

Expertise Areas :

- > New Technologies, Privacy & ICT
- > E-payment, E-finance & Internet Banking
- > Intellectual Property
- > E-health & Telemedicine
- > Cinema, Media, Entertainment, Sport & Gaming
- > Commercial & Company law, Competition law



## LE RÉFÉRENCIEMENT SUR INTERNET :

www.ulyS.net

### QUE DIT LA LOI ?

		Etienne WERY Associé Avocat au Barreau de Bruxelles Avocat au Barreau de Paris (toque R 296) etienne.wery@ulyS.net
<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>2</b>
1.1	<i>L'importance du référencement</i>	2
1.2	<i>Les techniques de référencement</i>	3
1.3	<i>Référencement payant et naturel</i>	3
<b>2</b>	<b>Premier cas : le terme litigieux est la marque d'un tiers</b>	<b>4</b>
2.1	<i>Approche historique</i>	4
2.2	<i>Double identité ou similarité ?</i>	6
2.2.1	Identité de signes	7
2.2.2	Identité de produits ou de services	8
2.3	<i>En cas de double identité</i>	8
2.3.1	Premier volet : l'usage pour des produits ou services, sans le consentement du titulaire	8
2.3.1.1	L'usage	8
2.3.1.2	L'usage « pour des produits ou services »	9
2.3.1.3	L'absence de consentement	10
2.3.2	Deuxième volet : l'atteinte à l'une des fonctions de la marque	11
2.3.2.1	La fonction essentielle de la marque : garantir l'origine	11
2.3.2.2	Les autres fonctions	12
2.4	<i>En cas de similarité</i>	14
2.5	<i>La protection des marques renommées</i>	14
2.6	<i>Résumé</i>	15
<b>3</b>	<b>Deuxième cas : le terme litigieux est un terme générique</b>	<b>17</b>
3.1	<i>Le référencement payant</i>	17
3.2	<i>Le référencement naturel</i>	17
3.2.1	Le spamdexing	17
3.2.2	La situation du moteur de recherches	18
3.2.3	La situation des concurrents	20
		N. Ref. : 13/00272 V. Ref. :
		Date 03/09/2014
		BRUXELLES
		224, av. de la Couronne 1050 Bruxelles Tél. + 32 (0)2 340 88 10 Fax + 32 (0)2 345 35 80
		Société civile à forme de SCRL RPM Bruxelles TVA : BE 0476.702.936
		PARIS (succursale)
		33, rue Galilée 75116 Paris Tél. + 33 (0)1 40 70 90 11 Fax + 33 (0)1 40 70 01 38





## 1 INTRODUCTION

### 1.1 L'importance du référencement

Il n'est plus nécessaire, en 2014, de s'appesantir sur l'importance des moteurs de recherche. Avec les liens HTML, ils sont tout simplement la première porte d'entrée vers les informations en ligne. Cette importance résulte de plusieurs facteurs d'évolution ; nous en retiendrons deux principaux : d'une part la masse d'informations disponibles qui rend un index nécessaire, et d'autre part la qualité de cet index sur le plan qualitatif et de la vitesse de fonctionnement.

Certes, ces moteurs ne sont pas infaillibles. Certes aussi ils posent problème, par exemple au regard de la vie privée. Certes encore, leur toute puissance pose-t-elle certaines questions dont certaines comportent un enjeu sociétal vital. Par exemple, doit-on s'inquiéter de constater que la plupart des internautes se forgent une opinion sur la seule base des deux premières pages de leur moteur de recherche préféré (quand ce n'est pas seulement la première page ou les premiers liens de la première page ...), engendrant une standardisation du savoir mais créant aussi les conditions pour une manipulation de l'information (que l'on songe par exemple à cette campagne de contre-information mise en œuvre par une société pétrolière responsable d'un sinistre écologique) ? L'objet de notre étude n'est pas d'analyser cette toute-puissance et ses conséquences ; d'autres l'ont fait avec talent.

Notre propos part d'un constat purement factuel : pour la plupart des gens, la mise en ligne d'une information s'accompagne aussitôt d'une question existentielle simple : « combien de visiteurs ? ». Les compteurs de visites sont au web ce que Miss Monde est à la beauté : un étalon de mesure, artificiel et que l'on critique avec plaisir mais qu'on ne peut s'empêcher de mâter du coin de l'œil en feignant d'afficher un air détaché.

Une fois ce constat posé, vient le temps de l'action : « comment puis-je augmenter le nombre de visiteurs ? ». Il existe des tas de moyens, parmi lesquels les plus évidents sont :

- Augmenter l'intérêt que peut représenter l'information (que ce soit grâce à sa qualité ou à l'inverse de sa non-qualité) ;
- Améliorer la position que l'information occupe dans les moteurs de recherche.

Du second tiret est né, il y a déjà quelques années, un nouveau métier : celui de référenceur.





Nous définirons le référencement comme l'ensemble des actions qu'une personne peut prendre afin d'améliorer la position qu'une information occupe dans l'index des moteurs de recherche.

## 1.2 Les techniques de référencement

Il n'y a pas *une* technique de référencement, mais *des* techniques. Ceci découle de l'existence de plusieurs moteurs de recherche. On l'oublie parfois, mais à côté de Google, il y a d'autres plateformes qui existent ou tentent d'exister<sup>1</sup>.

Chacun doit évidemment trouver un élément différenciant s'il veut percer. La différenciation repose souvent sur une orientation linguistique ou géographique, ou encore sur le contenu (mails, video, photos, jeux, etc.), mais elle intègre aussi des spécificités au niveau de l'algorithme de fonctionnement. Au demeurant, la plupart des algorithmes étant secrets, ils sont forcément différents.

Traduction concrète : la recette qui fonctionne pour un moteur, ne marche pas nécessairement pour un autre. Le référenceur doit adapter sa technique à la cible.

## 1.3 Référencement payant et naturel

Créer un moteur de recherche coûte cher. Très cher. Pourtant, les recherches sont gratuites. Ce paradoxe apparent est réglé par un business-model spécifique dans lequel l'exploitant va chercher ses ressources financières ailleurs.

Pour nombre de moteurs, la première source de revenus provient du référencement payant. Il s'agit de publicités qui sont affichées en relation avec le thème de la recherche. Le plus connu est AdWords mis au point par Google. Tout le monde a déjà fait l'expérience de ces « liens sponsorisés », « annonces » et autres « publicités » qui fleurissent en haut, à droite ... et parfois aussi à gauche et en bas du résultat de la recherche. Le principe est connu : à l'époque des annuaires professionnels sur papier, les listes alphabétiques étaient déjà égayées d'encarts publicitaires.

---

<sup>1</sup> En 2013, Google représentait 36 milliards de recherches mensuelles, soit 60 % des recherches totales. Yahoo est loin derrière mais totalise tout de même 8,5 milliards de recherches par mois, soit 14 % du total, et progresse. Baidu pointe à 3,3 milliards mais représentait 73 % du marché chinois en 2011 et augmente. Yandex, moteur russe, comptabilise 3,0 milliards tandis que Bing (ex Live Search, Microsoft) affiche 2,1 milliards de recherches au compteur. Voy. aussi <http://www.iceranking.com/referencement/8-moteurs-de-recherche-innovants-et-alternatifs-a-google/> ; <http://www.yona.com/samba115/>.





