

# CONFERENCE LICENCE MATIC

Le droit de l'Internet existe-t-il ? s'interroge Madame Céline CASTETS-RENARD dans son ouvrage consacré précisément au droit de l'Internet.

Sa réponse est encore plus surprenante compte tenu des 600 pages de son ouvrage :

*"Le droit de l'Internet paraît ne pas exister et ne pas constituer une branche du droit à part entière".*

Il est, toujours selon cet auteur, le droit "du tout".

S'il est rattaché au droit de la communication par ses modalités de mise en œuvre, il véhicule un contenu susceptible de concerner toutes les branches du droit :

- le droit des données personnelles,
- le droit des contrats,
- le droit de la consommation,
- le droit de la concurrence,
- le droit de la responsabilité,
- le droit de la propriété intellectuelle,
- le droit pénal,
- le droit international privé,
- le droit de la communication et des médias,
- ...

Permettez-moi de ne pas partager cette analyse (du reste particulièrement tempérée par son auteur dans le reste de son ouvrage), à tout le moins s'agissant de l'e-marketing, du web marketing ou de l'internet marketing selon la rhétorique utilisée par les auteurs.

Le droit de l'internet loin d'être l'une des ramifications de chacune de ces branches tend à devenir l'arbre entier.

Plus précisément le droit de l'internet devient un droit à part entière.

Internet s'est ouvert au grand public en 1996.

En 2000, votre formation spécifique était créée.

C'est à cette date également que la directive européenne sur le commerce électronique était adoptée.

Cette directive prenait en considération les spécificités du réseau Internet.

Elle couvrait tous les services de la société de l'information qu'ils soient fournis entre entreprises (B to B) ou entreprises et consommateurs (B to C).

La directive visait tant le commerce électronique proprement dit (par exemple site Web ou téléphone mobile Wap permettant des transactions électroniques) que les services fournis gratuitement aux usagers et intégralement financés par les recettes publicitaires ou issues de parrainages.

Parmi les activités en ligne couvertes par la directive, on pouvait déjà citer :

- les journaux électroniques,
- les bases de données,
- les services financiers,
- les services de professions réglementées en ligne (avocats, médecins, comptables, agents immobiliers),
- la vidéo sur demande,
- le **marketing** et la publicité directe.

Cette directive interdisait aux états membres d'imposer aux services de la société de l'information des régimes d'autorisation spéciaux qui ne s'appliqueraient pas à des services semblables fournis par d'autres moyens.

En dix ans, nous avons tous été confrontés à une évolution extraordinaire (au sens étymologique du terme) du média Internet.

Ainsi, au stade du marketing, vous avez eu à vous adapter :

- 1) à la création de nouvelles fonctions (responsable marketing on line, responsable CRM, traffic manager, community manager,...),
- 2) à l'apparition du web 2.0 (et bientôt du web 3.0),
- 3) à l'évolution des capacités techniques des systèmes informatiques,
- 4) ...

Par ailleurs, au stade du droit, nous avons été confrontés à une course effrénée du législateur afin de tenter de rattraper les évolutions techniques constatées.

Comme à chaque apparition d'un nouveau média, le législateur est pris en étau entre :

- 1) une volonté noble mais bien souvent essentiellement théorique d'assurer une libre circulation des idées,
- 2) une volonté très concrète de limiter et/ou de contrôler toute liberté d'expression et de communication.

Vous m'avez laissé carte blanche pour définir le thème de cette intervention.

S'agissant d'une manifestation ayant pour but de fêter les dix ans d'une formation spécifique au marketing appliqué aux technologies de l'information et de la communication, j'ai souhaité examiner l'évolution législative et jurisprudentielle de quelques méthodes classiques de marketing.

Cette analyse m'a permis de constater que si le marketing courait après les évolutions techniques afin de tenter de se les approprier, le droit tentait, quant à lui, de rattraper les évolutions des techniques de marketing afin de tenter de les contrôler.

A une exception près, le législateur a toujours été en retard tant sur les évolutions techniques que sur les évolutions de la pratique.

J'examinerai, à titre d'illustration, successivement :

- I. la protection des données à caractère personnel
- II. les nom de domaine et les marques
- III. les liens commerciaux
- IV. les envois de messages publicitaires non sollicités : SPAM

## **I. La protection des données à caractère personnel**

Il s'agit là de l'exception qui confirme la règle.

