

Luxe et parasitisme sur Internet
Etude pour la revue Propriété Industrielle

Olivier Bomsel

28 février 2012



Chaire ParisTech d'Economie des Médias et des Marques

Cerna, MINES ParisTech

Tél. : 33 (1) 40 51 90 36

bomsel@mines-paristech.fr

Chapeau

L'industrie du luxe est caractérisée par l'importance des fonctions sémantiques et économiques de ses marques. Cet article analyse, avec les outils de l'économie industrielle, la manière dont la numérisation de l'information et des transactions crée de nouvelles formes de parasitisme autour des marques de luxe. Identifiant la désintégration verticale comme une source majeure de parasitisme, il plaide pour une meilleure internalisation de l'application du droit des marques par l'ensemble des acteurs de la chaîne numérique.

Objet : Regarde riche sans en payer le prix

Un homme est souvent jugé par les garde-temps, il porte — ce qui est le vôtre?

<http://mockurl.com/?ef5b66>

1. Tel est le contenu d'un e-mail tombé dans ma boîte électronique, et dont le lien renvoie à un site hébergé en Russie proposant des centaines de « répliques » de montres, bijoux, sac à mains et accessoires de luxe.
2. La syntaxe du texte indique l'usage de traducteurs automatiques tels qu'en propose Google, qui permettent au site marchand d'envoyer à coût nul dans le monde entier un lien *html* accompagné d'un slogan intelligible dans la langue nationale. La vertu sémantique de cette pseudo-translation est qu'elle révèle, mieux qu'une communication publicitaire policée, l'intention économique de la contrefaçon. Le consommateur se voit proposer d'utiliser la signification sociale du luxe sans en payer le prix. Et de le faire à travers l'usage d'une montre, un objet qui attire le regard et le jugement.
3. Le commerce en ligne permet, grâce au lien *html*, d'envoyer une offre commerciale à tous les habitants du globe, tandis que la chaîne logistique joignant le site marchand au réseau de contrefacteurs, de même que celle qui expédiera le colis vers son destinataire, demeure largement opaque.
4. Cet article analyse, avec les outils de l'économie industrielle, la manière dont la numérisation de l'information et des transactions crée de nouvelles formes de parasitisme autour du droit des marques. Puis, par quels moyens économiques et institutionnels envisager de les contenir. Le choix de l'industrie du luxe est lié à l'importance des fonctions sémantiques et économiques de ses marques, et à l'ampleur du parasitisme auquel celles-ci donnent lieu.
5. Le texte précise d'abord les caractéristiques économiques de l'industrie du luxe et la fonction de ses investissements de signalisation. Il montre ensuite comment le droit des marques permet l'internalisation économique de ces investissements. Puis, il analyse les causes et les effets économiques du parasitisme, et leur multiplication due à la numérisation. Enfin, il examine les conditions d'une meilleure internalisation de l'application du droit des marques par l'ensemble des acteurs de la filière numérique.

Caractéristiques économiques du luxe

L'industrie du luxe

6. La caractéristique économique du luxe est que, n'étant pas formellement nécessaire, son

- choix relève d'un arbitraire du consommateur. Cet arbitraire a une dimension individuelle et sociale.
7. L'arbitraire individuel est la préférence hédoniste pour les caractéristiques qualitatives et esthétiques du produit. Le choix social est l'assomption par le consommateur de la signification de *son* luxe aux yeux de la collectivité. Cette signification est souvent rapportée à un *statut* social. Néanmoins, le *statut* n'a rien de constant ni d'automatique¹ : il dépend du contexte de la consommation — qui consomme, où, comment, avec quels autres produits, etc. Dans cette fonction de statut, de positionnement ou de signification sociale, les biens de luxe sont aussi des médias : des moyens de communication de l'individu vers la société.
 8. L'industrie du luxe obéit donc à une double logique : i) élaborer des biens ou des services dont l'utilité hédoniste s'appuie sur une différenciation verticale², i.e. sur une performance qualitative et/ou esthétique attestée; ii) construire autour de cette différenciation une signification sociale, un moyen de communication du consommateur vers la société.
 9. Ces deux dimensions combinées structurent l'organisation industrielle du secteur. Une seule d'entre elles ne suffit pas à créer le luxe : un produit premium de haute qualité, un accessoire de mode à forte connotation, ne font pas *a priori* partie du domaine du luxe³. La caractéristique du luxe porte donc sur la capacité des firmes à concevoir et à distribuer des biens ou des services à forte différenciation verticale qui soient également porteurs de significations.

L'expérience du luxe

10. Les *produits* de l'industrie du luxe sont des biens d'expérience, laquelle est à la fois individuelle et sociale. Les performances qualitatives des produits — matière, résistance, précision, solidité, vieillissement —, de même que certaines propriétés esthétiques — odeur, goût, charme — ne sont souvent perçues qu'à l'usage. La différenciation verticale qui caractérise le luxe doit donc faire l'objet d'une signalisation.
11. De plus, l'effet de communication associé à l'expérience sociale de la consommation ne s'apprécie qu'avec celle-ci. La signification sociale du luxe est d'autant plus perceptible que celui-ci est identifié, référé à des expériences, des codes ou des valeurs reconnus

¹ Contrairement aux hypothèses d'une sociologie « *classiste* » fondée sur l'existence d'une hiérarchie sociale figée. On pense notamment à *La Distinction*, telle que la décrit Pierre Bourdieu, pour qui la consommation est tirée par l'imitation des classes sociales supérieures. Ed Minit, Paris, 1979.

² La différenciation verticale, basée sur des critères « objectifs » de qualité, s'oppose à la différenciation horizontale qui traduit des variations sans effets sur les performances : couleur, taille d'un vêtement, etc.

³ Thèse développée par Vincent Bastien et Jean-Noël Kapferer dans *Luxe oblige*, Eyrolles, 2008, pages 53-62.

par la société. Cette signification s'obtient par des connotations, des rapprochements contextuels porteurs d'un choix de références : l'univers d'un parfum s'incarnera tantôt dans le glamour d'une actrice de cinéma, tantôt dans la liberté d'un cheval évoquant les codes équestres de son éditeur, etc.

