

15^e Chambre

Audience du 12 novembre 2021 à 14h

R.G. N° 2021030725

CONCLUSIONS EN DÉFENSE

POUR :

La société **KOENA**
Société par actions simplifiée à associé unique au capital de
5.000 euros
Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de
Pontoise sous le numéro 822 246 450
Dont le siège est situé 22 rue de la Voie des Bans – 95100
Argenteuil
Prise en la personne de son représentant légal domicilié en
cette qualité audit siège

Ayant pour avocat :

Maître Matthieu JUGLAR
Avocat au Barreau de Paris
89, avenue de Villiers 75017 PARIS
Toque A739
Tél. : 01 86 22 00 67 – Fax : 01 48 88 09 83

CONTRE :

La société **FACIL'ITI**
Société par actions simplifiée à associé unique au capital de
17.130 euros
Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de
Limoges sous le numéro 834 795 023
Dont le siège est situé 16, rue Soyouz – Parc Ester Technopole
87068 Limoges Cedex 3
Prise en la personne de son représentant légal

Ayant pour avocat postulant :

SCP HUVELIN & Associés
Maître Martine LEBOUCQ - Avocat au Barreau de Paris
19 rue d'Anjou – 75008 Paris
Toque R285
Tel : 01.53.53.04.30 – Fax : 01.42.25.50.28

Et pour avocat plaidant :

La **SELARL HAAS Société d'avocats**
Maître Gérard HASS, - Avocat au Barreau de Paris
32, rue de la Boétie – 75008 Paris
Toque K59
Tel : 01.56.43.68.80 – Fax : 01.40.75.01.96

SOMMAIRE

I. EXPOSE DES FAITS DE LA PROCEDURE	2
A. PRÉSENTATION DES PARTIES	2
1. LA SOCIÉTÉ FACIL'ITI	2
2. LA SOCIÉTÉ KOENA	4
B. LES TWEETS INCRIMINÉS	5
C. LA PROCÉDURE	5
II. DISCUSSION	7
A. IN LIMINE LITIS : SUR LA QUALIFICATION À RETENIR ET SES CONSÉQUENCES SUR LA VALIDITÉ DES POURSUITES	7
1. APPLICATION DE LA QUALIFICATION DE DIFFAMATION	7
2. SUR LES CONSÉQUENCES DE LA QUALIFICATION : LA NULLITÉ DE L'ASSIGNATION	8
3. SUR L'INCOMPÉTENCE MATÉRIELLE DU TRIBUNAL DE COMMERCE	8
B. SUR L'ABSENCE DE CARACTÉRISATION DE DÉNIGREMENT	9
C. À TITRE RECONVENTIONNEL : SUR LA CARACTÉRISATION DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES COMMISES PAR FACIL'ITI AU PRÉJUDICE DE KOENA	11
1. SUR LE COMPORTEMENT FAUTIF DE FACIL'ITI	12 a) En droit 12 b) En l'espèce 14
2. LE PRÉJUDICE RÉSULTANT DES ACTES DE CONCURRENCE DÉLOYALE	15 a) Sur les dommages-intérêts 16 b) Sur les mesures de publication 16
D. SUR LES DÉPENS ET LES FRAIS IRRÉPÉTIBLES	16

PLAISE AU TRIBUNAL

I. EXPOSÉ DES FAITS DE LA PROCÉDURE

A. Présentation des parties

1. La société FACIL'ITI

La société FACIL'ITI (ci-après « FACIL'ITI ») se présente sur son site internet, dès sa page d'accueil, comme ayant développé une solution d'accessibilité numérique qu'elle décrit comme « innovante », en ce qu'elle permettrait d'adapter l'affichage d'un site Web selon les besoins de l'internaute en situation de handicap.

En effet, cette solution permettrait d'adapter l'affichage d'un site internet en fonction des besoins moteurs, visuels et cognitifs de l'internaute. Les sites seraient ainsi, grâce à cette solution

d'accessibilité numérique, adaptés sur-mesure aux besoins des internautes en leur offrant une accessibilité personnalisée.

Aussi, il est indiqué sur le site que cette solution d'accessibilité numérique innovante permettrait entre autres, pour les sites internet :

- Un agrandissement de la taille des caractères ;
- De naviguer au clavier ;
- D'imprimer n'importe quelle page du site en accédant à la page souhaitée ;
- De marquer n'importe quelle page en favoris.

Pour les vidéos :

- Une transcription textuelle détaillée ;
- L'intégration de sous-titres ;
- L'intégration d'une piste d'audiodescription.

Enfin, la partie « Accessibilité » du site FACIL'ITI indique que la solution proposée serait en conformité avec le RGAA 3 2016, qui vise à fixer et encadrer le référentiel de l'accessibilité. En effet, il est mentionné qu'une déclaration de conformité aurait été établie le 10 octobre 2017 et que les résultats du test relèveraient une conformité globale au RGAA de 100%, suite à l'audit réalisé par iti Communication, une société du même groupe.

(Pièce N° 1 :
Page d'accueil du site www.facil-iti.fr)

(Pièce N° 2 :
Page « Accessibilité » du site www.facil-iti.fr)

Une vidéo sur YouTube présente FACIL'ITI comme permettant d'adapter un site Internet immédiatement. Notons, au passage, que cette vidéo n'est pas audiodécrite.