En effet, il s'agit d'un des très rares cas où le législateur a, dans un premier temps, su anticiper les évolutions techniques et technologiques.

A la suite d'un projet de fichier *SAFARI* (sorte de fichier EDVIGE), la réaction populaire fut vive. La loi informatique et liberté fut élaborée et adoptée (1978).

Son article premier était ainsi libellé :

**Art. 1<sup>er</sup>. — L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques.**

L'esprit sous-jacent de la loi résidait dans une crainte des capacités de l'informatique (à une époque où son développement était loin d'être envisageable).

La disposition essentielle était contenue en son article 16 :

**Art. 16. — Les traitements automatisés d'informations nominatives effectués pour le compte de personnes autres que celles qui sont soumises aux dispositions de l'article 15 doivent, préalablement à leur mise en œuvre, faire l'objet d'une déclaration auprès de la commission nationale de l'informatique et des libertés.**

Cette obligation était sanctionnée pénalement.

Pour une fois la loi française a inspiré le législateur européen.

La Directive européenne du 24 octobre 1995 reprend les mêmes intentions originelles que la loi de 1978. Toutefois la Directive va plus loin et tire certaines conséquences de la pratique.

Il faudra attendre la loi du 6 août 2004 pour que la directive du 24 octobre 1995 soit transposée dans notre droit, par une réforme de la loi de 1978.

Or, entre temps une nouvelle directive a été adoptée, en 2002 portant sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Cette directive, partiellement transposée dans la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et dans la loi du 6 août 2004, évoquait les problématiques constatées dans la pratique telles que :

- Le phénomène du spamming ;
- La gestion des cookies.

Pour mémoire je rappellerai qu'en matière de traitement des données à caractère personnel, les principes sont les suivants :

1. Une déclaration préalable du traitement à la CNIL
2. Une information préalable des personnes concernées (*identité du responsable, finalité poursuivie, caractère obligatoire des réponses, conséquences du défaut de réponse, destinataires des données, droits de la personne concernée*) ;
3. Existence d'un droit d'accès ;
4. Existence d'un droit de rectification et d'opposition

## II. L'évolution de la lutte entre nom de domaine et marques

Les noms de domaine existent depuis les débuts de l'internet.

Depuis l'origine tout nom de domaine peut être attribué de deux façons :

- à titre initial lors de son enregistrement auprès d'un Registrar,
- à titre dérivé, lors de son transfert au profit d'un tiers, par voie contractuelle.

Etant rappelé que le principe fondamental d'attribution primaire des noms de domaine est celui du "**premier arrivé, premier servi**", sans que le demandeur ait besoin de justifier d'un quelconque droit antérieur.

La Jurisprudence a donc été contrainte de se positionner s'agissant de la lutte entre un nom de domaine et une marque déposée.

Globalement la Jurisprudence a reconnu une force supérieure à la marque et a sanctionné les dépôts de nom de domaine au titre des règles relatives à la contrefaçon.

Il faudra cependant attendre la **loi du 9 juillet 2004**, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (désormais codifiée C. P et CE, L. art. 45) pour voir apparaître une ébauche de cadre juridique à l'attribution des noms de premier niveau pour la zone. fr.

Ce texte se contentait d'indiquer sans plus de précisions, que "le ministre chargé des communications électroniques désigne, après consultation publique, les organismes chargés d'attribuer et de gérer les noms de domaine, au sein des domaines de premier niveau du système d'adressage par domaines de l'Internet, correspondant au territoire national" et que "l'attribution d'un nom de domaine est assurée par ces organismes dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle", renvoyant pour le détail de ces règles à un décret en Conseil d'État.

**Il faudra attendre ensuite 3 années pour voir apparaître un décret d'application.**

Ainsi le décret du 6 février 2007 est venu combler quelques lacunes de la loi du 9 juillet 2004.

Il a ainsi créé, au sein du chapitre II du titre II du livre II de la deuxième partie du Code des postes et des communications électroniques, une section 2 intitulée "Attribution et gestion des noms de domaines de l'Internet".

