

Lextenso

Du visible à l'invisible : la notion de publicité à l'épreuve du nom de domaine et des métatags

Issu de Petites affiches - 21/05/2014 - n° 101 - page 4
ID : PA201405214

Auteur(s):

- Guillaume BUSSEUIL

En qualifiant le nom de domaine et les métatags de publicité, la Cour de justice de l'Union européenne apporte sa pierre à la construction du régime juridique du nom de domaine, et fait évoluer la notion de publicité du visible vers l'invisible aux yeux du consommateur. Cette solution peut être le point de départ d'une réflexion plus large relative à la cohérence du droit européen des pratiques commerciales déloyales.

L'internet, par son infrastructure et ses pratiques, constitue un terrain d'observation privilégié de la mutation des notions juridiques en ce qu'il laisse à voir comment des définitions rendues obsolètes, à tout le moins lacunaires, par la dématérialisation du commerce, évoluent au gré de la régulation des pratiques de marché, écartant ainsi une conception statique des notions juridiques ¹.

Précisément, un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le 11 juillet 2013 ² invite non seulement à réfléchir à la notion de publicité dans le contexte d'internet, mais peut être le point de départ d'une réflexion plus large sur la cohérence des textes européens relatifs aux pratiques commerciales déloyales, et le chevauchement possible entre ces derniers textes et ceux relatifs à la protection des marques. En effet, afin de protéger leurs marques, les professionnels sont tentés d'invoquer en combinaison avec les textes spécifiques relatifs au droit des marques, ou en lieu et place de ces derniers, les dispositions relatives à la publicité trompeuse. Or incidemment, l'architecture même d'internet – nom de domaine, métatags ³ –, en servant de plus en plus une fonction publicitaire, est susceptible de faire évoluer, voire de diluer la notion de publicité contenue dans la législation européenne en matière de publicité trompeuse et publicité comparative.

Dans cette affaire examinée par la CJUE sur renvoi préjudiciel, un litige opposait deux sociétés, Best et Visys, intervenant dans le secteur de la production et de la vente de systèmes de séparation à technologie laser. Le 3 janvier 2007, la société Visys a enregistré le nom de domaine « www.bestlasersorter.com », dont le contenu est identique à celui de sites internet précédemment utilisés par cette société sous les noms de domaine « www.visys.be », et « www.visysglobal.be ».

Le 4 avril 2008, la société Best a déposé auprès de l'office des marques du Benelux une marque figurative constituée par le terme « Best », tandis que le 23 avril 2008, un huissier de justice a constaté que lorsque l'on introduisait dans le moteur de recherche Google, les termes *best laser sorter*, apparaissait en deuxième résultat, après le site internet de la société NV Best, un lien vers le site internet de la société NV Visys.

En outre, il est apparu que la société Visys utilisait comme métatags pour ses sites internet des termes correspondant aux noms de produits commercialisés par la société Best.

Par conséquent, la société Best a assigné la société Visys, notamment pour violation des dispositions sur la publicité trompeuse et comparative, en considérant que l'enregistrement et l'utilisation du nom de domaine enregistré en 2007, et l'utilisation des métatags correspondant aux noms de ces produits usurpait sa marque et sa dénomination commerciale.

En qualifiant le nom de domaine et les métatags de publicité au sens des directives européennes, l'arrêt suscite l'intérêt à plus d'un titre. Non seulement, il apporte sa pierre à la construction du régime juridique du nom de domaine sur lequel pèsent encore de nombreuses incertitudes ⁴, mais il montre dans quelle mesure le support publicitaire évolue du visible vers l'invisible aux yeux du consommateur, pointant ainsi dans une certaine mesure les lacunes des textes européens sur les pratiques commerciales déloyales. En effet, le renouvellement de la notion de la publicité au regard des pratiques du commerce électronique (II), s'est fait au détriment d'une interprétation transversale de la publicité dans les directives européennes (I).