12. Le mythe de l'expérience, sa sédimentation temporelle parfois référée à la *culture*, sous-tend la signification sociale du produit et fait partie de l'expérience elle-même. Dans notre exemple séminal, c'est bien parce que la montre est un « *garde-temps* » porteur de siècles de tradition horlogère, que l'art de sa conception repose sur la combinaison de formes, de matières, de *complications* mécaniques, qu'elle justifie un fort consentement-à-payer pour l'adoption et la communication de ces valeurs.
13. Au plan économique, la dimension sociale de la consommation induit des variations de demande non linéaire en fonction du prix⁴ : effets de mode, de snobisme, d'ostentation. Un effet de mode ou de réseau traduit une utilité croissante avec le nombre de consommateurs. Le snobisme désigne l'effet inverse. Quant à l'ostentation ou effet Veblen, elle fait du prix élevé un vecteur d'utilité : c'est le « *Regarde riche* »⁵ de l'e-mail sur les montres. L'originalité du luxe est que ces trois effets peuvent se combiner dans la consommation d'un produit. Un modèle ancien devenu rare engendra un snobisme après avoir été à la mode. Un modèle de haute-couture — effet snob ou Veblen — établira les codes d'articles de prêt-à-porter générateurs d'effets de réseau. Or, ces effets économiques ne sont pas naturels. Ils se construisent avec la conception du produit et la communication de la firme. Et s'éprouvent dans l'expérience de la consommation.

Investissements de communication

14. L'expérience du luxe induit une forte sélection adverse : le consommateur doit être informé de la nature ainsi que de l'utilité individuelle et sociale de l'expérience proposée. L'information porte à la fois sur l'ampleur de la différenciation verticale — l'effort de qualité au delà du nécessaire, justiciable du *luxe* — et la signification sociale de cette différenciation.
15. Ainsi donc, l'existence, la nature, la caution, le contexte, l'accessibilité, l'utilité individuelle et sociale de l'expérience du luxe requiert une signalisation. Cette signalisation porte bien entendu sur la qualité, mais aussi sur le sens — le *luxe*, sa représentation, son imaginaire, ses codes, ses valeurs esthétiques — véhiculé par le bien ou le service.

⁴ Ce phénomène est théorisé par Harvey Leibenstein dès 1950 : “Bandwagon, Snob, and Veblen effects in the Theory of Consumers' Demand”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 64, No. 2, May 1950.

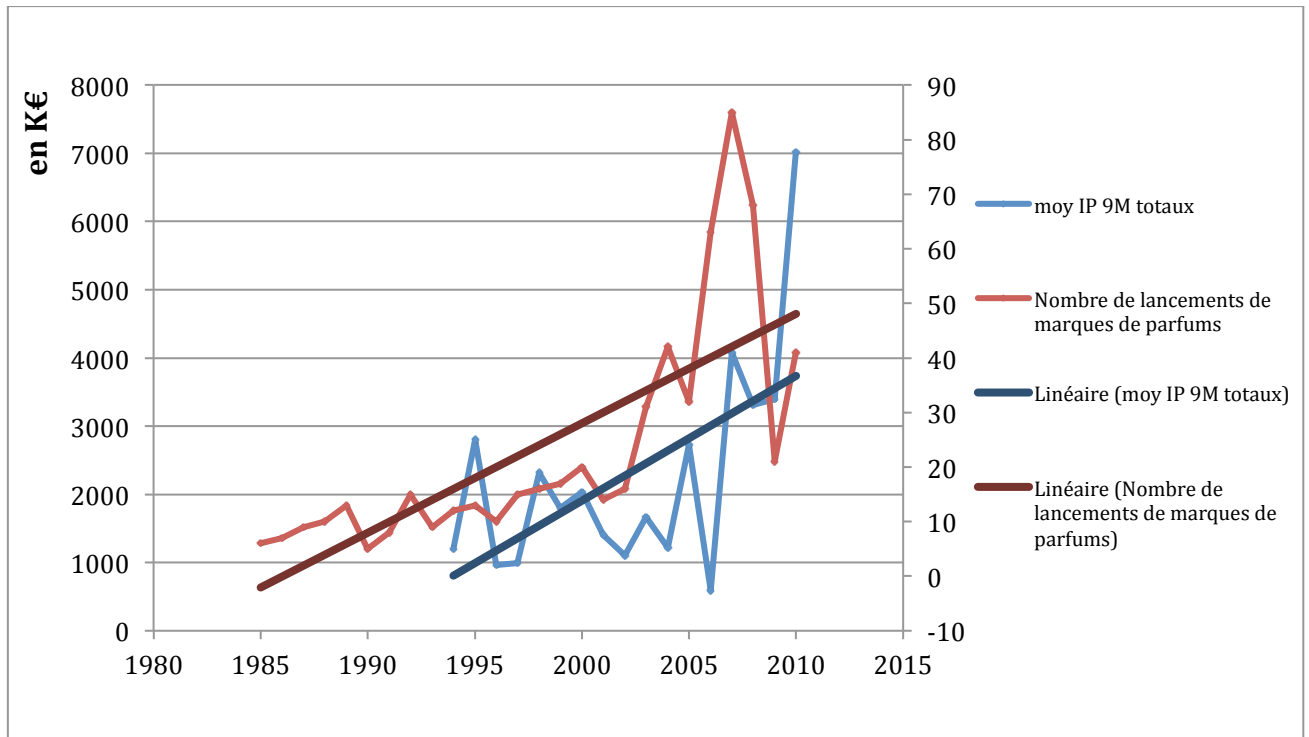
⁵ Comprendre : « Paraissez riche ».

