

Aix-Marseille Université
Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille
Institut de Recherche et d'Etude en Droit de l'Information et de la Communication

Table ronde de l'IREDIC 2014
« Quels droits pour les réseaux sociaux ? »

« Propriété intellectuelle et réseaux
sociaux »

Mlle ANEZÖ Ariane
Mlle DROUBI Lina
Mlle GARNIER Marine
Mlle HUC Manon

Sous la direction de M. Philippe Mourron
Maître de conférences en droit privé, Université Aix Marseille III

Année universitaire 2013-2014



Sommaire

I) Les réseaux sociaux : nouveaux défis pour le droit d'auteur

A) Notion de publication et réseaux sociaux

B) L'inefficacité des protections proposées par les réseaux sociaux

II) Les réseaux sociaux : un phénomène préjudiciable pour les marques

A) La multiplication des atteintes au droit des marques sur les réseaux sociaux

B) Les marques déposées par les réseaux sociaux

En janvier 2013, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel admettait l'évocation des marques des réseaux sociaux au sein des programmes télévisés à la condition qu'ils « indiquent la source d'une information ou d'un témoignage », que ce renvoi soit ponctuel et discret, et qu'il « ne revête pas de caractère promotionnel ». Les réseaux sociaux étant eux-mêmes des marques, il était justifié que ceux-ci soient également concernés par les restrictions et règles posées par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel : citations d'autres marques afin de respecter le pluralisme et la concurrence ou encore l'interdiction de la publicité clandestine pour des marques. Cet assouplissement illustre le fait que les réseaux sociaux sont donc, eux aussi, concernés par des problématiques liées à la propriété intellectuelle. En effet, les réseaux sociaux, tout comme Internet, ne sont pas des zones de non-droit.

À partir des années 2000, l'émergence des réseaux sociaux et l'ampleur que ces derniers ont pu prendre ont peu à peu développé de nouveaux problèmes liés à la propriété intellectuelle.

Les réseaux sociaux sont le lieu d'une multitude d'échanges et notamment de nombreux contenus protégés.

Pour exemple, selon les conditions d'utilisation du célèbre réseau social Facebook, tous les contenus que les utilisateurs peuvent poster restent la propriété du réseau social. Celui-ci l'explique par les mots suivants : « Pour le contenu protégé par les droits de propriété intellectuelle, comme les photos ou vidéos (propriété intellectuelle), vous nous donnez spécifiquement la permission suivante, conformément à vos paramètres de confidentialité et des applications : vous nous accordez une licence non-exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez sur Facebook ou en relation avec Facebook (licence de propriété intellectuelle) [...] Lorsque vous supprimez votre contenu de propriété intellectuelle, ce contenu est supprimé d'une manière similaire au vidage de corbeille sur un ordinateur. Cependant, vous comprenez que les contenus supprimés peuvent persister dans des copies de sauvegarde pendant un certain temps

(mais qu'ils ne sont pas disponibles) »L'utilisateur est alors prévenu, mais sera d'ores et déjà trop tenté de partager ses contenus avec la communauté. La propriété intellectuelle est donc au cœur des problématiques juridiques présentes sur les réseaux sociaux.

Ces plateformes permettant donc des partages de contenus, ces derniers sont donc concernés par la propriété intellectuelle.

La propriété intellectuelle est formée par deux composantes : la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle.

La propriété littéraire et artistique est elle-même composée de deux composantes : le droit d'auteur et les droits voisins. Le droit d'auteur concerne les droits accordés à un auteur du fait de sa création. Les droits voisins concernent pour leur part des droits accordés à des personnes n'étant pas des créateurs : les artistes interprètes, les producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes et les entreprises de communication audiovisuelle.

La propriété industrielle est, elle, composée du droit des marques et du droit des brevets. Le droit des marques permet à une personne physique ou morale de distinguer ses produits de ceux de ses concurrents par un signe distinctif. Le droit des brevets lui permet à des personnes physiques ou morales de protéger leur création tout en les incitant à innover. La propriété intellectuelle est donc un vaste domaine, dont toutes les composantes trouvent à s'appliquer sur les réseaux sociaux. Nous ne traiterons cependant que deux de ces composantes : le droit d'auteur et le droit des marques. Celles-ci sont en effet les composantes trouvant le plus à s'appliquer sur les réseaux sociaux.

Afin de mieux comprendre les rapports existant entre les réseaux sociaux et la propriété intellectuelle, nous nous sommes posé la question de savoir de de quelle manière la propriété intellectuelle faisait-elle face aux nouvelles pratiques développées par les réseaux sociaux ? Nous nous sommes donc d'abord intéressé aux nouveaux défis que présente le droit d'auteur pour les réseaux sociaux (I) puis à l'application du droit des marques sur les réseaux sociaux (II).

D) Les réseaux sociaux : nouveaux défis pour le droit d'auteur

S'il a été rapidement démontré que l'internet ne pouvait être une « zone de non-droit »,¹ il en va de même pour les réseaux sociaux. A l'image même du web, les réseaux sociaux relient les utilisateurs dans le but de partager et d'échanger des informations de toutes natures. Ce faisant ils créent au sein d'internet un 'sous-espace' de communication. Cet espace et les pratiques qui s'y développent interrogent de nombreuses branches du droit. De manière évidente ces réseaux questionnent le droit de la communication, mais aussi le droit d'auteur qui est lui intimement lié, et ce d'autant plus lorsque l'on sait que la plus grande part des échanges sur ces réseaux concerne des œuvres protégées par le droit d'auteur.

L'évolution des pratiques d'échange et de partage liées aux fonctionnalités proposées par les réseaux sociaux a conduit certains à dire que le droit d'auteur devait être profondément repensé, voire, pour les plus extrémistes, était amené à disparaître. Pourtant le véritable défi lancé par les réseaux sociaux au droit d'auteur n'est pas celui de la justification de son existence mais celui d'une exigence de définition, de clarification de notions (A). Cet effort à fournir est pourtant la condition sine qua non à l'appréhension des nouvelles pratiques qu'ont développées les réseaux (B).

¹ L'expression est employée par Philippe BRETON dans l'article « *Internet, une zone de non-droit* », 3 août 2001, *Libération*.

A) Notion de publication et réseaux sociaux

Le premier défi auquel les réseaux sociaux confrontent le droit d'auteur est celui d'une définition juridique claire et précise, et sur ce point la difficulté est grande. Tout d'abord parce que les réseaux sociaux ont fait évoluer les normes sociales. Marck Zuckerberg² n'annonçait-il pas dès 2010 que Facebook avait fait « *exploser* » la notion de vie privée, que celle-ci était désormais « *dépassée* » ? Et il est vrai qu'il n'est plus à démontrer aujourd'hui que les réseaux sociaux ont semé le doute sur les frontières entre espace public et espace privé, que cela soit d'ailleurs dans l'esprit des utilisateurs ou par l'appréhension du droit.

Or la détermination de l'un ou de l'autre n'emporte pas les mêmes conséquences juridiques. Cela semble évident pour le droit de la communication, mais cette délimitation est tout aussi importante en droit d'auteur. C'est le positionnement dans l'une ou l'autre de ces sphères (publique ou privée) qui permettra de déterminer si l'échange, le partage, ou la communication a le caractère d'une publication, car en effet « *toute communication d'une œuvre protégée dans un lieu accessible au public relève du monopole d'auteur.* »³

Par ailleurs les formes de réseaux sociaux sont elles-mêmes variées, et empruntent à des catégories diverses. Un réseau social tel que Facebook par exemple mêle discussion instantanée type « e-mail », discussion de groupe type forum et page personnelle que l'on pourrait apparenter à un blog.

Or ces formes de communication ne relèvent pas du même régime juridique. Ainsi qu'Emmanuel Derieux le souligne, la notion essentielle de publication n'a pas, elle-même, une définition clairement énoncée en droit et cela peut provoquer une certaine confusion.⁴

² Expression employée par le fondateur de Facebook lors d'une conférence en 2010. Voir à ce propos <http://www.zdnet.fr/actualites/pour-le-fondateur-de-facebook-la-protection-de-la-vie-privee-est-perimee-39712119.htm>

³ DEBBASCH (C.), ISAR (H.), AGOSTINELLI (X.), *Droit de la communication, Audiovisuel, Presse, Internet*, Dalloz, 1ère édition, 2002.

⁴ DERIEUX (E.), « *La notion de publication* », mélanges en l'honneur de Jacques Béguin

Pour la désigner, sont employés à loisir divers synonymes tels que « diffusion », « divulgation » ou encore « exploitation ». La Convention de Rome du 26 octobre 1961 par exemple utilise l'expression de « mise à disposition du public ». Le Code de la Propriété Intellectuelle varie également dans son langage. Il emploie le mot « publication » sans le définir, puis s'y réfère ensuite dans les termes de « représentation » et « reproduction ». Les textes font également référence à la publication par « *mention ou énumération de moyens, de techniques ou de supports d'expression ou de communication. Faute de mieux, on l'identifie parfois aussi par son contraire : l'usage public ou privé...* ». ⁵

Il apparaît donc qu'il faille au préalable déterminer l'usage public ou privé de l'utilisateur du réseau social de l'œuvre en question. Dans le cadre des réseaux sociaux en ligne, cela revient à déterminer s'il s'agit de communication publique ou de correspondance privée. La communication au public en ligne est définie à l'article 1^{er} de la loi du 21 Juin 2004, dite loi pour la confiance dans l'économie numérique ⁶ : « *On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée.* ».

La correspondance privée⁷ est celle qui s'adresse à un destinataire déterminé, c'est-à-dire tout message destiné à une ou plusieurs personnes physiques ou morales, déterminée ou individualisée.

Or les réseaux sociaux sont en eux-mêmes un espace public. Pourtant certains échanges sur ces plate-formes ont pu être considérés comme privés par la jurisprudence⁸.

Un autre élément de confusion résidait aussi dans l'appréhension de ces réseaux sociaux par leurs utilisateurs. En effet, jusque récemment, les réseaux sociaux pouvaient parfois être perçus par les utilisateurs comme des moyens de

⁵ Op cit

⁶Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143 du 22 juin 2004 page 11168.

⁷ loi n°91-646 du 10 juillet 1991. Voir également article 9 du Code Civil et articles 226-15 et 432-9 du Code pénal.

⁸ Cour de Cassation ,1^{ère} Chambre Civile. Arrêt n° 344 du 10 avril 2013.

communication privés. Il est habituel que ces plate-formes proposent des services de messagerie dite « privée », qui conforte la sensation d'un cercle restreint et d'une maîtrise sur la diffusion des contenus. Cependant par « message privé » il faut comprendre « *un message qui est envoyé d'un utilisateur à un autre utilisateur, lesquels ont la possibilité de se répondre sans qu'aucune autre personne du réseau ne puisse capter la conversation.* »⁹. Dans le cas de Facebook, ces messages dits privés font non seulement partie des analyses à visées publicitaires mais ont pu, notamment lors d'erreurs informatiques au moment de la mise en place de mise à jour du site, se retrouver visibles momentanément par d'autres utilisateurs.¹⁰

Dès lors, dans un tel contexte, les échanges et partages d'œuvres de l'esprit sur les réseaux sociaux sont-ils constitutifs de publication ?

Pour répondre à la question il est intéressant de se pencher dans un premier temps sur le fonctionnement de ces réseaux sociaux. De la même manière que sur le web, les liens hypertextes y permettent le partage de contenus entre les utilisateurs. Or la nature de ces liens a elle-même interrogé la notion de publication. Et l'absence d'une définition claire, cela a pu provoquer des doutes en jurisprudence (1). Cependant la réalité quotidienne de l'usage des réseaux sociaux n'a pas attendu la réponse juridique. C'est un fait, des œuvres de l'esprit circulent sur les réseaux sociaux. Dans ce cas, une analyse des exceptions au droit patrimonial d'auteur pourrait peut-être nous permettre de différencier ce qui relève d'une publication et ce qui ne peut être considéré comme tel (2).

1) Réseaux sociaux, hyperliens et mise en jeu des droits exclusifs de l'auteur

La publication d'une œuvre de l'esprit relève du monopole dont l'auteur est investi au titre de ses droits patrimoniaux. Ce sont ces droits qui sont principalement mis en jeu sur les réseaux sociaux et plus globalement dans les médias.

⁹ BOISGARD Milan, « *Un message privé est-il vraiment privé ?* », in Réseaux sociaux : 101 questions juridiques, p.162 , [diateino voir](#)

¹⁰ CHAMPEAU (G.), « *Facebook : des messages privés rendus publics par erreur ? Pas sûr...* », mis en ligne le 24 Septembre 2012, disponible sur www.numorama.com .

L'article 6 du Traité de l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) pose que « *les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres de manière que chacun puisse avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée* ». La Directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information dispose en son article 3 que « *les Etats membres prévoient pour l'auteur le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de ses œuvres* ». Et enfin le CPI précise à l'article L.122-1 que « *le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction* ». Dès lors on le comprend, le droit patrimonial de l'auteur prend sa valeur dans la capacité pour le titulaire des droits de maîtriser de ces représentations et reproductions.

La reproduction s'entend de la « *fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public de manière indirecte* » (article L.122-3 du Code de la Propriété Intellectuelle). Cependant, il est de jurisprudence constante que la communication d'une œuvre par internet est une représentation. Celle-ci est définie à l'article L.122-2 comme : « *La communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque. -2 ° Par télédiffusion- La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature* ».

