

Adwords : le débat n'est pas clos

MARIE-EMMANUELLE HAAS
AVOCATE

V oici bientôt dix ans que la question de l'achat de mots-clés est débattue en France devant les tribunaux. L'Autorité française de la concurrence a estimé dans son avis 10-A-29 du 14 décembre 2010 que Google est en position dominante sur le marché de la publicité liée aux moteurs de recherche. Quel est le modèle économique qui détermine l'offre du service publicitaire Adwords de Google ? Comment se distinguent référencement naturel et payant ? L'Europe, qui prône le développement du commerce électronique, a très largement ouvert le web européen à Google, en permettant l'achat de mots-clés correspondant à la marque de concurrents, à charge pour chaque juge national de définir la ligne jaune à ne pas dépasser. Tant l'évolution de Google, du web, que de la jurisprudence française permettent de considérer que le débat ouvert par les titulaires de droits reste d'actualité.

I. Le web est américain

Dans le monde entier, Google est au cœur de l'internet et de l'économie numérique : par exemple, il est utilisé comme moteur de recherche par 91 % des internautes en France (alors que cette proportion n'est que de 65 % aux États-Unis¹).

L'économie numérique a certes besoin des moteurs de recherche pour se développer, cela ne doit pas pour autant conduire à ce que, sur internet, les titulaires de marques soient contraints d'accepter que leurs concurrents utilisent leurs marques comme mots-clés. Le risque est qu'il en résulte une dissociation entre monde dit réel et monde dit virtuel et une fragilisation des titulaires de droits. Il y a quelques mois, le journal allemand *Die Zeit* publiait un article sous le titre *Quatre shérifs censurent le monde – comment Apple, Facebook, Amazon et Google imposent leurs lois à l'internet*² ; l'internet se développe en repoussant sans cesse les frontières de ce monde virtuel et c'est en cela qu'il est fabuleux. C'est un monde où des équilibres doivent se créer et les titulaires de droits doivent donc aussi y trouver leur place.

Google fait l'objet de nombreux débats, son positionnement est, par exemple, très critiqué par les autorités de gestion des données personnelles et la CNIL a publié le 18 février 2013 un communiqué annonçant : « À la date du 18 février, les autorités européennes

constatent que Google n'a pas apporté de réponse précise et opérationnelle à leurs recommandations. Dans ces conditions, elles sont déterminées à agir et à poursuivre leurs investigations. Elles proposent la mise en place d'un groupe de travail, piloté par la CNIL, pour coordonner leur action répressive, laquelle devrait intervenir avant l'été »³. Sur le terrain fiscal, l'État français prépare un projet de taxation fiscale des « fameux "GAFA" (Google, Apple, Facebook et Amazon) »⁴. L'internet bouge, c'est un lieu d'innovation et les solutions ne peuvent pas être figées.

II. Quel est le modèle économique de Google et de son service Adwords ?

Le service de régie publicitaire Adwords, rappelons-le, consiste à acheter un mot-clé et à lier les requêtes des internautes sur ce mot-clé à l'affichage de l'annonce rédigée à cet effet par l'entité qui a acheté le mot-clé, en tant qu'annonceur. Ces annonces sont positionnées dans la page de résultats, à droite et dans une partie présentée avec un fond légèrement coloré, au-dessus du référencement naturel. Google a successivement dénommé cette catégorie d'annonces « Liens sponsorisés », « Liens commerciaux » et maintenant, tout simplement « Annonces », avec pour explication : « Ces annonces sont basées sur vos termes de recherche actuels. Pour en savoir plus, veuillez accéder au gestionnaire de préférences pour les annonces de Google ». Il s'agit du « référencement payant ».

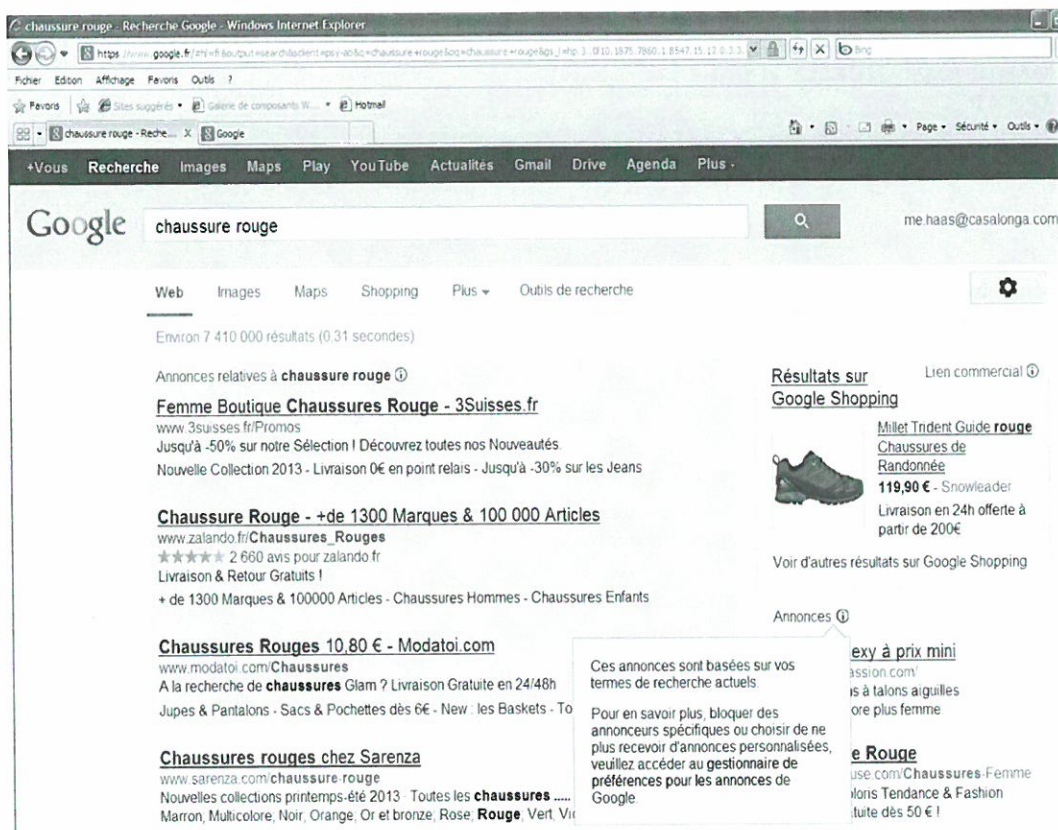
1. Webrank Info, *Google en chiffres : l'entreprise, ses produits, ses salariés*, O. Dullez, 17 sept. 2012, < <http://www.webrankinfo.com/dossiers/google/chiffres-cles> >.

