



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE SERVICE DE RÉFÉRENCIEMENT PAYANT
COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 25 SEPTEMBRE 2012*

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 87, 1er novembre 2012

*LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE SERVICE DE RÉFÉRENCIEMENT PAYANT COMMENTAIRE DE
L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 25 SEPTEMBRE 2012*

I. - UNE CONCEPTION ÉTROITE DE LA CONTREFAÇON DE MARQUE A. - Un usage à titre de marque dans la vie des affaires

I. - UNE CONCEPTION ÉTROITE DE LA CONTREFAÇON DE MARQUE B. - Un usage susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque ?

II. - VERS UNE QUASI-EXCLUSION DE LA CONTREFAÇON DE MARQUE PAR L'ANNONCEUR A. - Une analyse nouvelle du risque de confusion

II. - VERS UNE QUASI-EXCLUSION DE LA CONTREFAÇON DE MARQUE PAR L'ANNONCEUR B. - Une approche critiquable au profit d'une liberté exacerbée de la concurrence

C'est une nouvelle approche dans l'analyse de la responsabilité de l'annonceur dans le système de référencement payant que consacre la Haute Juridiction.

[Cass. com., 25 sept. 2012, RLDI 2012/86, n° 2884]

Dans le florilège de décisions de justice concernant les moteurs de recherche, voici une importante décision de la Cour de cassation qui intervient pour la première fois depuis la célèbre décision « Interflora » de la CJUE (1) à propos de la responsabilité de l'annonceur.

Par cet arrêt, la Cour de cassation consacre une nouvelle analyse à propos de la responsabilité de l'annonceur dans le cadre du référencement commercial sur internet.

La société Auto IES exerce une activité d'achat et de vente de véhicules automobiles sur internet, et elle est titulaire de plusieurs marques françaises comportant l'expression « *Auto IES* » pour l'activité liée au secteur automobile. La société Auto IES a fait constater que la saisie des termes « *auto ies* » « *autoies* » « *auto-ies* » et « *ies* » dans le moteur de recherche Google générait l'affichage de liens commerciaux renvoyant vers les sites internet des sociétés Car Import, Directinfos. com et de M. B.

La société Auto IES a assigné ces annonceurs en contrefaçon de marques, usurpation de nom commercial et de dénomination sociale et a agi en responsabilité civile à l'encontre de la société Google France.

Par une décision du 2 février 2011, la Cour d'appel de Paris infirme le jugement du 27 avril 2006 rendu par le Tribunal de grande instance de Paris et a rejeté l'ensemble des demandes. La société Auto IES a formé un pourvoi en cassation par lequel elle fait notamment grief à l'arrêt d'avoir rejeté l'action en contrefaçon de marques. Selon le pourvoi, la publicité réalisée par un concurrent par le biais du référencement pour des produits ou services identiques à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée est susceptible de porter atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque ; aussi, le titulaire d'une marque peut faire interdire à un annonceur de réaliser un tel usage constitutif de contrefaçon. Cet arrêt pose la question de la licéité des actes accomplis par l'annonceur d'un référencement commercial au regard du droit des marques. Plus largement, c'est la question de la confrontation entre le droit des marques et les pratiques publicitaires liées au fonctionnement de l'internet qui est en jeu. Le monopole de propriété industrielle doit-il

prévaloir sur la licéité de pratiques commerciales spécifiques à l'internet ? Est-ce à l'inverse ces pratiques commerciales novatrices qui doivent l'emporter et assurer la suprématie de la liberté du commerce et de l'industrie ?

Par l'arrêt du 25 septembre 2012, la Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve les arguments retenus par la Cour d'appel. L'action en contrefaçon est écartée en l'absence d'atteinte à la fonction d'identification d'origine de la marque : l'annonce litigieuse a été jugée suffisamment précise pour empêcher les internautes d'établir un lien entre les produits ou les services de l'annonceur et ceux du titulaire de la marque dont la marque a été utilisée par l'annonceur concurrent à titre de mot clé, y compris en empêchant l'internaute d'établir un lien économique entre les entreprises. En l'absence de grief retenu contre l'annonceur, la responsabilité civile de la société Google n'est pas engagée.

