

COUR DE CASSATION

Audience publique du **13 juillet 2010**

Cassation partielle

Mme FAVRE, président

Arrêt n° 861 FS-P+B

Pourvoi n° X 08-13.944

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

1° la société Google France, société à responsabilité limitée,
dont le siège est 38 avenue de l'Opéra, 75002 Paris,

2° la société Google Inc, société de droit américain, dont le siège
est 1600 Amphithéâtre Parkway Mountain View, CA 94043 (Etats-Unis),

3° la société Google Ireland Ltd, société de droit irlandais, dont
le siège est Gordon House, Barrow street, Dublin 4 (Irlande),

contre l'arrêt rendu le 1er février 2008 par la cour d'appel de Paris (4e chambre
civile, section B), dans le litige les opposant :

1° au Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils
d'équipement ménager (GIFAM), dont le siège est 39 avenue d'Iéna, 75783
Paris cedex 16,

2^o/ à la société Fagor Ireland Ltd, venant aux droits de Fagor Brandt Ltd, société de droit irlandais, dont le siège est Block 1 Harcourt Enter, Harcourt street, Dublin (Irlande),

3^o/ à la société De Dietrich, société par actions simplifiée, venant aux droits de la société de Dietrich Process systems, dont le siège est Château de Reichshoffen, 67110 Niederbronn les Bains,

4^o/ à la société De Dietrich Thermique, dont le siège est 57 rue de la Gare, 67580 Mertzwiller,

5^o/ à la société Electrolux Home Products France, société par actions simplifiée, dont le siège est 43 avenue Félix Louat, 60300 Senlis,

6^o/ à la société AB Electrolux, dont le siège est ST Göransgatan 143, Stockholm (Suède),

7^o/ à la société Electrolux Lda, société en nom collectif, dont le siège est 43 avenue Félix Louat, 60300 Senlis,

8^o/ à la société Hoover Italiana SPA, société de droit italien, dont le siège est 6 Via Cermuschi Monza, Milano (Italie),

9^o/ à la SRL Candy Elettrodomestici, société de droit italien, dont le siège est 16 via Comolli I-20, Brugherio (Italie),

10^o/ à la société Calor, société anonyme, dont le siège est place Ambroise Courtois, 69356 Lyon cedex 08,

11^o/ à la société Kenwood Marks Ltd, société de droit anglais, dont le siège est New Lane Havant, P 09 2, Hampshire (Royaume-Uni),

12^o/ à la société SEB, société par actions simplifiée, dont le siège est 21260 Selongey,

13^o/ à la société SEB, société anonyme, dont le siège est 4 chemin du Petit Bois, 69130 Ecully,

14^o/ à la société Robert Krups Gmbh & co, dont le siège est Postfach 19 04 60, 5650 Solingen 19 (Allemagne),

15^o/ à la société SMEG SPA, dont le siège est 36 Via Circonvallazione Nord, 42016 Guastalla, Reggio Emilia (Italie),

16° à la société Rowenta-Werke Gmbh, dont le siège est 232-256 Waldstrasse D-63071, Offenbach (Allemagne),

17° à la société Miele & cie Gmbh & co, dont le siège est Carl Miele 29 Strasse D-333, Guetersloh (Allemagne),

18° à la société Fagor Electrodomesticos S Coop, venant aux droits de Fagors Coop, dont le siège est Barrio San Andres S/N -E205-, Mondragon, Guipuzcoa (Espagne),

19° à la société M & B Marchi E Brevetti SRL, dont le siège est 45 Via Aristide Merloni, Fabriano Ancona 1-600 (Italie),

20° à la société Indesit company SPA, dont le siège est 47 Via Aristide Merloni, Fabriano Ancona 1-600 (Italie),

21° à la société Whirlpool France, société anonyme, dont le siège est 2 rue Benoît Malon, 92156 Suresnes cedex,

22° à la société Whirlpool Properties Inc, société de droit américain, dont le siège est 400 Riverview Drive, 4th Floor, Benton Harber, 49022 Michigan (Etats-Unis),

23° à la société Atlantic société française de développement thermique, société anonyme, dont le siège est 44 boulevard des Etats-Unis, 85000 la Roche-sur-Yon,

24° à la société Babyliss, société anonyme, dont le siège est 99 avenue Aristide Briand, 92120 Montrouge,

