

DDG

*Diprex | Dian | Guignot*

Vincent Fauchoux  
Emmanuelle Behr  
Matthieu Berguig  
Guillaume Deglaire  
Frederic Dumont  
Thomas Lange  
Stephanie Papin

1. Sony condamnée pour ses mesures techniques de protection.
2. Liens sponsorisés : la réservation d'un mot-clé en "requête large" n'est pas contrefaisante.
3. Affaire "AAARGH" : confirmation en appel de l'obligation de filtrage à la charge des fournisseurs d'accès
4. Le "happy slapping" dans la ligne de mire des sénateurs.
5. Un bandeau publicitaire insuffisamment explicite est constitutif de concurrence déloyale.

## La Lettre

TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION & E-COMMERCE (NTIC)

En ce début de nouvelle année, DDG profite de cette nouvelle "cuvée" de sa Lettre NTIC pour vous présenter ses meilleurs vœux, en espérant, sans en douter, que 2007 sera, comme 2006, riche en actualités du droit des nouvelles technologies. L'année commence fort, d'ailleurs, avec le projet de créer une infraction spécifique destinée à sanctionner le "happy slapping", actuellement débattu au Sénat.

Bonne lecture !

# 1. SONY CONDAMNÉE POUR SES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION

Depuis la directive européenne de 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, la question des mesures techniques de protection est au coeur de tous les débats en matière de droit des nouvelles technologies.

Cette question est également au coeur du jugement de la 6ème Chambre du Tribunal de Grande Instance de Nanterre du 15 décembre 2006.

En l'espèce, l'association de consommateurs UFC Que Choisir avait décidé d'assigner en justice deux sociétés du groupe Sony : Sony United Kingdom (UK), qui exploite la plate-forme légale de téléchargement de fichiers musicaux "Connect", d'une part, et Sony France, qui commercialise en France les baladeurs de marque Sony, et notamment le baladeur modèle NW-HD1, d'autre part.

La plate-forme Connect et le baladeur NW-HD1 ont ceci de particulier qu'ils ne proposent et ne lisent que des fichiers au format ATRAC 3, développé par Sony, et non au format MP3, le plus courant à l'heure actuelle. Ainsi, un fichier téléchargé depuis Connect ne peut être lu sur n'importe quel baladeur du marché (notamment un iPod), tandis que le baladeur NW-HD1 de Sony ne peut pas lire des fichiers téléchargés depuis d'autres plates-formes de téléchargement de fichiers musicaux.

La question soulevée par UFC Que Choisir était double : l'association prétendait que Sony UK et Sony France commettaient, d'une part, l'infraction de tromperie au sens de l'article L. 213-1 du Code de la Consommation en n'informant pas les consommateurs des restrictions exposées ci-dessus, et, d'autre part, l'infraction de subordination de vente ou de vente liée au sens de l'article L. 122-1 du même Code, en contraignant prétendument les consommateurs à télécharger des fichiers sur Connect pour pouvoir être lus sur le baladeur NW-HD1, et inversement.

De leur côté, Sony UK et Sony France soutenaient que les articles en cause n'étaient pas applicables en l'espèce, c'est-à-dire à des contrats de licence de droits de propriété intellectuelle. En outre, elles invoquaient le fait que les conditions générales d'utilisation de Connect et les mentions figurant sur l'emballage du baladeur litigieux étaient suffisamment explicites et informatives. Enfin, elles exposaient que le téléchargement d'un fichier musical sur le site Connect n'est pas subordonné à l'achat préalable ou concomitant d'un baladeur de marque Sony.

Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre a pourtant fait droit aux prétentions de l'association de consommateurs dans une décision dont la vertu première est manifestement le souci de pédagogie compte tenu du long exposé du contexte factuel (le marché de la musique en ligne) et légal (la directive européenne de 2001 ainsi que la loi française de transposition du 1er août 2006).

Dans un attendu toutefois contestable, les magistrats ont en premier lieu considéré que le contrat en cause n'était pas un contrat de licence mais un contrat de "fourniture d'un fichier musical conférant un droit d'usage au contractant". Or il est pourtant assez évident que la concession d'un droit d'usage est bel et bien un contrat de licence de droit de propriété intellectuelle, au sens le plus classique de l'expression, même s'il existe également une prestation de service en l'espèce consistant dans la mise à disposition de fichiers musicaux sur Internet. Selon les magistrats, les articles du Code de la Consommation invoqués seraient donc applicables en l'espèce.