(Pièce N° 3 :
Vidéo de présentation de FACIL'ITI sur YouTube)

Enfin, FACIL'ITI répand volontiers ce discours sur les sites Internet spécialisés autour du handicap. Ainsi, l'un de ses dirigeants, Frédéric SUDRAUD, présente FACIL'ITI au cours d'une interview :

« Pouvez-vous nous présenter l'entreprise Facil'iti ?

Facil'iti est à l'origine de la création d'un outil d'assistance à l'accessibilité digitale que l'on installe sur un site internet et qui permet de rendre ce site internet accessible aux usagers qui le visitent. C'est une solution technologique qui s'implante directement sur des sites internet existants, des intranets, ou des applications. L'objectif de Facil'iti est très simple : permettre de modifier l'affichage d'un site internet (sur n'importe quel type d'écran : un mobile, une tablette, ou un ordinateur) en fonction des besoins de l'utilisateur. Nous sommes vraiment centrés sur l'expérience utilisateur » (soulignement ajouté).

Il insiste également sur le fait que FACIL'ITI ne prendrait que cinq minutes à installer pour les propriétaires de sites Web, leurs permettant ainsi d'inclure une frange oubliée des internautes, à savoir les personnes en situation de handicap.

(Pièce N° 4 : [Accessibilité des sites internet : Le point avec Frédéric Sudraud \(handirect.fr\)](#) Ou encore dans une presse plus généraliste, où FACIL'ITI est à nouveau présenté, depuis 2018, comme rendant Internet « *accessible à tous les handicaps* ».

(Pièce N° 5 : [Facil'iti rend Internet accessible à tous les handicaps, Actu \(lesechos.fr\)](#))

Bien évidemment, de telles positions suscitent des critiques des professionnels du secteur, auxquelles FACIL'ITI ne répond pas systématiquement.

(Pièce N° 6 : [Un truc en javascript ne rend pas magiquement un site accessible | nota-bene.org](#))

2. La société KOENA

La société KOENA (ci-après « KOENA ») est une société spécialisée dans l'accessibilité numérique. Elle effectue tant des audits RGAA/WCAG que de la prestation de conseils et la mise en place de stratégies en vue d'une conformité aux règles d'accessibilité.

En effet, les audits réalisés sont effectués conformément aux recommandations internationales WCAG-EM¹. Ils sont réalisés en 5 étapes :

1. Définition du périmètre d'évaluation,
2. Exploration du site pour identifier les pages web pertinentes dans le contexte de l'audit,
3. Sélection d'un échantillon représentatif des contenus, fonctionnalités et processus du site, en lien avec le responsable du projet côté client ayant validé l'échantillon proposé par Koena ;
4. Audit de chaque page au regard des critères des 106 critères du RGAA 4.1 ;
5. Rédaction du rapport d'audit et préparation de la réunion de restitution.

Par ailleurs, KOENA est également chargée de fournir la déclaration d'accessibilité des sites audités.

Enfin, KOENA propose également des formations ayant pour but d'obtenir des connaissances fondamentales au sujet de l'accessibilité numérique ainsi que des connaissances pratiques s'agissant de la mise en conformité avec les règles internationales WCAG.

Ces formations permettent, s'agissant des compétences générales visées, de :

- Définir précisément ce qu'est l'accessibilité numérique et la distinguer des autres domaines connexes : ergonomie, qualité... ;
- Identifier les obligations qui incombent aux éditeurs ;
- Décrire les étapes pour mettre en œuvre une démarche accessibilité dans une organisation ;
- Faire un audit rapide de l'accessibilité d'une page web ;
- Appliquer quelques règles de base pour produire des documents numériques accessibles.

¹ <https://www.w3.org/TR/WCAG-EM/>

B. Les tweets incriminés

Le 15 mars 2021, sur Twitter, Madame C. B. répond à une offre d'emploi émise par FACIL'ITI en indiquant :

« Sur cette offre d'emploi, @FACIL_ITI persiste à dire qu'ils proposent "une solution clé en main qui permet d'adapter l'affichage d'un site internet aux besoins de navigation des personnes en situation de handicap".

Pourtant j'ai déjà témoigné, et je ne suis pas la seule à le dire, que leur solution est loin de répondre à tous les besoins des personnes en situation de #handicap. Dans l'offre en question, on peut lire la phrase suivante : "Nous étudions à compétences égales, toutes candidatures dont celles de personnes en situation de handicap". Faut-il les remercier de respecter simplement la loi en opérant pas de #Discrimination à l'embauche ?

Enfin, je suis heureuse de voir qu'il n'est pas nécessaire d'avoir la moindre compétence en #Accessibilité pour travailler pour une solution qui répond, paraît-il aux besoins des personnes #Handicapées ».

De fait, C. B. avait déjà rencontré de nombreuses difficultés sur des sites équipés de la seule solution de FACIL'ITI, à l'instar de La Redoute, showroomprivé.com ou vente-privee.com ;

(Pièce N° 8 :
Attestation de C. B.)

(Pièce N° 9 :
Déclaration d'accessibilité de La Redoute)

A ce premier tweet, le compte Twitter de la société KOENA a répondu de la façon suivante, le 23 mars 2021 :

« Arrêtons les messages mensongers !

