vendredi 24 février 2012

Cour d’appel de Paris Pôle 5, chambre 10 Arrêt du 28 septembre 2011

Leguide.com / Pewterpassion.com, Saumon’s

FAITS ET PROCÉDURE

Vu le jugement rendu le 4 mars 2010 par le tribunal de commerce de Paris qui a :

- condamné la société Leguide.com, sous astreinte de 300 € par jour, passé le délai d’un mois à compter de la signification du jugement, à identifier ses sites comme étant des sites publicitaires dans le respect de l’article 20 de la loi du 21 juin 2004, et ce pendant 30 jours à l’issue desquels il sera à nouveau statué,
- condamné la société Leguide.com à payer à la société Pewterpassion.com et à la société Saumon’s la somme globale de 5000 € par application de l’article 700 du code de procédure civile,
- ordonné l’exécution provisoire des condamnations pécuniaires ci-dessus,
- débouté les parties de leurs autres demandes,
- condamné la société Leguide.com aux entiers dépens ;

Vu l’appel relevé par la société Leguide.com et ses dernières conclusions signifiées le 14 juin 2011 par lesquelles elle demande à la cour au préalable d’ordonner la révocation de l’ordonnance de clôture rendue le 7 juin 2011 ou, subsidiairement, d’écarter des débats les conclusions signifiées le 7 juin 2011 par les sociétés Pewterpassion et Saumon’s, et :
1) in limine litis d’ordonner le sursis à statuer jusqu’à la décision de la cour de cassation à intervenir sur le pourvoi formé par la société Kelkoo contre l’arrêt de la cour d’appel de Grenoble du 21 octobre 2010,

- de saisir la Cour de justice de l’Union Européenne des questions préjudicielles suivantes sur l’interprétation de la directive 2000/31/CE et de la directive 2005/29/CE :
  “Est-ce que doit être considéré comme une communication commerciale au sens des articles 6 et 2 paragraphe f de la 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) l’activité d’un site internet comparateur de prix qui consiste à répondre aux demandes de renseignement des internautes en présentant des offres correspondantes des sites référencés, dès lors que cette présentation :
  a) s’effectue par défaut dans un ordre indifférent au prix payé par le site marchand, lequel est uniforme pour tous les sites marchands, et au contenu de l’offre, mais dépendant uniquement du nombre de clics précédemment effectués par les internautes sur chacune des offres pertinentes,
  b) ne concerne que des informations objectives sur le bien ou le service concerné, fournies par les sites marchands sans démarche de sollicitation de l’attention du public ?

De même, est ce que le seul fait qu’un site internet contient des bandeaux publicitaires doit conduire

à le qualifier de site publicitaire correspondant au sens de la directive 2000/31/CE à un site de communication commerciale ? La directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis à vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale aux termes de laquelle une pratique commerciale peut être qualifiée de déloyale ou trompeuse indépendamment du point de savoir si cette mesure concrète affecte les intérêts des consommateurs ?" ;
2) subsidiairement au fond :

- d'infirmer le jugement en ce qu'il a jugé les sociétés Pewterpassion.com et Saumon's recevables en leurs demandes et condamné la société Leguide.com à identifier ses sites comme étant des sites publicitaires,
- pour le surplus, de confirmer le jugement en ce qu'il a débouté ces deux sociétés de l'ensemble de leurs demandes,
  3) en tout état de cause, de condamner in solidum les sociétés Pewterpassion.com et Saumon's aux entiers dépens de première instance et d'appel et à lui payer la somme de 30 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu les dernières conclusions signifiées le 7 juin 2011 par les sociétés Pewterpassion.com et Saumon's qui demandent à la cour, au visa des articles 1147 et 1382 du code civil, de l'article 20 de la loi du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique, des articles L 120-1, L 121-1, L 121-1-1 et L 121-15 du code de la consommation, de l'article L 310-5 du code de commerce ainsi que de l'article 23 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques,
1) in limine litis, de dire que la demande de sursis à statuer de la société Leguide.com n'est pas nécessaire à une bonne administration de la justice,

