

Fiche pratique concernant la responsabilité des intermédiaires techniques

Comment doit-on se constituer la preuve d'une infraction commise sur internet ?

A titre préalable, il convient d'indiquer que lorsqu'une infraction est commise à votre rencontre sur internet, le premier réflexe à avoir est avant tout de se ménager la preuve de la publication litigieuse.

Tout type de preuve peut être recueilli par l'entreprise (capture d'écran, impressions...), toutefois, en cas d'action en justice, il conviendra de respecter les règles de preuve applicables en fonction de l'action envisagée et notamment le principe de la loyauté de la preuve qui empêche que des informations soient obtenues de manière déloyale.

En effet, dans certains cas, un formalisme très strict doit être respecté pour constater le contenu litigieux faute de quoi la preuve pourrait ne pas être admise par le juge. Dans une décision du 10 avril 2013, le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi considéré qu'une capture d'écran n'était pas suffisante pour établir la réalité d'une publication sur internet. C'est pourquoi il peut être recommandé de faire appel à un huissier de justice, qui pourra réaliser un constat sur internet.

Il est désormais établi que faire constater une infraction sur internet se doit de respecter un formalisme des plus stricts.

Le juge impose que la preuve d'une infraction soit établie par quelqu'un (le plus souvent un huissier de justice) qui se charge de respecter un certain nombre d'étapes lors de l'établissement de son constat.

Il devra d'abord décrire le matériel grâce auquel le constat est établi (configuration technique). Ensuite, effacer l'historique, les cookies, les répertoires de la mémoire cache de l'ordinateur avant de procéder au constat.

Puis inscrire l'adresse IP publique de la machine ayant servi à dresser le constat sur son procès-verbal dans le but, en cas de contestation, de vérifier au moyen du journal de connexion du serveur interrogé les pages réellement consultées pendant les opérations de constat. Il doit décrire le cheminement qu'il a lui-même effectué pour accéder à la page internet contenant l'infraction.

Il faut enfin matérialiser la page internet contenant l'infraction en l'imprimant puis en l'annexant au procès-verbal.

Seul le respect de cette démarche, mise en place par la jurisprudence, évitera à la preuve d'être écartée par le Tribunal. Une norme AFNOR NF Z67-147, spécifique aux constats sur internet, a d'ailleurs été publiée en septembre 2010. À titre d'exemple, la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 17 novembre 2006, a refusé d'admettre comme preuve un constat d'huissier au motif que l'huissier n'avait pas vidé les caches contenus dans la mémoire du serveur proxy avant de constater la matérialité de l'infraction de contrefaçon au cœur du litige (CA Paris, 4^e ch., B. 17 nov. 2006).

Peut-on être hébergeur et éditeur en même temps ?

La réponse est oui.

A titre d'exemple, le journal « Le Monde » est un éditeur de service professionnel concernant les articles qui sont rédigés par ses journalistes et publiés sur le site internet, mais également un hébergeur des messages qui sont, cette fois, publiés sur le forum de discussion du site par des tiers ainsi que dans les commentaires situés au pied des articles (à la condition que la modération soit une modération à posteriori desdits commentaires).

De façon générale, un éditeur de services professionnels sera hébergeur de tous les contenus créés par des tiers et sur lesquels il n'a aucun contrôle.

Responsabilité « éditeur / hébergeur » et politique de modération des forums de discussion et des commentaires d'articles

Compte tenu de la logique selon laquelle un éditeur peut être également hébergeur de contenus qu'il héberge sur son site à la condition qu'ils aient été créés et publiés par des tiers sans contrôle de sa part, il convient de revenir un instant sur la question de la politique de modération qui aura été mise en place par l'éditeur du site.

Si l'éditeur a mis en place un forum de discussion ou qu'il permet à ses visiteurs de commenter les articles qu'ils publient (au pied desdits articles), le statut d'hébergeur ne lui sera accordé qu'à la condition que la politique de modération soit à posteriori et non à priori.