NON, @FACIL_ITI ne permet pas de rendre #accessible son #site aux personnes en situation de #handicap, mais modifie seulement l'apparence des pages ! Cette solution ne répond pas aux besoins des internautes ! »

Le même jour, la société rédigeait un second tweet indiquant :

« Donc pour être clair, #FACIL_ITI ne rend pas #accessible des #formulaires, #images cliquables ou autres obstacles rencontrés par les #internautes en situation de #handicap et n'assure pas non plus la conformité au #RGAA ! Ce n'est pas une solution miracle d'accessibilité d'#AccessibilitéNumérique ! »

C. La procédure

Suite à ces tweets, le 21 avril 2021, la société FACIL'ITI a adressé à la société KOENA une mise en demeure mettant en exergue une prétendue atteinte à son droit à l'image et à sa réputation en application de l'article 1240 du Code civil. De plus, il était relevé dans la mise en demeure que les propos émis sur Twitter seraient purement péremptoires, non justifiés et erronés.

Pour ces raisons, FACIL'ITI sollicitait dans sa mise en demeure :

- Le retrait des tweets litigieux et en justifier ;
- L'engagement écrit pour l'avenir à ne plus publier sur le réseau social Twitter de commentaires et articles visant l'outil mis à disposition par FACIL'ITI ou, de manière plus générale, d'émettre tout avis ou appréciation négative qui aurait pour nature de nuire à l'activité de FACIL'ITI.

En réponse, le 22 avril 2021, la société KOENA publiait sur son blog le contenu de cette mise en demeure et maintenait le fait que l'outil mis à disposition par cette dernière ne pouvait s'analyser objectivement en un outil d'accessibilité numérique. La société KOENA relevait que les contours de l'accessibilité numérique encadrés par la Web Accessibility Initiative (Ci-après « WAI ») étaient clairs et excluaient de son champ la forme d'accessibilité proposée par FACIL'ITI.

On relèvera que l'assignation a qualifié le ton de la réponse de la société KOENA comme étant « *condescendant* » et qui chercherait à se faire « *passer pour la victime* » alors qu'elle serait prétendument « *la seule responsable des pratiques ayant donné lieu à la mise en demeure* ». On ne peut que s'étonner du choix de tels termes puisque :

- S'agissant de la prétendue responsabilité de la société KOENA, elle n'est ni démontrée, ni constatée ;
- S'agissant du ton employé, aussi inconfortable puisse-t-il être pour le demandeur, il ne s'analyse pas en une faute et entre dans le champ de la libre expression.

C'est dans ce contexte que la société FACIL'ITI a décidé de saisir le tribunal de commerce de Paris en y assignant la société KOENA, en sollicitant du tribunal que cette dernière soit condamnée au paiement de la somme de 5.000 euros à titre de dommages et intérêts en « *réparation du préjudice d'image et réputationnel* », et ordonner à la société KOENA de retirer les tweets litigieux et « *de cesser pour l'avenir tout propos de nature à jeter le discrédit sur la solution FACIL'ITI en la dénigrant et ce, sur tout support et notamment, sur les réseaux sociaux, blogs, sites, web et webinaires* », sur le fondement de l'article 1240 du Code civil.

II. DISCUSSION

Les reproches adressés à KOENA par FACIL'ITI revêtent davantage une qualification de diffamation que celle de dénigrement (ce qui conduit à la nullité de l'acte de saisine).

À supposer que le Tribunal considère les tweets litigieux sous l'angle du dénigrement, il débouterait FACIL'ITI de ses prétentions et, au surplus, condamnerait cette dernière pour des faits de concurrence déloyale commis au préjudice de KOENA, à raison de la déloyauté des pratiques commerciales auxquelles FACIL'ITI se livre depuis au moins 2018.

A. In limine litis : Sur la qualification à retenir et ses conséquences sur la validité des poursuites

1. Application de la qualification de diffamation

La jurisprudence constante de la Cour de cassation a affirmé que la diffamation était exclusive de la notion de dénigrement.

L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse définit la diffamation comme « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* ».

Plus précisément, la jurisprudence considère traditionnellement qu'il y a diffamation lorsque l'honneur d'une personne identifiable (nommément désignée ou non) est publiquement atteint par la divulgation d'une allégation ou d'une imputation de mauvaise foi².

Le dénigrement consiste, quant à lui, à jeter le discrédit sur un concurrent en critiquant ses produits ou son service, afin de détourner sa clientèle³. Il constitue un acte de concurrence déloyale.

Or, la distinction est fondamentale puisque les notions sont exclusives l'une de l'autre et que la jurisprudence n'hésite pas à prononcer la nullité d'une assignation portée sur le fondement du dénigrement, s'il est relevé que les propos auraient dû être poursuivis sur le fondement de la diffamation⁴.

En l'espèce, aussi bien la mise en demeure que l'assignation démontrent une volonté d'obtenir un dédommagement, non pas à raison d'un dénigrement mais bien d'une diffamation.

En effet, la mise en demeure met en exergue le fait que le prétendu abus de droit dans l'usage de la liberté d'expression reproché à la société KOENA aurait eu des répercussions préjudicielles sur l'image et la réputation de la société FACIL'ITI.

L'atteinte portée à l'image et à la réputation sont des atteintes qui, en réalité, ne concernent pas le dénigrement qui touche au produit et aux services d'une société et ayant pour but, même indirectement de détourner une clientèle.

Ce préjudice ciblé et relevant du domaine exclusif de la diffamation est mentionné également dans l'assignation où il est relevé que les agissements de la société KOENA aurait causé un préjudice d'image et réputationnel certain.

Enfin et surtout, on rappellera que le tweet litigieux critiquait, non pas un produit ou un service, mais bien le « *message mensonger* » de la société.