25° à la société Divelit Holding, société anonyme de droit suisse, dont le siège est 1618 Chatel Saint-Denis 57340 (Suisse),

26° à la société Magimix, société anonyme, dont le siège est 5 rue Félix Faure, 94300 Vincennes,

27° à la société Saeco SRL, société de droit italien, dont le siège est 7 Via Tamago, 124 Milan (Italie),

28° à la société Liebherr international AG, dont le siège est 19 rue de l'Industrie CH-16, Bulle (Suisse),

29° à la société De'Longhi SPA, société de droit italien, dont le siège est Via Lodovico Seitz 47 I-31100, Treviso (Italie),

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 29 juin 2010, où étaient présents : Mme Favre, président, M. Sémériva, conseiller référendaire rapporteur, Mme Tric, conseiller doyen, MM. Petit, Jenny, Mmes Pezard, Bregeon, M. Le Dauphin, Mme Mandel, conseillers, Mmes Beaudonnet, Farthouat-Danon, Michel-Amsellem, M. Pietton, Mmes Maitrepierre, Tréard, conseillers référendaires, Mme Batut, avocat général, Mme Molle-de Hédouville, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Sémériva, conseiller référendaire, les observations de Me Spinosi, avocat des sociétés Google France, Google Inc et Google Ireland Ltd, de la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat du GIFAM, des sociétés Fagor Ireland Ltd, venant aux droits de Fagor Brantd Ltd, De Dietrich, De Dietrich Thermique, Electrolux Home Products France, AB Electrolux, Electrolux Lda, Hoover Italiana Spa, SRL Candy Elettrodomestici, Calor, Kenwood Marks Ltd, SAS SEB, SA SEB, Robert Krups Gmbh & co, SMEG SPA, Rowenta-Werke Gmbh, Miele & cie Gmbh & co, Fagor Electrodomesticos S. Coop, venant aux droits de Fagors Coop, M & B Marchi E Brevetti SRL, Indesit company SPA, Whirlpool France, Whirlpool Properties Inc, Atlantic, Babylliss, Divelit Holding, Magimix, Saeco SRL, Liebherr international AG, et De'Longhi SPA, les conclusions de Mme Batut, avocat général, à la suite desquelles le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménagers (le GIFAM), syndicat professionnel ayant vocation à représenter les intérêts des fabricants d'appareils de cette nature, et certains de ses adhérents ont fait constater par l'Agence de protection des programmes que des requêtes sur le moteur de recherche Google à partir des mots composant des marques dont ces adhérents sont titulaires, déclenchaient, en marge des résultats naturels de ces recherches sur internet, l'affichage de liens commerciaux résultant de l'activité du service Adwords offert aux annonceurs et proposant à l'internaute la connexion à des sites internet pouvant être, selon le cas, des sites de revendeurs de produits électroménagers, des éditeurs de sites d'enchères, des éditeurs de sites de comparaison de prix et des éditeurs de sites sans lien avec l'électroménager ; qu'ils ont assigné les sociétés Google France, Google inc.

et Google Ireland (les sociétés Google) en contrefaçon de marques et publicité trompeuse et mensongère ; que ces sociétés ont reconventionnellement agi sur le fondement de la prohibition des ententes susceptibles de fausser la concurrence ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 713-2 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle ;

Attendu que pour dire qu'en proposant aux annonceurs, dans le cadre de son service Adwords, l'usage à titre de mots clés de signes déposés en tant que marques appartenant aux sociétés demanderesses, adhérentes du syndicat professionnel GIFAM, les sociétés Google ont commis des actes de contrefaçon de ces marques, l'arrêt retient que dans cette opération, ce sont bien les sociétés Google qui font apparaître ces marques sur l'écran de l'internaute en association avec les produits ou services faisant l'objet de l'interrogation et que cet usage des signes déposés à titre de marques est dès lors un usage à titre de marque, c'est à dire dans la fonction d'individualisation de produits ou services ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit (23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08) 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, ne fait pas un usage de ce signe au sens de l'article 5, paragraphes 1 et 2, de la directive 89/104 ou de l'article 9, paragraphe 1, du règlement n° 40/94, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa troisième branche :

Vu l'article L. 121-1 du code de la consommation ;