2. *Vier Sheriffs zensieren die Welt – Wie Apple, Facebook, Amazon und Google dem Internet ihre Gesetze aufzwingen*, G. Hamann et M. Rohwetter, *Die Zeit*, 2 août 2012, n° 32, p. 19.

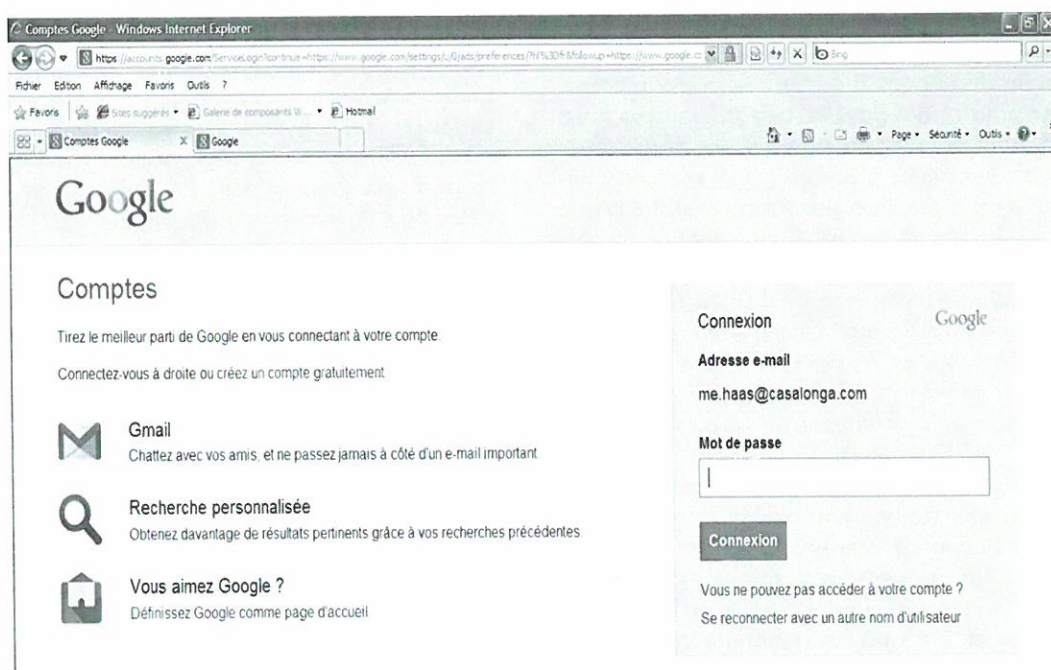
3. < <http://www.cnil.fr/la-cnil/actualite/article/article/regles-de-confidentialite-de-google-vers-une-action-repressive-et-coordonnee-des-autorites-e/> >.

4. Proposition de loi n° 682 pour une fiscalité numérique neutre et équitable, déposée le 19 juil. 2012 à la présidence du Sénat par P. Marini (UMP – Oise), président de la commission des finances.

Dans l'exemple suivant de requête « chaussure rouge », à droite et au-dessus des deux espaces « Annonces », apparaît un lien vers « Google shopping », qui est un espace dédié au commerce en ligne, avec l'affichage d'autres annonces sous la mention « lien commercial ». L'internaute qui utilise Google doit réellement être éclairé pour distinguer la nature de tous ces liens.



Le lien proposé sur le terme « gestionnaire de préférences pour les annonces de Google » conduit à la page suivante. Le système devient de plus en plus sophistiqué et surtout compliqué pour l'internaute qui n'a pas de compte géré par Google.



Dès lors, la jurisprudence passée est-elle toujours une référence pertinente ?

Le « clic » n'est pas sans enjeux, en effet, chaque internaute sait que Google est une vitrine dont la première page soulève toutes les convoitises pour les annonceurs. Être sur la première page dans le référencement naturel est le défi majeur de toute entreprise et ce n'est pas gratuit, contrairement à ce qu'a pu déclarer la Cour de justice dans sa décision du 23 mars 2010⁵ Google est le seul à connaître son algorithme de référencement, il le modifie régulièrement et cela rend le référencement naturel toujours plus difficile et extrêmement technique. C'est donc un métier et faire appel aux services des professionnels du référencement naturel a un coût. Le site qui est bien positionné est un site qui a investi pour assurer sa visibilité en première page. Contrairement au référencement payant, le référencement naturel n'est pas immédiat. Un délai de quelques mois est nécessaire pour qu'il soit pris en compte par les moteurs de recherche. Cette différence est très sensible s'il s'agit d'un nouveau site. Un nouveau site qui achète les mots-clés correspondant aux marques de ses concurrents, sans les reprendre dans son annonce, apparaîtra en première page et sera visible immédiatement. Cette distorsion pénalise clairement les titulaires de droits, d'autant plus que, si la qualité du référencement naturel dépend de la qualité technique du référencement, elle est aussi assise sur le caractère attractif de la marque sur le marché, ce qui a également un coût. Le coût réel du référencement naturel peut donc être largement supérieur à celui du service Adwords.

