



**E-PUBLICITÉ QUELQUES RÉFLEXIONS EN ATTENDANT LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

**E-PUBLICITÉ**

**QUELQUES RÉFLEXIONS EN ATTENDANT LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

**PROF. JEAN-PIERRE CLAVIER**

*PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE NANTES- ABU DHABI*

**Introduction**

S'il est difficile, dans le cadre de cette conférence, d'évoquer toutes les techniques publicitaires à l'œuvre sur Internet, il est possible, en revanche, d'apercevoir les principales problématiques juridiques en exposant l'une de ces méthodes de E-publicité.

Les questions juridiques qu'elle a fait naître sont sur le point de trouver une première série de réponses en Europe ; la Cour de Justice des Communautés européennes est en effet saisie de plusieurs questions préjudicielles ayant pour objet, tant le droit des marques que le droit de la responsabilité applicables à certains acteurs du commerce électronique.

La technique publicitaire que l'on se propose d'étudier est connue sous sa dénomination commerciale : il s'agit du service « Adwords » proposé par la société Google, en application d'un contrat de positionnement. D'autres sociétés que Google, comme Overture, proposent des techniques publicitaires analogues ; il n'en demeure pas moins que la position hégémonique de Google sur internet place son offre de services publicitaires au premier rang. Au demeurant, c'est bien la technique des « Adwords » qui suscite actuellement le contentieux le plus important en France, en Europe, comme au delà.

La première chose à souligner est la très grande performance de cette solution publicitaire ; elle offre aux entreprises qui souhaitent améliorer leur visibilité sur Internet des moyens très efficaces. Les entreprises ne s'y trompent pas ; elles sont très nombreuses à exploiter cette ressource.





*PROF. JEAN-PIERRE CLAVIER*

■ ■ ■ ■ ■  
Ce succès commercial confère à la problématique juridique une partie de son intérêt. Les conflits qui naissent de cette technique publicitaire sont fréquents et nourrissent, depuis quelques années, un contentieux judiciaire consistant.

En vertu du contrat conclu avec la société prestataire du service, l'annonceur choisit des mots clés qui sont sensés caractériser son activité économique. Puis, lorsqu'un internaute interrogera le moteur de recherche du prestataire en utilisant l'un de ces mots clés, un message publicitaire comportant un lien hypertexte dirigeant vers le site web de l'annonceur apparaîtra sur l'une des pages comportant les résultats offerts à l'internaute par le moteur de recherche.

Les difficultés proviennent de la nature des mots clés sélectionnés par les internautes. Parmi eux, figurent des termes qui sont déjà le siège de droits ; pour l'essentiel, il s'agit de marques.

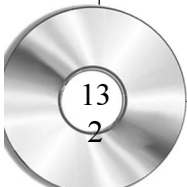
On aperçoit aisément la nature du conflit qui va se présenter ; le titulaire de la marque engagera un procès en contrefaçon contre l'annonceur qui fait un usage non autorisé de sa marque.

En réalité ce n'est pas ce contentieux qui nous intéresse ici au premier chef, car il présente assez peu d'originalité au regard du droit des marques.

On indiquera simplement que si l'annonceur fait un usage de la marque enregistrée qui crée un risque de confusion dans l'esprit du public, il commet un acte de contrefaçon. Ce sera le cas s'il est un concurrent du titulaire de la marque. Ajoutons que si la marque jouit d'une renommée, l'annonceur engagera sa responsabilité. Tout cela est très classique.

Les questions les plus difficiles au regard du droit des marques concernent le rôle joué par le prestataire qui met en ligne un service permettant la commission d'actes de contrefaçon.

Indépendamment des sanctions propres au droit des marques, le prestataire d'un tel service peut-il voir sa propre responsabilité engagée au seul motif qu'il offre un outil qui peut occasionner des dommages à des tiers ?