I. L'interprétation transversale de la notion de publicité

Bien que codifiée par une directive de 2006, et modifiée à plusieurs reprises notamment afin d'appréhender la publicité comparative, l'armature conceptuelle de la directive de 1984 sur la publicité trompeuse est bien antérieure aux avancées technologiques générées par l'internet. L'efficacité des méthodes d'interprétation mobilisées par la CJUE pour interpréter les directives (A), ont pourtant eu raison des incertitudes qui pesaient sur l'interprétation de la notion de publicité au sens de ces textes (B).

A. Les méthodes

La notion de publicité est définie à l'article 2 de la directive de 1984 sur la publicité trompeuse ⁵ et par l'article 2 de la directive de 2006 sur la publicité trompeuse et la publicité comparative ⁶, comme « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services ».

Tant la lettre que l'objectif de la directive plaident en faveur d'une interprétation large de la notion. En effet, l'expression « toute forme de communication » utilisée par le législateur européen dans sa définition de la publicité témoigne de sa volonté de ne pas restreindre le champ couvert par les directives, comme la CJUE l'a d'ailleurs reconnu dans un arrêt du 25 octobre 2001, à propos de la publicité comparative ⁷. Dans cette décision, la Cour a forgé une définition si généreuse de la publicité comparative qu'il est permis de se demander si la condition de comparaison n'a pas purement et simplement été évincée. En effet, il suffit qu'il existe une communication sous une forme quelconque faisant, même implicitement, référence à un concurrent ou aux biens ou aux services qu'il offre.

Dans l'arrêt de 2013, l'interprétation téléologique des textes vient conforter encore une fois leur interprétation littérale. Comme le relève la Cour, l'objectif de ces directives, mis en exergue dans leur article 1^{er}, est de protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales, et d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite ⁸. Ces directives visent également à établir un encadrement complet pour toute forme de manifestation publicitaire, qu'elle conduise ou non à la conclusion d'un contrat, et ceci afin d'éviter qu'une telle publicité porte préjudice tant aux consommateurs qu'aux professionnels, et entraîne une distorsion de concurrence au sein du marché intérieur.

L'interprétation téléologique était d'autant plus nécessaire en l'espèce, ainsi que l'a relevé l'avocat général dans ses conclusions, en l'absence d'une correspondance exacte, du point de vue linguistique, s'agissant de la définition de publicité, entre les différentes versions des directives sur la

publicité ⁹.

L'interprétation large de la notion de publicité à des fins de protection des opérateurs peut être mise en parallèle avec l'interprétation également généreuse de la notion de communication au public à des fins de protection des auteurs, sur le fondement de la directive du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ¹⁰.

Bien que la jurisprudence antérieure de la CJUE vienne au soutien d'une telle interprétation de la notion de publicité, des incertitudes pesaient sur la capacité de ces textes à embrasser le nom de domaine et les métatags.

B. Les incertitudes

En effet, il n'allait pas de soi que ces derniers constituent le support d'une communication au sens de ces directives, et ceci pour deux raisons.

D'une part, il était tentant pour la Cour de s'inspirer, sur le modèle de la loi belge en cause dans le présent contentieux, de la directive de 2000 sur le commerce électronique afin d'affiner la notion de publicité dans le contexte d'internet ¹¹. Or tandis que ce texte définit les communications commerciales dans des termes voisins de la définition de la publicité, au sens des directives précitées sur la publicité trompeuse et comparative, il en restreint le champ d'application en excluant expressément l'accès au nom de domaine ¹².

Le contexte de la rédaction de la directive de 2000 relative au commerce dans la société de l'information explique aisément une telle restriction. Ses rédacteurs ont, en effet, veillé à assurer la neutralité du commerce électronique par rapport au commerce physique boutant ainsi en dehors du champ des communications commerciales les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise. Les rédacteurs de la directive sont partis d'un postulat, mis à l'épreuve par la pratique du commerce électronique, que le nom de domaine ne pouvait être assimilé à une communication commerciale, à l'instar d'une adresse physique ¹³, en raison de sa fonction neutre d'identification d'un professionnel sur internet et de mise en liaison avec le destinataire d'un service de la société de l'information ; or la neutralité du nom de domaine s'est avérée vaine à mesure de sa mutation en véritable signe distinctif ¹⁴.

