

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS
COUR D'APPEL DE GRENOBLE**

CHAMBRE COMMERCIALE
ARRET DU 21 OCTOBRE 2010

Appel d'une décision (N° RG 2004J6784) rendue par le Tribunal de Commerce de ROMANS en date du 28 mai 2008 suivant déclaration d'appel du 23 Juillet 2008

APPELANTE :

S.A. CONCURRENCE prise en la personne de son représentant légal en exercice domicilié en cette qualité audit siège
19 Place de la Madeleine
75008 PARIS
Représentée par la SCP Jean & Charles CALAS, avoués à la Cour assistée de Me Laurent SALEM, avocat au barreau de PARIS

INTIMEE :

S.A. KELKOO.COM prise en la personne de son représentant légal en exercice domicilié en cette qualité audit siège
17, 19, rue Guillaume Tell
75017 PARIS
Représentée par la SELARL DAUPHIN & MIHAJLOVIC, avoués à la Cour assistée de Me CREVIEUX, avocat au barreau de PARIS

COMPOSITION DE LA COUR :

LORS DES DEBATS ET DU DELIBERE :
Monsieur Daniel MULLER, Président de Chambre,
Monsieur Jean-Louis BERNAUD, Conseiller,
Mme Françoise CUNY, Conseiller,
Assistés lors des débats de Mme Nadine LEICKNER, Greffier.

DEBATS :

A l'audience publique du 23 Juin 2010, Monsieur MULLER, Président a été entendu en son rapport,
Les avoués et les avocats ont été entendus en leurs conclusions et plaidoiries,
Puis l'affaire a été mise en délibéré au jeudi 30 septembre 2010 ledit délibéré ayant été prorogé au jeudi 7 octobre, 14 octobre 2010 puis à ce jour, ce dont les parties ont été avisées.

La société KELKOO est un annuaire et guide d'achat en ligne permettant aux internautes la recherche de produits et services. Elle référence dans sa base de données des sites qui ont préalablement passé un accord de référencement qui consiste à insérer dans des catégories identifiées des liens hypertextes décrivant le produit ou le service et pointant vers le site du marchand.

Le marchand référencé rémunère la société KELKOO en fonction du trafic ainsi obtenu sur la base du nombre de clics enregistrés sur les liens hypertextes. La société KELKOO vend par ailleurs, de façon distincte, les espaces publicitaires disponibles sur son site à des annonceurs qui signent un contrat d'achat d'espace publicitaire. La société CONCURRENCE exploite un magasin de vente de produits électroniques et audiovisuels grand public ainsi qu'un site Internet sur lequel elle présente des produits qui peuvent être achetés dans le magasin ou vendus en ligne.

Le 29 octobre 2003, les parties ont signé un contrat de partenariat ayant pour objet « *de promouvoir le site de la société concurrence.fr à travers la mise en place de liens hypertextes, cliquables à partir du site éditorial de Kelkoo vers le site de concurrence.fr* ».

Ces relations ont pris fin le 5 février 2004, chaque partie se prévalant de l'initiative de cette rupture. Sur requête de la société KELKOO, le président du tribunal de commerce de ROMANS SUR ISERE a rendu, le 6 septembre 2004, une ordonnance faisant injonction à la société CONCURRENCE de payer la somme de 20.395,87 €, correspondant au montant cumulé de trois factures dites « *génération de trafic* », outre intérêts à compter du 19 août 2004. La société CONCURRENCE a formé opposition à cette ordonnance.

Outre la demande induite par la procédure d'opposition, tendant au débouté des demandes formées par la société KELKOO, la société CONCURRENCE a saisi le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère de demandes tendant à voir ordonner à la société KELKOO de :

- § publier les offres de prix de la société CONCURRENCE dans des conditions permettant une mise à jour instantanée des changements de ces offres, une information sur la durée de validité des offres, tant que la société KELKOO continuera à proposer sur son site des tableaux de prix censés être pratiqués par des revendeurs,
- § cesser toute publicité ou supprimer toute information, la présentant comme un guide d'achat ou un outil exhaustif comparant toutes les offres des marchands, tous les produits en vente et en promotion sur le Web, permettant de trouver les meilleures offres de produits, les meilleurs prix, les meilleures promotions,
- § 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,
- § 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, 'respecter l'article L.121-18 du code de la consommation dans ses publicités et/ ou dans les affichages de prix, notamment :
 - en ne présentant que des prix mis à jour en temps réel afin qu'ils soient les mêmes que ceux présentés au même instant sur les sites cités à côté des prix,

- en mentionnant à côté des prix annoncés, l'existence de frais non compris dans le prix, mais indispensables à la réalisation de la vente avec leur montant, tels que les frais de port ou d'enlèvement,
- en mentionnant des frais de port et d'enlèvement exacts correspondant à ceux réellement pratiqués sur les sites,
- en indiquant à côté des prix annoncés, la nature de la garantie avec suffisamment de précisions sur ses qualités substantielles et ses principales conditions,
- en ne présentant que des produits encore en vente sur les sites mentionnés,

Et ce sous astreinte de 1000 € par infraction constatée à compter de la signification du jugement à intervenir,

§ commettre tel expert qu'il plaira au tribunal de désigner avec mission de donner tous éléments permettant d'apprécier le préjudice subi par elle fait des pratiques jugées illicites par le tribunal,

§ condamner la société KELKOO à lui payer une provision de 500 000 € sur son préjudice ainsi que la somme de 55 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Par jugement du 28 mai 2008, le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère a :

Sur l'opposition à l'ordonnance d'injonction de payer :

§ Déclaré la société CONCURRENCE recevable en son opposition,

§ Constaté que les factures émises par la société KELKOO sont conformes à l'article L.441-3 du code de commerce,

§ Dit que les quantités facturées apparaissent justifiées,

§ Donné acte à la société KELKOO de ce que la facture n° 200402058 du 29 février 2004 d'un montant de 7654,40 euros se rapporte à la facturation de trafic de décembre 2003,

§ Débouté la société CONCURRENCE de sa demande tendant à se voir appliquer la remise de 15 % faute de justifier de l'intervention d'un mandataire non payeur,

§ Constaté que la société CONCURRENCE conteste la licéité des prestations de KELKOO mais non leur réalité,