**E-PUBLICITÉ QUELQUES RÉFLEXIONS EN ATTENDANT LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

Les juridictions européennes et parmi elles les juridictions françaises ont eu à résoudre deux types de difficultés :

- Le service publicitaire qui repose sur l'usage de mots clés expose t-il le prestataire à une responsabilité sur le terrain du droit des marques ?
- La qualité d'intermédiaire dans cette activité de commerce électronique autorise t-il le prestataire à bénéficier du régime de responsabilité très favorable conçu pour les fournisseurs d'hébergement ?

La réponse à ces deux questions suppose l'interprétation de deux directives communautaires ; l'une relative à l'harmonisation du droit des marques, l'autre relative au commerce électronique.

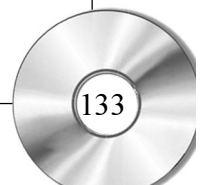
La Cour de cassation française, à l'instar d'autres juridictions nationales de l'Union européenne, a saisi, il y a un an, la Cour de Justice des Communautés Européennes de plusieurs questions préjudicielles.

Dans les prochaines semaines, voire les prochains mois, le cadre juridique de cette activité de commerce électronique sera donc précisé par la CJCE et conduira peut-être ces prestataires (et en premier lieu Google) à apporter des modifications à leur service publicitaire.

En attendant la position de la Cour de Justice des Communautés Européennes, osons quelques réflexions qui porteront en premier lieu sur l'aptitude du droit des marques à appréhender ces techniques publicitaires (II), puis, en second lieu, sur le régime de responsabilité applicable à cette activité de commerce électronique (III). Il convient au préalable d'identifier les caractéristiques essentielles du service (I).

**I – IDENTIFICATION DES CARACTÉRISTIQUES DU SERVICE**

L'annonceur qui entend profiter du service de positionnement doit sélectionner les mots clés qui caractérisent son activité (A) ; il peut être aidé en cela par deux systèmes qui, juridiquement, suscitent quelques difficultés (B).





## A - LE RECOURS À DES MOTS-CLÉS

### 1° - L'objet de la prestation principale

En quête de sites web sur un sujet précis, l'internaute interroge un moteur de recherche en utilisant un ou plusieurs mots-clés. Le moteur de recherche répond à la requête sous la forme d'une liste de liens qui dirigent vers des sites pertinents au regard du ou des mots clés employés.

Les réponses sont données et classées (sur plusieurs pages parfois) en fonction de l'algorithme du moteur de recherche qui lui permet de sélectionner les sites pertinents.

Il est important d'indiquer qu'à ce stade, les réponses fournies ne sont en rien influencées par un quelconque accord entre l'exploitant du moteur de recherche et les exploitants dont les sites figurent au rang des réponses. Pour dire les choses simplement, la présentation d'un site (le cas échéant, en bonne place, n° 1 de la page 1, par exemple) n'est pas la contrepartie d'un paiement au profit du moteur de recherche.

Dans ces conditions, l'exploitant d'un site web peut déplorer que son référencement par le moteur de recherche soit insuffisant et le cantonne dans les profondeurs des nombreuses pages de réponses. Sa visibilité est alors quasi nulle ce qui hypothèque sérieusement la consultation de ses pages et, s'il s'agit d'un site de commerce électronique, compromet la survie économique de l'activité.

Le recours à un service de positionnement est de nature à redonner une bonne visibilité à un site web en permettant à l'annonceur d'apparaître sur l'une des premières pages de réponses données par le moteur de recherche. Bien évidemment, l'exploitant du moteur de recherche doit garantir que les réponses objectives et les réponses issues d'un contrat de positionnement puissent être aisément distinguées par les internautes.

Le ou les mots-clés choisis par l'annonceur constituent le pivot du système. Ainsi, si l'on songe à une entreprise qui fabrique et qui vend des stylos, son intérêt doit la conduire à retenir le ou les termes « stylo », « crayon », ... À chaque fois qu'un internaute interrogera le moteur de recherche en choisissant le terme « stylo », l'entreprise figurera **peut-être** dans la liste des réponses objectives et **certainement** là où les parties au



## E-PUBLICITÉ QUELQUES RÉFLEXIONS EN ATTENDANT LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

contrat de positionnement l'ont décidé. Ainsi, Google divise ses pages de réponses en trois parties ; la partie centrale comporte les réponses que l'on peut qualifier d'objectives, les deux autres parties sont des emplacements publicitaires auxquels les entreprises accèdent en application d'un contrat de positionnement.

