

Moteurs de recherche et propriété intellectuelle

*Du gratuit au payant:
du droit d'auteur au droit de marque*

Alain Strowel

Professeur, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles et
Université de Liège, Avocat au barreau de Bruxelles
astrowel@fusl.ac.be

Journée d'étude

L'économie et le droit des moteurs de recherche
Paris - La Sorbonne - 16 mai 2008

Du gratuit au payant

- Le gratuit = l'accès au contenu
 - Questions de droit d'auteur: l'accès loyal
- Le payant = la publicité par liens sponsorisés
 - Questions de droit des marques: la publicité loyale

Sommaire

- Introduction:
 - Du gratuit au payant
 - Modes de régulation et droits intellectuels
- La régulation de l'accès par le droit d'auteur
- La régulation des liens publicitaires par le droit des marques

Le gratuit, c'est (pas) du vol

- Message de D. Olivennes: *La gratuité, c'est du vol* (Grasset, 2007)
 - Une position de ... survol!
- Le gratuit est toujours payant (pour d'autres)
 - Gratuité pour les usagers
 - Paiement par les annonceurs ou d'autres tiers

Déplacement de valeur: des contenus dévalorisés, des services prisés

- Accessibilité plus aisée des contenus
- Inflation des contenus en ligne
- Contenus devenant des “commodités”:
 - Composants de base sans valeur, même si nécessaires à la production d’un service à valeur ajoutée
- Montée en puissance des services d’infomédiation sur Internet
 - Internet “transforme[] les entreprises qui gèrent la navigation en géants, et celles qui produisent le contenu en nains” (J.-F. Fogel et Br. Patino, *Une presse sans Gutenberg*, Grasset, 2005)

The Economist

SEPTEMBER 1ST-7TH 2007

www.economist.com

Sarkozy's 100 days

£150.00

Why are mosques so hard to build?

America turns against the death penalty

A critical look at animal testing

The credit crunch and the economy

Who's afraid of

Google™?

[Web](#) [Privacy](#) [China](#) [Antitrust](#) **New!** [Diversification](#) [Copyright](#) [more »](#)

Don't be evil

Google Search

I'm Feeling Wary

Search: the web me



Régulation

- Par des instances de régulation (“agencies”):
 - Protection de la concurrence
 - Positionnement payant dans les listes de liens commerciaux (Conseil de la concurrence en France: décision du 9 juin 2000 dans l'aff. “*Concurrence.fr*”)
 - Contrôle des fusions (aff. *Google/DoubleClick* aux USA + DG Comp dans l’U.E.)
 - Protection des consommateurs
 - Distinction entre liens “organiques” et liens commerciaux (FTC aux USA, ACC en Australie depuis 2007)
 - Protection de la vie privée
 - Groupe de travail de l’article 29 dans l’U.E. (Opinion on data protection issues related to search engines du 4 avril 08)

Régulation par la propriété intellectuelle

- Par le “droit commun”:
 - Règles de propriété (allocation des droits et obligations - “property rights” au sens économique)
 - Cessibilité de ces droits de propriété
 - Intervention des cours et tribunaux (le judiciaire comme régulateur non spécialisé)
 - Application de principes généraux du droit (par ex. le droit de la responsabilité civile)
 - Approche “légaliste” (>< approche plus finalisée)
 - Casuistique des décisions (délectation des juristes!)
 - Visibilité et lisibilité réduites

I. La régulation de l'accès par le droit d'auteur

- Réflexions liminaires sur droit d'auteur et accès
- Question transversale:
 - Question des copies “cache”
- Questions sectorielles:
 - Presse:
 - “Revue de presse” en ligne (ex: Google.Actualités)
 - Audiovisuel:
 - Responsabilité des intermédiaires (ex: Dailymotion, YouTube)
 - Application des “exonérations de responsabilité” aux sites de “contenus générés par les usagers”?
 - Rôle d'éditeur ou non?
 - Livres:
 - Numérisation (ex: Google Recherche de livres)
 - Exceptions (“fair use”)? “Opt-in” ou “opt-out”?