L'interactivité, la personnalisation et le temps réel, sont par contre des nouveautés. La plate-forme est en général capable de sélectionner en temps réel les publicités qui concernent le thème précis de la recherche, mais aussi les publicités contextuelles qui peuvent aller jusqu'à prendre en compte l'historique de recherche de ce visiteur-là. Par ailleurs le moteur gère en temps réel une sorte de bourse dans laquelle les publicités concurrentes sont mises aux enchères et le(s) meilleur(s) emplacement(s) est (sont) attribué(s) au mieux-disant.

Comprendre le système, le paramétrer correctement, affecter judicieusement les budgets aux bonnes recherches, concevoir un lien hypertexte qui donne envie d'être cliqué, trouver en permanence le rapport coût/bénéfice optimal dans cette bourse automatisée, n'est pas à la portée du premier venu. Combien d'annonceurs ne se sont-ils pas retrouvés, après deux mois de campagne, çà devoir payer des milliers d'euros pour des visites dont l'nombre a certes explosés mais dont aucune n'a généré la moindre vente ?

Tout ce qui précède correspond à ce que l'on appelle le **référencement payant**. Ce canal de communication est de plus en plus prisé des annonceurs qui basculent des budgets importants des médias traditionnels vers le marketing en ligne. Ils sont en général attirés par l'interactivité et la personnalisation qui, si elles sont bien contrôlées, permettent une communication commerciale particulièrement efficace.

Par opposition au référencement payant, le **référencement naturel** est l'affichage automatisé généré par l'algorithme du moteur de recherche qui indexe et affiche les contenus en appliquant la recette maison.

## 2 PREMIER CAS : LE TERME LITIGIEUX EST LA MARQUE D'UN TIERS

Le droit des marques est un vaste territoire. Tenter de synthétiser son application au référencement est un exercice périlleux. Pourtant, après plusieurs années de jurisprudence et un effort d'harmonisation sous la houlette de la Cour de justice de l'union européenne (CJUE), on peut se risquer à un exercice de synthèse.

### 2.1 Approche historique

Ce serait une erreur de penser que les tribunaux ont attendu Google pour se pencher sur le référencement abusif. À l'époque, la technologie étant ce qu'elle était, c'est le référencement naturel qui posait le plus de problèmes. La brève approche historique qui suit permet de mesurer





l'ancienneté du phénomène, et présente l'avantage de mettre en évidence des similitudes de raisonnement avec les débats d'aujourd'hui.

En 1996 déjà, Playboy Entreprise Inc. (PEI) reprochait à la société Calvin Designer Label d'avoir inséré sans autorisation dans les metatags de son site web, les marques protégées « Playboy » et « Playmate », alors que les produits et services offerts par le site litigieux n'avaient aucune relation avec lesdites marques. Dans son jugement du 8 septembre 1997, après avoir constaté que le site de PEI venait après celui de la défenderesse dans le référencement automatique des moteurs de recherche, le juge a reconnu la contrefaçon et ordonné la cessation<sup>2</sup>.

En août 1997, la Cour de Justice du Colorado a fait droit à la demande du cabinet de propriété intellectuelle Oppendahl & Larson, qui reprochait à la société Advanced Concepts d'avoir inséré le nom du cabinet dans le code source de son site web. Ce dernier estimait que la démarche induisait l'utilisateur en erreur en lui faisant croire qu'un lien existait entre les parties<sup>3</sup>.

Une décision similaire est intervenue dans l'affaire Niton Corp. Vs. Radiation Monitoring Devices, Inc.<sup>4</sup>, tandis que dans le litige Institutform Technologies Inc. v. National Environtech Group, L.L.C.<sup>5</sup>, les parties ont préféré conclure un accord homologué par le tribunal, prévoyant notamment que la défenderesse doit faire la preuve que, lors de toute requête effectuée auprès des cinq principaux moteurs de recherche, les metatags litigieux ne sont plus repris dans leurs bases de données.

En France, par ordonnance de référé du 4 août 1997, le tribunal de grande instance de Paris a ordonné à la société Distrimart de supprimer des metatags de son site, les dénominations « Maison et objet » et « Decoplanet », marques déposées de la société concurrente Safic<sup>6</sup>.

Dans une autre affaire, le tribunal de grande instance de Paris a rendu une ordonnance de référé interdisant sous peine d'astreinte à la société Kargil, d'utiliser les marques de la société Kaysersberg Packaging dans les rubriques « mots-clés » et « titres » du code source de sa page web. Le tribunal a estimé que la défenderesse attirait de manière illicite sur

---

<sup>2</sup> 985 F., Supp. 1220, 44 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1156 (N.D. Cal. 1997).

<sup>3</sup> E. WERY, « Domain name grabbing : la Belgique entre (enfin) dans le rang », *op. cit.*, p. 1603.

<sup>4</sup> 27. F. Supp. 2d 102 (D. Mass. 1998). En l'espèce, les sociétés demanderesse et défenderesse étaient concurrentes dans le domaine de la vente d'instruments permettant de mesurer le taux de plomb contenu dans la peinture. La société défenderesse avait inséré dans ses metatags le nom de son concurrent et fut condamnée à le retirer.

<sup>5</sup> Civil N°. 97-2064, cause introduite le 1<sup>er</sup> juillet 1997, et citée par M. SABLEMAN, « The Law : the Emerging law of Internet Hyperlinks », *Communication Law and Policy*, septembre 1999, p. 12, disponible à l'adresse <http://www.ldrc.com/cyber2.html>.

<sup>6</sup> L'existence de l'ordonnance est mentionnée dans : « Au Fil du Net n° 14 », *Gaz. Pal.*, 15 mars 1998 p. 25 ; décision disponible à l'adresse <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence.



son site des personnes en réalité intéressées par des produits vendus par la société concurrente Kaysersberg Packaging<sup>7</sup>.

Le président du tribunal de commerce de Bruxelles a également rendu une décision similaire assortie d'une astreinte, dans le cadre d'une action en cessation mue par Belgacom à l'encontre d'un opérateur alternatif de télécommunications qui avait intégré le terme « Belgacom » dans les metatags de son site<sup>8</sup>. C'est le risque de captation de clientèle qui a convaincu le juge. C'est un même raisonnement qui a été suivi par le tribunal de commerce d'Anvers dans une affaire impliquant l'insertion dans les metatags d'un vendeur, de la marque déposée de son concurrent, dans le but d'attirer du trafic<sup>9</sup>.

Cette revue de jurisprudence ne doit pas laisser penser que tout usage de metatags correspondant à une marque ou au nom commercial d'autrui était nécessairement prohibé. C'est ainsi qu'aux États-Unis, Playboy a été débouté de sa demande contre une ex-Playmate qui avait inséré ce vocable dans les metatags de son site<sup>10</sup>. Le juge a estimé que le fait d'avoir été Playmate fait partie des éléments qui identifient la personnalité de la défenderesse, laquelle dispose d'un juste motif<sup>11</sup>.

## 2.2 Double identité ou similarité ?

Les pays européens suivent une même logique issue de directives européennes, et distinguent principalement trois cas de figure :

1. La marque et le signe litigieux sont-ils doublement identiques : le conflit oppose (i) une marque et un signe identique, au sujet (ii) de produits ou services identiques ?

