

PRIX DE L'APRAM - EDITION 2012

«Le référencement sur internet, menace ou opportunité pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle?»

Nicolas Le Pays du Teilleul

Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Intellectuelle - Master 2 Propriété Intellectuelle et Commerce

Abstract: Cette étude, ayant pour cadre le commerce électronique sur internet, vise à étudier les relations existantes entre les hébergeurs et les éditeurs de contenu sur l'internet, plus précisément les moteurs de recherche et les annonceurs commerçants, ainsi que leurs conséquences pour les droits de propriété intellectuelle, au premier rang desquels figurent les marques. Le commerce électronique étant un marché régi par les règles du droit de la concurrence et de la distribution, il semble important de les intégrer dans l'étude du sort réservé par le référencement au droit des marques. Le référencement sera évoqué principalement à travers le système des "AdWords"-ou advertising words; "mots publicitaires"- développés par Google, leader mondial des moteurs de recherche...

• INTRODUCTION

« *Il vous a laissé le volant* », a relevé Frédéric MITTERRAND. Venu accompagner Nicolas SARKOZY à l'inauguration des nouveaux bureaux parisiens de Google, le Ministre de la Culture et de la Communication observait Eric SCHMIDT, président exécutif du groupe américain, s'installer dans une 2 CV rouge et inviter le président de la République à l'y rejoindre... à la place du conducteur.

Cocasse, la situation n'en était pas moins symbolique. Avec son nouveau siège français, Google s'efforce, en effet, de faire amende honorable vis-à-vis des autorités françaises. Le groupe Internet se sait dans le collimateur depuis que Nicolas SARKOZY a évoqué, en janvier 2010, l'idée de taxer les entreprises qui génèrent du chiffre d'affaires en France tout en étant domiciliés fiscalement en Irlande ou au Luxembourg¹).

Cette inauguration en grande pompe malgré les réticences passées du Chef de l'Etat, montrent la puissance triomphante de Google, leader incontesté sur le marché des moteurs de recherche. Ainsi, les services de référencement proposés par la firme californienne sont plébiscités par 90% des internautes européens, et par plus de 65% des utilisateurs américains².

Cette vague d'engouement s'explique par le fait qu'elle séduit et concerne tant les particuliers surfant pour le loisir, que les professionnels du e-commerce.

En effet, « *le référencement assure la publication du site, et permet à tout internaute de le découvrir; il représente de ce fait la première source de trafic sur internet*³ ». Le référencement regroupe l'ensemble des moyens mis en oeuvre par les éditeurs de contenu pour augmenter in fine le trafic sur leurs pages.

Ce service, apparemment gratuit aux yeux des internautes, est en vérité extrêmement lucratif pour Google grâce à la vente de publicité en ligne, qui lui assure 97% de ses revenus (plus de 28 milliards de dollars US en 2010), soit 99% de ses bénéfices⁴.

Ceci fait apparaître la coexistence de deux types de référencements⁵, sollicitant des efforts différents de la part des éditeurs de sites, animés par une commune recherche de visibilité par les internautes. Le référencement gratuit a pour but la figuration dans une base de données. Cette inscription conditionne ensuite la position d'un site dans les pages de recherches. Plus le site est visité, reconnu par ses pairs et ses utilisateurs, mieux il sera référencé. C'est la logique du cercle vertueux.

1 <http://www.lefigaro.fr/societes/2011/12/06/04015-20111206ARTFIG00695-google-installe-une-partie-de-sa-r-amp-d-en-france.php>, Par Marie-Catherine Beuth, Publié le 06/12/2011

2 Alain Strowel, Quand Google défie le droit, éd. de boeck & larcier, 2011, p. 140.

3 Philippe LE TOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques, éd. Dalloz Référence, 2008, 5ème édition, p.328, paragraphe 11.

4 Alain Strowel, Quand Google défie le droit, éd. de boeck & larcier, 2011, p. 138.

5 Il nous a semblé préférable de choisir comme critère de distinction le caractère payant ou gratuit du service de référencement, davantage juridique et économique que les distinctions entre les formes techniques de référencements opérées par M. LE TOURNEAU, dans son livre précité note 3, pp. 328-332.

Le référencement payant est la suite logique de cette première indexation. Il consiste à améliorer le “ranking”, le classement du site dans les pages de résultats, essentiellement par la réservation de mots-clés. Ceux-ci, lorsqu’ils sont tapés dans un moteur de recherche, vont faire figurer le site de l’annonceur en évidence. Cela procède d’une logique commerciale et publicitaire.

Or, «selon une étude de Forrester Research, 20% des requêtes sur le moteur Google correspon- draient à des marques⁶». Si l’on poursuit le raisonnement, cela signifie qu’il y a un intérêt pour des éditeurs de sites à réserver une marque comme mot clé, afin de s’attirer des visiteurs guidés par sa notoriété...

Cela nous amène à considérer que les droits de propriété intellectuelle peuvent interagir avec le ré- férencement sur l’internet.

Le référencement gratuit récolte des informations: des mots clés, des marques, des informations sur la fréquentation du site. Le référencement payant fonctionne grâce à la réservation de mots clés, qui peuvent être des marques. Enfin, de manière marginale, le référencement guidant les internautes dans la recherche des sites, il arrive que des droits de propriété intellectuelle soient mis en jeu, par “accident”. Il en est ainsi des robots chargés de l’indexation de l’ensemble des pages web génèrent, à des fins techniques, des reproductions miniatures de tableaux ou de peintures protégés, figurant sur le site de leur auteur.

Il semble que, parmi tous les droits de propriété intellectuelle relevés par le Professeur POLLAUD- DULIAN dans sa *summa divisio*⁷, ce soient les marques qui participent le plus intimement au méca- nisme du référencement; tant dans les causes - la réservation de mots clés, que dans les conséquen- ces - la visibilité d’une marque sur un site proposant à la vente des produits et/ou services. Elles participent de l’essence du référencement.

Le droit d’auteur peut lui aussi servir à un référencement, dans le cadre d’écrits extraits d’une oeuv- re par exemple. Le référencement peut encore entraîner l’indexation d’images constituant des oeuv- res protégées, comme nous l’avons évoqué.