L'accès, à la place de la propriété?

« Cette ère nouvelle voit les réseaux prendre la place des marchés et la notion d'accès se substituer à celle de propriété »

Jeremy Rifkin

(L'âge de l'accès – La révolution de la nouvelle économie, 2000)

L'ancien « droit sur l'accès » (analogique)

- Contrôle de l'accès aux *exemplaires*:
 - Droit de reproduction :
 - contrôle quant aux copies illicites
 - Droit de distribution:
 - contrôle quant aux copies authentiques
 - Possibilité d'interdire la commercialisation d'exemplaires licitement mis sur un marché extérieur (extra-EEE)

Exceptions à l'ancien « droit sur l'accès »

- Droit de reproduction:
 - copie privée (tout spécialement pour *time-shifting*)
 - citation
 - informations de presse, textes officiels
 - usages pour l'enseignement/bibliothèques
 - etc.
- Droit de distribution:
 - règle de l'épuisement (communautaire)

Le nouveau «droit sur l'accès» (numérique)

- Contrôle de l'accès aux oeuvres:
 - Droit de mise à disposition = « *droit exclusif d'autoriser ou d'interdire [...] la mise à la disposition du public [des] œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* » (Art. 3 de la Directive 2001/29 dite InfoSoc; ici la Dir.)
 - Protection des mesures techniques (Art. 6 Dir.)
 - Droit de reproduction temporaire = « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie:*
 - a) *pour les auteurs, de leurs œuvres;... »* (Art. 2 Dir.)

Exception au nouveau «droit sur l'accès» (numérique)

- Exception pour reproduction temporaire (Art. 5 (1) Dir.):
 - « *Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:*
 - a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou*
 - b) une utilisation licite**d'une oeuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2. »*

Accès et « caching »

- Description de la technique:
 - « Lorsque Google explore le web, il crée une copie de chaque page examinée et la stocke dans une mémoire cache, ce qui permet de consulter cette page à tout moment, et en particulier dans le cas où la page originale (ou Internet) serait inaccessible. Lorsque vous cliquez sur le lien « copie cache » d'une page web, Google affiche celle-ci dans l'état où elle se trouvait lors de son indexation la plus récente » (<http://www.google.be/int/fr/help/features.html#cached>)
- Problème:
 - ces pages en copie cache peuvent ne plus correspondre à ce que l'éditeur rend accessible (modèle de l'accès gratuit basculant vers le payant)

Accès et « caching »

- Décisions contradictoires:
 - BE: *Copiepresse c. Google* (Trib. 1ère inst. Bruxelles, 13 févr. 07):
 - Reproduction au sens du droit d'auteur, car fixation sur les serveurs de Google (>< en cas d'hyperlien)
 - Pas d'exception applicable
 - DE: *Google-Bildersuche* (OLG Jena, 27 févr. 08):
 - Photos en réduction (thumbnails): autorisation nécessaire
 - L'existence de protocoles pour exclure l'indexation (« robots.txt », « .htaccess ») ne crée aucune obligation juridique d'utilisation de ces techniques
 - Pas de licence implicite d'indexer en cas de non-usage de ces protocoles
 - US: *Field v. Google* (D. Nev., 19 janv. 06)
 - Licence implicite de faire des copies temporaires de pages web en cas de non-usage des marqueurs d'exclusion (metatags)
 - L'archivage temporaire est du « fair use » exempté car aspect « transformatif » : il permet l'accès à des pages devenues inaccessibles, la détection de changements de contenus, la mise en évidence des termes recherchés par l'usage de couleurs

« Caching » et vie privée

- Groupe de travail de l'article 29 (Opinion on data protection issues related to search engines, 4 avril 08):
 - « *The cache functionality is another way in which a search engine provider may go beyond its role as exclusive intermediary. The retention period of content in a cache should be limited to the time period necessary to address the problem of temporary inaccessibility to the website itself. Any caching period of personal data contained in indexed websites beyond this necessity of technical availability should be considered an independent republication »*