Si l'argument de l'interprétation transversale de la notion de publicité ne manquait pas d'intérêt, il est écarté par la Cour. En effet, non seulement les directives sur la publicité et celle sur le commerce électronique poursuivent des objectifs différents, la protection des professionnels et des consommateurs pour les premières, la libre circulation des services de la société de l'information pour la seconde, mais la directive de 2000 s'applique sans préjudice du niveau existant de protection prévu par d'autres textes. Ainsi, la définition de la communication commerciale ne peut être transposée à celle de la publicité ; et pour cause, la directive sur le commerce électronique ne reprend pas cette dernière notion à son compte ¹⁵.

L'argumentation de la Cour ne convaincra qu'à moitié, dès lors que le concept de « publicité » est apparu avec le temps bien étroit, à tout le moins inapte à appréhender de nouvelles formes de communications. C'est bien la raison pour laquelle les pratiques trompeuses ont remplacé la publicité trompeuse, à la faveur de la transposition de la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales.

D'autre part, comme le relève l'avocat général dans ses conclusions ¹⁶, la définition de la publicité contient trois éléments, à savoir, en premier lieu, « une communication », en deuxième lieu, une communication « faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » et, en troisième lieu, elle doit avoir pour but de « promouvoir la fourniture de biens ou de services ».

C'est principalement sur le premier élément que portait la discussion, à savoir la capacité du nom de domaine et des métatags à contenir une communication, c'est-à-dire la transmission d'un message entre un émetteur et un récepteur ¹⁷, et à être intégrés à une notion renouvelée de publicité.

II. L'interprétation renouvelée de la notion de publicité

Afin de déterminer si le nom de domaine et les métatags étaient couverts par la notion de publicité, il était tentant d'établir une distinction selon que le support est visible ou non par le récepteur du message publicitaire. Tandis que le nom de domaine permet d'identifier un site internet, et par là même, de le rendre visible pour le consommateur, les métatags sont au contraire des mots-clés connus du seul système informatique permettant l'indexation du site internet, à l'interface entre le site internet et la recherche déclenchée par l'internaute.

Néanmoins, la frontière tracée par la CJUE pour dresser les contours de la notion de publicité n'emprunte pas celle entre le visible et l'invisible, et si le renouvellement de la notion de publicité tantôt au regard du nom de domaine **(A)** tantôt au regard des métatags **(B)** paraissait opportun, il interroge néanmoins de manière incidente la cohérence du droit européen des pratiques déloyales.

A. Le nom de domaine

Le nom de domaine, « système d'habillage de l'adresse électronique »¹⁸, revêt *a priori* une fonction purement technique d'identification et de mise en liaison consistant à diriger une communication vers le serveur dont l'adresse IP a été associée à ce nom. Tandis que l'enregistrement du nom de domaine ne sert pas une fonction publicitaire (1.), il n'en va pas de même de son utilisation (2.).

1. L'enregistrement d'un nom de domaine

Dans son arrêt, la CJUE exclut d'emblée la qualification de publicité de l'enregistrement du nom de domaine, car, d'une part, il s'agit d'un acte purement formel¹⁹, et, d'autre part, l'enregistrement n'emporte pas utilisation du nom de domaine, le cas échéant à des fins publicitaires²⁰.

L'enregistrement du nom de domaine consiste, en effet, pour une personne à demander à l'organisme désigné pour la gestion des noms de domaine, de réserver l'adresse qui permettra de l'identifier dans le cyberspace. C'est le véritable acte formel de naissance du nom de domaine prenant la forme d'un contrat conclu entre un bureau d'enregistrement et le titulaire²¹, qui octroie un droit d'usage, ce qui différencie le nom de domaine de la marque.

Le rapprochement entre les deux achoppe, en effet, sur deux aspects. D'une part, contrairement à la marque, dont l'existence peut être déconnectée de l'enregistrement – dans l'hypothèse d'une marque notoire²² – le nom de domaine en sera dépourvu à défaut d'avoir été préalablement enregistré. D'autre part, l'enregistrement du nom de domaine n'emporte pas obligation pour son titulaire de l'utiliser. Contrairement à la marque, le nom de domaine, sauf exception, ne peut disparaître par le non-usage, mais par la seule absence de renouvellement de l'enregistrement auprès de l'organisme de nommage, de sorte qu'un nom de domaine peut parfaitement être enregistré sans être utilisé.

