



REVUE D'INFORMATION JURIDIQUE.

Janvier 2003.

**VIVRE LE NET S'OPPOSE FERMEMENT À TOUTE COMPÉTENCE GÉNÉRALE AU CSA
POUR RÉGLEMENTER INTERNET** **1**

E-TVA, LA FRANCE APPLIQUE LE NOUVEAU RÉGIME COMMUNAUTAIRE **4**

DEPUIS LE 6 JANVIER 2003, L'AFNIC A ASSOULI SA CHARTE DE NOMMAGE **6**

**LE PROJET DE LOI SUR L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE : VERS L'ADOPTION DE NORMES
ATTENDUES** **7**

LE RÉFÉRENCIEMENT PUBLICITAIRE FACE AU DROIT **8**

Auteurs : Me **Murielle Cahen** www.muriellecahen.com , la société **WebConseil**, www.webconseil.fr et le cabinet BRM Avocats, www.brmavocats.com .

Vivre Le net s'oppose fermement à toute compétence générale au CSA pour réglementer Internet

. Auteur : Vivre Le net, Publié le : 23/01
. Domaine : INFORMATIQUE ET LIBERTES
. Sous thème : Droit de la communication

. Abstract : Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique - Elargissement de la compétence du CSA à Internet - proposition d'amendement –

Présenté par le Gouvernement comme devant rassurer les internautes, le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique vient de porter un coup sérieux à l'internet tel que nous le connaissons. En effet, l'article 1er de ce projet de loi prévoit d'intégrer la communication publique en ligne, autrement dit Internet, au sein de la communication audiovisuelle. Ce simple méli-mélo juridique aurait pour conséquence de donner une compétence générale au Conseil supérieur de l'audiovisuel à propos des contenus diffusés sur l'internet, ce que nous désapprouvons totalement.

Alors que le CSA est compétent pour gérer quelques dizaines d'opérateurs audiovisuels, le Gouvernement souhaite avec ce projet de loi élargir la compétence de ce Conseil à la gestion de l'ensemble des contenus diffusés sur Internet, en France ainsi qu'à l'étranger. Alors que le réseau Internet est constitué sous une architecture décentralisée et par nature mondiale, comment le CSA pourrait-il réglementer le réseau Internet ? En sa qualité d'autorité administrative indépendante, le CSA détient des pouvoirs de sanction qu'il pourra appliquer à l'ensemble des personnes placées sous son autorité, conséquence particulièrement dramatique dont il y a lieu de prendre conscience.

L'internet, qui est un média qui touche l'individu au sein même de son domicile, a besoin d'un autre type de régulation. Refuser la participation des acteurs économiques, refuser la participation des utilisateurs aux prises de décision a pour effet de dénier toutes les nouvelles possibilités de gouvernance et illustre une vision passéiste du réseau Internet. Le Forum des droits sur l'internet permettait une réelle rencontre des acteurs, une véritable participation à l'élaboration des normes et la prise en considération des souhaits des internautes. Avec une compétence offerte au CSA et ceci malgré l'opposition pertinente d'autres autorités comme l'ART, tout le travail construit depuis mai 2001 est détruit. L'internaute est réduit à son simple rôle de victime. A un moment où le Premier ministre français a eu l'occasion de s'exprimer sur les notions de gouvernance, de nouveau type de régulation, de participation de la France d'en-bas, est-il logique de priver les citoyens de toute possibilité d'intervention ?

En conséquence, l'association Vivre Le Net s'oppose fermement à la rédaction adoptée par l'article 1er du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique. Nous demandons donc aux parlementaires de modifier cette disposition et de limiter l'intervention du CSA à la seule diffusion de contenus audiovisuels sur l'internet.

Proposition d'amendement :

Ajouter à l'article 1er, la disposition suivante :

"Dans le chapitre VI, il est inséré avant l'article 43-7, un article 43-6-1 ainsi rédigé : Art. 43-6-1. - Les dispositions du présent chapitre ainsi que les articles 17 et 41-4 sont applicables aux services de communication publique en ligne".

Vivre Le Net est une association Loi de 1901 à but non lucratif qui oeuvre notamment pour la promotion d'Internet et lutte contre la fracture numérique. Association citoyenne, elle est membre du conseil d'Orientation du Forum des Droits sur l'Internet.