Ces droits sont exclusifs et opposables à tous. L'article L. 122-4 du CPI dispose que « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle sans le consentement de l'auteur est illicite* », il en va de même pour les droits voisins. Ainsi, l'autorisation préalable de l'auteur est donc nécessaire à toute exploitation publique. Par conséquent l'utilisation d'un contenu protégé par le droit d'auteur, sa mise à disposition auprès des utilisateurs du réseau social sans autorisation expresse préalable est contrefaisante.

Or nous l'avons dit, une grand part de l'échange de contenus sur les réseaux sociaux, les « post » par exemple, sont le fait de partages de liens hypertextes ou hyperliens. Ces liens peuvent parfois même représenter tout le modèle économique de ces réseaux, comme c'est le cas par exemple du réseau Pinterest.

La question s'est donc posée de savoir si un lien hypertexte pouvait constituer une publication, plus exactement une représentation¹¹ de l'œuvre venant à l'encontre des droits patrimoniaux de l'auteur.

Le lien hypertexte est : « *une connexion activable à la demande sur le web, reliant des données ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans l'Internet* ». On distingue généralement parmi les liens hypertextes les liens profonds « deep linking » des liens simples « surface linking ». Les liens simples n'ont pas posé de problème particulier en matière de droit d'auteur. En effet, ils se contentent de relier le document d'origine à la page d'accueil du site. Cette faculté de mise en relation est la raison d'être même du web, l'interactivité. Il est donc admis que le partage de ces liens simples ait été autorisé implicitement pour tout opérateur de site web (TC Paris 26 décembre 2000). Les liens profonds, eux, permettent à un utilisateur d'accéder via le lien communiqué sur le site liant, à des pages intérieures du site lié sans passer par la page d'accueil. Or ces pages peuvent contenir des œuvres protégées par le droit d'auteur. S'est donc posée la question de la relation entre hyperlien et droit d'auteur.

Le lien représente-il alors une nouvelle représentation au public qui nécessite l'accord préalable des auteurs ? Ou n'est-il qu'un moyen de relayer une information déjà communiquée ? Autrement dit un acte de communication au public est-il réalisé par le truchement d'hyperlien ?

L'acte de représentation publique est réalisé par la personne qui a l'initiative de communiquer l'œuvre au public, c'est-à-dire l'éditeur de la publication. Or c'est en effet, en quelque sorte, le rôle endossé par les utilisateurs du fait de la qualification d'hébergeur dont les réseaux sociaux bénéficient au regard de l'article 6 de la loi du 21 Juin 2004 « LCEN ».

La question est donc de savoir si l'utilisateur qui met en place un lien profond doit être considéré comme prenant l'initiative d'une communication au public. De prime abord, il semblerait que la personne qui réalise l'acte de représentation soit l'éditeur du site internet. C'est l'intention de vouloir communiquer l'œuvre au public qui

¹¹ On considère que lien hypertexte ne constitue pas une reproduction car il n'est pas la fixation matérielle de l'œuvre.

matérialise la représentation. Peut-on alors réellement considérer que l'utilisateur du réseau social soit à l'origine d'une telle initiative? Et dans l'hypothèse où nous admettions qu'il puisse s'agir d'acte de représentation, il faut alors que cela soit envers un public nouveau. Question là encore délicate. Comment dans le contexte d'internet déterminer un public précis ?

La jurisprudence avait pu alors selon les cas considérer soit qu'un lien contrevenait au droit exclusif de l'auteur ¹² soit, et ce fut la jurisprudence majoritaire, qu'un lien hypertexte ne constituait pas une nouvelle représentation mais était simplement un moyen de relayer l'information.

Cependant l'absence de définition claire avait pu quelque peu brouiller les notions, puisque par exemple, pour retenir qu'un lien profond ne constituait pas un acte de contrefaçon dans un litige opposant l'entreprise de communication audiovisuelle «M6» à la société exploitant le site « *TV-Replay* », le Tribunal de Grande Instance de Paris avait retenu que : « *le fait de renvoyer l'internaute vers une fenêtre de visionnage d'une émission de télévision du site du groupe M6 ne constitue pas une représentation des émissions au sens de l'article L122-2 du CPI mais une mise à disposition* » ¹³ établissant ainsi un *distinguo* fragile entre mise à disposition de l'œuvre au public et communication de l'œuvre au public .

Tout récemment la Cour de Justice de l'Union Européenne s'est prononcée sur la question dans arrêt qui était attendu, l'arrêt « *Svensson* » du 13 Février 2014 ¹⁴. La Cour a alors estimé qu'un lien hypertexte vers une œuvre ne constituait pas une communication à un public nouveau.

Un litige opposant des journalistes, auteurs de plusieurs articles de presse à l'exploitant d'un site web revoyant par le biais d'hyperliens vers leurs articles a été l'occasion de poser une question préjudicielle à la CJUE invitant ainsi la Cour à se prononcer sur les hyperliens et le droit d'auteur. Il lui était demandé de déterminer si le fait, pour toute autre personne que le titulaire des droits d'auteur, de fournir des

¹² Cass. Civ 1^{ère} Google c / Bac Films 12 Juillet 2012.

¹³ TGI Paris 3^o Chambre, 2^o section, « *M6 web, métropole télévision et autres c/SBDS* », jugement du 18 Juin 2010.

¹⁴ CJUE, 13.02.2014, *Svensson*, aff. C-466/12

hyperliens vers des œuvres protégées constituait une communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE du Parlement et du Conseil sur « *l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* » que nous avons pu voir plus haut. La Cour de justice devait clarifier ce qu'il en était au regard de l'origine du lien. En effet il fallait distinguer lorsque le contenu ciblé par le lien se trouve sur un site internet d'accès libre ou sur un site à accès restreint. C'était également l'occasion pour la Cour de se prononcer sur le « *framing* », c'est à dire distinguer les hypothèses dans lesquelles l'œuvre apparaît sur un autre site ou donne l'impression qu'elle est montrée sur le même site. Or cet usage est très commun sur les réseaux sociaux.

D'après la Cour, la fourniture des liens hypertextes vers des œuvres protégées constitue un acte de communication et acte de communication veut dire tout acte de mise à disposition d'une œuvre au public de manière à ce que celui-ci puisse y avoir accès. Pour en arriver à cette conclusion, la CJUE s'appuie sur la notion de « public nouveau » et affirme que l'élément fondamental de l'acte de communication au public réside dans le fait que cet acte vise un public nouveau par rapport au public initialement visé par l'autorisation de communication. Se prononçant ainsi la Cour a dissipé le doute qui avait pu être provoqué par le Tribunal de Grande Instance de Paris dans le jugement du 18 juin 2010, que nous avons pu aborder plus haut, qui pour refuser de qualifier un lien hypertexte profond « *d'acte de communication violant le droit de représentation* » avait fait un distinguo entre mise à disposition et « communication » au public des œuvres. La clé n'est donc pas sémantique, c'est bien la nouveauté du public le critère essentiel auquel il faut se référer.

La CJUE a donc conclu que la diffusion d'œuvres en accès libre sur internet vise « *l'ensemble des internautes tous destinataires potentiels de la communication initiale* » et qu'un lien hypertexte renvoyant vers une œuvre protégée diffusée en accès libre vise le même public. Ainsi et logiquement, l'insertion de ce lien sur un site web ne nécessite pas l'accord des titulaires du droit d'auteur. Elle reprend de cette manière le raisonnement de l'ancien médiateur du net le FDI qui par une recommandation en

date du 3 mars 2003 indiquait que le public d'un site internet était universel et indéterminé.

Bien évidemment, elle affirme qu'il en aurait été autrement si l'œuvre protégée n'avait pas été diffusée en accès libre et que « *le lien hypertexte permettait de contourner les mesures de restrictions d'accès mises en place par les titulaires de droit* ». Dans un tel contexte, le public du lien hypertexte constituerait un public nouveau, nécessitant donc une nouvelle autorisation.

Enfin la CJUE indique que son raisonnement vaut également lorsque l'œuvre communiquée par le lien est visible sur le site où se trouve ce lien alors qu'en réalité l'œuvre provient d'un autre site, donc le « *framing* ».

Par cette solution la Cour valide donc très largement l'utilisation des hyperliens et l'insertion d'œuvres protégées sur les réseaux sociaux par ce biais.

Bien entendu cela n'altère en rien les prérogatives liées au droit moral de l'auteur. Si l'utilisation de l'œuvre se fait dans un contexte qui porte atteinte à son esprit même en l'absence de toute modification de l'œuvre (CA Paris, 7 avril 1994) et que l'auteur estime que le contexte dans lequel l'œuvre est intégrée par le partage la déprécie, il peut exiger un retrait de la publication. De plus le droit à la paternité permet à l'auteur de revendiquer la mention de son nom et de ses qualités dans le cadre de la publication. La question du respect de ces droits moraux se pose d'ailleurs au travers des sites de « *curation* » que l'on voit fleurir ces derniers temps. Le problème s'est notamment posé au travers du réseau « *Scoop it* » mais ce point est un autre aspect de la problématique que nous ne développerons pas plus au risque de trop nous éloigner des questions concernant les droits patrimoniaux de l'auteur au regard de la circulation des œuvres sur les réseaux sociaux.

L'arrêt « *Svensson* » n'apporte pas toutes les réponses concernant le statut des œuvres disponibles sur les réseaux sociaux. En effet la circulation des œuvres de l'esprit ne se fait pas uniquement par l'intermédiaire d'hyperliens. Les photos qui

peuvent être téléchargées en sont un exemple. Il faut alors considérer un autre point pour apprécier quels faits sont constitutifs de publication sur les réseaux sociaux. Nous l'avons vu, tout usage collectif implique une autorisation expresse des titulaires de droits. Mais les réseaux sociaux revêtent diverses formes et proposent différents services au point qu'il est parfois difficile de distinguer la sphère privée de la sphère publique.

Dans un tel contexte, est-il possible d'invoquer les exceptions légales aux droits d'auteurs de l'article 122-5 CPI pour les médias ? Et qu'en est-il de celles dites d'utilité prévues au même article ?

2) Nature hybride des réseaux sociaux et exceptions légales au droit exclusif de l'auteur

Les réseaux sociaux empruntent à diverses formes d'expressions, on peut les comparer aux blogs, aux forums de discussions, parfois aux « e-mails » ou encore à la presse, sans pouvoir cependant les rattacher complètement à l'une ou l'autre de ces catégories. Le régime juridique exact des réseaux sociaux est donc encore à inventer. Cependant, on sait que la loi LCEN du 21 juin 2004 et la loi du 29 Juillet 1881 leur sont applicables. Cela peut nous aider à mieux appréhender la notion de publication sur ces réseaux. En effet, en droit de la presse, la publication est déterminante, notamment en terme de responsabilité pénale pour l'application des délits de presse. Or la jurisprudence a eu à se prononcer sur ce point et ce faisant nous a livré des indices sur l'existence de la publication.

Mais en matière de droit d'auteur, un autre élément est à prendre en compte. En effet, le mécanisme même de protection des droits exclusifs de l'auteur prévoit des exceptions légales à ce monopole. Celles-ci pourraient-elles justifier de l'utilisation des œuvres par les utilisateurs des réseaux sociaux ? Le monopole de l'auteur n'est pas infini et connaît des limites. Il cède devant certains impératifs d'intérêt public (communication de l'information, travail scientifique ou critique...) ou privé (usage dans le cercle de famille, nécessités techniques...).

Dans ces hypothèses, la reproduction et la représentation d'une œuvre seront libres et gratuites. Après divulgation, l'auteur ne peut donc s'opposer à ces utilisations énoncées par le Code de Propriété Intellectuelle. Ces limites à son droit exclusif sont prévues par l'article L.122-5, et l'article L.211-3 pour les droits voisins. Mais ces hypothèses, en ce qu'elles constituent une atteinte à son exclusivité, sont d'interprétation stricte, et la liste est limitative. De plus elles ne sont admises que dans certains cas spéciaux, à condition de ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni de porter un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Eu égard donc à la nature ambiguë des réseaux sociaux, il convient de se demander si les utilisateurs ne pourraient pas invoquer les exceptions au droit d'auteur prévues par le CPI.

Il faut alors procéder à l'analyse des exceptions qui seraient susceptibles de s'appliquer à l'univers des réseaux sociaux sur internet. L'enjeu consiste à apprécier leur champ et leur étendue, ce qui peut s'avérer difficile, d'autant plus que les frontières entre usages collectifs et usages privés sont de plus en plus floues.

L'article L.122-5, 3° CPI pose l'exception d'analyse et de courtes citations. L'auteur ne peut interdire, sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et de la source, les analyses et courtes citations justifiées par le caractère « critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ». Il paraît possible que cette exception puisse jouer pour certains usages sur les réseaux sociaux et être invoquée par les utilisateurs. Cependant, ainsi que le font remarquer Emmanuel Derieux et Agnès Granchet dans « Réseaux Sociaux en ligne. Aspects juridiques et déontologiques », il ne faut pas oublier que la citation exige l'existence d'une œuvre seconde. Ce qui supposerait, par exemple, qu'une page Facebook puisse être une œuvre de l'esprit.

Par ailleurs, les juges n'admettent pas que l'on puisse « citer » une image. Ce qui laisse un champ d'application plutôt restreint pour dégager la responsabilité des utilisateurs. Par exemple, la pratique de certains internautes qui consiste à

photographier les passages de livres qu'ils apprécient pour les partager sur Facebook ne paraît pas entrer dans le champ de l'exception de courte citation.