Le site web est, dans le monde virtuel, le lieu où les ressources et données en ligne sont mises à disposition des internautes, c'est l'espace virtuel d'exercice de l'activité. L'adresse du site et le lien vers le site à partir de l'annonce sont la porte d'entrée vers cet espace. Il appartient à chaque éditeur de site de configurer son espace, de le rendre attractif et efficace, pour développer son activité et créer de la valeur. Ces espaces, notamment accessibles via les requêtes par mots-clés sur les moteurs de recherche, sont eux aussi au cœur de l'économie numérique.

Avant toute réflexion juridique, la question de fond est celle du modèle économique. À ce jour, les ressources financières de la société Google proviennent, à hauteur de 90 %, des recettes publicitaires générées par les services de régie publicitaire Adwords et Adsense, comme l'a reconnu la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans une décision en date du 7 mars 2012⁶.

Pour appréhender l'activité de Google et son modèle économique, il est proposé de se référer au périmètre de protection de la marque communautaire *Adwords* n° 10385052 déposée par la société américaine Google Inc. le 22 novembre 2011. Cette marque est protégée en classes 35, 36, 38, 41 et 42 et, notamment, en classe 35, pour des services de marketing, tels que « conseils en marketing d'affaires, à savoir analyse du trafic sur internet, fourniture d'études de marketing, services d'analyse et de compte rendu dans le domaine du marketing en ligne, services de marketing commercial sous la forme du développement de messages publicitaires

diffusés sur l'internet ». En ce qui concerne la classe 42, la protection porte sur la fourniture de logiciels dédiés au marketing, à l'analyse et à l'optimisation du trafic et de l'usage de mots-clés, avec une description très précise et technique du service offert⁷. On est très loin du rôle passif du prestataire technique !

Lorsque Google déclare, pour écarter sa responsabilité, que son service Adwords est fondé sur le fonctionnement d'un logiciel de proposition et de gestion des mots-clés, dont les mots-clés sont uniquement ceux correspondant aux requêtes les plus fréquentes des internautes, la vraie question n'est pas abordée. Pourquoi Google a-t-il configuré son système de cette façon ? La réponse est que cette solution technique n'est que la traduction du modèle économique choisi. Une solution technique n'est jamais neutre. En amont, a été défini le modèle économique, dont il est aisé de comprendre que l'efficacité suppose de minimiser les contraintes et de standardiser, dans un but de rentabilité. Les titulaires de droits étaient sur ce chemin, tout est fait pour les en balayer. Pour cette raison, toute explication fondée sur les contraintes posées par les solutions techniques choisies ne peut être pertinente.

L'affaire *Navx*, qui a opposé Google à la société Navx devant le Conseil de la concurrence, montre que Google paramètre son logiciel de gestion des liens commerciaux et prend parfois l'initiative de contrôler les affichages⁸. Suite au changement de la réglementation des dispositifs de contrôle routiers, Google avait ainsi paramétré son système pour exclure la société Navx de son référencement payant, se justifiant en faisant valoir que les dispositifs de cette société n'étaient plus conformes. Le Conseil de la concurrence a déclaré que : « Si, en principe, Google reste libre de définir sa politique en ce qui concerne les contenus admis sur Adwords, il est important que la mise en œuvre de celle-ci se fasse dans des conditions objectives et transparentes et qu'elle ne conduise pas à des pratiques discriminatoires au détriment de certains acteurs du marché ».

5. CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08, *Google France, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier*, C-237/08, *Google France Sarl c/ Viatium SA, Luteciel Sarl*, C-238/08, *Google France c/ Centre National de Recherche en Relations Humaines (CNRRH) Sarl, P-A. T., B. R., Tiger Sarl*, v. § 97.

6. CA Aix-en-Provence ch. 2, 7 mars 2012, R.G n° 11/10481, *Sarl Francotel, France Telecom c/ INPI, Google*.

7. « Fourniture de l'utilisation temporaire de logiciels non téléchargeables en ligne destinés à la production de programmes de marketing en ligne ; fourniture de l'utilisation temporaire de logiciels non téléchargeables en ligne pour l'analyse et le compte rendu du trafic sur l'internet et de l'utilisation de mots-clés, pour l'analyse de l'efficacité du marketing sur des sites internet, et pour la recherche et la visualisation d'études de marketing ; services informatiques, à savoir, services d'assistance liés à la gestion de campagnes de marketing en ligne ; [...] fourniture de services d'application (ASP), à savoir, proposant des logiciels pour suivre l'activité et la gestion de sites internet, de surveillance, suivi et optimisation de la performance et de l'efficacité de sites internet, campagnes de marketing en ligne et performance de la recherche par mot-clé ».

8. Déc. n° 10- MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Navx.

III. Le contexte européen

A. Les objectifs européens

Pour appréhender la situation, en tant qu'européen, la démarche naturelle est de se reporter aux directives 2008/95/CE du 22 octobre 2008, rapprochant les législations des États membres sur les marques⁹, puis 2000/31/CE du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, dite « directive sur le commerce électronique ». Leur objectif est le développement du marché intérieur, que la sécurité juridique doit favoriser. La directive de 2008 précise que « la protection conférée par la marque enregistrée, dont le but est notamment de garantir la fonction d'origine de la marque, devrait être absolue en cas d'identité entre la marque et le signe et entre les produits ou services » (considérant n° 11).

En 2000, la directive sur le commerce électronique avait pour objectif le développement du commerce électronique et de l'innovation, le renforcement de la compétitivité des entreprises européennes (considérant n° 2) et la création d'un « réel espace sans frontières intérieures pour les services de la société de l'information » (considérant n° 3).

Dix ans après, en 2010, la Commission européenne a fait un bilan, dont il ressort que le commerce électronique de détail représente moins de 2 % du commerce total européen¹⁰. Dans sa consultation, la Commission rappelle que « Le commerce électronique constitue une évolution potentielle majeure du commerce, accentuant l'accessibilité de la population européenne à des produits plus variés, de qualité, et exerçant une concurrence accrue sur les prix et services en ligne comme dans le monde "réel" ». Elle rappelle que la directive commerce électronique vise à « supprimer les obstacles à l'établissement des fournisseurs de services de la société de l'information et à la prestation transfrontalière de services en ligne, dans le marché intérieur, offrant ainsi une sécurité juridique aux entreprises et aux citoyens ». Le développement d'internet est un enjeu économique, fiscal et juridique pour l'Europe et le droit doit accompagner cette évolution, dans la recherche active de nouveaux équilibres.