CONTACT PRESSE

Stéphanie Lespérance (contact@vivrele.net)

NOTES :

CONTACT PRESSE : Stéfanie Lespérance (contact@vivrele.net)

--

Association Vivre Le Net
<http://www.vivrele.net>

Vivre Le Net est une association Loi de 1901 à but non lucratif qui oeuvre notamment pour la promotion d'Internet et lutte contre la fracture numérique. Association citoyenne, elle est membre du conseil d'Orientation du Forum des Droits sur l'Internet.

| Auteur : Vivre Le net : | Source : www.vivrele.net |

E-TVA, la France applique le nouveau régime communautaire

. Auteur : Nicolas SAMARCQ, juriste BRM Avocats , Publié le : 21/01

. Domaine : COMMERCE ELECTRONIQUE

. Sous thème : Fiscalité

. Abstract : TVA - Services fournis par voie électronique - B to C : taux d'imposition du pays dans lequel le consommateur européen a passé sa commande - B to B : taux de l'Etat membre du professionnel client

La loi de finances rectificative du 30 décembre dernier a transposé la directive européenne du 7 mai 2002 concernant le régime de la TVA applicable aux services fournis par voie électronique.

Désormais, la TVA s'appliquera à tout achat de services électroniques B to C réalisé dans le marché intérieur via des sites marchands de pays tiers, et le taux d'imposition sera celui du pays dans lequel le consommateur européen a passé sa commande.

Pour que ce système soit opérationnel, et conformément à la directive(1) , la loi française prévoit que les cyber-marchands non européens s'enregistrent auprès de l'administration fiscale d'un Etat membre de leur choix, qui leur attribue par voie électronique un numéro individuel d'identification.

Ensuite, et à l'issue chaque trimestre civil, ils devront s'acquitter de la TVA lors du dépôt de leur déclaration par voie électronique, qui doit comporter leur numéro individuel d'identification ainsi que pour chaque Etat membre de consommation dans lequel la TVA est due, le montant total hors taxe des services fournis et le montant total de la taxe correspondante.

Cette exigence vise à éviter que l'e-TVA communautaire ne devienne une usine à gaz, en élaborant une sorte de guichet unique permettant aux cyber-marchands non européens de s'enregistrer dans l'administration de l'Etat membre de leur choix et d'y déclarer l'ensemble de leurs transactions réalisées sur le territoire de l'Union.

Il appartiendra ensuite à l'administration d'enregistrement choisie de redistribuer les sommes dues aux autres Etats membres de consommation.

Enfin, les cyber-commerçants sont tenus de conserver pendant dix ans un registre détaillé des opérations relevant de ce régime spécial, et sur demande, le mettre à la disposition des administrations de l'Etat membre d'identification et des Etats membres de consommation par voie électronique.

Mais pour l'heure ce système n'est pas encore opérationnel puisque des décrets et arrêtés doivent être adoptés pour en préciser les modalités de fonctionnement ainsi que certaines exigences relatives au contenu du registre.

Concernant les transactions électroniques intracommunautaires B to B, la TVA exigible est dorénavant celle de l'Etat membre du professionnel client (article 259 B du Code Général des Impôts).

• • •

La mise en œuvre de ces nouvelles règles devrait intervenir pour juillet 2003.

En effet, outre les modalités d'application, reste également à définir la notion de « services fournis par voie électronique » qui selon l'annexe 1 de la directive englobe :

- la fourniture et l'hébergement de sites, la maintenance à distance de programmes et d'équipement,
- la fourniture et la mise à jour de logiciels,
- la fourniture d'images, de textes et d'informations, et la mise à disposition de bases de données,
- la fourniture de musique, de films et de jeux, y compris les jeux de hasard ou d'argent...

- la fourniture de services d'enseignement à distance.

Outre-atlantique, cette nouvelle réglementation européenne servira certainement d'argument majeur aux opposants du moratoire de l'administration Clinton concernant la taxation de tels services via internet.

NOTES :

1. Considérant 5 de la directive 2002/38/CE du Conseil du 7 mai 2002 modifiant, en partie à titre temporaire, la directive 77/388/CEE en ce qui concerne le régime de la taxe sur la valeur ajoutée applicable aux services de radiodiffusion et de télévision et à certains services fournis par voie électronique.

| Auteur : Nicolas SAMARCQ, juriste BRM Avocats : | Source : BRM AVOCATS |

Depuis le 6 janvier 2003, l'AFNIC a assoupli sa charte de nommage

. Auteur : **Nicolas SAMARCQ** , Publié le : 15/01

. Domaine : PROPRIETE INTELLECTUELLE

. Sous thème : Noms de domaine

. Abstract : Nom de domaine - Assouplissement - Association - Marque - Transmission –

Ce nouvel assouplissement des règles de nommage françaises concerne : les associations, les marques et la transmission des noms de domaine.