16. Pour le luxe plus que dans tout autre domaine, la publicité est un bien complémentaire du produit nu⁶. Au delà du signal de qualité, elle ajoute une communication fictionnelle, elle superpose un média. La publicité fait partie de l'utilité du produit attendue par le consommateur.
17. La communication sur le luxe a pour fonction d'initier et d'entretenir la circulation de messages sur la nature, la nouveauté, l'utilité individuelle et sociale des expériences proposées. En conséquence, les investissements de communication sont un composant essentiel de l'industrie. Ils visent d'abord à signaler et cautionner les expériences proposées au consommateur. Mais aussi à permettre à celui ayant fait le choix d'un luxe, de le communiquer vers la société.
18. Le suivi des investissements de communication des parfums en France entre 1985 et 2010 illustre ce phénomène. On recense au cours de cette période 598 lancements de noms de parfums. Ces noms sont par essence métaphoriques — un parfum complexe ne peut se décrire par un mot du lexique — et doivent pouvoir être identifiés par le client ou celui auquel il destine son achat, comme désignant une expérience spécifique. Le nom de l'éditeur — la marque du parfum — vient cautionner et connoter chaque nouvelle expérience mise sur le marché. Le nombre moyen de lancements annuels est passé de 10 dans les années 1980 à 40 depuis 2005⁷.
19. Le coût publicitaire moyen du lancement d'un parfum a suivi l'évolution du nombre de parfums simultanément mis en marché (Graphique 1) : entre 1 et 2 millions d'euros entre 1995 et 2005, puis jusqu'à 7 millions d'euros lorsqu'on atteint 40 lancements par an.
20. L'accroissement du nombre de marques éditrices s'accompagne d'une concentration des grands éditeurs de parfums au sein de firmes de l'industrie du luxe. Les grands éditeurs se distinguent des petits par le nombre de lancements et le montant des investissements publicitaires par produit (graphique 2).

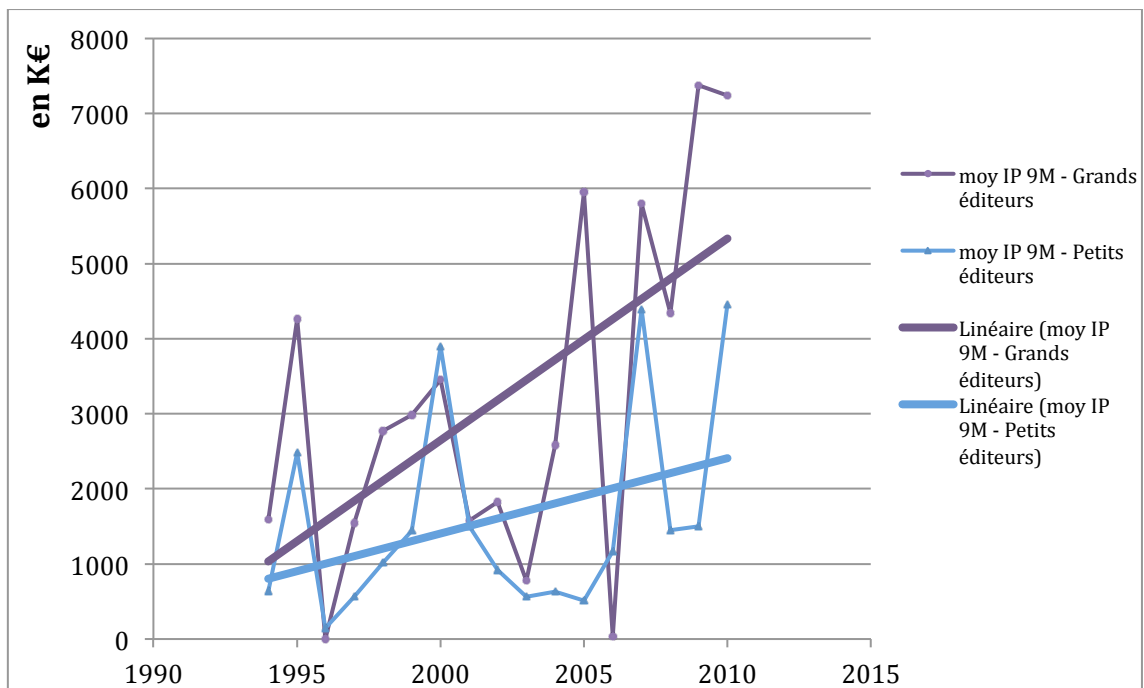
⁶ Gary Becker (Nobel 1992) et Kevin Murphy stipulent que la publicité n'a pas qu'une fonction de signalisation mais qu'elle concourt pleinement à l'utilité du bien. « A simple theory of advertising as good or bad », *The Quarterly Journal of Economics*. Novembre 1993. Cette proposition radicale, rarement reprise dans la littérature, s'oppose à la vision économique courante, transactionnelle et persuasive, de la publicité.

⁷ Etude en cours dans la Chaire ParisTech d'Economie des médias et des marques sur les « Coûts de création de marques de produits ». Recensement des marques établi par Publicis. Données Kantar Média.

Graphique 1 : Nombre de lancements de parfums en France et évolution des coûts publicitaires moyens à 9 mois, 1994-2010 (séries déflatées en base 1994, données KantarMedia).



Graphique 2 : Comparaison des coûts moyen de lancement d'un parfum à 9 mois entre petits et grands éditeurs (respectivement moins/plus de 10 lancements sur la période 1985-2010). Données KantarMedia.



21. Les investissements publicitaires sont un facteur critique de la concurrence entre entreprises du luxe, lesquelles mutualisent dépenses de communication et risques commerciaux en étendant leurs catalogues de références. Les marques éditrices sont sources d'économies d'échelle et de gamme favorisant la création et la mise en marché de nouvelles références. Ainsi donc, l'efficacité de l'internalisation des investissements par ces marques conditionne-t-elle l'organisation industrielle et la compétitivité de l'industrie du luxe. Il en va de même pour tous les secteurs industriels créateurs de biens d'expérience.

Fonction économique des marques de luxe

22. Les marques sont d'abord l'outil sémantique de la signalisation de la qualité. Identifiée à la firme, la marque cristallise l'effet de réputation, d'assurance-qualité pour le consommateur. Cette fonction est critique lorsque la sélection adverse est importante, ce qui est le cas des biens d'expérience.
23. La marque est également un signe, un témoin du choix du consommateur, utilisable par lui pour communiquer vers la société. Ce mécanisme de ré-usage affecte l'ensemble des produits dont la consommation induit une signification sociale. Il est essentiel pour le luxe dont le choix témoigne d'un engagement. De là l'importance de nourrir les marques par une communication dense accroissant leur pouvoir d'évocation.
24. Les marques de luxe sont d'autant plus appréciées que leur signification est intense, i.e. qu'elles cristallisent une forte densité — temporelle, numérique, esthétique — d'expériences. Une marque puissante incite la firme à la création, à la différenciation verticale et à l'usage de celles-ci par le consommateur pour signifier ses choix.⁸
25. En conférant à l'ayant droit l'exclusivité de l'usage économique d'un nom ou d'une expression, le droit des marques organise l'*internalisation* de la communication, c'est-à-dire l'économie des investissements immatériels complémentaires du produit nu⁹. Ce faisant, il internalise aussi les investissements sur la création et la qualité, lesquels ne sauraient être valorisés sans communication. Le droit des marques est donc aussi essentiel à l'industrie du luxe que les brevets à l'industrie pharmaceutique, ou le droit foncier à la construction. De sa définition et de l'efficacité de son application, dépend la rentabilité de l'ensemble des investissements engagés en amont de l'expérience du consommateur.