Presse: Copiepresse c. Google.News

- Enjeu:
 - Conflit entre les « vieux médias » et le monde de l'Internet?
 - Clash entre deux modèles d'affaires en ligne?
 - Google.News offre-t-il un modèle d'affaires?
- Débat sur le rôle de Google.News:
 - Moteur de recherche
 - ou
 - Portail d'information

Google.News

- Moteur de recherche
 - Référence tous les sites de presse (pas simplement ceux avec lesquels une relation commerciale existe)
 - Si on clique, on quitte Google.News pour aller sur le site des éditeurs en ligne
 - Monétisation sur les sites des éditeurs en ligne (pas de publicité sur Google.News)
- Portail d'information
 - Pas de recherche à faire (indexation automatique)
 - Classement des informations (cf. travail d'édition)
 - Mise à jour régulière
 - Choix dans l'information indexée

Copiepresse c. Google.News: questions de droit d'auteur

- Actes de reproduction:
 - Titres protégés (ex.: « *Monaco entre Casino et Stratego* », « *Les illégaux le resteront* »)
 - Premières lignes des articles (les « accroches »)
 - « *ni la longueur des résumés, ni l'obligation pour l'utilisateur des résumés de consulter le texte original...ne sont déterminantes pour l'appréciation de la violation des droits d'auteur* » (Cass., 25 sept. 03)
- Pas d'autorisation implicite
- Exceptions au droit d'auteur: non applicables
 - Citation
 - Compte rendu d'actualité

Copiepresse c. Google.News: au-delà du droit d'auteur

- Argument tiré de la liberté d'expression (art. 10 CEDH): rejeté
 - pas de “droit” général d'accès à l'information (mais droit spécifique en cas de document administratif, données personnelles, etc.)
 - pas de “droit d'accès aux oeuvres” >< certaines informations (administratives, personnelles, etc.)
 - Mais un intérêt public en matière d'accès à l'information

II. La régulation des liens publicitaires par le droit des marques

- Vente de mots clés correspondant à des marques
 - Ex: AdWords = 98% des 10,6 milliards de \$ générés par Google en 2006
 - Estimation: 20 % des recherches sur Google avec des marques, donc centaines de millions €/ \$ en jeu
- Publicité comparative ou pratique déceptive?
 - Acheter des mots clés = acheter un espace proche du commerce d'un concurrent pour placer une publicité
 - Acheter des mots clés = placer un faux panneau de navigation pour détourner le trafic et capter l'attention du consommateur



Search

Personalize | Check Email

Excite Home

Go!

You searched for

Search Again

Help
More Search

Related Searches: ESTEE LAUDER COS INC CL A

Select words
to add to
your search...

dior

perfume

parfum

perfumes

chanel

pleasures

revlon

eau

dolce

spellbound

Got speakers and a microphone on your PC? Try **free** Excite Voice Chat!

BONUS

BUY\$ @ FRAGRANCE COUNTER

CLICK HERE FOR THE HOTTEST FRAGRANCE DEALS

Great gifts @ Fragrance Counter

Statut du moteur de recherche du côté du payant

- Controverse:
 - Pur intermédiaire offrant un service d'hébergement (de liens) ou de localisation de l'information?
 - Enjeu: exonération de responsabilité (Dir. e-commerce vise le pur prestataire technique qu'est l'hébergeur >< le localisateur de l'information)
 - Fournisseur d'un service de régie publicitaire?



Web [Images](#) [Video](#) [News](#) [Maps](#) [more »](#)

[Advanced Search](#)
[Preferences](#)
[Language Tools](#)

New! Create your own [Custom Search Engine](#).