### 2° - La contrepartie financière

Au plan de la terminologie juridique, l'expression achat / vente de mots clés se révèle impropre car le prestataire ne transfère aucun droit sur les mots clés. Les mots clés qui sont employés dans le cadre de ce service sont des termes, qui sauf exception, sont libres.

Le terme réservation d'un mot clé est, lui aussi, inappropriée puisque chaque annonceur dispose de la possibilité de cibler tous les mots clés qui lui semblent utiles, sans égard pour les termes déjà employés par d'autres annonceurs. Tous les termes sont, à tout moment, à la disposition des annonceurs.

Le prix du service est déterminé par l'annonceur lui-même qui indique qu'il accepte de payer au prestataire une somme forfaitaire (quelques dizaines de centimes d'euros) à chaque fois qu'un internaute cliquera sur le lien hypertexte contenu dans son message publicitaire.

Si, comme cela est très fréquent, plusieurs annonceurs ont ciblé le même mot clé, le positionnement de toutes ces annonces sera défini en considération du montant des sommes forfaitaires.

Par exemple, si l'annonceur fixe un coût par clic (CPC) à 0,10 euros, son annonce sera devancée par tous les autres annonceurs qui auront formulé un CPC supérieur à 10 centimes. Au point que, si l'investissement est trop faible, l'annonceur peut se trouver relégué dans des pages qui, en pratique, ne seront pas consultées. Son intérêt sera alors d'augmenter son investissement pour se hisser vers la première page qui seule assure une très bonne visibilité, sachant que chaque page ne comprend que huit emplacements.

Ce ne sont donc pas les mots clés qui sont l'objet d'un commerce par le prestataire mais des emplacements publicitaires sur des pages fréquemment



PROF. JEAN-PIERRE CLAVIER

consultées ; les mots clés constituent un moyen destiné à mettre le service en œuvre.

## B - LA PERTINENCE DES MOTS CLÉS RETENUS

Une aide à la sélection de mots clés par l'annonceur est fournie par le prestataire du service ; il convient de présenter les deux mécanismes qui ont engendré des difficultés sur le plan juridique.

### 1° - « Le générateur de mots-clés »

Le « générateur de mots-clés » offre à l'annonceur une assistance lors du choix des mots-clés pertinents au regard de son activité ; le prestataire de service met à la disposition de l'annonceur des statistiques qui indiqueront la fréquence des requêtes lancées par les internautes. Par le biais de ces données statistiques, le mécanisme invite à retenir tel mot plutôt que tel autre, à associer tel terme à tel autre.

Sur la page dédiée aux service « Adwords », Google indique que :

*le générateur de mots clés est un outil très pratique pour trouver de nouveaux mots clés à ajouter à votre compte AdWords. Par exemple, si vous êtes le gérant d'un hôtel économique, le Générateur de mots clés peut vous suggérer des mots clés tels que réductions hôtel ou motels.*

### 2° - Les « requêtes larges »

Le système offre également à l'annonceur la possibilité de bénéficier d'une option intitulée par Google « requêtes larges » et qui est ainsi définie : *L'utilisation des mots clés en requête large permet au système Google AdWords de diffuser automatiquement vos annonces pour des variantes pertinentes de vos mots clés, même si ces termes ou expressions ne figurent pas dans vos listes de mots clés. Les variantes de mots clés englobent les synonymes, les formes au pluriel et au singulier, les variantes pertinentes des mots clés et les expressions contenant vos mots clés.*

*Si vous diffusez des annonces pour le mot clé en requête large hébergement Web par exemple, vos annonces peuvent s'afficher pour des requêtes comportant les mots hébergement de site Web ou hôte Web. Les variantes de mots clés qui déclenchent l'affichage de*



## E-PUBLICITÉ QUELQUES RÉFLEXIONS EN ATTENDANT LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

*vos annonces évoluent avec le temps, car le système AdWords contrôle en permanence la qualité de vos mots clés ainsi que d'autres facteurs de performances. Ainsi, seules les variantes de mots clés les plus efficaces et les plus pertinentes continuent de déclencher la diffusion de vos annonces.*

Qu'advient-il lorsque le mot-clé choisi par l'annonceur est le siège d'un droit antérieur et notamment a été enregistré comme marque ?