En second lieu, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre a considéré que le grief de tromperie était bel et bien constitué en l'espèce, dans la mesure où les mentions informatives figurant dans le contrat de licence de Sony UK (disponible en version française) ne seraient pas clair ni compréhensibles dans la mesure où elles "ne délivrent pas d'information directe sur le matériel compatible". Pour sa part, l'emballage du baladeur NW-HD1 ne serait pas non plus suffisamment explicite quant aux restrictions d'usage, faute de "mentionner clairement et précisément, de manière aisément compréhensible, [l']aptitude [du baladeur] à ne lire que les fichiers musicaux à partir du site Connect".

Enfin, les magistrats ont considéré que le grief de vente subordonnée était également constitué dans la mesure où "la double restriction d'usage (...) conduit Sony UK à contraindre à la souscription de deux contrats proposés de fait comme étant dépendants l'un de l'autre : l'exécution d'une prestation de service (la mise à disposition de fichiers musicaux à partir du site Connect) est nécessairement subordonnée à l'achat d'un produit dédié (le baladeur numérique Sony) dès lors que le consommateur souhaite pouvoir lire les fichiers musicaux qu'il télécharge à partir de Connect sur un baladeur".

Sony UK et Sony France ont ainsi été condamnées à payer à l'association UFC Que Choisir une somme de 10.000 euros à titre de dommages et intérêts.

Si une telle décision ne remet pas en cause l'existence des mesures techniques de protection (dont la légalité est en tout état de cause désormais affirmée par la loi), elle pourrait toutefois limiter leur étendue en pratique en empêchant les constructeurs et les sociétés qui exploitent des sites de téléchargement de fonctionner en "circuit fermé" compte tenu de l'infraction de vente subordonnée, retenue en l'espèce.

Une telle solution apparaît excessive dans la mesure où, en pratique, Sony UK ne contraint pas les

consommateurs à acquérir de matériel particulier afin de pouvoir télécharger des fichiers au format ATRAC 3 : il est ainsi possible pour le consommateur d'écouter sur son ordinateur les fichiers téléchargés avec un logiciel adéquat.

Effectivement, s'il souhaite écouter ces fichiers sur un baladeur, il doit acheter un baladeur de marque Sony, mais la mise à disposition des fichiers ainsi que le droit d'usage concédé ne sont pas, en tant que tels, subordonnés à l'acquisition d'un tel matériel.

Matthieu BERGUIG

## 2. LIENS SPONSORISÉS : LA RÉSERVATION D'UN MOT-CLÉ EN "REQUÊTE LARGE" N'EST PAS CONTREFAISANTE.

La Cour d'appel de Paris vient de rendre le 17 novembre 2006 une décision intéressante en matière de liens sponsorisés.

En l'espèce, une société Net Ultra, titulaire de la marque "NETPRATIQUE", avait fait constater par un huissier de justice qu'une recherche sur ce mot-clé dans Google faisait apparaître un lien sponsorisé pointant vers le site du fournisseur d'accès AOL. Net Ultra avait donc assigné AOL pour contrefaçon de marque. Cette affaire soulevait deux problématiques principales.

En premier lieu, se posait la question de la validité du constat d'huissier. En effet, l'officier ministériel n'avait pas précisé dans son constat si sa connexion Internet passait pas l'intermédiaire d'un serveur proxy. AOL soutenait donc que le constat était nul, tandis que Net Ultra rétorquait que, serveur proxy ou non, la présence du lien sponsorisé litigieux avait été constatée, de sorte qu'elle avait existé à un moment ou à un autre, moment dont le cache du proxy témoignait.

Sur ce point, la Cour d'appel a retenu la nullité du procès-verbal, sans toutefois répondre de manière détaillée à l'argumentation de Net Ultra, ce qui est regrettable elle soulevait une vraie question technique et juridique.

En second lieu, se posait la question de la réservation d'un mot-clé en "requête large". Cette option offerte par le système Adwords de Google permet à un annonceur de réserver un mot-clé associé, le cas échéant, à d'autres mots-clés. Par exemple, un annonceur peut réserver le mot-clé "imprimante" pour faire apparaître un lien commercial lorsqu'une recherche est effectuée sur ce mot-clé seul. En outre, avec l'option "requête large" (proposée par défaut par Google), l'annonceur peut faire apparaître son lien commercial sur toutes les requêtes concernant le mot "imprimante" associé à tout autre mot : "imprimante laser", "imprimante couleur", etc.