En conséquence,

§ Déclaré la société CONCURRENCE non fondée dans son opposition,

§ Confirmé l'ordonnance attaquée et ce faisant,

§ Condamné la société CONCURRENCE à payer à la société KELKOO la somme de 20 395,87 euros pour solde de ses factures se rapportant aux mois de novembre et décembre 2003, janvier 2004,

§ Donné acte à la société CONCURRENCE du paiement de ladite somme en date du 16 septembre 2004 entre les mains de Maître MANCEAU, huissier, mandaté par la société KELKOO,

Sur la demande reconventionnelle de la société CONCURRENCE,

§ Dit que la société CONCURRENCE ne rapporte pas la preuve de l'existence d'une faute ou d'un fait dommageable imputable à la société KELKOO,

§ Constaté en outre que la société CONCURRENCE ne justifie d'aucun préjudice, ni même d'un commencement de preuve de l'existence d'un préjudice,

§ Débouté la société CONCURRENCE de sa demande de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil,

Sur la demande de la société CONCURRENCE tendant à voir ordonner son référencement sur le site KELKOO,

Vu le principe de la liberté contractuelle,
Vu l'absence de dommage imminent,

§ Dit que le tribunal ne peut pas ordonner à la société KELKOO de référencer sur son site les offres de prix de la société CONCURRENCE dans la mesure où les parties ne sont plus liées contractuellement,

§ Rejeté la demande de la société CONCURRENCE tendant à voir ordonner sous astreinte son référencement sur le site KELKOO,

§ Condamné la société CONCURRENCE à payer à la société KELKOO la somme de 20 000 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

§ La société CONCURRENCE a interjeté appel de ce jugement.

Vu les conclusions signifiées le 22 juin 2010 par la société CONCURRENCE, laquelle demande à la cour de :

§ D'infirmer en toutes ses dispositions le jugement du 28 mai 2008,

§ Recevoir l'opposition formée par la société CONCURRENCE,

§ Rejeter des débats le CD Rom censé contenir des éléments sur les factures KELKOO,

§ Refuser l'invocation d'une enquête de la DGCCRF que KELKOO présente comme approuvant ses pratiques, alors que KELKOO refuse de la produire,

§ Rétracter l'ordonnance d'injonction de payer du 6 septembre 2004,

- § Débouter la société KELKOO de l'ensemble de ces demandes,
- § Condamner la société KELKOO à restituer à la société CONCURRENCE la somme de 20 395,87 euros avec intérêts de droit depuis la date du paiement,
- § Condamner la société KELKOO à payer à la société CONCURRENCE la somme de 10 000 € à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive,

Vu l'article 1382 du Code civil,

- § La charte des comparateurs de prix du 11 juin 2008,
- § Dire que la société KELKOO s'est rendue coupable de publicité mensongère, notamment par l'usage de slogans tels que « tous les prix », « meilleurs prix », « meilleures boutiques du Web », et en prétendant aller chercher les informations dans les sites marchands par des robots fouineurs et ce en temps réel,
- § Dire que la société KELKOO s'est rendue et se rend coupable de publicité mensongère pour prétendre aider à économiser de l'argent sur les achats par rapport aux magasins traditionnels, et permettre d'économiser en moyenne 20 % sur les dépenses en magasin,
- § Dire que la société KELKOO s'est rendue coupable de non respect des textes légaux, et/ ou de ses engagements, de la charte des comparateurs, notamment en :
 - § Ne s'identifiant pas en tant que site publicitaire, et/ ou en ne qualifiant pas de publicité le tableau comparatif de prix,
 - § N'indiquant pas la période de validité des offres,
 - § N'indiquant pas le montant des frais de port et d'enlèvement,
 - § N'indiquant pas l'existence d'une garantie, ou la durée et nature de la garantie,
 - § N'opérant pas une mise à jour en temps réel des offres,
 - § Ne réclamant pas aux revendeurs qu'ils communiquent les caractéristiques essentielles sur les produits,
- § Dire que ces pratiques ont causé un préjudice à la société CONCURRENCE, notamment en détournant les consommateurs de son magasin traditionnel vers les sites publiés sur KELKOO, et permettant aux concurrents de CONCURRENCE de mettre en Oeuvre des pratiques illicites portant atteintes à la concurrence,
- § Dire que la société KELKOO a refusé à tort de publier les offres de la société CONCURRENCE,

En conséquence :

- § Ordonner à la société KELKOO :
- § 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,
 - § De cesser toute publicité ou de supprimer toute information, la présentant comme un guide d'achat ou un outil exhaustif comparant toutes les offres des marchands, tous les produits en vente et en promotion sur le Web, permettant de trouver les meilleures offres de produits, les meilleurs prix, les meilleures promotions, des meilleurs sites,
 - § De cesser toute publicité prétendant que KELKOO permet d'acheter en économisant en moyenne 20 % par rapport aux magasins traditionnels,
 - § 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 ses tableaux sont donc des publicités,
 - § De respecter l'arrêté sur les prix de 30 décembre 2009, et l'article L.121-18 du code de la consommation en indiquant les périodes de validité des prix affichés sur son site et des réductions de prix,
 - § De respecter en toutes ses dispositions l'article L.121-1 du code de la consommation dans ses publicités et/ ou dans les affichages de prix, notamment :
 - § En ne présentant que des prix et offres mis à jour en temps réel afin qu'ils soient les mêmes que ceux présentés au même instant sur les sites cités à côté des prix,
 - § En mentionnant à côté des prix annoncés, l'existence de frais non compris dans le prix, mais indispensables à la réalisation de la vente avec leur montant, tels que frais de port ou d'enlèvement,
 - § En mentionnant des frais de port et d'enlèvement exacts correspondant à ceux réellement pratiqués sur les sites,
 - § En indiquant à côté des prix annoncés, la durée et la nature de la garantie avec suffisamment de précision sur ses qualités substantielles et ses principales conditions,
 - § En ne présentant que des produits encore en vente sur les sites mentionnés,
 - § En publiant les caractéristiques des produits uniquement communiquées par les sites marchands et non produits par elle,
 - § Et ce sous astreinte de 5000 € par infraction constatée à compter de la signification de l'arrêt à intervenir,