- dire que les questions préjudicielles de la société Leguide.com sont inutiles, trompeuses et imprécises,
- en conséquence, rejeter les demandes de la société Leguide.com,
  2) à titre principal :
- confirmer le jugement en ce qu'il a condamné la société Leguide.com, sous astreinte, à identifier clairement le contenu publicitaire de ses sites et à leur payer la somme de 5000 € par application de l'article 700 du code de procédure civile, et en ce qu'il a débouté la société Leguide.com de ses demandes,
- et statuant à nouveau, afin que le libellé du jugement soit plus précis et le montant de l'astreinte augmenté, condamner la société Leguide.com, sous astreinte de 1000 € par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt, à identifier sur ses sites les espaces dans lesquels sont référencés de manière payante les marchands et les produits, comme étant un contenu à caractère publicitaire, dans le respect de l'article 20 de la loi du 21 juin 2004,
- infirmer le jugement en ce qu'il les a déboutées de leurs autres demandes et, statuant à nouveau :
- condamner la société Leguide.com, sous astreinte de 1000 € par jour de retard,
  * indiquer de façon claire le caractère publicitaire des espaces dans lesquels sont référencés de manière payante les marchands et leurs produits,
  * supprimer les termes "comparateur de prix", "annuaire" et "moteur" pour désigner ses sites "leguide.com", "leguide.net", "web.marchand" et "www.gooster.fr",
  * supprimer les termes "référencement prioritaire" et "clics redirigés" pour désigner les liens hypertextes publicitaires,
  * cesser d'utiliser toutes techniques abusives de référencement, notamment sous la forme de sites

dupliqués ou de faux liens pointés vers ses sites,
* identifier les sites sur lesquels les annonces de la société Etain passion ont été cliquées,
* cesser d'utiliser toute technique qui masque l'origine des clics effectués sur les annonces publicitaires de ses sites,
* indiquer dans l'adresse URL de ses liens hypertextes payants redirigés vers l'annonceur l'adresse du site source, la nature publicitaire de ce lien en utilisant le terme "publicité" et le nom de la régie directe ou indirecte qui facture le clic,
* cesser d'utiliser comme nom de domaine ou dans le contenu de ses sites les mots "solde(s)" et "promosolde(s)",
* cesser d'utiliser le logo Label de confiance,

- dire qu'en utilisant des techniques déloyales, trompeuses et abusives, la société Leguide.com détourne leurs clients potentiels, leur occasionnant un manque à gagner, et la condamner à leur payer la somme de 109 606 €, à titre de dommages-intérêts,
- condamner la société Leguide.com à publier l'arrêt à intervenir ;
  * dans un quotidien national, deux quotidiens régionaux et deux revues spécialisées, avec un coût minimum par insertion de 5000 €, sous astreinte de 2500 € par jour de retard et par établissement à compter de la notification de l'arrêt,
  * sur la page d'accueil des sites internet de la société Leguide.com pendant une durée d'un mois aux frais de celle-ci, sous astreinte de 2500 € par jour à compter de la notification de l'arrêt,
- condamner la société Leguide.com aux dépens de première instance et d'appel ainsi qu'à lui payer la somme supplémentaire de 25 000 € par application de l'article 700 du code de procédure civile ;

DISCUSSION

Considérant, sur la procédure, que l'ordonnance de clôture rendue le 7 juin 2011 a été révoquée et nouvelle clôture de l'instruction prononcée le 15 juin 2011 par le conseiller de la mise en état ; que la demande de la société Leguide.com à ce titre n'a donc plus d'objet ;

Considérant que la société Saumon's, dite Etains du campanile, commercialise des objets en étain dans son magasin ; que la société Pewterpassion.com, dite Etain passion, a :
• pour objet de promouvoir et développer la vente des produits du magasin des Etains du campanile sur internet, grâce à son site hébergé à l'adresse suivante : "http//www.etain passion.com" ; que ces deux sociétés sont reprises dans leurs écritures sous l'intitulé Etain passion ;

Que la société Leguide.com a pour activité la création, le développement et l'exploitation de sites internet ; qu'elle déclare que ses sites fonctionnent autour du principe du référencement qui consiste à indexer les sites des e-marchands qui le souhaitent ainsi que leurs offres dans des moteurs de recherche et annuaires et qu'elle décline son activité à travers plusieurs sites :

- "leguide.com " : moteur de recherche shopping, comparateur de prix et guide d'achat.
- "webmarchant.com" annuaire francophone du commerce en ligne,
- "leguide.net" : moteur de recherche dédié au shopping ;

Qu'elle précise qu'elle propose soit un référencement payant, dit prioritaire, facturé au coût par clic, comprenant les prestations suivantes affichage des offres du e-marchand sur ses trois sites ainsi que dans le réseau de partenaires de Leguide.com et apposition du logo du e-marchand, soit un référencement gratuit sans ces prestations ;

Considérant que depuis mars 2003 Etain passion, qui avait souscrit au service de paiement sécurisé en ligne SP Plus de la Caisse d'épargne, apparaissait dans l'annuaire du site internet de cette société (www.caisse-epargne.fr), dénommée "galerie marchande" ; qu'au début de l'année 2004, la Caisse d'Epargne a informé ses clients SP Plus de la naissance de sa nouvelle galerie SP Plus qui utilisait le

moteur de recherche mis au point par son partenaire Leguide.com, permettant une exploration de la galerie marchande par produit et par nom de site ; que le 29 mars 2004, Etain passion a transmis à la société :
• Leguide.com sa base de produits pour que ceux-ci apparaissent dans la galerie marchande de la Caisse d'épargne ; qu'elle n'a pas répondu à la proposition de la société Leguide.com d'apparaître sur son site www.leguide.com ;