[Advertising Programs](#) - [Business Solutions](#) - [About Google](#)

[Make Google Your Homepage!](#)

©2006 Google



Web Images Video News Maps more »
louis vuitton

Search Advanced Search Preferences

Web Results 1 - 10 of about 7,840,000 for louis vuitton. (0.06 seconds)

Luxury Handbags For Less Sponsored Link
eHandBagz.com The World's Most L... Handbags 50%-75% Off All Handbags!



Sponsored Links

Handbag & Wallet Prices
900+ Purses, Wallets, Totes, Bags
Top Designers & Styles On Sale!
www.NexTag.com/Handbags-&-Wallets

Louis Vuitton: luxury leather luggage, French fashion designer
Always leading the avant-garde of fashion without compromising traditional
craftsmanship of luxury leather goods, **Louis Vuitton** is also active in other ...
www.louisvuitton.com/ - 19k - [Cached](#) - [Similar pages](#)

Designer Handbags On Sale
Huge Selection & Free Shipping
On Sale- 50%-70% Off All Handbags!
www.iHandBagz.com

Louis Vuitton - Authentic Louis Vuitton Handbag, Louis Vuitton ...
eLUXURY's **Louis Vuitton** boutique features Authentic **Louis Vuitton** Shoes and
Accessory items. Shop our exclusive **Louis Vuitton** Handbag collection -
featuring ...
www.eluxury.com/brands/louis_vuitton/index.jhtml?S - 37k -
[Cached](#) - [Similar pages](#)

Designer Handbags
Search directory of discounts and
deals on popular designer handbags.
www.affordableattire.com/handbags

Designer Handbags, Clothes, Designer Shoes and Louis Vuitton at ...
eLUXURY offers a great selection of luxury items; Designer Handbags, Designer
Shoes and the latest Designer Jeans. Also, Designer Clothes by the world's ...
www.eluxury.com/ - 42k - [Cached](#) - [Similar pages](#)
[[More results from www.eluxury.com](#)]

KarenKooper.com
Buy Runway & VIP items, Handbags,
& Leather Goods from Luxury Brands
www.karenkooper.com

LVMH group, Moet Hennessy Louis Vuitton: world leader in luxury ...
LVMH. An international group with over 50 luxury brands : Moet & Chandon, **Louis
Vuitton**, Fendi, Christian Dior Perfumes... Champagne, Spirits and Cognac, ...
www.lvmh.com/ - 13k - [Cached](#) - [Similar pages](#)

Louis Vuitton - Wikipedia, the free encyclopedia
The **Louis Vuitton** "Monogram Canvas" design can be considered the very first ...
The modern **Louis Vuitton** company has carefully cultivated a celebrity ...
en.wikipedia.org/wiki/Louis_Vuitton - 38k - [Cached](#) - [Similar pages](#)

Louis Vuitton Cup - Wikipedia, the free encyclopedia
For a challenger to win the America's Cup, the challenger must first win the **Louis
Vuitton** Cup by defeating other challengers to earn the right for a match ...



Customer Login | Order Tracking | Order Status | View Cart | Checkout

Today Only!



Pouch

Quantity is limited.
Check your cart at checkout.

****NEW** Audra White Murakami Handbag** M40047
****NEW** Audra White Murakami Handbag**
In Stock eHandbagz Price Qty
\$2,250.00 \$249.99 1

eHandbagz Price \$249.99
Add to Cart
Add to Wish List

Add to Cart
Add to Wish List

Speedy Handbag

eHandbagz Price \$279.99



Amfar Three Monogram Handbag
Suggested Price \$499.99
eHandbagz Price \$259.99

Shopping Cart

Your Cart is Empty

Join Mailing List

Sign Up Now

HOT ITEMS

- Port Tresor International Wallet
- Luco Tote Large Shopping Bag Monogram
- HOT ITEM*** Denim Monogram Neo Speedy Handbag
- **NEW**** Audra White Murakami Handbag
- Uma Thurman Manhattan PM
- Speedy 30 Multi-Color White Handbag
- Amfar Three Monogram Handbag
- Port Tresor International Multi Color White, Wallet
- Coussin GM Monogram Handbag
- Speedy 30, Monogram Handbag
- Port-tre'sor Checkbook International Monogram Wallet
- Cabos Plano, Monogram Handbag
- Alma Monogram Leather Handbag
- Speedy 25 Murakami Carisac Cherry
- NEW!** 2005 Unisex Automatic Chronograph