Depuis une décision « Google » (2) , la Cour de justice de l'Union européenne a construit au fil de ses décisions le régime juridique applicable aux protagonistes du référencement commercial (3) , et le cortège des décisions précise les principes à suivre en la matière. La Cour de cassation avait rendu un arrêt le 13 juillet 2010 sur la question de la responsabilité de l'annonceur mais ne s'était pas prononcée à nouveau sur cette question depuis l'arrêt *Interflora* de la CJUE, là où de nombreuses décisions des juges du fond appliquent fidèlement les critères exposés par la CJUE. À la suite des décisions au fond, la Cour de cassation s'aligne sur la position retenue par la Cour européenne et approuve les juges du fond d'avoir écarté le risque de confusion du fait du lien commercial reproduisant la marque concurrente.

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 25 septembre 2012, constitue une nouvelle approche dans l'analyse de la responsabilité de l'annonceur dans le système de référencement payant. Par l'adoption de cette analyse nouvelle, la Cour de cassation consacre une conception divergente de la responsabilité de l'annonceur de celle qu'elle retenait jusqu'alors et elle se situe désormais dans la rigoureuse lignée de la solution établie par la CJUE (I). Les conséquences de cette nouvelle analyse seront ensuite exposées (II).

La CJUE a subordonné la notion d'usage pouvant être interdit par le titulaire de la marque aux conditions que l'usage ait lieu à titre de marque dans la vie des affaires.

I. - UNE CONCEPTION ÉTROITE DE LA CONTREFAÇON DE MARQUE

À partir des arrêts *Google* (4) , *Bergspechte* (5) , *Portakabin* (6) , *eBay* (7) , *Interflora* (8) et notamment *Arsenal* (9) de la CJUE, l'usage d'une marque à titre de mot clé d'un moteur de recherche est constitutif d'une contrefaçon de marque à trois conditions cumulatives : l'usage réalisé à titre de marque est fait dans la vie des affaires (A) et il est susceptible de porter atteinte aux fonctions attribuées à la marque (B).

A. - Un usage à titre de marque dans la vie des affaires

Il s'agissait, tout d'abord, de déterminer si la publicité réalisée à partir d'un mot clé identique à une marque sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur internet, sans le consentement du titulaire, constitue un usage à titre de marque dans la vie des affaires. La CJUE a en effet subordonné la notion d'usage pouvant être interdit par le titulaire de la marque aux conditions que l'usage ait lieu à titre de marque dans la vie des affaires (10) . Il résulte notamment des arrêts *Google* et *Bergspechte* que « l'annonceur fait un usage de ce signe dans la vie des affaires pour désigner des produits ou services, dès lors qu'un signe identique ou similaire à une marque est sélectionné en tant que mot-clé par un concurrent du titulaire de la marque dans le but de proposer aux internautes une alternative par rapport aux produits ou aux services dudit titulaire ».

En l'espèce, les annonceurs avaient réservé auprès du service Google AdWords les mots clés « *auto ies* », « *autoies* », « *auto-ies* » et « *ies* » : leur saisie déclenchait l'affichage de liens commerciaux renvoyant vers leurs sites internet sur lesquels était proposée la vente de produits et de services identiques à ceux du titulaire de la marque. Le mode de fonctionnement du moteur de recherche a permis ainsi à une entreprise concurrente d'utiliser, à titre de mots clés, des marques qui ne lui appartenaient pas. La Cour d'appel avait précisé que l'annonceur réalisait bien un usage de la marque dans la vie des affaires : cette analyse est reprise par la Cour de cassation qui relève que « *les mots-clés "autoies", "auto-ies", "auto ies" et "ies" sont identiques aux marques dont la société Auto IES est titulaire et qu'ils sont utilisés comme mots clés pour déclencher l'affichage de liens promotionnels vers des sites sur lesquels sont proposés des produits et services identiques à ceux pour lesquels les marques sont enregistrées* ».

Les deux premières conditions édictées par la CJUE et appliquées par la Cour d'appel sont reprises *in extenso* par la Cour de cassation. Une incertitude existait sur l'application de la troisième condition.

B. - Un usage susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque ?

Selon la CJUE, le titulaire d'une marque n'est habilité à interdire l'usage publicitaire de celle-ci par un tiers que si cette utilisation est susceptible de porter atteinte à l'une des fonctions de la marque. Dès l'arrêt *Google*, elle conditionna l'atteinte à la marque à trois hypothèses différentes dans lesquelles l'atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque est avérée : « *lorsque l'annonce ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers ; lorsque l'annonce du tiers suggère l'existence d'un lien économique entre ce tiers et le titulaire de la marque ; lorsque l'annonce, tout en ne suggérant pas l'existence d'un lien économique, reste à tel point vague sur l'origine des produits ou des services en cause qu'un internaute normalement informé et raisonnablement attentif n'est pas en mesure de savoir, sur la base du lien promotionnel et du message commercial qui y est joint, si l'annonceur est un tiers par rapport au titulaire de la marque ou, bien au contraire, économiquement lié à celui-ci* ».

