

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 1 - Chambre 3
ARRET DU 22 JANVIER 2013

Numéro d'inscription au répertoire général : 11/05403

Décision déferée à la Cour : Jugement du 03 Mars 2011 -Tribunal de Commerce de PARIS -
RG n° 2010077755

APPELANTE

SA SOCIETE CONCURRENCE représentée par son Directeur Général ayant son siège social
Les MOLIERES
26120 MONTVENDRE
et son établissement principal
19 place de la Madeleine
75008 PARIS
Rep/assistant : Me Laurent SALEM (avocat au barreau de PARIS, toque : D1392)

INTIMEES

Société GOOGLE INC
1600 Amphithéâtre Parkway
MOUNTAIN VIEW
CA 94043 USA

SARL GOOGLE FRANCE
38 Avenue de l'Opéra
75001 PARIS
Représentées par : la SCP REGNIER - BEQUET - MOISAN (Me Benjamin MOISAN)
(avocats au barreau de PARIS, toque : L0050) assistées de : Me Sébastien PROUST du
partnership HERBERT SMITH FREEHILLS LLP (avocat au barreau de PARIS, toque : J
025)

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 03 Décembre 2012, en audience publique, devant la Cour composée
de :

Madame Joëlle BOURQUARD, Présidente de chambre
Madame Martine TAILLANDIER-THOMAS, Conseillère
Madame Sylvie MAUNAND, Conseillère qui en ont délibéré
Greffier, lors des débats : Mlle Véronique COUVET

ARRET :

- CONTRADICTOIRE

- par mise à disposition de l'arrêt 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.

- signé par Madame Joëlle BOURQUARD, président et par Mlle Véronique COUVET, greffier.

La société de droit américain GOOGLE Inc a développé des services de recherche sur internet. En complément de ses activités traditionnelles généralistes, elle offre depuis le 21 octobre 2010 aux internautes français, un nouveau moteur de recherche spécialisé dénommé Google Shopping dédié à la recherche de produits disponibles à la vente sur le Web. Ce moteur a pour but de référencer et présenter les produits disponibles à la vente de façon à permettre aux internautes de les rechercher, les comparer et le cas échéant, de les acheter sur le site marchand vendeur.

Le moteur offre aux internautes, une interface de recherche spécialisée permettant de trouver des offres commerciales de produits et aux commerçants, la possibilité de faire référencer leurs produits afin qu'ils puissent être indexés sur les pages de résultats de Google Shopping, cette possibilité étant offerte gratuitement à tous les sites de commerce en ligne en faisant la demande.

La SA CONCURRENCE commercialise des produits électroniques grand public notamment des télévisions, des appareils photos, du matériel audio et vidéo. GOOGLE référence et présente des produits de ce type disponibles à la vente sur le Web dans le cadre du service Google Shopping. La société CONCURRENCE ne s'est pas inscrite sur ce service.

La SA CONCURRENCE a adressé deux lettres de mise en demeure à la société GOOGLE aux fins de cesser l'exploitation de ce service sauf à le mettre en conformité avec les solutions dégagées par la cour d'appel de Grenoble dans un arrêt du 21 octobre 2010 impliquant la société KELKOO et mentionnant la charte des comparateurs de prix.

Elle a fait assigner les sociétés GOOGLE France et GOOGLE Inc sur le fondement de l'article 873 du code de procédure civile aux fins de les voir condamner sous astreinte de 1.000 euros par infraction constatée dès la signification de l'ordonnance à identifier comme publicitaires les offres de produits figurant sur ses tableaux comparateurs de prix dans la rubrique Google Shopping, indiquer l'identité des marchands dont les offres proviennent, permettre aux marchands en ligne participant à ce service, de mettre à jour en temps réel les offres figurant sur les tableaux comparateurs, en cas de présentation sur les tableaux Google Shopping d'offres non mises sur le site par des marchands affiliés mais trouvés par les robots de Google, mettre en place un système de mise à jour instantanée permettant de faire constamment coïncider l'offre telle qu'elle figure sur le site du marchand et telle qu'elle apparaît sur le tableau Google shopping, indiquer les périodes de validité des offres, les frais de port, les frais d'enlèvement, les conditions de garantie des produits, les caractéristiques principales des produits, supprimer la mention selon laquelle les robots de Google exploitent le Web pour identifier automatiquement les pages qui proposent des produits à la vente recherchée par les internautes, condamner les sociétés GOOGLE solidairement à lui payer la somme de 10.000 euros au titre des frais irrépétibles, devant le juge des référés du tribunal de commerce de Paris qui, par ordonnance du 3 mars 2011, a mis hors de cause la société GOOGLE France et

dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes formées contre la société GOOGLE inc et condamner la société CONCURRENCE à payer sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile à la société GOOGLE France une somme de 5.000 euros et à la société GOOGLE Inc celle de 10.000 euros.