Que par la suite, le 19 mai 2005, la société Pewterpassion.com a signé avec la société Leguide.com un ordre de référencement prioritaire, d'une durée d'un mois renouvelable, prévoyant une rémunération en fonction du nombre de clics, qu'il était stipulé dans les modalités de référencement prioritaire que celui-ci lui permettait, dans l'annuaire des sites marchands, d'afficher son logo et d'apparaître devant les marchands qui n'en bénéficient pas et plus généralement de voir ses produits sortir devant ceux des sites ne bénéficiant pas d'un tel référencement ;

Que la société Pewterpassion.com a résilié ce contrat le 27 juin 2005, à effet au 31 juillet 2005 ; que le 12 août 2005, la société Leguide.com lui a facturé la somme de 334,88 € correspondant aux clics de juin et juillet ;

Que la société Pewterpassion.com a contesté cette facture ; que son conseil, par lettre du 20 décembre 2005, a adressé différents reproches à la société Leguide.com, en invoquant des comportements répréhensibles de sa part, et lui a réclamé des dommages-intérêts à hauteur de 876 000 € ; que dans sa réponse du 29 décembre 2005, la société Leguide.com a contesté tous les griefs formulés à son encontre ;

Que le 29 février 2005, les sociétés Pewterpassion.com et Saumon's ont saisi le juge des référés, lequel a dit n'y avoir lieu à référé et a renvoyé l'affaire au fond ;

Considérant que le tribunal de commerce de Paris, statuant par le jugement déféré, a retenu :

- que les annonces étaient classées en fonction du type de contrat signé et du nombre de visites sur le site du produit référencé,
- que pour connaître les principes appliqués au référencement, l'internaute qui, a priori, ignore le caractère rémunéré du classement des produits référencés, devait obligatoirement consulter une page qui explique les référencements possibles,
- que l'obligation d'ouvrir plusieurs fenêtres pour obtenir les critères de classement des annonces est incompatible avec les dispositions de l'article 20 de la loi du 21 janvier 2004 imposant d'identifier comme tel tout communiqué publicitaire,
- que la société Leguide.com devait identifier sur ses sites la partie de référencement à titre onéreux comme étant des sites publicitaires ;

Que dans le dispositif de sa décision, il a dit que la société Leguide.com devait identifier ses sites comme étant des sites publicitaires, sous astreinte, et a rejeté toutes les autres demandes ;

Sur la demande de sursis à statuer

Considérant que la société Leguide.com demande le sursis à statuer dans l'attente de l'arrêt de la cour de cassation saisi du pourvoi contré l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 12 août 2010 dans l'affaire Kelkoo ; qu'elle fait valoir que l'argumentation des intimées est fondée sur l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble qui a retenu que la société Kelkoo, dont l'activité est comparable à la sienne, poursuivait une pratique déloyale et trompeuse en omettant de s'identifier comme site publicitaire ; qu'elle invoque le risque de contrariété de décision en soulignant que si par impossible la cour de Paris l'obligeait à identifier son site comme site publicitaire et que, postérieurement, la

cour de cassation décidait dans l'affaire Kelkoo qu'une telle qualification n'était pas applicable aux comparateurs de prix il en résulterait une distorsion de concurrence a son détriment jusqu'à l'issue du recours qu'elle serait contrainte d'engager devant la cour de cassation ;

Considérant que les intimées s'opposent à cette demande, en faisant valoir que l'appelante se borne à produire une simple lettre de l'avocat à la cour de cassation de la société Kelkoo, qu'à défaut de communication des conclusions au soutien du pourvoi l'objet de celui-ci n'est pas connu et, à supposer qu'il s'agisse de la condamnation de la société Kelkoo à identifier le caractère publicitaire de ses sites, il n'est indiqué aucun moyen de cassation sérieux ; qu'elles ajoutent que la condamnation de la société Kelkoo est tellement évidente qu'elle a exécuté l'arrêt en indiquant sur son site le caractère publicitaire du référencement et que plusieurs décisions vont dans le même sens que celle rendue par la cour d'appel de Grenoble ;