Néanmoins, il semble envisageable que l'exception au monopole d'auteur dans le cas de « parodie, pastiche et la caricature » prévue à l'article L122-5 quatrièmement puisse s'appliquer aux réseaux sociaux dès lors que ces œuvres ne sont pas dénigrantes et que l'auteur de la parodie ne cherche pas à en tirer profit, puisqu'il s'agit d'une exception générale. Elle n'est pas liée au « moyen » de la parodie ou de la caricature.

Comme le soulignent encore Emmanuel Derieux et Agnès Granchet, une exception pourrait conduire à s'interroger sur la qualification juridique des « pages professionnelles » des journalistes ou des médias. En effet l'exception « d'information » de l'article L.122-5,9° autorise « *la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation direct avec cette dernière sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur* ». L'exception vaut donc pour la presse en ligne. Déterminer si cette exception peut s'appliquer aux contenus mis en ligne sur les pages professionnelles revient à se demander si ces pages sont de la presse en ligne. Là encore, il est nécessaire de clarifier exactement le caractère de ces pages. Cependant ce point semble plus facilement vérifiable si l'on décide de rechercher le propriétaire de la page. En effet l'on pourrait considérer que ces pages puissent être des déclinaisons d'un titre de presse et ainsi y appliquer le régime juridique qui en découle.

Toujours parmi les exceptions prévues dans un but d'information deux autres hypothèses pourraient soulever des interrogations. Qu'en est-il des revues de presse de l'article L.122-5, 3°, b) CPI et de l'exception pour la « *diffusion même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public* » de l'article L.122-5, 3°,c) CPI.

Dans un premier temps ces exceptions conduisent à une distinction entre utilisateur du réseau social professionnel et non professionnel. L'utilisateur professionnel pourrait, semble-il, réaliser une revue de presse par le biais d'un réseau

social, cependant il faudrait faire attention aux conditions de forme¹⁵. Mais l'utilisateur non professionnel ne pourrait pas de toute évidence l'invoquer. Emmanuel Derieux et Agnès Granchet remarquent alors que la même logique devrait s'appliquer aux discours destinés au public durant une période dite d'actualité. Mais l'article L122-2 définit la télédiffusion d'une façon si large que cela pourrait s'appliquer dans ce cas à l'utilisateur non professionnel. Et dès lors on peut considérer qu'une telle extension serait contraire à l'esprit de l'article L.122-5 qui pose que : « *Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* » et ne saurait être applicable à la publication sur les réseaux sociaux.

L'article L.122-5 prévoit encore deux exceptions dites d'utilité dont l'application aux réseaux sociaux a pu être envisagée. Il s'agit de la copie privée et du cercle de famille

Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à « *l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* » sont admises par le CPI. Cette exception ne semble pas pouvoir être invoquée par les utilisateurs des réseaux sociaux puisque la reproduction d'une œuvre sur le réseau ferait forcément l'objet d'un partage et donc d'un usage collectif.

De façon plus concrète, l'exception légale qui interroge au plus près les usages sur les réseaux sociaux est celle de l'article L.122-5,1° du CPI. D'après cet article, après divulgation l'auteur ne peut interdire « *les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille* ». Cette exception peut-elle s'appliquer aux partages sur les réseaux sociaux ?

A priori elle ne devrait pas pouvoir s'appliquer à ces échanges puisque, les réseaux sociaux étant par définition le lieu d'une mise en commun, il semblerait étrange de considérer qu'un réseau social puisse correspondre à un cercle de famille. Mais pourtant, si l'on regarde de plus près les activités des utilisateurs sur ces réseaux, le doute est permis, d'autant plus que le législateur n'a pas précisé ce qu'il entendait

¹⁵C.cass. Ch. Crim 30 Janvier 1978 n° 75-92.001

par cercle de famille. La jurisprudence, elle, s'est montrée assez restrictive sur la notion, considérant qu'il s'agissait de « *l'intimité du cercle familial ou d'amis constitué par la réunion de parents, d'alliés ou de personnes ayant des relations habituelles* »¹⁶. Mais transposé à l'univers virtuel, peut-on considérer que les « amis » Facebook par exemple puissent représenter un cercle intime ?

Confrontée à la qualification d'un délit de presse, la jurisprudence en la matière a dû s'intéresser de plus près à ce cercle d'« amis » au travers de la notion de communauté d'intérêts. Celle-ci est utilisée pour déterminer si « *un groupe de personnes est constitutif d'un public au sens de l'article 23 de la loi du 29 Juillet 1881* »¹⁷. Si les membres se connaissent et sont suffisamment proches on ne les considérera pas comme un public. La première jurisprudence à ce propos est rendue par le Conseil des prud'hommes de Boulogne-Billancourt le 19 octobre 2010. Dans cette affaire, qui eut grand écho, les propos de salariés via Facebook sur leur hiérarchie justifiaient leur licenciement. Le Conseil n'avait pas retenu la communauté d'intérêt entre eux. Néanmoins la jurisprudence a évolué et les juges se sont montrés de plus en plus sensibles à la question du paramétrage des profils sur ces réseaux sociaux. Ainsi pour des faits similaires le 10 avril 2013 la Cour de Cassation a retenu le critère de la communauté d'intérêt et a donc considéré que les propos tenus par une salariée à l'encontre de sa patronne étaient privés¹⁸.

Dès lors serait-il permis de raisonner par analogie à propos du cercle de famille de l'article L.122-5 du CPI ? Quel crédit doit-on accorder aux paramétrages des profils ? Ceux-ci permettent en effet un filtrage de plus en plus pointu. Cependant ils n'en restent pas moins soumis à la politique d'entreprise de ces réseaux sociaux. Il est donc permis de penser qu'ils sont susceptibles d'évoluer. De plus, comment appréhender un cercle de famille virtuel ?

¹⁶ CA Grenoble, 28 février 1968 : RIDA 1968, n°57p. 166 note H. Desbois – CA Paris, 1^{ère} ch. 13 mai 1970 : Gaz.Pal. 1970, 2, p.46.

¹⁷ DEBBASCH (C.), ISAR (H.), AGOSTINELLI (X.), *Droit de la communication, Audiovisuel, Presse, Internet*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2002.

¹⁸ *Op.cit*

A ce propos le Professeur André Lucas précise qu'« *il n'a jamais été question d'étendre l'exception au lancement de signaux à destination d'un public potentiel indéterminé, sous prétexte que l'œuvre est captée en définitive par des publics distincts, dont chacun est limité à un cercle de famille* ». Il considère également que : « *De manière générale rien ne justifie une extension du cercle de famille sur internet* ».

Le professeur Emmanuel Derieux estime quant à lui qu'« *au-delà d'un certain cercle, les « amis » des réseaux sociaux ne peuvent prétendre être unis par un lien personnel excluant la publication* ». Dans ce cas faut-il arrêter un nombre au-delà duquel il ne serait plus possible de considérer un cercle de famille ? D'autre part quels critères retenir pour évaluer le degré d'intimité ? Là encore, le paramétrage serait-il Le critère absolu ?

Facebook propose par exemple de sélectionner une catégorie « amis proches » ou « famille ». Doit-on considérer que seuls les « amis » ajoutés à une telle liste constituent le cercle privé de l'utilisateur ? Pour poursuivre avec l'exemple de Facebook, il est également permis de s'interroger sur le crédit à accorder aux intitulés de ces listes. Rien en effet ne permet de garantir qu'une liste nommée « famille » corresponde à la réalité des membres de la famille de l'utilisateur. C'est toute la problématique de la retranscription des liens sociaux au domaine du virtuel. Sur ce point il ne s'agit là que d'une illustration particulière sur réseau social en particulier, qui permet ce filtrage. Comment doit-on alors procéder pour les autres réseaux sociaux ? Pour l'heure il semble que les juges examinent lors des contentieux au cas par cas ces différents éléments et que la nature de ces relations soit pour le moment soumise à leur appréciation souveraine.

Nous l'avons donc compris, la particularité d'internet est qu'il est un support à la fois de communication publique et de communication privée (TGI Paris 5 juillet 2000). Cette dualité est cristallisée par les services proposés sur les réseaux sociaux. Le paramétrage et donc l'intention de l'utilisateur serait-il alors le phare permettant de déterminer dans quelle sphère, publique ou privée, nous nous situons ? Par ailleurs, les nouvelles pratiques développées par les utilisateurs de ces réseaux sont à l'image de la technologie, en perpétuelle évolution, et soulèvent de nouvelles problématiques.

B) L'inefficience des protections proposées par les réseaux sociaux

Les réseaux sociaux proposent de plus en plus de fonctionnalités qui amènent à l'émergence de nouvelles pratiques qui bien souvent portent atteinte aux droits des auteurs (1). Pour lutter contre cela, les réseaux sociaux tentent de mettre en œuvre des protections en faveur des auteurs (2), mais elles sont souvent hypocrites tant le principe même des réseaux est de partager.

1) Des nouvelles pratiques posant la question du droit d'auteur

Alors que les réseaux sociaux sont de plus en plus nombreux et diversifiés, on constate que leurs fonctionnalités sont également de plus en plus étendues et, souvent, posent problème vis-à-vis des droits d'auteur (a). D'autre part, on voit que la notion d'œuvre de l'esprit comme l'entend le code de la propriété intellectuelle peut s'appliquer à de nombreux éléments que l'on trouve sur internet (b).

a) Les boutons de partage sur les sites, une incitation à la contrefaçon ?

Tout le monde s'entend à le dire, le principe même des réseaux sociaux est de partager du contenu à l'ensemble de son réseau de relations. S'il s'agissait à l'origine de diffuser ses propres actualités, notamment à travers des « statuts » commentant notre vie privée, ou exprimant nos opinions, les réseaux sociaux ont vu de plus en plus se développer la pratique de partager des contenus trouvés sur internet. Par ailleurs, l'évolution des réseaux sociaux a voulu que des contenus de plus en plus divers puissent être téléchargés sur les espaces personnels des membres, et on peut désormais y trouver aussi bien du texte que des photographies, dessins ou encore vidéos, quelle que soit la « taille » informatique de ces différents contenus grâce à une capacité de stockage toujours plus agrandie.

Si originellement, pour diffuser sur les réseaux sociaux des contenus trouvés sur le web, il fallait soit les enregistrer préalablement sur son propre ordinateur, soit copier l'adresse url de la page internet sur laquelle on les avait dénichés, les réseaux sociaux se sont vite mobilisés pour créer des « boutons » de partage directement proposés sur les pages internet. Ainsi, l'utilisateur peut d'une façon très simple partager immédiatement un contenu trouvé en ligne sur son réseau social, sans même parfois devoir quitter la page d'origine. La contrepartie évidente pour les sites internet

d'apposer ces boutons de partage sur leurs pages est bien sûr d'augmenter leur visibilité sur le net, au vu du principe de référencement qui domine l'univers des moteurs de recherche. Ainsi, plus un article est partagé sur les réseaux sociaux et plus le site augmente ses chances que des gens soient redirigés vers sa page¹⁹. De plus, « du fait des accords conclus entre les annonceurs et les plate-formes de contenus culturels et /ou informatifs, ce système est encouragé car il permet de financer une grande partie des droits d'auteur grâce aux revenus publicitaires²⁰ ».

On peut alors valablement se demander si ces boutons de partage ne sont pas en quelque sorte une incitation de la part des réseaux sociaux, mais également de la part des sites qui les intègrent, à la contrefaçon. En effet, les auteurs même des contenus ne sont pas toujours informés de la présence de ces boutons apposés par les éditeurs du site à côté de leur contenu, ou du moins n'ont-ils pas la possibilité de retirer eux-mêmes ces boutons car ils n'ont pas la main sur la structure du site.

Par ailleurs, le système de partage est également actif à l'intérieur même des réseaux sociaux. Sur Facebook par exemple, une publication peut voyager indéfiniment simplement grâce à la fonctionnalité « partager » qui est intégrée, au même titre que le « j'aime », sous chaque publication. Il en est de même sur la plupart des réseaux sociaux comme notamment Twitter avec la possibilité de « retwitter » un tweet, ou encore sur Tumblr, le site de micro-blogging qui propose aux utilisateurs de « rebloguer » les publications des autres sur son propre blog, ajoutant même un incitation supplémentaire à cette pratique puisque chaque jour, la publication la plus rebloguée obtient le privilège d'apparaître sur le tableau de bord de tous les utilisateurs du réseau. Or sur ces réseaux sociaux, impossible pour l'auteur d'interdire la republication des contenus qu'il poste sur son espace personnel. La seule chose qu'il puisse faire pour les protéger, c'est restreindre la visibilité de ses contenus à son seul cercle d'amis, et espérer que ceux-ci ne partageront pas les-dits contenus.

Le réseau social Pinterest, qui consiste à « épingler » des photographies sur un « board » (une sorte de tableau), est même allé plus loin dans l'une de ses

¹⁹CAVAZZA (F.), « De l'intérêt des boutons de partage », *Médias Sociaux*, www.mediassociaux.fr, publié le 15/11/12, consulté le 15/02/14

²⁰PENICHON (M.), « Propriété intellectuelle et information : quand la loi épingle les réseaux sociaux », *L'Argus de la Presse*, www.culture-rp.com, publié le 4/06/12, consulté le 18/01/14

fonctionnalités puisqu'il a créé un module à installer directement sur le navigateur de l'internaute et permettant d'installer le bouton de partage « Pin it » (en anglais « épingler cela ») directement dans la barre d'outils du navigateur. Ainsi, lorsque l'internaute navigue sur une page internet, il peut cliquer sur ce bouton afin d'ouvrir une fenêtre qui lui propose une liste de toutes les images visibles sur la page ouverte. Il pourra alors sélectionner une ou plusieurs photographies afin de les épingler sur son board Pinterest.