Attendu que pour dire que les sociétés Google ont commis des actes de publicité mensongère, l'arrêt retient une faute résultant du fonctionnement même du système Adwords, du fait de l'absence d'examen préalable de la licéité de l'usage des mots-clefs par les annonceurs ; qu'il relève en outre que la présentation des annonces publicitaires regroupées sous l'intitulé "liens commerciaux" qui, malgré sa généralité, peut laisser croire aux internautes que les sites internet affichés entretiennent des rapports commerciaux avec la ou les sociétés mises en regard des dits liens, de sorte qu'il peut créer par lui-même une confusion malgré les différences de situation et de présentation des annonces, par rapport aux résultats naturels fournis par le moteur de recherche ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser en quoi la prestation de la société Google constituait une publicité relevant de l'application du texte susvisé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le troisième moyen, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article L. 420-1 du code de commerce, ensemble l'article 81 du Traité CE, devenu l'article 101 TFUE ;

Attendu que pour rejeter la demande reconventionnelle des sociétés Google l'arrêt retient que les demandeurs n'ont nullement agi de façon concertée pour freiner tout développement du commerce électronique des équipements ménagers, mais qu'ils ont agi conformément à l'objet spécifique et à la fonction essentielle des droits attachés aux marques et que les termes de leur mise en demeure ne sauraient caractériser ni une action concertée destinée à restreindre ou à fausser la concurrence, ni l'exploitation abusive d'une position dominante ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'action du GIFAM et de ses membres, qui représentent selon ses constatations plus de 80 % du marché de l'électroménager, n'avait pas pour effet, même éventuel, d'entraver le jeu normal de la concurrence sur le marché du commerce électronique des équipements électroménagers en forçant les sociétés Google à prendre une mesure de blocage total privant les revendeurs en ligne d'un moyen de promouvoir leurs offres commerciales auprès des internautes, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a dit que les sociétés Google France, Google Inc et Google Ireland avaient, en proposant aux annonceurs l'usage comme mots-clés des signes déposés en tant que marques, commis des acte de contrefaçon, en ce qu'il a prononcé condamnation pour publicité mensongère, en ce qu'il a ordonné des mesures de réparation, de publication et d'interdiction et en ce qu'il a rejeté la demande reconventionnelle des sociétés Google France, Google Inc et Google Ireland, l'arrêt rendu le 1er février 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne le Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménagers ainsi que la société Fagor et les vingt-sept autres sociétés défenderesses au pourvoi aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer aux sociétés Google France, Google Inc. et Google Ireland Ltd la somme globale de 2 500 euros et rejette leur demande ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du treize juillet deux mille dix.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Spinosi, avocat de la société Google France, de la société Google Inc, de la société Google Ireland Ltd

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, qui a dit que l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 n'est pas applicable et que les sociétés GOOGLE, en proposant aux annonceurs l'usage comme mots-clés des signes suivants déposés comme marques (INDESIT, SMEG, ARTHUR MARTIN, MIELE, ELECTROLUX, ROSIERES WHIRPOOL, ROWENTA, TORNADO, HOOVER, BRANDT, MOULINEX, LIEBHER, SAUTER, DE DIETRICH, ARISTON, MAGIMIX, SEB, KENWOOD, KRUPS, FAURE, CANDY, LADEN, FAGOR, VEDETTE), ont commis des actes de contrefaçon, de leur avoir interdit en conséquence la poursuite de ces actes sous astreinte de 500 euros par infraction constatée passé un délai de quinze jours à compter de la signification de l'arrêt et de les avoir condamnées in solidum à verser à chacune des sociétés titulaires des marques contrefaites et présentes dans la cause la somme de 10.000 euros en réparation de leur préjudice, outre la somme globale de 1.000 euros à verser au GIFAM à titre de dommages et intérêts ;