La modération à posteriori implique que l'éditeur du site laisse à quiconque la possibilité de publier instantanément un contenu sans contrôle préalable de sa part alors qu'avec une modération à priori le commentaire soumis à la censure du modérateur ne sera publié qu'une fois qu'il l'aura jugé conforme à sa politique éditoriale.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, mieux vaut, en termes de responsabilité sur internet, mettre en place une modération à posteriori qu'une modération à priori tant sur un forum de discussion qu'à l'égard de commentaires d'articles.

En pratique, l'inconvénient d'une modération à posteriori est qu'elle implique de se rendre régulièrement sur le forum afin d'éviter que ledit site se transforme en poubelle.

La modération à priori rendra l'éditeur du site directement responsable de tout ce qu'il aura accepté de publier (*alors même que le propos litigieux n'a pas été écrit par lui – il en deviendra alors l'éditeur*) alors que la modération à posteriori impliquera, pour mettre en jeu sa responsabilité directe, qu'il ait été dûment informé de l'existence dudit propos sur sa plateforme (via notification de contenus illicite, conforme à l'article 6-I-5 de la LCEN, de la part de la victime).

Comment détermine-t-on qui est l'hébergeur d'un site internet ?

Par le biais d'un who is. Il suffit d'aller sur un site du type www.whoishosting.com et de taper le nom de domaine renvoyant au site internet litigieux. Le résultat fera apparaître le nom de la société qui héberge le site internet en question.

Comment identifie-t-on l'éditeur d'un site internet qui a choisi de cacher son identité ?

Les sites illicites sont bien souvent administrés par des éditeurs qui décident sciemment de ne pas se conformer aux obligations de transparence précédemment citées (articles 6-III-1 de la LCEN).

Il devient alors compliqué de les identifier et donc de les poursuivre.

Dans ce cas, le rôle de l'hébergeur de la structure sera fondamental.

Une fois, l'hébergeur identifié par le biais d'un whois, il s'agira pour l'avocat de la personne victime du contenu qui figure sur le site de solliciter une requête présentée devant le Tribunal de grande instance territorialement compétent.

Pour des questions d'effet relatif des conventions, les informations liant un client à la société qui héberge son site web sont confidentielles et ne peuvent donc être communiquées qu'à des autorités judiciaires et/ou avec le concours d'une autorité judiciaire.

La requête présentée par l'avocat visera à ce qu'il soit autorisé, par ordonnance, à adresser à l'hébergeur une demande de communication des éléments d'identification de l'éditeur du site internet.

Ces éléments d'identification pourront être, selon les cas, (l'adresse IP, le nom, le prénom, l'email et les logs de connexion de l'éditeur indélicat).

Que peut-on faire des éléments d'identification communiqués par l'hébergeur suite à la réception de l'ordonnance transmise par l'avocat ?

Fort de ces éléments d'identification de l'éditeur (et plus spécifiquement de l'adresse IP), l'avocat sera en mesure, par le biais d'un whois spécifique aux adresses IP, de déterminer quel est le fournisseur d'accès qui correspond à l'adresse IP transmise.

Une fois le fournisseur d'accès identifié (Orange, SFR, Bouygues), il s'agira, pour l'avocat de solliciter, une nouvelle fois, le président du Tribunal de grande instance compétent, afin qu'il l'autorise à solliciter auprès du fournisseur d'accès à internet que ce dernier lève l'anonymat sur l'adresse IP qui lui aura été communiquée.

Une fois l'identité de l'internaute déterminée, il sera alors possible de poursuivre l'éditeur devant les tribunaux par la voie pénale (plainte avec constitution de partie civile ou citation directe) ou par la voie civile (assignation) en fonction de la nature de l'atteinte dont il a été à l'origine.

Différence entre l'hébergeur de la structure et l'hébergeur du contenu

Il faut bien faire la différence entre l'hébergeur d'un site internet qui est sollicité par un éditeur pour héberger la structure d'un site internet afin qu'il y apparaisse et l'hébergeur d'un contenu présent sur ledit site internet qui peut très bien être un éditeur qui héberge des articles, textes, images et vidéos publiés par un tiers sur sa plateforme (que ce soit dans les commentaires situés sous ses articles ou encore dans le forum de discussion).