Considérant qu'il apparaît que statuant dans un litige opposant la société Kelkoo à la société Concurrence, la cour d'appel de Grenoble, dans son arrêt frappé de pourvoi, a dit que la société Kelkoo suivait une pratique devant être qualifiée de trompeuse au sens des dispositions de l'article L 121-1 du code de la consommation et qui, constitue une pratique commerciale déloyale au sens des dispositions de l'article L 120-1 du même code en omettant de s'identifier comme site publicitaire, de mettre à jour en temps réel les prix et d'indiquer les périodes de validité des offres ainsi que les frais de port ; que même si l'activité de la société Kelkoo est comparable à celle de la société Leguide.com, il n'est pas de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de surseoir à statuer dans la présente instance ;

Sur les questions préjudicielles

Considérant que la première de ces questions est relative à la définition d'un site publicitaire et d'une publicité par voie de communication en ligne ;

Que la société Leguide.com expose, pour l'essentiel :

- que la directive 2000/31 a été transposée en droit français par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite LCEN, dont l'article 20 dispose :
  "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",
- que la notion de publicité n'ayant pas de définition en droit français et la LCEN étant la transposition d'une directive communautaire, il est judicieux de se tourner vers la définition de cette notion donnée par le droit européen,
- que l'article 20 de la loi du 21 juin 2004 correspond à la transposition de l'article 6 de la directive qui prévoit que "les Etats membres veillent à ce que les communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service répondent aux deux conditions suivantes :
  a) la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle,
  b) la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable",
- que la notion de publicité en droit français paraît ainsi correspondre à celle de communication commerciale dans la directive,
- que l'article 2, paragraphe f de la directive définit la communication commerciale comme "toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise d'une organisation ou d'une personne ayant une activité

commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une activité réglementée”,
- que cette définition étant large, les critères de son application posent des problèmes d’interprétation,
- que le tribunal s’est fondé sur un critère d’appréciation qui ne figure pas à l’article 20 de la LCEN et qui va à l’encontre du principe de la liberté des prestations de services de la société de l’information, affirmé à l’article 1, paragraphe 3, de la directive,
- que la question au cœur du litige implique que la définition de la communication commerciale soit précisée par la Cour de Justice de l’Union Européenne,
- qu’il n’y a pas de publicité sans une démarche active de sollicitation de l’attention du public sur un bien ou service,
- que les indications purement informatives et dépourvues d’intention promotionnelle telles que celles apportées par un comparateur de prix en réponse à une requête d’un internaute n’ont pas le caractère de publicité ;

Mais considérant que les intimées s’opposent à cette question préjudicielle aux motifs :

- que l’article 2, paragraphe f, de la directive précise que : “Ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales :
  * les informations permettant l’accès direct à l’activité de l’entreprise, de l’organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique.
  * les communications relatives aux biens aux services ou à l’image de l’entreprise, de l’organisation ou de la personne élaborées d’une manière indépendante, en particulier lorsqu’elles sont fournies sans contrepartie financière”,
- qu’en l’espèce, tel n’est pas le cas, les communications relatives aux différents produits étant établies par les marchands, les produits de ceux ayant souscrit au référencement prioritaire moyennant rémunération apparaissant en priorité devant ceux des autres listés gratuitement et la communication étant destinée à promouvoir les biens des marchands référencés de façon prioritaire ;

Qu’au regard de ces éléments, la cour dispose des éléments suffisants pour déterminer la nature de l’activité de la société Leguide.com, sans qu’il soit nécessaire de poser la question préjudicielle demandée, étant observé que ne sont pas en cause les bandeaux publicitaires identifiés comme tels ni les liens sponsorisés figurant sur les sites de la société Leguide.com ;

Considérant que la deuxième question préjudicielle est relative aux pratiques commerciales trompeuses ; que l’appelante expose :

- que la directive 2005/29 a été transposée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie qui a modifié l’article L 121-1 du code de la consommation,
- que les articles 1er, 5, 6 et 7 de la directive 2005/29 conditionnent expressément la qualification de pratique trompeuse ou déloyale à la vérification concrète de ce que la pratique est susceptible d’altérer le comportement économique du consommateur,
- que si l’article L 120-1 du code de la consommation reprend ce critère puisqu’il dispose : “Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu’elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu’elle altère ou est susceptible d’altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l’égard d’un bien ou service”,
- mais que ce critère n’a pas été repris de façon explicite à l’article L 121-4 du code de la consommation relatif aux pratiques commerciales trompeuses, en dépit d’une mise en demeure adressée à la France par la Commission européenne le 25 juin 2009,
- qu’il est impératif d’appliquer tous les critères cités par la directive,
- qu’il importe donc de poser la question préjudicielle relative au point de savoir si la directive doit

être interprétée en ce qu'elle s'oppose à une réglementation nationale aux termes de laquelle une pratique commerciale ne peut être requalifiée de déloyale ou trompeuse indépendamment du fait de savoir si cette mesure concrète affecte les intérêts des consommateurs ;