Une nouvelle fonctionnalité de Facebook également met en cause le droit d'auteur car vient contrer la pratique de restreindre la visibilité de ses contenus à son seul cercle d'amis. Il s'agit de la récente fonctionnalité appelée « Téléx » qui permet à tout utilisateur de voir en temps réel la moindre des activités de ses « amis » sur le réseau. Il s'agit en fait d'un fil d'actualité, situé en haut à droite de toute page Facebook, à partir duquel on peut voir toutes les publications qui sont commentées, aimées, publiées ou partagées par nos relations. Or la possibilité est donnée par Facebook d'avoir accès, simplement en faisant glisser son curseur dessus, aux publications en question, y compris celles dont l'auteur a protégé initialement l'accès au public à partir des paramètres de son compte. En clair, si l'auteur de la publication a bien protégé son compte, il faut normalement pour y avoir accès être abonné au profil de l'auteur, par une acceptation de sa part. Si cet auteur ne nous a pas accepté en tant qu'ami, mais que l'une de nos relations est en revanche amie avec et réagit à l'une de ses publications, on y a immédiatement accès. De quoi s'interroger sur l'efficacité réelle des paramètres de confidentialité que le réseau social propose à ses membres. Certes, cela suppose la coïncidence d'une action sur la publication par l'une de nos relations au moment où l'on est également connecté au réseau et attentif au Téléx, mais cela reste une faille dans le système de sécurité des publications de Facebook.

b) La notion d'œuvre de l'esprit étendue ?

Si l'on se base sur la définition que donne le code de la propriété intellectuelle dans son article L 112-1, une œuvre est protégeable du seul fait de sa création et à la condition d'être originale et donc de refléter la personnalité de son auteur.

On peut donc valablement se demander si certaines créations provenant des réseaux sociaux ne peuvent pas être considérées comme des œuvres de l'esprit protégeables en ce qu'elles sont originales et présentes sur le support qu'est le réseau social lui-même.

- **Les créations dans un réseau social**

En effet, un litige a par exemple opposé les deux réseaux sociaux 4CHAN et Tumblr à propos de la revendication de droits d'auteur sur des éléments culturels du web : les « memes »²¹. Il s'agit d'images ou vidéos, commentées ou non d'un texte court, et se référant à une situation donnée ou d'une idée. Les « memes » les plus connus sont par exemple les « lolcats » mettant en situation des chats avec un commentaire amusant en lien avec la position ou l'expression faciale de l'animal. On retrouve également parmi les « memes » les plus connus une série de visages grossièrement dessinés et représentant chacun une expression (par exemple la tristesse ou la solitude). Ces « memes » proviennent en grande partie du réseau social 4CHAN, connu pour ses nombreux forums et notamment celui qui a fait découvrir les Anonymous. Or 4CHAN reprochait aux utilisateurs de Tumblr de réutiliser les « memes » créés sur sa plate-forme, sans en créditer les auteurs, ou du moins le réseau social lui-même. 4CHAN revendiquait donc une sorte de droit d'auteur pour ces images massivement diffusées sur Tumblr, certains utilisateurs en ayant même dédié des blogs entiers, récupérant systématiquement les « memes » publiés sur 4CHAN. Peut-on alors réellement considérer que ces publications étaient des œuvres de l'esprit protégeables au sens du droit d'auteur ? Probablement, car elles reflètent bien la personnalité des auteurs, un peu « geek », qui les ont créées dans une situation précise au sein d'une conversation dans un forum. L'affaire n'est cependant pas allée devant la justice, puisque ce n'est pas de cette façon que 4CHAN a l'habitude de procéder. Ces informaticiens de souche ont en effet préféré tenter une attaque en déni de service envers Tumblr, c'est-à-dire plus explicitement qu'ils ont incité leurs membres à se servir d'un logiciel malveillant pour surcharger les serveurs de Tumblr afin que le réseau social ne soit plus accessible. Certains membres de 4CHAN ont également

²¹PALEY (S.) « 4CHAN vs Tumblr : la guerre a bien eu lieu », *OWNI*, www.owni.fr, publié le 15/11/10

suggéré à leurs pairs de créer des blogs sur Tumblr et d'y publier des contenus pornographiques principalement dans le seul but d'entacher sa réputation et de polluer les tableaux de bords des membres de Tumblr.

- **les Curriculum Vitae (CV) sur les réseaux sociaux professionnels**

Un jugement de la troisième chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris en date du 29 juin 2004 a fait accéder les CV²², ainsi que les lettres de motivation, à la protection donnée par le droit d'auteur en ce qu'ils peuvent être original et refléter la personnalité de leur auteur, à la fois dans leur charte graphique (notamment pour les CV) que par leur contenu si celui-ci déroge aux formulations habituellement trouvées dans ce genre d'écrit.

La Cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement par un arrêt en date du 26 octobre 2005, mais elle a rappelé que les CV n'étaient pas protégeables en soi, en raison du caractère « technique et standardisé » du message qu'il transporte, ainsi que des codes admis sur la présentation de ces documents. La Cour d'appel insiste donc sur le critère de l'originalité que le CV doit absolument revêtir pour obtenir la protection par le droit d'auteur, les seuls couleurs ou enchaînement d'encadrés ne suffisant pas à caractériser cette originalité. Les lettres de motivations en revanche bénéficient plus facilement de la reconnaissance d'une protection par le droit d'auteur selon la Cour d'appel car elles présentent « la personnalité du candidat dans un style recherché et synthétique, adapté à l'offre ». La jurisprudence avait déjà pris une position similaire concernant les lettres de motivation à propos d'un site qui proposait des lettres de motivation déjà préparées et dans lesquelles il suffisait de compléter par son propre profil certains « blancs ». Le Tribunal de Grande Instance avait considéré que l'originalité de la structure de la lettre, et notamment certaines phrases interrogatives ou l'emploi de points d'exclamation, « tous deux peu commun dans ce style de courrier » (TGI Paris, 3^e chb, 31/08/2004, Alain C/Modèles de lettres et autres).

On peut donc considérer que les réseaux sociaux tels que LinkedIn ou Viadeo, qui ont pour objet la présentation de CV en ligne, consultables par les recruteurs,

²²GALLOT-LE-LORIET (M.A.), « Le droit d'auteur protège les CV et les lettres de motivation », *L'Usine Nouvelle*, N° 2998, publié le 23/02/06, consulté le 18/01/14

pourraient bénéficier de la protection par le droit d'auteur en raison de l'originalité que leurs auteurs leur donnent à travers les diverses explications et présentation de leur profil. Les lettres de motivations incluses dans ces réseaux sont également protégeables pour la même raison.

- **La protection des publications sur Twitter**

Peut-on considérer qu'une publication postée sur Twitter, que cela soit un « tweet » ou une photographie, soit protégeable par le droit d'auteur ? Un litige de 2010 a en effet soulevé le problème.

En l'espèce, il s'agissait d'un photographe indépendant, ancien photographe de l'Agence Française de Presse (AFP), Daniel Morel, qui avait pris plusieurs photographies suite au terrible séisme survenu en Haïti le 12 janvier 2010 et qui avait ravagé l'île. On pouvait voir sur l'une des photographies une femme, recouverte de poussière, s'extrayant des décombres d'un bâtiment effondré de Port-au-Prince. M. Morel, fier de ses « œuvres », avait alors posté les clichés sur son compte Twitter, grâce à l'application liée Twitpic. Les photographies deviennent alors disponibles aux personnes abonnées au compte Twitter de Daniel Morel, et parmi elles, un certain Lisandro Suero. Ce dernier n'hésite pas à publier lui-même le cliché sur son compte Twitter, non pas en passant par la fonctionnalité dédiée « retwitter », mais simplement en enregistrant l'image sur son propre ordinateur et en la republiant. De cette façon, on pouvait valablement croire qu'il s'agissait de sa propre photographie, ou du moins il était impossible d'en connaître le véritable auteur.

L'AFP, sachant que M. Morel était en Haïti au moment des faits lui demande s'il possède des clichés exploitables de la catastrophe naturelle, mais celui-ci ne répond pas à ces demandes d'images. L'agence de presse, devant absolument trouver des images à redistribuer aux médias, se sert alors directement sur le compte Twitter de M. Suero, qui autorise l'agence à utiliser « sa » publication moyennant une contrepartie financière. Dès le lendemain, le cliché apparaît sur tous les médias partenaires de l'AFP, créditant alors non pas M. Morel mais le pirate Lisandro Suero, auteur présumé du cliché.

Le photographe a bien sûr demandé réparation à l'AFP qui, réalisant son erreur, a tenté de faire machine arrière en modifiant les crédits sur la photographie. Malheureusement, tous les crédits litigieux n'ont pas pu être modifiés, notamment pour toutes les impressions de presse qui avaient déjà été réalisées, mais également sur le site de Getty Images, partenaire de l'AFP. M. Morel a donc assigné l'AFP et Getty Images auprès de l'United States District Court Southern District de New-York pour infraction à son droit d'auteur.

L'AFP se défend pourtant de cette accusation, et porte elle-même plainte contre M. Morel pour diffamation commerciale car selon elle, M. Morel leur a accordé une licence indirecte en postant son cliché sur Twitter. La raison de cet argument ? Les conditions générales d'utilisation de Twitter, tout comme celles de Facebook, précisent que tout ce qui est publié sur le réseau social est libre de droit, pire : l'utilisateur en cède les droits au réseau social.

La cour de New York a cependant rejeté cette argument en raison de l'utilisation par M. Morel de l'application Twitpic, distincte de Twitter. Les conditions générales d'utilisation de Twitpic précisent en effet que « Tous les droits des images téléchargées appartiennent à leurs propriétaires respectifs ». De plus, même si on avait considéré que les conditions générales d'utilisation de Twitter étaient recevables dans ce cas, la cour rappelle que celles-ci n'autorisent pas tout un chacun à récupérer et exploiter les publications des autres. En effet, les termes du règlement du réseau social sont les suivants : « You retain your rights to any content you submit, post or display on or through the services (...) His license is you authorizing us to make your Tweets available to the rest of the world and to let others do the same. But what's yours is yours – you own your content ». Il s'avère donc que « les juges américains ont estimé qu'au regard de la licence qui a été accordé à Twitter lors de l'inscription [par le photographe], cet accord n'accorde une licence qu'à Twitter, ainsi ils estiment que toute publication ou utilisation par un tiers est soumise au droit d'auteur, et donc à l'autorisation du titulaire »²³.

²³CAHEN (M.), « Les réseaux sociaux de photos et le droit d'auteur », *Journal du Net*, www.journaldunet.com, publié le 4/06/12

En résumé, Twitter demande à ce que l'utilisateur cède ses droits sur les contenus qu'il publie dans le sens où toute personne du réseau social qui aura accès à son profil sera en mesure de republier le post par la fonctionnalité dédiée « retweeter », mais en aucun cas cela n'enlève ses droits d'auteur au photographe sur ses propres publications.

- **Les publications sur Facebook**

Une affaire similaire a été portée devant les tribunaux, mais la société en cause était le journal espagnol ABC et cela portait sur une publication sur le réseau social Facebook. En l'espèce, un photographe free-lance, Fernando Izquierdo, avait publié sur son site internet professionnel un reportage sur le tsunami ayant ravagé le Japon en 2011. Afin de faire connaître son reportage, il en poste le lien sur son compte Facebook. Or un peu plus tard dans le mois, il s'aperçoit que plusieurs des photographies de son article, présentes à la fois sur son site et sur Facebook, ont été utilisées pour illustrer la catastrophe naturelle dans le journal ABC, sans qu'on ne lui ait jamais demandé l'autorisation et sans créditer son nom sur les clichés.

Le photographe demande alors au journal une rémunération pour son travail, sans succès. Une mobilisation se fait alors sur les réseaux sociaux pour dénoncer cette contrefaçon, et une action est finalement introduite par M. Izquierdo en avril face au silence du journal. Le procès est actuellement toujours en cours mais il est probable que la contrefaçon de droit d'auteur sera reconnue dans ce cas, ainsi que la mauvaise foi du journal.

- **Les publications sur Flickr**

Toujours en Espagne, un autre litige à propos d'une contrefaçon de droit d'auteur sur les réseaux sociaux a été rendue publique, mais cette fois-ci un accord amiable a pu être trouvé entre le contrefacteur et l'auteur. En l'espèce, il s'agissait du célèbre journal El Mundo qui avait utilisé pour illustrer l'un de ses articles une photographie qu'un internaute avait postée sur le réseau social Flickr. Ici encore, aucune autorisation n'avait été demandée préalablement à l'auteur, et aucun crédit ne

lui été donné. Mais le journal avait même fait pire car il avait tout simplement rogné la photographie et effacé les « watermarks » (inscriptions apposées sur la photo afin d'en empêcher normalement le partage sans mentionner le nom de l'auteur) en les floutant. Cela prouvait sans contestation possible la mauvaise foi du journal qui avait ostensiblement pris le parti de « voler » le cliché à son auteur.

Devant le scandale auquel il risquait de s'exposer, le journal El Mundo a préféré reconnaître ses torts publiquement et s'engager à rémunérer l'auteur pour l'utilisation de sa photographie.

- **Les choix faits par les utilisateurs sur leurs espaces personnels**

On peut par ailleurs se demander si d'autres contenus que l'on trouve sur les réseaux sociaux seraient protégeables par le droit d'auteur, alors que pour le moment aucun litige n'a été soulevé les concernant. Tout d'abord, les montages graphiques réalisés sur certains réseaux, comme par exemple les profils Facebook ou MySpace, qui font l'originalité de la page personnelle de l'internaute, seraient probablement protégeables à la condition d'être particulièrement originales et de montrer la créativité de leur auteur. On peut par exemple citer la pratique d'agencer de façon artistique sa photo de profil et sa photo de couverture sur Facebook afin de donner une œuvre entière formée par les deux clichés.

