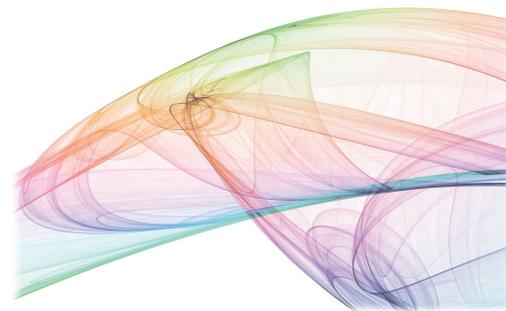


# Technologies de l'information



**Nicolas HERZOG**,  
Président de la  
Commission Nouvelles  
Technologies de l'ACE,  
Avocat au  
Barreau de Paris,  
Racine,  
nherzog@racine.eu

## Google AdWords & statut d'hébergeur : Les principes d'analyse clarifiés

Par un arrêt du 19 novembre 2010 (Google / SFL<sup>1</sup>), la Cour d'appel de Paris a qualifié Google d'hébergeur s'agissant de son activité de régie publicitaire AdWords en appliquant les principes posés par la CJUE dans son arrêt du 23 mars 2010<sup>2</sup>.

Dans la droite ligne de l'arrêt de la CJUE, la Cour d'appel a jugé que la responsabilité de Google ne saurait être engagée sur le fondement du droit des marques mais uniquement sur celui du droit commun de la responsabilité civile (article 1382 du Code civil).

Dans les limites de ce cadre légal, la Cour a décidé que Google pouvait en l'espèce bénéficier du régime de responsabilité limitée des hébergeurs de l'article 6.2 de la LCEN par application des principes posés aux points 116, 117 et 118 de l'arrêt de la CJUE :

« Qu'il importe donc de déterminer si, en l'espèce, en assurant le fonctionnement du service adwords litigieux qui stocke les mots clés, l'adresse de l'annonceur, le titre du lien promotionnel et le message commercial qui accompagne celui-ci, Google a agi de façon active, au-delà des prestations apportées par un intermédiaire technique "neutre" ; Considérant à cet égard, que dans l'arrêt précité du 23 mars 2010, la Cour de Justice de l'Union Européenne ne se borne pas à renvoyer à la compétence des juridictions nationales l'appréciation de la responsabilité civile de droit commun des sociétés Google mais fixe précisément, aux points 116, 117 et 118 de son arrêt, les principes qui doivent guider leur analyse ;

Que ces principes qui s'imposent dès lors à elles, sont les suivants :

- La seule circonstance que le service de référencement soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération, ou encore qu'elle donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour

effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31 ;

- De même, la concordance entre le mot clé sélectionné et le terme de recherche introduit par un internaute ne suffit pas en soi pour considérer que Google a une connaissance ou un contrôle des données introduites dans son système par les annonceurs et mises en mémoire sur son serveur ;
- Est en revanche pertinent, le rôle que jouerait Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés. »

En l'espèce, la Cour a jugé que les Syndicat Français de la Literie ne rapportait pas la preuve du caractère actif de Google dans la rédaction des annonces publicitaires ou dans la sélection des mots-clés et l'a donc qualifiée d'hébergeur.

Par application de ce régime, Google ne pouvait voir sa responsabilité engagée que si elle n'avait pas agi promptement pour supprimer une annonce manifestement illicite qui lui avait été préalablement notifiée.

Dans la mesure où le Syndicat de la Literie ne démontrait pas le caractère manifestement illicite des annonces litigieuses, la Cour a écarté la responsabilité de Google.

1. [http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&tid\\_article=3024](http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&tid_article=3024)

2. <http://www.nicolas-herzog.net/article-liens-commerciaux-le-regime-de-responsabilite-de-google-clarifiee-47370835.html>



Le régime de responsabilité de Google, s'agissant de son activité de régie publicitaire dénommée AdWords, peut se synthétiser comme suit :

- Si Google joue **un rôle actif** dans la rédaction de l'annonce publicitaire ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés, elle est soumise au régime de responsabilité de l'article 1382 du Code civil ;
- Si au contraire Google joue **un rôle passif** dans la rédaction de l'annonce publicitaire ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés, elle bénéficie du statut d'hébergeur et ne peut voir sa responsabilité engagée que si elle ne supprime pas promptement une annonce manifestement illicite qui lui a été notifiée.

### **Kelkoo qualifié de site publicitaire et non de comparateur objectif de prix**

Dans un arrêt du 21 octobre 2010 (Concurrence / Kelkoo.com<sup>3</sup>), la Cour d'appel de Grenoble a qualifié la société Kelkoo de site publicitaire et à ce titre l'a condamnée à respecter les obligations légales applicables à ce type d'activité.

La Cour a précisé dans son arrêt que :

« Aux termes des dispositions de l'article 14 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, "Pour la confiance dans l'économie numérique", qui a transposé la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce numérique, "le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services.

Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent.", ce qui correspond à la relation existant entre la société KELKOO et les internautes qui se connectent au site de cette dernière.

Aux termes des dispositions de l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ; "Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée.

L'alinéa précédent s'applique sans préjudice des dispositions réprimant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l'article L 121-1 du code de la consommation".

La société KELKOO, qui définit elle-même la publicité "par sa finalité qui consiste à promouvoir le produit ou le service objet de la publicité", ne saurait prétendre que la présentation des produits est objective et qu'elle ne s'apparente pas à une promotion de ces derniers, sous le seul prétexte que seuls le lien, le produit et le prix seraient affichés sans

qu'elle y introduise des messages destinés à promouvoir ces produits, alors que cette présentation permet aux marchands de faire eux-mêmes la promotion de leurs produits et qu'il ne peut être soutenu que l'information donnée par les marchands est elle-même objective, qu'elle est conditionnée par l'existence d'un contrat entre ces marchands et la société KELKOO et que cette dernière y est obligée dès lors que le marchand satisfait à l'obligation de rémunération qu'il a contractée à l'égard de la société KELKOO.