<sup>7</sup> Trib. gr. inst. Paris, 24 mars 1999, *R.D.P.I.*, 1999, p. 36.

<sup>8</sup> S. MALENGREAU, « Metatags : première décision belge », <http://www.droit-technologie.org>, actualité du 2 décembre 1999.

<sup>9</sup> Comm. Anvers (pdt), 10 in,n : 2000, *R.D.C.*, 2000, p. 395, comment. T. DE MEESE.

<sup>10</sup> E. WERY, « Marques et metatags : Playboy débouté », actualité du 6 janvier 1999, <http://www.droit-technologie.org>. Jugé que « T. W. has also used the terms Playboy and Playmate as metatags for her site so that those using search engines on the Web can find her website if they were looking for a Playboy Playmate. The problem in this case is that the trademarks that defendant uses, and the manner in which she uses them, describe and identify her ». Décision disponible à l'adresse: <http://law.tqn.com/newsissues/law/library/weekly/aa120798.htm>.

<sup>11</sup> L'exception de « fair use » est prévue par le *Lanham Act*, 15 U.S.C. article 1115.b. Voy. U.S. Court of Appeal for the Ninth Circuit, nr. 98-56918, D.C. nr. CV-98-09074-CRM, cité par A. STROWEL, « Commerce électronique et propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 127: la Cour estime qu'il y avait confusion et atteinte à la marque au motif que la société *West Cost*, par l'usage des metatags correspondant à la marque de la société *Broofield Communications*, a capturé l'attention des internautes en les orientant vers son site en profitant ainsi du « goodwill » de la société demanderesse.





2. La marque et le signe sont-ils plutôt similaires : le conflit oppose une marque et un signe identique ou similaire, pour des produits ou services similaires ?
3. La marque invoquée est-elle renommée, ce qui lui vaut une protection plus forte ?

Pour celui qui ne dispose pas d'une marque renommée, la question de l'identité ou de la similarité est cruciale car les régimes sont très différents : la première hypothèse est plus favorable au titulaire de la marque que la seconde. La « double » identité nécessite de démontrer l'identité (i) de signes et (ii) de produits ou services.

### 2.2.1 IDENTITÉ DE SIGNES

Depuis LTJ Diffusion, on sait qu'il y a identité si la marque et le signe sont parfaitement identiques ou si, considéré dans son ensemble, le signe comporte des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen<sup>12</sup>.

La CJUE l'a répété dans Portakabin<sup>13</sup>. La Cour était invitée à voir si le titulaire d'une marque est habilité, dans les mêmes conditions que celles applicables en cas d'usage par un tiers d'un mot clé identique à la marque, à interdire à un tiers de faire usage de mots clés reproduisant la marque avec de « petites erreurs » (sic). En l'espèce, une société Primakabin avait non seulement sélectionné le mot clé « portakabin » identique à la marque de la partie adverse, mais également les mots clés « portacabin », « portokabin » et « portocabin ».

La théorie est connue et la Cour se réfère à LTJ Diffusion. Elle étudie ensuite la question précise du référencement et estime que : « S'agissant de mots clés reproduisant une marque avec de petites erreurs, il est constant qu'ils ne reproduisent pas tous les éléments constituant la marque. Ils pourraient, toutefois, être considérés comme recelant des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen, au sens de la jurisprudence citée au point précédent du présent arrêt. Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier, eu égard aux éléments dont elle dispose, si lesdits signes doivent être qualifiés ainsi ».

<sup>12</sup> CJUE, 20 mars 2003, LTJ Diffusion, C-291/00, Rec. p. I-2799.

<sup>13</sup> CJUE, 8 juillet 2010, C-558/08.





## 2.2.2 IDENTITÉ DE PRODUITS OU DE SERVICES

Au-delà de l'identité de signes, la double identité requiert également que les produits ou services litigieux soient identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée.

Il faut donc se reporter à l'enregistrement, lequel peut, dans de nombreux cas, désigner un produit ou service relativement différent de la réalité vécue. Ce hiatus peut résulter d'un enregistrement avec un produit ou un service qui a évolué, ou d'un enregistrement approximatif. C'est parfois la conséquence d'un enregistrement dans lequel le déposant se borne à renvoyer à une classe de produits ou de services, alors qu'une lecture plus attentive des classifications internationales proposées lui aurait permis de constater qu'au sein d'une même classe, peuvent coexister des produits et services extrêmement diversifiés, et qu'il aurait été utile de mieux décrire son produit ou son service. Si le produit ou service réellement proposé s'éloigne trop de celui qui fait l'objet de la description lors de l'enregistrement, on peut aller jusqu'à considérer que le titulaire ne dispose tout simplement pas de marque déposée pour le produit ou service réellement proposé.

On ne peut donc que conseiller à celui qui est mis en demeure sur ces bases, d'exiger la production des enregistrements des marques mises en avant et de vérifier leur pertinence.

## 2.3 En cas de double identité

Pour que la situation puisse déboucher sur une condamnation pour violation de la marque, le titulaire de la marque doit établir plusieurs conditions qui peuvent être regroupées en deux volets :

- Il faut que l'usage ait lieu dans la vie des affaires, pour des produits ou services, sans le consentement du titulaire ;
- Il faut que l'usage porte atteinte à l'une des fonctions de la marque.

### 2.3.1 PREMIER VOLET : L'USAGE POUR DES PRODUITS OU SERVICES, SANS LE CONSENTEMENT DU TITULAIRE

#### 2.3.1.1 L'usage

L'usage correspond en résumé à l'élément matériel de la contrefaçon alléguée : il s'agit de toute utilisation, en pratique, du signe enregistré en tant que marque. Il peut s'agir d'une reproduction sur un support visible ou un emballage, mais l'usage peut prendre d'autres formes.





Utiliser un signe correspondant à une marque dans le cadre du référencement, constitue-t-il un tel usage ? Depuis l'arrêt Google<sup>14</sup>, on sait que la CJUE opère la distinction suivante :

- S'agissant de l'annonceur achetant le service de référencement et choisissant en tant que mot-clé un signe identique à une marque d'autrui, « il convient de constater qu'il fait un usage dudit signe au sens de cette jurisprudence. En effet, du point de vue de l'annonceur, la sélection du mot clé identique à la marque a pour objet et pour effet l'affichage d'un lien promotionnel vers le site sur lequel il offre à la vente ses produits ou ses services. »
- En revanche, s'agissant du moteur qui propose un service de référencement, la Cour de justice « a considéré qu'il ne faisait que permettre à ses clients de faire usage de signes identiques ou similaires à des marques, sans faire lui-même un usage de ceux-ci. Le rôle du prestataire du service de référencement est ainsi considéré comme celui d'un intermédiaire, qui permet à son client de faire l'usage d'un signe identique à une marque protégée sans en faire l'usage lui-même »<sup>15</sup>.

Pour être répréhensible, l'usage doit avoir lieu dans la vie des affaires ; nous laissons de côté cette condition qui est bien balisée en doctrine et jurisprudence et ne pose pas souvent problème dans le cadre d'une concurrence entre acteurs commerciaux<sup>16</sup>.