### II – LA PRESTATION D'UN SERVICE DE POSITIONNEMENT À L'ÉPREUVE DU DROIT DES MARQUES

L'appréciation du service de positionnement au regard du droit des marques (B) nécessite d'identifier au préalable les caractéristiques du service qui peuvent avoir une incidence sur la mise en œuvre de la règle de droit (A).

#### A – LES PRINCIPES APPLICABLES

L'emploi d'un mot clé pour activer le service de publicité constitue-t-il une atteinte au droit du titulaire de la marque qui a préalablement réservé le terme en question ? Autrement dit, ce tiers peut-il agir en contrefaçon contre le prestataire du service ?

La réponse à ces questions peut varier selon que la marque est ordinaire (1°) ou de renommée (2°).

#### 1°- S'agissant de l'emploi d'une marque ordinaire

Le droit des marques en Europe repose sur une directive (Dir. 89/104/CE du Conseil, du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques) destinée à harmoniser les différents droits nationaux des marques et sur un règlement (Règlement n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire) qui institue un titre de marque unique couvrant l'ensemble du territoire communautaire. Directive et règlement adoptent les mêmes principes qui sont interprétés par la Cour de Justice des Communautés Européennes.



PROF. JEAN-PIERRE CLAVIER

Plusieurs conditions issues de l'article 5. 1. Dir. 89/104 (comme de l'article 9. 1 RMC) doivent être établies pour qu'il y ait une atteinte au droit du titulaire d'une marque.

C'est précisément, l'objet de l'une des questions posées par la Cour de cassation française à la Cour de Justice des Communautés Européennes dans ses arrêts du 20 mai 2008 :

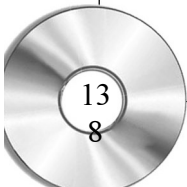
*L'article 5, paragraphe 1, sous a et b de la première Directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques doit-il être interprété en ce sens que le prestataire de service de référencement payant qui met à la disposition des annonceurs des mots-clefs reproduisant ou imitant des marques déposées, et organise par le contrat de référencement la création et l'affichage privilégié, à partir de ces mots clefs, de liens promotionnels vers des sites sur lesquels sont proposés des produits identiques ou similaires à ceux couverts par l'enregistrement de marques, fait un usage de ces marques que son titulaire est habilité à interdire ?*

## 2°- S'agissant de l'emploi d'une marque de renommée

L'article 5. 2 de la directive 89/104, offre aux titulaires de marques de renommée une protection qui s'évade des principes applicables aux marques ordinaires. Le texte dispose en effet que :

*Tout État membre peut également prescrire que le titulaire est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires d'un signe identique ou similaire à la marque pour des produits ou des services qui ne sont pas similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, lorsque celle-ci jouit d'une renommée dans l'État membre et que l'usage du signe sans juste motif tire indument profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice.*

Ainsi, une marque renommée est protégée contre des usages non autorisés dans la vie des affaires par une activité non concurrente de celle du titulaire de la marque.







## E-PUBLICITÉ QUELQUES RÉFLEXIONS EN ATTENDANT LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Il est vrai que les marques les plus exposées par le service de positionnement sont les marques les plus connues. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a formulé une autre question préjudicielle à la CJCE :

*Dans l'hypothèse où les marques sont des marques renommées, le titulaire pourrait-il s'opposer à un tel usage, sur le fondement de l'article 5, paragraphe 2, de la directive, et de l'article 9, paragraphe 1, sous c) du règlement ?*

### B – LA MISE EN ŒUVRE DES PRINCIPES

Pour répondre aux questions préjudicielles posées, la Cour de Justice devra donc apprécier si le service de positionnement constitue ou non un usage non autorisé de la marque d'autrui dans la vie des affaires et qui porte atteinte à la fonction essentielle de la marque.