L'éditeur sera alors considéré comme hébergeur des contenus illicites. C'est à lui qu'il faudra adresser la notification de contenus illicites visant à ce que ces contenus soient supprimés.

L'hébergeur de la structure du site internet (Ovh, online.net) est différent de l'hébergeur du contenu au sens où il s'agit de l'intermédiaire technique sollicité par l'éditeur pour héberger le site web dans sa globalité.

Ce dernier n'aura vocation à être contacté, en tant que fournisseurs d'hébergement, que dans l'hypothèse où le contenu illicite dont on souhaite obtenir la suppression est un élément qui a été édité (et donc créé et publié) par le responsable du site internet litigieux.

Cas pratique

Une personne édite un blog contenant des propos diffamatoires ou injurieux à l'égard de quelqu'un.

Il n'existe aucune mentions légales sur le site permettant d'identifier son éditeur.

L'avocat de la victime de l'atteinte va donc tenter de savoir de qui il s'agit. Il pourra, tout d'abord, interroger le who is du nom de domaine sur des sites internet du type « www.gandi.net » de façon à déterminer quelle est la personne qui est titulaire du nom de domaine.

Si, comme cela est souvent le cas, le titulaire a choisi l'option lui permettant de conserver son anonymat, il sera alors envisageable de demander à l'hébergeur de la structure du site, qui est celui qui a contracté un abonnement auprès de lui, des informations.

Suite à une requête auprès du président du Tribunal de grande instance compétent, un certain nombre d'éléments d'identification de l'éditeur seront alors communiqués.

Là encore, il est peu probable que les vrais noms et prénoms figurent dans le formulaire d'inscription nécessaire à la souscription d'un espace d'hébergement.

En pratique, c'est plus souvent l'adresse IP (internet protocol) qui permettra de déterminer qui est le fournisseur d'accès à qui il conviendra de demander de lever l'anonymat sur l'adresse IP qui aura été communiquée par l'hébergeur du site ou du contenu illicite.

Il arrive, en effet, que l'hébergeur sollicité pour identifier l'internaute indélicat soit l'hébergeur du contenu et non l'hébergeur du site (ex : contenu publié sur un compte Facebook).

Dans ce cas, c'est bien Facebook (éditeur de son site) mais hébergeur du contenu illicite (sur lequel il n'a aucun contrôle) qu'il conviendra de contacter.

Il sera en mesure de communiquer, suivant l'ordonnance transmise par l'avocat et signée par un juge, les logs de connexion et adresses IP de l'internaute indélicat.

Cette stratégie judiciaire visant à découvrir la véritable identité d'un internaute montre néanmoins ses limites dans l'hypothèse où celui qui cherche à cacher son identité utilise un proxy (*programme servant d'intermédiaire pour accéder à internet qui permet à son utilisateur d'obtenir une adresse IP différente de la sienne et qui pointera généralement vers un serveur étranger n'ayant aucun rapport direct ou indirect avec lui*).

De combien de temps dispose l'hébergeur pour retirer le contenu illicite qu'on lui notifie ?

L'article 6-I-2 de la loi de juin 2004 pose que les intermédiaires techniques que sont les hébergeurs « ne peuvent voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées » s'ils « *n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apprécier ce caractère ou si, dès le moment où (ils) en ont eu cette connaissance, (ils) ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ».

La loi impose donc à l'hébergeur d'agir « *promptement* » pour retirer les contenus litigieux à compter de la réception de la notification.

La question est donc de savoir dans quel délai l'hébergeur doit retirer les contenus à compter de la notification.

La Cour d'appel de Paris a considéré que le délai de 2 semaines dans lequel Google avait retiré des informations sur les services Google image¹ et Google vidéo² ne satisfaisait pas à l'exigence de promptitude.

Dans une autre décision du 17 février 2011, la Cour de cassation a cassé un arrêt au motif que le délai de 24h laissé par la cour d'appel à l'hébergeur pour retirer les contenus litigieux n'était pas suffisant. L'hébergeur devait en effet disposer d'un « *délai raisonnable d'analyse* » pour lui permettre de « *vérifier par lui-même le caractère manifestement illicite ou non du message incriminé* »³.

