

Dans quatre arrêts rendus le 13 juillet 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de l'éventuelle responsabilité encourue, par le prestataire du service de référencement, et par l'annonceur, dans la mise en œuvre du système d'annonces publicitaires dénommé "Adwords", développé par Google.

Le système "Adwords" permet à un annonceur, moyennant l'achat de mots-clés, d'être associé à une marque déposée ou un nom commercial dont il n'est pas titulaire, en faisant apparaître les coordonnées de son site en marge d'une recherche effectuée sur le nom de cette marque, dans une zone réservée, dite de "liens commerciaux".

Plusieurs sociétés titulaires de marques utilisées ainsi par la société Google ont engagé contre celle-ci des actions en contrefaçon.

Dans deux arrêts du 10 mars 2005 et du 23 mars 2006, la cour d'appel de Versailles a condamné pour contrefaçon de marques la société Google, en considérant qu'elle avait omis de rechercher les droits éventuels de tiers sur les mots-clés, et que, n'agissant pas en tant que simple hébergeur, elle ne pouvait se prévaloir de cette qualité pour échapper à sa responsabilité. La cour d'appel a en outre condamné l'annonceur pour contrefaçon de marque et concurrence déloyale.

Dans deux arrêts du 28 juin 2006 et du 1^{er} février 2008, la cour d'appel de Paris a condamné pour contrefaçon la société Google, en raison de son usage des signes dans leur fonction d'individualisation des produits et services, c'est à dire dans leur fonction de marque, et, invoquant la confusion créée dans l'esprit du public par la présentation des annonces sous l'intitulé "liens commerciaux", l'a condamnée pour publicité mensongère.

Saisie de pourvois formés contre ces arrêts, la Cour de cassation, a saisi, à son tour, de plusieurs questions préjudicielles, la Cour de justice de l'Union Européenne qui, par un arrêt du 23 mars 2010, est venue préciser :

- que le prestataire d'un service de référencement sur Internet qui stocke en tant que mot-clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, n'en fait pas un usage assimilable à celui d'une marque, et ne commet par conséquent pas d'acte de contrefaçon ;



- que le prestataire d'un service de référencement ne peut voir sa responsabilité engagée que s'il a joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des informations transmises ou stockées ;
- que le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un annonceur de faire, à partir d'un mot-clé identique à ladite marque, de la publicité, lorsque ladite publicité ne permet pas à un internaute normalement informé de savoir si l'annonceur est lié ou non au titulaire de la marque.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, interprétant la décision de la Cour de justice de l'Union Européenne du 23 mars 2010, en a déduit que ne commettait pas une contrefaçon au sens des articles L. 731-2 et L. 731-3 du code de la propriété intellectuelle le prestataire de service de référencement qui se borne à stocker des mots-clés et afficher les annonces.

En revanche, la Cour de Cassation a approuvé la décision d'une cour d'appel de condamner pour contrefaçon l'annonceur qui avait fait publier une annonce dont la présentation ne permettait pas à un internaute normalement informé et raisonnablement attentif, de savoir si l'annonceur était lié ou non au titulaire de la marque.

Ces décisions ont été rendues sur avis conforme de l'avocat général.