#### 1°- UN USAGE NON AUTORISÉ

Cette condition ne semble pas devoir poser de problèmes sauf si la jurisprudence venait à exiger des titulaires de marques qu'ils manifestent positivement auprès du prestataire de service leur refus de voir leur marque utilisée comme mot-clé.

C'est alors que le principe serait renversé : l'absence de manifestation du titulaire de la marque équivaldrait à une autorisation d'usage de la marque comme mot-clé.

#### 2° – UN USAGE DANS LA VIE DES AFFAIRES

Cette notion qui n'est pas expressément traduite dans la loi française, devra cependant être satisfaite. Cette condition impose que l'usage de la marque soit fait dans « *le contexte d'une activité commerciale visant à un avantage économique et non dans le domaine privé* ». Cette définition jurisprudentielle est tirée d'un arrêt de la CJCE (12 novembre 2002, C 206/01, Arsenal football club) et fut reprise par la suite dans d'autres décisions (pour des hypothèses où l'emploi d'une marque ne l'était pas dans la vie des affaires : TPICE 10 avril 2003, T-195/00, TPICE, 10 mai 2006, T-279/03).



**PROF. JEAN-PIERRE CLAVIER**

Le prestataire de service fait-il un usage dans la vie des affaires des marques d'autrui ? Il est clair que l'activité lucrative du prestataire repose fondamentalement sur les mots clés ce qui invite à considérer que l'usage est fait dans la vie des affaires.

### **3°– UN USAGE PORTANT ATTEINTE À LA FONCTION ESSENTIELLE DE LA MARQUE**

Avec ce troisième critère, on parvient au cœur du droit des marques. La jurisprudence communautaire s'est employée à définir ce qui constitue la fonction essentielle assignée aux marques pour en déduire la sphère de protection des marques.

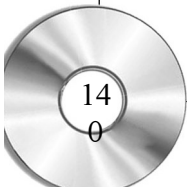
Cette fonction essentielle consiste à « *garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance* » (CJCE 12 juin 1976, Aff. Terrapin, C-119/75).

Autrement dit, si des produits identiques désignés par le même signe sont proposés aux consommateurs, ceux-ci doivent pouvoir considérer que ces produits proviennent de la même entreprise. Si tel n'est pas le cas parce qu'un concurrent emploie un signe identique ou similaire à une marque antérieure, le marché s'en trouve perturbé. La reproduction de la marque antérieure constitue une atteinte que son titulaire est en mesure de faire cesser.

Au regard des principes dégagés par la jurisprudence communautaire, il n'y a atteinte à la marque que si le mot clé sert à désigner des produits ou des services identiques ou similaires à ceux couverts par la marque (conformément à l'acte d'enregistrement auprès de l'office des marques).

C'est le point crucial au regard de la conformité du service de positionnement au droit des marques.

Le prestataire du service ne fait pas un usage des marques d'autrui pour désigner ses produits ou ses services. Lorsqu'il suggère à l'annonceur certains mots clés qui seraient par ailleurs des marques enregistrées, il ne les emploie pas dans le but de désigner ses propres produits ou services. A





## E-PUBLICITÉ QUELQUES RÉFLEXIONS EN ATTENDANT LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

cet égard, la position du prestataire de service est bien différente de celle de l'annonceur qui peut être un concurrent direct du titulaire de la marque.

S'agissant de l'emploi d'une marque notoire, on est tenté de s'appuyer de nouveau sur l'argument qui veut qu'un usage de la marque soit établi en vu de diffuser les produits ou les services du prestataire. Les termes utilisés pour la mise en œuvre du service ne le sont pas en qualité de signe distinctif.

La conclusion qui semble s'imposer est donc la conformité d'une telle prestation de service au droit communautaire des marques sauf à envisager *de lege feranda* une contrefaçon par fourniture de moyens susceptible de déboucher sur la responsabilité du prestataire du service de positionnement.