Suite à cette décision, la Troisième chambre du TGI de Paris a jugé qu'un délai de 16 jours pour retirer des contenus était prompte, compte tenu des circonstances de fait⁴.

¹ Paris, Pôle 5, chambre 2, 4 février 2011, Google image, JurisData : 2011-004802 : "Les retraits ne furent effectifs que plus de deux semaines après le signalement des sites litigieux, délai que les appelantes expliquent par des difficultés techniques, notamment la nécessité de traduire les signalements, mais qui ne satisfait pas à l'exigence de promptitude posée par la loi".

² Paris, Pôle 5, chambre 2, 9 Avril 2010, Google vidéo, JurisData : 2010-024501 : « La responsabilité de la société GOOGLE est engagée, alors qu'informée du caractère illicite de vidéos reproduisant un film documentaire mises en ligne sur le site GOOGLE Vidéo par des utilisateurs, elle a opéré le retrait de ces vidéos dans un délai supérieur à deux semaines, délai qui ne saurait être qualifié de prompt ».

³ Civ. 1, 17 février 2011, n° 09-15857, AMEN c/ Khetah, JurisData : 2011-001675 : « Ne peut être imposée à l'hébergeur, sous couvert de « promptitude », une suspension automatique du site à réception de la notification lui faisant part du caractère prétendument illicite de son contenu, sans qu'un délai raisonnable d'analyse ne lui soit accordé pour lui permettre de vérifier par lui-même le caractère manifestement illicite ou non du message incriminé, sauf à lui imposer une mesure immédiate de censure a priori ; qu'en décidant néanmoins en l'espèce que faute d'avoir supprimé l'accès au contenu du site le jour même de la réception de la notification adressée par Monsieur X..., la société AMEN n'aurait pas agi promptement, la Cour d'appel a violé par fausse interprétation l'article 6-I-2 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. »

⁴ TGI Paris, 3e ch., 4e sect., 28 avr. 2011, SPPF c/ Youtube, Google France, Google Ireland : www.legalis.net : "La société Youtube a eu connaissance des sept procès-verbaux de constat des mois de février et mars 2009, le 28 juillet 2009. Elle a effectué le retrait des fichiers en cause selon un procès-verbal de constat établi par maître Legrain, huissier de justice, les 4, 5, 6, 7, 11, 12 et 13 août 2009. Compte tenu du fait que la remise d'un procès-verbal de constat ne vaut pas notification et des difficultés matérielles rencontrées tenant à l'exploitation de ces derniers, il y a lieu d'admettre que la société Youtube a fait preuve de la promptitude requise par la loi."

La durée du « *délai raisonnable d'analyse* » dépendra donc du cas d'espèce, et notamment des contraintes techniques de l'hébergeur, de la nature de l'atteinte et du caractère manifeste ou non de celle-ci. Dans tous les cas, l'hébergeur aura largement intérêt à ne pas perdre de temps dans le traitement de la notification.

Concernant la dimension internationale d'Internet

Le principe veut que dès lors qu'un message est, par un service de communication au public en ligne, accessible sur le territoire national, la loi française lui est applicable et les juridictions internes sont compétentes pour en sanctionner les abus et réparer au moins les effets des dommages subis chez nous.

Elles n'ont cependant aucune exclusivité puisque, par nature, les contenus de tels services sont rendus publics dans tout autre pays. En conséquence la loi étrangère est également applicable et les juridictions sont compétentes.

En raison de la dimension internationale des réseaux de communication et donc des services de communication au public en ligne, la principale incertitude tient donc à la détermination du rattachement à un droit national, par la désignation de la loi applicable et de la juridiction compétente.

Nous verrons en la matière que les tribunaux fonctionnent bien souvent par faisceaux d'indices. Ils tiennent compte de l'endroit où se situe le siège social, du domicile du défendeur (celui que vise l'action en justice), de la langue utilisée et par extension du public visé, etc...)