- Les associations

Désormais toutes les associations immatriculées à l'INSEE peuvent enregistrer directement leur dénomination, enseigne, sigle sous ".fr " ou ".re ".

Tandis que les associations non immatriculées sont toujours cantonnées à l'extension peu convoitée ".asso.fr " ou " asso.re ".

- Les marques

Dorénavant, dès la demande d'enregistrement d'une marque auprès de l'INPI, son titulaire peut l'enregistrer comme nom de domaine en ".tm.fr " qui reste, il est vrai très confidentiel.

Dans cette hypothèse, l'AFNIC procèdera alors à une vérification en deux temps car la demande d'enregistrement de marque peut ne pas aboutir par suite d'un retrait, d'une opposition etc...

Ainsi, six semaines après son enregistrement en tant que nom de domaine, l'AFNIC vérifie tout d'abord que ladite marque a bien été publiée au BOPI (Bulletin Officiel de la Propriété Industrielle). A défaut le nom de domaine est radié.

Puis, à l'expiration d'un délai de six mois, l'AFNIC contrôle que la marque a été définitivement enregistrée (procédure classique).

- La transmission des noms de domaine

L'AFNIC assure en temps réel les demandes de transmission des noms de domaine dans le cadre des différentes opérations relatives aux droit des sociétés telles que :

- fusion,
- scission,
- apport partiel d'actif,
- relations entre société mère et filiale,
- cession de marque,
- procédures collectives.

La procédure de transmission qui consiste dans les faits à supprimer puis re-crèer le nom de domaine est réalisée le même jour pour éviter l'usurpation du nom de domaine par un tiers non autorisé.

" En effet, (...) dès lors qu'un nom de domaine est supprimé celui-ci retombe dans le domaine public et peut donc à tout moment être ré-attribué à n'importe quel autre Organisme demandeur justifiant du respect de la présente Charte de Nommage. " (point 49 de la charte).

Ces possibilités de transmission " sécurisée " ont été élargies depuis le 6 janvier dernier aux **cessions de fonds de commerce, apports en société et dissolutions amiables.**

Pour l'ensemble de ces possibilités de transmission, la charte de nommage de l'AFNIC liste les documents à fournir ([La charte est disponible sur le site de l'AFNIC](#)).

NOTES :

[La charte est disponible sur le site de l'AFNIC](#)

| Auteur : **Nicolas SAMARCQ** : | Source : **BRM AVOCATS** |

Le projet de loi sur l'économie numérique : vers l'adoption de normes attendues

. Auteur : [WebConseil](#) , Publié le : 09/01
. Domaine : [COMMERCE ELECTRONIQUE](#)
. Sous thème : [Protection du consommateur](#)

. Abstract : projet de loi - transposition de la directive 95/46 - protection du consommateur - opt-in

A l'heure où la France fait figure de dernier de la classe en matière de transposition des directives européennes, et notamment en ce qui concerne le secteur de l'Internet (La France a été condamnée par la Cour de Justice des Communautés européennes pour la non transposition des directives de 1995 et 1997 sur la protection des données personnelles), le gouvernement planche sur la définition du cadre juridique applicable aux commerçants électroniques.

Dans cette optique, le gouvernement doit présenter dans les jours qui viennent son projet de loi sur l'économie numérique, qui transposera, enfin, la directive européenne « Commerce Electronique » du 8 juin 2000. Notons que cette transposition aurait du intervenir avant le 17 Janvier 2002.

L'objectif du gouvernement Raffarin est de permettre un développement du commerce électronique en redonnant confiance aux cyberconsommateurs, notamment en rendant systématique l'affichage de différents renseignements sur le vendeur (identité, immatriculation au RCS, coordonnées physiques, ...).

Ce projet est actuellement critiqué par une grande part des défenseurs des libertés individuelles sur Internet car il doit également transposer les dispositions de la directive du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet dernier concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Cette directive doit, quant à elle, être transposée par les Etats membres avant le 31 octobre 2003.

Ces dispositions reconnaissent l'opt-in comme seul moyen autorisé de collecte des données personnelles, ce qui contraindra les professionnels du marketing à recueillir préalablement à toute campagne marketing, le consentement express des consommateurs visés.

Dans tous les cas, ce projet est attendu par tous car il devrait constituer la législation spécifique à l'Internet pour une bonne part des activités exercées en ligne aujourd'hui et mettre fin à certaines interprétations juridiques souvent hasardeuses.