D’autres droits sont évoqués dans cette *summa divisio*; les dessins et modèles, les innovations in- dustrielles, les brevets, les obtentions végétales, les produits semi-conducteurs, les noms commer- ciaux, les dénominations sociales, les enseignes, les appellations d’origine, et les indications de provenance.⁸ Il apparaît que leur implication dans le processus de référencement sur l’internet est secondaire⁹.

En outre, et de la même manière, l’exemple de Google étant à ce point significatif au regard du marché des moteurs de recherches, constituant ainsi la référence du référencement, il semble approp- rié d’étudier les enjeux du référencement en lui donnant une place prééminente.

Enfin, le référencement sur l’internet étant une notion tirée de l’univers de la grande distribution, Google agissant comme nous le verrons en tant que centrale de référencement, il importe d’étudier les interactions entre le référencement et les droits de propriété intellectuelle dans la vie des affaires uniquement.

Ceci fait apparaître l’interrogation suivante: **quelles sont les interactions existantes entre le réfé- rencement et les marques sur un marché concurrentiel encadré par la propriété intellectuelle?** Pour y apporter une réponse, il conviendra d’étudier en premier lieu en quoi le référencement cons- titue pour les marques une porte d’entrée sur le marché du commerce électronique (I). Puis, une fois entrés dans les arcanes du e-commerce, nous détailleront les atteintes que le référencement porte

6 Cité par T.T. Smith, «Google’s Court Battle Over Sponsored Links Program», *IP Law*, 360, 16 août 2007, p.2, in Alain Strowel, *Quand Google défie le droit*, éd. de boeck & larcier, 2011, p. 138

7 Frédéric Pollaud-Dulian, *Propriété Intellectuelle - La Propriété industrielle*, éd. Economica, p. 24, paragraphe n° 45.

8 Frédéric Pollaud-Dulian, *Propriété Intellectuelle - La Propriété industrielle*, éd. Economica, pp. 23-24, paragraphe n° 43 et n° 45.

9 Ceci justifie que l’on se consacre pleinement et entièrement dans l’étude des implications du référencement sur l’internet avec les droits de propriété intellectuelle, et donc les conséquences pour leur titulaire, au droit des marques et au droit d’auteur. Dans un souci de concision, de clarté, et de restitution objective de la réalité de l’internet, il sera donné la primauté aux marques, les droits d’auteurs ne seront évoqués qu’en tant qu’ils leur sont accessoires.

aux marques, avant que de proposer des solutions propres à établir une juste et fructueuse cohabitation (II).

I- Le référencement, mode d'accès de la marque au commerce électronique.

Le référencement, terme issu du milieu de la grande distribution, est donc le fait de figurer dans une base de données, *«confèr(ant)aux produits référencés une probabilité de clientèle; le non référencement confèr(ant) aux produits non référencés une certitude de non clientèle¹⁰»*.

Pour nombres d'entreprises, d'acteurs économiques, Google représente une porte d'entrée obligée sur le marché dématérialisé du web. L'on peut de la sorte le comparer aux centrales d'achat de la grande distribution, qui référencent les produits des fournisseurs, afin de les proposer à la vente aux grandes surfaces.

Cela s'inscrit dans un mouvement observé aussi dans le monde de la grande distribution depuis une trentaine d'années: les distributeurs ont la main haute sur les fournisseurs¹¹.

Google intervient en tant que distributeur, permettant aux fournisseurs-éditeurs de contenus d'accéder au marché électronique, via le référencement dans sa base de données.

De manière logique, le gratuit (A) précède le payant (B) et le deuxième type de référencement vient compléter le premier, souvent au soutien d'une logique commerciale.

A- Le référencement gratuit: un outil démocratisé et efficace d'accès au marché.

Bien que gratuit (1), le référencement est un formidable outil au service du commerce. Le jeu de la concurrence suscite une émulation qui améliore la qualité des ressources de l'internet (2). Enfin, le gratuit permet à toutes les marques de faire leur entrée dans le commerce électronique (3).

1) La gratuité du service.

«Un moteur de recherche (est un) logiciel d'exploitation des bases de données, permettant d'indexer automatiquement (et sans aucune demande), par le biais de mots clés ou par sujets, tous les sites qu'il trouve¹²».

C'est ainsi qu'un internaute éditeur de contenu sur la "Toile" se doit de figurer dans les différents annuaires électroniques et autres moteurs de recherche. Cette indexation se fait de manière automatique, à l'aide d'algorithmes savants et de robots qui filtrent et classent les contenus, méta-balises et autres mots clés figurant sur les pages.

L'indexation peut aussi se faire de manière volontaire, lorsqu'un éditeur s'inscrit spontanément auprès de telles plates-formes de référencement.

Enfin, il faut préciser que l'échange de bons procédés peut rendre des services même dans le monde dématérialisé du web, puisqu'il est fréquent que des sites se référencent mutuellement, en faisant figurer les liens de leurs partenaires sur leurs sites. Les liens hypertextes simples, renvoyant vers la page d'accueil, sont à différencier des liens hypertextes profonds, renvoyant directement à une page au coeur d'un site. Alors que les premiers constituent l'essence et la trame de l'internet, les seconds sont illégaux sans le consentement de l'éditeur du site visé¹³.

10 M. Mousseron, Centrales et supercentrales, Cahiers de droit de l'entreprise 1985, n°4, p. 2.

11 Pr. Didier FERRIER, «Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat», in «La cessation des relations contractuelles d'affaires», Actes du colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence», 1996, éd. Institut de Droit des affaires d'Aix-en-Provence, pp. 45-46.

12 Philippe LE TOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques, éd. Dalloz Référence, 2008, 5ème édition, p. 328.

13 Ce qui peut constituer une contrefaçon de marque (TGI Paris, 5 septembre 2001, sté Cadremploi c/Sté Keljob), une extraction d'une partie substantielle d'une base de donnée (TGI Paris, 14 novembre 2001, Sté Ed. Neressis c/Sté France Télécom), une faute réprimée par la responsabilité civile spéciale de l'article L.713-5 CPI (TGI Paris, 3e ch., 12 déc. 2007, Syndicat de la literie c/Google), ou enfin une faute relevant de la concurrence parasitaire (CA Paris, 8 septembre 2004, Sté Sport Auto Galerie c/ Sté Porsche). A ce sujet, voir Philippe LE TOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques, éd. Dalloz Référence, 2008, 5ème édition, p.331.