Ce sont ces critères édictés par la CJUE qui doivent guider les juridictions nationales pour déterminer si l'usage du signe porte atteinte à la fonction de garantie d'identité d'origine de la marque (11) . Or, l'atteinte aux fonctions de la marque fait l'objet d'appréciations divergentes ; c'est cette caractérisation de l'atteinte à la marque qui est au cœur du contentieux.

Jusqu'alors, la Cour de cassation a interprété les critères de la CJUE en retenant majoritairement l'existence d'un risque de confusion. Autrement dit, c'est le risque d'erreur sur l'origine commerciale des produits lié au lien promotionnel pour les internautes qui conduit à qualifier l'usage de la marque d'autrui comme mot clé par un annonceur d'usage portant atteinte aux fonctions de la marque : il s'agit donc d'un acte de contrefaçon. Mais ce risque de confusion sur l'origine commerciale des biens proposés par l'annonceur doit être apprécié pour chaque espèce : il repose sur la manière dont l'annonce a été rédigée et dont elle est perçue par l'internaute.

Dans l'un des arrêts rendus le 13 juillet 2010 (12) , la Cour de cassation a fait une application très fidèle des critères exposés par la CJUE dans son arrêt *Google*. Cette analyse l'avait conduite à approuver la contrefaçon de marque retenue par les juges du fond à l'encontre de l'annonceur. La Cour avait souscrit à la solution de l'arrêt d'appel qui avait retenu le risque de confusion pour un utilisateur moyennement averti du moteur de recherche, y compris si les liens

commerciaux figuraient sous une colonne séparée des résultats naturels de recherche. À l'image de cette décision, la jurisprudence majoritaire retenait l'existence d'un risque de confusion dans l'esprit de l'internaute : d'une manière plus ou moins directe, le lien commercial conduisait l'internaute à établir un lien entre l'annonceur et le titulaire de la marque qui faussait l'indication d'origine des biens proposés par l'annonce litigieuse.

Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation adopte une analyse radicalement différente et approuve la Cour d'appel d'avoir rejeté l'existence d'un risque de confusion : toute atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque est exclue et donc corrélativement la contrefaçon de marque. Ainsi, la Cour de cassation inaugure une nouvelle solution à l'égard des annonceurs dans le référencement commercial qui conduit à exclure dans la majorité des espèces la qualification de contrefaçon de marque à l'égard de l'annonceur.

II. - VERS UNE QUASI-EXCLUSION DE LA CONTREFAÇON DE MARQUE PAR L'ANNONCEUR

La jurisprudence a modifié son analyse du risque de confusion (A), et cette nouvelle approche de la contrefaçon de marque dans le système de référencement commercial conduit à admettre une liberté exacerbée de la concurrence (B).

A. - Une analyse nouvelle du risque de confusion

À l'inverse de la solution retenue jusque-là, l'arrêt commenté consacre une appréciation très stricte de l'atteinte à la fonction de la marque : les juges du fond approuvés par la Cour de cassation analysent de manière précise la façon dont est rédigée l'annonce pour conclure à l'absence de risque de confusion pour l'internaute. Divers éléments sont relevés par les juges pour conclure à la séparation claire des deux catégories de résultats. Sur la page de résultats du moteur de recherche Google, les résultats affichés à la suite des requêtes des internautes sont mentionnés dans les résultats naturels et non au sein des annonces publicitaires. Les deux catégories de réponses - résultats naturels et annonces publicitaires - sont nettement distinguées et les annonces publicitaires sont identifiées clairement par l'intitulé de « *liens commerciaux* » et suivies par une annonce de Google pour ses services. Par ailleurs, les annonces sont constituées par des messages qui désignent le produit de manière générique ou consistent en des remises promotionnelles sans référence aux marques ; en outre, ces annonces sont suivies d'un nom de domaine sans lien avec la société Auto IES.