### 2.3.1.2 L'usage « pour des produits ou services »

L'usage doit avoir lieu « pour des produits ou services ». La situation n'est pas toujours claire. Dans *Celine*, la CJUE a en effet rappelé qu'un usage à titre de dénomination sociale, de nom commercial ou d'enseigne n'est en principe pas effectué pour des produits ou services, sauf lorsque

<sup>14</sup> CJUE, *Google France*, 23 mars 2010, Affaires jointes C-236/08, C-237/08, C-238/08.

<sup>15</sup> E. Cornu, *Usage de la marque d'un tiers et systèmes de référencement sur internet*, J.T., 2012, p. 821. L'auteur poursuit : « La responsabilité de ce prestataire se retrouve dès lors limitée à celle d'un intermédiaire et, s'agissant de la fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, il ne pourra en principe être tenu responsable pour les données qu'il a stockées. Il ne saurait en aller différemment que si, après avoir été averti du caractère illicite de ces données ou des activités du destinataire, il n'a pas promptement retiré ou rendu inaccessible ces données. Le régime qui lui est applicable est donc celui de l'article 14, § 1<sup>er</sup>, de la « directive sur le commerce électronique ».

<sup>16</sup> L'usage du signe identique à la marque a lieu dans la vie des affaires dès lors qu'il se situe dans le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique et non dans le domaine privé (arrêts du 12 novembre 2002, *Arsenal*, C-206/01, Rec. p. I-10273, point 40, et *Céline*, point 17, ainsi que ordonnance *UDV North America*, point 44).





le tiers utilise ledit signe de telle façon qu'il s'établit un lien entre ce signe et les produits commercialisés ou les services fournis par le tiers<sup>17</sup>.

Suivant un raisonnement similaire, certains ont prétendu qu'un lien HTML était seulement un renvoi *vers* un produit ou un service mais pas réellement un usage *pour* ce produit ou service.

Dans Portakabin la cour a répondu qu'un lien HTML, « bien que concis et ne permettant pas à l'annonceur de formuler des offres précises de vente ou de donner un aperçu complet des types de produits ou de services qu'il commercialise, est néanmoins un usage pour des produits ou services en ce sens qu'il vise à ce que les internautes cliquent dessus pour prendre connaissance de l'offre. »

Il reste que derrière ce lien, il doit y avoir une offre pour des produits/services, et tel n'est pas toujours le cas. Il appartient au juge de le vérifier dans cas par cas. En général, dans le référencement payant, l'annonceur insère une ligne d'accroche qui établit aussitôt un lien avec un produit/service, de sorte que cette condition est satisfaite. Les choses sont plus délicates dans le cadre du référencement naturel.

### 2.3.1.3 L'absence de consentement

Plusieurs titulaires de marques souhaitent que les prestataires de services de référencement généralisent les systèmes permettant de bloquer les termes correspondant à leur(s) marque(s). L'idée la suivante : si je suis titulaire d'une marque, je dois pouvoir signaler ce fait au moteur de recherche et bloquer toute possibilité de réserver ce mot-clé par une personne non-autorisée.

Dans Interflora<sup>18</sup>, la cour a jeté un pavé dans la mare, mettant ces titulaires en garde face à un potentiel effet boomerang : « Est sans pertinence (...) la circonstance (...) que le prestataire du service de référencement n'a pas permis au titulaire de la marque de s'opposer à la sélection du signe identique à cette marque en tant que mot clé. Ainsi que l'a observé M. l'avocat général au point 40 de ses conclusions, seule l'hypothèse inverse, où le prestataire du service de référencement donne une telle possibilité aux titulaires de marques, pourrait avoir des conséquences juridiques en ce que, dans cette hypothèse et sous certaines conditions, une absence d'opposition de ces titulaires, lors de la sélection en tant que mots clés de signes identiques à des marques dont ils sont titulaires, pourrait être qualifiée de consentement tacite de ceux-ci. »

---

<sup>17</sup> CJUE (grande chambre), 11 septembre 2007, C-17/06.

<sup>18</sup> CJUE, 22 sept. 2011, C-323/09.





### 2.3.2 DEUXIÈME VOLET : L'ATTEINTE À L'UNE DES FONCTIONS DE LA MARQUE

Pour établir une violation du droit qu'il détient sur sa marque, le titulaire de celle-ci doit encore établir que la manière dont celle-ci est utilisée par le tiers dans le cadre du référencement, « porte atteinte » à l'une des « fonctions » de cette marque. Quelles sont ces fonctions, et quand y a-t-il atteinte à celles-ci ?

#### 2.3.2.1 La fonction essentielle de la marque : garantir l'origine

La marque joue un rôle essentiel dans le système de concurrence ; elle constitue la garantie que, d'une part, tous les produits et services qu'elle désigne ont été fabriqués ou fournis sous le contrôle d'une entreprise unique et que, d'autre part, cette entreprise unique est responsable de leur qualité.

Or, cette garantie de provenance ne peut être assurée que si la marque est protégée contre les concurrents qui voudraient abuser de sa position et de sa réputation en vendant des produits non originaux. C'est ce que l'on appelle la fonction de garantie d'origine de la marque.

Derrière cette expression de juriste, il y a du bon sens. Je suis au fin fond de la jungle birmane, très affaibli par une crise de dysenterie. Me traînant sur un marché local, je trouve coincés entre deux racines inconnues, quelques comprimés frappés de la marque bien connue d'un médicament efficace que je connais. Le soulagement que pousse le touriste à la vue de cette marque résume l'idée sous-jacente de la garantie de l'origine : sans pouvoir échanger avec le vendeur qui ne parle pas l'anglais, sans boîte ni notice, cette seule marque me permet de savoir que ces comprimés sauveront mes vacances. Le système ne fonctionne que si la marque est protégée contre les interférences des profiteurs qui pourraient troubler ce lien entre le produit et son fabricant.

Toute marque est censée remplir cette fonction, par rapport aux produits et services pour lesquels elle a été enregistrée. Celui qui invoque la marque est donc dispensé de démontrer qu'elle joue bien ce rôle.

Quand y a-t-il atteinte à cette fonction ?

Interflora a répété ce qui avait déjà été écrit auparavant, notamment dans Google : « il y a atteinte à cette fonction lorsque l'annonce ou autre usage qui est fait de la marque par le tiers ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute ou le public normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés





par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire d'un tiers. »<sup>19</sup>

L'atteinte est donc constituée lorsque l'usage suggère l'existence d'un lien.

L'atteinte est également constituée lorsque l'usage en cause « reste à tel point vague sur l'origine des produits ou des services » que l'internaute type précité ou le public visé « n'est pas en mesure de savoir, sur la base du lien promotionnel et du message commercial qui est joint à celui-ci, si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou, bien au contraire, s'il est économiquement lié à celui-ci »<sup>20</sup>. Il s'agit d'une appréciation de pur fait : l'atteinte à la fonction essentielle de la marque « dépend en particulier de la façon dont cette annonce est présentée. »

Appliquant cela au référencement, la Cour relève que l'opération a pour but de faire apparaître un message au profit d'un tiers juste après une requête sur la marque, c'est-à-dire à un moment qui n'est pas innocent. Mais la Cour est ferme (et parfois critiquée<sup>21</sup>) : cela ne suffit pas. Il faut chaque fois vérifier si un doute est créé ou non. C'est ce qui explique le succès des annonces d'opposition, dont on arrivera rarement à démontrer qu'elles créent une association ou un lien. Ainsi, la phrase d'accroche « changez d'opérateur ! Offre promotionnelle chez XYZ » en réponse à une recherche sur un opérateur concurrent, sera rarement perçue comme créant un lien entre les deux sociétés.