² Cass. 1^{re} civ., 1er mars 2005, Bull. Civ. I, N° 102; Crim. 8 févr. 1990, n°86-95.208

³ Cass. Com., 7 mai 2019, n°17-26.774

⁴ Cass. Ass. Plén. 12 juill. 2000, Bull. Ass. Plén. N° 8

Aussi, on entend que le produit ou le service proposé par la société FACIL'ITI n'est pas la cible de la critique, mais bien, initialement, les messages mensongers de la société. L'utilisation des termes « *Arrêtons les messages mensongers* » encadrent et conditionnent le champ du débat et excluent, de facto, celui du dénigrement au profit de la diffamation.

Au demeurant, il est impossible à un produit, en l'état de la technique, de publier un « *message mensonger* » ou d'être lui-même qualifié de « *mensonger* ». Ce qualificatif ne peut s'appliquer qu'à une personne, douée de conscience et capable de mensonge, ce que n'est évidemment pas une solution informatique.

Les messages mensongers ne relevant ni des biens, ni des services d'une entreprise et, au surplus, l'atteinte à l'image et la réputation d'une société constituant le préjudice direct et exclusif de la notion de diffamation, le dénigrement s'en trouve nécessairement exclu, tant dans son appréciation juridique que factuelle.

2- Sur les conséquences de la qualification : la nullité de l'assignation

L'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit, à peine de nullité, les conditions de forme de l'acte introductif d'instance quant aux éléments suivants :

- La qualification et la précision du fait incriminé ;
- Le texte de loi fondant les poursuites ;
- L'élection de domicile.

En l'espèce, l'assignation ne contient aucun de ces éléments.

Ainsi, par application des articles 112 et suivants du Code de procédure civile et de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, elle est nulle.

En conséquence, le Tribunal ne pourra que prononcer la nullité de l'assignation.

3. Sur l'incompétence matérielle du Tribunal de commerce

Au surplus, l'article 45 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse donne compétence aux tribunaux correctionnels et, en matière civile, aux tribunaux judiciaires.

En tout état de cause, le tribunal de commerce est matériellement incompétent pour juger des faits pour lesquels il a été saisi.

Le Tribunal, s'il n'avait pas annulé l'assignation, tirera les conséquences de cette constatation en invitant la demanderesse à mieux se pourvoir.

B. Sur l'absence de caractérisation de dénigrement

On rappellera à titre liminaire que le dénigrement, au sens de la jurisprudence⁵ de la chambre commerciale de la Cour de cassation, est la « *divulgateur d'une information de nature à jeter le discrédit sur un concurrent* ».

Aussi, à l'aune de cette définition, il apparaît que le dénigrement se caractérise par la démonstration et la mise en exergue exhaustive d'un message de nature à jeter le discrédit sur les produits ou les services d'un concurrent, ledit dénigrement devant comporter un message critique.

Selon les demandeurs, les messages critiques constitutifs d'un dénigrement tiennent dans les tweets en ce qu'ils jetteraient le discrédit sur la solution FACIL'ITI en :

- « *Qualifiant de mensonger l'offre d'emploi de FACIL'ITI, précisant que la solution FACIL'ITI propose une solution clé en main qui permet d'adapter l'affichage d'un site internet aux besoins de navigation des personnes en situation de handicap ;*
- *Remettant en cause l'utilité et l'efficacité de la solution FACIL'ITI, laquelle ne rendrait pas accessible les sites pour les personnes en situation de handicap. »*

Si la société KOENA a bien affirmé que FACIL'ITI ne pouvait objectivement pas rendre accessible des formulaires, images cliquables ou autres obstacles rencontrés par les internautes, cette affirmation entre dans le champ de la critique mesurée, et dans le cadre de la libre critique autorisée entre concurrents. En effet, cette libre critique autorisée entre concurrents est permise selon la jurisprudence lorsqu'elle est objective, neutre et justifiée⁶.

On rappellera à cet égard que toute critique n'est pas de nature à constituer un dénigrement puisqu'il a été même admis, à plusieurs reprises, que la critique d'une politique commerciale d'un concurrent ne s'analysait pas nécessairement en un dénigrement. En effet, la jurisprudence a rappelé que « *le principe de la liberté de la presse commande que puissent être divulgués des informations sur tous les sujets dans la mesure où le traitement de ceux-ci est opéré sans intention malveillante et avec la prudence nécessaire*⁷ » et que, dans un tel cas, il ne pouvait y avoir de dénigrement si au surplus les termes utilisés n'étaient pas outranciers.

Plus précisément, la jurisprudence déduit l'intention malveillante d'une critique et, partant, le dénigrement, en relevant différents indices, au-devant desquels :

- La critique systémique⁸ ;
- La critique répétitive ;

⁵ Cass. Com. 24 sept. 2013, n°12-19.790 : JurisData n°2013-020588

⁶ CA Paris, 12 févr. 1999 et CA Versailles, 9 sept. 1999

⁷ CA Paris, 24 nov. 2004 : Gaz. Pal. 2005, 3, somm. P. 2183, note J. Roiland

⁸ CA Nîmes, 12 juin 2003 – CA Paris, 6 juillet 1976 – Cass. Com., 29 mai 1978

- La véracité des propos tenus.

En effet, lorsque la critique devient systémique et générale, celle-ci dégénère selon la jurisprudence en abus de droit permettant de caractériser le dénigrement. De la même manière, la répétitivité des critiques, même étalée dans le temps, est susceptible de transformer la libre critique autorisée en dénigrement.

