

Cédric Manara  
Professeur de droit, Ecole De Hautes Etudes Commerciales  
Chef de la rubrique Droit du commerce électronique, Dalloz  
Arbitre, Arbitration Center for Internet Disputes  
Chargé d'enseignement à l'Université de Paris II

Linnankatu 21 (A 27)  
20100 TURKU  
FINLANDE

cedric.manara@gmail.com  
| www.cedricmanara.com |

---

## **REMARQUES SUR LE PROJET DE DECRET**

### **relatif à l'attribution et à la gestion de noms de domaine de l'internet**

Les présentes remarques sont faites à titre informel et dans l'intérêt général, et ne sauraient être reçues comme une étude extensive et approfondie du projet de décret. Elles visent à attirer l'attention sur des points critiques saillants du projet de décret relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine français. Elles seront faites de manière linéaire.

#### **1. Article R. 20-44-36 (définition de l'intérêt légitime)**

Cet article indique les cas dans lesquels existe l'intérêt légitime prévu aux L. 45 2° et L. 45 3° du CPCE. Les cas dans lesquels il peut exister un intérêt légitime pouvant difficilement être résumés à trois situations, il serait préférable que le texte indique que la liste qu'il établit n'est *pas exhaustive* (comp. Art. 21.2 du Règlement CE du 28 avril 2004 relatif aux noms de domaine en .eu qui prévoit que « l'existence d'un intérêt légitime *peut* être démontrée etc. »). Cela paraît d'autant plus nécessaire que ce texte emploie la formule « *est réputée établie* », qui *a contrario* pourrait être comprise comme « n'est réputée établie que » dans les trois cas prévus par l'article.

En l'état, le texte vise principalement la démonstration de l'intérêt légitime lors du renouvellement plutôt que lors de l'enregistrement, en ce qu'il tient compte de l'usage positif passé du nom de domaine. En cela, le texte exclut donc par définition la possibilité de faire valoir un intérêt légitime sur un nom de domaine que l'on souhaite enregistrer, mais sans pouvoir encore faire valoir un droit sur lui : c'est l'hypothèse – fréquente – de la demande d'enregistrement de nom en amont d'un projet commercial qui en est encore à son stade initial, pour la protection de l'identité duquel l'entreprise procède à titre conservatoire aux dépôts de marques et noms de domaine. Dans une telle hypothèse, l'entreprise candidate à l'obtention d'un nom de domaine ne pourra faire valoir d'intérêt légitime. Ainsi d'une société pharmaceutique qui développe un médicament qui ne sera commercialisé que dans plusieurs années, mais en sécurise la dénomination dès le stade des recherches en laboratoire. De même d'un groupe de musique qui souhaite conserver la confidentialité du nom de son prochain album mais qui a besoin de le protéger contre tout enregistrement par des tiers.

- ⇒ L'intérêt légitime paraît bien trop circonscrit par rapport aux usages multiples et stratégiques des noms de domaine constatés en pratique.

#### **2. Article R. 20-44-37 (Définition de la mauvaise foi)**

Il paraît en soi inopportun de définir la mauvaise foi. Il est en effet fait référence à celle-ci dans le cas d'un enregistrement, autrement dit d'un contrat. La matière contractuelle est régie par le code civil. Or le code civil vise en plusieurs endroits la « bonne foi » ou la « mauvaise foi » *sans jamais la définir*. La seule hypothèse dans laquelle le code civil est plus spécifique, c'est quand il énonce que « *La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* » (art. 2274).

- ⇒ Dès lors que l'acte réglementaire projeté définit la mauvaise foi là où la loi ne l'a pas fait, il est possible de se demander si le pouvoir exécutif ne va pas au-delà de ses compétences.

Le fait de réputer de manière automatique certains enregistrements comme étant faits de mauvaise foi va à l'encontre de la possibilité pour le titulaire de nom de domaine d'apporter la preuve de sa bonne foi, en application de l'article 1315 du code civil. En application de ce dernier texte, supérieur au décret, c'est à celui qui allègue la violation d'un droit de le prouver, pas au titulaire de nom d'avoir à apporter la preuve contraire par le seul effet mécanique de sa mise en cause.

- ⇒ L'article a pour effet d'opérer, en matière de noms de domaine, un renversement de la charge de la preuve contraire aux règles procédurales.

#### *Premier tiret*

La première définition proposée de la mauvaise foi a pour conséquence de porter un coup d'arrêt aux activités des investisseurs en noms de domaine – activité que l'office d'enregistrement désigné reconnaît pourtant, y ayant dédié une étude et la mentionnant expressément dans ses derniers rapports annuels). Cette activité est par ailleurs consacrée dans d'autres pays : USA, Allemagne (où elle a même donné lieu à une affaire portée devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans laquelle la légalité de l'activité consistant à détenir « *several thousand internet domain names which had been registered by the competent registration authority* » n'a fait l'objet d'aucune critique, et a même été à l'origine d'une décision très importante protégeant les noms de domaine : Paeffgen GmbH c. Allemagne, 18 sept. 2007), et Belgique à propos de sociétés ayant enregistré des milliers de noms de domaine en .eu : la juridiction belge a fait application du règlement CE du 28 avril 2004, avec lequel le présent projet de décret a une très claire filiation (les dispositions de son art. R. 20-44-37 sont extrêmement proches de l'article 21.3 du texte communautaire), en faveur de ces investisseurs (Tribunal de première instance de Bruxelles (cessation), 27 sept. 2006, n° 06/1255/C).