Aux motifs que, « il sera rappelé que les sociétés GOOGLE proposent aux annonceurs, parallèlement à l'activité de référencement gratuit, un référencement payant dénommé Adwords leur permettant de faire afficher sur les pages de résultats du moteur de recherche Google des liens hypertextes qu'elles dénomment « liens commerciaux » et destinés à promouvoir les sites qu'ils exploitent ; que l'affichage intervient lorsque le ou les mots-clés que l'annonceur a préalablement sélectionnés, en utilisant notamment le « générateur de mots-clés » que les sociétés GOOGLE lui proposent, est saisi par l'utilisateur du moteur de recherche et que cet utilisateur décide de cliquer sur ce lien commercial ; qu'il est constant que le contenu des annonces apparaissant sur l'écran de l'utilisateur lorsqu'il a cliqué sur ces liens est laissé à la discrétion des annonceurs ; qu'au cours de la procédure de souscription au système Adwords, l'annonceur est accompagné par diverses recommandations destinées à faciliter la consultation de son annonce ; qu'il est ainsi invité à choisir des mots-clés, par lui-même ou avec l'aide d'un générateur de mots-clés, lequel est un programme réalisé par les sociétés GOOGLE, qui lui proposera une liste de mots-clés pertinents par rapport au texte de l'annonce et aux produits et services dont l'annonceur veut faire la promotion ; que, dans les pages écran annexées au constat de l'agence de protection des programmes des 18 et 19 avril 2005, figurent ainsi en réponse à une interrogation du générateur de mots-clés portant sur un équipement ménager (aspirateur, fer à repasser, etc.) les signes : Calor, Babyliiss, Sauter, Rosières, Arthur Martin, de Dietrich, parmi d'autres termes tirés du langage

courant et le plus souvent associés à l'usage de ces équipements ; qu'il est acquis aux débats que ces signes correspondent à des marques dont sont titulaires les membres du GIFAM et qu'ils ont été enregistrés pour désigner de tels équipements ménagers ; que les sociétés GOOGLE font valoir en substance que le générateur de mots-clés est d'un usage facultatif pour l'annonceur et ne lui fournit qu'une liste des requêtes les plus fréquentes réellement effectuées par les internautes sur le moteur de recherche, liste générée automatiquement de sorte qu'elle est établie sur des critères purement statistiques, comme le précise le texte de présentation de cet outil ; qu'elles soutiennent qu'en tout cas la présence fortuite dans la liste fournie par le générateur de mots-clés de signes constituant des marques ne correspond pas à un usage en tant que marque, pour désigner des produits ou services, d'autant qu'elles ne peuvent connaître la nature des activités des personnes qui consultent le générateur de mots-clés ; que, cependant, dans le service Adwords, GOOGLE intervient en tant que prestataire publicitaire ; que la rémunération de GOOGLE est fonction notamment de la fréquence de consultation du site de l'annonceur ; que sa prestation s'inscrit ainsi incontestablement dans la vie des affaires ; que lorsque l'annonceur sollicite le générateur de mots-clés, il s'interroge sur le ou les mots-clés les plus pertinents pour faciliter la consultation de son site et ce en fonction de l'activité qu'il y développe ou du moins qu'il veut y développer ; qu'il interroge donc le service GOOGLE par rapport à un produit ou à un ensemble de produits désignés ; que le générateur de mots-clés va répondre à son interrogation en lui fournissant les requêtes les plus fréquentes des internautes et les signes les plus fréquemment saisis, parmi lesquels se trouvent, à propos des équipements ménagers, de nombreuses marques dont celles des membres du GIFAM ; que, dans cette opération, c'est bien GOOGLE qui fait apparaître ces marques à l'écran de l'internaute en association avec les produits ou services objets de l'interrogation ; que l'usage de ces signes déposés à titre de marques est bien dès lors un usage à titre de marque, c'est-à-dire dans la fonction d'individualisation de produits ou services ; qu'il est indifférent de soutenir que ce service de suggestion de mots-clés fonctionnerait de façon purement statistique et à la seule demande des annonceurs dès lors que c'est GOOGLE qui l'a mis en oeuvre, qui en contrôle le fonctionnement et qui en propose l'usage aux annonceurs ; qu'il est également indifférent que figurent dans les pages du système Adwords des mises en garde à l'adresse des annonceurs car le fait ici incriminé n'est pas le choix par les annonceurs d'un signe déposé à titre de marque mais le choix de GOOGLE de reproduire, en réponse à une sollicitation d'un annonceur, un ou des signes déposés à titre de marque, ce qui constitue une captation du pouvoir attractif de ceux-ci dans le champ des produits pour la désignation desquels ils ont été enregistrés ; qu'il suit que l'usage des marques du GIFAM que GOOGLE réalise dans la vie des affaires avec son générateur de mots-clés constitue la contrefaçon de ces dernières au sens de l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle, GOOGLE ne

contestant pas que les signes déposés à titre de marques apparaissent tels quels dans les listes fournies par le générateur de mots-clés » ;