B. Le service Adwords de Google et le blanc-seing de la Cour de justice

En France, c'est l'affaire *La Bourse des Vols* qui a initié le contentieux, avec la décision du tribunal de grande instance (TGI) de Nanterre du 13 octobre 2003¹¹, qui a finalement donné lieu à une question préjudicielle à l'origine de la fameuse décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 23 mars 2010¹².

Suite à cette décision, suivie de 4 autres décisions de la CJUE sur la question¹³, le service Adwords de Google a été élargi, dans les pays de l'Union européenne et de l'AELE (Association européenne de libre-

échange), pour permettre l'achat de la marque d'un concurrent comme mot-clé, « à condition que l'annonce ne porte pas à confusion »¹⁴.

La question portait sur la responsabilité de l'annonceur et du prestataire de référencement, Google.

S'agissant de l'annonceur qui a acheté le mot-clé, la Cour de justice a dit que « le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un annonceur de faire, à partir d'un mot-clé identique à ladite marque que cet annonceur a sans le consentement dudit titulaire sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur internet, de la publicité pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée, lorsque ladite publicité ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers ».

S'agissant de Google, « le prestataire d'un service de référencement sur internet qui stocke en tant que mot-clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe au sens de l'article 5 § 1 et 2 de la directive 89/104 ou de l'article 9 § 1 du règlement 40/94 ». Il est ajouté que l'exonération de responsabilité dont bénéficie le prestataire d'un service de référencement sur internet, selon l'article 14 de la directive 2000/31/CE, s'applique « lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées. S'il n'a pas joué un tel rôle, ledit prestataire ne peut être tenu responsable pour les données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou d'activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données ».



9. Cette directive a codifié la directive 89/396/CEE du 14 juin 1989.

10. Consultation publique sur l'avenir du commerce électronique dans le marché intérieur et la mise en œuvre de la directive commerce électronique (2000/31/CE), < http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/e-commerce_fr.htm >.

11. TGI Nanterre ch. 2, 13 oct. 2003, RG n° 03/00051, *Viaticom, Luteciel c/ Google France*.

12. CJUE, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08 à 238/08, *Google France, Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier, Google France Sarl c/ Viaticum SA, Luteciel Sarl, Google France c/ Centre National de Recherche en Relations Humaines (CNRRH) Sarl, P.-A. T., B. R., Tiger Sarl*, préc. CJUE, 25 mars 2010, aff. C-278/08, *Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH c/ Günther Guni et trekking.at Reisen GmbH*.

13. CJUE, 26 mars 2010, aff. C-91/09, *Eis.de GmbH c/ BBY Vertriebsgesellschaft mbH*; CJUE, 8 juill. 2010, aff. C-558/08, *Portakabin Ltd et Portakabin BV c/ Primakabin BV*; CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-323/09, *Interflora Inc. et Interflora British Unit c/ Marks & Spencer Plc et Flowers Direct Online Ltd*.

14. Règlement Adwords pour l'UE et l'AELE.

C. L'ouverture du web européen à Google et ses conséquences

Cette décision de la CJUE a ouvert le web européen à Google, en permettant aux annonceurs d'acheter au service Adwords de Google la marque d'un concurrent comme mot-clé, dans le but de voir leur annonce et le lien vers leur site s'afficher suite à la requête d'un internaute sur cette marque. Cette annonce peut donc être affichée sur la même page que celle du titulaire de la marque, la seule limite étant que « l'internaute moyen » ne doit pas risquer de les confondre. Pourquoi admettre la démarche de l'annonceur qui choisit la marque de son concurrent pour faire sa publicité et limiter le débat à l'analyse, toujours subjective, du risque de confusion par les internautes ? Quelle est la finesse d'analyse qui permet de tant repousser la ligne jaune pour l'annonceur ?

Suite au blanc-seing reçu en Europe de nos plus hautes instances, Google a très activement poursuivi le développement de sa régie publicitaire, qui est de plus en plus sophistiquée. Pour être rentable, une campagne Adwords oblige à utiliser les services, proposés par Google, de mesure de l'audience, de géolocalisation et ensuite le service de « remarketing », par lequel Google propose de communiquer toutes les adresses IP qui se sont connectées sur l'annonce, dans le but clairement identifié et proposé par Google, de leur envoyer des messages et de les démarcher.

Lorsque la campagne Adwords consiste à acheter les marques de concurrents comme mots-clés, cela revient à se constituer un fichier en bénéficiant du trafic attaché à ces marques. La difficulté majeure étant de transformer ces clics en achats, Google donne à l'annonceur les moyens techniques de déployer le plus loin possible sa stratégie commerciale d'acquisition de nouveaux clients, en bénéficiant de l'audience attachée aux marques de concurrents. La boucle est bouclée !

La sécurité juridique doit être au bénéfice de tous les acteurs, y compris des titulaires de marques. Nous devons très sérieusement nous interroger sur le sens de la propriété intellectuelle. Si l'internet a été libertaire à ses débuts, il est devenu commercial. Les géants du web exploitent à leur bénéfice la culture généreuse du début, qui prônait le partage des ressources. Reprenant à son compte la logique de cette culture, la position de Google conduit à considérer les titulaires de droits comme des freins, des obstacles au développement de l'économie numérique et leur protection est repoussée dans ses retranchements. Cette vision est-elle en accord avec l'objectif de développement des petites et moyennes entreprises européennes, de création d'emploi, d'innovation ? Si l'internet est un formidable accélérateur de la création de richesse, il ne peut pas et ne doit pas échapper au monde réel. La puissance du web ne doit pas être utilisée pour dissocier monde réel et monde virtuel, mais pour les relier.