À défaut de valoir utilisation du nom de domaine, l'étape de l'enregistrement ne peut être qualifiée de publicité au sens d'une communication entre un émetteur et un récepteur.

2. L'utilisation d'un nom de domaine

Il n'en va pas de même de son utilisation.

Parmi les différentes utilisations du nom de domaine que l'on peut recenser, on pense en priorité à la fonction de localisation d'un opérateur sur internet, c'est-à-dire la mise à disposition effective sur internet d'un site qui peut être consulté à l'adresse IP correspondant au nom de domaine en question, mais également à sa fonction publicitaire mise en exergue dans l'affaire examinée par la CJUE.

En l'espèce, la société Visys a effectivement utilisé des noms de domaine qui rappellent la dénomination de son concurrent en mettant en ligne des sites internet correspondant à ces noms de domaine, et une telle mise en ligne peut constituer une communication au sens de la définition de la

publicité contenue dans les directives. En effet, la logique publicitaire du nom de domaine paraît assez évidente lorsque le nom de domaine reprend un slogan – en l'espèce *bestlasersorter* – destiné à inciter le consommateur à consulter ce site.

L'arrêt permet de préciser ainsi les contours du nom de domaine en tant que catégorie juridique encore en construction, et c'est en l'espèce la qualification de publicité qui est mobilisée, au risque de voir le nom de domaine flirter tantôt avec l'enseigne, tantôt avec la marque.

La publicité commerciale a de plus en plus tendance à se référer au nom de domaine et à en faire un vecteur privilégié du message au consommateur, et à ce titre, la qualification de publicité met en exergue la valeur économique du nom de domaine, conformément à la qualification retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ²³, par son pouvoir d'attraction de la clientèle, ce qui autorise un rapprochement avec l'enseigne. L'analogie a cependant ses limites, dès lors que le nom de domaine n'a pas toujours une fonction marchande, et que dans cette hypothèse, la zone d'achalandage de l'enseigne virtuelle n'est pas, par la nature même du réseau internet, limitée à une zone géographique ²⁴.

L'utilisation du nom de domaine à des fins publicitaires autorise également un rapprochement avec la marque. En effet, alors qu'initialement tout les opposait, principes de territorialité et de spécialité, d'une part, pour la marque, logique internationale et généralité de l'objet pour le nom de domaine, celui-ci, endosse en l'espèce la qualification de support publicitaire, ce qui le renvoie du même coup à l'une des fonctions de la marque ²⁵.

En effet, le régime de la marque a été étoffé sous la plume de la CJUE en l'assortissant de plusieurs fonctions parmi lesquelles – et c'est la plus récente – une fonction publicitaire, déclinée en l'espèce au nom de domaine. À cet égard, une marque constitue souvent, outre une indication de la provenance des produits ou des services, un instrument de stratégie commerciale employé en particulier à des fins publicitaires. Une marque est toujours censée remplir sa fonction d'origine, tandis qu'elle assure ses autres fonctions que dans la mesure où son titulaire l'exploite en ce sens ²⁶.

Si le nom de domaine peut être qualifié de publicité, et donc potentiellement de publicité trompeuse, il n'est guère envisageable en l'état de la jurisprudence européenne d'y voir une atteinte à la fonction de publicité de la marque. En effet, la Cour, tout en consacrant une telle fonction, en a dans le même temps considérablement limité les possibilités d'application concrète, au point, que l'on peut s'interroger sur l'utilité de cette nouvelle fonction ²⁷. En effet, en jugeant que « le fait que l'usage, par un tiers, d'un signe identique à une marque pour des produits identiques à ceux pour lesquelles cette marque est enregistrée contraigne le titulaire de cette marque à intensifier ses efforts publicitaires pour maintenir ou augmenter sa visibilité auprès des consommateurs, ne suffit pas, dans tous les cas, pour conclure qu'il y a atteinte à la fonction de publicité de ladite marque » ²⁸, la Cour a restreint de manière très discutable ²⁹ la possibilité d'une atteinte à la fonction de la marque à l'usage d'un signe identique visé à l'article 5, § 1 sous a) de la directive sur les marques et à l'article L. 712-2 du Code de la propriété intellectuelle, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Ceci explique qu'à défaut d'agir sur le terrain du droit des marques lorsque les conditions de l'action en contrefaçon ne sont pas remplies, le professionnel peut trouver un intérêt à agir sur le fondement des pratiques commerciales déloyales, et ceci à la faveur de l'extension de la notion de publicité à l'utilisation du nom de domaine, et du chevauchement incident entre le droit des marques et le droit des pratiques déloyales.