1/ Alors que d'une part, dans le cadre d'un service de référencement payant, le fait d'afficher des marques, par suite d'une interrogation du générateur de mots-clés à partir de termes qui sont la désignation de produits pour lesquels ces marques sont déposées, au sein d'une liste des requêtes, en lien avec ces termes, les plus fréquemment saisies par les internautes , ne constitue pas un usage de ces marques que leurs titulaires seraient habilités à interdire ; qu'en retenant en l'espèce que l'usage des marques que GOOGLE réalise avec son générateur de mots-clés caractérise un acte de contrefaçon, lorsque le prestataire de service de référencement ne fait pas lui-même usage des marques pour distinguer des produits ou services, la Cour d'appel a violé les articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, tels qu'ils doivent être appliqués et interprétés à la lumière de l'article 5 de la directive n° 89-104 du Conseil des Communautés européennes du 21 décembre 1988 ;

2/ Alors qu'au surplus, la légitimité du choix par l'annonceur de mots clés correspondant à des marques déposées, parmi les requêtes les plus fréquemment saisies par les internautes, énumérées par le générateur de mots-clés, pour en faire un usage licite, interdit en toute hypothèse d'imputer au prestataire du service de référencement un usage contrefaisant des marques en cause ; qu'ayant constaté, en l'espèce, qu'il n'était pas justifié d'un usage contrefaisant des marques par les éditeurs de services de comparaison de prix, de recherche d'enchères ou par les revendeurs de produits authentiques, ayant eu recours au service de référencement par liens commerciaux de GOOGLE, la Cour d'Appel ne pouvait retenir néanmoins que l'usage de ces marques que GOOGLE réalise avec son générateur de mots-clés caractérise un acte de contrefaçon, sans omettre de tirer les conséquences légales de ses propres constatations en violation des articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle, tels qu'ils doivent être appliqués et interprétés à la lumière de l'article 5 de la directive n° 89-104 du Conseil des Communautés européennes du 21 décembre 1988.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que les sociétés GOOGLE ont commis des actes de publicité mensongère et de les avoir condamnées à verser à chacune des sociétés appelantes la somme de 1.500 euros en réparation de leur préjudice, outre la somme globale de 1.000 euros à verser au GIFAM à titre de dommages et intérêts ;

Aux motifs que, « c'est à bon droit que le GIFAM et ses membres incriminent la présentation des annonces publicitaires, regroupées sous l'intitulé « liens commerciaux », intitulé qui, nonobstant sa généralité, peut en effet laisser

croire aux internautes que les sites internet affichés entretiennent des rapports commerciaux avec la ou les sociétés mises en regard des dits liens ; que, partant, cet intitulé peut par lui-même créer une confusion malgré les différences de situation et de présentation des annonces (à droite de l'écran, dans un encart séparé, avec la mention d'une phrase promotionnelle...) ; que la responsabilité de GOOGLE est en conséquence engagée sur le fondement des articles L. 115-33 et L. 121-1 du Code de la consommation » ;

1/ Alors que d'une part, il ressort de l'article L. 121-1 du Code de la consommation qu'est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur lorsque celles-ci portent notamment sur la nature, l'origine, la composition et les qualités substantielle des biens et des services qui font l'objet de la publicité ; que le prestataire de service de référencement ne faisant pas de publicité, au moyen des annonces dont la présentation est présentement incriminée, en faveur de ses propres produits ou services, la Cour d'appel, en l'assimilant à l'annonceur qui est pourtant seul responsable de la forme prise par la publicité et qui en bénéficie directement, a violé le texte susvisé ;

2/ Alors de qu'autre part, en retenant que l'intitulé « liens commerciaux » pouvait avoir un caractère ambigu et prêter à confusion lorsque cette expression, conforme aux préconisations du Bureau de Vérification de la Publicité et seulement descriptive du caractère payant du lien opéré vers un site internet, ne peut être intrinsèquement trompeuse, la cour d'appel l'article L. 121-1 du Code de la Consommation ;