Que les intimées répliquent que le critère de l'altération du comportement économique du consommateur a été transposé par l'article L 120-1 du code de la consommation qui dispose en son paragraphe II : "Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L 121-1 et L 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L 122-11 et L 122-11-1" ;

Considérant que si la Commission européenne, dans sa mise en demeure du 25 juin 2009, a estimé que la transposition du critère n'avait pas été faite de façon adéquate dans l'article L 121-1 du code de la consommation, il n'est cependant pas nécessaire pour la cour, tenue d'appliquer le droit en fonction de la directive européenne, de poser la question préjudicielle demandée ;

Au fond

Considérant que la société Leguide.com soutient que ses sites ne sont pas des sites publicitaires en faisant valoir :

- qu'un site internet comparateur, qui se borne, dans des conditions exclusives de toute sollicitation du public, à répondre aux demandes des consommateurs qui souhaitent s'informer sur les offres disponibles d'un bien ou d'un service en leur transmettant le contenu des offres émises par des marchands précédemment référencés, sans mettre en valeur l'une des offres en particulier, ne fait pas de la publicité,
- qu'aucune obligation d'exhaustivité des offres ne pèse sur ses sites,
- que le critère du référencement payant est inopérant pour qualifier son activité de site publicitaire, alors que les marchands ayant souscrits à ce référencement acquittent tous le même prix et que leur ordre d'affichage par défaut dépend uniquement de leur popularité auprès des internautes,
- que le contenu des offres référencées n'a pas un caractère publicitaire ;

Qu'elle déclare que ses sites informent très précisément le consommateur sur la manière dont il peut distinguer les marchands "payants" de ceux "gratuits" puisque, à chaque page de résultat lorsqu'un internaute cherche un produit, un lien intitulé "en savoir plus sur les résultats" lui permet d'obtenir des explications notamment sur la façon dont sont sélectionnés les e-marchands ; qu'elle ajoute que l'information des internautes et des e-marchands est accessible au pied de chaque page sous les mots "en savoir plus" ;

Mais considérant que la société Leguide.com fournit aux e-marchands des espaces sous formes de tableaux dans lesquels les marchandises sont inscrites par catégories de produits ou de prix pratiqués avec un lien permettant à l'internaute intéressé d'accéder au secteur marchand et de procéder à un achat ; que moyennant rémunération, elle permet aux e-marchands bénéficiant du référencement prioritaire de voir leurs produits ou offres classés de façon prioritaire avant ceux des autres, ce qui assure de façon indirecte leur promotion ; que ce faisant, la société Leguide.com exerce une activité de prestataire de service commercial et publicitaire ;

Que c'est en vain qu'elle allègue que ses sites informent précisément le consommateur ; qu'en effet, il est nécessaire pour l'internaute de consulter les mots "en savoir plus sur les résultats" ou "en savoir plus" ou encore "espaces marchands" pour être informé de la différence de classement entre e-commerçants "payants" ou non ;

Qu'elle ne satisfait donc pas à l'article 20 de la loi du 21 juin 2004 relative à la confiance dans

l'économie numérique qui dispose que toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service en ligne doit pouvoir être clairement identifiée comme telle et doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée ;

Qu'en conséquence, il convient de la condamner, sous astreinte, à identifier sur ses sites les espaces dans lesquels sont référencés de manière payante les e-marchands et leurs produits comme étant un contenu à caractère publicitaire ;

Considérant que l'absence d'identification claire du référencement prioritaire est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur qui est orienté d'abord vers les produits et offres des e-marchands "payants" et ne dispose pas ainsi de critères objectifs de choix ; qu'elle constitue une pratique trompeuse au sens des dispositions de l'article L 121-1 du code de la consommation, de même qu'une pratique déloyale au sens de l'article L 120-1 du même code, la clientèle potentielle d'un commerçant pouvant être détournée vers des concurrents qui ont payé pour obtenir un référencement prioritaire ;

Considérant que les intimées invoquent le caractère trompeur de la Charte des sites internet comparateurs signée le 11 juin 2008 et demandent à ce qu'il soit fait interdiction à la société Leguide.com d'y faire référence et d'utiliser le logo Label de confiance ; qu'elles font valoir que cette charte co-signée avec le gouvernement, associée au terme label de confiance donne au site comparateur de prix une allure officielle, alors qu'il s'agit d'un comparateur de prix privé, que cette charte est relayée par une marque déposée par la FFVAD (Fédération e-Commerce et vente à distances) sous la rubrique publicité, que l'adhésion ou l'utilisation de cette marque est payante et que la charte est trompeuse en ce quelle ne prévoit pas l'obligation pour les adhérents d'identifier le caractère publicitaire de leurs résultats ;