⁸ Landes, William M. and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Harvard University Press, Cambridge, Mass. (2003).

⁹ L'internalisation est l'affectation à des agents des bénéfices ou des coûts d'une action, qui sans elle, resterait extérieure au champ de l'économie.

Effets externes de l'usage des marques

26. Comme tous les outils de communication, les marques sont génératrices de forts effets externes, autrement dit d'effets affectant d'autres acteurs que ceux directement engagés dans les transactions sur la marque elle-même. Une part importante de ces effets est due à la fonction connotative des marques. Celle des marques de luxe est particulièrement puissante.
27. Un accessoire Dior est cautionné et *connoté* par la marque dont il véhicule une part des références. La *connotation* ajoute au sens de l'expérience et de sa prescription. C'est un élément de communication qui s'étend à l'ensemble du contexte environnant l'objet. Car, outre ses propriétés intrinsèques, un accessoire de luxe a pour fonction de rehausser le contexte de celui qui l'arbore. Il valorise alors la combinaison de biens complémentaires qui confèrent au luxe la signification que le consommateur entend lui donner.
28. Ainsi, par exemple, la collaboration de Karl Lagerfeld, directeur artistique de Chanel, avec la marque d'habillement *H&M* a connoté cette dernière d'une référence au luxe valorisable par ses consommateurs. Cet effet positif pour *H&M* a fait l'objet d'un contrat¹¹. Mais inversement, ce rapprochement incite le consommateur de *H&M* à arborer des accessoires Chanel sans risquer le ridicule ou l'incongruité. Ce second effet, *medié* par le nom de Lagerfeld, peut être mutuellement bénéfique aux deux firmes.
29. Ce type d'effets économiques, appelés externalités croisées, est une constante de l'économie des médias et des marques. Ces externalités sont souvent internalisées par des accords de connotation, dits de *co-branding* ou d'*endorsement*. Beaucoup d'entre elles concernent aussi la distribution, laquelle contribue à la contextualisation des expériences. Acheter Dior en face de Chanel n'a pas le même sens qu'en face d'une MDD de lessive ou d'adoucissant textile. De là des accords de distribution exclusive ou sélective engageant divers types de restrictions verticales.
30. La maîtrise de ces externalités croisées fait partie intégrante des savoir-faire du luxe dès lors que les industriels contrôlent l'usage économique de leurs marques. Néanmoins, et nous en venons au cœur de cet article, de plus en plus de situations adviennent où ce contrôle échappe. Dès lors, les externalités donnent lieu à du parasitisme, c'est-à-dire à des situations où la valeur économique des marques et des investissements qui y

¹⁰ Les termes de *parasitisme* ou de *resquille* sont la traduction française du *free-riding* qui désigne des comportements opportunistes, possiblement licites mais socialement préjudiciables ; le terme de *fraude* renvoie à une infraction spécifiée et sanctionnée par le droit.

¹¹ « Lagerfeld for H&M », 2004. Selon Lagerfeld, cette collaboration se serait arrêtée au motif qu'H&M n'aurait pas suffisamment édité et promu les produits conçus par le créateur. H&M aurait ainsi *parasité* Lagerfeld. Le « snobisme » d'H&M agace Karl Lagerfeld », L'Expansion.com - publié le 17/11/2004.

contribuent bénéficient à des tiers, au détriment des ayants droit.

Parasitisme du luxe

31. En économie, le terme de *parasitisme* désigne la capture d'effets externes par des tiers n'y ayant pas contribué. L'originalité du luxe est qu'il se prête au parasitisme tant sur les investissements en qualité, que sur ceux de communication. Les *répliques* de montres du site russe ne prétendent pas à la qualité des montres originales, mais offrir à ceux qui les portent les significations sociales de celles-ci. Or, ce marché n'existerait pas sans les investissements tant en qualité qu'en communication des fabricants originaux.
32. Un point remarquable est que les sites de *répliques* à l'image de notre exemple valorisent au maximum les externalités croisées entre marques de luxe en présentant, dans le même espace, le plus grand choix possible de marques contrefaites. Ils maximisent alors l'effet de parasitisme, i.e. la capture de la valeur de l'ensemble des marques agrégées.
33. Le parasitisme concerne au premier chef la fabrication d'objets contrefaits en infraction avec le droit des marques. Ces infractions se commettent n'importe où dans le monde et trouvent à s'abouter aux réseaux de distribution numériques. Elles prospèrent des vides juridiques de la régulation d'Internet.
34. Les restrictions verticales visent à limiter le parasitisme dans la distribution. Elles ne relèvent pas du droit des marques, mais d'exceptions consenties au droit de la concurrence suivant des « règles de raison ».¹² Ces exceptions doivent être reformulées à chaque fois qu'apparaît un nouveau mode de distribution.

Impact économique du parasitisme

35. S'il est admis que la contrefaçon de médicaments ou de pièces automobiles est nuisible au consommateur, l'impact économique du parasitisme du luxe fait l'objet de controverses. Ceci tient d'abord à ce que, par définition, le luxe n'étant pas nécessaire, son parasitage ne présente pas de danger évident. Mais le point principal est que le défaut de qualité peut convenir à certains consommateurs pour autant qu'ils accèdent à la signification du luxe. Ainsi donc, le consommateur peut avoir intérêt à parasiter les marques. Ce point est capital car il engendre des incitations spécifiques qui distinguent le parasitisme du luxe de celui dont les bénéficiaires ne sont que les intermédiaires commerciaux.
36. Certains soutiennent ainsi que la contrefaçon vise une clientèle alternative à celle de

¹² Voir P. Rey et J. Tirole: "The Logic of Vertical Restraints", 76, *American Economic Review*. (1986).

l'authentique, et qu'en faisant circuler les codes du luxe véritable, elle contribue indirectement à l'accroissement de son marché¹³. Autrement dit, qu'il existe une externalité positive à la circulation de contrefaçons.

