

# Le Droit face aux nouveaux usages d'Internet

## *De nouveaux contentieux en quête de réglementation*

**Alain Coulon**

*Cet article rend compte d'un dîner-débat, organisé par le CIET (Centrale Informatique Électronique et Télécommunications) le 24 septembre 2012, à la Maison des Centraliens.*

*Internet, levier d'une mutation vers une société de la communication, ignore les frontières des États ; néanmoins, Internet contraint, chaque État à réglementer l'usage de ses applications pour s'adapter à l'évolution de nouveaux enjeux sociétaux. Il convient de ne pas freiner les développements de marchés très dynamiques, mais de les accompagner, tout en intégrant, non seulement les spécificités de ces économies fluctuantes, mais, aussi, les intérêts des utilisateurs et des consommateurs.*

*Le professeur Danièle Bourcier, responsable du groupe Droit, Gouvernance et Technologie du CERSA (Centre d'Études et de Recherche de Sciences Administratives et politiques) et, par ailleurs, responsable scientifique des Creative Commons en France, a animé cette soirée, articulée autour de deux interventions :*

- *Pauline Le More, avocate, a présenté les actions récentes de l'Autorité de la concurrence ;*
- *Hélène de Vigan, avocate, a présenté quelques contentieux liés à l'achat des mots-clés.*

## Le Droit d'Internet

Le Conseil constitutionnel l'affirme, dans son avis du 10 juin 2009 « Internet est essentiel à l'exercice de la liberté d'expression ». Il n'est donc pas question d'entraver le développement d'un vecteur de communication aussi fondamental.

### Silences du droit traditionnel face aux usages d'Internet

Le champ d'application d'Internet est planétaire alors que les Droits concernés sont nationaux.

Il est difficile de poursuivre l'auteur d'une infraction à une législation nationale, commise dans un autre État soumis à une législation différente.

Pour certains juristes (en particulier aux États-Unis) le développement d'Internet est un phénomène nouveau qui bouleverse les règles précédemment applicables.

Pour d'autres (notamment en France), on peut définir l'ensemble des nouvelles règles applicables en s'appuyant sur des règles existantes dans des domaines traditionnels.

Dans les deux cas, il faut définir un Droit adapté à la technologie d'Internet. À titre d'exemples, nous pouvons citer la gestion des droits numériques : DRM – Digital Rights Management et la Loi française sur la Confiance en l'Économie Numérique (LCEN – 21 juin 2004).

### Les domaines concernés

Le droit de l'Internet englobe différents aspects :

- vie privée (droit à l'image) ;
- pénal : cybercriminalité, chantage (bullying) ;
- commerce ;
- concurrence ;
- propriété industrielle ;
- publicité.

## Droit de la concurrence

### Enjeux d'Internet et de sa régulation

#### **Croissance du marché<sup>1</sup>**

Le volume du commerce électronique en France a augmenté de 40 % de 2008 à 2011 ; on y dénombre 30 millions de consommateurs.

En particulier, en 2010, 13 % de livres classiques ont été vendus via Internet.

En 2010, le livre numérique, en rapide progression, représente déjà 2 % des ventes de livres.

#### **La concentration des grands acteurs**

Le nombre d'entreprises marchandes sur Internet a augmenté de 23 % en 2011 ; mais les plus gros acteurs se concentrent ; par exemple, Google détient 90 % du marché de la publicité liée aux moteurs de recherche.

### L'Autorité de la Concurrence (ADLC)

En France, une Autorité indépendante détecte les pratiques anticoncurrentielles.

Bien que n'étant pas considérée comme une juridiction, cette Autorité prononce des injonctions, rend des avis, prend des décisions et, éventuellement, inflige des sanctions susceptibles de recours devant la Cour d'Appel de Paris et la Cour de Cassation.

L'ADLC a récemment :

- effectué une enquête sectorielle sur le fonctionnement concurrentiel du commerce ;
- formulé, à l'initiative du Ministère de l'Économie et des Finances, un avis sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

<sup>1</sup> Ces statistiques sont donnés par le FEVAD (Fédération E-commerce et Vente À Distance)

### **Contrôle des pratiques anticoncurrentielles**

L'ADLC combat les ententes horizontales (entre concurrents qui passeraient des accords pour maintenir leurs marges) et verticales (entre entreprises qui participeraient à une chaîne de fabrication d'un produit fini).

L'ADLC traque l'abus de position dominante des entreprises puissantes qui useraient d'artifices pour écarter de leur marché des concurrents vulnérables (pratique d'une stratégie d'éviction).

### **Répression des pratiques anticoncurrentielles**

Sur les marchés émergents à forte innovation technologique, l'ADLC préconise des mesures conservatoires et donne priorité à la recherche d'engagements (procédures négociées) par rapport aux sanctions économiques.

Dans le domaine public, l'ADLC prescrit des sanctions administratives pécuniaires et développe des procédures négociées.

Dans le domaine privé, l'ADLC prononce la nullité des accords anticoncurrentiels et préconise des indemnités en réparation de préjudices.