- § Ordonner à la société KELKOO de publier les offres de prix et produits de la société CONCURRENCE dans le respect du chapitre II de la charte et notamment de l'article 10 stipulant que « les sites marchands qui se trouvent dans une situation identique devront se voir appliquer des conditions de référencement et des conditions tarifaires identiques »,
- § Ordonner une expertise permettant d'évaluer le préjudice subi aux frais avancés de la société KELKOO,
- § Condamner la société KELKOO à payer à la société CONCURRENCE une provision de 1 million d'euros à titre de dommages et intérêts,
- § Condamner la société KELKOO à payer à la société CONCURRENCE la somme de 45 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Vu les conclusions signifiées le 21 juin 2010 par la société KELKOO, laquelle demande à la cour de :

Dire et juger que :

- § Les factures de KELKOO comportent les mentions obligatoires requises par l'article L.441-3 du code de commerce,
- § La société CONCURRENCE n'est pas en droit de bénéficier de la remise mandataire de 15 %,
- § Les clics facturés à la société CONCURRENCE ont bien été enregistrés sur le lien concurrence.fr au titre des mois de novembre et décembre 2003, et janvier 2004,
- § Les factures en cause étaient donc bien justifiées,
- § L'injonction faite à la société CONCURRENCE de payer la somme de 20 395,87 euros est fondée,
- § L'opposition formée par la société CONCURRENCE est infondée,
- § La demande de CONCURRENCE fondée sur la concurrence déloyale est irrecevable,
- § La publicité faite en faveur de KELKOO sur son site et sur les sites de tiers n'est pas trompeuse,
- § Les offres figurant dans les tableaux comparatifs ne sont pas des publicités,
- § KELKOO n'a commis aucune faute du fait de l'absence d'indication de la période de validité des offres,
- § Les offres présentées sur le site KELKOO ne sont pas trompeuses,
- § KELKOO agit en qualité de courtier,

- § Aucune faute ne peut être reprochée à KELKOO en sa qualité d'intermédiaire,
- § KELKOO connaît des difficultés financières,
- § Le préjudice de la société CONCURRENCE n'est pas établi,
- § Le quantum du préjudice de la société CONCURRENCE , n'est pas prouvé,
- § La demande d'expertise n'est pas fondée,
- § La demande de référencement de la société CONCURRENCE n'est pas justifiée,
- § L'appel formé par la société CONCURRENCE n'est pas fondé,

En conséquence :

- § Rejeter l'appel formé par la société CONCURRENCE à l'encontre du jugement du tribunal de commerce de Romans-sur-Isère,
- § Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté l'opposition à l'ordonnance d'injonction de payer formée par la société CONCURRENCE,
- § Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société CONCURRENCE à payer à la société KELKOO la somme de 20 395,87 euros assortie des intérêts au taux de 1,5 fois le taux de l'intérêt légal, conformément aux dispositions contractuelles, à compter de la date de l'ordonnance portant injonction de payer et jusqu'à règlement,
- § Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté la demande de la société CONCURRENCE fondée sur le détournement de clientèle,
- § Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté l'ensemble des demandes formulées par la société CONCURRENCE à l'encontre de la société KELKOO,
- § Dans l'hypothèse où la cour entrerait en voie de condamnation contre KELKOO, limiter le préjudice à un euro symbolique et, en cas de condamnation à un montant supérieur, accorder à KELKOO un délai de deux ans pour s'en acquitter,
- § Condamner la société CONCURRENCE à verser à KELKOO la somme de 300 000 € au titre de dommages et intérêts,
- § Condamner la société CONCURRENCE à verser la somme de 25 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

MOTIFS

Sur la facturation

La société CONCURRENCE s'est engagée en application de l'article 4.2 du contrat de partenariat à « reverser à KELKOO une rémunération calculée sur la base des « visites en provenance de Kelkoo » à partir des liens hypertextes cliquables mis en place sur le site de

Kelkoo ». Par ailleurs, la société KELKOO devait communiquer « à concurrence.fr par e-mail un relevé hebdomadaire détaillé des clics du nombre de connexions sur son site en provenance de Kelkoo », obligation que la société KELKOO n'a que très partiellement respecté alors qu'il n'est justifié que de deux envois, pour les mois de décembre 2003 (pièce 22) et janvier 2004 (pièce 20). Il s'en déduit que le nombre des « visites en provenance de Kelkoo » se détermine en fonction du nombre de « clics » effectués sur le lien hypertexte de la société CONCURRENCE. La société KELKOO a produit un CD Rom (pièce 19), dont la société CONCURRENCE affirme avec une bonne foi relative qu'il est illisible, ce qui est inexact, et qui reprend l'ensemble des clics enregistrés. Ces « clics » concernent bien des connexions sur le site concurrence.fr alors que chaque connexion enregistrée mentionne l'heure de la connexion, la provenance du « clic », en l'occurrence KELKOO, le type de recherche, par mot clé ou par catégorie, la référence du marchand, CONCURRENCE, la valeur du produit référencé dans le lien, la catégorie dans laquelle le produit est référencé sur le site KELKOO et l'adresse URL de destination du lien.

La société CONCURRENCE ne précise pas en quoi ces informations, auxquelles elle a pu avoir accès et qu'elle est en mesure de vérifier, au moins par sondages compte tenu du volume de connexions, sont inexactes.

La société KELKOO justifie ainsi par la production de ce CD Rom du nombre de visites « en provenance de Kelkoo » au sens des dispositions de l'article 4.2 du contrat de partenariat. Les factures reprennent pour chaque mois, conformément aux dispositions de l'article 4.4 du contrat de partenariat qui prévoient une facturation « en fin de mois en fonction du nombre de visites constatées », le nombre de « clics » correspondant à des connexions constatées durant la période considérée et la circonstance que la société KELKOO n'a par ailleurs pas respecté l'envoi de relevés hebdomadaires est sans incidence sur la régularité des factures mensuelles.

Au-delà des erreurs qui ont pu affecter la facture relative au mois de décembre, erreurs qui ont été corrigées, les factures apparaissent ainsi régulières au regard des dispositions de l'article L.441-3 du code de commerce.

La société CONCURRENCE ne saurait prétendre bénéficier de la remise prévue par les dispositions de l'article 4.2 du contrat de partenariat, aux termes desquelles « sur présentation d'une attestation de mandataire non payeur, Concurrence bénéficiera de 15 % de réduction sur le montant total hors taxes », alors qu'elle ne démontre pas avoir adressé à la société KELKOO l'attestation de mandataire non payeur conditionnant la remise.