Puisque l'internet change vite et que nous ne sommes plus dans le contexte des années 2003 à 2010, pourquoi ne pas concevoir que la CJUE adopte une approche différente dans l'avenir ?

En tout état de cause, il revient à chaque juge national de rechercher et d'apprécier si « ladite publicité ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers » et si le prestataire technique, en l'espèce le moteur de recherche prestataire de référence, a eu un rôle actif ou passif.

IV. La jurisprudence française

A. Les sept arrêts de la Cour de cassation

La Cour de cassation s'est prononcée dans sept affaires, depuis l'arrêt de la CJUE du 23 mars 2010.

La première fois le 13 juillet 2010, elle se prononçait dans les trois affaires¹⁵ (*Vuitton*, *La bourse des vols* et *Euro-challenges*) qui avaient donné lieu à l'arrêt du 23 mars 2010. Elle se prononçait aussi, le même jour, dans l'affaire *Gifam*¹⁶.

Dans les affaires *Vuitton* et *La Bourse des Vols*, seul Google a été assigné. Dans l'affaire *Vuitton*, la Cour de cassation a retenu le défaut de base légale pour casser la décision d'appel qui avait retenu la responsabilité de Google. Elle a retenu la violation de la loi pour casser la condamnation de Google pour contrefaçon au titre de la reproduction et l'usage d'une marque par l'intermédiaire de son outil de suggestion de mots-clés. La cour d'appel avait jugé que « son service de régie publicitaire qui constitue l'essentiel de ses revenus englobe la rédaction, la présentation, l'emplacement, le ciblage de l'annonce », ce qui va au-delà du stockage de données. Sur la publicité mensongère, elle a retenu le défaut de base légale, au motif que la cour d'appel n'a pas caractérisé en quoi la prestation de Google constituait une publicité visée par l'article L. 121-1 du Code de la consommation. La cassation sur la contrefaçon de marque a emporté la cassation sur la concurrence déloyale.

L'affaire *Bourse des Vols* portait sur l'achat du mot-clé « vol » en requête large et du mot-clé « bourse des vols ». Du fait du système de génération de mots-clés supplémentaires de Google, la requête « bourse des vols » qui incluait le terme « vol » a généré l'affichage de l'annonce d'un concurrent de la société Viaticum, titulaire de la marque *Bourse des vols*. L'arrêt d'appel a été cassé, pour défaut de base légale, car la cour n'avait pas caractérisé le rôle actif de Google et a renvoyé les



15. Cass. com., 13 juill. 2010, pourvois n° 06-20230, *Google France*, *Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier*, n° 05-14331, *Google France c/ Viaticum Luteciel*, et n° 06-16136, *Google France c/ Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) Sarl*, P.-A. T., B. R., *Tiger Sarl*.

16. Cass. com., 13 juill. 2010, pourvoi n° 08-13944, *Google France*, *Google Inc.*, *Google Ireland Ltd c/ Gifam et autres*.

parties devant la cour d'appel de Paris. La cour de renvoi n'ayant pas été saisie dans les délais légaux, la décision de première instance est devenue définitive. Elle opposait les titulaires de droits à la société Google France qui avait été condamnée pour contrefaçon de marques, avec une condamnation à paiement de dommages et intérêts de 70 000 € et une obligation de publication du jugement sur le site < www.google.fr >.

L'affaire *Eurochallenges* mettait en cause l'annonceur et Google. Dans cette affaire, l'annonceur a été jugé responsable, alors que l'annonce ne reprenait pas la marque. En revanche, la condamnation de Google en appel a fait l'objet d'une cassation, à défaut d'usage à titre de marque par Google et à défaut de preuve de son rôle actif. La Cour de cassation a approuvé la décision d'appel qui avait retenu la contrefaçon de la marque *Eurochallenges* protégée pour les conseils en relations humaines et agences matrimoniales et avait condamné l'annonceur qui avait acheté ce mot-clé pour générer un lien commercial vers ses sites < www.unicisparis.com > et < www.innaconsulting.fr > pour une activité concurrente. Les annonces mises en cause étaient : « Rencontre rapide en agence parisienne en tête-à-tête ou en loisir www.unicisparis.com » et « Contacts avec les filles de l'est. Achetez leurs coordonnées online www.innaconsulting.fr ». Elle a retenu que le fait que ces annonces figurent « dans une colonne séparée sous le titre "liens commerciaux", et qu'ils apparaissent en marge, en haut et à droite des résultats de recherche traditionnels, n'est pas de nature à éviter tout risque de confusion pour un utilisateur moyennement attentif du moteur de recherche, lequel, se voyant proposer sur la même page l'affichage de tous les sites ensemble, tant celui de la société Tiger, sous l'appellation "unicisparis", que ceux se rapportant à la société CNRRH, sera enclin à faire la relation entre ces "liens commerciaux" et le terme "eurochallenges", lui-même couvert par la marque exploitée par la société CNRRH et permettant en réalité d'accéder à des sites concurrents de cette dernière ». Elle en a conclu que l'annonce « ne permettait pas, ou ne permettait que difficilement, à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce provenaient du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée, ce dont résultait en l'espèce une atteinte à la fonction d'identification d'origine de la marque ». Le pourvoi formé contre la condamnation pour concurrence déloyale a également été rejeté, car la cour d'appel a fondé sa condamnation sur l'usurpation du nom commercial et du nom de domaine, soit sur des faits distincts de la contrefaçon.

L'affaire *Gifam* a été engagée par le Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils ménagers, à l'encontre de Google France, Google Inc. et Google Ireland, pour mettre en cause sur le fondement de la contrefaçon de marque et de la publicité mensongère, la vente de mots-clés correspondant à des marques de membres du Gifam et générant l'accès d'annonces vers des sites de concurrents, des sites de comparateurs de prix ou des sites sans lien avec l'électroménager. Google a riposté en invoquant l'interdiction d'ententes susceptibles de fausser la concurrence. La cassation a été pro-

noncée sur la condamnation de Google pour contrefaçon, au motif que Google ne fait pas d'usage à titre de marque, selon la position de la CJUE. Sur la publicité mensongère, la Cour de cassation a déclaré que le juge d'appel n'a pas caractérisé en quoi la prestation de Google relève de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Le pourvoi de Google sur le rejet de sa demande fondée sur le droit de la concurrence a été accueilli au motif que le juge d'appel n'a pas recherché si l'action du Gifam, qui représente 80 % du marché, n'avait pas un effet anticoncurrentiel¹⁷.