### 2.3.2.2 Les autres fonctions

La marque constitue souvent, par ailleurs, un instrument de stratégie commerciale employé en particulier à des fins publicitaires ou pour acquérir une réputation afin de fidéliser le consommateur.

Contrairement à la fonction d'origine, qui est et reste la fonction essentielle de la marque, ces fonctions dites « supplémentaires » ne peuvent être invoquées que dans la mesure le titulaire démontre que vu la façon dont il exploite sa marque, celle-ci remplit effectivement cette fonction : il n'y a pas de présomption.

Quelles sont fonctions optionnelles ? Il s'agit principalement des fonctions de publicité et d'investissement.

La fonction de publicité vise à employer la marque non seulement pour indiquer l'origine des produits ou services, mais pour « informer et persuader le consommateur », « en tant qu'élément de promotion des ven-

<sup>19</sup> CJUE, Google France, 23 mars 2010, Affaires jointes C-236/08, C-237/08, C-238/08.

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> Voy. notamment E. Cornu, op. cit.



tes ou en tant qu'instrument de stratégie commerciale » (Google, points 91 et 92).

La jurisprudence actuelle ne permet pas d'affirmer avec certitude ce qu'est une atteinte à cette fonction.

On sait en revanche depuis l'arrêt Google que l'atteinte n'est pas caractérisée du simple fait que le titulaire de la marque, ne figure pas en premier résultat d'une requête faite sur cette marque dans un moteur de recherche, mais seulement parmi les premiers résultats après les liens commerciaux. L'argument est en effet souvent entendu : le titulaire de la marque vit la plupart du temps très mal le fait de voir le contrefacteur allégué figurer en meilleure position que lui dans les résultats de la recherche.

L'atteinte n'est pas non plus nécessairement établie du fait que le titulaire de la marque est contraint « d'intensifier ses efforts publicitaires pour maintenir ou augmenter sa visibilité » (Interflora, point 57), la Cour semblant au contraire suggérer que le fait, pour un tiers, de réserver la marque de son concurrent pour promouvoir sa propre offre commerciale, constitue une pratique inhérente au jeu de la concurrence. Sur ce point, il faudra attendre les prochaines décisions de la Cour dont la position libérale n'est pas partagée par tout le monde.

La cour insiste aussi sur le fait que liens promotionnels sponsorisés sont affichés « à côté ou au-dessus de la liste des résultats naturels de la recherche » et que l'ordre des résultats naturels n'est pas affecté par le référencement payant, ce qui plaide en défaveur d'une atteinte à la fonction publicitaire.

La fonction d'investissement vise à « acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser les consommateurs » (Interflora, point 60). Tant l'acquisition que la conservation sont visées. Les attributs de cette fonction chevauchent ceux de la fonction publicitaire sans s'y limiter, puisqu'ils incluent diverses techniques commerciales autres que la publicité.

Il est porté atteinte à cette fonction si l'usage par un tiers « gêne de manière substantielle l'emploi, par ledit titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs » ou qu'il « affecte » et « met en péril » une réputation déjà établie.

En revanche, il n'y a pas d'atteinte si l'usage par un tiers « a pour seule conséquence d'obliger le titulaire de cette marque à adapter ses efforts pour acquérir ou conserver une réputation » ni même s'il « conduit certains consommateurs à se détourner des produits ou des services revêtus de ladite marque » (Interflora, points 62 à 64). La délimitation préci-



se des actes autorisés ou non, risque de donner lieu à d'intenses débats devant les juridictions nationales.

## 2.4 En cas de similarité

Si le titulaire ne peut établir la double identité, il devra fonder son action sur la similarité.

Les conditions de mises en œuvre sont, pour ce qui concerne le premier volet mis en exergue ci-dessus, les mêmes : il faut établir un usage, pour des produits ou services, sans le consentement du titulaire de la marque (voir *supra*).

La différence tient au second volet car là où le plaignant peut invoquer toute atteinte à l'une des fonctions de la marque lorsqu'il y a double identité, il doit démontrer l'existence d'un risque de confusion en cas de similarité. La Cour l'a dit avec force : « la protection conférée par l'article 5.1.a) est plus étendue que celle prévue sous le b) dont la mise en œuvre exige l'existence d'un risque de confusion » (arrêts Google).

Constitue un risque de confusion le risque que le public puisse croire que les produits ou les services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement.

En matière de référencement, la CJUE a jugé qu'il existe un risque de confusion « lorsqu'est montrée aux internautes, à partir d'un mot clé similaire à une marque, une annonce d'un tiers qui ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers »<sup>22</sup>.

## 2.5 La protection des marques renommées

Aussi bien en cas de double identité que de similarité, le titulaire d'une marque renommée a la possibilité d'invoquer, en outre, la protection supplémentaire accordée à la marque renommée.

Cette protection est autonome (elle vient en plus) par rapport à celle analysée ci-dessus. Ceci découle des arrêts dits « L'Oréal 1 »<sup>23</sup> et plus certainement encore « L'Oréal 2 »<sup>24</sup>. Dans cette dernière affaire dans laquelle eBay utilisait les marques de L'Oréal pour promouvoir son pro-

---

<sup>22</sup> CJUE, 25 mars 2010, C-178/08, aff. Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpenschule Edi Koblmüller GmbH.

<sup>23</sup> CJUE, 18 juin 2009, C-487/07.

<sup>24</sup> CJUE, 12 juillet 2011, C-324/09.





pre service, la Cour a refusé la protection traditionnelle (notamment la fonction de garantie d'origine analysée ci-dessus) tout en relevant que l'usage litigieux pouvait être examiné sur le fondement de l'article qui instaure, en faveur des marques renommées, une protection plus étendue.

Pour l'emporter, le plaignant doit établir que l'usage du signe tire indubitablement profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice. Le défendeur peut, quant à lui, plaider le juste motif.

Notre propos n'est pas d'analyser en détails ces deux notions qui font l'objet de très nombreuses études. Nous nous limiterons à souligner que le profit indu ne présuppose ni l'existence d'un risque de confusion, ni celle d'un risque de préjudice porté au caractère distinctif ou la renommée de la marque ou, plus généralement, au titulaire de celle-ci.

L'Oréal 2 enseigne que le profit indu est établi « lorsque le tiers tente par cet usage de se placer dans le sillage de la marque renommée afin de bénéficier du pouvoir d'attraction, de la réputation et du prestige de cette dernière, et d'exploiter, sans compensation financière, l'effort commercial déployé par le titulaire de la marque pour créer et entretenir l'image de celle-ci. »

L'équilibre avec la libre concurrence n'est pas aisé à établir. C'est là que le juste motif intervient.