Elle ne peut à cet égard se prévaloir de l'absence de protestations de la part de la société KELKOO lorsqu'elle a réclamé la remise par mail du 2 juillet 2004, postérieur à la rupture des relations entre les deux sociétés et à l'édition des factures en cause, en faisant référence à l'attestation du mandataire non payeur et pas davantage de courriers adressés par la société KELKOO à la société SEMAVEM, présentée par la société CONCURRENCE comme étant le mandataire non payeur, alors que la société KELKOO ne faisait elle-même que répondre à un courrier du 10 septembre 2004 (pièce 69), signé par M CHAPELLE en sa double qualité de dirigeant des sociétés SEMAVEM et CONCURRENCE et ce sous l'en-tête de ces deux sociétés. Il convient par voie de conséquence de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société CONCURRENCE au paiement de la somme de 20.395,87 €.

Sur le respect des règles applicables aux publicités en ligne et les publicités de la société KELKOO pour sa propre promotion.

La société CONCURRENCE, qui agit sur le fondement des dispositions de l'article 1382 du code civil, estime que les pratiques de la société KELKOO lui causent un grave préjudice en entraînant un détournement de clientèle vers les autres sites, en faisant croire qu'elle offre tous les produits aux meilleurs prix, induisant à tort qu'il est inutile d'effectuer d'autres recherches, en faisant paraître les publicités illicites de ses concurrents comprenant des prix non mis à jour, des articles indisponibles et des périodes de validité non définies, et enfin en l'empêchant d'apparaître sur le site de la société KELKOO sauf à participer aux pratiques illicites qu'elle dénonce.

Elle fait valoir au soutien de sa demande que la société KELKOO ne respecte pas les règles applicables aux publicités en ligne, en ne s'identifiant pas en tant que site publicitaire, en ne mettant pas à jour en temps réel les annonces figurant sur son site, en n'indiquant pas la période de validité des offres, en n'indiquant pas les frais de port et d'enlèvement, et enfin en ne mentionnant pas les caractéristiques principales des produits.

Elle affirme que les publicités de la société KELKOO sont mensongères et sont de nature à tromper les internautes, lesquels sont détournés par des moyens illicites du site et du magasin CONCURRENCE.

La société KELKOO, annuaire et guide d'achat en ligne, estime que la société CONCURRENCE, marchand en ligne, est irrecevable en ses demandes alors que leurs activités sont différentes par nature et qu'elles ne sont ainsi pas en situation de concurrence.

Elle soutient que la présentation de son site n'est pas mensongère alors que les visiteurs du site KELKOO sont clairement informés du fait que seules les offres des marchands qui ont payé pour être référencés sont présentées sur ce site et que les messages critiqués par la société CONCURRENCE sont des publicités hyperboliques dont la licéité est parfaitement admise par la jurisprudence.

Elle fait valoir en tout état de cause que les offres présentées sur son site ne sont pas des publicités dans la mesure où le référencement relève de la qualification de courtage et que ces offres ne répondent pas à la définition de la publicité et ne présentent pas de caractère publicitaire.

Elle conteste l'application à l'offreur des dispositions relatives à l'indication de la période de validité des offres alors qu'elle estime que c'est l'auteur de l'offre, c'est à dire le marchand, qui reste engagé tant que son offre est accessible par le biais du site Kelkoo et que la mention de cette information est impossible dès lors que les marchands ne la communiquent pas ou ne sont pas en mesure de la faire.

S'agissant des délais de mise à jour des prix, la société KELKOO, qui rappelle préalablement qu'elle estime que les offres ne sont pas des publicités et qu'elles ne peuvent donc constituer des publicités trompeuses au sens des dispositions de l'article L.121-1 du code de la consommation, soutient qu'il n'est pas possible d'assurer une mise à jour en temps réel à l'exception des offres des catégories hôtel, voiture et avion de la section voyages, dans la mesure où seuls ces marchands spécialisés disposent d'un système informatique GDS le

permettant, et que pour les autres catégories elle assure aujourd'hui 4 mises à jour par jour 7 jours sur 7. Elle affirme que les systèmes permettant la mise à jour en temps réel sont coûteux, pour KELKOO et pour les marchands, et que la mise en place de tels systèmes entraînerait pour elle la perte des contrats de partenariat.

Elle soutient que les frais de port ainsi que les conditions de garantie des produits sont indiqués de manière claire et précise alors qu'elle exige des marchands de donner ces informations et que, lorsque l'information n'a pas été communiquée, elle mentionne de façon visible que le port n'est pas inclus invitant donc les utilisateurs à obtenir des renseignements supplémentaires sur le site du marchand.

En tout état de cause, la société KELKOO fait valoir que sa responsabilité est limitée alors qu'elle n'est qu'un simple intermédiaire, soumis à une simple obligation de moyens, et que sa responsabilité ne peut être engagée que s'il est démontré qu'elle n'a pas exigé des marchands le respect de la réglementation et qu'elle n'a pas pris toutes les mesures nécessaires à leur rencontre.

Sur la recevabilité de la demande de la société CONCURRENCE.

Une situation de concurrence directe ou effective entre les sociétés KELKOO et CONCURRENCE n'a pas à être caractérisée alors qu'elles ne sont pas des conditions de l'action en concurrence déloyale qui exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice.

La société CONCURRENCE est recevable en sa demande alors qu'elle invoque des faits, qu'elle impute à la société KELKOO, qu'elle estime fautifs, qu'il s'agisse de ce qu'elle dénomme « *les slogans de Kelkoo* » ou des publicités de ses concurrents apparaissant sur le site de KELKOO, qu'elle qualifie d'« *illicites* », et qui selon elle entraînent un détournement de clientèle vers des sites concurrents.

Sur la nature de l'activité de la société KELKOO

Contrairement à ce qu'affirme la société KELKOO, la qualification de courtier ne peut être retenue alors que la rémunération des marchands lui est acquise à la visite du site marchand et non à l'achat réalisé, achat auquel elle n'intervient pas en qualité d'intermédiaire.

Au demeurant, l'activité de courtage est elle-même tenue de respecter l'ensemble des règles régissant les activités commerciales. Aux termes des dispositions de l'article 14 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, « *Pour la confiance dans l'économie numérique* », qui a transposé la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce numérique, « *le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent.* », ce qui correspond à la relation existant entre la société KELKOO et les internautes qui se connectent au site de cette dernière. Aux termes des dispositions de l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004; « *Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement*

identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée. L'alinéa précédent s'applique sans préjudice des dispositions réprimant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l'article L 121-1 du code de la consommation ».