S'agissant des indices permettant ou non de caractériser l'intention malveillante du défendeur, on soulignera que ne sont mis en cause que 2 tweets, publiés le même jour et dans un temps très réduit, permettant d'ores et déjà d'écartier, tant la critique systémique que l'indice tenant à la répétitivité, lesquels sont des indices essentiels permettant de caractériser le dénigrement.

S'agissant de la véracité des propos tenus, il importe de rappeler que, selon la jurisprudence, une information exacte sur les qualités objectives que l'on peut attendre d'un produit, en l'absence de toute autre circonstance, ne peut s'apparenter en un dénigrement⁹.

Tel est bien le cas en l'espèce, puisque KOENA n'a fait que souligner la faille de FACIL'ITI, à savoir le fait qu'elle ne permettait pas de rendre un site Internet accessible. D'ailleurs, ce défaut a pu être relevé par d'autres, notamment d'éminents acteurs de l'accessibilité numérique, sur des sites Internet équipés de la solution de FACIL'ITI. Si celle-ci offre effectivement un confort aux utilisateurs, elle ne saurait supplanter une mise en accessibilité.

(Pièce N° 10 :

**Attestation de Monsieur Christian VOLLE et recommandation faite à la Brigade des Sapeurs
Pompiers de Paris)**

En tout état de cause, le seul excès dans la formulation n'est pas de nature, en soi, à permettre automatiquement la caractérisation du dénigrement, laquelle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond eu égard à l'ensemble des indices relevés, se fondant non pas sur un seul élément mais sur un faisceau d'indices complet.

On relèvera en outre que les arrêts relevés dans l'assignation concernant le dépassement de la libre critique concernent, en réalité, des sociétés ayant établi des liens contractuels entre elles, supposant, pour elles, une appréciation plus stricte de la libre critique, non applicable en l'espèce.

Également, contrairement à ce qui est indiqué dans l'assignation, le fait de taguer FACIL'ITI sur Twitter ne permet nullement de faire « remonter un fil d'actualité », ni même d'assurer un quelconque retentissement médiatique, la seule mention d'un compte étant, de loin, insuffisante pour y procéder.

On comprend néanmoins que la mention dans l'assignation d'une prétendue « portée médiatique » qui n'existe en réalité que dans l'esprit du demandeur et en réalité seulement depuis l'action judiciaire intentée, n'est destinée qu'à demander une réparation artificielle. En effet, s'il est sollicité une condamnation sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, aucun lien de causalité n'est établi entre la prétendue faute et un dommage dont l'étendue n'est pas démontrée.

Pourtant, aux termes des articles 6 et 9 du Code de procédure civile, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions et il leur incombe de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires à leur succès. En effet, l'action visant à faire reconnaître le dénigrement par la voie

⁹ Cass. Com., 15 janv. 2002 : Bull. Civ. IV, N° 9

judiciaire suppose l'établissement, par celui qui se prétend victime, d'une faute délictuelle et d'un préjudice qui en découle. Or, on ne peut que constater l'absence de preuve, tant de l'étendue du préjudice, que du lien de causalité entre la faute et ce préjudice.

Enfin, il importe de souligner que les sujets liés à l'accessibilité et au handicap sont des sujets dont la portée et l'utilité publique permettent de se rapporter à la notion de sujet d'intérêt général. Or, la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 9 janvier 2019¹⁰ a indiqué que même en l'absence d'une situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées, la divulgation, par l'une, d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par l'autre constitue un acte de dénigrement, à moins que l'information en cause ne se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, et sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure.

En l'espèce, on rappellera le rôle et les missions de la société KOENA qui est :

- Spécialisée dans l'accessibilité numérique ;
- Chargée d'effectuer des audits RGAA/WCAG
- Amenée à effectuer des déclarations d'accessibilité au regard des textes français et internationaux s'agissant de l'accessibilité numérique.

La qualité de spécialiste dans l'accessibilité numérique de la société KOENA comme les missions qui lui sont dévolues ainsi que les éléments produits aux débats permettent de s'assurer, d'une part, du fait que le sujet en cause relève bien d'un sujet d'intérêt général et, d'autre part, que les affirmations reposent bien sur une base factuelle suffisante.

Pour le dire plus simplement, il est tout de même malheureux qu'on ne puisse pas discuter des modalités d'accès à Internet des personnes handicapées sans encourir des poursuites de la part de FACIL'ITI.

Aussi, le dénigrement ne saurait être retenu.

En réalité, l'action de FACIL'ITI a pour seul objectif de couvrir ses propres pratiques commerciales déloyales.

C. À titre reconventionnel : sur la caractérisation des pratiques commerciales déloyales commises par FACIL'ITI au préjudice de KOENA

Il ressort en effet des pièces versées par la demanderesse ainsi que de celles qu'elle a pris soin d'écartier que FACIL'ITI se livre elle-même à des actes de concurrence déloyale au préjudice de ses concurrents,

¹⁰ Cass. Com., 9 janv. 2019, n°17-18.350

y compris KOENA, au travers de pratiques commerciales trompeuses au sens des articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation.

1. Sur le comportement fautif de FACIL'ITI

a) En droit

Il est de jurisprudence constante que le fait de se livrer à des pratiques commerciales interdites par le Code de la consommation est constitutif d'actes de concurrence déloyale au sens de l'article 1240 du Code civil¹¹.