La société CONCURRENCE, appelante, par conclusions du 27 novembre 2012, demande à la cour d'infirmier l'ordonnance et reprend les demandes formées en première instance y ajoutant l'obligation d'indiquer les références commerciales officielles complètes et les codes GTIN/EAN des produits, les caractéristiques principales des produits dont le code GTIN/EAN de chaque produit, ainsi que la sous référence et ne pas comparer les offres portant sur la même référence commerciale mais sur les produits ayant des codes EAN et GTIN différents, de condamner solidairement les deux sociétés GOOGLE à lui verser la somme de 20.000 euros au titre des frais irrépétibles.

Les sociétés GOOGLE, par conclusions du 5 novembre 2012, demandent de confirmer l'ordonnance en constatant l'absence de trouble manifestement illicite, l'existence d'une contestation sérieuse, de débouter la société CONCURRENCE de ses demandes, de constater que la procédure est abusive sur le fondement de l'article 32-1 du code de procédure civile et de condamner la société CONCURRENCE à payer à la société GOOGLE France la somme de 10.000 euros et à la société GOOGLE Inc la somme de 45.000 euros à titre de dommages intérêts de ce chef ainsi qu'une somme de 10.000 euros à la première de ces sociétés et la somme de 50.000 euros à la seconde sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

SUR CE, LA COUR

Sur la mise hors de cause de la société GOOGLE FRANCE :

Considérant que les intimées réclament la mise hors de cause de la société GOOGLE France dès lors qu'elle n'est ni propriétaire ni exploitante du service Google Shopping et qu'elle n'est pas plus l'hébergeur de ce service ; qu'elles ajoutent qu'elle ne figure pas dans les conditions générales ou spécifiques des services de Google ou dans les pages de l'interface de Google Merchant Center ;

Considérant que la société CONCURRENCE estime que la société GOOGLE France a une fonction de représentation et de relation avec les clients et les partenaires ;

Considérant qu'aucune des parties n'a cru devoir fournir à la cour un extrait K Bis de la société GOOGLE France afin de lui permettre d'apprécier l'activité déclarée de celle-ci ;

Considérant qu'il ressort d'un procès-verbal de constat en date du 15 janvier 2007 que le titulaire du nom de domaine de Google France est la société GOOGLE Inc ; que le serveur afférent au site de Google France se situe aux Etats Unis ; que le site Google France renvoie à l'équipe américaine de Google Inc, vise les règles relatives à la propriété intellectuelle prévues par la loi américaine ; que le site précise que toute demande d'information doit être présentée à la société GOOGLE Inc ; qu'il s'ensuit que la société GOOGLE France n'est ni propriétaire ni hébergeur du site litigieux ;

Considérant que sur le site, GOOGLE France est présentée comme un bureau de ventes local ;

Considérant que si la société CONCURRENCE a adressé ses courriers de réclamation à la société GOOGLE France, elle ne démontre pas que celle-ci lui ait répondu ou ait agi d'une quelconque façon afin d'intervenir dans le cadre du litige en cours ;

Considérant, par ailleurs, que les demandes formées par l'appelante portent sur des modifications du site GOOGLE SHOPPING sur lequel la société GOOGLE France n'a aucun pouvoir, les pièces produites établissant que tous les sites ressortissent de la compétence de la société GOOGLE Inc et les serveurs sur lesquels ils se trouvent sont tous localisés aux Etats Unis dans les locaux de cette dernière société;

Considérant qu'il s'ensuit que la société CONCURRENCE qui se borne à déclarer que la société GOOGLE France a une fonction sinon elle n'existerait pas, ce qui ne constitue pas une motivation juridique, ne rapporte pas la preuve que sa mise en cause, dans la présente espèce, au vu des seules pièces versées aux débats, est nécessaire ;

Considérant dès lors que l'ordonnance est confirmée en ce qu'elle a mis hors de cause la société GOOGLE FRANCE ;

Sur l'intérêt à agir de la société CONCURRENCE et la recevabilité des demandes présentées par celle-ci :

Considérant que les sociétés intimées soulèvent l'absence manifeste d'intérêt à agir de la société CONCURRENCE qui ne peut se substituer au Ministère public pour la défense de l'intérêt général ; qu'elles demandent à la cour de relever l'irrecevabilité des demandes adverses dès lors qu'elles sont générales et pour certaines inintelligibles et d'autres nouvelles ;