La société KELKOO, qui définit elle-même la publicité « *par sa finalité qui consiste à promouvoir le produit ou le service objet de la publicité* », ne saurait prétendre que la présentation des produits est objective et qu'elle ne s'apparente pas à une promotion de ces derniers, sous le seul prétexte que seuls le lien, le produit et le prix seraient affichés sans qu'elle y introduise des messages destinés à promouvoir ces produits, alors que cette présentation permet aux marchands de faire eux-mêmes la promotion de leurs produits et qu'il ne peut être soutenu que l'information donnée par les marchands est elle-même objective, qu'elle est conditionnée par l'existence d'un contrat entre ces marchands et la société KELKOO et que cette dernière y est obligée dès lors que le marchand satisfait à l'obligation de rémunération qu'il a contractée à l'égard de la société KELKOO.

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

Il s'en déduit que la société KELKOO est un site publicitaire et qu'elle doit ainsi à ce titre « *répondre aux exigences du code de la consommation* », comme le rappelle la charte des sites internet comparateurs à laquelle elle a adhéré le 11 juin 2008 et s'identifier comme tel conformément aux dispositions de l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, étant précisé qu'il n'appartient pas à la cour d'indiquer à la société KELKOO les « *modalités précises d'identification* ».

La société KELKOO, condamnée en référé par arrêt du 25 juin 2008 de la cour d'appel de Versailles à identifier le site Kelkoo.fr comme un site publicitaire a modifié sa présentation en mentionnant désormais sous chaque tableau comparatif que « *nous sommes une plateforme permettant aux internautes de comparer les offres de nos partenaires e-marchands. Les résultats affichés proviennent des informations fournies par nos partenaires et ne reflètent donc pas l'intégralité des offres disponibles sur le marché* ».

Pour autant, cette formule de répond pas à l'exigence de clarté posée par la loi, exigence qui ne paraît pas hors de portée alors que la société CONCURRENCE fait observer que d'autres sites, comme GOOGLE, inscrivent au dessus de chaque résultat de recherche, lorsqu'ils sont rémunérés par les sites marchands, la formule « *liens commerciaux* ».

En ne s'identifiant pas clairement en tant que site publicitaire la société KELKOO suit une pratique qui doit 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.

Sur la mise à jour en temps réel

Aux termes des dispositions de l'article 19 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 « *Toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus. Le présent alinéa s'applique sans préjudice des dispositions régissant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l'article L 121-1 du code de la consommation, ni des obligations d'information sur les prix prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur.* ».

La mention du prix doit nécessairement être accompagnée, pour avoir un sens, de l'indication de la disponibilité de l'article correspondant alors que c'est cette disponibilité qui entraîne l'apparition ou la disparition d'un prix.

Un e-mail d'un employé de la société KELKOO (pièce 40 de la société CONCURRENCE) montre qu'au mois de février 2004 le délai de mise à jour était de 5 jours « *incompressibles* ».

La société KELKOO ne saurait dénier la valeur de cette information, alors qu'elle n'indique pas d'autre délai de mise à jour pour cette même époque. Ce délai a été ultérieurement, à une date non précisée, réduit à 24 heures (sauf fins de semaines et 12 jours fériés où le délai s'accroît) selon les affirmations de la société KELKOO (arrêt de la cour d'appel de Versailles du 11 février 2009, page 8). Cette information apparaît dans la rubrique « *conditions générales d'utilisation* » au mois de septembre 2008. Au mois d'août 2009 (rapport ERNST & YOUNG point 3.3.2, pièce 85 KELKOO) ce délai aurait été réduit, selon les affirmations de l'équipe technique KELKOO, permettant de changer 4 fois par jour les prix et les données modifiées par les marchands. Il sera cependant souligné que les informations résultant de la mise à jour ne sont pas issues directement des sites marchands alors que les modifications font l'objet d'une collecte des données, à l'initiative des sites marchands, pour être ensuite traitées (point 3.3 du rapport ERNST & YOUNG « *fonctionnement technique du site Kelkoo* »).

Cette collecte, qui induit elle-même un décalage (point 3.1 du rapport ERNST & YOUNG) reste dès lors perfectible alors que « *selon les statistiques fournies par KELKOO à la date du 4 août, seuls 20% des partenaires ont fourni un fichier à jour* » (point 3.1 du rapport ERNST & YOUNG).

Au demeurant, la société CONCURRENCE a relevé divers exemples, non contestés par la société KELKOO, montrant :

- § le 15 septembre 2004, qu'un ordinateur offert au prix de 1549,90 € était en fait vendu au prix de 1599,90 € (pièce 74),
- § le 23 décembre 2004, qu'un téléphone portable offert au prix de 419 € était en fait vendu au prix de 519 € (pièces 78 et 79),
- § le 6 juin 2009, qu'un téléviseur était annoncé en stock, alors que sur le site marchand ce téléviseur était « *momentanément épuisé* » (pièce 317), et qu'un autre téléviseur mentionné en stock n'était pas davantage disponible (pièce 316),

- § le 1er août 2009, qu'un téléviseur annonce en stock au prix de 999 € était en fait vendu au prix de 1099 €,
- § qu'au mois de mai 2010 des appareils mentionnés en stock étaient indiqués sur le site marchand « *en approvisionnement* » (pièces 309 et 310),

Il s'en déduit que la société KELKOO ne respecte pas les dispositions de l'article 19 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, même si quelques progrès ont pu être enregistrés, au moins dans la démarche, observation qui doit être tempérée alors qu'il n'est pas démontré que la société KELKOO ait, à quelque moment que ce soit contraint les sites marchands à respecter un rythme de renouvellement périodique des données.

Sur la période de validité des offres

La société CONCURRENCE se prévaut des dispositions de l'arrêté du 2 septembre 1977, remplacé depuis par l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, aux termes desquelles « *aucune publicité de prix ou de réduction de prix à l'égard du consommateur ne peut être effectuée sur des articles qui ne sont pas disponibles à la vente* » (article 4) et qui interdit « *l'indication dans la publicité de réductions de prix ou d'avantages quelconques qui ne sont pas effectivement accordés à tout acheteur de produit (!) dans les conditions annoncées* » (article 5), ainsi que des dispositions de l'article L121-18 du code de la consommation.

