COUR DE CASSATION –CHAMBRE COMMERCIALE, 29 NOVEMBRE 2011, KELKOO/CONCURRENCE

MOTS CLEFS : identification – site internet – contrat – publicité – mentions légales – lcen – concurrence – partenariat – comparateur – pratique illicite

Le magasin Concurrence et la société Kelkoo avaient signé un contrat de partenariat pour la promotion du site concurrence.fr à travers des liens cliquables à partir du site de de Kelkoo vers celui du partenaire. Ne cautionnant pas que Kelkoo.fr usurpe sa condition, la société Concurrence résiliera le contrat et portera l'affaire devant la justice. Durant sept ans, ce vendeur de produits électroniques et audiovisuels va inlassablement traduire le comparateur de prix devant les tribunaux afin de le voir puni pour infraction à la réglementation sur la publicité et concurrence déloyale.

FAITS : la société Concurrence a conclu avec la société Kelkoo, exploitant un site informatique de recherche de prix, un contrat de partenariat pour la diffusion publicitaire de ses produits et de ses prix le 29 octobre 2003. Après avoir résilié ce contrat le 05 février 2004 en considérant que le site internet de la société Kelkoo se présentait de manière trompeuse comme un moteur de recherche exhaustif de produits et de leurs prix, qu'il ne respectait pas la réglementation sur la publicité comparative des prix et que cette société pratiquait ainsi une concurrence déloyale, la société Concurrence l'a assignée en référé pour faire cesser ces pratiques.

PROCEDURE : par ordonnance du 27 septembre 2004, le président du tribunal de commerce de Paris dit n'y avoir lieu à référé, ce que confirmera la cour d'appel de Paris le 09 février 2005. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation cassera cette décision le 08 février 2006, jugement qu'elle réitérera le 06 décembre 2007 à l'encontre de l'arrêt de la juridiction de renvoi (CA Paris, 19/01/2007) qui débouta derechef la demanderesse. Au terme d'un énième renvoi, la cour d'appel de Versailles condamna finalement Kelkoo qui formera un pourvoi en cassation. Entretemps, le 14 mai 2008, le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère, saisi de demandes identiques par la société Concurrence, les rejettera.

PROBLEME DE DROIT : la société Kelkoo se livre-t-elle à une pratique commerciale trompeuse en n'identifiant pas clairement son site internet kelkoo.fr comme un site publicitaire ?

SOLUTION : un cheminement consistant à ouvrir plusieurs fenêtres est incompatible avec les dispositions de l'article 20 de la loi du 21 juin 2004, lesquelles supposent qu'une publicité en ligne soit clairement identifiée en tant que telle. Cette pratique illicite fausse à l'évidence le jeu de la concurrence.

SOURCES :

Legalis, *L'identification trop cachée de Kelkoo en tant que site publicitaire*, mis en ligne le 25 janvier 2012, consulté le 03 février 2012, disponible sur http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=3316

Cette création par LID2MS-IREDIC est mise à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 2.0 France.

NOTE :

La publicité en ligne utilise l'internet via des bannières publicitaires, des moteurs de recherche, le marketing viral et des publiciels.

Kelkoo.fr est à ranger dans la deuxième catégorie. Ce comparateur de prix permet aux internautes de rechercher des produits et des services dans les bases de données de sites qui ont conclu avec lui un accord de référencement. Il n'indexe pas automatiquement des pages à la manière de Bing ou de Google, il classifie lui-même les offres commerciales de ses partenaires.

Cependant, entre l'être et le paraître, la nuance est parfois aussi fine qu'une feuille de papier à cigarette. C'est le grief adressé.

Selon la société Concurrence, la société Kelkoo mystifie de façon éhontée les internautes en présentant son site internet comme un moteur de recherche exhaustif des produits et de leurs prix et contrevient par conséquent aux dispositions légales. L'article 20 de la loi du 21 juin 2004 dite loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) dispose en effet que « 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 ». Le prévenu se défendra de ces accusations, estimant qu'il ne cache rien à personne.