2) Un système efficace, au service d'un web de qualité.

«Le célèbre PageRank de Google est l'algorithme d'analyse des liens qui contribuent au classement des pages Web. Google estime que ce système est "démocratique": le classement est en effet basé sur une cote de popularité, un hyperlien d'un site A vers un site B étant considéré comme un «vote» pour B¹⁴».

Les algorithmes de Google «comprendraient aujourd'hui plus de deux cent facteurs différents et seraient modifiés quatre cent fois par an par une armée d'ingénieurs¹⁵». Cela contribue à l'opacité de ce système de référencement, autant qu'à son intégrité. En effet, il est illusoire pour un éditeur de site de vouloir percer le secret de ces logiciels; il lui est donc préférable d'augmenter la fréquentation de son site par une amélioration de son contenu.

Ainsi, «la pertinence qui justifie le classement en tête des résultats est essentiellement basée sur une règle de popularité des pages, non pas sur le contenu des pages ni sur la fréquence des mots¹⁶».

L'efficacité d'un tel type de référencement est telle qu'un projet de loi SOPA (Stop Online Piracy Act), actuellement en discussion à la Chambre des représentants américaine¹⁷, prévoit notamment comme sanction au piratage en ligne, le déréférencement des sites condamnés par les moteurs de recherche.

Le système Google News, qui est un agrégateur automatique des "fils d'actualité" à partir d'articles des grands organes de presse en ligne, a été l'occasion d'un contentieux judiciaire en Belgique. Une société de gestion des droits des journalistes, Copiepresse, estimait qu'il y avait une contrefaçon de droit d'auteurs du fait que Google reproduise, partiellement certes, mais à l'identique, les titres et les premières lignes de leurs articles. Le tribunal de première instance de Bruxelles a condamné Google pour atteinte au droit d'auteur, le 13 février 2007¹⁸. Ce dernier a donc retiré les titres des journaux mécontents de ses pages Google News, en les déréférencant de son moteur de recherche.

Enfin, de manière résiduelle, l'on peut souligner l'absence d'atteinte au droit d'auteur dans le cas du référencement d'images. Le 29 avril 2010 les juges de la Bundesgerichtshof (BGH) allemande ont déclaré que ce processus n'emportait aucune violation du droit d'auteur, position suivie par la Cour d'appel de Paris le 26 janvier 2011¹⁹.

3) L'accès des marques au marché du commerce en ligne.

Le référencement gratuit est donc d'abord et avant tout une porte d'entrée obligée sur le marché en ligne. C'est bien en cela que Google se place comme distributeur, largement gagnant dans le rapport de force l'opposant au fournisseur de contenu. Ce qui peut poser le problème d'une atteinte consentie à ses droits de propriété intellectuelle, afin d'éviter le déréférencement. C'est le dilemme auquel ont été confrontés les journalistes de la société Copiepresse.

Cependant, il faut vanter l'intégrité et l'efficacité de ce référencement, qui permet un accès au marché électronique au plus grand nombre, facilitant la libre concurrence.

C'est ainsi que les titulaires de marques pourront considérablement accroître la renommée de ces dernières, en développant leur activité commerciale. Cela implique une exigence de qualité quant à

14 Alain Strowel, «Quand Google défie le droit», éd. de boeck & larcier, 2011, p. 167.

15 Financial Times, 25 février 2010, in Alain Strowel, Quand Google défie le droit, éd. de boeck & larcier, 2011, p. 168.

16 Alain Strowel, Quand Google défie le droit, éd. de boeck & larcier, 2011, pp. 166-167.

17 112TH Congress, 1st Session, H.R. 3261, «A bill to promote prosperity, creativity, entrepreneurship, and innovation by combating the theft of U.S. property, and for other purposes», 26 octobre 2011.

18 Tribunal de première instance de Bruxelles, 3 février 2007, A.&M., p. 107.

19 Cour d'appel de Paris, 26 Janvier 2011, 08/13423: « la reproduction provisoire permettant la circulation rapide de l'information à destination de l'internaute[...] constitue par son utilité une partie intégrante et essentielle d'un moteur de recherche d'images sur Internet et doit être tolérée en tant que telle ; qu'elle ne peut ainsi caractériser une intervention susceptible d'engager la responsabilité du prestataire des services en cause. »

la marque, aux produits et au site en ligne, ce qui stimule une saine compétition, au bénéfice des consommateurs. Enfin, la gratuité de ce référencement offre, en théorie, une égalité des armes sur le marché électronique.

Le concurrent pourra alors choisir de porter le combat sur un terrain moins égalitariste, où le payant remplace le gratuit (B).

B- Le référencement payant: une révolution du commerce électronique; du référencement à la publicité.

1) Les “Google AdWords”, archétype du référencement payant.

Dans un second temps, en complément de l’indexation gratuite, l’internaute peut décider de procéder à un référencement payant de ses pages auprès des moteurs de recherche. Il s’agit d’une véritable opération de communication et de publicité, plutôt ancrée dans le court terme.

Ainsi, les moteurs de recherche, et Google en premier lieu, proposent de la vente d’espaces publicitaires et aussi l’achat, aux enchères, de mots clés qui renverront vers le site de l’annonceur, une fois le mot clé recherché par un internaute sur le web.

Le but étant l’amélioration de la visibilité du site, par un positionnement optimal du site dans la page de résultats. *«L’internaute interroge le moteur de recherche avec des requêtes et lorsque ces dernières correspondent à des mots-clés réservés, le lien commercial sera affiché de manière privilégiée sous l’intitulé “liens commerciaux” à côté des résultats naturels générés par la requête²⁰».*

Il s’agit principalement du «service d’AdWords exist(ant) sur le moteur de recherche de Google (...) mais un service de recherche similaire couplé au système AdWords est donné en licence par Google à d’autres services de recherche en ligne, parmi lesquels AOL, Netscape, Shopping.com, Ask.com²¹». Il existe aussi une autre interface de campagnes d’achat de mots clés : Yahoo! Search Marketing.