La société KELKOO estime que ces dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer alors que l'arrêté du 31 décembre 2008 ne s'applique qu'aux réductions de prix et non à toute information sur les prix et que l'article L121-18 du code de la consommation concerne les ventes à distance traditionnelles et que le marchand reste engagé par son offre dans les termes de l'article 1369-4 du code civil.

Elle soutient en tout état de cause qu'elle n'est pas soumise à ces dispositions alors qu'elle n'est qu'un site d'hébergement et de référencement des offres et que c'est aux marchands d'indiquer la période de validité.

Elle affirme enfin que la mention de la période de validité des offres est impossible. Il convient cependant d'observer qu'en vertu des dispositions de l'article 14 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, « *Pour la confiance dans l'économie numérique* » les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, entrent dans le champ du commerce électronique.

L'article 19 de la même loi indique expressément que les « *obligations d'information sur les prix prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur* » s'appliquent à toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 de la loi.

Il se déduit de ces dispositions que les obligations d'informations sur les prix s'imposent non seulement aux sites marchands mais également à la société KELKOO dont l'activité s'inscrit dans le champ des activités énumérées par l'article 14 de la loi du 21 juin 2004.

La société CONCURRENCE a produit de nombreuses « captures d'écrans » montrant que la société KELKOO annonce des réductions de prix, ce qui caractérise des actes de nature publicitaire dès lors qu'il s'agit par ce biais de « *promouvoir le produit ou le service objet de la publicité* » en mentionnant un pourcentage de réduction (pièces n° 274, 277, 279, 284, 296, 298, 307) ou en mentionnant un prix originel parfois barré (pièces n° 55, 56, 57, 58, 59).

La société KELKOO ne saurait donc soutenir que les dispositions des arrêtés successifs des 2 septembre 1977 et 31 décembre 2008 ne s'appliqueraient pas à son activité dès lors qu'elle fait mention de réductions de prix étant en outre observé qu'elle ne peut renvoyer la charge de ses obligations vers les sites marchands alors qu'en vertu des dispositions de l'article 7 de l'arrêté du 31 décembre 2008, rédigé en termes identiques à l'arrêté du 2 septembre 1977, « *les dispositions du présent arrêté s'appliquent à toute forme de publicité à l'égard du consommateur, quels qu'en soient les auteurs et quels que soient les procédés de publicité utilisés ou les termes employés* ».

Au demeurant, la société KELKOO n'a pas contraint les sites marchands à respecter eux-mêmes ces dispositions, les incitant même à ne pas les respecter en indiquant dans le courrier relatif à la « *période de validité des offres sur Kelkoo* » adressé le 11 mars 2010 aux marchands : « *Important ! L'offre ne sera pas supprimée si la date mentionnée est dépassée, il s'agit là d'une information pour l'utilisateur* » (pièce 83 KELKOO).

Il s'en déduit que la société KELKOO doit mentionner la période de validité des offres pour respecter les termes des dispositions des articles 4 et 5 des arrêtés des 2 septembre 1977 et 31 décembre 2008. Au surplus aux termes des dispositions de l'article L121-18, 5° du code de la consommation « *l'offre de contrat doit comporter les informations suivantes : 5° la durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci* », dispositions applicables au commerce en ligne (section 2 « *ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance* ») en vertu des dispositions de l'article L121-16 du même code, étant observé que le commerce en ligne ne fait pas partie des exclusions énumérées par l'article L121-17 du même code.

La société KELKOO ne saurait donc prétendre que seules les ventes à distance traditionnelles (ventes sur catalogues) seraient concernées et opposer, pour se décharger de ses obligations, les dispositions de l'article 1369-4 du code civil, qui ne sont au demeurant pas en contradiction avec les dispositions de l'article L121-18 du code de la consommation, alors qu'elle reconnaît implicitement qu'elle est tenue en l'état des dispositions précitées de mentionner la période de validité des offres en écrivant en page 28 de ses conclusions qu'il est « *inutile d'imposer à l'offreur* » cette obligation et que « *c'est d'ailleurs la position du Forum des Droits de l'Internet qui, dans sa recommandation sur le commerce électronique, considère que cette obligation est parfaitement inadaptée à ce mode de communication et suggère fortement de la supprimer* ».

Enfin, il n'est nullement démontré qu'il serait impossible de mentionner cette période de validité. La seule circonstance que les marchands ne communiquent pas cette information ne peut en apporter la démonstration alors que la société KELKOO ne les contraint pas à la donner, étant observé qu'elle s'est pourtant engagée, en signant la charte des sites comparateurs, « *à exiger des sites marchands référencés que ces derniers s'engagent à respecter l'ensemble des dispositions du code de la consommation français qui leur sont applicables, notamment en ce qui concerne l'offre et ses caractéristiques essentielles, telles que visées aux articles L121-16 et suivants du code de la consommation* » (page 4 de la charte).

La société KELKOO ne conteste pas que les périodes de validité des offres ne sont pas mentionnées.

La société KELKOO suit ainsi une pratique qui doit 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.

Sur les frais de port et/ou d'enlèvement

Aux termes des dispositions de l'article 19 e la loi du 21 juin 2004, citées ci-dessus, la mention du prix doit indiquer « *si les taxes et frais de livraison sont inclus* ». Ces dispositions s'appliquent en vertu des dispositions de l'article 14 de la même loi à l'activité exercée par la société KELKOO.

En outre, l'article L121-18, 2° du code de la consommation exige la mention « *le cas échéant des frais de livraison* ». la société CONCURRENCE a relevé, au mois de décembre 2009, 349 produits figurant sur le site kelkoo.fr ne comprenant pas les frais de livraison. La société KELKOO, qui ne conteste pas que cette mention n'apparaît pas systématiquement et prétend y substituer la mention « *NC* » ou encore la mention « *+ port : non inclus* », ne saurait éluder cette obligation en affirmant qu'il suffit pour le consommateur de cliquer sur l'offre pour obtenir des renseignements supplémentaires directement sur le site marchand alors qu'il lui appartient d'exiger des marchands, et ce conformément à l'article 5 de la charte qui prévoit que « *les sites comparateurs adhérents s'engagent à exiger des sites marchands référencés de leur communiquer de manière sincère les informations suivantes afin de pouvoir les afficher sur leurs sites comparateurs : (!) prix TTC et, s'ils ne sont pas inclus dans le prix TTC, montant des frais de dossier, de gestion et/ou de livraison et tous frais éventuels inclus dans le prix TFC, des produits ou services concernés* » et ce d'autant qu'elle s'est engagée sur son site dans la rubrique « *comment ça marche* » à proposer « *les informations de prix, disponibilité, garanties et livraison pour chacun d'entre eux* » (pièce 204 CONCURRENCE).

