

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Adwords de Google devant la C.J.C.E.

Montero, Etienne

Published in:
Droits intellectuels

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2009, 'Adwords de Google devant la C.J.C.E.', *Droits intellectuels*, Numéro 3, p. 237-239.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Adwords de Google devant le C.J.C.E.

Le Système de publicité «AdWords» de Google est bien connu des utilisateurs du célèbre moteur de recherche. En sus de la liste des résultats naturels obtenus moyennant la saisie d'un mot clé sur le moteur de recherche, Google offre aux annonceurs la possibilité de sélectionner à travers Adwords des mots clés afin que leurs annonces s'affichent – à un endroit distinct, sous l'intitulé «liens commerciaux» – en réponse à la saisie de ces mots clés par des internautes. Google est rémunéré au prorata du nombre de clics effectués par les utilisateurs d'Internet sur l'hyperlien joint au bref message commercial des annonces. C'est grâce à ces recettes générées par Adwords que Google finance son moteur de recherche et d'autres services offerts gracieusement aux internautes.

Les systèmes de publicité tels qu'AdWords suscitent des controverses autour de la légalité de la sélection de mots clés correspondant à des marques. Nombre de litiges ont été portés devant les cours et tribunaux de divers Etats membres. C'est dans ce contexte que plusieurs questions préjudicielles ont été posées à la CJCE par la Cour de cassation de France, invitée à se prononcer dans trois affaires impliquant Google.

Les longues conclusions de l'avocat général Poaires Maduro, présentées le 22 septembre 2009, dans les affaires jointes C-236/08, C-237/08 et C-238/08 sont essentiellement consacrées à de savants développements sur les questions de droit des marques posées par AdWords. Plus sommaire est son analyse relative à la question de savoir si, en tant que prestataire de service de référencement payant, Google bénéficie de l'exonération de responsabilité prévue par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique (ci-après, « la directive »)¹.

Tout en reconnaissant que le contenu d'AdWords est fourni par les destinataires du service (les annonceurs) et stocké à leur demande et, à ce titre, ressortit à une activité d'hébergement (spéc. point 138), l'avocat général est d'avis que «l'exonération de responsabilité prévue par

l'article 14 de la directive 2000/31 ne devrait pas s'appliquer au contenu d'AdWords» (points 141 et 146).

Sa position est fondée «sur l'objectif qui sous-tend l'article 14 ainsi que la directive 2000/31 dans son ensemble» (point 141). Aux yeux de l'avocat général, cet objectif est de «créer un domaine public libre et ouvert sur Internet (...) en limitant, dans le cadre de ses articles 12 à 14, la responsabilité de ceux qui transmettent ou stockent les informations aux cas dans lesquels ils sont conscients de l'existence d'une illégalité» (point 142). Encore M. Maduro déduit-il de l'article 15 de la directive que les exonérations de responsabilité profitent aux seuls fournisseurs de service qui restent «neutres à l'égard des informations qu'ils transmettent ou hébergent» (point 143). Or, à la différence des résultats naturels obtenus à l'aide du moteur de recherche de Google, le contenu présenté dans AdWords génère des bénéfices proportionnels au nombre de clics sur les liens des annonces. Il s'en suit qu'en tant que prestataire dudit service de référencement payant, Google a un intérêt direct à ce que ces clics soient légion et n'est donc pas neutre à l'égard des contenus stockés. La conclusion de l'avocat général tombe comme un couperet: il ne peut donc prétendre au bénéfice de l'exonération prévue en matière d'hébergement par l'article 14 de la directive (points 144 et 145).

On n'est pas obligé d'adhérer à cette analyse.

D'emblée, il y a lieu de relever un double malentendu. Contrairement à ce qui est suggéré au point 142, le test de connaissance ne joue aucun rôle dans le cadre du «simple transport»: pourvu qu'ils remplissent les conditions fixées à l'article 12 de la directive, les fournisseurs d'infrastructure ou d'accès peuvent incontestablement bénéficier de l'exonération couvrant leurs activités, *même s'ils sont conscients de l'existence d'une illégalité*.

Par ailleurs, on est étonné que l'avocat général reconnaisse sans ambiguïté qu'AdWords ressortit à la notion d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive (point 138), tout en récusant cette qualification en conclu-

¹ 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»), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

sion finale (point 155, 4). Sa pensée se comprend mieux, il est vrai, lorsqu'il expose que c'est le «contexte publicitaire particulier» dans lequel s'inscrit cette activité d'hébergement qui en fait «une activité à part» de sorte que «l'exonération de responsabilité prévue par l'article 14 de la directive 2000/31 ne devrait pas appliquer à AdWords» (point 141). La particularité épinglée vient de ce que Google ne serait pas «neutre» pour le motif évoqué plus haut. C'est pourquoi il ne pourrait revendiquer le bénéfice de l'exonération de responsabilité de l'article 14 en ce qui concerne les contenus hébergés dans le cadre d'AdWords. Que faut-il en penser ?