2) Une publicité «sur mesure», soucieuse des internautes.

Le système des Google “AdWords” constitue une révolution dans les procédures publicitaires puisque l’annonceur maîtrise totalement son budget. En effet, le renvoi sur un site par “AdWords” fonctionnera jusqu’à ce que soit atteint le budget fixé. Le système fonctionne essentiellement avec le système du “pay per click” ou coût par clic: plus l’annonce sera pertinente pour l’utilisateur, plus le prix au clic sera bas et l’annonce en évidence.

Les principes de rémunération sont simples : chaque annonce cliquée implique une rémunération pour Google équivalente au montant du mot clé tapé par l’internaute sur le moteur de recherche qui a permis de faire apparaître la dite annonce (en moyenne 0,40 euros du clic). Cela constitue une autre innovation: l’annonceur ne paye qu’en cas de retour positif de la campagne d’“AdWords”.

C’est tout l’intérêt de ce type d’annonces ciblées, redoutablement efficaces, puisqu’elles s’adressent uniquement à un public intéressé par un sujet ou identique ou similaire à celui contenu sur le site de l’annonceur.

Quant aux internautes usagers, ils bénéficient avec les “AdWords” de publicité “propre”, ciblée, à la différence de la publicité intrusive ou envahissante des “pop-up”; ces petites fenêtres qui s’ouvrent inopinément, et que l’on peine à fermer.

20 Alexandra MENDOZA-CAMINADE, «Les attaques inédites contre les marques sur l’internet: le cas des mots clés de référencement», in Les métamorphoses de la marque, Actes de colloque n° 11, sous la direction de Jacques LARRIEU, éd. Presses de l’Université Toulouse I Capitole, pp. 143-144.

21 Alain Strowel, Quand Google défie le droit, éd. de boeck & larcier, 2011, p. 141.

De plus, il existe des systèmes pour bloquer les publicités sur internet, comme Adblock, qui fonctionne avec le navigateur Mozilla Firefox et Google Chrome.

Enfin, le respect des droits de propriété intellectuelle est assuré par Google. A titre d'illustration, voici l'avertissement porté à l'attention des annonceurs créant une campagne "AdWords": «*Vous êtes seul responsable des mots clés que vous sélectionnez et devez vous assurer que leur utilisation n'enfreint aucune législation ni ne porte atteinte aux droits de tiers, notamment au regard du droit des marques et de la concurrence déloyale. Avant de sélectionner un mot clé, vous devriez vérifier qu'il ne s'agit pas d'un terme protégé (marque, nom commercial, dénomination sociale) en consultant un registre des marques (ex : www.icimarkes.com) et des sociétés (ex : www.euridile.com)*»²².

De plus, un procédé appelé «notice and take down» permet à un titulaire de signaler à Google une annonce portant atteinte à ses droits de propriété intellectuelle. Dans la droite ligne des exigences de l'article 6 de la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique²³ (ci-après «LCEN»), transposant l'article 14 de la directive 2000/31/CE²⁴ dite "Commerce électronique", Google s'engage alors à retirer les annonces qu'il juge déloyales.

Cela permettrait de réserver l'usage d'une marque comme "AdWords" aux seuls personnes autorisées: titulaires de marques, cessionnaires d'une licence, concessionnaires ou revendeurs agréés dans le cadre de réseaux de distribution exclusive ou sélective.

Les "AdWords" ont fait couler autant d'encre qu'ils ont suscité d'émoi dans les prétoires français et communautaires, en raison de la réservation de mots clés constitués par des marques, et permettant de renvoyer vers le site d'une entreprise concurrente. Il s'agit de la vente du droit d'être référencé grâce à une marque; «le système est simple: le moteur de recherche vend, l'annonceur quant à lui achète la marque d'autrui comme mot clé»²⁵ (II).

II- Le référencement, mode d'atteinte à la marque dans le commerce électronique.

Il a été évoqué la position largement dominante qu'occupe Google sur le marché des moteurs de recherche²⁶. Sa puissance financière, qui lui permet de payer 100 millions d'euros rubis sur l'ongle pour s'implanter à Paris, provient en tout premier lieu des revenus de la publicité en ligne, au premier rang de laquelle figure les "AdWords". Ainsi, «*la vente des mots clés à finalité publicitaire est au coeur de la machine commerciale de Google*»²⁷.

Ce marché juteux peut néanmoins entraver le libre exercice de la concurrence, et menacer le développement commercial et stratégique des entreprises. Ainsi, une marque protégée peut être utilisée par un concurrent afin de détourner une clientèle. Il apparaît donc nécessaire, après avoir étudié l'atteinte portée à la marque (A), de proposer des solutions y remédiant (B).

A- L'atteinte par contrefaçon; la marque fragilisée par le référencement.

Qu'il soit gratuit ou payant, le référencement peut contribuer au développement de la contrefaçon. La vente en ligne de produits contrefaisants est ainsi facilitée (1), alors que la contrefaçon touchant aux "AdWords" porte une double atteinte aux marques et au libre exercice de la concurrence (2).

22 https://adwords.google.fr/o/Targeting/Explorer?__c=1897549152&__u=2951948472&__o=cues&ideaRequestType=KEYWORD_IDEAS#search.none

23 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

24 Directive 2000/31/CE 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»).

25 Alain Strowel, Quand Google défie le droit, éd. de boeck & larcier, 2011, p. 144.

26 Cf. supra, note n° 4.

27 Alain Strowel, Quand Google défie le droit, éd. de boeck & larcier, 2011, p. 138.

1) Le référencement gratuit, vecteur de contrefaçon.