A titre principal, il indiquera la présence de quatre onglets (« Qui sommes-nous ? », « Kelkoo c'est quoi ? », « Marchands référencés », « Plus d'informations sur les résultats »). En cliquant dessus, l'internaute obtient les précisions suivantes : la nature du site internet, le caractère non exhaustif des résultats affichés et l'existence des contrats de partenariats. Kelkoo.fr ne dissimule manifestement pas le ressort de son activité et n'enfreint à aucun moment les règles édictées par le législateur.

A titre subsidiaire, il fera valoir la conformité de ses mentions légales, rectificatives et informatives avec une recommandation du Bureau de vérification de la publicité (BVP, aujourd'hui ARPP). D'après cette autorité reconnue, lesdites mentions doivent être « accessibles via un lien […] d'accès direct, être lisibles ou audibles et intelligibles ». Celle-ci a d'ailleurs audité le dispositif du site de la société Kelkoo et a rendu un avis favorable. Compte tenu de la large autorégulation dont jouit le secteur, cette évaluation devrait placer le site internet au-dessus de tout soupçon.

Les juges du fond n'en auront cure. A leurs yeux, les informations servant à l'identification du caractère publicitaire du site sont certes disponibles mais dissimulées. Il ne leur semble pas normal de devoir ouvrir plusieurs fenêtres puis de rassembler les morceaux. Ce qui devrait être d'une simplicité enfantine pour le visiteur et potentiel utilisateur s'apparente à un puzzle doublé d'un jeu de piste. Clairement, Kelkoo.fr ne joue pas franc-jeu. Si la cour d'appel condamnera son exploitant à corriger cette lacune, elle qualifiera aussi ses agissements de concurrence faussée.

Les juges du droit valideront le raisonnement de la juridiction de deuxième degré. A noter que dans un arrêt également rendu le 29 novembre 2011 sur cette même affaire mais à propos d'une autre procédure, la Cour de cassation avait considéré que la preuve d'une altération du comportement du consommateur résultant des pratiques douteuses devait être rapportée afin qu'il y ait concurrence déloyale et mensongère. D'une espèce à une autre, l'issue est diamétralement différente.

Le magasin Concurrence remporte un marathon judiciaire de longue haleine.

Benjamin Hersant
Master 2 Droit des médias et des télécommunications
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2011

Cette création par LID2MS-IREDIC est mise à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 2.0 France.

ARRET :

Cass. Com., 11 novembre 2011, *Kelkoo/Concurrence*

[…]

Sur le pourvoi, en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 11 février 2009

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation d'un arrêt de cour d'appel (Civ. 2e 6 décembre 2007 n° 07-12.256), lui-même rendu après cassation d'un précédent arrêt de cour d'appel (Civ. 2e, 8 février 2006, n° 05-13.087), que la société Concurrence a conclu avec la société Kelkoo, exploitant un site informatique de recherche de prix (comparateur de prix), un contrat de partenariat pour la diffusion publicitaire de ses produits et de ses prix sur le réseau internet ; qu'après avoir résilié ce contrat, la société Concurrence, considérant que le site internet de la société Kelkoo se présentait de manière trompeuse comme un moteur de recherche exhaustif des produits et de leurs prix, qu'il ne respectait pas la réglementation sur la publicité comparative des prix et que cette société pratiquait ainsi une concurrence déloyale, l'a assignée en référé sur le fondement de l'article 873, alinéa 1er, du code de procédure civile, pour faire cesser ces pratiques ; que, par ordonnance du 27 septembre 2004, le président du tribunal de commerce de Paris a dit n'y avoir lieu à référé ; que par un jugement rendu le 14 mai 2008, le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère, saisi de demandes identiques par la société Concurrence, les a rejetées ;

Sur le premier moyen

Attendu que la société Kelkoo fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée par provision, sous astreinte de 1000 euros par infraction constatée, d'une part, à identifier comme site publicitaire le site Kelkoo.fr, dans le respect des dispositions de l'article 20 de la loi du 21 juin 2004, et, d'autre part, en application des articles 2, 4, 5, 7 de l'arrêté du 1er septembre 1977 et des articles L. 121-1 et L. 121-18 du code de la consommation, à indiquer les périodes de validité des prix affichés sur son site, à présenter les prix toutes taxes comprises mis à jour en temps réel et à mentionner l'existence et le montant de frais non compris dans celui-ci, tels les frais de transports ou d'enlèvement, et de l'avoir également condamnée à payer à la société Concurrence la somme de 12 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile, alors, selon le moyen :