3/ Alors qu'au surplus qu'en se bornant à constater la seule présentation des annonces publicitaires, regroupées sous l'intitulé « liens commerciaux », pour caractériser le risque que des internautes croient que les sites internet affichés entretiennent des rapports commerciaux avec la ou les sociétés mises en regard de ces liens, sans jamais s'expliquer sur la réalité des relations commerciales existantes ni relever aucun autre élément objectif de nature à étayer ce risque de confusion, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation ;

4/ Alors qu'ensuite, il ressort de l'article L. 115-33 du Code de la consommation que les propriétaires de marques de commerce, de fabrique ou de services peuvent s'opposer à ce que des textes publicitaires concernant nommément leurs marques soient diffusés lorsque l'utilisation de ces marques vise à tromper le consommateur ou qu'elle est faite de mauvaise foi ; qu'en retenant la responsabilité des sociétés GOOGLE sur le fondement de cette disposition sans constater ni que les marques étaient nommément reproduites dans les annonces, ni que leur usage était fait en l'occurrence de mauvaise foi ou dans

le but de tromper le consommateur, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

5/ Alors qu'enfin en retenant la responsabilité des sociétés GOOGLE sur le fondement des articles L. 115-33 et L. 121-1 du Code de la consommation, pour publicité mensongère, et en les condamnant à verser à chacune des sociétés appelantes la somme de 1.500 euros en réparation des actes de publicité mensongère sans caractériser l'existence d'un préjudice en étant résulté, distinct de celui, par ailleurs indemnisé, procédant de la contrefaçon des marques, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés, ensemble de l'article 1382 du Code civil et du principe de la réparation intégrale.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté les sociétés GOOGLE de leur demande reconventionnelle sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles ;

Aux motifs propres que, « GOOGLE avance que l'attitude du GIFAM et de ses membres, qui le contraint à maintenir un système de blocage généralisé de tout usage des marques de ceux-ci, s'inscrit dans une politique concertée visant à restreindre l'activité de la filière « commerce électronique » dans le secteur de l'électroménager, activité qui contribue selon lui à maintenir une forte pression sur les prix auprès des fournisseurs ; que ce comportement serait d'autant plus anticoncurrentiel que certaines des sociétés appelantes ont développé elles-mêmes leurs propres sites de vente en ligne et se retrouveraient en concurrence directe avec ses annonceurs ; qu'il sollicite la condamnation du GIFAM et de ses membres dès lors qu'ils se seraient manifestement entendus pour exercer collectivement et de manière concertée, sous son égide, des pressions juridiques dont rendent compte tant les menaces adressées à GOOGLE avant le procès que l'engagement de la présente action devant le tribunal puis devant la cour ; qu'il soutient également que le GIFAM regroupe les dix principaux groupes d'appareils électroménagers en France représentant 80 % du marché de l'électroménager et que la réunion de ces sociétés et leur capacité à agir de concert dans la présente affaire à des fins anticoncurrentielles démontreraient l'existence de liens structurels et d'une coordination stratégique caractéristiques d'une position dominante dont elles ont abusé ; que, cependant, l'allégation d'une violation des articles 81 du Traité CE et L. 420-1 du Code de commerce est fondée sur les seuls éléments suivants : la mise en demeure adressée par le GIFAM à GOOGLE FRANCE et l'engagement de la présente action ; que la lettre adressée le 19 avril 2005 par le GIFAM à GOOGLE FRANCE a trait à la constatation que « des requêtes sur le moteur de recherche GOOGLE... déclenchaient l'affichage de liens commerciaux proposant des produits et services couverts par (les) marques (de