Si l'on saisit le mot clé "Vuitton" à partir de la page de Google.fr, le quatrième lien proposé renvoie vers un site offrant à la vente en ligne des produits contrefaisants, imitant les originaux du célèbre maroquinier, à des prix dérisoires. La présentation est pour le moins évocatrice: *«Comme il est bien connu de nous, Louis Vuitton est une marque mondialement connue. Comme pour beaucoup de gens, chez les femmes en particulier, sont généralement fous de posséder ses propres sacs Louis Vuitton. Mais les sacs Louis Vuitton est trop cher pour les personnes à revenu commun. Ils n'ont pas assez d'argent pour acheter leur favori sacs Louis Vuitton, après avoir visité le louis vuitton site officiel. A cette époque, Louis Vuitton pas cher, c'est leur rêve. Mais la réponse est évidente. Tous droits réservés par louis vuitton pas chere²⁸»*.

Dans une telle situation, le référencement porte clairement atteinte à la marque renommée Louis Vuitton. Deux actions sont à conduire successivement. Une action afin d'obtenir la fermeture du site sur le fondement de la LCEN. Son article 6, porte obligation aux hébergeurs de contenu d'agir promptement pour retirer un contenu «à caractère illicite», après qu'il le lui ait été notifié en bonne et due forme²⁹.

De plus, une action en contrefaçon peut être diligentée contre le titulaire du site, en raison de la reproduction, l'usage et l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement, ainsi que le prévoit l'article L 713-2 du Code de la propriété intellectuelle³⁰.

Ces procédés sont connus et utilisés à bon escient par les titulaires de marques car l'on constate une suppression régulière de tels sites. Mais, comme l'Hydre de Lerne, cela n'a souvent pour effet que de susciter l'apparition d'une nouvelle tête malfaisante dans le paysage du web.

2) La contrefaçon de marques au coeur des "AdWords".

Dans le cadre du référencement payant, l'atteinte à la marque intervient lorsqu'un annonceur, réserve la marque de son concurrent, sans l'accord de ce dernier, afin de profiter de sa notoriété.

Le tiers accède ainsi à la proximité d'une marque, afin de profiter de sa renommée. Ainsi une enseignes de la grande distribution qui se servirait de produits d'appels, notoirement réputés, pour appâter le chaland, lui vendant in fine un des produits de sa marque de distributeur (couramment appelée M.D.D.).

C'est dans une certaine mesure l'atteinte dont se plaignaient les Parfums Christian Dior, dans le litige qui les a opposé à Evora, entreprise exploitant une importante chaîne de magasins de droguerie. Le célèbre parfumeur Français déplorait le fait que ces parfums figuraient au beau milieu d'autres articles de qualité moindre, dans les catalogues publicitaires. L'interdiction d'une telle utilisation n'a été jugée possible qu'à la condition de démontrer *«une atteinte sérieuse à la renommée de ladite marque³¹»*. Evora profitait donc de la forte notoriété de Dior, pour capter l'attention des consommateurs, et s'attacher de nouveaux clients.

Il convient de s'attarder maintenant sur la qualification juridique la plus adaptée à ce type de situation sur l'internet, afin d'y apporter la solution adéquate. Il est alors préférable de distinguer entre l'annonceur (a) et l'hébergeur de contenu (b).

28 <http://www.sacsmagasinf.fr/>

29 *«dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible».*

30 Code de la propriété intellectuelle, article L713-2: *«Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire : a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : "formule, façon, système, imitation, genre, méthode", ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement ; b) La suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée.»*

31 Cour de justice des communautés européennes, 04 novembre 1997, affaire C-337/95, Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c. Evora BV.

a) L'annonceur.

S'agissant de l'annonceur, il réserve des mots clés pouvant être le siège de droits de propriété intellectuelle; très souvent une marque, accessoirement un extrait d'une oeuvre protégée au titre du droit d'auteur. Il utilise la marque d'autrui pour profiter de sa notoriété et ainsi augmenter sa visibilité, donc sa clientèle potentielle, sans bourse délier.

La question qu'il importe de considérer en tout premier lieu, est celle de l'usage que fait l'annonceur de cette marque.

D'aucuns considèrent qu'il s'agit de publicité³². Le considérant 17, les articles 2 sous a), et 5, paragraphe 3, sous b, de la directive européenne de 2006 dite "publicité³³", disposent invariablement que la publicité consiste en une communication au public. Cela est corroboré par la racine étymologique du mot "publicité", composée du terme "public"³⁴.

Or, dans le cas des "AdWords", aucune communication au public n'est faite des mots réservés. Il s'agit seulement de mots clés contenus dans un logiciel. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer ici les règles relatives à la publicité.

Il apparaît donc légitime d'interroger le droit des marques. Ainsi, «au début de l'année 2003, Vuitton a fait constater que, lors de l'utilisation du moteur de recherche de Google, la saisie par les internautes des termes constituant ses marques faisait apparaître, dans la rubrique «liens commerciaux», des liens vers des sites proposant des imitations de produits de Vuitton. Il a également été établi que Google offrait aux annonceurs la possibilité de sélectionner non seulement des mots clés correspondant aux marques de Vuitton, mais aussi ces mots clés associés à des expressions évoquant l'imitation, telles que "imitation" et "copie". Vuitton a assigné Google afin de voir constater, notamment, que celle-ci avait porté atteinte à ses marques. Google a été condamnée pour contrefaçon des marques de Vuitton par jugement du 4 février 2005 du tribunal de grande instance de Paris puis, en appel, par arrêt du 28 juin 2006 de la cour d'appel de Paris. Elle a formé un pourvoi en cassation contre ce dernier arrêt³⁵».

Ces faits, ainsi que deux autres affaires semblables³⁶, ont donné lieu à différentes questions préjudicielles auxquelles la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après, CJUE) a répondu par un arrêt du 23 mars 2010. La Cour y a estimé que l'usage fait par les annonceurs des marques renommées utilisées comme "AdWords" est un usage à titre de marque³⁷, susceptible de porter atteinte à la fonction d'origine de la marque, telle que définie dans l'arrêt Arsenal³⁸. Elle laisse ainsi le soin aux juridictions de renvoi de vérifier si «l'annonce ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les servi-

32 Alain Strowel, Quand Google défie le droit, éd. de boeck & larcier, 2011, p. 150: «*Un tel usage est comparable à celui qui est réalisé dans la publicité comparative.*»

33 Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative. Considérant 17: «*Dans certains cas, il peut être souhaitable d'interdire une publicité trompeuse ou une publicité comparative illicite avant même que celles-ci ne soient portées à la connaissance du public.*»; article 2: «*Aux fins de la présente directive, on entend par: a) «publicité», toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations.*»; article 5, paragraphe 3, sous b): «*b) lorsque la publicité trompeuse ou la publicité comparative illicite n'a pas encore été portée à la connaissance du public, mais que sa diffusion est imminente, à interdire cette diffusion ou à engager les poursuites appropriées en vue d'en faire ordonner l'interdiction.*»

34 «*Publicité: (...) fait d'exercer une action sur le public à des fins commerciales.*», Le Nouveau Petit Robert, éd. Dictionnaires Le Robert, Paris 1995.