37. C'est possible. On peut imaginer, au sein des communautés de consommateurs de faux, un effet de snobisme qui réorienterait certains d'entre eux vers le vrai. Néanmoins, cette externalité échappe à toute maîtrise des ayants droit et peut aussi bien s'inverser. Pour le consommateur loyal, le choix du luxe perd sa lisibilité : l'assomption d'un choix de haute qualité ne fait plus sens ; pire, il est source de malentendu. Le parasitisme dépossède alors la firme de la maîtrise de son produit : il lui devient impossible de contrôler la valorisation de la qualité à travers sa signalisation.
38. Au final, les externalités négatives du parasitisme sont plus nombreuses et plus fortes que celles du signe opposé. Premièrement, le parasitisme conduit à une perte de lisibilité des signaux et des incitations à investir en qualité et en communication. Et donc, soit à une réduction de ces investissements utiles au consommateur et à la société, soit à un renchérissement de ceux-ci pour le consommateur loyal. Deuxièmement, en créant des circuits de distribution parallèle, il pénalise les réseaux de distribution agréés et renchérit la mise en marché des expériences. Troisièmement, lorsqu'il contrevient au droit des marques ou facilite son contournement, il fragilise l'institution et remet en cause sa crédibilité. Quatrièmement enfin, il favorise le développement d'une économie souterraine, propice à la fraude et au blanchiment.

Internet : nouveaux modes de communication, de distribution et de parasitisme.

Que change Internet ?

39. Dans l'univers physique ou présentiel, la communication de la marque circule de la firme vers le consommateur via des médias choisis par elle, tandis que les objets sont présentés dans les magasins agréés. Bien entendu, l'usage rédactionnel des noms de marques est libre et les médias peuvent relayer l'actualité des marques sans relation contractuelle explicite avec les ayants droit¹⁴. Mais, s'agissant du physique, tout ce qui circule hors de la distribution agréée peut aussitôt être qualifié de parasitisme, et, qu'il

¹³ Voir notamment Muriel Perrino, « Contrefaçon et ostentation », *Revue d'économie industrielle*, n°117, 1er trimestre 2007. Cette thèse circule également dans le débat économique sur le copyright. Voir Richard Watt, *Copyright and Economic theory, Friends or foes ?*, Edward Elgar, Northampton, Ma, USA, 2000.

¹⁴ Ce qui n'empêche pas une gestion implicite des externalités croisées — complémentarité du rédactionnel et de la publicité — entre médias et firmes de luxe.

- s'agisse de contrefaçon ou de vente parallèle, attaqué pour irrégularité.
40. Internet introduit une articulation radicalement nouvelle — liens *html*, transactions en ligne, logistique séparée — de la communication, de la vente et de la livraison physique des produits. La communication y est multidirectionnelle, elle combine la correspondance privée et la publication. La vente s'effectue dans le même espace. La livraison physique est un dénouement séparé.
 41. Ce *nouvel ordre vertical* est source d'innovations dans la communication et la distribution loyale : il permet la communication par de nouveaux médias, la recherche automatisée de produits, les relations de consommateur à consommateur, la désintermédiation du distributeur, le découplage de la vente et de la gestion logistique des produits. Mais ces innovations sont aussi la source d'un nouveau parasitisme encouragé par la valeur économique des marques. C'est sur ce dernier point que se concentre cette section.

Le lien *html*

42. Du point des marques, la nouveauté fondamentale d'Internet est le lien *html*. Celui-ci permet des formes d'association totalement inédites entre signifiants. Lesquelles sont sources de connotations nouvelles, de rapprochements, mais aussi d'équivoques et de parasitisme.
43. Le lien *html* a deux types de fonctionnalités : il permet, d'une part, de relier entre eux des éléments signifiants sur des critères fixés par le créateur du lien ; et d'autre part, il coordonne le passage d'une phase de recherche, d'exploration du marché, à une phase de transaction.
44. La première fonctionnalité est exploitée par les moteurs de recherche pour corrélérer des signifiants en utilisant des métriques fondées tantôt sur la proximité sémantique, tantôt sur la densité des liens. La seconde est utilisée par le commerce électronique.
45. Avec le lien *html*, l'exclusivité de l'apposition d'une marque à un produit échappe à l'ayant droit. La connotation — la composition lexicale autour des marques de luxe — permet d'organiser des rapprochements totalement inédits. Ce point, renforcé par *PageRank*, l'algorithme de Google qui ordonne les pages web en fonction de la densité des liens *html*, constitue une nouveauté fondamentale pour l'exercice du droit des marques.
46. Prenons un exemple. Le mot Dior frappé sur Google renvoie à une page saturée de références officielles de la marque Dior, au réseau de vente Séphora, et à un lien sponsorisé par la firme Dior. L'expression « cheap Dior », renvoie à une page de liens vers des sites de contrefaçons.
47. Le lien *html* permet la correspondance instantanée entre l'évocation d'une marque ou

d'un produit et son achat en ligne. Ce qui, dans l'usage loyal, rapproche l'investissement de communication de la réalisation d'un chiffre d'affaires. Mais le lien *html* valorise aussi bien toutes les connotations parasites. Et crée alors une incitation puissante au parasitisme par la réalisation de compositions lexicales *ad hoc*. Dans le monde physique, la composition « cheap Dior » appliquée à un point de vente aurait été considérée comme contrefaisante. Dans l'univers numérique, une composition lexicale intégrant une marque de luxe peut servir d'accès à la contrefaçon. Et si c'est l'internaute qui la formule, il est hors de question de l'interdire.

48. A cela s'ajoutent les possibilités du marketing direct, qui, en ouvrant aux contrefacteurs l'accès à de larges bases de données, étend l'efficacité des liens *html* à la sollicitation active par e-mail.
49. Ainsi, dans le monde physique, la recherche de contrefaçon par le consommateur entraîne pour lui un coût, à savoir son déplacement vers une concentration géographique de points de vente. Ce qui en facilite la surveillance et la répression. Le lien *html* permet un découplage radical de la recherche et de la vente, annulant le coût de recherche du consommateur et incitant d'autant plus au parasitisme que la contrefaçon en ligne est, on le verra, plus difficile à réprimer.