### III – LA PRESTATION D'UN SERVICE DE POSITIONNEMENT À L'ÉPREUVE DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ

Il est permis de penser que le service fourni par le prestataire aux annonceurs constitue une activité à risque, source de dommages pour les tiers. Si dans le principe, la responsabilité du promoteur de ce service doit donc être envisagée, il faut, pour la mettre en œuvre, identifier le fondement de cette responsabilité (A). S'agissant des conséquences pécuniaires de la responsabilité éventuelle du promoteur, le contrat qu'il conclut avec l'annonceur en impute la charge à l'annonceur (B).

#### A – LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ

La question du fondement de la responsabilité encourue se présente sous la forme d'une alternative ; la première branche dirige vers une responsabilité spéciale si elle peut être trouvée (1°), à défaut, la seconde branche ouvrira le régime de droit commun de la responsabilité (2°).

#### 1° - LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ SPÉCIALE DES HÉBERGEURS

Si plusieurs fondements spéciaux sont envisageables, celui actuellement au cœur des débats judiciaires concerne la responsabilité des fournisseurs d'hébergement.



**a) – Le principe de l’irresponsabilité des fournisseurs d’hébergement**

L’article 14 de la Directive sur le commerce électronique (Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil 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 («directive sur le commerce électronique»)) énonce, au sujet des fournisseurs d’hébergement :

*1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :*

*a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente*

*ou*

*b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.*

Le principe retenu est donc celui d’une irresponsabilité de l’hébergeur à raison des contenus illicites qui figurent sur les pages stockées. Sa responsabilité n’est encourue, une fois informé des contenus illicites, que s’il n’agit pas promptement pour bloquer l’accès à ces pages illicites.

**b) – Le caractère applicable de ce régime au prestataire du service de positionnement**

Parmi toutes les décisions rendues en France, seule une a retenu la qualification d’hébergeur ; Google ne serait qu’un « simple espace de stockage ». Dans toutes les autres décisions, la qualification d’hébergeur a été écartée.





**E-PUBLICITÉ QUELQUES RÉFLEXIONS EN ATTENDANT LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

La Cour de cassation, dans ses arrêts rendus le 20 mai 2008 par sa chambre commerciale, pose la question préjudicielle suivante :

*le prestataire de service de référencement payant peut-il être considéré comme fournissant un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, au sens de l'article 14 de la Directive 2000/31 du 8 juin 2000, de sorte que sa responsabilité ne pourrait être recherchée avant qu'il ait été informé par le titulaire de marque de l'usage illicite du signe par l'annonceur ?*

Ce qui justifie le principe d'irresponsabilité des hébergeurs est leur absence de contrôle des contenus ; dira-t-on que le prestataire du service de publicité n'exerce aucun contrôle sur le système ? Le régime de responsabilité des hébergeurs suit un régime d'exception qui, pour cette raison, ne doit pas être étendu au point d'en faire le régime de droit commun en vigueur sur internet.

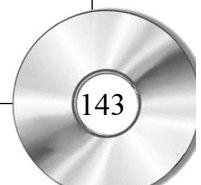
Si la responsabilité spéciale devait ne pas être retenue, ce qui est fort probable, il faudrait alors s'en remettre à la responsabilité de droit commun.

**2°- LE RECOURS À LA RESPONSABILITÉ DE DROIT COMMUN**

A quel titre, le promoteur de ce service publicitaire verrait-il sa responsabilité engagée ? Jusqu'à présent, les juridictions qui ont reconnu la responsabilité de Google n'ont pas proposé un raisonnement bien convaincant.

La responsabilité pour faute est souvent retenue sans que les caractères de cette faute soient nettement établis.

Ne pourrait-on pas explorer une responsabilité du fait des choses conduisant à renouveler la vieille distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement, distinction qui avait rendu quelques services ? La structure au prestataire, le comportement à l'annonceur.





