contraire de la directive et de la CJUE³⁶, cet arrêt reste à nuancer car rendu sur le fondement de la vie privée. De même des sénateurs français souhaitent que la directive soit revue pour, si ce n'est condamner le site de référencement, au moins prévoir un statut spécifique qui ne soit pas une construction jurisprudentielle.

³² Charlotte Spencer, Résolution des litiges en matière de noms de domaines, cours pour le CEIPI.

³³ Cedric Manara - Non le SEO n'est pas abusif - www.cedricmanara.com

³⁴ CA Douai Chambre 1, section 2 Arrêt du 05 octobre 2011 Saveur Bière / Céline S., Sélection Bière.

³⁵ En ce sens J. Passa «Droit de la propriété industrielle» LGDJ 2006 n.11 ; P. Malaurie et L. Aynès «Les biens» Defrénois 2007 n.463 ; F. Pollaud Dulian «Propriété intellectuelle» §39.

³⁶ TGI Paris 17ème chambre, 14 novembre 2011 Olivier M. / Prisma Presse, Google

S'il faut sanctionner les abus qui pourraient être faits par les prestataires techniques de référencement, persister dans la volonté d'une condamnation absolue n'est pas opportun et d'ailleurs cette idée paraît minoritaire.

Ainsi il faut peut-être concevoir la problématique des mots-clés dans un sens optimiste, faire en sorte que ce qui pourrait être considéré, facilement comme une menace devienne une opportunité.

«Ce qu'on ne peut éviter, il faut l'embrasser»³⁷ et c'est bien la philosophie que doivent avoir les titulaires de droits, la condamnation de l'hébergeur va être très compliquée à obtenir en appel et en cassation. Il faut alors profiter du système comme le propose Eric Schmidt PDG de Google³⁸. Le référencement sert à acquérir de la visibilité, un contrefacteur sous les feux des projecteurs ne peut pas tenir dans la durée. Il faut utiliser le prestataire technique pour repérer ceux qui portent atteinte aux droits des titulaires, les identifier, fermer leurs sites, censurer leurs vidéos ou photos.

C'est un vrai travail de fonds qui ne pourra être effectué qu'en coopérant entre les titulaires de droits et les prestataires techniques. Le référencement est une fabuleuse opportunité pour identifier les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

Nous ne sommes pas sur un marché, où le contrefacteur à l'arrivée de la police va prendre ses faux sacs, et s'installer dix mètres plus loin. On ne se balade pas sur internet, on navigue de sites en sites, chaque site est une porte qui peut-être fermée.

Pour cela il faut faciliter les actions, accélérer les procédures, renforcer les protections. La CJUE avec l'arrêt *Interflora* parle d'une possible atteinte à la fonction d'investissement qui ressemble très fortement à notre définition du parasitisme, l'avantage est une possible condamnation en contrefaçon et non plus en responsabilité délictuelle.

Il faut aussi renforcer les liens entre les titulaires de droits et les prestataires, et cet effort on y arrive progressivement avec paradoxalement une sévérité accrue envers les titulaires de droit les obligés à coopérer de façon stricte s'ils désirent une protection.

La jurisprudence exige donc toute une série de mentions pour que le site référençant puisse identifier rapidement le demandeur, l'origine de l'atteinte aux droits, et la légalité du contenu.

Pour éviter que le contenu ne soit remis en ligne, les juges vont obliger les titulaires de droits à fournir une empreinte aux prestataires pour empêcher automatiquement toute republication. Si les titulaires de droits peuvent trouver cela besogneux, il faut bien se mettre à la place du prestataire technique qui va devoir stocker ces multitude d'empreintes et faire en sorte qu'elles permettent bien l'absence de remise en ligne et cela quelque soit la taille de l'hébergeur³⁹

Ces obligations font peser plus de charges sur le titulaire de droits, mais de la même manière qu'au XIX^{ème} siècle les auteurs ont fait face à une contrefaçon belge où les romans-feuilletons étaient assemblés très rapidement pour être vendus avant l'édition originale. A chaque temps sa contrefaçon, et la nécessité pour les titulaires de droits d'agir, de dépenser plus. Ne pas agir c'est encourager la contrefaçon.