128 Bit SSL

Web [Images](#) [Video](#) [News](#) [Maps](#) [more »](#)

Google [Advanced Search](#) [Preferences](#)

Web Results 1 - 10 of about 7,840,000 for **louis vuitton**. (0.06 seconds)

[Luxury Handbags For Less](#) Sponsored Link
 eHandBagz.com The World's Most Luxurious Handbags 50%-75% Off All Handbags!



[Louis Vuitton: luxury leather luggage, French fashion designer](#)
 Always leading the avant-garde of fashion without compromising traditional craftsmanship of luxury leather goods, **Louis Vuitton** is also active in other ...
[www.louisvuitton.com/](#) - 19k - [Cached](#) - [Similar pages](#)

[Louis Vuitton - Authentic Louis Vuitton Handbag, Louis Vuitton ...](#)
 eLUXURY's **Louis Vuitton** boutique features Authentic **Louis Vuitton** Shoes and Accessory items. Shop our exclusive **Louis Vuitton** Handbag collection - featuring ...
[www.eluxury.com/brands/louis_vuitton/index.jhtml?S](#) - 37k - [Cached](#) - [Similar pages](#)

[Designer Handbags, Clothes, Designer Shoes and Louis Vuitton at ...](#)
 eLUXURY offers a great selection of luxury items; Designer Handbags, Designer Shoes and the latest Designer Jeans. Also, Designer Clothes by the world's ...
[www.eluxury.com/](#) - 42k - [Cached](#) - [Similar pages](#)
 [[More results from www.eluxury.com](#)]

[LVMH group, Moet Hennessy Louis Vuitton: world leader in luxury ...](#)
 LVMH. An international group with over 50 luxury brands : Moet & Chandon, **Louis Vuitton**, Fendi, Christian Dior Perfumes... Champagne, Spirits and Cognac, ...
[www.lvmh.com/](#) - 13k - [Cached](#) - [Similar pages](#)

[Louis Vuitton - Wikipedia, the free encyclopedia](#)
 The **Louis Vuitton** "Monogram Canvas" design can be considered the very first ...
 The modern **Louis Vuitton** company has carefully cultivated a celebrity ...
[en.wikipedia.org/wiki/Louis_Vuitton](#) - 38k - [Cached](#) - [Similar pages](#)

[Louis Vuitton Cup - Wikipedia, the free encyclopedia](#)
 For a challenger to win the America's Cup, the challenger must first win the **Louis Vuitton** Cup by defeating other challengers to earn the right for a match ...

Sponsored Links

[Handbag & Wallet Prices](#)
 900+ Purses, Wallets, Totes, Bags
 Top Designers & Styles On Sale!
[www.NexTag.com/Handbags-&Wallets](#)

[Designer Handbags On Sale](#)
 Huge Selection & Free Shipping
 On Sale- 50%-70% Off All Handbags!
[www.iHandBagz.com](#)

[Designer Handbags](#)
 Search directory of discounts and deals on popular designer handbags.
[www.affordableattire.com/handbags](#)

[KarenKooper.com](#)
 Buy Runway & VIP items, Handbags, & Leather Goods from Luxury Brands
[www.karenkooper.com](#)

LOUIS VUITTON

Site officiel de la maison Louis Vuitton. Louis Vuitton official website.