Il y a eu ensuite l'affaire *Suza International* (29 novembre 2011)¹⁸ ; cette société avait acheté les mots-clés « Heden », « Max in Power » et « PCA France » en relation avec l'annonce « Le boîtier ultime Advance, une gamme de boîtiers uniques à prix imbattables ! < www.suza.fr > ». L'annonce ne reprenait donc aucune des marques opposées. En revanche, elle reproduisait la marque *Advance* de la société Suza International. La société Professional Computer Associates, titulaire des marques *Heden* et *Max in Power* et du nom commercial PCA France avait agi contre l'annonceur et Google France en contrefaçon de marques, concurrence déloyale et parasitisme, publicité trompeuse et mensongère. Dans son arrêt du 29 novembre 2011, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de la société Suza International, en retenant que le juge d'appel avait pu retenir le risque de confusion après avoir constaté que les mots-clés « Heden » et « Max Power » étaient identiques aux marques et que « l'insertion dans le moteur de recherches de Google de ces deux mots-clés suscite l'apparition immédiate et simultanée tant des résultats de recherche traditionnels que des liens commerciaux, alors que le signe introduit comme critère de recherche reste exposé dans la fenêtre qui lui est destinée en haut de l'écran » et que les liens renvoient vers des sites proposant des produits de marque *Heden* ou *Advance*, avec un comparateur de prix proposant des produits *Advance*. Le juge d'appel a pu en conclure à un risque de confusion et à une atteinte à la fonction d'identification d'origine de la marque.

Puis, le 25 septembre 2012, la Cour de cassation s'est prononcée dans l'affaire *Auto Ies*, qui opposait la société Auto Ies, titulaire des marques *Ies* et *Auto Ies* aux annonceurs et à Google France¹⁹. Les requêtes « Auto Ies », « Auto-ies », « Auto ies » et « Ies » généraient l'affichage des liens promotionnels vers des sites concurrents diffusant des annonces automobiles, avec les annonces « Car-import.fr Votre voiture neuve moins chère. Des remises réelles www.car-import.fr », « Trouvez votre auto Voiture neuve de 5 % à 25 % de remise sur 25 marques

17. Cass. com., 13 juill. 2010, pourvoi n° 08-13944, *Gifam*, préc.

18. Cass. com., 29 nov. 2011, pourvoi n° 10-26969, *SA Suza International France c/ SA Professional Computer Associés France*.

19. Cass. com., 25 sept. 2012, pourvoi n° 11-18110, *Auto IES c/ Google France, Google Ireland, Google Inc.*

Automobiles, www.directinfos.com » et « Annonces gratuites Passez vos annonces gratuitement autos, motos, bateaux, caravans www.ocas.net. Et pourquoi pas votre propre annonce ? ». Le 2 février 2011, la cour d'appel de Paris a débouté la société Auto Ies de son action en contrefaçon et en concurrence déloyale, en jugeant qu'il n'y avait pas de risque de confusion, ni d'atteinte à la fonction d'identification d'origine de la marque²⁰. Elle a retenu que les pages de résultats affichaient les liens commerciaux, mais aucun référencement naturel vers le site de la société Ies et que peu importait que la requête reste affichée sur la page d'affichage des liens incriminés. La demande formée contre Google au titre de sa responsabilité civile mettait en cause son abstention « de mettre en œuvre des moyens de contrôle destinés à empêcher l'appropriation » des marques. Le grief de publicité mensongère par Google avait également été soulevé, du fait de l'usage du libellé « liens commerciaux » qualifié par le demandeur de trompeur et mensonger. La cour d'appel avait fait référence à une recommandation de 2005 du Forum des droits de l'internet pour écarter ce grief. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi de la société Auto Ies, en observant que les annonces qui utilisent des termes génériques, ne font pas référence aux marques et désignent un site sous un « nom de domaine ne présentant aucun rattachement avec la société Auto Ies ». De ce fait, le pourvoi contre Google a été rejeté.

Enfin, dans l'affaire *Cobrason*, la cour d'appel de Paris avait confirmé le jugement du tribunal de commerce du 23 octobre 2008, qui avait condamné in solidum l'annonceur, la société Home Cine Solutions, et les sociétés Google France et Google Inc. pour concurrence déloyale et publicité de nature à induire en erreur²¹. Un arrêt de cassation a été rendu le 29 janvier 2013, qui a remis en cause cette solution²². Les sociétés Cobrason et Home Cine Solutions exercent une activité concurrente de vente en magasin et en ligne de produits Hi-fi et vidéo, respectivement sur leurs sites < www.cobrason.com > ou < www.cobrason.fr > et < www.homecinesolutions.fr >. La requête « Cobrason » effectuée sur Google générait l'affichage d'un lien vers le site < www.cobrason.com > en premier résultat du référencement naturel et du lien commercial « Matériel Hifi Home Cinéma, pourquoi payer plus cher, choix, qualité et service depuis 5 ans www.homecinesolutions.fr ». Sur la condamnation de Google, la Cour de cassation a déclaré que le juge d'appel n'a pas répondu « aux conclusions de la société Google Inc. qui revendiquait le régime de responsabilité limitée institué au profit des hébergeurs de contenus par l'article 6, 1-2 de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique ». Sur la concurrence déloyale du fait de l'annonceur, elle a déclaré que le juge d'appel, a statué « sans relever de circonstances caractérisant un risque de confusion entre les sites internet des deux entreprises et alors que le démarchage de la clientèle d'autrui est licite s'il n'est pas accompagné d'un acte déloyal ».