Considérant qu'elles soulignent que l'appelante ne donne aucun exemple concret restant au stade du risque incertain ou de la situation hypothétique et qu'elle ne démontre pas l'existence d'un intérêt personnel à agir ;

Considérant qu'elles estiment les demandes relatives à EAN et GTIN inintelligibles et qu'au demeurant ces demandes sont nouvelles ;

Considérant que la société CONCURRENCE indique agir sur le fondement du trouble manifestement illicite ; qu'elle déclare avoir un intérêt à agir dès lors que les annonces sur le site de Google shopping sont celles de concurrents et que le caractère trompeur du site peut lui causer préjudice ;

Considérant que la société CONCURRENCE exerce son action contre la société GOOGLE afin d'obtenir des modifications relatives aux informations recueillies par ses robots ou émanant de ses concurrents portant sur des produits qu'elle commercialise et figurant sur le site de Google shopping;

Considérant que l'appelante qui fonde notamment sa demande sur les dispositions de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique est donc recevable à agir afin qu'il soit mis fin à des pratiques qui peuvent être qualifiées d'illicites et à ce titre, sont susceptibles de fausser le jeu de la concurrence sur le marché sur lequel elle intervient et qui peuvent dès lors lui causer un préjudice ;

Considérant, par ailleurs, que ses demandes sont déterminées dès lors qu'elle précise ce qui fait défaut sur le site et qui rend les pratiques utilisées par la partie adverse contestables et de nature à lui porter préjudice et détaille les modifications qui doivent être apportées et qui visent les indications devant être ajoutées pour assurer la licéité des informations fournies sur le site ; que les mesures ainsi sollicitées ne peuvent être considérées de ce fait comme ayant une portée générale et réglementaire ; que la critique relative à l'absence d'éléments concrets relève de la preuve des manquements invoqués et donc de l'examen au principal de la demande et non de sa recevabilité ;

Considérant que le moyen relatif à l'existence de demandes inintelligibles n'est lui-même pas développé de manière explicite pour que la cour puisse y faire droit ;

Considérant qu'en ce qui concerne les demandes relatives à la mention EAN/GTIN , celles-ci présentées en cause d'appel sont recevables dès lors qu'elles sont l'accessoire, la conséquence ou le complément de celles présentées devant le premier juge ce qui est le cas en l'espèce ;

Considérant que le moyen ainsi soulevé par les intimés doit être rejeté ;

Sur les demandes au principal de la société CONCURRENCE :

Considérant que l'action engagée par la société CONCURRENCE vise donc l'existence d'un trouble manifestement illicite ;

Considérant qu'aux termes de l'article 873 alinéa 1er du code de procédure civile, la juridiction des référés du tribunal de commerce peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ;

Considérant que le dommage imminent s'entend du « dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer » et le trouble manifestement illicite résulte de « toute perturbation résultant d'un fait qui directement ou indirectement constitue une violation évidente de la règle de droit » ;

Considérant qu'il s'ensuit que pour que la mesure sollicitée soit prononcée, il doit nécessairement être constaté, à la date à laquelle la cour statue et avec l'évidence qui s'impose à la juridiction des référés, l'imminence d'un dommage, d'un préjudice ou la méconnaissance d'un droit, sur le point de se réaliser et dont la survenance et la réalité sont certaines, qu'un dommage purement éventuel ne saurait donc être retenu pour fonder l'intervention du juge des référés ; que la constatation de l'imminence du dommage suffit à caractériser l'urgence afin d'en éviter les effets ;

* Sur les captures d'écran fournies par la société CONCURRENCE :

Considérant que la société GOOGLE estime que ces captures d'écran ne constituent pas des éléments probants ;

Considérant que les captures d'écran versées aux débats par la société CONCURRENCE n'ont pas été effectuées par un huissier et donc aucune adresse IP du terminal de consultation n'a été

mentionnée, aucune certitude n'existe sur l'absence de connexion à un serveur Proxy et à l'effacement des mémoires cache ; qu'au surplus, la date et l'heure de connexion ne sont pas certaines pour permettre à la partie adverse de vérifier la réalité des offres capturées sur écran et d'éventuellement les contester ; qu'elles ne seront donc pas retenues par la cour à titre de preuve ;

* Sur la nature des informations figurant sur le site et l'application de l'article 20 de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique :

Considérant que la société CONCURRENCE estime que les services de Google Shopping ne respectent pas les dispositions légales et réglementaires relatives aux publicités en ligne et aux offres à distance ;

Considérant qu'elle soutient que le site a un caractère publicitaire et commercial ; que cette qualification résulte de l'aveu contenu à la page 40 des dernières conclusions adverses et de la présentation et du contenu du site ;