35 CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, Google France et Google, Rec. 2010, p. I-02417, Propriété Industrielle 2010, n°5, comm. n°31, obs. P. TREFIGNY-GOY; Propriété Industrielle 2010, n°6, comm. n°38, note A. FOLLARD-MONGUIRAL; Comm. com. élect. 2010, n°7, comm. n°70, note C. CARON; Legipresse 2010, n°274, p. 166, note C. MARECHAL; RLDA 2010, n° 50, p. 23; JCPG 2010, n° 23, 642, note L. MARINO; G. BONET, Publicité sur internet et référencement selon la Cour de justice: contrefaçon de marque ou directive n° 2000/31/CE, Comm. com. élect. 2010, n° 6, étude n°12; F. GLAIZE & B. PAUTROT, Marques et liens publicitaires: le premier arrêt de la CJUE, RLDI 2010, n° 60, p. 63; C. ROQUILLY, «Google it» ou la confrontation d'une stratégie d'innovation et d'un business model avec le droit de la propriété intellectuelle, Gaz. Pal. 2010, 19 juin, n° 170, p. 7; C. CASTETS-RENARD, Système Adwords: Google n'est ni un contrefacteur ni complice d'actes de contrefaçon, RLDI 2010, n° 61, p. 9; M. SCHAFFNER & L. SAUTTER, AdWords: La Cour de justice se prononce en faveur de Google, JCP 2010, n° 13, act. 186. V. aussi, CJUE 25 mars 2010, aff. C-278/08, BergSpechte, Rec. 2010, p. I-02517, Propriété Industrielle 2010, n° 6, comm. n° 39, note A. FOLLARD-MONGUIRAL; Comm. com. élect. 2010, n° 7, comm. n° 70, note C. CARON; G. BONET, Publicité sur internet et référencement selon la Cour de justice: contrefaçon de marque ou directive n° 2000/31/CE, Comm. com. élect. 2010, n° 6, étude n° 12; F. POLLAUD-DULIAN, L'emploi des marques dans un système de référencement commercial sur internet, Propr. intell. 2010, n° 36, p. 823.

36 Le 20 mai 2008, la Cour de cassation a posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, relatives à trois affaires distinctes: Google France SARL, Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08); Google France SARL contre Viaticum SA, Luteciel SARL (C-237/08), et Google France SARL contre Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL (C-238/08).

37 CJUE, 23 mars 2010, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA e.a., point 71: «*Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'emploi par l'annonceur du signe identique à la marque en tant que mot clé dans le cadre d'un service de référencement sur Internet relève de la notion d'usage «pour des produits ou des services» au sens de l'article 5, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/104.*»

38 CJCE, 12 novembre 2002, affaire C-206/01, Arsenal football club, Recueil 2002, p. I-10273, point 51: «*sa fonction essentielle est de garantir aux consommateurs la provenance du produit.*»

ces visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers³⁹».

Ainsi, par un arrêt du 13 juillet 2010⁴⁰, les juges français ont accueilli favorablement cette décision en considérant les annonceurs coupables de contrefaçon de marque.

La Cour de justice a confirmé et complété sa position dans un arrêt Interflora du 22 septembre 2011⁴¹, auquel les juges français ont fait immédiatement suite en condamnant de nouveau un annonceur, pour des faits similaires⁴².

b) L'hébergeur de contenu.

La Cour d'appel de Paris, par un arrêt de confirmation en date du 28 juin 2006⁴³, a condamné Google pour contrefaçon de marques, en estimant à propos des "AdWords", que le moteur de recherche ne faisait pas qu'une utilisation «à vocation purement informative» des marques. La défense de Google, à l'appui de ce moyen, estimait qu'il n'y avait pas de lien entre le signe, la marque, et des produits ou services. On ne peut qu'approuver une telle position et se désoler de ce que les juges d'appel ne se soient pas cantonnés à une stricte interprétation de la définition de la marque: un signe associé à des produits ou services⁴⁴. L'orthodoxie de cette définition a été rappelée par la CJUE à l'occasion du retentissant arrêt du 23 mars 2010. Ainsi, «le prestataire d'un service de référencement sur Internet qui stocke en tant que mot clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe au sens de l'article 5, paragraphes 1 et 2, de la directive 89/104 ou de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 40/ 94⁴⁵».

Tirant les conséquences de cet arrêt, la firme californienne ne contrôle plus le dépôt des mots clés par les annonceurs; ce depuis le 14 septembre 2010⁴⁶. Cela lui permet de bénéficier de l'exclusion de responsabilité accordée aux hébergeurs, prévue à l'article 14 de la directive 2000/31/CE⁴⁷ dite "Commerce électronique", transposé à l'article 6 de la LCEN⁴⁸. L'interprétation qu'en donnent les juges européens est la suivante: l'activité du prestataire de services doit présenter un caractère purement "technique et passif", impliquant que le prestataire «n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées⁴⁹».

Ainsi, les juridictions nationales et communautaires se font fort, et à juste titre, de condamner les annonceurs utilisant de manière induue un signe, pour augmenter la fréquentation de leurs pages. Mais qui peut les en blâmer quand un tel outil est mis à leur disposition sur un marché féroce concurrentiel? Il semble donc opportun de remonter des conséquences vers les causes, afin de déterminer si la responsabilité de Google peut être engagée sur le fondement de la responsabilité civile, ainsi que le propose Alexandra MENDOZA-CAMINADE: «la responsabilité délictuelle du presta-

39 CJUE, 23 mars 2010, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA e.a., point 84.

40 Cour de cassation, chambre commerciale, 13 juillet 2010, n° de pourvoi: 06-15136, Google c. CNNRH.

41 CJUE, 22 septembre 2011, C323/09, Interflora Inc., Interflora British Unit contre Marks & Spencer plc, Flowers Direct Online Ltd., C. Manara, Recueil Dalloz, 6 octobre 2011, n° 34.