Sans lier les matières, signalons qu'un débat similaire a lieu dans le cadre des atteintes aux fonctions de publicité et d'investissement (voy. *supra*). Sur ce dernier point, la Cour a sous-entendu dans Interflora que les Traités poursuivent divers objectifs qui sont tous importants : « La marque constitue certes un élément essentiel du système de concurrence non faussé que l'Union entend établir, mais elle n'a pas pour objet de protéger son titulaire contre des pratiques inhérentes au jeu de la concurrence ».

Toujours sans lier les matières, c'est la même logique qu'on retrouve à l'article 6.1.a. (usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale) qui constitue, selon les termes de la cour, « une obligation de loyauté à l'égard des intérêts légitimes du titulaire de la marque, qui s'apprécie en prenant en compte toutes les circonstances pertinentes de l'affaire » (Céline).

## 2.6 Résumé

On retiendra les grandes orientations suivantes :





- L'évolution de la Cour va dans le sens d'une conception de plus en plus économique de la marque. Qu'on en soit chagriné ou non n'est pas la question ; cette évolution est présente et prégnante.
- Sans remettre en cause les fondements de la matière, la cour rappelle : (i) que la marque n'est pas un droit absolu mais un droit qui s'inscrit dans une finalité, (ii) qu'il est important de tenir compte de cette finalité lorsqu'on étudie les atteintes, et (iii) qu'il y a un nécessaire équilibre à respecter avec d'autres objectifs tout aussi importants des Traités, dont la création d'un espace unique dans lequel la libre concurrence joue pleinement mais sainement.
- Même dans les cas de double identité, les fonctions de la marque constituent un marqueur déterminant et incontournable, puisqu'il faut démontrer une atteinte à l'une de ces fonctions pour pouvoir se plaindre. Seule la fonction de garantie de l'origine est présumée remplie ; pour les autres il faut vérifier que la marque en question joue effectivement ces rôles ;
- Dans tous les cas, la notion d'usage implique la vérification de divers éléments qui vont au-delà de la simple constatation d'une reproduction de la marque. Il faut aussi s'assurer que l'usage a lieu « pour des produits ou services ». La précision n'est pas anodine s'agissant par exemple d'une jurisprudence qui a pu considérer (à tort) comme contrefaisant le simple enregistrement d'un nom de domaine ;
- La vie des affaires reste une notion importante même si elle pose moins de problème dans le monde commercial.

Cela étant précisé, il ne faut pas conclure que le titulaire de la marque est soudain désarmé. La cour suggère plus d'une fois d'utiliser plus fortement l'arsenal juridique disponible en matière de comportements déloyaux, sur le fondement de la responsabilité civile. Le débat est alors replacé sur le plan de la concurrence, ce qui paraît bien être l'une des préoccupations majeures de la Cour de justice.

On relèvera à cet égard que la cour aborde de plus en plus fréquemment le principe de loyauté qui doit guider les actes des opérateurs concurrents sur le marché, en rapprochant les différents corpus de règles qui abordent la matière (marque renommée, publicité comparative, responsabilité civile de droit commun) pour définir un socle commun de loyauté des affaires.

Il a ainsi été affirmé qu'un opérateur qui utilise la marque d'un autre opérateur, a une obligation de loyauté vis-à-vis de celui-ci. Il doit prendre en considération les intérêts légitimes du titulaire de la marque. Le juge national qui vérifie le risque d'association doit tenir compte de la mesure dans laquelle le tiers devait en être conscient (Celine). La cour a





également mis en rapport le parasitisme qui porte atteinte aux marques renommées, et celui qui rend illicite une publicité comparative (L'Oréal 1). La base du parasitisme est la tentative de transfert entre le signe et la marque, le tiers cherchant à établir un lien entre son offre et la marque protégée.

Dans Google aussi, le juge national a aussi été invité expressément à (re)lire le dossier sous l'angle de la responsabilité civile, y compris lorsque celle-ci joue en faveur d'une catégorie d'opérateurs (tel les intermédiaires techniques de l'internet).

La notion de loyauté offre une bonne transition vers le deuxième cas de figure de notre étude : l'utilisation de termes génériques.

### 3 DEUXIÈME CAS : LE TERME LITIGIEUX EST UN TERME GÉNÉRIQUE

#### 3.1 Le référencement payant

Le fait de réserver un terme générique, même descriptif de l'activité, ne sera que très rarement punissable dans le cadre du référencement payant. Le moteur de recherche sera en général ravi. Quant aux concurrents, ils auront le plus grand mal à trouver un fondement pour critiquer l'opération, à tout le moins s'il est clair qu'il s'agit d'une publicité. Tel est le cas lorsque le référencement payant apparaît dans une rubrique intitulée « liens sponsorisés », « annonces » ou « publicités ». Ils ne pourront se plaindre de façon marginale dans des cas exceptionnels, par exemple si le lien est dénigrant, s'il constitue une publicité comparative illicite, etc.

#### 3.2 Le référencement naturel

##### 3.2.1 LE SPAMDEXING

L'optimisation du référencement est aujourd'hui habituelle, à tel point que des juges ont considéré que le fait, pour un concepteur, de ne pas intégrer cette contrainte dans le développement du site, est un manquement à l'état de l'art.

Lorsque cette optimisation repose sur l'utilisation de termes génériques (maison, voiture, vacances, etc.), il faut partir du postulat que ces termes – parce qu'ils sont génériques – sont libres d'utilisation. Lorsqu'un problème se pose, c'est rarement le terme qui est la source du conflit mais bien plus la façon dont il est utilisé.



Quelles sont les techniques utilisées ? Elles sont nombreuses et, on l'a vu, adaptées à chaque moteur.

L'optimisation passe par de multiples leviers *internes* : accessibilité des contenus, codage sémantique, mise en place d'une arborescence optimisée, maillage interne des pages, ajout de contenus frais. Les facteurs *externes* vont aussi l'impacter fortement pour asseoir son autorité aux yeux des moteurs de recherche : le nombre et la qualité des liens entrants et les signaux apportés par les réseaux sociaux, sont autant de facteurs d'influence positifs<sup>25</sup>.

Les développeurs utilisent parfois des méthodes plus agressives et tentent d'exploiter l'algorithme du moteur pour favoriser tel ou tel contenu (le référencement « black hat ») : codage invisible à l'œil humain, vente de liens, enregistrement en grand nombre de noms de domaine pointant vers une même information, backlinks, génération automatique de sites pour obtenir des liens, génération automatique de commentaires de blog incluant des liens, landing pages abusives, etc.<sup>26</sup>

Parce qu'elles dérangent certains moteurs ainsi que les concurrents qui n'arrivent pas (plus) à suivre ou doivent consacrer de plus gros efforts que prévus pour rester dans la course du référencement, ces techniques agressives ont mauvaise réputation, au point d'avoir donné lieu à un néologisme : le *spamdexing*, contraction de « spamming » et « indexing ».

Selon Wikipedia, le terme désigne « un ensemble de techniques consistant à tromper les moteurs de recherche sur la qualité d'une page ou d'un site afin d'obtenir, pour un mot-clef donné, un bon classement dans les résultats des moteurs. »

Nous allons voir au chapitre suivant qu'il est extrêmement hasardeux de dresser une frontière entre ce qui relève du référencement acceptable et le spamdexing.