Considérant qu'elle relève que la caractéristique du site est de présenter de façon parallèle des offres soit de produits différents soit de produits identiques proposés par des marchands différents ;

Considérant qu'elle conteste la présentation de Google Shopping qui fait apparaître des annonces commerciales à côté de résultats présentés comme objectifs et qui sont en réalité des annonces publicitaires ; qu'elle souligne que le caractère payant ou gratuit desdites annonces est indifférent ;

Considérant que la société GOOGLE estime que les offres référencées sont parfaitement identifiables en tant que communications commerciales au sens de l'article 6 de la directive sur le commerce électronique et que les offres référencées par Google Shopping restent des communications commerciales peu importantes qu'elles soient fournies par les marchands ou qu'elles aient été 'crawlées' à partir de leur site et ce jusqu'en septembre 2011 ;

Considérant qu'elle soutient qu'il n'existe aucun trouble manifestement illicite ; qu'elle confirme le caractère non trompeur de la mention désormais retirée selon laquelle les moteurs de recherche GOOGLE référencent automatiquement certaines offres ; qu'elle considère légitime la distinction entre les liens commerciaux payants et les informations commerciales référencées gratuitement dans Google Shopping ;

Considérant qu'aux termes de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, la notion de communication commerciale est définie comme toute forme de communication destinée à promouvoir directement ou indirectement des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une profession réglementée ;

Considérant que la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique définit son champ d'application en son article 14 : ' 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 et 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 ... y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent' ;

Considérant que l'article 20 de cette loi 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. 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 ' ;

Considérant que la publicité est donc un procédé mis en oeuvre pour appeler l'attention du public sur un bien, qu'elle se distingue de la simple information en ce que sa finalité est de promouvoir le produit ;

Considérant qu'en l'espèce, la société GOOGLE ne conteste pas que figurent sur le site de GOOGLE SHOPPING des communications commerciales ; que les parties divergent sur le point de savoir si elles sont ou non clairement identifiées comme telles ;

Considérant que l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité énonce que, si le caractère publicitaire est manifeste que ce soit par le recours à un format publicitaire usuellement utilisé par la profession ou bien par le contenu du message, il n'est pas nécessaire de prévoir des éléments supplémentaires d'identification ; que, par contre, il est recommandé d'adjoindre une indication explicite permettant d'identifier la publicité comme telle si le message est diffusé au milieu d'informations ou d'articles rédactionnels ou dans le cas de liens sponsorisés, l'identification du lien doit être claire et la démarcation par rapport aux autres liens non sponsorisés explicite et non équivoque ;

Considérant que la cour constate au vu du procès-verbal dressé le 23 octobre 2012 à la demande de l'intimée que lorsque l'on clique sur Google shopping, il apparaît une page avec des produits sous diverses rubriques (produits les plus populaires, quelques idées, préparez vous pour l'hiver); qu'une recherche est faite sur un téléviseur Samsung ; qu'en début de page apparaissent des annonces faites par pixmania ou rue du commerce et qu'ensuite figure une liste de téléviseurs Samsung avec une référence, un prix et le nombre de magasins dans lequel on peut le trouver ; que si l'on clique sur le premier résultat qui n'est pas accompagné du nom d'une enseigne dans le cadre ' comparez les prix' , on dispose alors d'une liste de boutiques en ligne avec la mention de l'état, les frais de port, la zone géographique et le prix de base ;

Considérant que la société CONCURRENCE considère qu'il est nécessaire de distinguer les premières mentions avec le nom de sites particuliers des suivantes qui laissent à penser qu'il s'agit d'éléments objectifs recueillis par le site ; qu'un bandeau annonçant qu'il s'agit de publicité doit exister ;

Considérant que son adversaire précise que la place des annonces est liée au fait que les premières sont payantes tandis que les autres sont gratuites ;

Considérant que l'internaute qui se connecte sur Google shopping est à la recherche d'un produit ; qu'il voit les publicités émanant de sites marchands en première ligne ; que pour les autres, il voit le produit, la référence, un prix et la mention qu'il se trouve dans un certain nombre de magasins et qu'en cliquant sur comparer les prix, il accède à la liste des magasins avec leur enseigne explicitement mentionnée ;

Considérant qu'il peut ainsi croire que les premières mentions sont des publicités émanant des sites répertoriés tandis que les annonces figurant en dessous sont le résultat de la recherche

effectuée par le moteur de GOOGLE et que celles-ci sont recollées de manière exhaustive et objective par celui-ci ; qu'au surplus, les premières se situent dans un cadre de couleur par rapport aux secondes ce qui tend à créer une équivoque sur leur nature de publicités ou non ;