Elles font aussi peser une responsabilité accrue sur le prestataire de service.

³⁷ Shakespeare, Les joyeuses commères de Winsor, Acte V.

³⁸ Google trouve la France trop centrée sur les auteurs - Numérama.com- 10 décembre 2011

³⁹ CA Paris 4 février 2011, condamnation aufeminin.com

On voit bien ici le rôle du «notice and take down» développé il semblerait pour la première fois par Jane Ginsburg⁴⁰. Ce mécanisme de notification oblige l'hébergeur à retirer le contenu contrefaisant mais prévoit aussi une procédure contradictoire dont on parle peu.

C'est pour Pierre Yves Gautier «une application en droit d'auteur du fameux principe de précaution».

Cette procédure s'en suit de la pratique du «take down, stay down» développée dans les divers arrêts dont nous parlions, incitant les prestataires de service à tout faire pour que le contenu ne réapparaisse pas sur son réseau.

L'ACTA un traité disposant en matière de contrefaçon, ratifié par de nombreuses superpuissances et sur le point d'être ratifié par l'Union Européenne prévoit même la possibilité de s'adresser aux fournisseurs d'accès pour obtenir les coordonnées d'un internaute soupçonné de contrefaçon sous peine de sanction.⁴¹ C'est d'une façon s'en prendre au facteur qui apporte un colis de sacs volés. Une solution juridiquement étonnante, mais surtout inquiétant fortement les défenseurs de la libre expression sur Internet. Certaines études affirment que l'ACTA serait contraire à l'article 6 de la CEDH⁴². Ce texte démontre le mouvement des dirigeants nationaux qui souhaitent épargner le référencement de mesures judiciaires. Les américains avec un projet de loi (SOPA) reprend ces dispositions en y ajoutant l'interdiction de certains mots-clés comme «streaming» ou «megaupload»...

B. Evacuer la question du référencement pour agir plus efficacement.

Une histoire belge, pas si drôle que ça amène à réfléchir.

Copiepresse société de gestion de droit des droits intellectuels de la presse belge attaque en 2006 le célèbre moteur de recherche californien lui reprochant dans son site belge google presse, sa fonction «cache» permettant d'accéder à une version antérieure de la page web du site de presse, ainsi que la protection des éléments repris par Google dans Google Presse pour former sa revue de presse (Titres, accroches...). Cela nuirait aux éditions de presse, l'internaute se contentant manifestement des accroches de Google et ne cliquerait pas pour se rendre sur le site le privant de ressources.

Si les juges ont donné raison aux éditeurs de presse, ces derniers y ont perdu beaucoup plus. En effet, Google en signe de protestation a tout simplement boycotté les éditeurs de presses belges et a décidé de ne plus les référencer.

Et là est toute la subtilité à laquelle doivent bien faire attention les titulaires de droits, car l'absence de référencement est bien plus dommageable que le référencement.

Pour les titulaires de marques, l'objectif est d'être premier dans le référencement naturel des moteurs de recherche, le premier résultat de recherche bénéficiant de 18,2% des clics. Pour comparaison le cinquième résultat bénéficie à peine de 3%⁴³.

Il faut mettre l'accent sur la finalité des droits de propriété intellectuelle : Protéger la création en propriété littéraire et artistique et dessins et modèles, et protéger un monopole en matière de marque. Le véritable préjudice est dans le site contrefacteur, pas dans son référencement.

⁴⁰ Jane C. Ginsburg - Copyright Legislation for the «Digital Millenium» - Columbia VLA Journal of Law and the Arts. Spring 1999.

⁴¹ Accord commercial relatif à la contrefaçon, art 4, 2§18

⁴² Douwe Korff et Ian Brown, Etude mandaté par l'Internet Core Group (Verts européens) Etude relative à la compatibilité de l'ACTA avec la CEDH et CEDF. via ⁴² Tribune Slate.fr 19 Octobre 2011 par Sandrine Béliet - Et si l'on discutait ouvertement d'Acta.