Marchés de mots

50. Le marché des noms de domaine a été le premier front sur lequel le droit des marques s'est vu défier. Les premiers arrivés se sont rués sur les mots les mieux à même d'engendrer trafic et transactions, dont, bien entendu, les marques de luxe. La régulation (*Anticybersquatting Consumer Protection Act, 1999*) y a mis bon ordre en donnant priorité aux détenteurs de marques pour accéder aux noms de domaine éponymes. Le recours à des compositions lexicales intégrant des noms de marques réputées a alors été utilisé pour signaler des sites contrefaisants. Cette approche, ciblant des contrefaçons présentées comme authentiques, laisse accroire au consommateur que le site marchand est cautionné par la marque. Mais au final, le recours à cet artifice se révèle souvent moins efficace pour le parasitisme que le référencement sur des moteurs de recherche d'un site multi-marques anonyme.
51. L'autre grande affaire est la création des marchés de mots-clés par les moteurs de recherche. Les mots-clés permettent d'afficher sur les pages de résultats des liens sponsorisés vers des sites marchands. La vente de mots-clés par des tiers dépossède les marques de l'exclusivité des transactions sur leur nom. En usage loyal, les liens sponsorisés abaissent les coûts de recherche et facilitent le contact du consommateur avec les marques. Mais en l'absence de règles, les noms de marques d'éditeurs ou de produits peuvent aussi être achetés pour vendre des produits concurrents ou contrefaits.

Dans ce cas, le vendeur de mots-clés parasite les investissements de signalisation d'une marque pour en faire profiter des tiers¹⁵. Cette pratique, fortement contestée par les ayants droit, a été sanctionnée¹⁶ par un arrêt, mais confortée par un autre¹⁷, au nom de la publicité comparative. Sur Google, les liens sponsorisés apparaissant pour la requête « cheap Dior » concernent des discounters légaux et le site officiel de Dior.¹⁸

52. Néanmoins, si les ayants droit peuvent encadrer les pratiques concernant les liens sponsorisés, ils ne maîtrisent pas les algorithmes de recherche des moteurs et ne peuvent empêcher ni le référencement des sites illégaux, ni leur apparition sur les pages de résultats. La responsabilité des moteurs qui perçoivent des recettes publicitaires pour ce service ne peut, à ce jour, se trouver engagée.
53. Pour finir sur ce point et équilibrer ce recensement, les moteurs de recherche sont aussi fort utiles aux ayants droit pour repérer, surveiller et localiser les réseaux de contrefaçon.

Réseaux sociaux

54. Les réseaux sociaux sont de nouveaux médias organisant la combinaison d'échanges privés et de communication publique.
55. En facilitant la rencontre entre consommateurs, voire en créant des regroupements par affinité, les réseaux sociaux favorisent le déploiement des effets de mode et de réputation (effets de réseau). Certaines marques (à commencer par Google et Facebook, mais aussi des marques hors web, comme Michel & Augustin) ont ainsi réussi à acquérir notoriété et image autour d'une communication propagée par les réseaux sociaux.
56. Les réseaux sociaux peuvent contribuer à l'entretien des valeurs et de l'affinité pour une marque, au test de nouvelles expériences, à la commercialisation de nouveaux produits. Les réseaux socialisent les expériences, en élèvent potentiellement l'utilité individuelle et collective, permettent à leurs éditeurs d'en obtenir des retours.
57. Néanmoins, les effets de réseau opèrent dans les deux sens : si la firme subit un accident

¹⁵ La question d'un parasitisme de Google dans la capture des investissements publicitaires suscite une littérature abondante. Voir la note de recherche « Competitive Poaching in Sponsored Search Advertising and Strategic Impact on Traditional Advertising », Amin Sayedi, Kinshuk Jerath, Kannan Srinivasan, Carnegie Mellon University, Octobre 2011.

¹⁶ Un arrêt de principe de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) fait droit à Louis Vuitton d'empêcher l'usage de sa marque en tant que mot-clé. Néanmoins la responsabilité de Google dans l'usage qui serait fait de ce mot-clé n'est pas systématiquement engagée. CJUE, 23 mars 2010, aff.C-326, 237 et 238/08.

¹⁷ L'arrêt de la CJUE du 22 septembre 2011 (C-323/09, Interflora c/ Marks & Spencer) énonce que "le titulaire d'une marque renommée n'est pas habilité à interdire, notamment, des publicités affichées par des concurrents à partir de mots clés correspondant à cette marque et proposant (...) une alternative par rapport aux produits ou aux services du titulaire de celle-ci".

¹⁸ D'autres marques (Moncler, par exemple) semblent moins efficacement protégées.

- de communication (affaires Guerlain, Galliano, Gucci en Chine...), celui-ci est d'autant plus vigoureusement relayé que ses adeptes sont connectés entre eux. Une communauté de consommateurs organisés peut devenir un groupe de pression.
58. Pour revenir à notre sujet, à chaque fois que la chaîne verticale du luxe s'ouvre à de nouveaux acteurs — ici, des communautés de consommateurs échangeant sur leurs expériences — des formes de parasitisme vont également surgir. Dit autrement, à chaque fois qu'une externalité positive apparaît dans la communication du luxe, son symétrique n'est pas loin. Car tout ce qui contribue à la valeur du luxe suscite du parasitisme.
59. Ainsi donc, les forums d'*amis* d'une marque sont une cible idéale pour sa contrefaçon. Des intermédiaires peuvent s'y introduire et insérer des liens vers des faux. Des clients suivront les liens. D'autres seront troublés de la proximité d'offres contrefaisantes.
60. La nouveauté ici est que, contrairement au fournisseur d'accès, le réseau social — Facebook, YouTube, Google+ — ignore l'identité exacte de ses membres. Et n'est pas pour autant responsable de leurs agissements. En général, l'opérateur du réseau est prêt à intervenir si les pratiques de ses membres nuisent à son trafic ou à sa réputation¹⁹, pas s'ils causent préjudice à des tiers.
61. Le problème de fond est que l'anonymat est la règle sur les forums médiatiques dont les opérateurs assument la censure ou la modération. Sous cet angle, ces opérateurs ne se considèrent pas comme de simples hébergeurs, mais bien comme des médias responsables de l'information diffusée. Cependant, cette responsabilité s'arrête à leur intérêt propre. Dès lors, le parasitage d'un forum par la vente de contrefaçon n'étant pas considéré par ces médias comme une désutilité pour leur clientèle, ils n'ont pas d'incitation à le censurer. Pire, s'ils considèrent que le parasitisme d'un tiers peut leur apporter du trafic, ils ont intérêt à le laisser prospérer.
62. Cette situation est probablement transitoire car la réglementation des médias vise à faire internaliser par ceux-ci l'ensemble des externalités négatives qu'ils peuvent engendrer. Les règles encadrant la publicité dans la presse ou à la télévision, notamment pour la séparation de la publicité d'avec les éléments rédactionnels, sont infiniment plus strictes que celles qui s'appliquent à Internet aujourd'hui. Il n'y a pas de raison pour que les deux systèmes ne convergent pas davantage.