De même, les profils entièrement créés en le nom d'un personnage célèbre (par exemple les profils Facebook de Jésus, Dieu ou Hitler) seraient-il protégeables par ce droit d'auteur ? Pour la même raison, on peut valablement penser que oui, en raison du caractère particulièrement imaginatif et humoristique de ces profils, révélant un véritable travail de recherche et de création de la part de leurs auteurs. Un cas plus particulier est celui de la création de profil au nom d'un personnage de fiction. On a pu par exemple trouver sur Facebook le profil de Dark Vador. L'objectif pour les créateurs de ces profils est de faire vivre le personnage de façon humoristique selon les fonctionnalités offertes par le réseau social tout en s'inspirant de l'œuvre dont ils sont tirées. On peut donc imaginer que les auteurs de ces œuvres et de ces personnages pourraient ici porter plainte pour violation de leurs droits d'auteur puisqu'il y a

utilisation à la fois du nom et de l'image du personnage qu'ils ont créé mais également des éléments tirées de leur œuvre.

Qu'en est-il des fonctionnalités que les réseaux sociaux proposent à leurs abonnés ? En effet, certains réseaux sociaux sont réputés pour certaines actions possibles à travers leur interface. Que serait Facebook sans les boutons « J'aime », ou Twitter sans la possibilité de « retweeter » les contenus ? Est-ce que les groupes musicaux présents sur MySpace auraient le même public s'ils n'avaient pas la possibilité d'intégrer un lecteur sur leur page pour faire découvrir leurs créations musicales ? L'application Instagram aurait-elle le même succès si elle ne proposait pas des filtres photographiques pré-réglés ?

On peut alors se demander de quelle manière les différents réseaux sociaux peuvent protéger leurs fonctionnalités qui les rendent originaux les uns par rapport aux autres, et qui attirent les internautes dans leurs filets, ou plutôt devrait-on dire dans leur « toile ».

Pour le moment, aucune décision n'a été prise sur ce point mais on peut déjà supposer que la protection ne serait pas accordée dans le sens où une fonctionnalité serait plus un service proposé qu'une œuvre véritable.

2) Les moyens mis en œuvre par les réseaux sociaux, reflet d'une certaine hypocrisie de la part de ces acteurs

Suite aux différents litiges dans lesquels ils ont été impliqués à leurs débuts, les réseaux sociaux actuels savent de mieux en mieux se préserver d'éventuelles actions en contrefaçon de droits d'auteur, notamment en proposant des outils de protection (a) et en invitant les membres à signaler les contenus illicites grâce à des boutons dédiés (b).

a) Les blocages proposés par les réseaux sociaux

Les réseaux sociaux sont des biens d'expérience (on ne peut juger de leur qualité qu'en les utilisant) qui doivent leur succès essentiellement à l'effet de réseau et de réputation. En effet, plus il y aura de personnes membres d'un réseau social, et plus celui-ci s'étendra rapidement. A l'inverse, il suffit que quelques utilisateurs mécontents

décident de quitter le réseau social pour que la nouvelle se propage et qu'ils soient suivis par des milliers d'autres, par effet « boule de neige ». C'est par exemple ce qu'il s'est passé avec Instagram qui a vu son nombre d'utilisateurs chuter²⁴ lorsque l'application a été rachetée par le géant Facebook. Les utilisateurs ont effectivement fui le réseau social de peur de voir leur données personnelles mal utilisées par le réseau social de Mark Zuckerberg.

C'est pourquoi les réseaux sociaux ont intérêt à réagir rapidement lorsque leur image est remise en cause par un nombre important de personnes car ils risquent de perdre beaucoup d'utilisateurs en très peu de temps. Les mobilisations d'utilisateurs sur internet ont donc un impact souvent immédiat sur la politique des réseaux sociaux. On reproche par exemple souvent aux réseaux sociaux une certaine hypocrisie dans leurs conditions d'utilisation. En effet, ils incitent d'une manière générale au partage des publications à travers leurs fonctionnalités et par leur nature même de réseaux, mais d'un autre côté ils mettent en place des systèmes de protection plus ou moins élaborés et des recommandations semblant lutter contre la contrefaçon de droits d'auteur des contenus publiés.

Le cas le plus parlant est celui du réseau social Pinterest²⁵, qui suggérait dans ses Conditions Générales d'Utilisation d'éviter l'auto-promotion, donc le fait d'épingler sur son « board » ses propres créations ou propres idées et objets. C'est donc bien là une incitation faite aux utilisateurs d'aller plutôt chercher les idées et les créations chez les autres ! Pourtant, plus loin dans ces mêmes Conditions Générales d'Utilisation, on retrouvait un paragraphe dans lequel Pinterest se déresponsabilisait de toute contrefaçon en précisant que les internautes ne devaient pas utiliser les œuvres d'autrui. Par ailleurs, les CGU précisait également que tout membre se rendant coupable de contrefaçon entraînant sa poursuite et celle de Pinterest se verrait dans l'obligation de payer les frais de défense non seulement pour lui-même mais également pour Pinterest ! Et si le délit de contrefaçon est effectivement caractérisé, il lui fallait également payer des dommages et intérêts en son nom et au nom de Pinterest. Ainsi,

²⁴ MANENTI (B.), « Instagram : des utilisateurs fuient après le rachat par Facebook », *Le Nouvel Observateur – Obsession*, www.nouvelobs.com, publié le 10/04/12

²⁵ GEVAUDAN (C.), « Pinterest : un coup d'épingle dans le droit d'auteur », *Libération*, www.liberation.fr, publié le 26/03/12

des millions d'utilisateurs ont fui le réseau social ou ont supprimé l'intégralité de leurs publications, et quarante-cinq mille utilisateurs ont « épinglé » sur leur mur le message « Dear Pinterest, please change your terms or I leaving » menaçant de quitter la communauté si les conditions générales d'utilisation n'étaient pas modifiées. Devant la pression exercée par les utilisateurs, Pinterest a donc cédé et changé ses conditions d'utilisation, modifiant notamment le paragraphe sur l'auto-promotion.

Pinterest a également fait l'objet de critiques à propos de la qualité des images proposées. En effet, les photographes lui ont reproché de proposer une qualité trop élevée des images, ce qui n'incitait absolument pas les utilisateurs à cliquer sur l'éventuel lien renvoyant vers le site internet de l'auteur du cliché. Pourtant Pinterest se prévalait de cette possibilité pour se défendre d'inciter à la violation des droits des auteurs. Là aussi, les responsables du réseau social ont pressenti le danger et ont préféré, pour anticiper les éventuelles plaintes des photographes, créer un nouvel outil permettant à ces derniers de se prémunir face au réseau social. En effet, Pinterest a proposé aux photographes un « shortcode » à insérer dans les lignes de programmation de leurs sites afin d'empêcher que le bouton « Pin it » ne fonctionne sur leurs œuvres. Bien sûr, on dénote ici aussi une certaine hypocrisie de la part du réseau social qui sait bien que beaucoup de photographes ne sont pas informaticiens et ne savent pas nécessairement comment modifier les lignes de code d'un site internet, d'autant que ce sont souvent des sites internet « clé en main » qui sont choisis par les photographes.

b) Le signalement possible sur la plupart des réseaux sociaux par un bouton dédié

Les réseaux sociaux permettent par ailleurs un signalement de la part des utilisateurs pour tout contenu illicite ou abusif. Cela permet une auto-censure la plupart du temps de la part des utilisateurs eux-mêmes.

Cependant, dans le cadre des droits d'auteurs, il est rare que les membres des réseaux signalent un contenu pour la seule raison qu'il ne serait pas crédité, à moins que ça ne soit le leur. La notion de partage est tellement ancrée dans les esprits que désormais il semble normal à la plupart des internautes de divulguer et partager tout ce qu'ils peuvent trouver sur internet, sans se préoccuper le moins du monde des

obligations qui se cachent derrière. Et comme les conditions d'utilisation des réseaux sociaux sont souvent longues et fastidieuses, personne ne prend généralement le temps de les lire. C'est sur cela que misent les réseaux sociaux d'ailleurs en insérant dans leurs CGU des mentions précisant qu'en cas de contrefaçon de droits d'auteur, ils ne pourront être tenus pour responsables car ils préviennent que les contenus ne doivent être publiés qu'avec l'accord de leur auteur. On a donc une inadaptation de la norme.

Finalement, les seuls qui auraient intérêt à signaler les contenus contrefaisants sont les auteurs mêmes de ces contenus, mais impossible pour eux de savoir qui a publié l'œuvre en question sur un réseau social. La seule possibilité est de compter le nombre de partages qui ont été faits d'une œuvre à partir des boutons dédiés sur les sites internet, ou à partir de la publication de l'auteur sur un réseau social, mais cela ne prend en compte que la première « vague » de partage, directement faite à partir du premier bouton de partage, et non pas tous les partages qui s'ensuivent par extension.

Ce système de signalement n'est donc pas adapté à la lutte contre la contrefaçon de droit d'auteurs et n'a en fait pour seul objectif que le signalement de contenus choquants ou abusifs, comme par exemple des contenus violents ou pornographiques. De plus, il faut noter qu'étrangement, signaler un contenu est bien plus compliqué que de le partager, car le bouton dédié au signalement n'est accessible que lorsqu'on ouvre le contenu en page pleine, puis que l'on clique sur un premier bouton « options ».

Des solutions pré-existantes seraient envisageables pour lutter partiellement contre ces problèmes de plus en plus nombreux.

- **La possibilité des licences libres**

Le choix de la licence libre permet à l'auteur d'une œuvre de l'esprit de céder tout ou partie des droits que lui confèrent les droits d'auteur afin d'en faciliter l'usage et le partage. Quatre droits considérés comme fondamentaux sont cependant systématiquement cédés dans le cas d'une licence libre : l'usage de l'œuvre, la possibilité d'étudier l'œuvre afin d'en saisir le fonctionnement, la modification de l'œuvre et la possibilité de l'utiliser dans une œuvre dérivée, et enfin la possibilité de redistribution de l'œuvre.

- **La possibilité des « creative commons »**

C'est le choix qu'a fait le réseau social de partage de photo Flickr. Les licences Creative Commons sont des alternatives légales aux droits de propriété intellectuelle standards prévus par les différents pays. Cela permet aux auteurs de poser les restrictions qui leur semblent les mieux adaptées à leur œuvres afin de protéger celles-ci. Le système est simple, l'auteur choisit trois critères parmi quatre qui sont proposés par les Creative Commons. Ces critères sont associés à un sigle particulier et universel. Cela permet de créer six combinaisons différentes des critères et donc six possibilités de licences de protection des œuvres.

Le premier critère possible est l'« attribution » désigné par le sigle « BY » (préposition anglaise signifiant désignant la personne à l'origine d'une création ou d'une action). Il s'agit pour l'auteur de décider s'il souhaite informer le public qu'il est l'auteur de l'œuvre. En France, il est impossible de renoncer à ce critère car il est impossible de renoncer à la paternité de l'œuvre. Les licences Creative Commons en France sont donc réduites à trois possibilités de combinaison.

Le second critère est appelé « Non commercial » dont le sigle est « NC ». Il permet à l'auteur de faire savoir qu'il ne souhaite pas que son œuvre soit utilisée à des fins commerciales. Il se réserve ainsi le droit d'exploitation commerciale de l'œuvre, et toute personne voulant utiliser l'œuvre dans ce sens devra au préalable lui en avoir fait la demande.

La troisième protection porte sur la possibilité d'utilisation de l'œuvre dans une œuvre composite ou dérivée. Il s'agit du critère « Non Derivate Works » (en anglais « pas d'œuvre dérivée ») dont le sigle est « ND ». L'auteur choisit alors si son œuvre sera utilisable par un tiers dans le cadre d'une œuvre dérivée ou composite, et notamment si un échantillonnage de l'œuvre sera possible (pratique courante dans le secteur de la musique).

Enfin, la dernière possibilité est celle qu'a l'auteur d'exiger que le partage de l'œuvre ne se fasse que dans ses conditions d'origine et en conservant l'intégralité de ses caractéristiques. Le critère est appelé « Share Alike » (en anglais, « partagé tel quel ») et son sigle est « SA ».

Mais au delà des problématiques de droits d'auteurs, on constate de plus en plus que les réseaux sociaux portent atteinte au droit des marques, ou sont eux-mêmes les victimes d'atteintes au droit des marques.

II) Les réseaux sociaux : un phénomène préjudiciable pour les marques

A) La multiplication des atteintes au droit des marques sur les réseaux sociaux

1) Les réseaux sociaux : un nouvel enjeu pour les marques

En quelques années, les réseaux sociaux sont devenus des outils d'une valeur inestimable pour les marques, leur permettant de communiquer directement auprès du consommateur, afin d'obtenir un retour sur leurs produits ou services²⁶, de mieux connaître ses attentes et ses envies, et d'opérer le lancement d'un produit ou d'une campagne promotionnelle à moindre frais. Mais au delà de ces aspects positifs, la place toujours plus importante que les réseaux sociaux prennent dans la société peut créer certaines problématiques pour les marques : e-réputation, contrefaçon...

L'article L711-1 du CPI définit la marque comme « un signe susceptible de représentation graphique, servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ».