⁴³ <http://www.journaldunet.com/ebusiness/le-net/taux-de-clic-google-et-bing/taux-de-clic-google.shtml>

Si l'on supprime le référencement, on ne supprime pas le site : le préjudice est toujours là. Il existe de multiples façons pour partager un site au contenu contrefacteur : mails, réseaux sociaux, forums... Mais si l'on supprime le site, alors on supprime le préjudice. Le meilleur moyen pour trouver le site contrefacteur c'est encore le référencement. Supprimer le référencement est alors se priver de sa meilleure arme.

Le raisonnement part du postulat que les droits de propriété intellectuelle servent à protéger le créateur de préjudices. C'est le site référencé qui porte préjudice, pas le référencement.

A y regarder de plus près, certes, Google est le site le plus visité au monde, mais en vérité c'est celui qui s'ouvre sur tous nos navigateurs au démarrage. Le «vrai» premier site visité, celui où les internautes vont cliquer pour y accéder c'est...Facebook⁴⁴. Car le référencement c'est l'ère du web 1.0, Facebook, Twitter, Viadeo... c'est le 2.0.

Aujourd'hui les titulaires de droits en particulier les marques se doivent d'être sur Facebook pour exister. L'internaute y passe plus de temps que sur Google, et c'est là où il va recevoir les avis d'autres internautes sur la société, d'où la création d'un poste de «*community manager*» permettant à la marque de répondre aux internautes.

Facebook a même lancé la possibilité d'échanges entre l'internaute et la société. Les atteintes aux droits de propriétés intellectuelles y sont foison.

L'utilisation de marque comme «username» (nom d'utilisateur) dont la propriété appartient au réseau social qui laisse un simple droit d'usage, ou encore les pages fans, les groupes diffamatoires, la reproduction d'oeuvres sur les pages personnelles, la vente d'objets contrefaits....

A l'aube de la campagne présidentielle, les candidats semblent commencer à se (re)positionner sur ces questions. Peut-être l'amorce d'une future réforme législative.⁴⁵

Si une réelle volonté est présente c'est tout le droit de l'internet qui doit être créé car les atteintes aux droits de propriété intellectuels y sont bien plus importantes que le seul domaine du référencement.

Le référencement menace du passé, opportunité du présent, outil pour l'avenir.

Pour conclure nous pouvons donc affirmer que le référencement sur internet qui reste une utilisation d'une création sans autorisation, a été perçu comme une menace par les titulaires de droits de propriété intellectuelle. Les titulaires du droit des marques, ont du se souvenir avec nostalgie de Paul Mathély affirmant dans les années 90 «droit de marque, droit absolu».⁴⁶

Aujourd'hui les droits de propriété intellectuelle sont grignotés par tout un nombre de pratiques qui sont reconnus par le juge comme ne portant pas préjudice au titulaire.

La CJUE est venue poser les bases d'un droit libéral exonérant le moteur de recherche lui reconnaissant le statut d'hébergeur, en matière de marques et de droit d'auteur.

Les juges semblent tendre vers une collaboration: si le titulaire de droit ne veut pas que l'hébergeur diffuse son oeuvre, alors il doit lui en fournir les moyens.

Le référencement est aujourd'hui une opportunité : il permet de repérer le contenu contrefacteur

Mais il doit être utilisé demain comme un outil pour prévenir l'atteinte : être alerté de tout nouveau contenu contrefaisant, identifier l'auteur et l'empêcher de recommencer.

⁴⁴ Médiamétrie - L'audience de l'Internet en France - Octobre 2011 - Le Top 30 des Sites les plus visités en France

⁴⁵ http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/12/08/nicolas-sarkozy-veut-seduire-les-acteurs-du-web_1613964_651865.html

⁴⁶ «Le nouveau droit français des marques» P. Mathély