Par conséquent, la précision de chaque annonce litigieuse écarte toute possibilité pour l'internaute moyen d'associer les biens visés par ces annonces à la société Auto IES ou d'en déduire l'existence d'un lien économique entre l'annonceur et la société Auto IES titulaire de la marque en cause. La solution retenue en matière de marque est étendue aux autres signes distinctifs puisque la société Auto IES avait revendiqué une atteinte à sa dénomination sociale et à son nom commercial : quel que soit le signe distinctif, aucun risque de confusion ne peut être retenu en présence d'une annonce publicitaire dont la rédaction et la visualisation ne peuvent susciter aucun doute sur la nature publicitaire et sur l'absence de lien avec le titulaire du signe distinctif.

Donc l'apparition d'une annonce publicitaire à la suite de la saisie par l'internaute du nom de marque d'un concurrent peut être sanctionnée selon la manière dont le message publicitaire est rédigé et selon son mode d'affichage sur la page de résultats du moteur de recherche. L'atteinte à la marque ne peut être retenue qu'en cas d'association par

l'internaute entre le titulaire de la marque et l'annonceur. En l'espèce, le lien commercial litigieux apparaît nettement de nature publicitaire dans l'esprit de l'internaute : toute confusion avec un résultat naturel de la recherche est exclue.

L'usage fréquent des moteurs de recherche par les internautes pris comme personnages de référence par la jurisprudence explicite cette solution désormais appliquée par les juges du fond (13) : le recours à Google ainsi qu'à d'autres moteurs de recherche devient banal au point que le système des mots clés relève d'une habitude d'utilisation pour l'internaute normalement avisé, informé, et raisonnablement attentif. Depuis la décision « Interflora », plusieurs décisions du fond ont retenu la même solution dont le fondement repose sur la capacité de l'internaute à distinguer les résultats naturels d'une recherche par rapport à des annonces publicitaires (14) . Les internautes sont à ce point familiarisés avec le fonctionnement des moteurs de recherche et des plates-formes de vente qu'ils sont rompus aux pratiques publicitaires de ces divers sites et ne peuvent se tromper sur la nature publicitaire des messages qui apparaissent à leur intention. Ces usages spécifiques de l'internet ne conduisent pas à une altération des fonctions de la marque et il faudrait à l'inverse que les annonces ne soient pas clairement identifiées comme étant des liens commerciaux pour que la contrefaçon de marque soit susceptible d'être appliquée.

Les pistes seront brouillées dans l'esprit du consommateur si la marque utilisée par le concurrent surgit au sein des résultats naturels du moteur de recherche : la confusion serait alors possible du fait de l'association de la marque avec le site internet du concurrent auquel renvoie directement le lien naturel, alors même que le site du titulaire de la marque figure également dans la liste des résultats naturels en position désavantageuse (15) . L'internaute n'est plus à même d'opérer une distinction au sein des résultats naturels générés par sa requête auprès du moteur de recherche entre des résultats publicitaires et ceux qui ne le sont pas. En raison d'une telle confusion pour l'internaute, le lien qui peut être établi entre les deux sociétés est bien constitutif d'une atteinte à la fonction d'identification de la marque et donc d'une contrefaçon de marque.

Comme en témoigne l'affaire *Envirojob*, toute utilisation de la marque d'autrui n'est pas libre au sein des moteurs de recherche : pour autant, cette nouvelle position de la jurisprudence consacre une conception que nous considérons trop étroite de la marque, y compris notoire, qui repose exclusivement sur sa fonction d'indication d'origine. Contrairement à la décision « Interflora », aucune référence aux autres fonctions de la marque n'est établie par l'arrêt (16) . La CJUE a en effet précisé que seule l'utilisation portant atteinte à l'une des fonctions de la marque peut être interdite par le titulaire de la marque (17) ; les autres fonctions de la marque, à savoir la fonction d'exclusivité, de publicité, de communication et d'investissement, pourraient entrer en jeu afin de limiter l'usage de la marque par un concurrent dans les moteurs de recherche (18) . Mais la solution actuelle conduit à « *passer sous silence* » les autres fonctions de la marque (19) , et en particulier la fonction publicitaire qui aurait logiquement pu être utilisée en matière d'usage publicitaire de la marque par l'annonceur (20) . La solution nouvelle consacrée par l'arrêt commenté conduit à bâillonner le titulaire de marque qui ne peut qu'assister impuissant à l'utilisation publicitaire de sa propre marque par un compétiteur. Le monopole du titulaire de marque est donc amoindri et cette approche jurisprudentielle du système des liens commerciaux nous paraît critiquable.