Une marque est donc un signe qui permet à un fabricant ou à un commerçant, dans ses rapports avec la clientèle, de distinguer ses produits ou ses services de ceux de ses concurrents, et dont le droit des marques permet l'appropriation.

L'objet de cette protection est d'empêcher les rivaux directs du titulaire du signe de l'utiliser, ce qui entraînerait une confusion dans l'esprit du public. Ce signe distinctif est un bien intellectuel, car il relève forcément d'une activité créatrice, le signe doit être distinctif et non pas descriptif.

²⁶ MARTIN BARITEAU (F) « Marques et réseaux sociaux : nouveaux enjeux, nouveaux risques » disponible sur www.univ-cezanne.fr

La marque occupe cependant une place essentielle dans la vie commerciale, elle remplit des fonctions économiques croissantes pour les entreprises, et permet la fidélisation de la clientèle.

Il est possible de faire coexister deux marques identiques enregistrées par deux titulaires différents, à condition que les produits représentés par ces marques appartiennent à des classes différentes. En effet, lors de l'inscription à l'INPI, le titulaire de la marque peut choisir entre les 42 classes prévues par la classification de Nice, ces classes regroupant chacune un certain nombre de destinations et d'usages possible. La marque ne sera alors protégée que pour les produits et/ou services pour lesquels elle a été déposée. C'est le principe de spécialité de la marque. Ainsi, deux marques identiques peuvent cohabiter dans la vie des affaires à condition d'être de classes différentes (par exemple, la marque mont blanc désigne à la fois des stylos et des crèmes desserts).

Avec des internautes de plus en plus influents, et des plate-formes qui se multiplient, les réseaux sociaux sont devenus incontournables pour les marques. Ces espaces leur permettent aujourd'hui de réinventer le lien avec les consommateurs.

- **Quelques chiffres :**

- **Les marques**

Selon une étude Performics, 46 des 50 plus grands annonceurs français sont présents sur Facebook via une page, un groupe ou une application.

- **Les internautes**

Selon une étude AYTМ de 2011, 58% des usagers de Facebook aiment ou ont aimé une marque, 42% ont déjà mentionné une marque dans leur statut, et 41% ont déjà

partagé un lien ou une vidéo à propos d'une marque. Sur Twitter, 29% des internautes suivent une marque, et 39% d'entre eux ont déjà tweeté à propos d'une marque.²⁷

Il est intéressant de noter que dans la plupart des cas, les utilisateurs ne soulèvent que les aspects positifs de la marque. Mais quelles sont les attentes des internautes « fans » de marque ?

Les adeptes des réseaux sociaux souhaitent surtout recevoir des réductions ou offres promotionnelles de la part des marques (80%). Les informations sur l'actualité de la marque (8%) et les questionnaires (5%) arrivent loin derrière. A noter également que 16% des fans d'une marque en sont devenus clients grâce aux réseaux sociaux.

- **Un potentiel publicitaire incontestable**

Pour les marques soucieuses de se rapprocher des consommateurs, les réseaux sociaux, comme Facebook, constituent une énorme opportunité. Les outils de partage communautaires permettent d'accroître la popularité, d'entretenir le dialogue avec les consommateurs et de faire du service après-vente.

Cette relation avec de potentiels clients est utile aux marques. Un internaute qui déclare en aimer une sur sa page Facebook sensibilise potentiellement tout son réseau d'amis. Il devient ambassadeur, prescripteur d'achat.

Les marques communiquent de deux façons sur les réseaux sociaux :

- Soit sur un ton purement **promotionnel** : les marques interpellent leurs fans en utilisant des adverbes à l'impératif ou en leur posant une question, soit sur le produit en lui-même, soit sur la relation de l'internaute avec l'entreprise.
- Soit un ton beaucoup plus **personnalisé** : les marques répondent directement et personnellement à l'internaute qui poste un commentaire sur son profil, ce qui permet de le conseiller dans ses habitudes de consommation, de répondre à ses interrogations concernant tel ou tel produit, toujours dans l'optique d'inciter l'internaute à la consommation.²⁸

²⁷ 3eme édition de l'étude Social Media Attitude réalisée par l'Atelier réseaux sociaux du SNCD

²⁸ ANONYME « Comment les marques vous espionnent sur les réseaux sociaux », www.nouvelobs.fr, publié le 27/09/2013

- **Un outil de surveillance efficace**

Au delà de l'aspect commercial et publicitaire des réseaux sociaux, ceux-ci peuvent également s'avérer utile dans les cas de crise, aussi appelée « bad buzz » sur internet. Par exemple, des entreprises telles que la SNCF, ou Air France, souvent soumises aux critiques des leurs clients/internautes, surveillent de très près leur e-réputation. D'autres marques, comme celles du luxe ou de la grande distribution, n'ont pas les mêmes besoins. Elles peuvent se permettre de ne pas regarder en temps réel ce que l'on dit d'elles et n'ont pas la nécessité de mobiliser des équipes 24h/24. Elles peuvent aussi réagir par l'intermédiaire de leur community manager ou d'un service consommateur plus classique. Les réseaux sociaux permettent aux entreprises de réagir toujours plus vite afin de préserver leur réputation.

2) Les atteintes aux droits des marques sur les réseaux sociaux

Ce procédé consiste donc à usurper l'identité numérique d'une entreprise en réservant sur un réseau social un nom d'utilisateur reprenant le nom ou la marque d'une entreprise, afin de détourner et de capter les internautes qui souhaiteraient consulter la page de l'entreprise.²⁹

Il est donc possible de faire un parallèle avec le « cybersquatting », à la différence que ce ne sont plus des noms de domaines qui sont déposés, mais un nom d'utilisateur sur un réseau social.

En effet, sur Twitter comme sur Facebook, chaque inscription permet de bénéficier d'une « vanity URL », de type « twitter.com/nomdutilisateur » ou facebook.com/nomdutilisateur.

Il est aujourd'hui fréquent que des personnes utilisent des marques dans leur nom d'utilisateur, ou aillent jusqu'à créer des fausses pages pour des marques. Dans ce cas, le véritable titulaire de la marque ne peut alors pas reprendre ce nom d'utilisateur, celui-ci étant devenu indisponible.³⁰

²⁹ Définition donnée par Maître Cousin lors d'une interview, avocat à la cour, www.comundi.fr,

³⁰ ANONYME « Réseaux sociaux : l'abus des usernames » www.svp.com, publié le 10 octobre 2011

L'entreprise SFR a notamment été victime de ce problème : un utilisateur se faisait passer pour elle afin de répondre de façon très agressive aux commentaires des internautes. C'est là qu'est le problème : les entreprises n'ont alors plus le contrôle de leur image et de leurs propos, ce qui peut avoir des conséquences dommageables pour leurs réputations.

Comment protéger sa marque sur les réseaux sociaux ?

- **Une tentative de contrôle via les conditions générales d'utilisation**

Afin d'éviter les cas de « user name squatting », les réseaux sociaux incluent généralement dans leurs conditions générales d'utilisation des règles interdisant aux utilisateurs d'utiliser le nom patronymique ou la marque appartenant à autrui, sous peine de voir leurs comptes suspendus ou fermés.³¹ Mais cette seule « mise en garde » ne suffit pas toujours, et les réseaux sociaux ont mis en place des mécanismes permettant au titulaire de marque de signaler une utilisation non autorisée de sa marque.

Par exemple, sur Twitter, il existe la possibilité de soumettre une « requête en ligne », qui est par la suite envoyée à l'équipe d'assistance, tenue d'apporter une réponse dans les 24h suivantes.

Même chose sur Facebook, le titulaire d'une marque ayant été utilisée sans autorisation peut remplir le « formulaire de violation des droits de propriété intellectuelle automatisé ».

Certains réseaux sociaux ont même établi une « liste noire » de marques notoires dont il est interdit de faire usage au sein du « user name ».

Le problème qui se pose est également de savoir qui peut créer une page relative à une marque ou une entreprise ? Facebook reste flou à ce sujet, et précise que « *Tout utilisateur peut créer une Page. Cependant, seul le représentant agréé du sujet présenté peut gérer la page* ».

Face à ce problème, les réseaux sociaux, notamment Twitter suivi de Facebook, ont mis en place très récemment des procédures de certification. C'est à dire que sur la

³¹ ANDRÉ (L) « Le droit des marques à l'heure d'internet », p.140, Collection Gualino, Lextenso éditions

page de l'entreprise ou de la personnalité concernée, apparaît un icône, généralement à droite du nom d'utilisateur, qui signifie que le réseau social a personnellement vérifié qu'il s'agit bien de l'entreprise/personnalité.

Néanmoins, ces mesures ne suffisent plus, car même si aujourd'hui les marques sont de plus en plus présentes sur les réseaux sociaux, et en dépit de la sophistication de leurs outils de surveillance, il n'est pas toujours possible de pratiquer une veille constante afin de réagir rapidement. Et cela les réseaux sociaux l'ont bien compris, puisque de plus en plus souvent, les clauses limitatives de responsabilité mentionnent l'usage non autorisé de la marque d'autrui. De plus, l'éditeur du réseau social demeure seul juge de l'atteinte, et il peut arriver que la requête n'aboutisse jamais si cet éditeur estime que cela n'est pas nécessaire, notamment par exemple lorsque l'usage de la marque est à vocation parodique.

Par quels moyens, autres que ceux institués par les réseaux sociaux eux mêmes, est il possible de protéger sa marque ?

Il existe plusieurs types de procédures permettant de se prémunir contre les atteintes à une marque.

- **Les procédures judiciaires**

Le titulaire de la marque peut tout d'abord tenter de résoudre le problème à l'amiable, tout simplement en contactant l'auteur de l'atteinte à ses droits afin de lui demander d'y mettre fin. Facebook le conseille d'ailleurs, avant d'accéder au formulaire de dénonciation d'infractions liées aux droit de la propriété intellectuelle. Si ces tentatives de résolution à l'amiable ne fonctionnent pas, le titulaire de la marque pourra avoir recours à une procédure judiciaire.

Plusieurs fondements juridiques pourraient permettre aux entreprises victimes de ces pratiques d'engager la responsabilité des internautes. Néanmoins l'adaptation aux réseaux sociaux de ces procédures n'est pas toujours évidente. Nous passerons en revue les différentes possibilités, en notant qu'à ce jour, très peu de jurisprudence a été prononcée.

L'action en contrefaçon : il est en théorie possible de protéger la marque par l'action en contrefaçon, dans la mesure où il y a une utilisation non autorisée par un internaute. Néanmoins cette action est difficile à mettre en œuvre. En effet, la contrefaçon de marque est établie lorsque son usage non autorisé est réalisé « *dans la vie des affaires* »³² pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée et « *lorsque cet usage porte, ou est susceptible de porter, atteinte aux fonctions de la marque* ».³³

Or, selon la CJUE, il n'y a pas d'atteinte à ces fonctions lorsque « *l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif peut savoir facilement si les produits ou services visés (...) proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers* ».³⁴ Il sera donc en pratique difficile pour une marque de prouver le préjudice subi, elle devra démontrer que l'internaute est véritablement susceptible de se méprendre et de penser qu'il s'agit d'un page « officielle » administrée par la marque. Si l'on se base donc sur cette jurisprudence, seule une partie des enregistrements de usernames peuvent être sanctionnées sur le fondement de la contrefaçon de marque. De plus, une telle action suppose que la personne qui utilise la marque sans autorisation doit être identifiée précisément, ce qui peut réellement poser un problème si la personne n'est pas établie en France.

Le TGI de Paris le 28 novembre 2013, est venu préciser la notion de vie des affaires concernant les usernames dans une affaire opposant un internaute, administrateur d'une page Facebook dédiée à la série télévisée « Plus belle la vie », à la société Telfrance, productrice du programme et titulaire de la marque déposée. Facebook avait pris la décision de fermer la page à l'origine du litige, à la demande de la société Telfrance. L'internaute avait donc agi en justice contre le réseau social et la société Telfrance devant le TGI de Paris, demandant le rétablissement de la page dont elle était l'administratrice, ainsi que d'importants dommages et intérêts. Dans son arrêt, le TGI affirme que la page Facebook ne constitue pas une contrefaçon, dans la

³² La cour d'Appel de Paris le 12 mars 2010 a précisé la notion d'usage dans la vie des affaires » comme étant « celui qui tend à l'obtention d'un avantage direct ou indirect de nature économique ».

³³ CANTREAU (A) « Réseaux sociaux et marques : prévenir les conflits », publié le 14 avril 2011, disponible sur www.alain-bensoussan.com

³⁴ CJUE, 23/3/2010, affaires C-236/08 à C-238/08.

mesure ou « *ne peut être retenu l'usage de la marque dans le cadre de la vie des affaires, dans la mesure où l'internaute n'en faisait pas un usage professionnel ou commercial.* »³⁵ Le TGI a donc demandé à Facebook de rétablir la page litigieuse telle qu'elle existait avant sa fermeture, mais n'a cependant pas retenu les dommages et intérêts.

L'action en concurrence déloyale : La concurrence déloyale peut revêtir plusieurs formes. Elle est représentée par des actes de désorganisation : en droit des marques, cela passe par exemple par le dépôt d'une marque dans le seul but de gêner l'exploitation d'un concurrent, et d'empêcher l'exploitation normale de son commerce. Ainsi, si une entreprise réserve le « user name » d'une entreprise concurrente sur un réseau social, dans le seul but de nuire à ses activités et de l'empêcher d'exploiter son commerce, et de déséquilibrer le marché en sa faveur, elle pourra être poursuivie pour concurrence déloyale par acte de désorganisation. La concurrence déloyale peut également passer par des actes de dénigrement : si par exemple une entreprise crée une page au nom d'une entreprise concurrente, et publie en son nom des contenus négatifs susceptibles de nuire à l'image de la marque, une action en concurrence déloyale pourra être déclenchée.