Droit du commerce électronique - conflit entre noms de domaines et entre marque et nom de domaine

En matière de commerce électronique, il arrive très souvent que l'opérateur économique s'interroge sur la question de savoir quelle est la marque qu'il doit choisir et quel est le nom de domaine pour lequel il doit opter.

Parce que ces signes distinctifs ne sont pas libres d'utilisation et parce qu'ils peuvent porter atteinte aux droits de tiers et valoir à la société d'être alors poursuivie pour concurrence déloyale et ou contrefaçon, il est essentiel de savoir ce qu'est une marque, à quoi elle sert et comment on détermine le risque de confusion entre deux marques.

De la même façon, il conviendra de déterminer comment fonctionne le droit sur les noms de domaine et les questions qui peuvent se poser en la matière.

I. Le droit des marques

A. Qu'est-ce qu'une marque ?

Le Code de la propriété intellectuelle (ci-après) CPI, donne à l'article L. 711-1 une définition de la marque comme étant « ***un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale*** ».

Parce que le signe choisi comme marque doit être « *susceptible de représentation graphique* », cela exclu de facto les signes qui s'adressent à l'odorat ou au goût (marques olfactives ou gustatives), ainsi que les signes sonores qu'il est impossible de transcrire sur une portée musicale (rugissement, aboiement, bruit en tout genre...).

Selon la jurisprudence, s'agissant d'un signe olfactif, les exigences que doit remplir la représentation graphique ne sont satisfaites, ni par la présentation d'une formule chimique, ni par une description verbale, ni par le dépôt d'un échantillon, ni par la combinaison de ces éléments.

On distingue classiquement 3 types de marques :

- 1) Marque verbale (texte)**
- 2) Marque figurative (dessin – représentation graphique)**
- 3) Marque semi-figurative (marque composée d'un dessin et d'un texte)**

B. Le signe visé dans la marque doit être disponible (La nécessité d'une recherche d'antériorité)

On ne peut déposer comme marque qu'un signe sur lequel n'existe aucun droit antérieur constitué au profit d'un tiers, qu'il s'agisse d'un droit antérieur limité par le principe de spécialité ou d'un droit absolu rendant le signe indisponible dans tous les secteurs de la vie économique (marque renommée).

Outre l'existence d'une marque antérieure déposée ou notoirement connue, l'antériorité peut être constituée par une dénomination sociale, une appellation d'origine ou encore un nom commercial, une enseigne et même un nom de domaine.

On ne peut adopter comme marque qu'un signe disponible, c'est-à-dire un signe sur lequel n'existe aucun droit antérieur constitué au profit d'un tiers.

L'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle donne une énumération non limitative des droits antérieurs faisant obstacle au dépôt comme marque d'un signe identique ou similaire.

« une autre marque (CPI, art. L. 711-4, a),

une dénomination sociale ou une raison sociale (CPI, art. L. 711-4, b), un nom commercial ou une enseigne (CPI, art. L. 711-4, c)

ou une appellation d'origine (CPI, art. L. 711-4, d) ;

quand le signe choisi comme marque a été antérieurement l'objet d'une protection par le droit d'auteur ou le droit des dessins et modèles (CPI, art. L. 711-4, e et f),

se heurte aux droits de la personnalité d'un tiers (droit au nom ou droit à l'image, CPI, art. L. 711-4, g),

ou encore aux droits d'une collectivité territoriale (CPI, art. L. 711-4, h) ».

L'article L. 711-4, a), du Code de la propriété intellectuelle permet de faire jouer une antériorité bénéficiant à une marque d'usage, c'est-à-dire une marque exploitée sans avoir été déposée, à condition qu'elle soit notoire.

C. La marque a une fonction distinctive : le principe de spécialité

Dans la classification de Nice, il existe 45 classes de produit et de services. De 1 à 34 les produits et de 35 à 45 les services.

La marque a une fonction distinctive. De cette fonction découle le principe directeur du droit des marques : le principe de spécialité. Il trouve son origine dans le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Ce principe s'oppose à ce qu'un commerçant se réserve pour son usage exclusif, la propriété d'un signe dans tous les secteurs de la vie économique.