Considérant qu'ainsi l'internaute peut être amené à croire que les secondes répertorient tous les produits vendus correspondant à la demande de manière objective alors qu'en réalité, ne sont présentés que les produits dont le marchand s'est inscrit sur Google shopping ; que cette présentation est susceptible de fausser le jeu de la concurrence ;

Considérant qu'il faut pour que l'internaute sache que ces annonces résultent de l'inscription sur Google shopping des marchands, qu'il clique sur accueil shopping et à propos de Google shopping pour qu'il lui soit indiqué que celui-ci s'appuie sur la technologie de recherche de GOOGLE pour l'aider à trouver et à comparer les produits dans les magasins en ligne, qu'il précise que le site rassemble les produits de deux façons grâce aux marchands qui font parvenir des informations sur leurs produits et en profitent gratuitement et grâce aux robots de GOOGLE qui identifient automatiquement les pages qui proposent des produits à la vente ; qu'il est précisé que les liens commerciaux sont payants ;

Considérant que le fait que désormais la société GOOGLE déclare ne plus recourir à ses robots pour alimenter le site est indifférent par rapport à la question de l'identification de la publicité ;

Considérant qu'il s'ensuit que ce n'est qu'à la condition qu'il fasse preuve de curiosité et suive le cheminement ci-dessus rappelé que l'internaute a connaissance du fait que toutes les communications commerciales répertoriées sur le site sont des publicités ;

Considérant que cette absence d'identification est de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur consultant le site en question qui pense obtenir, en dehors des communications visant le site marchand dès la première page correspondant aux annonces payantes, des informations objectives et exhaustives relatives aux produits recherchés ;

Considérant dès lors, en conséquence, que l'absence d'identification claire de ce que toutes les mentions figurant sur le site sont des publicités, constitue un trouble manifestement illicite au regard des dispositions de l'article 20 de la loi précitée ;

Considérant qu'il y a lieu en conséquence de dire que la société GOOGLE devra indiquer sur son site GOOGLE SHOPPING que toutes les offres y figurant sont de nature publicitaire dans les conditions visées au dispositif de la présente décision ; que toutefois il n'apparaît ni nécessaire ni opportun de prononcer une astreinte ;

* Sur les pratiques illicites :

Considérant que l'appelante estime que les dispositions de la directive 2006/114/CE sont applicables à Google Shopping et qu'en tout état de cause, il ne doit pas y avoir de publicité trompeuse sur ce service conformément à la directive 2005/29/CE;

Considérant que la société GOOGLE invoque le mal fondé des demandes relatives au contenu des résultats en l'absence d'illicéité dès lors que les règles relatives à la publicité comparative n'ont pas lieu à s'appliquer à l'espèce ;

Considérant qu'aux termes de la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006, la publicité comparative est définie comme toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ;

Considérant que l'article L 121-8 du code de la consommation suppose aussi la comparaison avec des produits ou services offerts par un concurrent ;

Considérant qu'en l'espèce, la publicité figurant sur le site de Google shopping ne peut être qualifiée de comparative dès lors que la société GOOGLE qui fournit le service et met en ligne le comparatif n'est pas elle-même un concurrent de la société CONCURRENCE ; que chaque marchand dépose son offre et ensuite une liste d'offres comparables est récoltée par le service de GOOGLE ; qu'il est fourni cette liste d'annonces individuelles au consommateur qui procède ensuite lui-même à la comparaison de celles-ci au vu des diverses informations fournies pour faire son choix;

Considérant que cette même directive de 2006 définit la publicité trompeuse comme celle qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent ;

Considérant que la directive 2005/29 du 11 mai 2005 indique quant à elle au titre des actions trompeuses qu'une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen même si les informations présentées sont factuellement correctes en ce qui concerne un ou plusieurs aspects ci-après et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ; que sont visées les informations suivantes, l'existence ou la nature du produit, les caractéristiques principales du produit (disponibilité, avantages, risques, composition, service après-vente, mode et date de fabrication, livraison), étendue des engagements du professionnel, prix et mode de calcul du prix, nécessité d'un service, d'une pièce détachée ou d'un remplacement, nature et qualité des droits du professionnel et de la même façon de ceux du consommateur ;

Considérant que la loi sur la confiance dans l'économie numérique précise en son article 19 que toute personne qui exerce l'activité définie en son article 14 (commerce électronique) 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 frais de livraison sont inclus, que 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 ;

Considérant que ces textes sont donc applicables à l'espèce et il convient de déterminer si des informations trompeuses sont fournies sur le site de Google shopping de nature à induire le consommateur moyen en erreur et à fausser le jeu de la concurrence ;