Sur la publicité mensongère et l'article L. 121-1 du Code de la consommation, la Cour de cassation déclare « que pour retenir la responsabilité de la société Solu-

tions, l'arrêt retient encore que l'affichage, à titre de lien principal, du site homecinesolutions.fr à la suite d'un clic sur le terme "Cobrason", est constitutif en lui-même d'une publicité trompeuse dès lors que l'internaute ne peut qu'être porté à croire à l'existence d'un lien commercial particulier entre les sites des sociétés Cobrason et Solutions, au travers, entre autres, d'une possible identité des produits offerts à la vente, et que le lien litigieux présentant le site de la société Solutions et contenant la formule "pourquoi payer plus cher" est aussi, eu égard à la terminologie employée, susceptible d'induire en erreur l'internaute et d'entraîner un détournement de la clientèle considérée ». Elle juge qu'« en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser une publicité fausse ou de nature à induire en erreur portant sur un ou plusieurs des éléments énumérés par l'article L. 121-1 du Code de la consommation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

B. Les six décisions de 1^{re} et 2^e instances en 2012

En 2012, vingt-deux décisions ont été retenues portant sur le service Adwords en France.

Six décisions ont sanctionné l'annonceur tandis que seize autres²³ ont débouté le demandeur, tant sur la contrefaçon, que sur la concurrence déloyale et le parasitisme, en l'absence de faits distincts.

20. CA Paris pôle 5-1, 2 févr. 2011, *Google France c/ Auto IES et autres*, consultable sur : < www.legalis.net >.

21. CA Paris pôle 5-4, 11 mai 2011, consultable sur : < www.legalis.net >, *Google France, Google Inc. c/ Cobrason, Home Cine Solutions*.

22. Cass. com., 29 janv. 2013, pourvois n° R 11-21011 et Q 11-24713, *Solutions c/ Google, Cobrason*.

23. CA Lyon 1^{re} ch. civ. A, 19 janv. 2012, RG n° 09/07831, *SAS Sogelink c/ Sarl Sig-Mage* ; TGI Paris ch. 3, sect. 4, 26 janv. 2012, RG n° 10/17352, *Sarl Webangelis c/ L. I.* ; CA Paris pôle 5-1, 1^{re} févr. 2012, RG n° 10/05322, *SAS Petit Poucet c/ SA BPCE, SA Euro RSCG C&Co* ; TGI Paris, 29 févr. 2012, ord. de réf., RG n° 12/51289, *Pandora A/S, Pandora France c/ Sarl Bijoux-online.fr* ; TGI Paris ch. 3, sect. 3, 16 mars 2012, RG n° 10/14901, *Probanet Sarl c/ Gritco Ile-de-France Sarl* ; CA Lyon 1^{re} civ., ch. A, 22 mars 2012, *Google France c/ Jean-Baptiste D.-V et autres*, consultable sur : < www.legalis.net > ; TGI Paris ch. 3, sect. 3, 4 mai 2012, RG n° 09/08208, *Sté Harvest Sarl c/ CGP Land Sarl, AGB Expertise Sarl* ; TGI Paris ch. 3, sect. 4, 10 mai 2012, RG n° 11/00168, *Sarl Discount Auto Center c/ Sarl Egroup, Speedinfo.fr, Sarl AS Développement* ; TGI Paris ch. 3, sect. 1, 12 juin 2012, RG n° 11/00285, *SAS Gemofis, D. L. c/ Immoprino* ; TGI Paris ch. 3, sect. 1, 26 juin 2012, RG n° 10/07050, *JM Weston SAS c/ eBay France SA, eBay International AG, eBay Inc.* ; TGI Paris, 26 juin 2012, ord. réf., RG n° 12/54318, *SAS ELM Leblanc c/ Sarl BHN* ; TGI Nanterre ch. 1, 6 sept. 2012, *Eurochallenges c/ Lina H.*, consultable sur : < www.legalis.net > ; TGI Paris ch. 3, sect. 3, 7 sept. 2012, RG n° 10/11664, *Dreamnax c/ Riviera Global Trading Riviera GT* ; TGI Paris ch. 3, sect. 4, 13 sept. 2012, RG n° 11/10330, *Attendance, E. B-S c/ Time Keeping Systemes Europe SPRL* ; Cass. com., 25 sept. 2012, RG n° 11-18110, *Auto IES c/ Google France, Google Ireland, Google Inc.* ; TGI Paris ch. 3, sect. 4, 8 nov. 2012, RG n° 09/01905, *SA Systran c/ Google Inc, Google Ireland Ltd, Sarl Google France*.

nom de domaine < monnuage.fr > et a demandé l'interdiction de l'usage du mot-clé « monnuage » pour afficher l'annonce « Trouvez monNuage vols ici, www.monnuage.vol24.fr » qui dirigeait donc vers le site < www.monnuage.vol24.fr > de la société Unister, dédiée à un service de comparateur de prix. Elle a obtenu gain de cause. Le juge des référés a jugé l'atteinte à la marque et la concurrence déloyale vraisemblables²⁹.

Le TGI de Bordeaux a sanctionné sur le terrain de la contrefaçon de la marque *Panosol* n° 3410819 l'achat des mots-clés « Panosol », « Panosol Toulouse » et « Panosol Montauban » pour afficher un lien commercial vers le site du défendeur, le titre de l'annonce reprenant la requête et donc la marque *Panosol* pour une activité concurrente³⁰.

Il a été jugé que « l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif ne peut distinguer l'entreprise à laquelle renvoie ce lien promotionnel, de celle du titulaire de la marque *Panosol*, portant la même dénomination ».

2. Les décisions qui ont écarté la responsabilité de l'annonceur et de Google en 2012

Dans les décisions qui ont écarté la responsabilité de l'annonceur et de Google, le juge se réfère à la jurisprudence communautaire et considère qu'il n'y a pas d'atteinte à la fonction d'indication d'origine lorsque l'annonce ne comprend pas la marque invoquée, identifie clairement l'annonceur et se trouve dans la colonne de droite « liens commerciaux » ou en tête de la liste des résultats, qui distingue nettement les annonces du référencement naturel des liens commerciaux.