42 Cour de cassation, chambre commerciale, 29 novembre 2011, n° de pourvoi: 10-26969, société Suza contre société Professionnal Computer Associés France.

43 Cour d'appel de Paris, 4ème Chambre - Section A, 28 juin 2006, ct0165, Google France contre SA Louis Vuitton Malletier.

44 Article 2 de la directive n° 2008/95/CE du 22 octobre 2008: «Peuvent constituer des marques tous les signes susceptibles d'une représentation graphique, notamment les mots, y compris les noms de personnes, les dessins, les lettres, les chiffres, la forme du produit ou de son conditionnement, à condition que de tels signes soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises»; transposé à l'article L. 711-1 du Code de la Propriété intellectuelle: «La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale (...)».

45 CJUE, 23 mars 2010, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA e.a.

46 Alexandra MENDOZA-CAMINADE, «Les attaques inédites contre les marques sur l'internet: le cas des mots clés de référencement», in Les métamorphoses de la marque, Actes de colloque n° 11, sous la direction de Jacques LARRIEU, éd. Presses de l'Université Toulouse I Capitole, p. 153.

47 Cf. supra, note n° 24.

48 Cf. supra, note n° 23.

49 CJUE, 23 mars 2010, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA e.a., points 113 et 120

taire pourrait être retenue sur plusieurs fondements, tels que par exemple la concurrence déloyale ou le parasitisme⁵⁰» (B).

B- Google, fournisseur de moyens de contrefaçon.

Revenons pour ce faire à l'arrêt Interflora. Les juges communautaire, développant l'argumentation ébauchée dans l'arrêt Google contre Vuitton⁵¹, étendent les possibilités offertes au titulaire d'une marque renommée d'agir contre un annonceur lui portant préjudice, en estimant que *«le titulaire d'une marque renommée est habilité à interdire à un concurrent de faire de la publicité à partir d'un mot clé correspondant à cette marque (...), lorsque ledit concurrent tire ainsi un profit indu du caractère distinctif ou de la renommée de la marque (parasitisme) ou lorsque ladite publicité porte préjudice à ce caractère distinctif (dilution) ou à cette renommée (ternissement)⁵²»*. Cette interprétation de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 89/104/CE⁵³ est-elle invocable aussi contre un moteur de recherche? Rappelons que cet article permet à un titulaire de marque d'interdire à un tiers de faire usage dans la vie des affaires, d'un signe identique ou similaire pour des produits ou services qui ne sont pas similaires. L'usage de la marque que fait Google dans le cadre des "AdWords" est définie de manière très alambiquée, voire ambiguë par le juge européen. Ainsi, Google *«opère "dans la vie des affaires" lorsqu'il permet aux annonceurs de sélectionner des signes identiques à des marques en tant que mots clés, stocke ces signes et affiche les annonces de ses clients à partir de ceux-ci, il n'en découle pas pour autant que ce prestataire fasse lui-même un «usage» de ces signes au sens des articles 5 de la directive 89/104 et 9 du règlement n° 40/94⁵⁴»*.

Il apparaît que Google utilise le signe d'autrui pour en tirer un profit commercial, donc dans la vie des affaires. Les juges estiment cependant que cela ne constitue pas un usage à titre de marque dans la vie des affaires.

La nuance peut apparaître quelque peu sibylline mais elle a son importance. Ainsi, le paragraphe 5 de l'article 5 de la directive de 2008⁵⁵, accorde aux Etats membres la possibilité d'étendre la protection des marques renommées⁵⁶ *«contre l'usage qui (en) est fait (...) à des fins autres que celle de distinguer les produits ou services, lorsque l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice»*. Cela permet d'offrir aux marques renommées une protection d'autant plus large que le signe objet du litige n'est pas utilisé pour désigner des produits et services, mais simplement dans la vie des affaires.

Une telle transposition a été opérée par la loi uniforme Benelux sur les marques dans son article 13, A, paragraphe 1: *«Sans préjudice de l'application éventuelle du droit commun en matière de responsabilité civile, le droit exclusif à la marque permet au titulaire de s'opposer à: d) tout usage qui, dans la vie des affaires et sans juste motif, serait fait d'une marque ou d'un signe ressemblant au-*

50 Alexandra MENDOZA-CAMINADE, «Les attaques inédites contre les marques sur l'internet: le cas des mots clés de référencement», in Les métamorphoses de la marque, Actes de colloque n° 11, sous la direction de Jacques LARRIEU, éd. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, pp. 152-153. Sur les divers fondements d'actions possibles, il est renvoyé à: J. LARRIEU, "Les liens sponsorisés rattrapés par la responsabilité civile", Propr. industr. juin 2010, comm. n° 45.

51 Cf. supra, note n° 35.

52 Cf. supra, note n° 41.

53 Directive n° 89/104/CEE du 21 décembre 1998 du Conseil, rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, consolidée par la directive n° 2008/95 du 22 octobre 2008 du Parlement européen et du Conseil rapprochant les législations des Etats membres sur les marques; article 5, paragraphe 2: *« Tout Etat membre peut également prescrire que le titulaire 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 ou comparable à la marque pour des produits ou des services qui ne sont pas comparables à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, lorsque celle-ci jouit d'une renommée dans l'Etat membre et que l'usage du signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice.»*

54 CJUE, 23 mars 2010, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA e.a., point 55.

55 Directive n° 2008/95 du 22 octobre 2008 du Parlement européen et du Conseil rapprochant les législations des Etats membres sur les marques; article 5, paragraphe 5: *«Les paragraphes 1 à 4 n'affectent pas les dispositions applicables dans un Etat membre et relatives à la protection contre l'usage qui est fait d'un signe à des fins autres que celle de distinguer les produits ou services, lorsque l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice.»*

56 La CJCE, dans un arrêt General Motors (aff. C-375/97) du 14 septembre 1999 définit comme renommée une marque *«connue par une large fraction du public concerné»*. Précisons ici, à la suite de M. BASIRE, qu'il ne semble pas utile d'opérer une distinction entre les marques notoires et les marques renommées, l'article L 713-5 du Code de la propriété intellectuelle ne faisant «pas mention du fait que la marque notoirement connue doive s'apparenter à la marque renommée afin de bénéficier d'une protection élargie au-delà du champ de droit de marque.», in Les fonctions de la marque, Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif, éd. Université de Strasbourg, Ecole doctorale de droit, science politique et histoire, Thèse soutenue le 6 décembre 2011.

trement que pour distinguer des produits, lorsque l'usage de ce signe tirerait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porterait préjudice.»