Considérant que la société CONCURRENCE soutient que les exigences de ces textes ne sont pas respectées dès lors que le renvoi aux contenus des sites marchands pour compléter ou rectifier les informations figurant sur le site comparateur est par nature impossible puisque le consommateur ne prend connaissance de ces informations qu'après avoir fait son choix et opté pour un des sites présentés ;

Considérant toutefois qu'il suffit que certaines caractéristiques principales du produit soient indiquées dès lors qu'il est renvoyé au site du marchand qui contient les informations substantielles relatives aux caractéristiques principales du produit, au prix et autres conditions conformément aux exigences de la directive de 2005 ;

Considérant qu'il convient que le site contienne les éléments de comparaison qui suffisent dans le cadre du service offert au consommateur ; qu'en l'espèce, après que la liste a été établie et apparaisse pour le consommateur, celui-ci peut cliquer sur le site qui l'intéresse et obtenir un complément d'informations ; qu'il peut ensuite effectuer une comparaison avec les autres produits en procédant de la même façon ;

Considérant que la société CONCURRENCE vise aussi le non-respect de la réglementation relative aux offres en ligne et à distance et le caractère trompeur des tableaux comparatifs présentés ; qu'elle invoque des arrêts de la cour d'appel de Grenoble et de Versailles qui ont considéré ces dispositions applicables aux tableaux comparatifs de la société KELKOO et estime que cette jurisprudence est applicable à GOOGLE SHOPPING ;

Considérant qu'elle ajoute que les tableaux comparatifs présentent un caractère trompeur, le consommateur étant lésé si le tableau comprend des offres non à jour et/ ou si les informations destinées à lui permettre un choix, sont incomplètes ;

Considérant qu'elle en déduit que la société GOOGLE doit proposer des tableaux fiables avec toutes les informations dont elle réclame l'inscription dans les offres ainsi que la période de validité des offres ;

Considérant qu'elle constate que la société GOOGLE a admis la nécessité d'une mise à jour en temps réel mais relève qu'elle ne le fait pas ;

Considérant que cette dernière déclare que le descriptif des produits et le titre de l'offre fournis par chaque commerçant suffisent à informer les internautes et que l'indication des codes EAN ou GTIN ne sont pas nécessaires ; qu'elles précisent que seuls les tableaux accessibles en cliquant sur le lien ' comparer les prix ' permettent de comparer les offres relatives à un produit ayant la même référence EAN/GTIN et d'accéder éventuellement à sa fiche technique, fiche technique fournie correspondant aux codes EAN/GTIN indiqués par les marchands dont les prix sont comparés dans les tableaux prévus à cet effet ;

Considérant qu'elle nie toute responsabilité vis-à-vis du contenu des différents résultats de Google Shopping, les commerçants étant les seuls responsables de la conformité du contenu de leurs offres aux dispositions du code de la consommation; qu'elles ajoutent que GOOGLE n'a qu'un rôle d'intermédiaire technique vis-à-vis des offres référencées par Google Shopping ;

* Au regard de la mise à jour en temps réel ;

Considérant que la société CONCURRENCE invoque les dispositions de l'article L121-1 du code de la consommation et l'article 6 de la directive du 11 mai 2005 pour réclamer celle-ci ; qu'elle réclame une actualisation des offres ;

Considérant toutefois que depuis le 22 septembre 2011, GOOGLE impose aux marchands une mise à jour en temps réel ; qu'il leur a été indiqué la nécessité que les informations présentées aux utilisateurs soient les mêmes sur Google shopping et sur leur propre site ;

Considérant que la société CONCURRENCE estime que ce n'est pas suffisant dès lors que GOOGLE n'impose pas le système d'actualisation quasiment en temps réel FTP et que le marchand peut aussi recourir à un traitement des mises à jour dans un délai de 24 heures ; qu'ainsi l'internaute peut se trouver en définitive avec des informations erronées pendant 24 heures ;

Considérant d'une part qu'il n'est pas techniquement possible d'être à jour en permanence et en temps réel à savoir immédiatement ;

Considérant d'autre part, que la cour constate que la société GOOGLE propose désormais au jour où elle statue, la mise à jour en temps réel ; que la société CONCURRENCE ne démontre pas en l'état en quoi le fait de ne pas l'imposer de manière obligatoire aux marchands recourant à son site est susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur qui aura connaissance de l'information exacte et actuelle en cliquant sur le site du marchand et qui constatant une différence pourra parfaitement aller consulter un autre site marchand figurant sur la liste proposée ; qu'au surplus, l'actualisation même par le système qui n'est pas quasi-immédiat, est opérée dans les 24 heures ; que la démonstration de ce que ce système induit en erreur le consommateur et modifie de manière certaine son comportement économique n'est pas établie ; que le trouble éventuel en résultant n'est donc pas manifestement illicite ;