Par ailleurs, cette disposition (comme d'autres prévisions de cet article, contenues aux deuxième et quatrième tirets) s'exprime au présent, ce qui a pour effet d'exclure tout argument relatif à l'antériorité d'un nom de domaine sur un « *nom sur lequel un droit est reconnu* ». En d'autres termes, il n'empêche pas en théorie que A enregistre le nom XXX.fr, que B dépose ensuite une marque XXX, puis que cette société parvienne, sur le fondement de ce texte, à soutenir que A est de mauvaise foi au sens de ce texte.

- ⇒ Le premier tiret de ce texte met en péril, à la fois par sa généralité et par l'absence de garde-fou, une activité légale consistant à investir dans des noms de domaine.

#### *Deuxième tiret*

Par la référence à tout « *organisme public* », le décret va plus loin que l'article L. 45-2 qui évoque la République française, les collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales, les institutions ou services publics nationaux ou locaux, ensemble certes large, mais pas aussi large que celui des « *organismes publics* » (comp. Art. 21.3 b) du Règlement CE du 28 avril 2004 sur les noms de domaine en .eu, qui pose trois réserves après un libellé dont s'inspire le présent texte).

- ⇒ Le deuxième tiret de ce texte va au-delà des prévisions légales, et en cela restreint les libertés d'entreprendre et d'expression sauvegardées par la loi.

#### *Cinquième tiret*

L'enregistrement est réputé de mauvaise foi quand le nom de domaine enregistré correspond à un nom de personne physique. Il existe en France plus d'1.300.000 noms de famille. Mentionner ce chiffre suffit à montrer l'impasse juridique à laquelle conduit ce tiret.

Prenons l'exemple du signe SCHWARTZ. Dans une affaire « schwartz.fr », l'AFNIC a jugé dans une décision PREDEC FR00020 que l'enregistrement par un tiers de ce nom ne permettait pas de démontrer la mauvaise foi de ce dernier.

Cette disposition aurait aussi pour effet d'empêcher la pratique actuelle des Conseils en Propriété Industrielle ou Avocats qui enregistrent des noms pour le compte de leurs clients. Ces clients préservent ainsi la confidentialité d'un projet, ou confient la gestion de leur patrimoine immatériel à leur conseil. Dans l'incapacité de démontrer, comme le prévoit ce tiret, un lien entre le nom enregistré et son titulaire, les Conseils Juridiques et leurs clients devraient renoncer à cette pratique pourtant utile.

- ⇒ Le cinquième tiret emporte des conséquences pratiques difficilement surmontables.

### **3. Article R. 20-44-40 (donnés d'identification)**

Il est singulier d'exiger des personnes physiques leur date et lieu de naissance. A quoi cela sert-il ?

Il n'y a pas d'équivalent dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, qui n'oblige pas les intermédiaires techniques visés en son article 6 de conserver de telles données. Il est probable que la CNIL estime qu'une telle obligation va au-delà de ce qui est nécessaire et proportionné. Par ailleurs, l'acte d'enregistrement d'un nom de domaine est un acte d'administration et non de disposition, en conséquence il n'est pas interdit aux mineurs d'être titulaire d'un nom de domaine. En outre, poser l'exigence d'un numéro de téléphone valide va à rebours de la décision de la CJCE du 16 octobre 2008, *Deutsche Internet Versicherung* (JO C, n° 313, 6 déc. 2008, p. 7).

⇒ Cette disposition mériterait d'être allégée au minimum de ses deuxième et cinquième tirets.

#### **4. Article R. 20-44-42 (définition de l'intérêt à agir)**

Le terme « *demandeur* » qu'utilise cet article est susceptible de prêter à confusion, car elle vise ici le demandeur dans une action en justice, alors que les articles L. 45 et suivants utilisent quant à eux « *demandeur* » pour renvoyer au candidat à l'obtention d'un nom.

Sur le strict plan juridique, il n'existe pas de droit sur un nom commercial, une raison sociale ou une enseigne. Ces signes distinctifs sont défendus au moyen de l'action en concurrence déloyale, mais ne font pas l'objet de droits privatifs (il s'agit par ailleurs de signes à portée géographique limitée, qui ici bénéficieraient mécaniquement d'une protection hors de la zone de chalandise du commerçant qui les utilise).

⇒ Les deuxième et troisième tirets renvoient à un « *droit* » qui n'existe pas dans le droit commercial.

Cet article est pris pour la mise en œuvre de l'article L. 45-2. Or l'article L. 45-2 vise en premier lieu les cas d'atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. En conditionnant l'intérêt à agir à la détention préalable d'un droit, cette disposition décrétole a pour effet de neutraliser l'article L. 45-2 1°.

Turku, 14 avril 2011