Transactions en ligne

63. Le commerce électronique est source d'importantes économies de distribution²⁰. Il

¹⁹ YouTube a dû intervenir activement en 2010 après que des membres furieux du retrait de clips musicaux sous copyright, eurent massivement mis en ligne des vidéos pornographiques masquées.

²⁰ Par besoin de concision, nous ne traitons ici que des plateformes de commerce. La plupart d'entre elles

permet la séparation de la vente et de la logistique de livraison. Pour le luxe, dont la distribution concourt à la mise en valeur de l'expérience et qui ne peut se passer de réseaux présentsiels, le pilotage de la complémentarité entre réseaux physiques et réseaux numériques est stratégique²¹. A défaut, la distribution en ligne peut parasiter la distribution présenteielle. Pour éviter ce phénomène, la réglementation européenne permet aux firmes du luxe d'imposer au distributeur en ligne une activité présenteielle²². Cette complémentarité est source de concurrence et concourt à relever l'efficacité globale de la distribution.

64. Cependant, le commerce électronique ouvre les marchés finaux aux revendeurs du monde entier. Ce qui profite bien davantage au parasitisme qui n'y trouve que des gains — économies d'échelle, désintermédiation, délocalisation juridique — qu'à la distribution loyale qui doit, coûte que coûte, maintenir ses réseaux présentsiels.
65. Les sites contrefaisants peuvent être hébergés dans des paradis fiscaux, ou dans des pays peu regardants en matière de propriété intellectuelle. Ils utilisent des moyens de paiement validés par les marchés légaux. Les réseaux de fabrications qui les approvisionnent peuvent être atomisés et cloisonnés. Plus près du consommateur, des particuliers peuvent s'insérer dans la chaîne et proposer à des amis de réseaux sociaux leur intermédiation vers des produits contrefaits. Cette pratique (*drop-shipping*) ne fait pas de l'intermédiaire un contrefacteur ou un receleur, mais un agent commercial (généralement anonyme) du contrefacteur. L'accumulation des obstacles juridiques à l'application du droit élève ainsi le coût et dégrade l'efficacité des poursuites.
66. A cela s'ajoute le rôle des plateformes de vente et d'échanges entre particuliers dont les opérateurs sont bien identifiés. Elles ont, comme les réseaux sociaux, un statut mixte de média — lieu d'échange d'informations B2C et C2C — et de site marchand. Selon que leur modèle est assis sur un commissionnement des ventes de B2C ou sur une rémunération de l'usage des systèmes d'enchères (C2C) leur intérêt au respect du droit des marques diverge. Ainsi d'ailleurs que les moyens de maîtriser la fiabilité de ces échanges. Pendant plusieurs années, les stratégies de coopération d'eBay et de PriceMinister avec les marques ont significativement divergé. eBay, commissionné au prorata des transactions C2C entre ses membres, s'est montré peu regardant sur leur licéité.²³ PriceMinister, plus orienté vers le B2C, a eu davantage intérêt à sécuriser ses

recourent à des systèmes de paiement standardisés qui ajoutent une intermédiation supplémentaire dans la chaîne *html*.

²¹ Si elle propose de meilleurs prix, la distribution en ligne peut parasiter la distribution physique. Voir « Free Riding in a Multi-Channel Supply Chain », Fernando Bernstein, Jing-Sheng Song, Xiaona Zheng. The Fuqua School of Business, Duke University, Durham, NC 27708, 2005.

²² Règlement d'exemption par catégories applicable aux relations verticales 330/2010.

²³ Après quatre ans de procédure, le TGI de Paris a condamné, en Février 2010, e-Bay à 200 000 euros de dommages et intérêts et 30 000 euros de frais de procédure pour atteinte à la renommée des marques, à la

clients.

67. La plupart des opérateurs de plateformes souhaite s'abriter derrière le statut dérogatoire d'hébergeur qui les considère légalement comme des prestataires techniques déchargés de toute responsabilité quant aux activités de leurs clients. Durant la phase de déploiement de la numérisation, ils ont profité de ce statut pour bâtir de nouveaux marchés. En gros, limiter la responsabilité des opérateurs techniques accélérerait le déploiement d'Internet dont les bénéfices sociaux — les externalités positives — dépassaient l'ensemble des externalités négatives, notamment pour les ayants droit de la propriété intellectuelle²⁴. Ce déploiement étant désormais achevé, il est probable que les effets négatifs induits par ce statut sur la propriété intellectuelle conduisent à revoir et recadrer les responsabilités des différents acteurs de la chaîne numérique.²⁵

Dénouement physique

68. Avec la vente en ligne, la livraison devient un service de la chaîne verticale. Elle donne lieu à des prestations différenciées : maîtrise du délai, suivi du colis, etc. Les distributeurs parasites — généralement basés loin des marchés — ne peuvent garantir la même transparence, ni la même qualité de service que les réseaux agréés.
69. Pour les produits importés, la livraison est le maillon critique de répression de la fraude. Car contrairement à la distribution présenteielle, la contrefaçon achetée sur Internet est livrée par la poste chez le consommateur. Le contrôle de l'acheminement postal des commandes, lequel obéit à des contraintes industrielles très lourdes²⁶, est l'occasion de nombreuses saisies douanières. Ces saisies sont moins massives²⁷ que celles des conteneurs alimentant les réseaux de détaillants physiques, mais elles touchent directement le consommateur qui perd le montant de sa commande et doit se retourner vers son vendeur. Elles constituent une forme d'avertissement qui accroît le risque de l'acheteur de contrefaçon et dégrade la confiance dans le commerce électronique. Ce qui crée des incitations pour les vendeurs en ligne à promouvoir la distribution licite et bannir la contrefaçon.

dénomination sociale, à l'enseigne et au nom de domaine de Louis Vuitton.