* Sur l'identification de la période de validité des offres :

Considérant que la société CONCURRENCE invoque à ce titre les dispositions de l'article L 121-18 du code de la consommation et l'article 3 de l'arrêté du 31 décembre 2008 ;

Considérant toutefois que le premier de ces textes qui impose de préciser la durée de la validité de l'offre et le montant des frais de livraison ne s'applique qu'aux offres de contrat ; que cela ne saurait donc concerner le site de GOOGLE, seuls les sites marchands proposant l'achat de leurs produits doivent se soumettre à ces obligations;

Considérant que l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur indique que toute publicité à l'égard du consommateur comportant une annonce de réduction de prix doit notamment mentionner les modalités suivant lesquelles sont consentis les avantages annoncés notamment la période pendant laquelle le produit est offert à prix réduit ; que l'article 4 prévoit que tout produit ou service commandé pendant la période à laquelle se rapporte une publicité de prix ou de réduction de prix doit être livré au prix indiqué par cette publicité ;

Considérant que le premier article vise la réduction de prix et en l'état, figure sur la liste proposée par la société GOOGLE des prix sans qu'il soit précisé qu'il y a une réduction de prix par rapport au prix habituel ; que c'est sur le site du marchand que sera précisée l'existence d'une réduction et sur ce site que l'obligation jouera ; qu'en ce qui concerne le second article, là encore, il suppose une commande ce qui implique que le consommateur est sur le site du marchand et non plus sur Google shopping ;

Considérant qu'au demeurant et en l'état, la société CONCURRENCE ne fournit aucun élément concret et probant contredisant ces observations de la cour ;

Considérant que sur ce point, il n'est pas rapporté la preuve d'un trouble qui pourrait être qualifié de manifestement illicite ;

*Indication des frais de port et d'enlèvement :

Considérant qu'il convient de constater que sur la liste de résultats à laquelle l'internaute accède après avoir retenu un produit, l'indication des frais de port et livraison sont mentionnés; que l'intimée a rendu obligatoire cette information ce qu'admet l'appelante dans ses écritures ; que, dès lors, au jour où la cour statue, le trouble invoqué n'existe plus ;

*La mention des conditions de garantie :

Considérant que la société CONCURRENCE invoque là encore l'article L 121-18 du code de la consommation et la charte des comparateurs de prix ;

Considérant que comme cela été évoqué précédemment, le premier de ces textes vise l'offre de contrat ce qui ne concerne pas la société GOOGLE ; qu'en ce qui concerne la charte des comparateurs de prix, la société appelante ne démontre pas que la société GOOGLE y aurait adhéré ;

Considérant que le trouble de ce chef n'est pas démontré ;

* Caractéristiques principales des produits et obligation de ne pas comparer sous une même référence commerciale des produits ayant des codes EAN ou GTIN différents :

Considérant que la société CONCURRENCE déclare que les produits comparés doivent être identiques et soutient que son adversaire présenterait des produits différents alors qu'indiqués sous la même référence ; qu'elle sollicite la suppression des robots de Google qui aident à la recherche, cela ayant un effet sur le référencement et explique sa demande de voir figurer les mentions relatives aux code EAN ;

Considérant que la société GOOGLE déclare qu'elle ne recourt plus aux robots depuis septembre 2011, le référencement sur le site n'étant plus que manuelle et la conséquence de l'inscription des commerçants en ligne ;

Considérant d'une part que la société CONCURRENCE qui conteste ce dernier point relatif à la cessation du recours aux robots, verse aux débats le constat du 22 mai 2012 d'où il ressort que sur la page explicative du fonctionnement de Google shopping figure toujours la mention relative à la recherche à l'aide des robots ;

Considérant que, par procès-verbal de constat en date du 5 juillet 2012, la société GOOGLE établit que sous la rubrique ' comment Google shopping fonctionne-t-il ' ne figure plus que la mention selon laquelle elle rassemble des informations sur les produits qui sont fournies par voie électronique par les marchands désireux de profiter de ce service gratuit ; qu'il n'est plus visé le recours à des robots ;

Considérant dès lors que la demande de suppression du recours à ceux-ci au motif que ces derniers feraient croire que les informations fournies sont objectives et qu'ainsi une publicité trompeuse existerait ne peut prospérer, le grief ne subsistant pas au jour où la cour statue ;

Considérant qu'il ressort de la première page fournie par GOOGLE que les caractéristiques essentielles figurent en rapport avec chaque produit à savoir nature, taille, précisions techniques, prix ;