### **Coopération internationale**

L'ADLC coopère avec d'autres Autorités de concurrence pour appréhender le développement international du contentieux.

L'European Competition Network (réseau européen de la concurrence) facilite la coopération entre les autorités de concurrence nationales et la Commission européenne.

L'ADLC contribue ainsi à la négociation d'accords bilatéraux de coopération avec des commissions étrangères, tels les récents accords entre la Commission européenne et la Chine.

## **Exemples de contentieux récents**

### **Livre numérique**

Saisie par le Ministère de la Culture, l'ADLC a formulé un avis pour le respect du prix unique du livre numérique ; cet avis est pris en compte dans la loi du 26 mai 2011.

L'ADLC a dénoncé la pratique du modèle de contrat d'agence entre Apple et les éditeurs. Ce contrat, fixant un taux de commission de 30 %, engageait l'éditeur à appliquer la règle de la nation la plus favorisée par un abaissement de son prix de revente, via Apple, pour s'aligner sur les prix d'autres éditeurs détaillants.

Aux États-Unis, où des actions de groupe sont possibles, les grands éditeurs ont signé des accords pour éviter des poursuites.

### **Publicité en ligne**

En France, en 2008, le site NavX proposait aux automobilistes équipés d'un GPS, un logiciel complémentaire qui intégrait la localisation des emplacements des radars.

NavX avait souscrit un référencement payant sur Google.

Invoquant le caractère présumé illégal du dispositif commercialisé, Google avait unilatéralement supprimé le compte NavX ; ce qui a entraîné une procédure pour entrave au commerce.

Google, après avoir racheté l'entreprise Keyhole Corp (société spécialisée dans les applications de visualisation de données géospatiales) proposait gratuitement l'application Google Maps, en concurrence au produit commercialisé par Bottin Cartographes, par ailleurs référencé par Google.

## **Droit des mots-clés (utilisés par les moteurs de recherche)**

---

### **Le référencement naturel**

Les moteurs de recherche offrent un référencement naturel gratuit.

Les réponses aux requêtes des internautes, sont élaborées par un algorithme qui évalue objectivement leur pertinence par rapport aux mots-clés utilisés.

Mais, à côté de ce référencement naturel, les moteurs de recherche peuvent proposer un service de référencement payant.

### **Le référencement payant**

Ce service commercial permet à un annonceur (acteur économique) qui a sélectionné, auprès du gestionnaire du moteur de recherche, un ou plusieurs mots-clés, de faire apparaître un lien promotionnel vers son propre site, lorsque ce ou ces mots correspondent à celui ou ceux contenus dans la requête de l'internaute.

Ce lien promotionnel apparaît, généralement, dans une liste de « liens commerciaux » accompagné d'un bref message promotionnel.

Ainsi, le gestionnaire du moteur de recherche devient un prestataire de services rémunéré par l'annonceur pour chaque « clic » empruntant le lien commercial affiché.

**La vente aux enchères des mots-clés**

L'ordre d'affichage de ces liens commerciaux est déterminé par un système qualifié de vente aux enchères.

Lorsque plusieurs annonceurs ont sélectionné le même mot-clé, celui qui aura proposé le prix maximal par clic, apparaîtra en tête de la liste des liens commerciaux.

Afin d'optimiser sa rémunération, le prestataire du référencement payant, favorise les liens susceptibles de générer le plus grand nombre de clics pour le prix le plus élevé, en prenant en compte le nombre de clics antérieurs sur ledit lien ainsi que la qualité de l'annonce.

**Les mots-clés :****des noms communs aux noms propres**

Les mots-clés sélectionnés par les annonceurs sont principalement des mots génériques présentant un lien pertinent avec leur activité.

Mais, certains annonceurs sélectionnent également des mots-clés qui imitent les signes distinctifs (marques, dénominations sociales, noms commerciaux, voire noms de domaine) de leurs concurrents.

**Les droits sur les mots-clés**

Des tiers sont susceptibles de revendiquer leurs droits sur certains mots-clés :

- leurs marques ;
- leurs noms commerciaux, leurs enseignes ;
- les parties distinctives des noms de leur domaine Internet.

L'achat de ces mots-clés par une entreprise plus ou moins concurrente, est une pratique susceptible d'être considérée comme déloyale et attentatoire aux droits conférés sur une marque.

Cette pratique génère un abondant contentieux, initié par les titulaires de droits sur ces mots-clés. Ces titulaires constatent que certains de ces mots-clés, sélectionnés par un tiers concurrent, ont guidé l'affichage de liens promotionnels au profit de ce concurrent.

**Les acteurs**

La commercialisation de mots-clés sur Internet met en jeu trois catégories d'acteurs :

- le prestataire du service de référencement payant ;
- l'annonceur ;
- le titulaire de droit sur le mot-clé.

**Les fondements juridiques du contentieux de l'achat de mots-clés**

L'achat et l'usage d'un mot-clé par un opérateur économique peuvent être entachés d'irrégularités vis-à-vis des principes de la concurrence libre et non faussée.