Celle-ci se subdivise en trois paragraphes principaux, relatifs :

- aux modalités de désignation et obligations des organismes chargés d'attribuer et de gérer les noms de domaine français (C. P et CE, art. R. 20-44-34 à R. 20-44-41),
- aux principes d'intérêt général régissant l'attribution de ces noms de domaine (C. P et CE, art. R. 20-44-42 à R. 20-44-47)
- aux rôles des offices et bureaux d'enregistrement (C. P et CE, art. R. 20-44-48 à R. 20-44-50).

L'article R. 20-44-49, alinéa 3, dispose que les offices "sont tenus de bloquer, supprimer ou transférer, selon le cas, des noms de domaine :

1°) lorsqu'ils constatent qu'un enregistrement a été effectué en violation des règles fixées par la présente section du Code des postes et des communications électroniques;

2°) en application d'une décision rendue à l'issue d'une procédure judiciaire ou extrajudiciaire de résolution des litiges.

Cependant la Jurisprudence et venue préciser que le Registre, pas plus que les Registrars qu'il accrédite, ne peuvent donc voir leur responsabilité engagée du fait de l'enregistrement de noms de domaine qui contreviendraient à des droits antérieurs de tiers (TGI Paris, 30 juin 2000, Sté de conception de presse c/ Créanet et a.)

Les Tribunaux considèrent majoritairement que le registrar n'assure "qu'une activité purement technique et n'avait eu ni la capacité ni la volonté d'agir pour contrefaire les marques litigieuses".

(Voir également TGI Nanterre, ord. réf., 2 nov. 2000 : Comm. com. électr. 2001, comm. 77, note Ch. Le Stanc ; TGI Nanterre, ord. réf., 13 sept. 2001, ANPE c/ 7 Ways : JurisData n° 2001-156466 ; D. affaires 2001, p. 3041, note C. Manara, ; CA Versailles, 21 nov. 2001 ; CA Versailles, 16 mars 2004, Patrimoine : JurisData n° 2004-245509).

Enfin les articles R. 20-44-45 et R. 20-44-46 C. P et CE disposent que :

- *"un nom identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel est conféré un droit de propriété intellectuelle par les règles nationales ou communautaires ou par le présent code ne peut être choisi comme nom de domaine, sauf si le demandeur a un droit ou un intérêt légitime à faire valoir sur ce nom et agit de bonne foi"*
- un *"nom identique à un nom patronymique ne peut être choisi pour nom de domaine, sauf si le demandeur a un droit ou un intérêt légitime à faire valoir sur ce nom et agit de bonne foi"*.

Ces solutions risquent cependant d'être remises en cause suite aux positions de la Cour de Justice des Communautés Européennes qui semble vouloir reconnaître un droit *sui generis* et par voie de conséquence, une protection, aux noms de domaine.

### III. Les liens commerciaux ou liens sponsorisés

Un lien hypertexte est défini comme un "système de renvois permettant de passer directement d'une partie d'un document à une autre, ou d'un document à d'autres documents choisis comme pertinents par l'auteur" (Commission générale de terminologie et de néologie, Avis, Liste des termes, expressions et définitions adoptés. Vocabulaire de l'informatique et de l'Internet : JO 16 mars 1999).

Depuis quelques années, les moteurs de recherche ont mis en place des liens hypertextes permettant un affichage, en première page des résultats, du site dont l'annonceur aura acquis des droits sur un mot-clé, dès lors que celui-ci aura été mentionné dans la recherche de l'internaute.

Il s'agit de la pratique dite des **liens sponsorisés**.

La Jurisprudence s'est interrogée sur la possibilité d'acquérir ainsi un lien sponsorisé correspondant à la marque de l'un de ses concurrents. Indépendamment de l'hypothétique responsabilité du moteur de recherche, la Jurisprudence a eu l'occasion de sanctionner les annonceurs.

Ainsi la Cour d'appel de Versailles la première condamnée des annonceurs à raison du fait qu'ils exerçaient des activités identiques à celles des plaignants et qu'en choisissant la marque de ces derniers, ils avaient commis des actes de contrefaçon (CA Versailles, 12e ch., 23 mars 2006, Google c/ CNRRH : Juriscom.net). Cette solution a été reprise notamment par le Tribunal de grande Instance de Lyon (TGI Lyon, 3e ch., 13 mars 2008, Rentabiliweb Europe c/ Google, Clic-event et a. : Juriscom.net).