### 3.2.2 LA SITUATION DU MOTEUR DE RECHERCHES

La première victime du spamdexing n'est autre que le moteur de recherche lui-même. En effet, la confiance que le public place dans le moteur de recherche dépend étroitement de la qualité de l'information qu'il délivre. Cette confiance est vitale. En effet, si les moteurs sont trompés par des opérations de spamdexing et affichent en premiers résultats des éléments qui ne s'y trouvent qu'artificiellement ou de façon répétitive, il ne faudra pas longtemps avant que le public se tourne vers un autre

<sup>25</sup>

[http://fr.wikipedia.org/wiki/Optimisation\\_pour\\_les\\_moteurs\\_de\\_recherche#R.C3.A9f.C3.A9rencement\\_naturel:\\_les\\_enjeux](http://fr.wikipedia.org/wiki/Optimisation_pour_les_moteurs_de_recherche#R.C3.A9f.C3.A9rencement_naturel:_les_enjeux).

<sup>26</sup> <http://cours-de-referencement.ec-lille.fr/>.



prestataire. Et qui dit perte de fréquentation dit aussi perte de revenus publicitaires...

Pour prévenir le spamdexing, les moteurs de recherche publient des règles d'indexation et attendent de chacun qu'il s'y conforme. Ils disposent généralement d'équipes qui vérifient la cohérence du *page ranking* et développent des outils automatisés de détection du spamdexing. La plupart des moteurs ont également ouvert un canal de communication qui permet à quiconque de dénoncer les sites, souvent anonymement.

Les moteurs se réservent d'infliger une sanction ultime à quiconque aurait la mauvaise idée de s'affranchir de leurs règles : le déréférencement. Le site n'apparaît tout simplement plus dans les résultats de recherche. L'indexation ne reprend qu'après vérification des codes et des techniques de référencement.

La menace n'est pas théorique. Google a plusieurs fois défrayé la chronique pour avoir appliqué cette mesure. La marque BMW bien connue en a été une célèbre victime.

Les choses ne sont toutefois pas aussi simples :

- Il existe une grande quantité de moteurs de recherche, qui utilisent tous leur propre algorithme : ce qui apparaît bon pour l'un ne l'est pas nécessairement pour l'autre et ainsi de suite. Certes, Google mène le jeu *de facto* mais on ne donc malgré tout pas se baser sur ce qui déplaît à un acteur pour décider ce qu'est un référencement acceptable ou non. Cette caractéristique a été très correctement soulignée par la cour d'appel de Bruxelles dans les termes suivants : il est difficile de « tracer la frontière entre ce qui constitue les méthodes de référencement honnêtes et celles qui versent dans le répréhensible (...) cette difficulté tient notamment à l'absence de toute norme internationale ou nationale édictée par une autorité compétente et aux particularités des moteurs de recherche, chacun utilisant son propre algorithme (...) »<sup>27</sup>. Ayant constaté cette difficulté la Cour a débouté le demandeur, qui plaidait l'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale constitué par l'usage d'une technique de référencement soi-disant condamnable.
- Un autre élément à prendre en compte est l'absence de contrat : le fait qu'un moteur référence un site ne signifie pas qu'un contrat a été conclu avec ce site. Le fait de permettre au site de s'y opposer *via* une balise ad hoc dans le code, n'y change rien. La démarche d'indexation du moteur est une démarche proactive, qui s'inscrit sans doute dans une finalité commerciale légitime consistant à indexer un maximum de contenus de la façon la

<sup>27</sup> CA Bruxelles, 29 juillet 2010, Extenseo & Ed. Urbaines c. Dialo, RG 2007/AR/422.



plus idoine possible, mais cela ne signifie pas pourtant que les sites indexés sont en relation contractuelle. Sauf circonstances particulières, il n'y a donc pas de base contractuelle prévoyant le déréférencement. La démarche est essentiellement pragmatique.

- Enfin, pour certains moteurs, se pose la question de la position dominante voire, selon le cas, de l'accès à une ressource essentielle (théorie des *essential facilities*)<sup>28</sup>. En droit de la concurrence, on désigne par là des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables. La théorie sert surtout en matière d'infrastructures lourdes tel un aéroport ou un réseau ferré, mais on ne peut exclure son extension vers des services dématérialisés. Le risque est d'autant plus grand que certains moteurs de recherche développent, à côté de leur activité-cœur, des services additionnels qu'ils mettent en avant dans les résultats de recherche et qui peuvent concurrencer les services proposés par des sites concurrents qu'ils indexent.

### 3.2.3 LA SITUATION DES CONCURRENTS

Les concurrents sont impactés par le référencement en ce sens où chaque fois qu'un site améliore son *ranking*, ils reculent mathématiquement dans la liste des résultats naturels. Il ne s'agit pas d'empêcher leur référencement (comme on le lit parfois) mais de le rendre moins avantageux. Cette frustration amène un certain nombre d'acteurs à tenter des actions en justice sur les fondements juridiques les plus divers, qui mêlent tantôt les normes de bons comportements entre commerçants, tantôt le droit de la concurrence, voire un prétendu droit à être référencé justement.

En l'absence de norme générale, il est très difficile de dire à partir de quand le comportement devient déloyal et constitutif de pratiques commerciales condamnables. On a vu ci-dessus que la cour d'appel de Bruxelles a très correctement souligné « l'absence de toute norme internationale ou nationale édictée par une autorité compétente », et la difficulté de déceler une norme de bon comportement dans un monde où chaque moteur de recherche « utilise son propre algorithme (...) »<sup>29</sup>.

A l'inverse, la cour d'appel de Douai est connue pour avoir rendu l'un des arrêts les plus sévères en la matière<sup>30</sup>. Elle a en effet estimé « qu'en

<sup>28</sup> Cour d'appel de Paris, 9 sept. 1997, BOCCRF, 7 oct. 1997, p. 691 ; CJCE Diego Cali, 1997.

<sup>29</sup> CA Bruxelles, 29 juillet 2010, Extenseo & Ed. Urbaines c. Dialo, RG 2007/AR/422.

<sup>30</sup> Cour d'appel de Douai Chambre 1, section 2 Arrêt du 05 octobre, Saveur Bière / Céline S., Sélection Bière.





multipliant la réservation de noms de domaine comportant à de nombreuses reprises le terme 'bière' favorisant la création de liens orientant vers leur nom de domaine, le plaçant de ce fait en tête des moteurs de recherche, Julien L. et la SARL Saveur Bière ont commis des actes de concurrence déloyale en privant le site appartenant à Céline S., qui exerce dans le même secteur d'activité, d'être normalement visité » .

Il est trop tôt pour savoir de quel côté les juges pencheront, mais il nous paraît pour le moins délicat de procéder comme le fait la Cour d'appel de Douai.

L'ensemble du droit économique repose sur le principe fondateur qu'est la liberté d'entreprendre, et la liberté de concurrence qui en est le corollaire. Pour l'opérateur d'un site qui entreprend une activité, le succès tient autant à la qualité des produits et services qu'il propose qu'au référencement de son site. Il va donc investir du temps et de l'argent à concevoir un site optimisé, quitte à consacrer une certaine énergie à chercher comment passer devant ses concurrents. En l'absence de référentiel (ce qui est toléré et ce qui ne l'est pas), il nous semble que cet entrepreneur est libre de consacrer son argent à ce qu'il veut, et s'il est convaincu de la nécessité d'un bon référencement au point d'utiliser les méthodes les plus agressives à sa disposition, c'est son libre choix.