1°/ que le juge des référés saisi d'une demande de mesures tendant à faire cesser un trouble manifestement illicite n'a plus le pouvoir de statuer sur de telles demandes lorsqu'une juridiction du fond a rejeté des demandes identiques ; qu'ainsi, lorsqu'un jugement au fond rendu dans un litige opposant les mêmes parties a été porté à sa connaissance et qu'il est soutenu que ce jugement s'est prononcé sur des demandes identiques à celles qui lui sont soumises, le juge des référés ne saurait, sous peine d'excéder les pouvoirs qu'il tient de l'article 873 du code de procédure civile, statuer sur les demandes qui lui sont soumises, sans s'assurer, au besoin d'office, que ces demandes sont bien différentes de celles sur lesquelles la juridiction du fond s'est prononcée ; qu'en l'espèce, la cour d'appel de Versailles a, dans son arrêt avant-dire droit du 25 juin 2008, réouvert les débats, en constatant "qu'au cours du délibéré est intervenu un jugement entre les parties, le 14 mai 2008 lire : 28 mai 2008 du tribunal de commerce de Romans-sur-Isère transmis par la société Kelkoo, qui prétend que celui-ci statue au fond sur les mêmes demandes formées à son encontre, que celles dont est saisie la cour d'appel en référé" ; qu'en décidant néanmoins dans son arrêt du 11 février 2009 d'accueillir partie des demandes formées par la société Concurrence à l'encontre de la société Kelkoo, sans s'assurer que ces demandes

Cette création par LID2MS-IREDIC est mise à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 2.0 France.

étaient bien différentes de celles sur lesquelles le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère s'était lui-même prononcé dans le jugement au fond susvisé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 484 et 873 du code de procédure civile ;

2°/ que la société Kelkoo se prévalait expressément dans ses écritures de la chose jugée par le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère pour conclure à l'incompétence du juge du référé et, subsidiairement, au rejet des demandes, faisant valoir dans ses conclusions que les juges consulaires avaient rejeté au fond des demandes de la société Concurrence fondées sur des griefs en tous points identiques à ceux qui étaient invoqués par cette société au soutien de sa demande de mesures tendant à faire cesser un trouble prétendument illicite (conclusions n° 4, p. 10, al. 4 ; p. 13, al. 5 ; p. 14, al. 9, p. 21 al. 3) ; qu'en omettant totalement de s'expliquer sur la portée de cette décision régulièrement versée aux débats sur la présente instance, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ qu'il résultait des énonciations mêmes du jugement régulièrement versé aux débats du 28 mai 2008 que le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère avait débouté la société Concurrence de l'ensemble de ses demandes et notamment de celles qui tendaient à voir ordonner, sous astreinte, à la société Kelkoo, premièrement, "de publier les offres de prix de la société Concurrence dans des conditions permettant une mise à jour instantanée des changements de ces offres, tant que la société Kelkoo continuera à proposer sur son site des tableaux de prix censés être pratiqués par des revendeurs", deuxièmement "d'appliquer l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, en précisant de façon distincte dans toutes ses publicités et en tête de tous les tableaux comparatifs concernant des produits de la même catégorie que ceux vendus par la société Concurrence, que la société Kelkoo ne compare que les offres des marchands ayant passé des conventions de publicité avec elle et la rémunérant pour leur présence sur les tableaux comparatifs, et que ces tableaux sont donc des publicités", troisièmement, "de respecter l'arrêté n° 77-105 du 1er septembre 1977, et notamment ses articles 2, 4, 5, 7 en indiquant les périodes de validité des prix affichés sur son site", quatrièmement "de respecter l'article L. 121-18 du code de la consommation dans ses publicités et affichages de prix, notamment en ne présentant que des prix mis à jour en temps réel (…), en mentionnant à côté des prix annoncés, l'existence de frais non compris dans le prix (…) tels que les frais de port ou d'enlèvement" ; qu'en accueillant néanmoins des demandes exactement identiques réitérées devant les juges des référés, ainsi qu'il ressort du dispositif de son arrêt, la cour d'appel a méconnu la chose jugée par le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère, en violation de l'article 480 du code de procédure civile ;