Considérant que chaque produit figurant sur le site comporte un titre et une description ; que ces énonciations permettent à l'internaute de cliquer ensuite pour avoir la liste des produits ayant la même référence en vue de la comparaison de prix et ensuite d'opter pour un produit en allant sur le site marchand où il pourra consulter la fiche technique ; que la mention de l'EAN 'european article number' est un code numérique attribué aux produits généralement associé à un code barre imprimé sur la marchandise ; que sa mention n'est pas imposée par les textes du code de la consommation ;

Considérant qu'en tout état de cause, la société CONCURRENCE ne démontre pas en quoi la présence du code EAN ou GTIN constitue un élément substantiel du choix du consommateur lorsqu'il consulte la liste de GOOGLE ; que c'est en allant sur le site marchand qu'il connaît toutes les caractéristiques du produit et qu'il fait son choix définitif ;

Considérant qu'en l'état, à l'exception des captures d'écran qui sont écartées faute de fiabilité, elle n'apporte aucun élément concret et probant établissant la réalité des griefs qu'elle invoque de ce chef notamment relativement aux produits figurant sous la même référence et n'ayant pas le même code ;

Considérant qu'au surplus, en indiquant le produit, il est possible d'accéder à la fiche réclamée en cliquant sur 'caractéristiques techniques' sous réserve de la fourniture par le marchand du code pour lequel GOOGLE SHOPPING peut rechercher auprès du fabricant la fiche technique ;

Considérant qu'il convient de rappeler que GOOGLE ne fait figurer que les offres provenant des marchands et conformément aux informations qui lui sont données ;

Considérant qu'il convient de rappeler qu'aucun achat ne peut se faire à partir de Google shopping et donc le consommateur fait un tri dans les annonces ou bien examine la totalité des annonces en allant sur les sites marchands en fonction de ses besoins ; que disposant alors des éléments essentiels, il n'est pas rapporté la preuve que l'absence des éléments dont la société CONCURRENCE réclame l'inscription est de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur ;

Considérant en conséquence qu'il n'existe pas de trouble manifestement illicite à ne pas les faire figurer sur le site, objet du présent litige ;

Considérant dès lors que les griefs présentés au titre des pratiques illicites constituant une publicité trompeuse ne sont pas établis ou ne peuvent être qualifiés de troubles manifestement illicites ; que la société CONCURRENCE doit donc voir rejetées ses demandes de ce chef ;

Considérant qu'en conséquence, l'ordonnance entreprise doit être infirmée partiellement ;

Considérant que la société GOOGLE France conclut que la procédure ainsi engagée est manifestement abusive et justifie l'allocation de dommages intérêts ;

Considérant que l'article 32-1 du code de procédure civile dispose que ' celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3.000 euros sans préjudice des dommages intérêts qui seraient réclamés' ;

Considérant que ce texte ne peut être mis en oeuvre que par la juridiction saisie et qu'il n'appartient pas aux parties d'en réclamer l'application ; que la demande des intimées ne saurait donc prospérer ;

Considérant qu'en tout état de cause, l'exercice d'une action en justice de même que la défense à une telle action constitue en principe un droit et ne dégénère en abus pouvant donner lieu à l'octroi de dommages intérêts que dans le cas de malice, mauvaise foi ou erreur grossière équipollente au dol ; qu'en l'espèce, un tel comportement de la société CONCURRENCE n'est pas suffisamment caractérisé ; que la demande de ce chef est rejetée ;

Considérant que la société GOOGLE Inc succombant partiellement ne peut prétendre à des dommages intérêts pour procédure abusive ;

Considérant que l'équité ne commande pas de faire droit à la demande des parties sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Considérant que chacune des parties, succombant partiellement, conservera la charge de ses dépens ;

PAR CES MOTIFS

Infirmes l'ordonnance entreprise sauf en ce qu'elle a mis hors de cause la société GOOGLE FRANCE

Statuant à nouveau :

Déclare recevable en ses demandes la société CONCURRENCE ;

- Ordonne à la société GOOGLE Inc d'identifier comme publicitaires toutes les offres figurant sur son site GOOGLE SHOPPING ;

- Dit n'y avoir lieu au prononcé d'une astreinte ;

- Rejette toutes les autres demandes de la société CONCURRENCE ;

- Rejette les demandes de dommages intérêts pour procédure abusive et frais irrépétibles présentées par les sociétés GOOGLE FRANCE ;

- Rejette la demande des parties présentée sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

- Laisse à chacune des parties la charge de ses dépens.

LE GREFFIER

LE PRESIDENT