Mais considérant que la charte, signée dans le but d'assurer une meilleure régulation du secteur de la comparaison des produits et des prix sur internet, définit un certain nombre d'engagements pris par les sites comparateurs adhérents ; que la société Leguide.com, dont les sites ne peuvent se confondre avec des sites officiels, est signataire de la charte et en respecte les engagements ; qu'il n'y a donc pas lieu de prononcer les interdictions requises, étant relevé que la question relative à la nécessité ou non d'identifier le caractère publicitaire des résultats a été soumise aux tribunaux après son élaboration ;

Considérant que les intimées demandent que la société Leguide.com soit condamnée à supprimer les termes suivants qu'elle qualifie de trompeurs, soit "comparateur de prix", "annuaire" et "moteur" pour désigner ses sites "leguide.com", "le guide.net", "web.marchands.com" et www.gooster ; qu'elles allèguent que l'utilisation de ces termes fait croire qu'elle référence de manière objective les produits alors que leur classement dépend du prix payé par les annonceurs ;

Mais considérant que la société Leguide.com utilise des termes qui correspondent à son activité ainsi qu'il ressort de leurs définitions et de l'avis de M. Billard, expert, dans un rapport établi à la demande de l'appelante ; qu'il n'y a donc pas lieu de prononcer les interdictions requises ;

Considérant que les intimées demandent que la société Leguide.com soit condamnée à cesser d'utiliser toutes techniques abusives de référencement notamment sous la forme de sites dupliqués ou de faux liens pointés vers ses sites ; qu'elles soutiennent que ces sites sont trompeurs, n'ont d'autre intérêt que d'augmenter de manière frauduleuse le référencement de son site " www.leguide.com" et de permettre un meilleur positionnement de ses sites dans les résultats éditoriaux des moteurs de recherche tels que Google ; qu'elles fondent leurs prétentions sur un rapport établi à leur demande par M. Jamin, expert ;

Mais considérant que l'appelante, s'appuyant sur l'avis de son expert M. Billard, critique ce rapport en objectant que les 35 sites cités par M. Jamin sont, soit des noms de domaine "redirigés" vers le site Leguide.com de façon transparente par l'internaute, soit des sites lui appartenant mais dont la présentation est différente, soit des sites sans rapport et qui ne lui appartiennent pas ; qu'au regard de ces éléments contraires, les intimées qui ne rapportent pas la preuve de leurs allégations seront déboutées de leur demande ;

Considérant que les intimées reprochent à l'appelante d'avoir détourné leur base de données, avant la conclusion du contrat du 19 mai 2005, en les utilisant pour alimenter ses sites "leguide.net" et "webmarchand.com", puis postérieurement à la résiliation de ce contrat ; qu'elles lui reprochent aussi d'avoir utilisé deux photographies sur ses sites, l'une représentant un taste-vin, au moins jusqu'en 2009, l'autre représentant une timbale au moins jusqu'en juin 2009, sans leur consentement et sans contrepartie financière ;

Mais considérant que par courriel du 29 mars 2004, la société Leguide.com a informé Etains du campanile que son site était intégré sur "www.leguide.net" et "www.webmarchand", ce qui n'a alors suscité aucune protestation de la part des intimées ; que le contrat du 19 mai 2005 prévoyait que leurs produits bénéficieraient d'un référencement prioritaire sur les différents sites de la société Leguide.com ainsi que sur tous les autres sites qui seraient exploités par elle ; que par courriel du 27 juin 2005, la société Leguide.com, prenant acte de la résiliation du contrat, a écrit aux intimées "Dès lors votre site et vos produits seront présentés gratuitement sur nos sites selon les modalités du référencement standard", ce contre quoi elles n'ont pas non plus protesté ni formulé d'interdiction ; que par la suite, aux termes d'une lettre du 29 décembre 2005, la société Leguide.com leur a confirmé que, conformément à leur souhait leurs produits et sites ne bénéficieraient plus du service de référencement gratuit et qu'ils étaient effacés de sa base de données ;

Qu'il n'est pas établi que, après cette date, la société Leguide.com aurait continué à utiliser le catalogue et les noms commerciaux des intimées ; que les procès-verbaux dressés par huissier de justice le 26 janvier 2006 et analysés par M. Jamin à la demande des intimées ne portent en effet que sur la période de mars 2004 à avril 2005 ;

Qu'en revanche, il ressort des constats des 15 septembre 2006 et 8 novembre 2007 que la société Leguide.com a continué à utiliser sur ses sites leguide.net et shopping.net, pour présenter ses rubriques cadeaux, deux photographies appartenant aux intimées qui les avaient acquises de Mme B. comme celle-ci l'atteste ; qu'il n'est pas justifié que cette utilisation ait perduré jusqu'en juin 2009 ; mais qu'il n'en reste pas moins que leur utilisation commerciale temporaire sans autorisation a eu pour effet de diriger les internautes vers des sites concurrents ; que dès lors la responsabilité de l'appelante est engagée à ce titre ;