En l'espèce, le nom de domaine portait atteinte à une marque déposée, qui avait vocation à être défendue en priorité sur le fondement du droit des marques. Bien que l'arrêt de la CJUE soit focalisé, à juste titre, sur la question de fond, à savoir la qualification publicitaire, et qu'incidemment la procédure devant la juridiction nationale n'est que succinctement mentionnée pour rendre la question intelligible, on relèvera avec intérêt que la juridiction d'appel par arrêt du 21 décembre 2009 a rejeté l'intégralité des demandes de la société Best, y compris celle tirée d'une violation des règles en matière de publicité comparative et trompeuse et a annulé cette marque figurative pour défaut de caractère distinctif.

Ainsi, « le droit de la consommation peut constituer une exception au droit des marques et peut même parfois être un substitut au droit des marques »³⁰, et en droit français, les titulaires de marques pourraient s'engouffrer dans la brèche ouverte dans le droit des marques par l'article L. 121-1 I du Code de la consommation³¹, applicable entre professionnels, qui est issu de la transposition de la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales. En effet, la superposition des régimes entre l'article L. 121-1 du Code de la consommation et le livre VII du Code de la propriété intellectuelle est tel que la confusion créée avec une marque constitue, *a priori*, tant en matière civile qu'en matière pénale, à la fois une contrefaçon sanctionnée par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle et une pratique commerciale trompeuse, interdite par le Code de la consommation³².

Comme l'a relevé un auteur, il peut être opportun d'agir sur le fondement du Code de la consommation, plutôt que sur celui du Code de la propriété intellectuelle³³. Tout d'abord, le délai de prescription de droit commun de cinq ans, applicable à défaut de délai spécial, est plus long que le délai de trois ans à compter des faits suspectés de contrefaçon prévu par le droit des marques.

Ensuite, l'action en contrefaçon peut se heurter à la forclusion par tolérance lorsque le professionnel a toléré pendant cinq ans l'usage du signe litigieux à titre de marque. Enfin, l'action sur le fondement du Code de la consommation peut permettre d'éviter une demande reconventionnelle en annulation de la marque qui ne serait pas recevable faute de lien suffisant avec la demande initiale.

La question des champs respectifs de la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales et la directive de 2008 sur le droit des marques mériterait d'être clarifiée, afin de déterminer par exemple si une association de consommateurs est recevable à agir sur le fondement de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, ce qui serait très souhaitable.

En effet, la recevabilité de l'action fondée sur l'article L. 121-1 du Code de la consommation, et les pratiques commerciales déloyales n'a rien d'évident, eu égard, d'une part, au degré d'harmonisation maximale de la directive sur la marque, et d'autre part, au caractère subsidiaire de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, qui s'applique sans préjudice des règles européennes et nationales relatives aux droits de propriété intellectuelle³⁴.

Or dès lors qu'un opérateur n'a pas d'intérêt à agir sur le fondement d'un droit privatif, ce qui est le cas d'une association de consommateurs dans le cadre d'une action en cessation, il devrait pouvoir invoquer l'article L. 121-1 du Code de la consommation. En cela, l'esprit de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales serait parfaitement respecté.