**PROF. JEAN-PIERRE CLAVIER**

Lors des nombreux procès impliquant ce service de publicité, le promoteur a très souvent mis en avant le caractère automatique du système pour tenter d'échapper à sa responsabilité.

Au delà du caractère automatique c'est la neutralité de l'outil placé entre les mains d'un utilisateur déraisonnable qui est en cause ; faut-il rendre responsable le constructeur automobile qui fabrique des voitures permettant d'atteindre des vitesses bien supérieures à ce qui est autorisé. La victime d'un conducteur ayant roulé trop vite pourrait-elle obtenir la responsabilité du constructeur automobile pour avoir mis sur le marché des machines dangereuses ? Dans cette logique, seule une utilisation maladroite du système par l'annonceur, pourtant averti, fait naître le problème.

Il a cependant été jugé que « *Google ne peut opposer aux demandeurs aucune contrainte économique ou technologique, laquelle résulte de son propre choix* » (CA Versailles, 10 mars 2005 qui confirme TGI Nanterre, le 13 octobre 2003).

#### **B – LA CONTRACTUALISATION DES CONSÉQUENCES DE LA RESPONSABILITÉ**

Le service des « AdWords » proposé par Google, comme tout service de cette nature, s'inscrit dans une logique contractuelle. Un contrat entre le prestataire et un annonceur se noue sur le site du moteur de recherche. Il s'agit d'un contrat que la pratique qualifie de « positionnement publicitaire ».

#### **1°- L'ECONOMIE GENERALE DU CONTRAT DE POSITIONNEMENT PUBLICITAIRE AU REGARD DE LA RESPONSABILITE**

Plusieurs pages du site web sont dédiées aux conditions de l'offre et à sa mise en œuvre technique. Les conditions générales du service sont consultables en ligne ; elles sont susceptibles de varier en fonction de l'indication du pays de facturation pour tenir compte des règles d'ordre public propres à chaque pays.

Plusieurs points méritent d'être soulignés en s'appuyant sur l'exemple que nous fournit Google pour son service publicitaires « Adwords ».

Le contrat se noue entre un annonceur (ou une agence de publicité pour



## E-PUBLICITÉ QUELQUES RÉFLEXIONS EN ATTENDANT LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

le compte de l'annonceur) et « Google Ireland limited » qui, en Europe, est une société de droit irlandais. Ce contrat électronique qui se forme entre des entreprises échappera donc aux dispositions d'ordre public qui protègent les particuliers, les consommateurs.

L'objet du contrat est un service qui permet à un annonceur de diffuser des messages publicitaires sur « Google et son réseau publicitaire ». Google met à disposition des outils, des supports pour assurer la diffusion de messages publicitaires.

Au regard du contenu du message, il est précisé que :

*4.1 Le Client est seul responsable : (i) des Cibles; (ii) des Messages Publicitaires (iii) des informations accessibles sur les pages web vers lesquelles mènent les annonces, et (iv) des produits et services dont il est fait la promotion (collectivement, les "Services de l'Annonceur"). Le Client reconnaît que Google ne peut lui fournir aucun conseil relatif à la pertinence de ses Cibles et de ses Messages Publicitaires au regard de ses activités et de ses besoins spécifiques. Le Client reconnaît également que Google n'a pas la possibilité de contrôler leur conformité au regard des dispositions applicables dans les pays dans lesquels la publicité est diffusée.*

Il y a dans cette disposition plusieurs éléments importants qui sont de nature à éluder certaines causes de responsabilité :

- Google ne garantit pas l'efficacité de l'opération de publicité menée par l'annonceur (« la pertinence des cibles et du message publicitaires »).
- En outre, Google ne garantit pas que le contenu du message est conforme au droit positif.

