

*La société Google a eu à faire face à de nombreux procès, notamment en France, depuis quelques années, au sujet de son système de liens sponsorisés Adwords. De nombreux jugements ont ainsi été rendus et la jurisprudence s'est affinée au fur et à mesure des décisions prises par la justice. Au moment où de nouvelles affaires voient le jour, il était intéressant de demander à notre juriste de faire le point sur ce domaine en gardant un oeil "européen" sur les jugements énoncés ces derniers mois...*

Depuis maintenant près de 10 ans, la justice française se penche périodiquement sur la légalité du service "Adwords" de Google (ou de ceux apparentés chez Yahoo! Search Marketing ou encore Miva) au regard de la législation afférente à la protection de la propriété intellectuelle.

La Cour de cassation a pris la décision, le 20 mai 2008, de renvoyer à la Cour de Justice des Communautés Européennes ("CJCE") la responsabilité de trancher sur le fond la question de la légalité des liens commerciaux (Cass. com., 20 mai 2008 - [http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id\\_article=2314](http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2314)).

Parallèlement, le 23 octobre 2008, le Tribunal de commerce de Paris condamnait Google pour avoir permis à une entreprise de réserver dans Adwords la dénomination sociale de son concurrent direct comme mot-clé. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une première, le Tribunal de commerce de Paris a condamné Google sur le fondement de la publicité illicite et de la concurrence déloyale, et non sur le fondement de la contrefaçon (TC Paris, 23 octobre 2008 - [http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id\\_article=2469](http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2469)).

Ces deux décisions ont pour avantage de construire (voire finaliser la construction) du régime juridique des liens sponsorisés.

### ***I. Le régime des liens commerciaux eu égard à la contrefaçon***

S'il est possible de dégager un courant constant de jurisprudence au bout de quelques années, l'on pourrait alors globalement indiquer que les tribunaux jugent régulièrement que la vente des mots-clés constituant des marques est un acte de contrefaçon (par exemple : CA Aix-en-Provence, 6 décembre 2007 ou Tribunal de Grande Instance de Paris, 12 décembre 2007). La mise à disposition de marques en tant que mots-clés pouvant être réservés ainsi que la juxtaposition à certains termes (par exemple, au terme "fake" pour Louis Vuitton : CA Paris, Louis Vuitton c/ Google, 28 juin 2006 – un des trois pourvois suspendus par la Cour de cassation pour renvoi juridictionnel auprès de la CJCE a été précisément formulé en cassation de cet arrêt d'appel) ont été autant d'éléments qui ont permis à de nombreuses reprises aux juges de condamner Google sur ce fondement.

Il convient de noter que la plupart des actions introduites devant la justice française n'incluaient pas les annonceurs, pourtant principaux fautifs. En effet, à l'exception de quelques décisions (Notamment TC Paris, 5 octobre 2005), tous les jugements et arrêts en matière de liens commerciaux incluent le prestataire (souvent Google au demeurant, démontrant sa position dominante sur ce marché). A tel point que, dans une affaire Gifam, la Cour d'appel de Paris a débouté les requérants de leur action contre Google sur le terrain de la contrefaçon de marques compte tenu du fait que seule Google ait été assignée sans que les annonceurs ne soient inquiétés (CA Paris, 1<sup>er</sup> février 2008, Gifam et autres / Google France - précité).

Toutefois, la jurisprudence plus récente semble assouplir sa position en exigeant certaines conditions ou omissions de la part des prestataires de liens sponsorisés, pour mettre en œuvre leur responsabilité.

Dans une affaire Citadines (TGI Paris, 11 octobre 2006, Citadines / Google. Accessible à l'adresse : [http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id\\_article=1765](http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1765)), le Juge des référés parisien a précisé que Google ne saurait être accusée de faire un usage contrefaisant de marques, "cet acte illicite n'étant constitué qu'au moment où l'annonceur a choisi une des dénominations proposées par

*le générateur comme mot-clé pour faire une publicité pour un site alors qu'il ne bénéficie pas de l'autorisation du titulaire de la marque".*

Dans le cadre de cette affaire, le juge des référés a posé comme principe que la responsabilité civile d'un professionnel des liens sponsorisés ne peut pas être engagée si

- le prestataire met "à la disposition de ses prospects un outil de contrôle a priori permettant à ceux-ci de posséder les informations nécessaires à la vérification de leurs droits et de ceux des tiers"

OU

- le prestataire "ne met pas fin aux contrefaçons avérées dès leur information par les titulaires des droits".

La vérification à l'aide de l'outil est à la charge des prospects (futurs annonceurs) et non des prestataires qui ne pouvaient, techniquement et humainement, procéder à de telles vérifications.

Le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris a introduit une exonération de responsabilité en cas de réaction prompte pour faire cesser le trouble. Cette décision est à rapprocher des décisions du Tribunal de Commerce de Lille (TC Lille, 1<sup>er</sup> juin 2006, STE Espace Unicis c/ SA Meetic, SARL Google France) et du Tribunal de Grande Instance de Nice (TGI Nice, 7 février 2006, SAS TWD INDUSTRIES c/ EURL GOOGLE FRANCE, Société GOOGLE Inc) qui avaient posé les mêmes principes.

Au demeurant, il est à noter, également, que le Forum des droits sur Internet avait recommandé aux prestataires de liens sponsorisés, en juillet 2005, de "*suspendre l'utilisation des mots-clés litigieux dans les meilleurs délais lorsqu'ils ont connaissance du fait que cette situation porte atteinte aux droits d'un tiers suite à une réclamation complète et motivée effectuée par le titulaire des droits*" (<http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=919>).