B. Les métatags

L'économie du commerce électronique repose sur la traçabilité des sites internet sur les moteurs de recherche, notamment par le biais des métatags, lesquels servent de levier au référencement naturel. Ces mots-clés demeurent invisibles pour l'utilisateur, même s'ils ont une influence déterminante sur l'indexation d'un site internet en contribuant à améliorer sa position et sa visibilité dans la recherche. C'est la raison pour laquelle certains concurrents indéliçables sont prompts à faire usage de la marque d'autrui en tant que mot-clé d'une balise méta afin d'attirer le consommateur vers son propre site, qui est le plus souvent concurrent de la marque³⁵. Tandis que la parade technique est de rendre inopérant les métatags, comme le font aujourd'hui certains moteurs de recherche³⁶, les juges du fond ont considéré à plusieurs reprises qu'est constitutive d'une pratique déloyale l'utilisation de la marque d'un concurrent dans son code source³⁷.

Étant invisible pour l'utilisateur, les métatags s'insèrent péniblement dans la définition de la publicité conçue strictement comme une communication émise par un émetteur à destination d'un récepteur, puisque l'utilisateur qui effectue une recherche sur internet, n'a pas directement connaissance du mot-clé qui constitue le métatag, reconnu exclusivement par le moteur de recherche.

Et pourtant, la CJUE écarte cet argument en retenant que la notion de publicité englobe toute forme de communication, incluant donc des formes de communications indirectes, *a fortiori* lorsque celles-ci sont susceptibles d'influencer le comportement économique des consommateurs ; elle réintègre

ainsi, non sans forcer la notion de publicité, la face cachée de la déloyauté au sein des pratiques commerciales stigmatisées. Ainsi, le moteur de recherche, interface entre le consommateur et l'émetteur d'une balise méta, est le vecteur d'une communication indirecte, susceptible de dégénérer en une publicité trompeuse.

La solution retenue par la Cour interroge à deux égards.

D'une part, si l'idée de communication indirecte est séduisante au premier abord, il est permis de se demander si la CJUE, aux prises avec l'adaptation des directives sur la publicité au contexte d'internet, ne prend pas le risque de tordre la notion elle-même, et on en vient à se demander si les textes sur la publicité qui fondent la question préjudicielle étaient les plus pertinents en l'espèce. En effet, davantage qu'une publicité, au sens d'un message entre le professionnel et un consommateur, l'insertion de métabalises dans les métadonnées d'un site internet correspondant à la marque d'autrui, constitue une pratique commerciale déloyale³⁸, au sens de la directive de 2005, c'est-à-dire « toute action, mission, conduite, démarche ou communication commerciale, *y compris la publicité et le marketing*, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »³⁹.

Ce texte ne pouvait *a priori* être mobilisé, en l'espèce, en raison de son champ d'application limité aux pratiques des entreprises à destination des consommateurs. Pourtant, la directive de 2005 peut parfaitement s'appliquer à des rapports entre professionnels dès lors que seules les pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels sont boutées en dehors de son champ d'application⁴⁰. Si le nom de domaine peut être une publicité trompeuse au sens de la directive de 2006, celui-ci peut affecter les intérêts des consommateurs ou être susceptible d'altérer la décision commerciale de ceux-ci au sens de la directive de 2005.

Incidemment, l'arrêt renvoie à la préoccupation de la Commission d'étendre le champ d'application de la directive de 2005 aux professionnels, ou du moins d'intégrer une clause générale stigmatisant les pratiques commerciales trompeuses dans la directive de 2006⁴¹. La technique législative pointilliste scindant les pratiques commerciales en deux textes n'est pas très heureuse, dès lors que certaines pratiques déloyales lèsent dans le même temps les intérêts des concurrents et des consommateurs⁴²; le législateur français en a d'ailleurs pris acte en étendant en partie l'application de l'article L. 121-1 du Code de la consommation aux professionnels⁴³.

D'autre part, la CJUE s'est déjà prononcée sur l'utilisation de la marque d'autrui dans le référencement payant⁴⁴, technique voisine des métatags, même si elles diffèrent dans leur mécanisme. En effet, les moteurs de recherche référencent automatiquement les sites internet par le biais d'un algorithme en croisant les mots-clés et balises méta des sites avec d'autres paramètres (fréquence de consultation, nombres de liens figurant dans le site...). Le résultat obtenu gratuitement se veut « naturel » et objectif, tandis que le référencement payant aboutit à un référencement des sites, non selon des critères objectifs, mais en fonction du prix payé pour la réservation du mot-clé⁴⁵. Par ailleurs, la finalité même du référencement payant est de faire apparaître, en cas de concordance entre le ou les mots choisis par l'annonceur et le ou les mots contenus dans la requête adressée par un internaute au moteur de recherche, un lien promotionnel vers son site.