Concernant le **parasitisme économique**, il pourra être retenu lorsqu'une entreprise cherche à s'inscrire dans le « sillage » d'une autre société, « afin de profiter de la réputation et de la notoriété de la marque exploitée par elle pour faire connaître ses propres produits, voire en faciliter la commercialisation ».³⁶ Il constitue une faute délictuelle susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, en application des dispositions de l'article 1382 du code civil. Ainsi, si une marque cherche à profiter de la notoriété ou du prestige d'une autre en copiant son nom ou son logo, et même si les produits proposés n'appartiennent pas à la même catégorie, et qu'ils ne sont pas proposés sur le même marché, le parasitisme économique pourra être retenu.

³⁵ TGI de Paris 3ème chambre, 4ème section Jugement du 28 novembre 2013 Laurence C. / Telfrance Serie, Facebook France

³⁶ TGI Strasbourg 20 Juillet 2007, Atrya c/Google France et autres

En l'état actuel du droit, il est aujourd'hui difficile pour les marques de protéger leur propriété sur les réseaux sociaux. Certains avaient vu une solution en la loi LOPPSI 2³⁷, dans la mesure où celle-ci a créé l'infraction d'usurpation d'identité sur internet désormais inscrite à l'article L226-4-1 du code pénal. De rares auteurs avaient estimé que cette infraction pouvait s'appliquer à l'usurpation d'identité des personnes morales, mais le législateur de 2011 en a décidé autrement puisqu'en utilisant les termes « données personnelles », il fait clairement référence aux personnes physiques.³⁸

- **Les exceptions aux droits des marques**

La parodie constitue une exception au droit d'auteur, ainsi qu'il ressort de l'article L. 122-5 4° du Code de la Propriété Intellectuelle « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : (...) La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre* ».

Le droit des marques, pour sa part, ne prévoit aucune "exception de parodie". Cependant, dans une ordonnance de référé du 2 août 2002, le Tribunal de Grande Instance de Paris a reconnu le droit pour l'association Greenpeace de diffuser sur son site Internet des parodies et autres caricatures de la marque Areva. Le Tribunal a considéré que l'utilisation de la marque à des fins parodiques n'entraîne pas dans le cadre du droit des marques, et s'est attaché à la finalité même du droit des marques : protéger la marque contre son utilisation à des fins commerciales, pour désigner des produits ou services identiques ou similaires à la marque enregistrée.

Il s'agit ici d'un revirement de jurisprudence, qui condamnait jusque là toute parodie de marque sur internet sur le fondement de la contrefaçon. On peut donc penser que le même raisonnement s'applique sur les réseaux sociaux : si la page de la marque parodiée est clairement identifiable comme telle, alors elle ne peut être condamnée pour atteinte aux droits exclusifs de la marque.

³⁷ LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

³⁸ MARTIN BARITEAU (F) « Marques et réseaux sociaux : nouveaux enjeux, nouveaux risques » disponible sur www.univ-cezanne.fr

Le droit des marques sur les réseaux sociaux tend donc à s'adapter aux spécificités de ceux-ci. Mais l'on note également une nouvelle tendance, ce sont les marques des réseaux sociaux. En effet, les réseaux sociaux bénéficient aujourd'hui d'une telle popularité qu'ils ont vu se développer le besoin de développer leurs propres marques, et un contentieux en découle. Quels sont les enjeux pour ces nouvelles marques « réseaux sociaux » ?

B) Les marques déposées par les réseaux sociaux

Au-delà de l'utilisation des marques des tiers sur les réseaux sociaux et par les réseaux sociaux, il est nécessaire de mentionner que ceux-ci sont également titulaires de droits sur leurs marques. Ces marques, aujourd'hui célèbres, font donc l'objet de nombreuses utilisations.

1) L'utilisation détournée de la marque « Facebook » : l'affirmation de la renommée de la marque

Le 13 juin 2013 le Tribunal de Grande Instance de Paris rendait un arrêt relatif à l'action du réseau social Facebook, titulaire d'une marque communautaire, à l'encontre d'un réseau social dédié au libertinage intitulé « Fuckbook ».

Facebook considère en effet qu'une telle assimilation porte atteinte à sa marque et agit donc sur le fondement de l'article L 717-1 du Code de la Propriété Intellectuelle et sur l'article 9 paragraphe 1 du règlement communautaire n°207-2009. Facebook considère que cette utilisation porte atteinte à sa « marque renommée » et qu'il s'agit d'une contrefaçon. Afin de rendre sa décision, le Tribunal procède en deux étapes.

Le Tribunal s'intéresse d'abord à l'élément relatif à la « renommée » de la marque. Il nous est expliqué³⁹ que les juges, afin d'affirmer l'existence de celle-ci, devaient procéder en trois étapes en déterminant : sa renommée, l'existence d'un lien et d'un préjudice.

Concernant l'existence de la renommée de la marque, il est nécessaire de préciser que selon le règlement communautaire n°207/2009, une marque de renommée est une marque

³⁹ BASIRE (Y), « Réseaux sociaux, libertinage et marque renommée », Propriété Industrielle, octobre 2013, n°10

étant « connue d'une partie significative du public » concernée par les produits et services émanant de cette marque.

La notion de marque « renommée » est une notion de droit communautaire dont la spécificité s'établit en ce qu'elle bénéficie d'une protection renforcée de par leur notoriété au-delà de leur public habituel. Les marques renommées dérogent donc au principe de spécialité normalement appliqué au droit des marques. Ce principe de spécialité implique notamment que le titulaire de la marque dispose d'un droit exclusif sur les seuls produits ou services désignés par l'enregistrement de la marque. Il est d'ailleurs étonnant que la renommée d'une telle marque ait été contestée par les défendeurs⁴⁰. Facebook comptant en effet plus de 26 millions d'utilisateurs en France⁴¹ (dont 17 millions d'utilisateurs mobiles actifs). Il est également précisé au sein d'un sondage que 68% des français connaissent cette marque⁴².

Le lien, lui, est établi lorsque le public risque d'en établir un entre les deux marques. Ainsi, en l'espèce, il était légitime que les utilisateurs de Facebook croient que la marque « Fuckbook » était en fait un démembrement de la première. Selon l'arrêt « Intel » de la Cour de Justice de l'Union Européenne⁴³ en date du 27 novembre 2008, ce lien existe lorsque « *la marque postérieure évoque la marque antérieure renommée dans l'esprit du consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* ». Les juges considèrent également que ce lien ne pouvait pas être contesté en présence d'un mot ayant tant de similitude avec le premier. Il est également possible de penser que la marque « Fuckbook » s'inscrivait dans le sillage économique de la marque « Facebook » en utilisant sa renommée déjà affirmée, ainsi il aurait été possible d'argumenter sur le fondement du parasitisme en ce que le site dédié au libertinage tirait des avantages économiques grâce à la renommée de la marque du réseau social.

Pour terminer, afin de déterminer l'élément fautif, les juges du fond devaient déterminer qu'une telle utilisation portait un préjudice à la marque du réseau social mondialement connu.

Les juges du fond considèrent en l'espèce que Facebook a subi une « dilution » du caractère distinctif de sa marque en ce que le public concerné ne pouvait se douter du fait qu'il s'agissait de deux entités distinctes. La dilution est également définie au sein de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne pré-cité en date du 27 novembre 2008 comme :

⁴⁰ MAURINO (L), « Chronique de jurisprudence de droit de la propriété intellectuelle », Gazette du Palais, 31 octobre 2013, n°301, P 17

⁴¹ BERGÉ (F), « Facebook : 17 millions d'utilisateurs mobiles actifs en France », www.01net.com, publié le 05 septembre 2013

⁴² BASIRE (Y), « Réseaux sociaux, libertinage et marque renommée », Propriété Industrielle, octobre 2013, n°10

⁴³ BASIRE (Y), « Réseaux sociaux, libertinage et marque renommée », Propriété Industrielle, octobre 2013, n°10

« la dispersion de l'identité de la marque et de son emprise sur le public »⁴⁴. Les juges considèrent enfin que le réseau social a été victime d'un ternissement de sa marque puisqu'en l'espèce, la sonorité et le concept de la marque étaient utilisés dans le but de promouvoir et représenter un site dédié au libertinage, finalité que le réseau social d'origine n'avait pas envisagée et à laquelle il ne souhaitait pas être identifié.

Dans un second temps, les juges du fond s'intéressent à la contrefaçon invoquée par « Facebook ». Le réseau social se fonde sur l'article L 717-1 du Code de la Propriété Intellectuelle relatif à la contrefaçon d'une marque communautaire.

Une marque communautaire est une marque enregistrée sur l'ensemble de l'Union Européenne et administrée par l'Office de l'Harmonisation sur le Marché Intérieur (OHMI).

Selon l'article 9 b) du règlement communautaire n°207-2009 en date du 26 février 2009, la marque communautaire confère à son titulaire un droit exclusif lui permettant d'interdire à tout tiers de faire usage dans la vie des affaires d'un signe « *pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque communautaire et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque communautaire et le signe, il existe un risque de confusion dans l'esprit du public; le risque de confusion comprend le risque d'association entre le signe et la marque* »⁴⁵. En l'espèce, le risque de confusion dans l'esprit du public était bien présent.

Les juges du fond utilisent également la méthode établie par l'arrêt « Intel » précédemment évoqué, en prenant notamment en compte la similitude des signes, la similitude des produits et services et l'intensité de la renommée⁴⁶. Le Tribunal conclut donc à l'existence d'une contrefaçon au sens de l'article L 717-1 du Code de la Propriété Intellectuelle et à l'atteinte à la renommée de la marque en condamnant la société « Fuckbook » à des dommages et intérêts d'un montant de 15 000 euros (contrairement aux 200 000 euros demandés par Facebook). Notons également que les juges du fond ordonnent le transfert du nom de domaine « fuckbook.net » et ses déclinaisons à Facebook, qui sera alors le seul à pouvoir les utiliser.

La marque Facebook fait donc partie des rares marques à détenir le statut de « marque renommée ». Ce réseau social mondial, utilisée par la majorité des pays du monde et ayant connu un essor considérable en 2009 est donc considéré comme étant assez connu pour

⁴⁴ BASIRE (Y), « Réseaux sociaux, libertinage et marque renommée », Propriété Industrielle, octobre 2013, n°10

⁴⁵« Règlement (CE) n°207/2009 du Conseil du 27 février 2009 sur la marque communautaire », Journal Officiel de l'Union Européenne

⁴⁶ MAURINO (L), « Chronique de jurisprudence de droit de la propriété intellectuelle », Gazette du Palais, 31 octobre 2013, n°301, P 17

pouvoir bénéficier d'une protection élargie, s'étendant au-delà des produits ou services qu'il propose.

Cette décision est cependant critiquée au regard de son aspect flou. Il lui est en effet reproché de « *flotter* ⁴⁷ *entre la protection des marques nationales renommées, fondée sur la responsabilité civile, et la protection spéciale des marques communautaires* », fondée, elle, sur la contrefaçon et répondant donc à un régime différent.

Il est également précisé par la doctrine qu'un site internet américain intitulé « fuckbook.org » n'a cependant pas été attaqué par la société Facebook contrairement au site « Fuckbook » qui lui avait réalisé un chiffre d'affaire de 22 000 euros pour sa première année et était en pleine croissance, selon son fondateur⁴⁸.

Outre cette affaire ayant fait grand bruit, d'autres utilisations détournées et non autorisées de la marque Facebook ont lieu dans le monde entier.

Pour exemple, le 13 novembre 2013, un site internet⁴⁹ relayait l'information selon laquelle un coiffeur marseillais avait utilisé la charte graphique de Facebook, allant jusqu'à nommer son salon « Facelook ». Cette utilisation et ce détournement non autorisés auraient donc pu faire l'objet d'une même condamnation que le site Fuckbook, qui lui n'utilisait même pas la charte graphique du célèbre réseau social.

D'autres détournements ont également eu lieu sans pour autant que leurs auteurs en aient été inquiétés. Cela a notamment été le cas d'un Fast Food allemand⁵⁰ nommé « FaceFood » en 2012, reprenant également entièrement la charte graphique du réseau social, mais également d'un glacier croate qui avait choisi de proposer à ses clients une glace « parfum Facebook⁵¹ », composé d'une glace à la vanille et d'un sirop bleu au goût de chewing-gum.

Ainsi, les détournements non autorisés s'avèrent nombreux dans le monde. De telles utilisations peuvent s'apparenter à de la concurrence déloyale, mais démontrent également l'étendue de la renommée de la marque Facebook.

⁴⁷ MAURINO (L), « Chronique de jurisprudence de droit de la propriété intellectuelle », Gazette du Palais, 31 octobre 2013, n°301, P 17

⁴⁸ ANONYME, « Le site de rencontre Fuckbook, attaqué par Facebook, devra fermer », www.01net.com, publié le 12 juillet 2013

⁴⁹ ANONYME, « Facelook : un coiffeur marseillais détourne le logo Facebook », www.golem13.fr, publié le 13 novembre 2013

⁵⁰ ANONYME, « Un kebab « Facefood » en Allemagne », www.golem13.fr, publié le 31 août 2012

⁵¹ ANONYME, « Une crème glacée goût « Facebook » en Croatie », www.golem13.fr, publié le 4 septembre 2013

Au-delà du dépôt des propres marques des réseaux sociaux, le marché des produits dérivés de ces marques s'est rapidement développé.