C'est le reflet d'un système totalement automatique inscrit dans les gènes du moteur de recherche. On en trouve l'une des expressions les plus claires au § 4. 6 :

*4.6 Le Client autorise Google à utiliser des programmes informatiques pour rechercher et analyser automatiquement les sites internet de l'Annonceur afin d'évaluer la pertinence des*



**PROF. JEAN-PIERRE CLAVIER**

*publicités. Le Client déclare avoir conscience que les informations qui sont obtenues grâce à ces programmes informatiques ne sont pas le résultat d'une analyse humaine, qu'elles ne peuvent avoir qu'une signification statistique et que Google ne peut en garantir la pertinence au regard des activités effectives de l'Annonceur.*

L'annonceur doit avoir conscience de cette situation (ces éléments sont mentionnées aussi dans les différentes rubriques du site).

## **2°- LA GARANTIE FINANCIERE STIPULEE AU PROFIT DU PRESTATAIRE (GOOGLE)**

Le point essentiel ici tient à l'organisation des conséquences juridiques de la diffusion de messages jugés illicites, telle qu'elle résulte des conditions générales.

Il est question d'atteinte à l'ordre public, d'atteinte à la vie privée, et aussi d'atteinte aux droits des tiers sur leurs signes distinctifs.

*Le Client s'engage à ne pas effectuer, ou permettre à un tiers d'effectuer, l'un des actes suivants : (...) utiliser le nom commercial, le nom de domaine ou la marque de fabrique d'un tiers, dans les Messages Publicitaires et/ou des Cibles, en violation des lois et règlements applicables dans les pays où les publicités sont diffusées,*

Dans ces conditions, l'annonceur se trouve débiteur, aux termes du contrat, des conséquences pécuniaires des dommages causés aux tiers ; il doit garantir Google contre toute condamnation issue de l'une des circonstances suivantes:

*Le Client déclare et garantit (...) que les annonces (y compris les Cibles et les Messages Publicitaires), les sites auxquels conduisent les liens placés dans les publicités du Client (notamment les services de l'Annonceur qui y sont présents) et leur Utilisation dans le cadre du présent Contrat (a) n'enfreignent pas et n'incitent pas à enfreindre aucune législation, réglementation ou code professionnel (tel que notamment les recommandations et chartes du BVP ou règlements équivalents); (b) ne portent pas atteinte aux droits de tiers et notamment aux droits de propriété intellectuelle et*





**E-PUBLICITÉ QUELQUES RÉFLEXIONS EN ATTENDANT LA POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

*au droit des marques,*

Cette disposition se prolonge par une obligation de garantie stipulée au profit de Google et de ses filiales qui peut se révéler extrêmement lourde. Elle est exprimée à l'article 9 :

*9. Indemnisation □ Le Client s'engage à faire son affaire et à garantir Google ainsi que ses représentants, filiales, affiliés, dirigeants, mandataires, employés et Partenaires (les "Entités Google Indemnisées"), contre toute plainte ou action engagées par des tiers invoquant la responsabilité d'une Entité Google Indemnisée, dans le cas où lesdites plaintes ou actions, quelque soit leur fondement juridique, sont liées à une violation par le Client des clauses 2, 3, 4, 6 et/ou 8 du présent Contrat. Le Client devra par conséquent indemniser intégralement l'Entité Google Indemnisée des conséquences des plaintes ou actions susmentionnées et devra rembourser tous les dommages-intérêts, amendes, astreintes et frais de publication que cette Entité Google Indemnisée pourrait être condamnée à devoir verser, ainsi que les honoraires d'avocats qu'elle devra engager pour assurer sa défense. Le Client s'engage également à payer tous dommages-intérêts transactionnels qui pourraient être dus par une Entité Google Indemnisée à tout plaignant ou demandeur, étant entendu que le Client devra être préalablement invité par Google à participer aux pourparlers transactionnels.*

Finalement, quoiqu'on ait pu conclure sur les différents motifs de responsabilité du prestataire d'un service de référencement – contrefacteur ou non, responsable sur le terrain du droit commun ou non – le mot de la fin est inscrit dans le contrat.

Si le prestataire est déclaré responsable, l'annonceur devra en supporter la charge financière.

Une fois obtenues les réponses de la CJCE aux questions qui lui ont été posées, s'ouvrira probablement un nouveau type de contentieux relatif à la validité des clauses du contrat de prestation de services.