Une telle exigence de neutralité peut-elle se déduire de l'économie générale de la directive? Si l'on veut... pour autant que l'on s'en tienne aux conditions qui traduisent cette exigence dans le texte. Ainsi, le prestataire de service de «simple transport» peut bénéficier d'une exonération de responsabilité «lorsqu'il n'est impliqué en aucune manière dans l'information transmise» (considérant n° 43), ce qui suppose qu'il n'est pas à l'origine de la transmission, ne sélectionne pas le destinataire de cette dernière et ne sélectionne ni ne modifie les informations à transmettre (art. 12, § 1^{er}). Il n'est pas interdit d'estimer que ces conditions cristallisent une exigence de neutralité. Ainsi encore, pour bénéficier d'une limitation de responsabilité, le prestataire de service d'hébergement doit, dès qu'il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités, agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible (considérant n° 46 et, surtout, art. 14, § 1^{er}). Ici aussi, il n'est pas incongru de voir en ces conditions l'expression d'un devoir de neutralité imposé au prestataire d'hébergement.

Par contre, si l'exigence de neutralité s'entend de l'absence d'intérêt économique lié aux informations hébergées, elle nous apparaît inacceptable. Ainsi comprise, pareille exigence serait contraire à la lettre et à l'esprit de la directive. A cet égard, l'analyse de l'avocat général Maduro n'est pas sans rappeler certains errements de la jurisprudence française dans le contentieux relatif aux services Web 2.0. Il n'est pas rare, en effet, que les titulaires de pareils services – tels les sites de partage de contenus – se rémunèrent en offrant à des annonceurs des espaces publicitaires ; aussi les bénéfices engrangés sont-ils d'autant plus juteux que la fréquentation du site est élevée, laquelle est directement liée aux contenus appor-

tés. Plusieurs juridictions ont tiré argument de ce type de modèle économique pour dénier aux prestataires 2.0 la qualité d'hébergeur². Cette argumentation fallacieuse a été balayée dans la jurisprudence ultérieure en des termes qui méritent d'être reproduits: «La commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas davantage de qualifier la société Dailymotion d'éditeur de contenu dès lors que rien dans le texte de loi n'interdit à un hébergeur de tirer profit de son site en vendant des espaces publicitaires tant que les partenariats auxquels il consent ne déterminent pas le contenu des fichiers postés par les internautes. La LCEN n'a pas interdit aux hébergeurs de gagner de l'argent en vendant des espaces publicitaires et a volontairement limité au seul critère du choix du contenu effectué par la société créatrice du site, la condition à remplir pour être éditeur. En refusant aux hébergeurs de vivre de la publicité, et en ajoutant ce critère à celui fixé par la loi, les demandeurs détournent le texte et tendent à dire qu'un hébergeur devrait refuser les revenus publicitaires alors que leur statut est défini dans une loi qui traite du commerce électronique»³.

On ne saurait perdre de vue que les exemptions de responsabilité de la directive sont prévues pour certaines activités d'intermédiation qui répondent à la notion de «services de la société de l'information», entendus comme «des services fournis, *normalement contre rémunération*, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services» (considérant n° 17 et références). Par définition, de tels services «englobent un large éventail d'*activités économiques* qui ont lieu en ligne» (considérant n° 18).

Il est très clair que la directive n'a nullement réservé le bénéfice de l'exemption de responsabilité à des prestataires qui agissent à titre bénévole⁴. Faire droit à l'argument économique invoqué par l'avocat général reviendrait à retenir un critère d'exclusion du bénéfice de l'exonération qui ne figure pas dans la directive. Le texte de l'article 14 ne prévoit qu'*une seule* exception, en son paragraphe 2, dont il résulte que «le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire». Autrement dit, dans toutes les autres hypothèses, l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement profite au prestataire si – et seulement si – les conditions du paragraphe 1^{er} de l'article 14 sont réunies. Point n'est besoin d'insister sur le fait

² Voy., par ex., Paris (4^e ch., A), 7 juin 2006, *Tiscali Media c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics*, www.legalis.net; T.G.I. Paris (réf.), 22 juin 2007, *Lafesse c. Myspace*, www.legalis.net.

³ T.G.I. Paris (3^e ch.), 15 avril 2008, *Jean-Yves Lafesse c/ Dailymotion*, www.juriscom.net, www.legalis.net; T.G.I. Paris (3^e ch.), 15 avril 2008, *Omar et Fred et autres c. Dailymotion*, www.legalis.net.

⁴ En réalité, le caractère économique ou non de l'activité d'intermédiation est sans rapport avec le fondement de l'exonération de responsabilité.

que les annonceurs utilisant le système Adwords n'agissent pas «sous l'autorité ou le contrôle» de Google.

La directive sur le commerce électronique «instaure un équilibre entre les différents intérêts en jeu» (considérant n° 41). En subordonnant le bénéfice des exonérations de responsabilité au respect de conditions non prévues par le

texte, on sort du cadre juridique voulu par le législateur européen... au risque de faire volet en éclat ce subtil équilibre.

Etienne Montero
Professeur ordinaire aux FUNDP
Doyen de la Faculté de droit