Le principe de spécialité a pour conséquence que le signe enregistré comme marque ne sera approprié par son titulaire que dans la mesure où il lui sera utile pour identifier les produits et les services qu'il aura désignés dans sa demande d'enregistrement.

Il restera donc libre pour les autres produits et une même marque, appartenant à deux propriétaires distincts, pourra identifier des produits de nature différente (par exemple Mont Blanc s'applique d'une part à des desserts, d'autre part à des stylos).

Le champ d'application de la spécialité est donc déterminé par les produits visés dans l'acte de dépôt.

Le fait qu'un dépôt se réfère à telle ou telle classe n'implique pas qu'il couvre automatiquement et nécessairement tous les produits de cette classe. Il faut tous les citer si vous souhaitez que tous les produits et services de la classe soient protégés.

D. Comment détermine-t-on qu'une marque est identique ou similaire à une autre ?

1. La nécessité d'un risque de confusion

Pour attaquer une personne pour contrefaçon de marque, pour s'opposer à l'enregistrement d'une marque ou pour annuler une marque identique ou similaire, il convient de faire préalablement la démonstration d'un risque de confusion entre votre marque et celle d'un tiers ou entre votre marque et le signe distinctif de ce tiers.

2. Définition du risque de confusion

Pour la Cour de justice (arrêt Canon du 29 septembre 1998) constitue un risque de confusion « *le fait que le public puisse croire que les produits ou services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement* ».

Interrogée sur ce point, la Cour de justice a jugé « *qu'un signe est identique à la marque lorsqu'il reproduit, sans modification ni ajout, tous les éléments constituant la marque ou lorsque, considéré dans son ensemble, il recèle des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen* » (CJCE, 20 mars 2003)

La reproduction nécessite pour démontrer le risque de confusion à la fois une similitude entre les produits (a) et entre les signes (b) désignés dans les deux marques litigieuses.

a) Similitude entre les produits

Pour apprécier la similitude entre les produits, la Cour de justice adopte une démarche objective.

La similitude entre les produits et services s'apprécie en tenant compte « *de tous les facteurs pertinents qui caractérisent le rapport entre les produits ou services (...) en particulier leur nature, leur destination, leur utilisation, ainsi que leur caractère concurrent ou complémentaire* » (arrêt Canon). Seront dès lors similaires « *des produits qui, en raison de leur nature ou de leur destination, peuvent être rattachés par la clientèle à une même origine* » (CA Paris, 28 mai 2003 : PIBD 2003, 776, III, 602).

Ont par exemple été considérés comme similaires par leur nature : des vêtements et des chaussures, parce qu'ils font partie de la catégorie générale des articles d'habillement (TGI Paris, 27 sept. 2002, Youkon : PIBD 2003, 757, III, 76).

b) Similitude entre les signes

Un arrêt de la CJCE SABEL c/PUMA du 11 novembre 1997 est venu préciser qu'il convient de se fonder sur l'impression d'ensemble que les marques produisent sur le consommateur, « *la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des marques en cause* »

Exemples de décisions de justice en la matière

Similitude visuelle (Les deux marques se ressemblent d'un point de vue visuel)

Ex : (CA Paris, 17 juin 1992, Eurostar et Eurostart : Ann. propr. ind. 1995, p. 40),
(CA Paris, 18 sept. 1990, Pariscopie et Pariscopie : PIBD 1991, III, 310)

Similitude phonétique (Les deux marques se ressemblent quand on les prononce malgré le fait qu'elles ne soient pas similaires visuellement)

(CA Paris, 17 mars 1981, Chairman et Sherman : Ann. propr. ind. 1981, p. 132)

Similitude intellectuelle (Les deux marques ne se ressemblent ni visuellement ni phonétiquement. Le risque de confusion est néanmoins retenu parce que le titulaire de la marque a clairement voulu évoquer dans l'esprit du consommateur un lien de rattachement entre sa marque et la première marque de façon à ce que le public puisse croire que les deux produits ou services sont commercialisés par la même entreprise).