4°/ qu'en toute hypothèse, n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite au sens de l'article 873 du code de procédure civile une situation de fait qu'une juridiction du fond saisie de demandes identiques dans un litige opposant les mêmes parties a jugée conforme aux dispositions légales et réglementaires qui lui étaient applicables et insusceptible de causer un préjudice ; qu'en l'espèce, la société Kelkoo faisait valoir dans ses écritures que dans son jugement du 28 mai 2008, le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère avait, d'une part, jugé son site Internet conforme aux dispositions du code de la consommation, de la loi du 21 juin 2004 et de l'arrêté du 1er septembre 1977, dès lors que la nature et les limites du guide d'achat y étaient indiquées, que les internautes étaient spécialement mis en garde sur la nécessité de vérifier l'actualité des données tarifaires indiquées en se dirigeant par un simple clic vers les sites Internet des marchands sélectionnés et que les informations indiquées sur ce site étaient complètes et objectivement présentées, puis, d'autre part, estimé que le trouble concurrentiel allégué par la

Cette création par LID2MS-IREDIC est mise à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 2.0 France.

société Concurrence était purement hypothétique, comme fondé sur de pures spéculations intellectuelles et non sur des faits avérés et constatés ; qu'en jugeant néanmoins que la société Concurrence était fondée à se prévaloir d'un trouble illicite né de la violation des mêmes dispositions légales et réglementaires, la cour d'appel a violé l'article 873 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la société Kelkoo n'ayant pas soulevé dans ses écritures d'appel la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée revêtue par le jugement du tribunal de commerce de Romans-sur-Isère du 28 mai 2008, la cour d'appel qui n'était pas tenue de la relever d'office a pu, par une décision motivée, caractériser et retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite au regard des éléments qui lui étaient soumis ; que le moyen, nouveau, mélangé de fait et de droit, comme tel irrecevable en ses trois premières branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le second moyen, pris en ses première, deuxième et septième branches

Attendu que la société Kelkoo fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée par provision, sous astreinte, à identifier comme site publicitaire le site Kelkoo.fr, dans le respect des dispositions de l'article 20 de la loi du 21 juin 2004, alors, selon le moyen :

1°/ que, selon 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 ; qu'il n'est pas exigé qu'une telle mention soit elle-même reproduite sur chacune des pages d'un site Internet permettant de comparer les prix pratiqués par l'ensemble des commerçants référencés sur ce site ; qu'en l'espèce, la société Kelkoo, exploitante du site Internet du même nom, faisait valoir que, par un simple "clic" sur des onglets intitulés "Qui sommes-nous ?", "Kelkoo c'est quoi ?", "Marchands référencés" ou encore "Plus d'informations sur les résultats", l'internaute était dirigé vers une page lui indiquant clairement la nature de ce site Internet, le caractère non exhaustif des résultats affichés et l'information selon laquelle seules les offres des marchands ayant payé leur référencement sur Kelkoo étaient affichées ; qu'en jugeant que ce procédé d'information n'était pas compatible avec les exigences de l'article 20 de la loi du 21 juin 2004, au motif que le choix des intitulés tels que "Qui sommes-nous ?", ou "Plus d'informations sur les résultats" aurait été de nature à "calmer l'éventuelle curiosité" des internautes, la cour d'appel s'est livrée à une appréciation purement subjective dont la seule nécessité ne lui permettait pas de retenir une violation "manifeste" de la loi susceptible de donner lieu à référé ; qu'elle a ainsi violé l'article 873 du code de procédure civile ;