C'est dans ce contexte (certes stabilisé) que la Cour de cassation a pris la décision de demander à la Cour de Justice des Communautés Européennes (cour suprême de l'Union européenne) son interprétation.

Ainsi, la CJCE devra schématiquement répondre aux questions suivantes :

- un propriétaire de marques peut-il interdire à un prestataire de liens sponsorisés (Google par ex.) qu'il "vende" ses marques à un tiers ?
- si un propriétaire de marques ne peut pas interdire qu'un prestataire de liens sponsorisés "vende" ses marques à un tiers, ce prestataire de liens sponsorisés peut-il bénéficier du régime d'irresponsabilité des "hébergeurs" ?

Dans le cadre de sa réponse, la CJCE devra prendre en compte les différents courants de jurisprudence en Europe, et notamment le récent jugement du Tribunal de commerce de Barcelone reconnaissant la légalité des moteurs de recherche (Juzgado Mercantil n°5 - Barcelona - *Google Spain c/ Aleix Pedragosa Llaurado* - 23 septembre 2008 - inédit). Le Commission européenne refusant finalement de procéder à la rédaction d'une nouvelle directive, le futur arrêt de la CJCE sera la règle dans toute l'Union européenne en matière de liens sponsorisés et ce, probablement pour longtemps.

## **II. Le régime des liens commerciaux et le principe d'irresponsabilité des hébergeurs**

Notre étude précédente soulignait l'importance de la définition de l'activité d'hébergeur (Voir lettre R&R du mois d'octobre 2008). Lorsqu'un prestataire sur Internet est accusé d'actes illicites (concurrence déloyale, etc...), il est fréquent qu'il se réfugie derrière le statut d'hébergeur (qui pose un principe d'irresponsabilité).

Au titre de ce courant de jurisprudence relatif aux contenus (ebay, etc...), seuls les hébergeurs de métier (par exemple, OVH) bénéficient du régime d'irresponsabilité. Les prestataires de liens sponsorisés (qui ne sont pas des hébergeurs de métier) ne bénéficient pas du régime d'irresponsabilité.

Ainsi, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a précisé clairement que Google ne se comporte pas comme un simple hébergeur, mais qu'il a "*diffusé des messages publicitaires sous forme de liens*

*commerciaux au profit d'annonceurs qui les rémunèrent pour la diffusion, ce qui constitue une activité de régie publicitaire" (CA Aix-en-Provence, 6 décembre 2007, précité).*

De même, dans sa décision du 23 octobre 2008, le Tribunal de commerce de Paris a relevé que Google ne "se borne pas à stocker des informations de nature publicitaire qui lui sont fournies par des annonceurs", mais "déploie une activité de régie publicitaire".

Or, nous avons déjà établi que la Commission européenne interprète la directive "commerce électronique" du 8 juin 2000 en ce sens qu'il ne faut pas prendre en compte le métier du prestataire poursuivi (hébergeur, prestataire de liens sponsorisés, etc...), mais la nature de l'activité incriminée (hébergement des données incriminées, édition des données incriminées, etc...).

Si la CJCE reconnaît ce principe (ce que nous pensons), les prestataires de liens sponsorisés pourront alors se réfugier derrière le régime d'irresponsabilité en cas de problème, mais devront s'y conformer en retirant toute lien sponsorisé prétendument illicite.

Toutefois, il sera toujours possible de poursuivre les prestataires de liens sponsorisés au titre de la publicité mensongère / de nature à induire en erreur.

### **III. Le régime des liens commerciaux eu égard à la publicité illicite**

Au fur et à mesure que les décisions étaient rendues sur le terrain de la contrefaçon de marques et de la concurrence déloyale, les avocats ont également fondé leurs actions contre les prestataires de liens sponsorisés sur la publicité mensongère / de nature à induire en erreur.

Dans la mesure où les liens commerciaux ont été reconnus (très vite) comme des publicités, les juges ont naturellement pu appliquer la loi sur la publicité. Ainsi, plus récemment, la Cour d'appel de Paris a condamné Google pour publicité trompeuse et publicité de nature à induire le public en erreur (CA Paris, 28 juin 2006). En effet, l'article L 121-1 du Code de consommation précise qu'est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur.

Ainsi, les juges retiennent la responsabilité des prestataires de liens sponsorisés pour les annonces (souvent 3 lignes) des annonceurs (clients).

En cas de réservation de mot-clé de la marque d'un concurrent (à l'instar du jugement du Tribunal de commerce de Paris), les juges condamnent les prestataires de liens sponsorisés sur le terrain de la publicité comparative illicite.

Le régime des liens sponsorisés s'affine, se précise et surtout se stabilise. Ainsi, la responsabilité des prestataires de liens sponsorisés s'est vue limitée de plus en plus dans la pratique (pour probablement se rapprocher de celle des "hébergeurs"). Les prestataires de liens sponsorisés seront donc à même d'appréhender leurs obligations et risques et les titulaires de marques à même de procéder plus rapidement et efficacement à la défense de leurs intérêts. Ce que l'arrêt de la CJCE viendra probablement confirmer en 2009...

**Alexandre Diehl**  
Avocat à la Cour  
[alexandre.diehl@lawint.com](mailto:alexandre.diehl@lawint.com)

**Réagissez à cet article sur le blog des abonnés d'Abondance :**  
<http://abonnes.abondance.com/blogpro/2008/11/liens-sponsoriss-vers-une-harmonisation.html>