(TGI Paris, 19 juin 1996, Le Réverbère et Le Lampadaire : PIBD 1996, III, 573).

La similitude entre les signes n'est qu'une composante du risque de confusion. Il faut démontrer également la similitude entre les produits et les services.

II. Le droit des noms de domaine

A. Qu'est-ce qu'un nom de domaine ?

Un nom de domaine (NDD en notation abrégée française ou DN pour Domain Name en anglais) est un identifiant de domaine internet. C'est l'adresse unique d'un site internet saisie par un internaute pour s'y connecter.

L'architecture d'un nom de domaine est toujours la même ; il se compose de trois parties, séparées par des points :

- **un préfixe, dont la structure varie peu : "http://www" ou encore "http://", "www" signifiant "world wide web" ;**
- **un radical, choisi par le déposant, "yahoo", par exemple ;**
- **un suffixe, également appelé extension, tel ".com", ".fr" etc...**

Le nom de domaine doit comporter entre 1 et 63 caractères. (exemple : **M6.fr** ou **T.co** (twitter))

L'extension ou le suffixe peut être un suffixe géographique de deux lettres (.fr, .pour la France, .uk pour la Grande Bretagne par exemple) ou un suffixe générique en trois lettres (.com, .net par exemple).

On distingue traditionnellement les noms de domaine ayant trait à la nationalité (domaine national de premier niveau) de ceux ayant trait à l'activité dudit site (domaine de premier niveau).

B. Qu'est-ce que le cybersquatting ?

Le cybersquatting se définit comme le fait pour une personne d'usurper le signe distinctif d'autrui en l'enregistrant en tant que nom de domaine avant, notamment, de tenter de lui revendre au prix fort.

Les signes distinctifs de l'entreprise auxquels il est fréquemment porté atteinte sont sa marque, son nom commercial, sa dénomination sociale, ou encore son enseigne.

Il peut également s'agir du nom de famille ou du nom de scène d'un individu (Zlatan Ibrahimovic, Nabila, Zahia, etc...)

1. Conflits entre noms de domaine

En cas de conflit entre deux noms de domaines enregistrés dont les signes se rapprochent ou sont identiques, c'est la date de commencement d'exploitation des noms de domaines et non la date d'enregistrement qui compte.

En clair, si vous déposez « ESGI.com » en 2002, que vous ne faites rien du nom de domaine et que l'ESGI décide en 2004 de déposer « ESGI.fr », vous ne serez pas légitimes à vous plaindre d'une exploitation illégitime par l'ESGI de votre nom de

domaine faute de l'avoir exploité en associant un site internet au nom de domaine susmentionné.

2. Conflits entre marque et nom de domaine

Quand il existe un conflit entre une marque et un nom de domaine enregistré postérieurement à cette marque, on estime désormais que pour qu'il y ait contrefaçon, il faut un acte consistant à utiliser un sigle identique ou similaire pour désigner des produits identiques ou similaires.

La règle de la spécialité qui existe en matière de marques est valable pour le nom de domaine.

La spécialité du nom de domaine est liée à la spécialité du site auquel il renvoie.

Il faut donc que les noms de domaines soient utilisés et pas seulement enregistrés (« réservés »), sinon le principe veut qu'ils ne soient pas des signes distinctifs, n'aient pas de spécialité et ne créent donc pas de conflits avec la marque.

Le nom de domaine, sauf exceptions, ne peut constituer un acte de contrefaçon de marque que si le nom de domaine est exploité.

Pendant longtemps, en cas de conflit entre une marque et un nom de domaine, les juges retenaient la contrefaçon selon une méthode abstraite d'identification de la spécialité du nom de domaine.

Ainsi le nom de domaine était réputé avoir pour spécialité les services de communication par réseau informatique (*service de communication en ligne ou service assimilé compris dans la classe 38 de la classification de Nice*).

Cela revenait donc à considérer que tous les noms de domaines avaient la même spécialité et cela faisait injustement tomber hors spécialité 99% des marques invoquées.