2°/ que la société Kelkoo faisait valoir dans ses conclusions que, par une recommandation du 13 mai 2005, le Bureau de Vérification de la Publicité avait indiqué : "les conditions auxquelles sont soumises les offres promues dans les messages diffusés sur Internet doivent être clairement précisées et aisément accessibles. En conséquence, en matière de mentions légales, rectificatives et informatives, les règles suivantes trouvent à s'appliquer : ces mentions peuvent être accessibles via un lien, à condition que ce lien soit d'accès direct ; elles doivent être lisibles ou audibles et intelligibles", recommandation à laquelle elle s'était strictement conformée ; qu'en s'abstenant de répondre aux conclusions susvisées, cependant que l'avis favorable donné par une autorité reconnue chargée de "mener, dans l'intérêt et le respect du public, une action en faveur d'une publicité loyale, véridique et saine" était, à tout le moins, de nature à écarter toute "illicéité manifeste", au sens de l'article 873 du code de procédure civile, la cour d'appel a violé l'article 455 du même code ;

3°/ qu'en se bornant à affirmer que la société Concurrence, en tant qu'opérateur de l'économie marchande, était "recevable

Cette création par LID2MS-IREDIC est mise à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 2.0 France.

à solliciter qu'il soit mis fin à des actes qui lui occasionnent un trouble direct", sans préciser en quoi l'existence, sur le site Internet "Kelkoo", de ce bref délai d'actualisation des offres, causant un décalage s'appliquant uniformément à tous les commerçants référencés sur ce site et pouvant indifféremment s'exercer à l'avantage ou au détriment des marchands référencés sur son site, était de nature à porter préjudice à la société Concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 873 du code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'article 20 de la loi du 21 juin 2004 dispose que 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 ; qu'ayant constaté que les explications proposées à ce titre par la société Kelkoo sur son site n'étaient accessibles qu'à condition que l'internaute, faisant preuve de curiosité, clique sur des rubriques comme "Qui sommes-nous ?", "plus d'explications sur les résultats", la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre la société Kelkoo dans le détail de son argumentation, a pu retenir que ce cheminement, comportant la nécessité d'ouvrir plusieurs fenêtres, était incompatible avec les dispositions précitées et revêtait un caractère manifestement illicite ;

Attendu, en second lieu, que l'arrêt retient, justifiant par là-même la décision, que la société Concurrence est recevable à solliciter qu'il soit mis fin aux pratiques illicites, qui faussent le jeu de la concurrence sur le marché où elle intervient ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le même moyen, pris en sa troisième branche

Vu l'article L. 121-18 du code de la consommation ;

Attendu que l'arrêt condamne la société Kelkoo, sous astreinte, en application de l'article L. 121-18 du code de la consommation, à indiquer les périodes de validité des prix affichés sur son site, à présenter les prix toutes taxes comprises mis à jour en temps réel et à mentionner l'existence et le montant de frais non compris dans celui-ci, tels les frais de transports ou d'enlèvement ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article L. 121-18 du code de la consommation, qui impose de préciser la durée de validité de l'offre et le montant des frais de livraison, ne s'applique qu'aux offres de contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le même moyen, pris en sa quatrième branche

Vu l'article 8 de l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur ;

Attendu que l'arrêt condamne la société Kelkoo, sous astreinte, en application des articles 2, 4, 5 et 7 de l'arrêté du 2 septembre 1977, à indiquer les périodes de validité des prix affichés sur son site, à présenter les prix toutes taxes comprises mis à jour en temps réel et à mentionner l'existence et le montant de frais non compris dans celui-ci, tels les frais de transports ou d'enlèvement ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'arrêté du 2 septembre 1977, qui interdisait toute publicité de prix à l'égard du consommateur pour des produits qui ne sont pas disponibles à la vente, avait été abrogé par l'article 8 de l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, publié au Journal officiel du 13 janvier 2009, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile ;

DECISION

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

[…]

Cette création par LID2MS-IREDIC est mise à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 2.0 France.

. Casse et annule, par voie de retranchement, en ce qu'il condamne la société Kelkoo sous astreinte à indiquer les périodes de validité des prix affichés sur son site, présenter les prix toutes taxes comprises mis à jour en temps réel et mentionner l'existence et le montant de frais non compris dans celui-ci, tels les frais de transports ou d'enlèvement, l'arrêt rendu le 11 février 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles,

. Dit n'y avoir lieu à renvoi de ce chef ;

. Condamne la société Concurrence aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

. Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Cette création par LID2MS-IREDIC est mise à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 2.0 France.