L'internaute « qui maîtrise de mieux en mieux les outils d'internet »³¹ percevra l'annonce comme celle d'un concurrent. À défaut de risque de confusion, il n'y a ni contrefaçon, ni concurrence déloyale. Cette décision a été adoptée dans plusieurs affaires concernant les annonces et les achats de mots-clés suivants : « Gritco France, www.gritco.fr, Technologies et matériel d'hydrogommage et de sablage », mot-clé réservé « Probanet³² » ; « Pièces auto jusqu'à -80 % www.piecesvoitures.com : pièces détachées toutes marques. Le spécialiste de l'automobile », « -80 % Pièces Auto.kit embrayage à prix discount. + de 400 centres de montage – La boutique – Les Pass Piècesvoitures www.piecesvoitures.com », mot-clé réservé « Yakarouler³³ » ; « Rondier easyTour et Pipe, Ultra résistant et fiable, Maintenant paquet complet pour 595 €, www.guard1 », mot-clé réservé « Vigicom »³⁴.

Le grief de contrefaçon par substitution a été rejeté à défaut de prouver que le lien promotionnel permet à l'internaute d'acquérir un produit de la marque invoquée³⁵.

Le TGI de Paris a statué dans une affaire qui opposait la société Systran aux sociétés Google, mises en cause pour avoir utilisé le mot-clé « systran » pour afficher le lien commercial « Traduction Google : traduisez vos pages web avec la nouvelle toolbar ; gratuit ! toolbar.google.fr/ig »³⁶. Ce lien s'affichait aux côtés du référencement naturel de la société Systran, dans la même partie gauche, pour ses outils de traduction. Le grief de

publicité mensongère a été rejeté au motif que « l'annonce dans la rubrique « liens commerciaux » est perceptible par l'internaute comme étant de la publicité et ce d'autant que l'origine du service proposé est particulièrement identifiable, la référence à Google étant claire et parfaitement comprise s'agissant d'une société qu'aucun internaute ne peut ignorer ». Les autres griefs de contrefaçon de marque et concurrence déloyale pour usurpation de dénomination sociale et nom commercial ont été rejetés, « le client potentiel étant en mesure de remarquer qu'il a affaire à deux prestations concurrentes de 2 sociétés économiquement distinctes ».

V. L'enjeu sur le web est la visibilité : quelles solutions ?

Pour tous, pour les titulaires de droits comme pour leurs concurrents, l'enjeu majeur sur le web est la visibilité. Cette visibilité est au cœur de la fonction de garantie de l'origine, qui est attribuée et reconnue à la marque par la directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008³⁷. La limitation sur le web de l'espace de visibilité aux premières pages de référencement, voire à la seule première page, ne doit pas conduire à autoriser l'usage de la marque de son concurrent comme mot-clé, pour être référencé à ses côtés, sur cette première page. Cela ne peut que nuire au concurrent dont la marque est un actif fondamental. En réalité, cela nuit aussi aux internautes, car les résultats sont faussés. Le public de référence défini par la Cour de justice est « l'internaute moyen ». Ce référentiel est cité par la CJUE deux fois dans la décision du 23 mars 2010, aux paragraphes 99 et 121, outre le paragraphe 3 du sommaire, et aussi dans la décision *Portakabin* du 8 juillet 2010. Il n'est pas défini. Il fait référence au concept du « consommateur d'attention moyenne ». Pourtant, le web n'est pas que l'univers du « B to C » ou « Business to Consumer » et des biens de consommation, c'est aussi l'univers des entreprises, avec le « B to B » ou « Business to Business ». Cette approche consumériste est trop limitée. Le défi est de permettre



29. TGI Paris, ord. de réf., 4 oct. 2012, RG n° 12/56553, SAS Shoomo France c/ Unister GmbH, Google Ireland Ltd.

30. TGI Bordeaux ch. 1, 25 sept. 2012, *Panosol c/ AD Validem*, consultable sur : < www.legalis.com >.

31. TGI Paris, 13 sept. 2012, RG n° 11/10330, *Attendance*, Eric B-S. c/ Time Keeping Systèmes Europe SPRL.

32. TGI Paris ch. 3, sect. 3, 16 mars 2012, RG n° 10/14901, *Probanet Sarl c/ Gritco Ile-de-France Sarl*.

33. TGI Paris ch. 3, sect. 4, 10 mai 2012, RG n° 11/00168, *Sarl Discount Auto Center c/ Sarl Egroup, Speedinfo.fr, Sarl AS Développement*.

34. TGI Paris ch. 3, sect. 4, 13 sept. 2012, RG n° 11/10330, *Attendance*, Eric B-S c/ Time Keeping Systèmes Europe SPRL.

35. TGI Paris ch. 3, sect. 3, 4 mai 2012, RG n° 09/08208, *Harvest Sarl c/ CGP Land Sarl, AGB Expertise Sarl*.

36. TGI Paris ch. 3, sect. 4, 8 nov. 2012, RG n° 09/01905, *SA Systran c/ Google Inc, Google Ireland Ltd, Sarl Google France*.

37. Directive 2008/95/CE du 22 oct. 2008, considérant n° 11.

sur le web la création d'un véritable espace de visibilité, organisé selon des règles claires et loyales. Comme toutes règles, elles engendreront certaines contraintes. Ce défi reste à relever par les prestataires de référencement. Le caractère international du web rend cette nécessité très difficile à appréhender. Ce que l'on constate aujourd'hui tend vers la segmentation du web, avec, par exemple, le développement de webs régionaux, dont les sites utilisent leurs langues nationales, ou encore avec les nouveaux TLDs (Top Level Domains) dont le lancement va commencer au second semestre 2013. Cette segmentation va probablement contribuer à modifier et élargir les espaces de visibilité sur les différentes parties du web. La propriété intellectuelle doit avoir sa place dans cet univers en évolution constante et rapide.