La solution nouvelle consacrée par l'arrêt commenté conduit à bâillonner le titulaire de marque qui ne peut qu'assister impuissant à l'utilisation publicitaire de sa propre marque par un compétiteur.

B. - Une approche critiquable au profit d'une liberté exacerbée de la concurrence

Aucune sanction n'est appliquée à l'égard du moteur de recherche à raison de l'insertion de la marque d'autrui dans les mots clés commerciaux. Classiquement, la responsabilité de Google a été exclue par les juges. Depuis l'arrêt *Google c/ Louis Vuitton*, la responsabilité du prestataire d'un service de référencement sur internet ne peut être engagée par le titulaire d'une marque en l'absence d'usage de la marque dans la vie des affaires au sens de l'article 5, § 1, de la directive n° 89/104/CEE. Aussi, la jurisprudence française exclut toute contrefaçon ou faute civile de la part de Google. En l'espèce, la responsabilité de la société Google n'est pas retenue à défaut de contrefaçon de marque relevée à l'encontre des défendeurs. Aussi, la Cour de cassation considère que la Cour d'appel « *en a implicitement mais nécessairement déduit qu'en offrant un service permettant, à partir de ces mots clés, l'affichage de liens commerciaux renvoyant aux sites internet de sociétés concurrentes, les sociétés Google n'avaient commis aucun acte de démarchage ou de détournement de clientèle* ». Au-delà du droit des marques, le droit commun de la responsabilité civile ne fut pas utilisé en l'espèce, aucune faute ne semblant pouvoir être reprochée à la société Google en l'absence de rôle actif (voir *contra* à l'égard de eBay : Cass. com. 3 mai 2012, n° 11-10.505).

Le rôle des moteurs de recherche est exclusif de toute responsabilité à l'égard du titulaire de la marque reprise à titre de liens commerciaux.

La responsabilité de l'annonceur est également écartée contrairement à la solution précédemment retenue par la jurisprudence française. L'adoption par la Cour de cassation, à la suite des juges du fond, de ce critère de distinction claire entre le lien commercial et le résultat naturel conduit à exclure majoritairement le caractère illicite de l'utilisation de la marque par un concurrent. Cette utilisation de la marque d'autrui n'est pas de nature trompeuse pour le public : aucune association automatique n'est réalisée entre les entreprises concurrentes à partir de liens commerciaux dès que la démarche est claire et dépourvue d'ambiguïté. Le fonctionnement même des liens commerciaux semble justifier cette solution et constituer une sorte de motif légitime de l'usage de la marque d'autrui. Mieux encore, l'utilisation de la marque d'autrui réaliserait un but informatif à l'égard du public et permettrait de lui proposer une alternative aux produits et services du concurrent : la marque serait investie d'une mission d'information à l'égard de l'internaute, au point que son usage par des tiers serait licite. L'utilisation de la marque d'autrui participerait de l'information des internautes sur internet et constituerait finalement un facteur de stimulation de la concurrence par le choix ainsi proposé au public entre plusieurs opérateurs économiques.

Si le commerce électronique rend sans doute le recours aux liens commerciaux indispensable, il nous paraît toutefois contestable de se servir des signes distinctifs d'autrui pour attirer à soi l'internaute. Cette solution de la Cour de cassation nous paraît trop libérale d'autant que les signes distinctifs notoires sont soumis au même régime, comme l'a indiqué la CJUE dans l'arrêt *Interflora*. Si la marque n'a pas vocation à protéger le titulaire de toute pratique concurrentielle, elle conserve néanmoins une fonction d'exclusivité au profit dudit titulaire à l'égard des concurrents. Par la solution retenue en l'espèce, le monopole de la marque est sacrifié au profit du mode de fonctionnement des moteurs de recherche, et au-delà au profit d'une concurrence excessive entre les opérateurs économiques (21) .