Malgré cette fonction publicitaire inhérente au référencement payant, la CJUE ne voit pas dans l'utilisation de la marque d'un concurrent dont l'annonceur fait l'acquisition à titre de mot-clé une atteinte au droit de marque. En effet, le propriétaire d'une marque doit parfois, si sa marque a également été sélectionnée en tant que mot-clé par un concurrent, payer un prix par clic plus élevé que ce dernier s'il veut obtenir que son annonce apparaisse devant celle de son concurrent⁴⁶. Pour autant, pour la Cour, le fait que le propriétaire de la marque enregistrée soit contraint d'intensifier ses efforts publicitaires pour maintenir ou augmenter sa visibilité auprès des consommateurs, ne suffit pas, pour conclure qu'il y a atteinte à la fonction de publicité de la marque⁴⁷.

Si le référencement payant n'a pas d'incidence sur la fonction de publicité de la marque, *a fortiori*, tel n'est pas le cas non plus des métatags, qualifié pourtant de publicité, et l'on comprend une nouvelle fois tout l'intérêt d'aborder les métatags sous l'angle des pratiques trompeuses plutôt que sur le

fondement de la contrefaçon de marque.

1 -

(1) J. Rochfeld, Les grandes notions du droit privé, Thémis, PUF, 2013, 2^e éd., p. 2.

2 -

(2) CJUE, 11 juill. 2013, n° C-657/11, Belgian Electronic Sorting Technology, concl. de l'avocat général P. Mengozzi présentées le 21 mars 2013.

3 -

(3) Les métatags ou métabalises sont des éléments, le nom d'une marque par exemple, qui sont insérés dans le code de programmation d'une page internet, afin d'en décrire le contenu, afin de permettre le référencement automatique du site par les moteurs de recherche.

4 -

(4) Lamy droit du numérique, 2013, n° 1988.

5 -

(5) Dir. n° 84/450/CEE du Conseil, 10 sept. 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse : JO 19 sept. 1984, p. 17-20.

6 -

(6) Dir. n° 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil, 12 déc. 2006, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative : JO 27 déc. 2006, p. 21-27.

7 -

(7) CJCE, 25 oct. 2001, n° C-112/99, Toshiba Europe, pt 31.

8 -

(8) Pt 36 de l'arrêt.

9 -

(9) Pt 29 des conclusions : «Ainsi tandis qu'en italien, la définition fait référence à la qualsiasi forma di messaggio, en français et en espagnol, elle contient respectivement, les termes «toute forme de communication» et toda forma de comunicacion, elle fait référence, en anglais, à the making of a representation in any form, et en allemand à jede äusserung ; sur la méthode d'interprétation par comparaison des versions linguistiques, v. G. Lautissier, «La législation de l'Union européenne : une règle unique en 23 langues», in M. Cornu et M. Moreau (ss dir.), Traduction du droit et droit de la traduction, Dalloz, 2011, coll. Thèmes & commentaires, p. 89 et s.

10 -

(10) En dernier lieu, CJUE, 7 mars 2013, n° C-607/11, ITV Broadcasting Ltd et autres c/ TV Catchup Ltd.

11 -

(11) Pt 14 de l'arrêt.

12 -

(12) Art. 2 f) : «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. Ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales : les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique».

13 -

(13) M. Blanchard, «La phase précontractuelle - La communication commerciale», in J. Rochfeld (ss dir.), L'acquis communautaire. Le contrat électronique, Paris, Economica, 2010, p. 35 et s., spéc. p. 41.

14 -

(14) G. Loiseau, «L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine» : Dr. et patr. mars 2001, n° 91, p. 59 et s., spéc. p. 63.

15 -

(15) Pt 50 de l'arrêt.

16 -

(16) Pt 27 des conclusions.

17 -

(17) B. Cathelat, Publicité et société, Petite Bibliothèque Payot, 2001, p. 153 et s.