NOTES :

Pour en savoir plus : contact@webconseil.fr

| Auteur : WebConseil : | Source : WebConseil |

Le référencement publicitaire face au droit

. Auteur : **Me Murielle Cahen** , Publié le : 06/01

. Domaine : PROPRIETE INTELLECTUELLE

. Sous thème : Protection du consommateur

. Abstract : Référencement / positionnement payant - protection des consommateurs - publicité clandestine / trompeuse - 'position squatting' - droit des marques - responsabilité –

Le marché des outils de recherche n'a pas pu résister à l'effondrement du *business modèle* publicitaire. La preuve c'est que l'immense majorité d'entre eux, à la recherche de nouvelles sources de revenus, ont mis en place depuis plus d'un an de nouvelles offres de référencement : soumission payante sur les annuaires, référencement payant sur les moteurs, positionnement publicitaire sur les deux.

En adoptant ce système, les engins de recherche ont passé d'une logique objective - pour les moteurs de recherche- ou éditoriale -pour les annuaires- à une technique purement commerciale, celle de la vente des mots-clés.

La méthode du référencement payant consiste, en effet, à offrir, moyennant finance, au site référencé une position en tête des résultats d'une recherche sur certains mots-clés prédéfinis. La rémunération se calcule soit par nombre de clic (*Pay-Per-Clic*), dans le cas du positionnement par enchères, soit par CPM (coût par milles pages vues), dans le cas du positionnement par achat du lien.

Le "*Pay for Placement*" et son corollaire, le nouveau marché de mots-clés, constituent, sans doute, des techniques de web marketing fort puissantes, qui servent, notamment, des moyens pour accroître la visibilité des sites Internet et augmenter leur notoriété. Les entreprises, n'ont, naturellement, pas tardé à montrer leur intérêt. Selon une enquête, réalisé par le *Journal du Net*, les deux-tiers des entreprises de plus de 500 personnes sont déjà au courant des nouvelles formules de référencement promotionnel, proposées par les outils de recherche majeurs (Overture, eSpotting ou Google) et plus de la moitié envisagent de faire leurs premiers pas sur ce support.

Face au succès que la technique du référencement promotionnel est censée avoir auprès des principaux acteurs de la Net économie, il convient d'examiner son niveau de conformité aux règles de droit existantes. Trois séries de questions se posent à cet égard :

Tout d'abord, l'éventuelle appropriation des mots-clés par les sites les plus riches et l'exclusion, sur certains engins de recherche, des sites moins dépensiers, ne constituent-elles une entorse à la libre concurrence ?

Deuxièmement, la vente des mots clés par les moteurs de recherche est-elle une publicité clandestine ?

Enfin, comment peut-on protéger les titulaires des marques victimes de la pratique de "*position squatting*" ?

I. Le positionnement publicitaire face aux règles du droit de la concurrence.

Selon l'article 86 du Traité CE "*Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci*".

Le référencement payant et la vente des mots-clés est susceptible d'aboutir à des situations anti-concurrentielles, dans la mesure où l'appropriation des mots-clés par certaines entreprises peut empêcher les acteurs du même secteur d'être visibles sur le Net. Le dernier chapitre du rapport de l'OMPI, relatif à la " gestion des noms et adresses de l'Internet : Questions de propriété intellectuelle ", évoque ce même problème :

" *Plusieurs sociétés, sises dans plusieurs régions du monde, ont enregistré des noms de domaine comprenant tous l'élément " Télécom ". Ce sont Symmetricom, Inc (www.telecom.com), Telecom UK Ltd (www.telecom.co.uk), TWX Telecommunications gmbh (www.telecom.de), Telecom s.r.l. (www.telecom.it), Telstra Corporation Ltd. (www.telecom.com.au) et Swisscom (www.telecom.ch). Néanmoins, certains des systèmes à mots clés existant actuellement ne renvoient l'utilisateur qui saisit le mot clé " telecom " qu'au site de Symmetricom, inc., sans rien dire des autres.(...)*

En saisissant le mot clé " golf ", l'utilisateur est dirigé d'une société sise aux États-Unis alors que d'autres utilisent le mot golf comme nom de domaine, en particulier une société du Royaume Uni (www.golf.com), une société allemande (www.golf.de), une société néerlandaise (www.golf.nl), une société australienne (www.golf.com.au), etc. "

Dans sa décision du 9 juin 2000, le Conseil de la concurrence a considéré, de sa part, que lorsqu'il s'agit d'opérateurs exerçant leur activité sur le même marché, il est difficile de soutenir que chacun d'entre eux détient individuellement une position dominante, sauf s'il s'agissait d'une position dominante collective, ce qui n'était pas allégué. En l'espèce, n'était prouvé ni la position dominante collective ni l'abus, il n'en reste pas moins que ces deux conditions puissent être réunies à l'avenir.