En effet, comment expliquer le choix de l'annonceur ? Le signe distinctif choisi doit bien présenter un intérêt commercial ou publicitaire à défaut duquel il ne serait pas sélectionné par l'annonceur. Est-il légitime d'user du signe distinctif d'autrui pour attirer le public vers son site, quand bien même les entreprises ne sont pas liées dans l'esprit du consommateur ? C'est cette utilisation de la marque d'autrui, même si elle n'est pas toujours visible pour l'internaute,

qui permet d'orienter l'internaute vers son propre site. Ce mode de fonctionnement des moteurs de recherche qui conduit à orienter l'internaute vers le concurrent de l'entreprise dont il vient de saisir le signe distinctif nous amène à établir un parallèle avec la pratique dite « du couponnage électronique ». Cette dernière consiste à générer, lors de l'achat par un client de produits concurrents dans une grande surface, l'émission d'un coupon de réduction à valoir sur l'achat de ses propres produits. La Cour de cassation a sanctionné cette méthode commerciale comme constitutive d'un détournement de clientèle sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (22). Même si l'on ne se situe pas encore au stade de l'achat dans l'affaire commentée, force est de constater que la réservation de mots clés correspondant à la marque d'un concurrent permet de solliciter systématiquement la clientèle dudit concurrent, ce qui constitue une technique d'attraction déloyale ou parasitaire de la clientèle. En présence d'une conception stricte des fonctions de la marque, le recours à la qualification de « parasitisme » nous paraît souhaitable. Le parasitisme économique a pu être défini comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire (23). Il constitue une faute délictuelle susceptible d'engager la responsabilité de son auteur en application des dispositions de l'article 1382 du Code civil ou de l'article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle. Le parasitisme ne postule pas l'existence d'un risque de confusion entre le parasite et le parasité et peut consister à tirer profit de la notoriété d'une entreprise rivale, de ses investissements, de ses efforts ou encore de son savoir-faire. Or, le choix par l'annonceur du signe distinctif d'autrui est de manière inhérente lié au fait que ce signe est souvent saisi à titre de requête par les internautes (24) en raison de son caractère distinctif, voire en raison de sa notoriété. Pourtant, les juges du fond ne semblent pas favorables à l'application du parasitisme : il a pu être jugé que, dès que l'offre commerciale concurrente est bien distincte de celle du titulaire du signe distinctif, l'annonceur ne tire pas indûment profit des efforts et du savoir-faire du concurrent, en présentant une offre qui lui est propre, et ne se place pas non plus dans son sillage (25). Le choix même du mot clé postule selon nous la solution inverse et permet à l'annonceur d'attirer une clientèle par la captation des investissements ou de la notoriété d'autrui. Le parasitisme aurait l'intérêt de répondre au cas par cas à une utilisation illégitime du signe distinctif d'autrui : le *business model* des liens commerciaux ne serait pas mis en cause et seuls les comportements concurrentiels les plus contestables pourraient ainsi être sanctionnés.

L'hétérogénéité des solutions jurisprudentielles témoignait jusqu'alors de la difficulté des juges à saisir cette pratique des liens commerciaux combinée à l'usage de signes distinctifs d'autrui : l'hétérogénéité n'est plus, mais faut-il pour autant se réjouir de la solution retenue ? Le monopole des titulaires de marques n'en ressort pas grandi...

(1)

CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, *Interflora Inc.*, JCP E 2012, p. 1058, note Bourgeois M. ; Caron Ch., « FAQ » n° 4 autour des liens commerciaux, *Comm. com. électr.* 2012, n° 12, comm. 112 ; Breteau L. et Wery É., *RLDI* 2011/76 ; *D.* 2011, p. 2332, obs. Manara C.

(2)

CJUE, 23 mars 2010, *Google France SARL c/ Viaticum SA, Luteciel SARL*, *Comm. com. électr.* 2010, étude 12, Bone G. ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. 70, Caron Ch. ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. 88, note Stoffel-Munck Ph. ; *D.* 2010, actu. 885, obs. Manara C., et pan.. 1966, obs. Larrieu J., Le Stanc C. et Tréfigny-Goy P. ; *D.* 2011, JCP E., p. 908, obs. Durrande S. ; *Propr. ind.* 2010, comm. 38, Folliard-Monguiral A. ; *RLDI* 2010/59, p. 3, obs Costes L. ; *RLDI* 2010/60, n° 1999, comm. Castets-Renard C. ; *RLDI* 2010/62, n° 2029, comm. Tardieu Guigues É. ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note Grynbaum L. ; *RTD Eur.* 2010, p. 939, chron. Treppoz É.

(3)

Pollaud-Dulian F., L'emploi des marques d'autrui dans un système de référencement commercial sur internet, *Propr. intell.* 2010, n° 36, p. 823 ; Tardieu Guigues É., *État des lieux 2012 : internet, marques, intermédiaires, référencement...*, *RLDI* 2012/84, n° 2836.