En l'espèce, AOL prétendait qu'elle n'avait pas réservé le mot-clé "netpratique" et que la diffusion de son lien commercial après une requête sur ce mot-clé résultait exclusivement de l'option "requête large". L'arrêt ne précise pas quel mot-clé avait en fait été réservé par AOL ("net" ? "pratique" ?). Les magistrats ont fait droit à l'argumentation d'AOL en considérant que Net Ultra ne démontrait pas "que le terme "netpratique" était expressément visé dans les mots-clés choisis volontairement par la société AOL FRANCE", ni ne rapportait la preuve d'une "influence quelconque de la société AOL FRANCE quant aux choix des critères suscitant l'apparition de son lien commercial provoqués par l'option "requête large".

En d'autres termes, à défaut de pouvoir démontrer que le choix d'une marque en tant que mot-clé était volontaire, aucun acte de contrefaçon ne peut être constitué. Cette décision suscite deux observations :

- d'une part, dans un procès civil en contrefaçon, l'intention du contrefacteur n'a pas à être démontrée. Ainsi, appliquée à cette affaire, cette solution semblerait plaider, à l'inverse, en faveur de la contrefaçon, qu'AOL ait choisi délibérément ou non de réserver la marque de Net Ultra en tant que mot-clé. Mais il est vrai en pratique qu'il serait beaucoup trop lourd de mettre à la charge d'un annonceur d'exclure des marques de la requête large, sachant que la liste des marques en question est a priori infinie. La décision apparaît donc justifiée en opportunité ;

- d'autre part, on peut regretter que l'arrêt soit muet en ce qui concerne le mot réservé délibérément par AOL. Rappelons que la marque était "NETPRATIQUE" (tout attaché) et non pas "NET PRATIQUE" (avec un espace). A supposer qu'AOL ait réservé le terme "net" ou "pratique" en requête large, une recherche sur "netpratique" (sans espace) n'aurait a priori pu susciter l'apparition du lien commercial d'AOL. Le système Adwords semble être un puits sans fond de litiges en tous genres.

Matthieu BERGUIG et Thomas LANGE

### 3. AFFAIRE "AAARGH" : CONFIRMATION EN APPEL DE L'OBLIGATION DE FILTRAGE À LA CHARGE DES FOURNISSEURS D'ACCÈS.

L'affaire opposant de nombreuses associations de défense des droits de l'homme et de lutte contre le racisme et l'antisémitisme (SOS Racisme, MRAP, UEJF...) à l'Association Française des Fournisseurs d'Accès (AFA) et huit sociétés de fourniture d'accès à Internet (Free, Wanadoo, AOL, etc.) vient de trouver un dénouement - sans doute provisoire - avec l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 novembre 2006.

Rappelons que cette affaire, qui a fait grand bruit en 2005, concerne le site négationniste et révisionniste de l'Association des Anciens Amateurs de Récits de Guerre et d'Holocauste (AAARGH), qui diffuse sur son site Internet une compilation d'écrits et de propos soutenant ses thèses.

Par assignation en référé du 7 février 2005, les associations susnommées ont demandé au juge de faire injonction aux hébergeurs du site de l'association AAARGH, des sociétés de droit américain, d'empêcher toute mise à disposition de ce site aux internautes français et de fournir tous éléments permettant d'en identifier l'éditeur.

Par ordonnance du 20 avril 2005, le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris a fait droit aux demandes des associations et a fait notamment injonction aux hébergeurs de mettre en place des dispositifs techniques empêchant l'accès au site litigieux par les internautes français. Cependant, les hébergeurs, qui n'étaient d'ailleurs pas même représentés à l'instance, n'ont pas procédé aux diligences mises à leur charge par la justice française.

Par ordonnance du 13 juin 2005, le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris a constaté l'inertie des hébergeurs et a donc fait injonction aux principaux fournisseurs d'accès Internet nationaux de mettre en oeuvre toutes mesures propres à interrompre l'accès, à partir du territoire français, au site de l'association AAARGH.

C'est de cette ordonnance que la Cour d'appel devait connaître. Saisie par les fournisseurs d'accès et l'AFA, la Cour devait juger notamment si l'obligation de filtrage qui avait été édictée en référé était conforme au principe de subsidiarité mis en place par l'article 6-I-8° de la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique.

En effet, selon ce texte, "l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à tout [fournisseur d'hébergement], ou, à défaut, à tout [fournisseur d'accès], toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication en ligne".

Le principe de subsidiarité invoqué par les fournisseurs d'accès consiste dans le fait que, selon cet article, l'autorité judiciaire doit imposer certaines mesures à la charge des fournisseurs d'hébergement en priorité, et, ensuite seulement, "à défaut", aux fournisseurs d'accès. Or les fournisseurs d'accès reprochaient en l'espèce aux associations de lutte contre le racisme de n'avoir pas effectué les diligences nécessaires auprès des hébergeurs américains pour satisfaire à ce principe de subsidiarité.