En effet, la position dominante collective pourrait être établie avec la généralisation des accords conclus entre les prestataires de positionnement payant et les outils de recherche, de telle sorte que les résultats des premiers occupent les premières places de toute recherche effectuée. En France, par exemple, deux spécialistes en la matière, *Ouverture et Espotting*, ont déjà signé des accords avec, respectivement, AOL et Yahoo! Europe, par lesquels ces portails s'engagent à faire figurer les résultats fournis par les prestataires de positionnement payant partenaires en tête de liste.

Quant à l'abus de position dominante, le Conseil de la concurrence a rejeté l'argument de la société Concurrence en affirmant que " *la fonction d'annuaire ou moteur de recherche sur Internet ne peut être tenue pour indispensable à la rencontre de la demande émanant du consommateur et l'offre de produits et services vendus sur Internet* ". Ceci signifie, a contrario, que si l'apparition dans la liste des résultats des outils de recherche était nécessaire pour accéder au marché, en exclure un opérateur serait une entrave à la libre concurrence. Or, comme on l'a déjà montré dans une étude antérieure (cf. La responsabilité des outils de recherche), la croissance exponentielle du volume des données mises en ligne rend aujourd'hui nécessaire l'utilisation d'outils de recherche pour pouvoir accéder aux informations ou aux sites s'y trouvant. Sans eux l'Internet ne serait " *qu'une sorte d'espace vierge au sein duquel il faudrait se déplacer sans carte ni boussole. Autrement dit, rien* ". Certes, les outils de recherche peuvent choisir librement leur politique commerciale. La vente des mots clés ne paraît illicite face au droit de la concurrence, que si elle est réservée de manière exclusive à un *numerus clausus* d'opérateurs du marché électronique.

I. Le positionnement payant : quelle protection pour les consommateurs ?

Les moteurs de recherche " traditionnels " affichent les résultats d'une requête selon un algorithme qui permet de classer les sites par ordre de pertinence. L'internaute présume, donc, que les sites se trouvant en tête de liste sont ceux qui correspondent mieux à sa demande et c'est pour cette raison qu'il n'ira, très probablement, pas consulter la deuxième page. Lors d'un positionnement payant, se pose, alors, la question suivante : dans la mesure où la liste retournée à l'internaute suite à sa requête semble objective, n'est-il pas induit en erreur s'il ignore que la présentation des résultats n'est pas seulement gouvernée par la pertinence, mais aussi dirigée par le prestataire de référencement ?

Considérant qu'il s'agit là d'une question importante pour le commerce électronique, l'association américaine de consommateurs Commercial Alert a saisi l'année dernière la *Federal Trade Commission* (FTC), afin qu'elle se prononce sur la pratique de placement payant pratiquée par huit moteurs de recherche parmi le plus populaires (*Altavista, HotBot, DirectHit, iWon, Looksmart, MSN.com, Netscape et Lycos*). Selon l'association, ces derniers, en intégrant des liens commerciaux dans leurs listes sans les séparer des résultats " éditoriaux ", violent les règles fédérales qui bannissent la publicité clandestine.

Après l'analyse des programmes de placement payant pratiqués par les outils en cause, la *Federal Trade Commission* a récemment donné sa position sur le phénomène. Plus précisément, elle a considéré qu'il n'est pas opportun d'agir contre ces moteurs de recherche, vu notamment que certains d'entre eux distinguent clairement les résultats payants des autres. Néanmoins, dans sa lettre, outre qu'elle reconnaît que dans certains cas le consommateur peut être induit en erreur, la FTC souligne la nécessité d'indiquer clairement la nature du résultat communiqué, en retenant comme critère le fait que ceci n'aurait pas pu figurer dans la liste autrement que par le paiement.

Quelle serait l'avenir d'une telle requête de l'autre côté de l'Atlantique ?

A. L'interdiction de la publicité clandestine ou trompeuse.

L'article 2 du décret du 27 mars 1992 relatif à la publicité et au parrainage audiovisuel prévoit que : "*constitue une publicité toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue de promouvoir la fourniture de biens ou de services*".

Par ailleurs, la directive " Commerce Electronique " du 8 juin 2000 énonce dans son article 2 que constitue une communication commerciale "*toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée*"

Les moteurs de recherche sont des supports de publicité, puisqu'ils font la promotion des biens ou des services en échange d'une rémunération fournie par le site positionné. La jurisprudence, d'ailleurs, retient une conception large de la publicité : "*le critère essentiel de la publicité réside dans le fait qu'il puisse véhiculer un message commercial, qu'elle qu'en soit la forme*".