Au surplus, en affirmant dans la rubrique du site Kelkoo.fr "qui sommes nous" que les prix trouvés sur le site sont inférieurs de 20 % à ceux des magasins traditionnels, affirmation qui ne peut être tenue pour objective alors que la société KELKOO s'abstient de la démontrer, la société KELKOO se livre de façon manifeste à une publicité, au sens où elle définit elle-même cette notion, pour son bénéfice et mais également au profit des sites marchands qui ont signé un contrat dit de partenariat lesquels sont ainsi censés présenter les "meilleurs prix", affirmation purement publicitaire ce que la société KELKOO reconnaît lorsqu'elle affirme, pour en dénier le caractère trompeur, qu'il s'agit d'une publicité hyperbolique dont la licéité est admise par la jurisprudence. »

La Cour en déduit que la société Kelkoo est un site publicitaire et qu'à ce titre elle doit respecter les exigences du Code de la consommation.

Elle a en conséquence condamné Kelkoo pour publicité trompeuse (article L 121-1 du Code de la consommation) et pratique commerciale déloyale (article L 120-1 du même Code) pour ne pas :

- S'être identifié clairement comme un site publicitaire ;
- Mettre les prix à jour en temps réel ;

3. [http://www.pcinpact.com/media/cagrenoble\\_08-03251\\_kelkoo.pdf](http://www.pcinpact.com/media/cagrenoble_08-03251_kelkoo.pdf)

figurer sur une liste de titulaires de comptes bancaires au Liechtenstein et objet d'une enquête des services fiscaux.

Le Tribunal a tout d'abord constaté que les éléments constitutifs de la diffamation étaient réunis, au sens de l'article 29 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881, en ce que les propos incriminés :

- étaient allégués publiquement ;
- étaient clairement imputés à David Douillet ;
- portaient atteinte à son honneur et à sa considération en mettant en cause sa probité.

Il a ensuite rappelé que les imputations diffamatoires sont présumées faites de mauvaise foi et qu'en conséquence :

*« Leurs auteurs, soit les journalistes et l'éditeur du site, ne peuvent échapper à une condamnation qu'en justifiant de leur bonne foi, preuve qui leur incombe par la démonstration de la légitimité du but poursuivi, de l'absence d'animosité personnelle contre la victime, du sérieux de l'enquête et de la prudence dans les propos. »*

Sur ce point les magistrats ont considéré qu'en « se dispensant de toute investigation, alors qu'aucune urgence ne légitimait une telle précipitation avant de publier et de soumettre à la rumeur publique une information de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération de David Douillet, les auteurs des propos diffamatoires ont manqué de bonne foi et se sont rendus coupables in solidum de diffamation. »

Les auteurs de l'article litigieux et la société Bakchich ont en conséquence été condamnés à payer à David Douillet la somme de 20 000 € à titre de dommages et intérêts.

---

### **Droit de la Preuve : Un compte Facebook paramétré en accès ouvert dépasse la sphère privée**

---

Dans un jugement du 19 novembre 2010 (M.B / Alten Sir<sup>5</sup>), le Conseil de Prud'hommes de Boulogne Billancourt a jugé que le fait de paramétrer un compte Facebook en autorisant de partager sa page avec « ses amis et leurs amis » constituait un accès ouvert dépassant la sphère privée.

En l'espèce, la salariée contestait la recevabilité des preuves qui lui étaient opposées pour justifier son licenciement pour faute grave dans la mesure où l'employeur se prévalait pour ce faire d'une copie d'écran d'une page Facebook de l'un de ses salariés.

Dans son jugement du 19 novembre 2010, le Conseil de Prud'hommes a jugé que le mode de preuve utilisé par l'employeur était licite dans la mesure où le compte Facebook était paramétré en accès ouvert :

*« Monsieur François C. a choisi dans le paramètre de son compte, de partager sa page Facebook avec "ses amis et leurs amis", permettant ainsi un accès ouvert, notamment par les salariés ou anciens salariés de la société Alten Sir ; il en résulte que ce mode d'accès à Facebook dépasse la sphère privée et qu'ainsi la production aux débats de la page mentionnant les propos incriminés constitue un moyen de preuve licite du caractère fondé du licenciement. »*

Le Conseil en a donc déduit que l'employeur n'avait pas violé le droit au respect de la vie privée de la salariée.

- 
- Mentionner les périodes de validité des offres ;
  - Mentionner les frais de livraison ;
  - Mentionner les conditions de la garantie et les caractéristiques principales des produits offerts à la vente.

Kelkoo a également été condamnée des mêmes chefs pour avoir faussement affirmé qu'un robot dénommé « Kelkoo sniffer » recherchait les meilleurs prix dans les bases de données des sites marchands, référencés ou non.

---

### **www.bakchich.info condamné pour diffamation**

---

Dans un jugement du 6 janvier 2011 (David Douillet / Bakchich<sup>4</sup>), le Tribunal de Grande Instance de Nanterre a condamné le site Internet Bakchich.info à 20 000 € de dommages et intérêts pour avoir diffamé le judoka David Douillet.

David Douillet reprochait au site bakchich d'avoir publié le 15 mars 2008 un article le présentant comme un fraudeur, suspecté de

4. [http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3071](http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3071)

5. [http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3027](http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3027)