Considérant que les intimées reprochent à l'appelante d'avoir violé l'article 23 de la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, destinée à rendre transparente l'activité publicitaire et protéger les annonceurs, dans le cadre du contrat de référencement conclu avec elle et dans le cadre du contrat de partenariat conclu avec la société Overture ; qu'elles lui reprochent, concernant le premier de ces contrats, d'avoir usé de méthodes masquant l'origine des clics, ce qui ne permettait pas à Etain passion de différencier un clic publicitaire payant d'un clic gratuit issu de la Caisse d'Epargne et qu'il en est résulté des erreurs manifestes de facturation ; qu'elles soulignent qu'elles ne sont pas les seules à contester la facturation émise par la société Leguide.com ;

Mais considérant que l'appelante ne demandant pas le paiement de sa facture, les contestations sur sa méthode de facturation et les demandes des intimées à ce titre sont dépourvues d'intérêt ; que ces demandes seront donc rejetées ;

Que par ailleurs, les intimées exposent que le 29 août 2004, elles ont signé avec la société Overture un contrat qu'elles ne versent pas aux débats, la pièce n° 46 qu'elles visent n'étant qu'une télécopie par laquelle un avocat confirme que la société Overture leur a communiqué un "tableau des clics facturés relatifs à la société leguide.com" qui constitue l'annexe I d'un accord de confidentialité du 29 mai 2008 ; qu'elles exposent qu'afin d'assurer la promotion de leur site internet et de leur magasin, elles effectuent une campagne publicitaire de leur site "etainpassion.com" sur le réseau des sites partenaires de Overture et que, à chaque clic effectué sur la publicité "liens sponsorisés", Overture perçoit une rémunération et en rétrocède une partie à son partenaire, la société Leguide.com qui diffuse les liens sponsorisés ; qu'elles allèguent qu'il ressort du tableau des clics facturés par Leguide.com et des investigations de M. Jamin, que la société Leguide.com masque l'identité de certains de ses sites sur lesquels elle diffuse leurs annonces ; qu'elles en déduisent qu'il existe un risque avéré de facturation de clics émanant de sites satellites et qu'il leur est impossible de contrôler l'origine des clics facturés, ce pourquoi elles demandent la condamnation de la société Leguide.com à insérer dans l'adresse URL de ses liens publicitaires l'adresse du site source, la nature publicitaire de ce lien en utilisant le terme publicité et le nom de la régie directe ou indirecte qui facture le clic ;

Mais considérant que l'appelante réplique qu'elle a effectivement conclu un accord avec la société Overture en exécution duquel elle fait apparaître sur ses sites les liens sponsorisés qui lui sont fournis par cette société et qui correspondent aux contrats que celle-ci a signé avec ses propres clients ; qu'elle fait justement valoir quelle n'a aucun contrôle sur l'origine de ces liens sponsorisés et encore moins sur la facturation des clics par Overture ; que de plus, il convient de relever que les intimées ne justifient d'aucune contestation les opposant à Overture sur la facturation de ses prestations ; qu'elles seront donc déboutées de leurs prétentions ;

Considérant que les intimées reprochent enfin à l'appelante de continuer à utiliser comme noms de domaine ou dans le contenu de ses sites les mots "solde(s)" et "promosolde(s)", en violation des articles L 121-15 du code de la consommation et L 310 du code de commerce ; qu'elles font valoir en ce sens :

- que les sites "www.promosoldes" ont été interdits par la DGCCRF,
- que dans le cadre d'une étude du 13 janvier 2006, M. M., qu'elles ont consulté, a constaté l'existence du site "promosoldes.com",
- que par procès-verbal du 31 décembre 2007, Me Baillon a constaté les utilisations faites par la société Leguide.com des sites promosoldes jusqu'au mois de février 2005 et que grâce à l'archivage effectué par le site "archive.log", on sait que la société Leguide.com a utilisé ces sites jusqu'en août 2007,
- que par procès-verbal du 11 mars 2008, Me Baillon a constaté que la société Leguide.com utilisait les adresses www.promosoldes.com et "www.promosolde.com" pour re-diriger les internautes directement vers le site "www.leguide.com", ce qu'elle continue encore à faire,
- que selon la jurisprudence, le fait de se servir d'un nom de domaine par re-direction constitue une forme d'exploitation de ce nom,
- qu'il ressort d'une recherche dans les sites "www.leguide.com" et "www.marchands.com" et " www.leguide.net," avec le mot clé "solde" que de nombreux produits soldés sont référencés dans ces sites,
- que s'il existe des périodes de soldes laissées à l'initiative des commerçants, dites soldes flottantes, les soldes dites complémentaires s'achèvent un mois avant l'ouverture des soldes dites fixes et qu'à la date du 19 juin (2009), soit moins d'un mois avant le 24 juin, date du début des soldes fixes, de nombreux commerçants référencés dans les sites de la société Leguide.com utilisaient le mot "soldes",
- que le comportement de l'appelante lui cause préjudice dans la mesure où il permet de capter de la

clientèle et lui crée un manque à gagner ;