Le positionnement payant étant une publicité, il doit se conformer aux règles existantes en la matière. Le décret de 1992 précité dispose que " la publicité clandestine est interdite ". Par ailleurs, la loi de 1986 sur l'audiovisuel énonce dans son article 43 al.2 que "*les messages publicitaires doivent être mentionnés comme tels*". L'article 6a de la Directive " Commerce Electronique ", enfin, prévoit que "*la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle*".

Par conséquent, les engins de recherche doivent indiquer de manière claire la nature commerciale des liens figurant dans la liste des résultats, afin que l'internaute puisse savoir si un site a payé pour y figurer ou si sa présence sur la liste est le résultat d'une recherche réelle et objective.

Le Code de la consommation interdit de même "*toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur la nature des biens ou services qui font l'objet de la publicité*". Au délit de publicité clandestine s'ajoutera, donc, celui de publicité trompeuse, lorsque l'annonceur a acheté un ou plusieurs mots clés qui ne correspondent pas à son activité commerciale réelle.

I. L'application de la loi Sapin aux intermédiaires de positionnement payant.

La loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin s'applique au support Internet, qu'il s'agisse d'espaces dans les bandeaux, icônes ou liens, dès lors qu'ils passent par l'intermédiaire des serveurs ou vendeurs d'espaces ou bien encore d'agences de publicité.

Le positionnement payant passe par l'intermédiaire d'un tiers, lorsque le responsable du site intéressé s'adresse non pas directement à l'outil de recherche, mais à un prestataire de référencement, qui lui se met en contact avec ce dernier. Ces prestataires de référencement apparaissent, alors, comme des intermédiaires dans l'achat d'espace publicitaire, ce qui implique l'application de la loi Sapin. Ainsi, un contrat de mandat devra être établi par écrit entre le prestataire de positionnement et le site annonceur. Il est encore prévu que l'intermédiaire ne pourra percevoir d'autres rémunérations que celles figurant au contrat de mandat, ce qui signifie que le prestataire ne peut être rémunéré que par l'annonceur et non pas par l'outil de recherche.

Il en va, pourtant, autrement, lorsqu'on est en présence d'un contrat de partenariat entre différents outils de recherche ou entre un outil de recherche et un site portail. Dans ce dernier cas, le contrat n'a pas pour objet l'achat d'espace publicitaire, mais la diffusion des résultats d'un outil de recherche par un autre outil partenaire ou par un site, en échange, bien sûr d'une rémunération. Ainsi, la loi Sapin ne semble pas devoir s'appliquer en l'espèce.

II. Le " position squatting " et la protection des marques.

Le *position squatting* est "*le fait de payer pour apparaître dans les premiers résultats, lors d'une recherche sur un mot clé représentant une marque, dont on détient pas les droits*". Selon une étude réalisée récemment par une société de référencement, 60% des entreprises du CAC 40 en sont victimes.

Le titulaire d'une marque peut-il s'opposer à ce que d'autres personnes utilisent celle-ci en tant que mot-clé pour acheter une position privilégiée sur les résultats des recherches des internautes ? Quels sont les recours dont celui-ci dispose vis à vis tant du squatteur que de l'outil de recherche ?

A. La responsabilité du squatteur

· L'action en contrefaçon de marque.

L'article L.713-2 du Code de la propriété intellectuelle interdit la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, sans l'autorisation préalable du titulaire de celle-ci, ainsi que " *l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement* ".

L'achat, auprès d'un outil de recherche, d'une position sur un mot-clé constituant un signe protégé peut-il être considéré comme un usage de marque au sens de l'article 713-2 du CPI, même si, comme c'est le cas très souvent, le signe en cause n'est pas visiblement utilisé ?

La réponse semble être positive, compte tenu, notamment, de la jurisprudence relative à la protection des marques face à leur reproduction en tant que méta-tags dans le code source d'un site. Celle-ci considère, en effet, que l'insertion par un tiers d'un signe distinctif déposé à titre de marque dans les balises méta d'une page web peut être qualifiée de contrefaçon. Cette solution a été confirmée récemment dans une affaire opposant deux sociétés concurrentes dans le commerce des orgues de barbarie. En l'espèce, le TGI de Paris a considéré que " *la reproduction sans autorisation par une société de la marque d'en de ses concurrents sur la page source de son site Internet était constitutive de contrefaçon et d'atteint au nom commercial de la société concurrente* ".