²⁴ Voir Bomsel et Ranaivoson. « Decreasing copyright enforcement costs : the scope of a graduated response. » *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2009, vol. 6(2), pp. 13-29.

²⁵ L'arrêt du 12 juillet 2011 de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) reconnaît formellement la responsabilité d'eBay dans la vente de contrefaçons de produits L'Oréal, restreignant ainsi le champ d'application du statut dérogatoire d'hébergeur.

²⁶ Environ 6 millions d'objets transitent quotidiennement par le hub postal de Roissy durant des temps très courts. 2 millions concernent le flux international. Il est impossible d'en interrompre le flux. 20 millions de déclarations douanières, généralement assez vagues, sont reçues annuellement pour des colis importés en fret express. Voir « Moyens d'application du droit des marques », Chaire ParisTech d'Economie des médias et des marques, 2010.

²⁷ 5 000 objets par mois au hub postal de Roissy où opèrent 30 douaniers sur les 800 présents dans l'ensemble de la zone aéroportuaire. Entre 2007 et 2009, le nombre d'objets saisis en fret express est passé de 1% à 10% du total des saisies. 70% des objets saisis viennent d'Asie, 65% de Chine. Ibid.

70. Le dispositif traditionnel de l'application du droit des marques, à savoir, la saisie par les douanes nationales, l'exclusion du marché de produits contrefaisants, la remontée des filières de contrefaçon, sans oublier la responsabilisation du consommateur, ne suffit pas à contenir les nouvelles formes de parasitisme.
71. La dimension internationale du commerce électronique requiert une coopération plus systématique des Etats pour faire respecter le droit des marques. La distribution de contrefaçons n'est plus un problème local. L'impunité d'une seule zone suffit à créer de très fortes incitations à la fraude, relayées par l'ensemble des moyens d'accès numériques. Les Etats doivent donc, plus que jamais, empêcher la contrefaçon de prospérer sur leur territoire.
72. Mais ce n'est pas tout. Pour limiter l'extension du parasitisme, il convient aussi de mieux internaliser l'application du droit dans toute la chaîne numérique. Dans l'économie présenteielle cette internalisation opère grâce aux restrictions verticales dans la distribution. Lesquelles facilitent le repérage et la saisie des contrefaçons. Mais dans l'économie numérique, les acteurs de la chaîne des liens *html* sont à la fois plus divers et plus nombreux. Or, moins les acteurs de cette chaîne sont tenus responsables du parasitisme des autres industries, et plus celui-ci trouve d'occasions et de complicités.
73. Jusqu'à présent, les régulateurs ont privilégié le développement des innovations numériques en limitant la responsabilité des acteurs vis-à-vis des effets externes sur d'autres industries. Le développement spectaculaire du parasitisme de la propriété intellectuelle impose de nouvelles pratiques.
74. Il est difficile d'exiger légalement d'un fournisseur d'accès, d'un moteur de recherche ou d'un réseau social d'éradiquer de son service toute forme de parasitisme. Néanmoins, une meilleure coopération entre industriels est certainement possible. Il faut pour cela susciter des pratiques visant tendanciellement à réduire les externalités négatives vers la propriété intellectuelle, ou, plus explicitement, instaurer pour les intermédiaires un « devoir de prudence et de diligence » (*duty of care*)²⁸. Ceci suppose une définition concrète des pratiques parasitaires et une menace juridique pour contraindre les industriels à coopérer.
75. Cette menace surgit avec l'examen au cas par cas de l'applicabilité aux intermédiaires d'Internet du droit commun de la responsabilité, lequel recadre, depuis l'arrêt de la CJUE de juillet 2011, le champ du statut d'hébergeur afin d'en éviter le détournement

²⁸ Il s'agit du devoir de prévenir des dommages préjudiciables à des tiers dès lors que l'équilibre entre l'ampleur de ces dommages et le coût de leur prévention rend ce devoir opportun. Art. 4 :103 des Principes Communs du droit européen de la responsabilité.

ou l'abus²⁹. Si la charge de la preuve de la validité du statut d'hébergeur revient à celui-ci, l'économie du droit de la responsabilité s'invite dans développement des services sur Internet : les acteurs de la chaîne numérique — du fournisseur d'accès au gestionnaire de paiement — se trouvent désormais exposés au risque juridique d'une mise en cause. L'anticipation de ce risque orientera alors l'innovation technique vers la réduction du parasitisme et des coûts d'application de la propriété intellectuelle.

76. La responsabilisation des intermédiaires permet enfin aux ayants droit de s'affranchir du recours au droit pénal qui, surtout s'il vise le consommateur, coûte cher et dégrade la perception de la marque. Sans réprimer les achats frauduleux, les saisies postales médiatisées entretiennent le sentiment d'une insécurité à accepter les offres douteuses ou contrefaisantes. Ainsi, le « Regarde riche sans en payer le prix » coûte un peu plus cher au consommateur en impliquant davantage les acteurs du commerce électronique, lesquels n'ont pas intérêt à voir leur environnement se dégrader. Une telle approche, qui induit une sensibilisation des opérateurs postaux à l'internalisation de l'application du droit, ne peut qu'inciter tous les agents de l'économie numérique à plus de transparence et de loyauté.

²⁹ La nouveauté de cet arrêt relatif au litige entre L'Oréal et eBay est brillamment commentée par François Terré : « Etre ou ne pas être responsable... », *La Semaine juridique*, N°43-44, 24 octobre 2011. La démonstration de l'abus du statut d'hébergeur figure aussi au cœur de l'acte d'accusation du DOJ (*indictment*) visant Megaupload (janvier 2012).