18 -

(18) V.-L. Benabou, «Les défis de la mondialisation pour l'OMPI : les noms de domaine», in E. Loquin et K. Kessedjian (ss dir.), La mondialisation du droit, Litec, 2000, p. 297 et s., spéc. p. 298.

19 -

(19) Pt 42 de l'arrêt.

20 -

(20) Pt 44 de l'arrêt.

21 -

(21) C. Manara, Le droit des noms de domaine, préface de V.-L. Bénabou, Lexisnexis, 2012, n° 115.

22 -

(22) J. Passa, Droit de la propriété industrielle, T. 1, LGDJ, 2009, n° 150.

23 -

(23) CEDH, 18 sept. 2007, Paeffgen GmbH : Comm. com. électr. 2008, comm. n° 88, par C. Caron ; RTD civ. 2008, p. 503, obs. T. Revet ; le nom de domaine est protégé à ce titre par l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

24 -

(24) Lamy droit du numérique, 2013, n° 1989, p. 1281.

25 -

(25) Sur cette analogie, J. Passa, op. cit., n° 478.

26 -

(26) CJUE, 22 sept. 2011, n° C-323/09, Interflora Inc., n° 40.

27 -

(27) CJUE, 22 sept. 2011, n° C-323/09, Interflora Inc., n° 40.

28 -

(28) CJUE, 22 sept. 2011, n° C-323/09, Interflora Inc., n° 57.

29 -

(29) En ce sens, J. Passa, «Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : Portée ? Utilité ?» : Cahiers de droit de l'entreprise janv. 2012, n° 1, dossier 5.

30 -

(30) J. Schmidt-Szalewski, «Conclusions», in Les défis du droit des marques au XXI^e siècle. Actes du colloque en l'honneur d'Y. Reboul, Litec, 2010, p. 194.

31 -

(31) «I. Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : 1) Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent (...).».

32 -

(32) J. Passa, «Marques et droit de la consommation», in Les défis du droit des marques au XXI^e siècle. Actes du colloque en l'honneur d'Y. Reboul, Litec, 2010, p. 177 et s. , spéc. p. 185.

33 -

(33) J. Passa, op. cit., n^o 323-1.

34 -

(34) Cons. 9 et 10.

35 -

(35) C. Féral-Schuhl, Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'internet, Dalloz, 2010, n^o 83.17.

36 -

(36) Lamy droit du numérique, 2013, n^o 2438.

37 -

(37) M.-C. Deluc, «Marques et internet», in O. Challe et B. Logié (ss dir.), Marques françaises et langage, Paris, Economica, 2006, p. 27, et déc. cit.

38 -

(38) Lamy droit du numérique, 2013, n^o 2438, et jur. cit.

39 -

(39) C'est nous qui soulignons.

40 -

(40) CJUE, 14 janv. 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft GmbH, pt 39.

41 -

(41) En ce sens, Protéger les entreprises contre les pratiques commerciales trompeuses et garantir l'application efficace des règles ; révision de la directive n^o 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, COM (2012), 702, p. 13.

42 -

(42) En ce sens, G. Straemans, «Harmonisation des pratiques commerciales déloyales : protection des entreprises ?», in E. Terryn et D. Voinot (ss dir.), Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Larcier, 2012, p. 107 et s., spéc. p. 121.

43 -

(43) Art. L. 121-1, III.

44 -

(44) Celui-ci consiste de la part d'un prestataire internet, à fournir à un annonceur le moyen d'obtenir un meilleur classement de son site dans les résultats d'une recherche sur son moteur de recherche, en réservant tel ou tel mot-clé, qui dès lors qu'il sera saisi par les internautes.

45 -

(45) J. Canlorbe, L'usage de la marque d'autrui, préface de G. Bonet, Litec, 2007, n^o 129, p. 179.

46 -

(46) N. Binctin, Droit de la propriété intellectuelle, LGDJ, 2012, 2^e éd., n^o 1104.

47 -

(47) CJUE, 23 mars 2010, n^o C-236/08, Google France et Google, pt 98 - CJUE, 22 sept. 2011, n^o C-323/09, Interflora Inc., pts 54 et s.

Auteur(s) :

- Guillaume BUSSEUIL