Dans le cas du position squatting l'effet escompté est identique : faire apparaître son site dans les résultats des recherches sur les mots-clés choisis. Le fondement de la contrefaçon a, d'ailleurs, été utilisé de manière reconventionnelle dans une affaire opposant aux Etats-Unis deux sociétés titulaires de la marque Nissan (Nissan motor co., ltd et Nissan computer corporation), dont l'une se plaignait du fait que l'autre apparaissait avant elle dans les résultats des recherches sur le mot-clé " *Nissan* " et " *Nissan.com* ". Le tribunal américain a, pourtant, rejeté la demande.

Qu'en est-il, pourtant, si l'acheteur du mot-clé, protégé à titre de marque, est en droit d'utiliser cette dernière pour annoncer la vente des produits qu'il a acquis licitement ?

En effet, rien ne s'oppose a priori à ce qu'un vendeur membre d'un réseau de distribution utilise la marque comme élément de référencement de son site. La jurisprudence reconnaît au distributeur des produits authentiques le droit d'utilisation de la marque pour la publicité de ses produits. La CJCE a été amené à la même conclusion par le biais de la règle de l'épuisement des droits. Dans l'affaire opposant la société BMW à un garagiste indépendant, la CJCE a, par ailleurs, jugé que le titulaire d'une marque ne pouvait " *interdire à un tiers l'usage de sa marque en vue d'annoncer au public qu'il effectue la réparation et l'entretien des produits de cette marque...* ". Selon cette décision, la liberté du revendeur d'utiliser la marque dans la promotion a une limite, lorsque la marque est utilisée d'une " *manière telle qu'elle peut donner l'impression qu'il existe un lien commercial entre le revendeur et le titulaire de la marque et notamment l'entreprise du revendeur appartient au réseau de distribution et qu'il existe une relation spéciale entre eux* ".

En revanche, dans l'affaire *Citycom c. Chanel*, la Cour d'appel de Paris a condamné pour contrefaçon de marque un distributeur parallèle qui revendait des produits Channel en ligne, au motif qu'il avait utilisé la marque dans le code source de son site. Elle a souligné que " *ce code permettait aux internautes, par le biais des annuaires et des moteurs de recherche d'accéder directement au site susceptible de les intéresser par la simple opposition de la marque comme mot-clé* ".

Le titulaire de la marque victime de position squatting pourra, donc, intenter une action pénale en contrefaçon et se porter partie civile, devant le tribunal correctionnel. Il peut également intenter une action en référé spécifique au droit des marques sur la base de l'article L.716-6 du Code de la propriété intellectuelle, afin que le juge ordonne au contrefacteur de ne plus utiliser la marque en tant que mot-clé pour occuper une position privilégiée dans les résultats des outils de recherche.

· L'action en concurrence déloyale.

Selon le principe de spécialité, le titulaire de la marque ne peut empêcher l'usage de celle-ci pour désigner des produits et services différents de ceux visés dans l'enregistrement. Ainsi, lorsque le site

positionné n'est pas concurrent du titulaire de la marque, ce dernier ne peut pas tenter une action en contrefaçon de marque.

Cependant, le titulaire de la marque victime de position squatting peut toujours tenter une action en concurrence déloyale contre le squatteur, si celui-ci ne cherche qu'à " *profiter du travail d'autrui sans bourse délier* " et notamment lorsque les mots-clés réservés n'ont aucun rapport avec l'activité commerciale de ce dernier. Pour cela il faut établir qu'il y a une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux. La faute résultant du comportement déloyal, le préjudice consistera en la perte de clientèle, l'atteinte à l'image ou à la valeur de la marque.

Il en va autrement, lorsque la marque squattée est notoire et que le squatteur cherche à profiter du renommé de celle-ci pour augmenter sa visibilité. Selon l'article 713-5 du Code de la propriété intellectuelle, " *L'emploi d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur s'il est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cet emploi constitue une exploitation injustifiée de cette dernière* ".

A. La responsabilité de l'outil de recherche.

L'outil de recherche qui vend des mots-clés peut-il voir sa responsabilité engagée au même titre que le squatteur ?

La responsabilité des fournisseurs des outils de recherche n'est traitée ni dans la Directive Commerce Electronique 2000/31/CE ni dans la loi du 1 août 2000 concernant les intermédiaires de l'Internet. Toutefois, le législateur européen a chargé la Commission de présenter un rapport, avant le 17 juillet 2003, sur la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des " services de moteurs de recherche ".