**La contrefaçon<sup>1</sup>**

C'est l'achat d'une marque déposée par un autre acteur ; mais, plus subtilement, ce peut être l'achat de mots très voisins susceptibles de séduire des internautes inattentifs.

**La concurrence déloyale ou le parasitisme<sup>2</sup>**

La concurrence déloyale consiste à prospector la clientèle d'un concurrent en utilisant un stratagème. Elle peut se doubler de parasitisme. Le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire.

**La publicité trompeuse<sup>3</sup>**

La publicité trompeuse (ou mensongère) consiste pour un annonceur à diffuser des informations inexacts ou propres à tromper le public, sur les produits ou les services qu'il met en vente, ainsi que sur les engagements qu'il prend à l'égard de la clientèle et sur les aptitudes et les qualités qu'il possède.

**Les juridictions compétentes****Les Tribunaux de Grande Instance ou de Commerce<sup>4</sup>**

Les juridictions françaises sont compétentes lorsque le site litigieux est accessible sur le territoire français ou lorsque l'on identifie un lien « suffisant, substantiel ou significatif ».

**La CJUE (Cour de Justice de l'Union européenne)**

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) qui siège au Luxembourg, regroupe trois juridictions : la Cour de Justice, le Tribunal, et le Tribunal de la fonction publique.

La CJUE veille à l'application du droit de l'Union et à son interprétation dans les différents pays de l'Union.

Elle interprète le droit de l'Union à la demande des juges nationaux.

<sup>1</sup> Articles L. 713-2 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle.

<sup>2</sup> Article 1382 du code civil.

<sup>3</sup> Article L. 121-1 du code de la consommation

Article 20 de la loi du 24 juin 2004, relative à la confiance dans l'économie numérique.

<sup>4</sup> Article L. 716-3 du code de la propriété intellectuelle.

## Qui est responsable, en cas de concurrence irrégulière ?

### **Le prestataire ?**

C'est la solution de facilité, car le prestataire est en première ligne.

Vis-à-vis d'une juridiction, incriminer le prestataire présente plusieurs avantages :

- éviter des recherches délicates de l'annonceur plus fugace ;
- poursuivre un seul contrevenant plutôt qu'une multitude d'annonceurs ;
- punir un accusé solvable capable d'indemniser les plaignants.

Cependant, en règle générale, le prestataire ne peut être considéré comme contrefacteur, bien qu'il perçoive une rémunération ; il ne fait pas usage lui-même des liens.

Le prestataire est un hébergeur qui peut difficilement apprécier la nature délictueuse d'une annonce, mais il pourrait apparaître comme complice, si l'on prouve formellement qu'il avait connaissance de l'irrégularité de l'annonce.

### **L'annonceur ?**

L'annonceur peut être considéré comme contrefacteur, en cas d'atteinte à la fonction d'identification de la marque lorsque l'internaute ne peut savoir si le produit adressé est celui de la marque recherchée ou celui d'un concurrent.

### **La position nuancée des juridictions**

La Cour de Justice de l'Union Européenne et les juridictions françaises considèrent que la réservation de marques comme mots-clés, dans le cadre d'un service de référencement payant, n'est pas illicite par principe.

- L'annonceur est mis en cause lorsqu'il crée sciemment un risque de confusion.
- Le prestataire du référencement payant est mis en cause lorsqu'il a un rôle actif en connaissance des irrégularités du contenu.

## Sélection des réactions de la salle

---

### Liberté et distribution de la presse

La 17<sup>ème</sup> chambre (chambre de la presse) est la chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris spécialisée dans les affaires de presse.

Elle fait respecter la loi sur la liberté de la presse de juillet 1881.

Depuis 1947, la loi Binet fixe les principes de distribution en France de la presse imprimée ; son actualisation est à l'ordre du jour.

### Propriété intellectuelle

Aux États-Unis, le droit à la propriété intellectuelle d'une œuvre a été reporté de 50 ans à 70 ans après la mort de l'auteur.

On a le droit de prêter un disque mais pas celui de transmettre une œuvre électronique.

Dans le cas des licences libres, l'auteur s'autorise à donner le droit d'autoriser l'utilisation de son œuvre.

### Mondialisation du Droit

Le Droit est lié à une culture ; l'uniformisation des cultures, favorisée par Internet n'entraînera-t-elle pas dans quelques années la généralisation d'un Droit mondialisé ?

### Limites de la régulation

On ne régule bien que les domaines que l'on maîtrise. De même que les grandes entreprises dominent l'économie, les grands acteurs de l'Internet parviendront à y imprimer leur propre loi.

« Le Droit, c'est l'expression du pouvoir du fort sur le faible<sup>1</sup> » ▲

**a\_coulon@club-Internet.fr**

---

<sup>1</sup> Citation approximative, vraisemblablement, inspirée par Jean-Jacques Rousseau et, certainement, utilisée par Karl Marx.