FRANCE
AUTRES PAYS FRANCOPHONES

UK
USA
OTHER COUNTRIES

日本

中文

한국

[Cookie information](#) [Site Map](#)

Rôle du moteur de recherche

- Rôle « actif ou passif » du vendeur de mots clés:
 - Aide à la création de l'annonce?
 - Conseil sur la présentation de l'annonce (sélection de ce qui apparaît dans le lien)?
 - Propositions de termes de référencement (outil de « suggestion » de mots clés)?
 - Affichage et placement du lien publicitaire (offre premium pour apparaître en tête des liens organiques)?

Finalités du droit des marques

- Protection de la fonction de base de la marque : garantir l'origine des produits/services
 - Mais reconnaissance de la valeur inhérente au signe distinctif et à sa fonction publicitaire
- Deux types d'actes interdits (art. 5 Dir. 89/104 et art. 9 RMC 40/94) :
 - Usage « *au titre de marque* » (protection de la fonction de garantie d'origine - art. 5(1) et (2))
 - Usage « *à des fins autres que distinguer des produits ou services* » (protection de la fonction publicitaire - facultatif selon art. 5(5) Dir.)

Vente de mots clés: question de droit des marques

- Usage dans la vie des affaires (« in the course of trade »): oui car avantage économique
- Confusion: sans doute
- Usage à titre de marques (pour désigner des produits/services): divergences
 - USA: « actionable trademark use in commerce »
 - 2006: oui (5 décisions), non (3 décisions)
 - 2007: oui (3 décisions), non (2 décisions)
 - France: grande majorité de décisions positives
 - Allemagne: majorité de décisions négatives

Vente de mots clés

- Usage à titre de marques (pour désigner produits):
 - Non car:
 - Les signes n'apparaissent pas sur/en rapport avec les biens
 - Mais usage sur papiers d'affaires et dans la publicité (art. 5(3) Dir.)
 - Ils sont uniquement utilisés pour déclencher l'apparition d'un lien sponsorisé
 - Ils permettent d'élargir le choix du consommateur
 - Oui car:
 - Ils sont utilisés pour profiter du « goodwill », de la fonction publicitaire du signe
 - Il y a un rôle actif du moteur dans la suggestion des signes
 - Ils créent une confusion initiale qui détourne l'acheteur du site du titulaire officiel de la marque

Vente de mots clés

- Usage « *à des fins autres que distinguer des produits/services* » (art. 5(5) Dir. non transposé en France >< Benelux): illicite si
 - signe identique ou similaire
 - sans juste raison
 - tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marqueou
 - leur porte préjudice

Les liens publicitaires pour noms de domaine « parkés » et « essayés »

- Service « AdSense for Domains »:
 - Publicités sur sites dont le nom de domaine est identique ou similaire à des marques
 - Pratiques du « domain name parking » et « domain name tasting »
 - Enregistrement massif de noms de domaines proches de marques (= « typosquatting »)
 - Revenus publicitaires pour les titulaires des noms de domaine et moteurs de recherche
- Usage déloyal préjudiciable pour le titulaire de marques
- Préjudice en terme de fiabilité du réseau
- Incitant à des pratiques déloyales d'enregistrement

Conclusions: du gratuit au payant

- Régulation du gratuit:
 - Le droit d'auteur: garantir l'accès loyal tout en rémunérant les producteurs de contenus
 - Garantie de rémunération > garantie d'accès
- Régulation du payant:
 - Le droit des marques: policer l'usage des marques comme mots clés
 - Garantir l'origine des produits/services marqués >< assurer des liens loyaux

Merci pour votre attention

astrowel@fusl.ac.be

« Caching » et responsabilité

- Directive e-commerce de 2000 (Art. 13: Forme de stockage dite "caching ») et responsabilité des intermédiaires:
 - « 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, **intermédiaire** et **temporaire** de cette information fait **dans le seul but** de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que:
 - a) le prestataire **ne modifie pas** l'information;
 - b) le prestataire se conforme aux **conditions d'accès** à l'information;
 - c) le prestataire se conforme aux **règles concernant la mise à jour** de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;
 - d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'informationet
 - e) le prestataire **agisse promptement pour retirer** l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible. »