À cet égard, l'article L. 121-1 du Code de la consommation dispose notamment :

« Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ».

Et l'article L. 121-2 du même Code répute trompeuse la pratique commerciale qui repose sur des indications de nature à induire en erreur, notamment quant aux caractéristiques essentielles du bien ou du service proposé.

Or, l'accessibilité numérique obéit à une définition très précise dégagée par la pratique, suivie en cela par les divers pouvoirs régulateurs (Commission européenne, législateur français, administration française, etc.).

Ainsi, au niveau international, une convention des Nations unies a été signée le 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées. À ce sujet, la directive N° 2016/2102 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 relative à l'accessibilité des sites Internet et des applications mobiles des organismes du secteur public rappelle que :

« En ratifiant et en concluant la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées adoptée le 13 décembre 2006 (ci-après dénommée « convention des Nations unies »), respectivement, la majorité des États membres et l'Union se sont engagés à prendre des mesures appropriées pour assurer aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, l'accès notamment aux systèmes et aux technologies de l'information et de la communication, pour élaborer et promulguer des normes minimales et des lignes directrices relatives à l'accessibilité des installations et services ouverts ou fournis au public et contrôler

¹¹ Cass. Com. 14 juin 2000, Bull. Civ. IV, N° 126 ; v. égal. Cass. Com. 12 févr. 2020, N° 17-31.614

l'application de ces normes et lignes directrices, et pour promouvoir l'accès des personnes handicapées aux nouveaux systèmes et technologies de l'information et de la communication, y compris l'internet; ils se sont aussi engagés à s'abstenir de tout acte et de toute pratique incompatible avec cette convention et veiller à ce que les autorités et institutions publiques agissent conformément à celle-ci. La convention des Nations unies prévoit, en outre, que la conception de produits, de l'environnement, de programmes et de services devrait permettre leur utilisation par tous, dans toute la mesure possible, sans nécessiter ni adaptation ni conception spéciale. Une telle «conception universelle» ne devrait pas exclure les dispositifs d'assistance pour des catégories particulières de personnes handicapées, là où ils sont nécessaires. Selon la convention des Nations unies, on entend par personnes handicapées des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles

durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres » (soulignements ajoutés).

La France a entendu largement cette exigence de mise en accessibilité puisque, en vertu des articles 47 de la loi N° 2005-102 du 11 février 2005 et de l'article 2 du décret N° 2019-768 du 24 juillet 2019, elle impose à toute personne publique ainsi qu'aux personnes privées dont le chiffre d'affaires annuel excède 250 millions d'euros de fournir au public un service de communication en ligne répondant à des critères d'accessibilité.

Mais surtout, l'article 5 du décret du 24 juillet 2019 relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées des services de communication au public en ligne dispose notamment :

« Un référentiel d'accessibilité, arrêté conjointement par le ministre chargé des personnes handicapées et le ministre chargé du numérique, fixe les modalités techniques de mise en œuvre de l'accessibilité aux personnes handicapées des services de communication au public en ligne ».

Ce référentiel d'accessibilité, dit « RG2A » ou « RGAA », a été fixé par arrêté du 20 septembre 2019 portant référentiel général d'amélioration de l'accessibilité RGAA¹². Ainsi, l'accessibilité d'un site Internet obéit à 106 critères listés dans le RG2A, lesquels permettent de rendre un site accessible aux personnes ayant des handicaps divers (sensoriels, moteurs ou mentaux).

Ces critères ont été dégagés à partir de la définition posée par la Web Accessibility Interface (WAI) qui a édicté les Web Content Accessibility Guidelines (WCAG).

Ainsi est définie l'accessibilité numérique par la pratique :

« L'accessibilité du Web signifie que les sites Web, les outils et les technologies sont conçus et développés pour que les personnes handicapées puissent les utiliser. Plus précisément, les gens peuvent : percevoir, comprendre, naviguer et interagir avec le Web, contribuer au Web.

La 2ème définition de l'accessibilité web découle de la première et c'est elle qui fait loi en France et qui régit sa mise en œuvre. Vous la trouverez sur la page du RGAA (Référentiel Général d'Amélioration de l'Accessibilité) :

¹² JORF n°0220 du 21 septembre 2019 - Texte n°17

L'accessibilité numérique consiste à rendre les services de communication au public en ligne accessibles aux personnes handicapées ».

**(Pièce N° 111 :
Attestation de Pierre REYNAUD)**

Dès lors, à supposer même que le RG2A ne soit qu'une liste de bonnes pratiques à suivre, il n'en demeure pas moins qu'on ne peut prétendre rendre un service de communication au public en ligne accessible aux personnes en situation de handicap sans, à tout le moins, s'y référer. Autrement dit, il est faux, et même trompeur, de prétendre qu'on peut s'affranchir du RG2A en vue de rendre un site Internet accessible.

D'ailleurs, cette exigence est si bien comprise par le législateur et le pouvoir réglementaire que l'article 47, IV, de la loi du 11 février 2005, suivi en cela par l'article 6 du décret du 24 juillet 2019 susmentionné, impose aux personnes publiques et aux entités ayant réalisé un chiffre d'affaires annuel de 250 millions d'euros, de faire figurer une mention d'accessibilité sur leur page d'accueil, rédigée au regard du RG2A.