De façon paradoxale, cela ne permettait pas de reconnaître la contrefaçon alors même que les services proposés par le site auquel donnait accès le nom de domaine litigieux étaient de la même spécialité que la marque contrefaite.

Inversement, si le demandeur avait eu la présence d'esprit de déposer sa marque dans la classe 38 « service de communication en ligne », les juges retenaient d'office la contrefaçon alors que le site, auquel donnait accès le nom de domaine litigieux, exploitait, en pratique, des produits et services complètement différents.

Un important arrêt Locatour (Cass. Com. 13 décembre 2005) est intervenu pour changer la donne.

Une société possédait la marque « Locatour ».

Elle avait pour activité les voyages et le tourisme et avait déposé la marque « Locatour » pour l'activité « services de communication en ligne » (classe 38). Elle exploitait, par ailleurs, le nom de domaine locatour.fr pour donner accès à un site internet tourné vers

l'activité de tourisme.

Cette société avait décidé de poursuivre devant les tribunaux une deuxième société qui intervenait dans un domaine totalement différent. Elle avait déposé un nom de domaine locatour.com, mais ne l'utilisait pas encore.

La première société a assigné la seconde pour contrefaçon de marque (du sigle Locatour) ainsi que pour concurrence déloyale pour le dépôt de locatour.com)

La Cour d'Appel a rejeté la demande en contrefaçon concernant la marque Locatour pour l'activité de « voyages et tourisme », mais a retenu la contrefaçon pour la marque « service en ligne ».

La Cour d'Appel a déterminé que la spécialité du signe litigieux était « les services de communication en ligne », et que la non exploitation du nom de domaine ne changeait rien à cela.

La Cour de Cassation a confirmé la Cour d'Appel sur l'absence de contrefaçon pour la marque Locatour spécialité « voyages », mais a cassé (contredit) la Cour d'appel pour avoir retenu la contrefaçon dans la catégorie « service de communication en ligne »

Son attendu de principe est le suivant :

« Attendu qu'un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, peu important que celle-ci soit déposée en classe 38, pour désigner des services de communication télématique, que si les produits et services offerts sur ce site sont soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public ».

En cas de conflit entre une marque et un nom de domaine, il faut donc désormais se déterminer par rapport aux produits ou services proposés par le site auquel renvoie le nom de domaine, et non par référence automatique à la classe 38 : « service de communication en ligne ».

Dans le cas d'espèce, il aurait donc fallu que la seconde société exploite un service « classe 38 » dit de communication en ligne pour qu'il y ait véritable contrefaçon de la marque Locatour ; ce qui n'était pas le cas.

Par ailleurs, si le nom de domaine n'est pas utilisé, il faut tenir compte des services susceptibles d'être offerts compte tenu de l'activité réelle du bénéficiaire du nom de domaine.

Il faut pour cela que la société ayant réservé le nom de domaine ait une activité propre et bien délimitée similaire à celle du détenteur du nom de domaine. Ce qui en l'espèce n'était pas le cas.

Ce principe permet d'agir préventivement (mesure d'interdiction d'usage) face à une contrefaçon réelle lorsque le risque de cette dernière est important (entreprise exerce une activité analogue), même s'il est incertain.

Il y a donc des précautions à prendre quand on réserve un nom de domaine :

Sa réservation (contrairement au dépôt de la marque) n'est pas soumise à des conditions de validité et à un contrôle à priori.

Il convient donc de faire des recherches d'antériorité (rechercher s'il existe une marque, des noms commerciaux, enseignes, exploités par un concurrent avec le signe choisi comme nom de domaine).

Il faut également vérifier si les signes utilisés dans les noms de domaine sont réglementés par la loi.

L'article L.711-4 du Code de la propriété intellectuelle qui concerne les antériorités opposables aux tiers autorise l'exploitant du nom de domaine à demander l'annulation d'une marque intervenue après l'enregistrement (et l'exploitation) de son nom de domaine.

En revanche, parce que le nom de domaine n'est pas protégé au titre du droit d'auteur, il faudra passer par l'article 1382 du Code civil pour agir contre les tiers en question.