Que cet excès d'optimisme et certaines techniques utilisées déplaisent aux moteurs de recherche est une chose ; nous avons analysé la question ci-dessus.

Toute autre chose est la situation des concurrents qui ne peuvent en principe pas se plaindre de l'énergie que l'opérateur met ainsi à soigner son référencement sur la base de termes génériques, même si cela les relègue dans une moins bonne position, sauf à démontrer que les circonstances précises de la cause caractérisent un comportement illicite ou constitutif de faute. Va-t-on demain reprocher à une enseigne de grande distribution de monopoliser pendant un mois autant d'emplacements publicitaires que possible pour une maxi-campagne, privant ses concurrents d'emplacements ? Non seulement on n'accepterait pas une condamnation, mais encore faut-il souligner que sur l'Internet les efforts consacrés au référencement ne *privent* pas les concurrents d'être référencé : ils les font seulement *reculer* dans le classement. Les concurrents peuvent décider de lutter en recourant aux mêmes armes et en consacrant le même temps et la même énergie à leur référencement.

Les paragraphes qui précèdent démontrent l'impossibilité de déterminer ce qu'est un référencement « normal », notion qui se situe au centre du raisonnement de la Cour d'appel de Douai. Le référencement dépend de tellement de facteurs internes et externes, dont la plupart sont liés à des initiatives parfaitement légitimes liées à la capacité



d'innovation de l'annonceur, qu'il n'existe rien de tel qu'un référentiel « normal ».

Par ailleurs, on a vu que s'agissant d'une marque – élément protégé par un droit exclusif – la Cour européenne estime que la fonction publicitaire de la marque n'est pas affectée par le fait que son titulaire est contraint « d'intensifier ses efforts publicitaires pour maintenir ou augmenter sa visibilité » (voy. *supra*). Elle a adopté un raisonnement similaire pour la fonction d'investissement de la marque en refusant de voir une atteinte si l'usage par un tiers « a pour seule conséquence d'obliger le titulaire de cette marque à adapter ses efforts pour acquérir ou conserver une réputation » ni même s'il « conduit certains consommateurs à se détourner des produits ou des services revêtus de ladite marque » (Interflora, points 62 à 64). Il n'y a atteinte que si l'usage par un tiers « gêne de manière substantielle l'emploi, par ledit titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs » ou qu'il « affecte » et « met en péril » une réputation déjà établie. Il nous semble que ce qui est vrai pour une marque (octroyant un droit exclusif à son titulaire), vaut *a fortiori* pour un terme générique dont l'usage est en principe libre.

On a vu que lorsqu'elle analyse les litiges mettant en cause une marque sous l'angle du comportement déloyal, la CJUE tente de dépasser le droit des marques et de créer la notion d'obligation de loyauté vis-à-vis du titulaire de la marque. Cette loyauté disparaît lorsqu'il n'y a pas de marque pour être remplacée par la liberté de concurrence dont la limite est la notion de faute ou d'acte illicite (pour les tenants de la théorie de l'acte illicite). On appelle cette faute parasitisme, comportement déloyal, publicité trompeuse ou toute autre appellation qui correspond aux faits de la cause, mais c'est chaque fois un comportement précis qui doit être démontré.

Sauf à remettre en cause la liberté d'entreprise et de concurrence (placée par la CJUE au rang d'objectif des Traités européens), on ne peut qualifier d'illicite ou de fautif le comportement qui a pour conséquence de forcer les concurrents à intensifier leurs efforts publicitaires pour maintenir ou augmenter leur visibilité, uniquement par ce que ce comportement emporte cette conséquence. Or, c'est le résultat auquel aboutit la Cour d'appel de Douai.

On préfère le raisonnement de la Cour d'appel de Paris confrontée en 2005 à la reprise, par un concurrent, de termes génériques insérés dans ses metatags. La Cour est entrée en voie de condamnation, mais uniquement parce que la répétition des termes et leur identité démontraient une reprise systématique caractérisant le comportement déloyal : « le procès verbal de l'Agence pour la Protection des Programmes démontre que la société Kaligona a reproduit pour l'exploitation de son site internet les codes sources du site de la société Dreamnex en reprenant tous



les mots clés ou métatags choisis par celle-ci dans le même ordre, avec les mêmes fautes d'orthographe, (lebienne au lieu de lesbienne, transsexuel au lieu de transsexuel), les mêmes noms d'acteur, (Anderson, Lahaye, Siffredi), les mêmes prénoms, (Rocco, Lolita, Brigitte, Clara, Tabatha) ; Contrairement à ce que soutient la société Kaligona, l'identité de ces mots clés n'est pas nécessaire pour décrire l'activité de la vente en ligne des services et produits proposés ;

Considérant qu'ainsi, force est de constater que la reprise et l'utilisation sans nécessité par la société Kaligona de la page de référencement et des mots clés utilisés par la société Dreamnex, procèdent de la volonté délibérée de se placer dans le sillage de celle-ci et caractérisent un comportement déloyal »<sup>31</sup>.

Ce faisant, la Cour d'appel de Paris fait beaucoup plus justement application des principes traditionnels, qu'elle a encore rappelés en 2012 dans une affaire qui n'impliquait pas le référencement mais deux formats d'émission TV trop ressemblants. Se livrant à fait un bel effort de pédagogie, la Cour a rappelé les conditions des actions en concurrence déloyale et parasitisme : « Considérant qu'il convient liminairement de rappeler que l'action en concurrence déloyale, qui a pour fondement non une présomption de responsabilité qui repose sur l'article 1384 du Code civil mais une faute engageant la responsabilité civile délictuelle de son auteur au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, suppose l'accomplissement d'actes positifs dont la preuve, selon les modalités de l'article 1315 du Code civil, incombe à celui qui s'en déclare victime ;

Que, par ailleurs, le parasitisme se définit comme l'ensemble des comportements par lequel un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit de ses efforts et de son savoir-faire et s'approprie ainsi une valeur économique individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'une recherche et d'un travail de conception spécifique. »<sup>32</sup>

Sauf circonstance particulière caractérisant une faute ou un acte illicite, on ne voit pas en quoi la réservation de termes génériques qui décrivent l'activité serait punissable dans le cadre d'une campagne de référencement, même si cela conduit à se procurer un avantage de positionnement au détriment d'un concurrent (qui peut faire la même chose, du reste). N'est-ce pas cela, tout simplement, la libre concurrence ?

## Etienne Wery

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris

<sup>31</sup> Cour d'appel de Paris, 4<sup>ème</sup> chambre, section A, 12 janvier 2005 (Kaligona / Dreamnex).

<sup>32</sup> Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - Chambre 4, 12 septembre 2012, (RG 11/05622).





[www.uly.net](http://www.uly.net) ; [etienne.wery@uly.net](mailto:etienne.wery@uly.net)

[www.uly.net](http://www.uly.net)

Be smart, get the App!  
1000+ news and e-books for free