Il se déduit de ces développements que le fait, pour tout éditeur d'une solution de communication au public en ligne, de prétendre que celle-ci est accessible sans pour autant qu'elle n'ait été établie en conformité avec la majorité des critères posés dans le RG2A, est constitutif de pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs au sens des articles L. 121-1 du Code de la consommation et, partant, d'actes de concurrence déloyale vis-à-vis des concurrents au sens de l'article 1240 du Code civil.

b) En l'espèce

En l'espèce, FACIL'ITI se présente comme une « *solution d'accessibilité numérique* », ainsi qu'il ressort de la page d'accueil de son site Internet que, ô surprise, elle ne verse pas au soutien de ses écritures alors qu'il s'agit précisément de la page d'accroche du client potentiel.

(Cf. Pièce N° 1)

D'ores et déjà, la déloyauté consistant à prétendre fournir une solution d'accessibilité numérique sans même évoquer le RG2A ne peut que surprendre. Sans doute faut-il y voir l'explication de l'omission de la demanderesse de verser cette page d'accueil aux débats.

De fait, la solution, dite « innovante », proposée par FACIL'ITI ne constitue pas une application du RG2A, selon les attestations versées aux débats. Ainsi, Fernando d da SILVA, reconnu pour son expertise auprès du Conseil national consultatif des personnes handicapées, écrit notamment :

« D'un point de vue strictement légal ces solutions dites « innovantes » ne permettent pas d'atteindre le niveau exigé en Europe : si on garde à l'esprit que 106 critères doivent être respectés, une dizaine d'entre eux peuvent, tout au plus, être adressés par ce type d'outils. On est donc loin de l'universalité prônée par le W3C et exigée par la directive européenne UE 2016/2102.

Déployer ce type d'outils ne rend donc pas un site internet accessible et n'exonère en rien l'éditeur de faire le nécessaire pour que ce site soit Perceptible, Utilisable, Compréhensible et

Robuste (ce qui souvent n'est d'ailleurs pas toujours compris des donneurs d'ordre qui estiment avoir rendu leurs services accessibles en ayant fait appel à ce type de solutions innovantes et pensent, à tort, être en règle au regard des exigences en matière d'accessibilité numérique) ».

(Pièce N° 12 :

Attestation de Fernando PINTO DA SILVA)

Stéphane DESCHAMPS, Référent Accessibilité numérique chez ORANGE, rappelle encore que la facilitation proposée par des solutions telles que FACIL'ITI ne constitue pas pour autant une accessibilité au sens de la loi. Là où la facilitation peut apporter un plus grand confort à certains utilisateurs, l'accessibilité doit permettre à tous de naviguer sur un site Internet.

Il n'est ainsi pas possible de proposer une solution « clé en main » pour la mise en accessibilité d'un site Internet.

(Pièce N° 13 :

Attestation de Stéphane DESCHAMPS)

En tous cas, la présentation de sa solution par FACIL'ITI comme une solution d'accessibilité semble avoir fait l'unanimité contre elle des autorités doctrinales en la matière, tant en France qu'à l'étranger. C'est ainsi que Vincent ANIORT, membre de l'Association des paralysés de France (APF) que FACIL'ITI cite comme l'un de ses partenaires, vise directement, non pas la solution en elle-même qui est susceptible d'apporter un certain confort à certains utilisateurs, mais bien le discours commercial qui l'entoure :

« (...) Ce que je reproche et que je pointe du doigt au sujet de la société Facil'iti, est son discours commercial fallacieux voire résolument trompeur. En effet, elle sous-entend que sa solution permettrait de rendre accessible les sites Web qui en sont équipés. Cela est parfaitement faux, le seul et unique moyen de rendre accessible à tous un site Web est de se conformer au WCAG 2.1 AA, comme le prévoit la loi et non en rajoutant une surcouche logicielle sur un site non accessible. Ce discours trompeur fait mouche sur les décideurs peu au fait des normes d'accessibilité et qui sont séduits par une solution clé en main, prête à l'emploi où il suffit de payer pour que tout devienne, comme par magie, accessible ». (Soulignements ajoutés)

(Pièce N° 14 :

Attestation de Vincent ANIORT)

Dès lors, en se présentant comme une solution d'accessibilité numérique, FACIL'ITI laisse croire à la clientèle, à savoir les développeurs et éditeurs de solutions de communication au public en ligne telles que des sites Internet, qu'ils peuvent rendre leurs solutions accessibles sans déployer de grands efforts. Ce faisant, FACIL'ITI peut ainsi détourner la clientèle de KOENA qui, au lieu de consacrer un budget parfois conséquent à une mise en accessibilité, préférera recourir à une solution, en apparence plus simple et en tous cas moins onéreuse, croyant arriver au même résultat.

Afin de renforcer cette impression, FACIL'ITI affirme que la solution qu'elle propose est beaucoup plus simple, puisque ne nécessitant qu'une très faible intervention sur le code du site Internet visé par son éditeur, à la différence de la mise en place des 106 critères prévus par le référentiel général d'amélioration de l'accessibilité. Rappelons ainsi qu'elle prétend que sa solution ne prendrait que cinq minutes pour être installée.

Ce message, à nouveau trompeur, attire d'autant plus la clientèle vers FACIL'ITI.

Il résulte de ce qui précède que FACIL'ITI, en présentant sa solution de confort comme une solution d'accessibilité innovante, a commis des actes de concurrence déloyale au préjudice de KOENA.

2. Le préjudice résultant des actes de concurrence déloyale

Il est de jurisprudence constante que tout acte de concurrence déloyale cause nécessairement un préjudice à sa victime.