La directive " commerce électronique " précitée, ne retient la responsabilité du prestataire d'hébergement que s'il est prouvé que celui-ci a eu connaissance de l'activité illicite et n'a rien entrepris pour la faire cesser. Dans une étude antérieure, on a proposé de faire le même raisonnement pour les outils de recherche. En effet, étant donné le rôle joué par ceux-ci dans la société de l'information, leur responsabilité ne peut être plus étendue que celle des fournisseurs d'accès et d'hébergement. Ainsi, le TGI de Paris n'a pas retenu la responsabilité du moteur de recherche Alta Vista, car il avait retiré le site qui portait atteinte aux droits de la personnalité de M. Délanoe dès qu'il en avait eu connaissance.

Doit-on mener le même raisonnement à propos des outils qui proposent un service de positionnement payant ? La réponse semble être plutôt négative, compte tenu du fait que, dans ce cas précis, l'outil de recherche se présente non pas comme un prestataire technique, mais en tant que support de publicité qui vend son espace.

En droit civil, le fournisseur du positionnement payant peut être tenu responsable, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, si en connaissance de cause il a vendu des mots-clés déposés à titre de marques.

En droit pénal, l'outil de recherche pourrait voir sa responsabilité engagée, soit comme auteur direct d'une infraction, soit, plus probablement, comme complice, sur le fondement de l'article 121-7 du Code pénal, pour avoir fourni en connaissance de cause une aide à la commission de l'infraction.

· La responsabilité civile délictuelle du prestataire de positionnement payant.

Le droit commun de la responsabilité est fondée sur la notion de faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Ainsi, le fournisseur d'un outil de recherche peut être tenu responsable civilement des dommages causés, du fait de la vente d'un mot-clé, à une tierce personne. Dans ce cas, cette dernière devra prouver la réalité du dommage subi, la faute du fournisseur de l'outil de recherche et un lien de causalité entre les deux.

Or, la faute de l'outil de recherche sera, le plus souvent, difficile à démontrer. Certes, dans le cas où la marque serait notoire, la responsabilité de l'outil pourrait être engagée en raison de sa connaissance du signe squatté. *Quid*, pourtant, s'il s'agit d'une marque non connue ?

La jurisprudence, quant à elle, se montre hésitante. En effet, si le moteur de recherche Excite a été

condamné en Allemagne pour avoir vendu à la société Fragrance Counter des mots-clés déposés à titre de marques par la société *Estée Lauder*, sa responsabilité n'a pas été retenue par le tribunal américain, dans l'affaire *Playboy*, au motif que " Playboy " était devenu un terme générique sur Internet. Actuellement est en cours aux Etats-Unis une nouvelle affaire, opposant la société Mark Nutritional Incorporation, titulaire de la marque *Body Solutions* à quatre outils de recherche (AltaVista, FindWhat, Kanoodle et Overture), qui, eux, risquent de voir leur responsabilité engagée pour avoir vendu la marque en cause à des concurrents de la société demanderesse. Certains auteurs envisagent, même, la possibilité d'engager la responsabilité pour risque des moteurs de recherche, afin de permettre au titulaire d'une marque victime de position squatting de réparer le préjudice subi du fait de l'utilisation de celle-ci, à titre de mot-clé, dans les moteurs de recherche par une tierce personne.

· La responsabilité pénale du prestataire de positionnement payant.

En matière pénale, l'outil de recherche, s'il ne peut pas être considéré comme auteur de contrefaçon de marque, il peut être condamné pour complicité, s'il a facilité la commission du délit, en vendant, en connaissance de cause, à un tiers non-titulaire un mot-clé protégé par le droit des marques. Il en va de même s'il a été prévenu par le titulaire de la marque de la contrefaçon et, malgré cela, il n'a pas enlevé le positionnement en cause.

En conclusion, on s'aperçoit que la technique du positionnement payant et de la vente des mots clés est loin d'être à l'abri des procédures judiciaires : abus de position dominante de la part des outils de recherche, publicité clandestine et/ou trompeuse, contrefaçon de marque et parasitisme sont des allégations qui, une fois invoquées, constituent une véritable menace pour les engins de recherche. De plus, tenter une action contre ceux derniers pour acquérir réparation du préjudice subi présente un avantage, lorsque l'acheteur du positionnement se prouve insolvable. Tout cela rend nécessaire d'effectuer un contrôle a priori sur les mots-clés en vente et sur la qualité des futurs acheteurs, afin d'assurer que ceux-ci sont en droit d'utiliser la marque qui se cache souvent derrière les mots-clés choisis.

| Auteur : Me Murielle Cahen : | Source : www.muriellecahen.com |