La société KELKOO s'abstient de prendre à l'encontre des marchands qui ne communiquent pas les frais de livraison les sanctions prévues par l'article 7 de la charte, « *pouvant aller jusqu'à la suspension du référencement des offres des sites marchands concernés* ». En ne mentionnant pas les frais de livraison, la société KELKOO suit une pratique qui doit 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.

Sur la garantie et la mention des caractéristiques principales des produits

La société KELKOO estime qu'aucune disposition n'impose, dans le cas d'une offre de contrat conclu à distance, l'indication des conditions de la garantie et observe que les caractéristiques principales ne font pas partie des informations considérées comme substantielles par les articles L121-1 et L121-18 du code de la consommation.

Il convient d'observer que les dispositions de l'article L121-1, II du code de la consommation mentionnent bien « *comme substantielles les informations suivantes : les caractéristiques principales du bien ou du service* ».

Il sera en outre relevé que les dispositions de l'article L111-1 du code de la consommation, qui précisent la portée de l'obligation générale d'information pesant sur « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services* », applicables quelles que soient les modalités de la vente, imposent à ces derniers de « *mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* », formule qui comprend nécessairement les conditions de la garantie applicable au bien acquis par l'utilisateur.

Au surplus, l'article 5 de la charte fait également référence à l'affichage sur les sites comparateurs des « *caractéristiques principales du produit ou du service recherché et/ou comparé* » et de la « *durée de la garantie comprise, par défaut et a minima, dans le prix des produits ou des services concernés, si applicable* ».

Pour autant, la société KELKOO, qui établit elle-même les fiches produits, s'abstient de prendre à l'encontre des marchands qui ne communiquent pas ces informations les sanctions prévues par l'article 7 de la charte, « *pouvant aller jusqu'à la suspension du référencement des offres des sites marchands concernés* ».

En ne mentionnant pas les conditions de la garantie et pas davantage les caractéristiques principales des produits offerts à la vente, la société KELKOO suit une pratique qui doit 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.

Sur les publicités de la société KELKOO pour sa propre promotion

Indépendamment des griefs examinés ci-dessus, la société CONCURRENCE estime que la société KELKOO détourne par des moyens illicites les internautes recherchant des produits qu'elle vend elle-même dans son magasin et sur son site concurrence.fr.

Elle reproche principalement à la société KELKOO d'attirer vers son site les internautes au moyen de slogans prétendant à une exhaustivité des prix, aux meilleurs prix, aux meilleures boutiques, soutenant faire économiser 20% par rapport aux magasins traditionnels, et ce grâce à des robots fouineurs.

La société KELKOO, qui rappelle avoir reçu en juin 2009 le label de la charte des comparateurs de prix et affirme que la DGCCRF, qui a enquêté en 2006 sur le caractère transparent des informations données aux intervenants, n'a formulé aucun reproche, soutient que les mentions figurant sur son site informent clairement les utilisateurs du fait que seules les offres des marchands qui ont payé pour être référencés sont présentées sur le site Kelkoo.

Elle considère par ailleurs que la mention de l'économie de 20% en moyenne « *sur vos dépenses en magasin* » ne se rapporte pas au seul magasin de la société CONCURRENCE, laquelle ne démontre pas le caractère mensonger de cette affirmation suffisamment générale pour ne pas induire le consommateur en erreur.

D'une façon générale, elle estime que les messages critiqués par la société CONCURRENCE sont des publicités hyperboliques dont la licéité est admise par la jurisprudence.

La société KELKOO s'est engagée, en signant la charte des sites comparateurs, « à informer les utilisateurs de ce que les résultats qui leurs sont fournis (*) ne sont pas exhaustifs de l'ensemble des offres disponibles sur Internet, et proviennent de données recueillies auprès de sites marchands référencés en application de contrats ou accords conclus, selon les cas, à titre onéreux ou gratuit, entre le site comparateur adhérent et des sites marchands. Ainsi, les sites comparateurs adhérents ne doivent pas indiquer à tort que leur site comparateur permet de comparer tous les prix, ni de trouver le meilleur prix du marché ».

Les mentions « au meilleur prix » ou « dans les meilleures boutiques du net » ou encore « meilleures offres de produits et de services disponibles on-line », relevées par la société CONCURRENCE sur diverses « captures d'écran » en 2007 et en 2008, même si elles peuvent paraître en contradiction avec les termes de l'engagement rappelé ci-dessus, qui n'a au demeurant pas valeur réglementaire, relèvent d'une pratique commune à d'autres sites comparateur, EbuyClub.com, Bestachat, Shopping.com, LeGuide.com, LeGuide, Pricerunner ' pièces KELKOO n° 40, 42, 43, 44, 45, pièces CONCURRENCE n° 9, 10, 14).

Elles caractérisent une publicité hyperbolique, marquée par l'emphase, qui ne dépouille pas les produits des concurrents de la société Kelkoo, et n'excèdent pas la capacité de discernement et le sens critique de la moyenne des consommateurs. Elle n'ont donc pas pour effet de détourner l'internaute du site exploité par la société CONCURRENCE.

La même remarque peut être faite s'agissant de l'affirmation que « kelkoo vous permet d'économiser en moyenne 20% sur vos dépenses en magasin », étant en outre observé que la société CONCURRENCE ne peut prétendre rapporter la preuve du caractère mensonger de cette affirmation en comparant divers prix, faute d'exhaustivité de cette comparaison.