En particulier, la société Suez Lyonnaise Télécom demandait à la Cour de juger que la demande formulée à son encontre ne pouvait avoir lieu qu'autant que les associations demanderesse justifient de ce que les hébergeurs ont effectivement eu connaissance de l'ordonnance du 20 avril 2005, et, notamment, de ce qu'elles justifient avoir demandé l'exequatur de cette ordonnance et avoir tenté d'exécuter cette dernière.

Cependant, la Cour d'appel de Paris a rejeté l'argumentation des fournisseurs d'accès.

Si la Cour reconnaît l'existence du principe de subsidiarité, elle considère, d'une part, que les associations ont accompli les diligences nécessaires pour mettre en cause, par priorité, les hébergeurs, mais, d'une part, qu'il est clair que les hébergeurs n'entendent pas se plier aux injonctions du juge français, et, enfin, que toute possibilité d'agir efficacement à leur encontre est "objectivement vaine", et en tout état de cause "incompatible avec les exigences d'une procédure conçue pour la prise rapide de mesures dictées par l'intérêt général".

En ce qui concerne la mesure de filtrage en tant que telle, les fournisseurs d'accès soutenaient qu'elle était inefficace, disproportionnée, impossible à mettre en oeuvre, contre-productive et, enfin, inadaptée.

Au demeurant, la Cour retient qu'il n'est pas démontré par les appelantes qui invoquent des difficultés techniques qu'il leur est impossible de mettre en place le filtrage effectué par les autres.

Une telle décision constitue en quelque sorte une solution de secours face à l'inertie d'hébergeurs situés à l'étranger et contre lesquels il n'existe aucun moyen raisonnable de pression. Cependant, elle est nécessairement insatisfaisante en l'état actuel de la technique (le filtrage imposé à l'égard d'un site en particulier s'étendant à plusieurs autres), ce que les magistrats ont globalement refusé de prendre en compte.

La Cour d'appel n'a toutefois pas été sensible à cette levée de bouclier. Dans un considérant très pédagogique, elle a indiqué "qu'une telle mesure, pour imparfaite qu'elle soit, a le mérite de réduire, autant que faire se peut en l'état actuel de la technique, l'accès des internautes à un site illicite et trouve sa place dans la politique menée par l'Association des Fournisseurs d'Accès selon la Charte AFA du 14 juin 2004, pour lutter contre les contenus odieux tels que ceux faisant l'apologie des crimes contre l'Humanité ou incitant à la haine raciale".

Matthieu BERGUIG

## 4. LE "HAPPY SLAPPING" DANS LA LIGNE DE MIRE DES SÉNATEURS.

Le développement des téléphones mobiles offrant la possibilité de prendre des photographies numériques a favorisé une nouvelle pratique dénommée outre-Manche "happy slapping".

Cette pratique consiste à filmer à l'aide de moyens divers comme, précisément, les téléphones mobiles équipés de caméras, une personne ou un groupe de personnes se précipitant sur une victime qui ne soupçonne pas l'imminence d'un assaut. L'objectif final est de diffuser les images ainsi enregistrées (notamment sur Internet, mais aussi entre téléphones mobiles).

Malgré le nom de cette pratique, les actes de violence perpétrés dans le cadre du happy slapping peuvent dépasser la simple gifle et, dans certains cas, aboutir au décès de la victime ou concerner des viols.

Dans le cadre de l'élaboration du projet de loi relatif à la prévention de la délinquance, actuellement en seconde lecture devant le Sénat, le rapport déposé le 20 décembre 2006 par le sénateur Jean-René Lecerf, au nom de la Commission des Lois, propose un amendement destiné à sanctionner le happy slapping.

Le rapport précise que cet amendement ne concerne pas les agresseurs physiques de la victime dans la mesure où il existe déjà des textes réprimant les infractions liées aux actes violents.

En revanche, il tend à incriminer le comportement de celui qui se borne à filmer la scène violente lorsqu'il ne peut pas être considéré comme l'instigateur de l'agression à laquelle il ne participe pas directement. Actuellement, il ne saurait être poursuivi en qualité de complice. Tout au plus pourrait-on lui reprocher de n'avoir pas empêché la commission de l'infraction, mais cela suppose qu'il était capable de le faire.

Selon le rapport, il apparaît donc nécessaire de sanctionner le comportement de celui qui filme des agressions, en prévoyant qu'un tel comportement constituera une forme particulière de complicité des actes de tortures, des viols et des agressions sexuelles.