Considérant que l'appelante réplique :

- que la DGCCRF lui a interdit d'utiliser le nom de domaine "promosoldes.com" en 1998 et que depuis lors elle ne l'utilise plus,
- que les constats produits par les intimées ne sont pas probants,
- qu'à supposer les faits établis, ils se sont produits il y a plusieurs aimées, ont cessé et n'ont causé aucun préjudice personnel et certain aux intimées,
- que les offres promotionnelles ponctuelles présentées sur ses sites sont fournies par les e-marchands et que leur diffusion n'est pas une infraction au regard du règlement sur les périodes de soldes ;

Considérant cela exposé, qu'il ne peut être interdit de façon générale à la société Leguide.com d'utiliser le terme "soldes" ; qu'il n'est pas démontré par les appelantes que cette société aurait commis une infraction à la réglementation relative aux périodes de soldes qui leur auraient causé préjudice ;

Qu'en revanche, il apparaît du constat dressé le 11 mars 2008 par Me Baillon, huissier de justice, qu'à l'aide du navigateur internet explorer, en inscrivant l'adresse www.promosoldes.com, ou encore www.promosolde.com, il a été immédiatement re-dirigé vers le site www.leguide.com/promotion ; que ce comportement fautif justifie que soit interdit sous astreinte à la société Leguide.com d'utiliser comme nom de domaine le mot "promosolde(s)" ; qu'il engage la responsabilité de l'appelante à l'égard des intimées ;

Considérant, sur la demande en dommages-intérêts des intimées, que celles-ci demandent la somme de 109 606 €, en faisant valoir qu'elles sont victimes d'une perte de chiffre d'affaires liées aux pratiques déloyales de la société Leguide.com ; qu'elles se référent à un tableau établi par leurs soins pour démontrer l'augmentation du chiffre d'affaires de l'appelante entre 2000 et 2009, corrélativement à une diminution du chiffre d'affaires de Etains du campanile et à une stagnation de celui de Etain passion ;

Mais considérant que les intimées ne peuvent obtenir réparation que du préjudice résultant des fautes retenues plus haut contre l'appelante ; que ces fautes ont seulement eu pour conséquence de détourner des clients susceptibles de procéder à des achats auprès d'elles ; qu'eu égard aux chiffres d'affaires réalisés par les intimées de 2004 à 2008, soit une moyenne de 219 000 € selon le tableau qu'elles présentent et aux éléments d'appréciation qui lui sont soumis, la cour dit que ce préjudice sera réparé par la somme de 15 000 € ;

Qu'il n'y a pas lieu de condamner la société Leguide.com à publier le présent arrêt dans des quotidiens, ni sur la page d'accueil de ses sites ;

Et considérant, vu les dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, qu'il convient d'allouer une indemnité aux intimées et de rejeter la demande de l'appelante à ce titre ;

DÉCISION

Par ces motifs,

. Constate que la demande de révocation de l'ordonnance de clôture rendue le 7 juin 2011 est devenue sans objet, cette ordonnance ayant été révoquée et nouvelle clôture de l'instruction prononcée le 15 juin 2011,

. Déboute la société Leguide.com de sa demande de sursis à statuer et de celles tendant à voir poser des questions préjudicielles,

. Infirme le jugement et, statuant à nouveau,

. Condamne la société Leguide.com, dans le délai d'un mois à compter de la signification du présent arrêt et sous astreinte de 1000 € par jour de retard, à :

- identifier sur ses sites les espaces dans lesquels sont référencés de manière payante les marchands et les produits comme étant un contenu à caractère publicitaire, dans le respect des dispositions de l'article 20 de la loi du 21 juin 2004,
- à cesser d'utiliser comme nom de domaine le mot "promosolde(s)",

. Condamne la société Leguide.com à payer aux sociétés Saumon's et Pewterpassion.com :

- la somme de 15 000 €, à titre de dommages-intérêts,
- la somme de 15 000 € par application de l'article 700 du code de procédure civile,

. Rejette toutes les autres demandes des parties,

. Condamne la société Leguide.com aux dépens de première instance et d'appel.

La cour : Mme Marie-Pascale Giroud (présidente), Mme Dominique Saint Schroeder (conseillère)

Avocats : Me Marion Barbier, Me Arnaud Dimeglio

Voir décision de Cour de cassation