(4)

CJUE, 23 mars 2010, précité.

(5)

CJUE, 25 mars 2010, aff. C-278/08, *Propr. ind.* 2010, comm. 39, Folliard-Monguiral A. ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. 70, Caron Ch. ; *D.* 2011, p. 908, Durrande S.

(6)

CJUE, 8 juill. 2010, aff. C-558/08, *D.* 2011, p. 908, obs. Durrande S. ; *Propr. ind.* 2010, comm. 55, note Folliard-Monguiral A. ; JCP E 2010, n° 1961, obs. Caron Ch.

(7)

CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *D.* 2011, JCPE p. 1965, obs. Manara C. ; *D.* 2011, p. 5024, obs. Gautier P.-Y.

(8)

CJUE, 22 sept. 2011, précité.

(9)

CJCE, 12 nov. 2002, aff. C-206/01, *D.* 2003, p. 755, note de Candé P. ; *RTD com.* 2003, p. 415, obs. Luby M. ; *RTD Eur.* 2004, p. 106, obs. Bonet G. ; *Propr. intell.* 2003, comm. 200, obs. Bonet G.

(10)

Le Goffic C., Le titulaire de la marque, le référencement commercial et l'annonceur, note sous Cass. com., 25 sept. 2012, Gaz. Pal., 11 oct. 2012, n° 285, p. 13.

(11)

Voir particulièrement le point 83 de la décision ; les règles relatives à la responsabilité de l'annonceur furent confirmées notamment par l'arrêt *Portakabin*.

(12)

Cass. com., 13 juill. 2010, RLDI 2010/64, n° 2102, note Schaffner M. et Georges S. ; Comm. com. électr. 2010, comm. 93, Caron Ch.

(13)

CA Lyon, 22 mars 2012, *Weston*, RLDI 2012/ 81, n° 2711, obs. Trézéguet M. ; voir aussi, TGI Nanterre, 6 sept. 2012, Eurochallenges, <legalis.net>.

(14)

TGI Paris, 27 mars 2012, JCP E 2012, p. 1374, note Bourgeois M. : le jugement écarte la contrefaçon de marque, la concurrence déloyale ainsi que la publicité comparative et trompeuse.

(15)

CA Paris, 22 juin 2011, *Envirojob*, <legalis.net> : le site du défendeur référencé à partir de la marque de son concurrent apparaissait en première position dans les résultats naturels, là où le titulaire de la marque n'était qu'en deuxième et troisième position de la liste.

(16)

Passa J., Les nouvelles fonctions de la marque dans la jurisprudence de la Cour de justice : portée ? Utilité ?, CDE 2012, n° 1, dossier 5.

(17)

Bonet G., Publicité sur internet et référencement selon la Cour de justice : contrefaçon de marque ou directive n° 2000/31/CE, Comm. com. électr. 2010, n° 6, étude n° 12.

(18)

CJUE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, L'Oréal SA c/ Bellure, Comm. com. électr. 2009, comm. 111, Caron Ch. ; Propr. intell. 2010, n° 34, p. 655, note Bonet G. ; JCP G 2009, n° 180, note Marino L.

(19)

Tardieu Guigues É., La concurrence entre les opérateurs économiques favorisée aux dépens du droit des marques, AdWords, toujours... note sous CA Paris, 2 févr. 2011, RLDI 2011/71.

(20)

Voir en ce sens : CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora Inc.*, précité.

(21)

En ce sens, Tardieu Guigues É., précité.

(22)

Cass. com., 18 nov. 1997, Bull. civ. IV, n° 294 ; D. 1998, p. 260, note Bout R. ; RLDA 1998, n° 1, Storrer P.

(23)

Voir, notamment, Saint-Gal Y., Concurrence déloyale et concurrence parasitaire ou agissements parasitaires, RIPIA 1956, p. 19 ; Le Tourneau Ph., Le parasitisme, Litec, 1999.

(24)

Évoquant le parasitisme de la marque vu comme « (...) *étant assez consubstantiel au système des Adwords* » : Caron Ch., « FAQ » n° 4 autour des liens commerciaux, précité.

(25)

En ce sens et écartant toute concurrence déloyale et parasitaire : TGI Nanterre, 6 sept. 2012, précité.