Cependant ce courant de jurisprudence est contesté ; la Cour d'Appel de Paris a ainsi écarté toute responsabilité de l'annonceur (CA Paris 1<sup>er</sup> février 2008).

C'est dans ces conditions que, alors même qu'elle était saisie de cette problématique, la Cour de Cassation a préféré poser une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés Européennes, au regard de articles 5 § 1 a) et b) de la directive n° 89/104/CEE du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, et de l'article 9 § 1 a) et b) du Règlement (CE) n° 40/94 du 20 décembre 1993.

La question préjudicielle posée par la Cour de Cassation est la suivante :

*la réservation par un opérateur économique, par voie de contrat de référencement payant sur Internet, d'un mot-clef déclenchant en cas de requête utilisant ce mot, l'affichage d'un lien proposant de se connecter à un site exploité par cet opérateur afin d'offrir à la vente des produits ou services, d'un signe reproduisant ou imitant une marque enregistrée par un tiers afin de désigner des produits identiques ou similaires, sans l'autorisation du titulaire de cette marque, caractérise-t-elle en elle-même une atteinte au droit exclusif garanti à ce dernier ?*

A ce jour seules les conclusions de l'Avocat Général Poiars Maduro sont connues.

Celui-ci est d'avis que Google n'a pas porté atteinte aux marques en permettant aux annonceurs de sélectionner, dans AdWords, des mots clefs correspondant à des marques.

Il souligne que l'utilisation des marques se limite à la sélection de mots clefs, qui est interne à AdWords et ne concerne que Google et les annonceurs. Lors de la sélection de mots clefs, il n'y a donc aucun produit ou service vendu au public. Un tel usage ne peut dès lors pas être considéré comme un usage fait pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux que couvrent les marques. De même, les annonceurs eux-mêmes ne se rendent pas coupables de contrefaçon de marque en sélectionnant dans AdWords des mots clefs correspondant à des marques. L'arrêt de la CJCE devrait être rendu dans les prochaines semaines.

**A NOTER :** Le Tribunal de Grande Instance de PARIS faisant fi de ces conclusions vient de condamner eBay pour avoir utilisé des marques comme mots-clés de recherche sur internet (TGI PARIS 11 février 2010).

L'insécurité juridique est actuellement évidente.

#### **IV. Les SPAM**

Aucune disposition législative ou réglementaire ne vient interdire, par principe, l'envoi massif de messages publicitaires vers des internautes destinataires.

Il s'agit d'un procédé de prospection commerciale qui s'inspire du publipostage classique.

En revanche, il convient d'analyser, lors de tels envois, l'origine des fichiers d'adresses e-mail.

En effet, l'article 34-5 du Code des Postes et des Communications Electroniques interdit la prospection directe au moyen notamment de courriers électroniques utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen.

Cette technique est aussi appelée *Spamming*.

Le consentement est entendu comme toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe.

Ainsi, la Loi prévoit que la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et

aux libertés, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.

Enfin, il est obligatoire d'indiquer les coordonnées valables auxquelles le destinataire pourra utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de celle-ci.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés veille, pour ce qui concerne la prospection directe utilisant les coordonnées d'une personne physique, au respect des dispositions légales et réglementaires. Il est donc prudent de n'utiliser que son propre fichier clients qui aura pu être constitué notamment par les visiteurs de son site internet

## CONCLUSIONS

Le législateur perçoit internet comme le lieu de toutes les pertitions.

Les lois en la matière se caractérisent par :

1°) un retard par rapport aux techniques usitées ;

2°) une vision répressive du traitement législatif (les lois HADOPI, et LOPPSI en sont de bons exemples).

A l'instar du marketing, le législateur s'inspire d'un dénommé MAC CARTY (pas le même !) et de la théorie des 4 P (une autre !) :

- **Paranoïa** ;
- **Persécution** ;
- **Poursuites pénales** ;
- **Prison**.

Une évolution de l'appréhension de ce média par le pouvoir législatif est à souhaiter.