Ce préjudice est évalué, désormais, au regard de l'avantage qu'en a tiré l'auteur¹³. À défaut, il est possible de recourir à la technique, plus classique, de l'évaluation de la perte subie et du gain manqué pour la victime.

En l'espèce, il est indéniable que les actes de concurrence déloyale commis par FACIL'ITI au préjudice de KOENA ont causé un préjudice à cette dernière, en ce qu'ils ont permis à FACIL'ITI de capter une clientèle. Nonobstant les efforts, certainement méritoires, que FACIL'ITI a déployés, ceux-ci ne l'autorisent pas à capter une clientèle en se présentant comme une solution d'accessibilité numérique.

Il convient de réparer ce préjudice :

- D'une part, par l'allocation de dommages-intérêts à KOENA ;
- D'autre part, au travers d'une injonction faite à FACIL'ITI de cesser ses pratiques et de publier le jugement à intervenir sur son site Internet.

a) Sur les dommages-intérêts

Afin d'évaluer les dommages-intérêts, le juge peut recourir à une expertise¹⁴, laquelle portera, en l'espèce, sur les montants du chiffre d'affaires réalisé par FACIL'ITI au travers de ses pratiques, ainsi que sur la perte de chance en résultant pour KOENA d'attirer la clientèle ainsi captée par FACIL'ITI.

À cette fin, l'expert pourra prendre en compte, outre les comptes publiés des parties, le trafic généré sur le site Internet de chacune.

b) Sur les mesures de publication

Enfin, il est très largement admis que la concurrence déloyale peut être réparée, en sus des dommages intérêts, par une injonction du Tribunal faite à l'auteur des actes, non seulement de cesser les pratiques incriminées, mais encore de publier le jugement sur son site Internet pendant une période donnée.

En l'espèce, il importe que FACIL'ITI ne puisse plus être considérée comme une solution d'accessibilité par le public. À cette fin, le Tribunal ordonnera à FACIL'ITI de publier le jugement à intervenir sur la page d'accueil de son site Internet pendant deux mois à compter de la signification dudit jugement.

¹³ Cass. Com. 12 févr. 2020, préc.

¹⁴ Cass. Com. 3 nov. 2004, N° 01-17.096

En outre, le Tribunal enjoindra à FACIL'ITI de cesser toute référence à l'accessibilité dans le cadre de la commercialisation de sa solution, sous astreinte de 1 000 € par jour et par infraction constatée à compter de la signification du jugement à intervenir.

D. Sur les dépens et les frais irrépétibles

Enfin, dans la mesure où KOENA a dû exposer d'importantes dépenses pour se défendre dans le cadre de cette procédure, le Tribunal condamnera FACIL'ITI au paiement de la somme de 5 000 € en application de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

PAR CES MOTIFS :

Il est demandé au Tribunal de commerce de Paris

In limine litis

Vu les articles 112 et suivants du Code de procédure civile, ensemble les articles 45 et 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

- ANNULER l'assignation délivrée à KOENA à la requête de FACIL'ITI
- À titre subsidiaire, E DECLARER incompétent

À titre plus subsidiaire, sur le fond :

Vu l'article 1240 du Code civil, ensemble les articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation

- DEBOUTER FACIL'ITI de l'ensemble de ses prétentions
- DIRE que FACIL'ITI a commis des actes de concurrence déloyale au préjudice de KOENA, au travers de pratiques commerciales trompeuses ;
- Avant dire droit, ORDONNER une expertise comptable afin d'évaluer le préjudice subi par KOENA au regard de l'avantage concurrentiel indûment tiré par FACIL'ITI au travers de ces actes ;
- ORDONNER la publication du jugement à intervenir sur la page d'accueil du site Internet de FACIL'ITI pendant une durée de deux mois à compter de sa signification ;
- ENJOINDRE à FACIL'ITI de cesser toute référence à l'accessibilité dans ses messages commerciaux à compter de la signification du jugement à intervenir, sous astreinte de 1 000 € par jour de retard et par infraction constatée ;

En tout état de cause :

- CONDAMNER FACIL'ITI à verser à KOENA la somme de 5 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile

- CONDAMNER FACIL'ITI aux entiers dépens de l'instance.

SOUS TOUTES RESERVES

Fait à Paris, le 12 novembre 2021

Matthieu JUGLAR
Avocat au Barreau de Paris

Liste des pièces communiquées

- Pièce N° 1 : Page d'accueil du site de FACIL'ITI
- Pièce N° 2 : Page d'accessibilité de FACIL'ITI
- Pièce N° 3 : Vidéo de présentation de FACIL'ITI sur YouTube
- Pièce N° 4 : Article sur handirect.fr
- Pièce N° 5 : Article sur Les Echos
- Pièce N° 6 : Commentaire critique de la solution de FACIL'ITI
- Pièce N° 7 : Page d'accueil de KOENA
- Pièce N° 8 : Attestation de C. B.
- Pièce N° 9 : Déclaration d'accessibilité de La Redoute
- Pièce N° 10 : Attestation de Christian VOLLE
- Pièce N° 11 : Attestation de Pierre REYNAUD
- Pièce N° 12 : Attestation de Fernando PINTO DA SILVA
- Pièce N° 13 : Attestation de Stéphane DESCHAMPS
- Pièce N° 14 : Attestation de Vincent ANIORT
- Pièce N° 15 : Extrait K bis à jour de KOENA