La Commission des Lois précise que définir ces faits comme des actes de complicité permettra d'en réprimer les auteurs comme les auteurs directs des violences elles-mêmes. Ainsi, les circonstances aggravantes encourues, comme celles liées à la qualité de la victime, seront applicables.

Matthieu BERGUIG

## 5. UN BANDEAU PUBLICITAIRE INSUFFISAMMENT EXPLICITE EST CONSTITUTIF DE CONCURRENCE DÉLOYALE.

Si la publicité sur Internet peut aujourd'hui se présenter sous des formes particulièrement diverses et sophistiquées (messages interstitiels, marketing viral...), il existe une méthode qui perdure invariablement depuis l'origine du web : le bon vieux bandeau publicitaire, constitué d'une image au format généralement rectangulaire contenant un lien hypertexte vers le site d'un tiers.

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 septembre 2006, il a été jugé qu'un bandeau publicitaire insuffisamment identifié comme tel pouvait être constitutif d'actes de concurrence déloyale.

Les faits concernaient un site Internet dédié à la philatélie, le bien nommé [www.philatelie.fr](http://www.philatelie.fr), qui présente notamment un "annuaire de la philatélie" recensant un certain nombre de négociants en timbres dans toute la France.

Sur la page de chacun de ces négociants figure, en haut de la page, un bandeau dont l'image varie de manière aléatoire et mentionne soit "tous les timbres de France en ligne - cliquez ici", soit "les timbres de l'Allemagne : Empire, guerre, Berlin, RFA - cliquez ici".

Ce bandeau mène vers le site "Martins Philatélie", site commercial de vente de timbres, exploité par la même personne que le site "Philatélie.fr", sans indiquer précisément "publicité" ou "message publicitaire".

La Chambre syndicale française des négociants et experts en philatélie (CNEP), ayant constaté cette situation, s'est plainte de ce que le bandeau concerné n'avertirait pas clairement le consommateur de son caractère publicitaire en faveur du site commercial "Martins Philatélie". La CNEP prétendait en effet qu'en arrivant sur la fiche d'un négociant à partir de l'annuaire de la philatélie, l'internaute d'attention moyenne penserait que le bandeau en question mènerait vers le site du négociant concerné, de sorte que ceci viserait à détourner une partie de la clientèle au profit du site "Martins Philatélie" et serait donc constitutif de concurrence déloyale.

Après une ordonnance de référé du 7 octobre 2005 ayant fait interdiction à l'exploitant du site "Philatélie.fr" de publier l'annuaire des négociants dans l'état où il se trouve, c'est-à-dire "tant que le bandeau publicitaire de son site n'aura pas été modifié pour avertir clairement le consommateur de son caractère publicitaire", la Cour d'appel de Paris était saisie du litige.

L'unique question soumise à la Cour était donc de savoir si le bandeau en question était susceptible de tromper un internaute d'attention moyenne quant à son caractère publicitaire et à l'identification de son annonceur pour l'orienter vers un autre site que celui qu'il a choisi à l'origine et vers un autre négociant que celui dont il a appelé le nom à l'annuaire considéré.

Et la Cour d'appel a choisi de confirmer l'ordonnance de référé précitée, en considérant que ce bandeau constituait "un procédé publicitaire imperceptible (...) pour un consommateur d'attention moyenne, l'amenant à être renvoyé non sur le site d'un négociant dont il choisissait le nom, mais sur celui de [l'exploitant du site commercial Martins Philatélie]" et que "ces circonstances sont constitutives d'un trouble manifestement illicite".

Cette décision peut étonner, tant les internautes, même d'attention moyenne, sont aujourd'hui particulièrement rompus aux pratiques publicitaires du web et savent que le genre de bandeaux en question, en typographies grasses et clignotantes, ne sont que des messages commerciaux.

Matthieu BERGUIG

## La Lettre

NTIC

Editeur : EN-DROIT  
SARL au capital de 304,90 euros  
RCS Paris B 432 427 748  
21 rue Clément Marot 75008 Paris

Directeur de la Publication :  
Catherine WURTZ

Responsable de Rédaction :  
Vincent FAUCHOUX  
DEPREZ DIAN GUIGNOT – DDG  
Société d'Avocats  
21 rue Clément Marot 75008 Paris  
RCS Paris B 342 119 047  
Tél. 00 33 (1) 53 23 80 00  
Fax. 00 33 (1) 53 23 80 01  
E. [ddg@ddg.fr](mailto:ddg@ddg.fr)  
[www.ddg.fr](http://www.ddg.fr)

Date de parution : février 2007  
ISSN en cours