2) La folie des produits dérivés des réseaux sociaux

L'extension de la popularité des réseaux sociaux a poussé à l'émergence d'un nouveau marché : celui des produits dérivés.

Un produit dérivé est un produit à l'effigie de la marque initiale mais n'ayant pas de rapport direct avec l'activité originelle de celle-ci. Il s'agit donc d'une stratégie marketing afin d'étendre la popularité de sa marque. Ces produits permettent ainsi de faire en sorte que nous soyons entourés de ces marques relatives aux réseaux sociaux.

Afin de s'étendre, les réseaux sociaux n'ont pas manqué d'imagination. Tout d'abord, le célèbre réseau social Facebook dispose de sa propre boutique de produits dérivés sur le campus de Menlo Park en Californie. Le réseau social et son fondateur ont bien compris l'importance d'une telle expansion. En effet, au-delà des services proposés par Facebook, le réseau social nous permet également de nous entourer de nombreux produits à son effigie. Cette stratégie permet aux utilisateurs de vivre, dormir, manger... Facebook !

En effet, avec des produits allant du mug aux serviettes, des coussins aux bijoux, il nous est aujourd'hui possible d'entourer notre quotidien de produits dédiés à Facebook.

Aussi, le 2 septembre 2013, Facebook lançait son premier vernis intitulé « Social Butterfly Blue »⁵² aussi bleu que la charte graphique si connue du réseau social. Cette couleur est si connotée que Facebook s'est alors dispensé de toute communication relative à ce nouveau produit. Il est de nouveau possible de faire référence à la notion de « renommée » de la marque précédemment évoquée. En effet, le bleu de Facebook est tellement connu et référencé qu'il ne peut faire penser à autre chose. De plus, le fait que Facebook n'ait pas pris la peine de mentionner qu'il s'agissait de sa création montre qu'il est certain qu'il sera reconnaissable malgré ce silence.

Les autres réseaux sociaux ne sont cependant pas en reste face au développement de cette tendance. En effet, Twitter s'est également affirmé en s'associant à la célèbre marque de chaussures « Nike » pour la création d'un modèle à l'effigie de sa marque. L'esthétique de

⁵² PLENTEFEVE (A), « Facebook, Twitter, Instagram... La folie des produits dérivés », www.trendncom.com, publié le 14 septembre 2013

celles-ci est donc caractérisée par la couleur bleu ciel, largement identifiée comme étant celle de Twitter, et la présence du petit oiseau, logo emblématique du réseau social.

Il est également possible de constater que les réseaux sociaux ne manquent pas d'imagination quand il s'agit d'étonner leurs utilisateurs. En effet, ceux-ci ont créé des objets permettant à des êtres ou objets de s'exprimer⁵³. Ainsi, Twitter a notamment créé un collier pour chien permettant à celui-ci de tweeter en fonction de l'intonation de l'aboiement. Le réseau social passe donc au-delà des frontières de la nature et traduit ce qu'un animal pourrait vouloir exprimer. Le réseau social s'est également illustré à travers la création d'une petite plante à installer aux côtés d'une vraie, tweetant lorsque la vraie plante a soif. Au-delà de l'aspect ludique de ces produits, il est possible de se demander jusqu'où iront les réseaux sociaux dans leur rêve d'accompagner les consommateurs au quotidien.

Enfin, certains produits sont également créés à l'effigie des marques des réseaux sociaux, sans que ceux-ci n'en soient pour autant à l'origine. Quelle est donc la conséquence juridique de tels agissements ?

Les fondements pouvant être en l'espèce invoqués sont ceux relatifs à la concurrence déloyale et au parasitisme. Ainsi, un réseau social pourrait agir sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil au motif que les produits litigieux s'inscrivent dans le sillage économique de la marque et en tirent donc des profits. Ces conflits s'avèrent cependant rares car les réseaux sociaux s'assurent d'avoir conclu des accords avec quiconque souhaiterait exploiter leur marque.

Facebook s'est également allié à d'autres marques afin d'étendre son empire.

a) La stratégie de Facebook : l'alliance à d'autres marques

Afin d'étendre sa renommée et son poids économique, Facebook a décidé de s'allier à d'autres marques dans le but de faire partie de leur évolution.

Le 23 novembre 2011, la marque Kia, constructeur automobile sud-coréen, lançait sa première campagne de publicité en partenariat avec Facebook. Le slogan de cette campagne

⁵³ PLENTEFEVE (A), « Facebook, Twitter, Instagram... La folie des produits dérivés », www.trendncom.com, publié le 14 septembre 2013

était « *Kia, inspirée par vos « j'aime »* ». La marque souhaitant garder une image jeune, dynamique et moderne a donc trouvé logique de s'allier au premier réseau social mondialement utilisé par le jeune public. Facebook avait pour mission de diffuser les encarts publicitaires mais également d'impliquer les internautes dans la création de ce projet.⁵⁴

Le réseau social offrait donc à la marque Kia, la possibilité de communiquer et de prendre en compte l'avis des internautes dans la construction de nouveaux modèles de voitures. Ainsi, Facebook intervient ici comme un véritable média permettant à d'autres marques d'interagir avec leur public.

Aussi, en 2010, le géant du e-commerce Amazon s'alliait à Facebook dans le but de développer et de modifier le rapport des internautes au commerce en ligne. Cette alliance permettait notamment de se connecter à Amazon via Facebook et de suggérer l'achat de certains produits culturels à des amis de notre réseau⁵⁵. Cela permettait également à Amazon de proposer des cadeaux d'anniversaire appropriés à nos « amis » Facebook en fonction de leur date de naissance et des préférences qu'ils auraient évoquées sur le réseau social. Cependant, ce partenariat reste peu utilisé et manque de visibilité et d'effectivité.

Enfin, en octobre 2013, la régie publicitaire de Google décidait de s'allier à celle de Facebook. Les deux géants du net vont donc collaborer dans le domaine de la publicité en ligne. Cela permettra notamment aux clients de Google d'acheter de la publicité sur Facebook⁵⁶. Ainsi, au-delà d'être le premier réseau social mondial, Facebook s'affirme donc comme un partenaire de renommée et permettant à d'autres géants d'accéder à une clientèle plus fournie et diversifiée.

Les réseaux sociaux ont donc saisi l'importance du développement de la protection de leur propre marque. Il est cependant possible que ceux-ci ne soient plus victimes, mais auteurs de contrefaçon.

⁵⁴ ANONYME, « *Kia, inspiré par vos « j'aime »* », www.abcmoteur.fr, publié le 29 novembre 2011

⁵⁵ GUILLAUD (H), « *Quand Amazon s'associe à Facebook pour socialiser le commerce des produits culturels* », www.lafeuille.blog.lemonde.fr, publié le 19 avril 2011

⁵⁶ MILBÉO (E), « *Les deux géants Google et Facebook s'allient dans la pub !* », www.journaldunet.com, publié le 22 octobre 2013

b) Facebook accusé de contrefaçon

Le 3 février Facebook publiait son nouvel agrégateur d'actualité intitulé « Paper ». Or cet agrégateur a une dénomination identique à celle d'une application de dessin⁵⁷ pour Ipad créée par la société « Fifty Three » basée à New York et Seattle et existant depuis deux ans. Il est important de noter que Paper est une marque déposée aux USA et dans d'autres pays. Le créateur de l'application originelle accuse donc Facebook de contrefaçon de marque et est actuellement en communication avec Mark Zuckerberg. Le créateur de l'application souhaite privilégier un règlement de ce litige à l'amiable en demandant notamment à Facebook de trouver une autre appellation à son agrégateur.

Ainsi, les réseaux sociaux s'affirment aujourd'hui en tant que réelle marque, vitrine de qualité et de modernité pour des géants de l'internet désireux de toucher un public plus large. L'importance et la renommée de certaines de ces marques permettent aux réseaux sociaux de s'allier à d'autres marques afin d'étendre encore plus leur popularité et de prouver qu'ils ne sont pas seulement des réseaux sociaux. Nous vivons donc entourés par les réseaux sociaux, que ce soit par leurs produits dérivés ou par les nombreuses alliances qu'ils ont établies avec des marques.

Il nous est donc possible de nous demander jusqu'où les marques des réseaux sociaux iront pour étendre leur popularité et leur puissance tout en protégeant juridiquement leurs intérêts, s'avérant aujourd'hui, mondiaux ?

⁵⁷ KALLENBORN (G), « Facebook publie son appli Paper... et se retrouve accusé de contrefaçon », www.01net.com, publié le 03 février 2014

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIALISÉS

Ouvrages généraux

- LUCAS (A.), LUCAS (H.-J.), LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4ème édition, 2012.
- DEBBASCH (C.), ISAR (H.), AGOSTINELLI (X.), *Droit de la communication, Audiovisuel, Presse, Internet*, Dalloz, 1ère édition, 2002.

Ouvrages spécialisés

- ANDRÉ (L) « Le droit des marques à l’heure d’internet », p.140, Collection Gualino, Lextenso éditions
- DERIEUX (E.), GRANCHET (A.), *Réseaux sociaux en ligne. Aspects juridiques et déontologiques*, Lamy, 2013.
- MANARA (C.), *Réseaux sociaux, 101 questions juridiques*, Diateino, 2013.

II – ARTICLES, CONTRIBUTIONS, INTERVENTIONS

- ANONYME « Comment les marques vous espionnent sur les réseaux sociaux », www.nouvelobs.fr, publié le 27/09/2013
- ANONYME « Réseaux sociaux : l’abus des usernames », www.svp.com, publié le 10/10/2011
- CANTREAU (A) « Réseaux sociaux et marques : prévenir les conflits », www.alain-bensoussan.com, publié le 14 avril 2011
- Interview de Maître COUSIN, avocat à la cour, qui anime la formation Tendances juridiques des réseaux sociaux, www.comundi.fr
- MARTIN BARITEAU (F) « Marques et réseaux sociaux : nouveaux enjeux, nouveaux risques » disponible sur www.univ-cezanne.fr

III – TEXTES LEGAUX

- LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

IV – NOTES, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

- CJUE, 23/3/2010, affaires C-236/08 à C-238/08
- Cour d'Appel de Paris le 12 mars 2010 n°RG : 08-15025
- TGI de Paris 3ème chambre, 4ème section Jugement du 28 novembre 2013 Laurence C. / Telfrance Serie, Facebook France
- TGI Strasbourg 20 Juillet 2007, Atrya c/Google France et autres

V – SITES INTERNET

- CAVAZZA (F.), « De l'intérêt des boutons de partage », *Médias Sociaux*, www.me-diassociaux.fr, publié le 15/11/12, consulté le 15/02/14
- PENICHON (M.), « Propriété intellectuelle et information : quand la loi épingle les réseaux sociaux », *L'Argus de la Presse*, www.culture-rp.com, publié le 4/06/12, consulté le 18/01/14
- PALEY (S.) « 4CHAN vs Tumblr : la guerre a bien eu lieu », *OWNI*, www.owni.fr, publié le 15/11/10
- GALLOT-LE-LORIET (M.A.), « Le droit d'auteur protège les CV et les lettres de motivation », *L'Usine Nouvelle*, N° 2998, publié le 23/02/06, consulté le 18/01/14
- CAHEN (M.), « Les réseaux sociaux de photos et le droit d'auteur », *Journal du Net*, www.journaldunet.com, publié le 4/06/12
- MANENTI (B.), « Instagram : des utilisateurs fuient après le rachat par Facebook », *Le Nouvel Observateur – Obsession*, www.nouvelobs.com, publié le 10/04/12
- GEVAUDAN (C.), « Pinterest : un coup d'épingle dans le droit d'auteur », *Libération*, www.liberation.fr, publié le 26/03/12

VI – STATISTIQUES

- 3eme édition de l'étude Social Media Attitude réalisée par l'Atelier réseaux sociaux du SNCD

Table des matières

I) Les réseaux sociaux : nouveaux défis pour le droit d’auteur....	6
A) Notion de publication et réseaux sociaux	7
1) Réseaux sociaux, hyperliens et mise en jeu des droits exclusifs de l’auteur	9
2) Nature hybride des réseaux sociaux et exceptions légales au droit exclusif de l’auteur	15
B) L’inefficience des protections proposées par les réseaux sociaux	21
1) Des nouvelles pratiques posant la question du droit d’auteur	21
<i>a) Les boutons de partage sur les sites, une incitation à la contrefaçon ?</i>	<i>21</i>
<i>b) La notion d’œuvre de l’esprit étendue ?</i>	<i>23</i>
2) Les moyens mis en œuvre par les réseaux sociaux, reflet d’une certaine hypocrisie de la part de ces acteurs	30
<i>a) Les blocages proposés par les réseaux sociaux</i>	<i>30</i>
<i>b) Le signalement possible sur la plupart des réseaux sociaux par un bouton dédié.....</i>	<i>32</i>
II) Les réseaux sociaux : un phénomène préjudiciable pour les marques	35
A) La multiplication des atteintes au droit des marques sur les réseaux sociaux	35
1) Les réseaux sociaux : un nouvel enjeu pour les marques	35
2) Les atteintes aux droits des marques sur les réseaux sociaux	38
B) Les marques déposées par les réseaux sociaux	44
1) L’utilisation détournée de la marque « Facebook » : l’affirmation de la renommée de la marque	44
2) La folie des produits dérivés des réseaux sociaux	48
<i>a) La stratégie de Facebook : l’alliance à d’autres marques.....</i>	<i>49</i>
<i>b) Facebook accusé de contrefaçon</i>	<i>51</i>