En revanche, l'indication sur le site KELKOO (rubrique : à propos, la technologie, pièce CONCURRENCE 94/1) que « Une des clés du succès de Kelkoo est sans conteste sa technologie originale basée sur des agents intelligents. Son moteur de recherche, le « Kelkoo Sniffer » est le résultat d'une technologie développée en interne et l'institut français de recherche technologique INRIA. Ce système offre la possibilité aux internautes d'effectuer en temps réel des recherches dans les bases de données des principaux sites marchands, fournissant ainsi aux internautes des informations fiables et à jour sur les prix et les produits. Et ce, 24 heures sur 24, et 7 jours sur 7. Qui dit mieux », modifiée à une date non précisée, vraisemblablement fin 2007 ou début 2008, en y ajoutant la mention que les bases de données consultées sont celles « des principaux sites marchands référencés par kelkoo », révèle une information mensongère, de nature à détourner la clientèle des magasins traditionnels, dont celui de la société CONCURRENCE, ou des sites de vente en ligne, dont concurrence.fr, attirée par les vertu d'une technique recherchant elle-même les meilleurs prix dans les bases de données des sites marchands référencés, alors qu'en réalité le « kelkoo sniffer », sur lequel la société KELKOO ne fournit aucune information nonobstant les affirmations de la société CONCURRENCE (pages 41 et 42 des conclusions CONCURRENCE), ne recherche aucune information chez les marchands, la société KELKOO ne présentant que les offres de produits proposées par les marchands référencés.

En affirmant faussement qu'un robot dénommé « kelkoo sniffer » recherche les meilleurs prix dans les bases de données des sites marchands, référencés ou non, la société KELKOO suit une pratique qui doit 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.

Sur le préjudice

Il n'est pas contestable que les fautes commises par la société KELKOO ont causé à la société CONCURRENCE un préjudice, fût-il seulement moral, alors que cette dernière commercialise dans son magasin ou par le biais de son site Internet des produits comparables à ceux proposés sur le site kelkoo.fr. Il appartient cependant à la société CONCURRENCE de démontrer l'étendue du préjudice dont elle demande réparation et le rapport de causalité existant entre ce préjudice et les fautes mentionnées ci-dessus, sans qu'il y ait lieu de recourir à une mesure d'expertise qui ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence dans l'administration de la preuve.

Il convient par voie de conséquence d'inviter la société CONCURRENCE à justifier et à chiffrer, par tous moyens, le préjudice dont elle demande réparation, sans qu'il y ait lieu, à ce stade, d'allouer une provision.

Sur la demande de la société CONCURRENCE tendant à voir ordonner à la société KELKOO des mesures de nature à mettre fin aux pratiques commerciales déloyales

La société CONCURRENCE est recevable à solliciter qu'il soit mis fin aux pratiques illicites relevées ci-dessus, alors qu'elle commercialise dans son magasin ou par le biais de son site Internet des produits comparables à ceux proposés sur le site kelkoo.fr et qu'elle intervient ainsi dans le secteur marchand dont le jeu est faussé par ces pratiques.

Il convient par voie de conséquence d'ordonner, sous astreinte, à la société KELKOO de s'identifier comme site publicitaire, de mettre à jour en temps réel les prix, d'indiquer les périodes de validité des offres, d'indiquer les frais de port et/ou d'enlèvement, d'indiquer les conditions de la garantie des produits, de mentionner les caractéristiques principales des produits ou services offerts et de mettre fin à l'affirmation selon laquelle un robot dénommé « *kelkoo sniffer* » recherche les meilleurs prix dans les bases de données des sites marchands.

Sur la demande de la société CONCURRENCE visant à revenir sur le site kelkoo.fr

La société CONCURRENCE ne saurait exiger d'être à nouveau référencée sur le site kelkoo.fr, ce qui serait contraire à la liberté contractuelle.

Il convient par voie de conséquence de confirmer sur ce point le jugement entrepris.

Sur la demande de dommages et intérêts formée par la société KELKOO, l'application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et les dépens

Il sera sursis à statuer sur l'application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile dans l'attente de la solution définitive à apporter au litige.

La société KELKOO, qui est déboutée de ses prétentions tendant au rejet des demandes de la société appelante, le sera également de sa demande de dommages et intérêts pour appel abusif, de même qu'elle devra supporter l'intégralité des dépens de première instance et d'appel jusqu'ici exposés.

PAR CES MOTIFS

LA COUR

Statuant par arrêt contradictoire, par mise à disposition au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile et après en avoir délibéré conformément à la loi,

Confirme le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société CONCURRENCE au paiement de la somme de 20.395,87 € et rejeté la demande de la société CONCURRENCE tendant à voir ordonner son référencement sur le site kelkoo.fr,

Infirmes pour le surplus le jugement entrepris,

Statuant à nouveau,

Dit que la société KELKOO suit une pratique qui doit être qualifiée de trompeuse au sens des dispositions de l'article L121-1 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, d'indiquer les périodes de validité des offres, d'indiquer les frais de port et/ou d'enlèvement, d'indiquer les conditions de la garantie des produits, de mentionner les caractéristiques principales des produits ou services offerts et en affirmant qu'un robot dénommé « *kelkoo sniffer* » recherche les meilleurs prix dans les bases de données des sites marchands,

Dit que la société KELKOO devra mettre fin, sous astreinte de 1.000 € par infraction constatée, passé le délai d'un mois à compter de la signification du présent arrêt, à ces pratiques en s'identifiant comme site publicitaire, en mettant à jour en temps réel les prix, en indiquant les périodes de validité des offres, en indiquant les frais de port et/ou d'enlèvement, en indiquant les conditions de la garantie des produits, en mentionnant les caractéristiques principales des produits ou services offerts et en mettant fin à l'affirmation selon laquelle un robot dénommé « *kelkoo sniffer* » recherche les meilleurs prix dans les bases de données des sites marchands,

Dit que la cour procédera à la liquidation éventuelle de l'astreinte,

Sursoit à statuer sur la détermination du préjudice de la société CONCURRENCE,

Déboute la société CONCURRENCE de sa demande d'expertise et de provision,

Invite la société CONCURRENCE à justifier et à chiffrer, par tous moyens, le préjudice dont elle demande réparation,

Déboute la société KELKOO de sa demande de dommages et intérêts,

Renvoie l'affaire à l'audience de mise en état du :

Mercredi 5 janvier 2011

Réserve l'application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société KELKOO aux dépens de première instance et d'appel jusqu'ici exposés, dont distraction, pour ceux d'appel, au profit de la SCP CALAS, Avoués,

SIGNE par Monsieur MULLER, Président et par Madame LEICKNER, Greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

LE GREFFIER
LE PRESIDENT