La Cour de justice des communautés européennes lui a donné une suite favorable dans un arrêt du 21 novembre 2002⁵⁷.

Il en résulte qu'une telle utilisation des dispositions de la directive n° 2008/95 pourrait permettre de réprimer l'usage d'une marque renommée par Google, du fait des "AdWords", quand cela serait injustifié ou qu'il en résulterait un préjudice pour son titulaire.

Il appartient donc au législateur français de modifier l'article L 713-5 du Code de la propriété intellectuelle en ce sens: *«La reproduction ou l'imitation d'une marque, dans la vie des affaires, jouissant d'une renommée, notamment pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement, engage la responsabilité civile de son auteur si elle est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cette reproduction ou imitation constitue une exploitation injustifiée de cette dernière.»*

Un tel outil pourrait compléter judicieusement, prolonger une action en contrefaçon contre un annonceur. Il serait possible d'envisager la responsabilité de Google en tant que «fournisseur de moyens» de contrefaçon, comme cela l'avait été envisagé par les juges de la Cour d'appel de Versailles⁵⁸.

La modification de l'article L713-5 du Code de la propriété intellectuelle, permise par le paragraphe 5 de l'article 5 de la directive précitée⁵⁹, constituerait une réponse crédible autant qu'un outil efficace dans les mains des titulaires de droits. D'aucuns soulèveront, à juste titre, l'objection qu'une telle solution ne réglerait que le cas des marques renommées. Il va tout d'abord sans dire qu'un tel dispositif peut être appliqué sans préjudice de l'action en responsabilité civile, fondée par exemple sur le retrait tardif d'un signe contrefaisant⁶⁰, qui reste à la disposition des titulaires de marques non renommées. Cependant, si l'on considère la définition très large que donne la Cour de justice aux marques renommées dans l'arrêt General Motors, à savoir qu'est renommée une marque enregistrée, connue d'une partie significative du public concerné par les produits ou services couverts par elle⁶¹, il semblerait que l'on puisse l'appliquer de manière très large, en tout cas à toutes les marques utilisées comme "AdWords" par la concurrence. En effet, à quoi bon utiliser le signe d'autrui, si celui-ci est inconnu?

Enfin, le droit communautaire, comme le droit national prévoyant un régime spécial pour les marques renommées; il semble que l'on puisse appliquer en l'espèce l'adage bien connu: *«Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus»*.

Conclusion

Le référencement est un outil aussi incontournable qu'indispensable pour l'ensemble des acteurs du commerce électronique. Il leur offre des outils adaptés à leurs besoins et à leurs budgets pour se rendre visibles auprès des consommateurs, sur un marché en pleine expansion, puisqu'en 2011 les ventes sur internet ont atteint 37,7 milliards d'euros, en hausse de 22% sur un an.

⁵⁷ CJCE, 21 novembre 2002, affaire C-23/01, Robelco contre Robeco: *«L'article 5, paragraphe 5, de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, doit être interprété en ce sens qu'un État membre peut, s'il l'entend et aux conditions qu'il fixe, protéger une marque contre l'usage d'un signe qui est fait à des fins autres que celle de distinguer des produits ou des services, lorsque l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice.»*

⁵⁸ Cour d'appel de Versailles, 12ème chambre, section 1, 10 mars 2005, affaire Google France contre Viaticum et Luteciel.

⁵⁹ Cf. supra, note n° 55.

⁶⁰ Ainsi que le prévoit l'article 6 de la LCEN. Cf. supra, notes n° 23 et 29.

⁶¹ CJCE, 14 septembre 1999, affaire C-375/97, General Motors Corp., points 19, 24, 26. V. aussi supra, note n° 56.

Ce marché qui séduit plus de 30 millions de Français fait un pied de nez à la morosité économique et ses Cassandre puisqu'il enregistre une augmentation de 23% de ses acteurs sur la même période, portant à 100 000 le nombre de sites marchands actifs! ⁶²

Comme la ruée vers l'or a suscité des "desperados", il n'est pas étonnant qu'un tel dynamisme et qu'une telle manne potentielle soient aussi l'occasion de fortes tentations pour les annonceurs, conduisant certains à oublier les règles élémentaires du droit de la propriété intellectuelle, qui ont lieu de s'appliquer sur le marché dématérialisé du web. Les juges communautaires et nationaux ont pris la mesure de ces menaces, et se posent en pourfendeurs de ces "outlaws" qui dévoient le référencement et portent ainsi atteinte à la transparence et à la libre concurrence sur le marché électronique.

Il appartient dorénavant au législateur de prendre les mesures appropriées contre les fournisseurs de service de référencement, afin de donner aux juges les armes pour réguler l'épineuse question des mots clés dans le référencement payant. Cela contribuerait, et nous le souhaitons ardemment, à réaliser le vœu formulé par Alain Strowel de proposer «un Internet transparent et de qualité⁶³»...

⁶² Chiffres au 30 janvier 2012, Fédération du E-commerce et de la Vente A Distance, Bilan e-commerce 2011, <http://www.fevad.com/espace-presse/37-7-milliards-d-euros-depenses-en-ligne-22-par-rapport-a-2010>

⁶³ Alain Strowel, Quand Google défie le droit, Plaidoyer pour un internet transparent et de qualité, éd. de boeck & larcier, 2011.