se membres) » ; que le GIFAM précise dans ce courrier qu'il a actionné le service de réservation des mots-clés et le générateur qui lui a alors proposé d'opter pour des marques telles que « Arthur Martin ou Siemens » ; qu'il en conclut que ces agissements sont constitutifs de contrefaçon de marques au sens des articles L. 713-2 et L. 713-3 du CPI avant de mettre en demeure la société GOOGLE FRANCE de supprimer de son système Adwords les marques de ses adhérents et de lui en justifier sous huitaine ; qu'il ajoute qu'il se réserve le droit de donner les suites judiciaires que ces actes appellent ; que, ce faisant, le GIFAM et ses membres ont légitimement fait valoir leurs droits sur leurs marques en dénonçant 1 atteinte qui leur était portée par le générateur de mots-clés ; que la qualification d'actes de contrefaçon qu'ils donnent dans ce courrier aux actes précités est d'ailleurs celle que la Cour retient ; qu'en mettant en demeure GOOGLE de cesser de porter atteinte à leurs droits, ils n'ont nullement agi de façon concertée pour freiner tout développement du commerce électronique des équipements ménagers, mais ont entendu agir pour que cesse dans le système Adwords l'usage contrefaisant de leurs signes ; qu'ils ont ainsi agi conformément à l'objet spécifique et à la fonction essentielle des droits attachés aux marques qui sont les leurs ; que, si les termes de leur mise en demeure étaient cependant trop larges dans la mesure où, pour les motifs sus-exposés la Cour estime qu'il n'est pas justifié du caractère contrefaisant des annonces publicitaires, cette seule considération ne saurait à l'évidence caractériser une action concertée destinée à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché du commerce électronique des équipements ménagers ; qu'elle ne saurait pas davantage caractériser l'exploitation abusive d'une position dominante, à supposer établi que les membres du GIFAM soient dans cette position, d'autant que ceux-ci ont rapidement soumis à l'appréciation du tribunal les comportements qu'ils dénoncent dans ce courrier ; que les demandes reconventionnelles de GOOGLE seront donc rejetées » ;

Et aux motifs adoptés que, « que la société GOOGLE n'étant pas un opérateur sur le marché considéré, à savoir la commercialisation d'appareils électroménagers, n'a pas qualité pour poursuivre les demandeurs pour entente illicite, nul ne pouvant plaider par procureur ; que, au surplus, le tribunal relève que l'association des demanderesses dans la présente action sous l'égide de leur syndicat professionnel ne vise nullement à interdire l'utilisation de leurs signes distinctifs (marques, dénomination sociale, noms de domaine) dans le système Adwords mais à obliger la société GOOGLE à contrôler l'utilisation à bon droit par ses annonceurs de tels signes dès lors que cette société dans son activité publicitaire leur en suggère l'utilisation ; que, dans ces conditions, la demande reconventionnelle doit être rejetée » ;

1/ Alors que d'une part, les règles de la concurrence relevant d'un ordre public de direction et les atteintes qui leur sont portées mettant en jeu l'intérêt général, l'action pour en connaître est ouverte à toute personne intéressée à

se prévaloir légitimement de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle et de ses conséquences ; qu'en déniaut aux sociétés GOOGLE, par motifs adoptés, qualité pour poursuivre le GIFAM et ses membres pour entente illicite, la Cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du Traité CE, ensemble l'article 31 du Code de procédure civile et, par fausse application, le principe suivant lequel « nul ne plaide par procureur » ;

2/ Alors que d'autre part, l'application des articles 81, paragraphe 1 du Traité CE et L. 420-1 du Code de commerce ne peut être exclue lorsque les ententes et pratiques concertées dénoncées s'appuient sur la revendication de marques en dehors de leur objet spécifique, qui est de protéger les intérêts du titulaire de la marque en lui permettant de s'opposer à l'usage du signe par un tiers qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à sa fonction essentielle de garantie de la provenance du produit ou service ; qu'en jugeant en l'espèce que l'action concertée reprochée au GIFAM et à ses membres n'avait pas d'objet anticoncurrentiel au motif que ces agissements étaient conformes à l'objet spécifique et à la fonction essentielle des marques, quand le seul usage de ces marques dans le générateur de mots-clés ne portait pas atteinte à leur objet spécifique et à leur fonction essentielle, la Cour d'Appel a violé les articles 81, paragraphe 1, du Traité CE et L.420-1 du Code de commerce, ensemble les articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle ;

3/ Alors qu'ensuite, en jugeant que l'action concertée reprochée au GIFAM et à ses membres n'avait pas d'objet anticoncurrentiel tout en reconnaissant que le caractère contrefaisant des liens commerciaux renvoyant vers les sites d'enchères, de comparaison de prix ou de revente de produits authentiques n'était pas établi et que les injonctions adressées à GOOGLE par le GIFAM par voie de mise en demeure étaient « trop larges » en ce qu'elles concernaient l'interdiction d'afficher les liens commerciaux, lorsqu'il n'était pas justifié du caractère contrefaisant des annonces publicitaires, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses constatations au regard des articles 81, paragraphe 1, du Traité CE et L. 420-1 du Code de commerce ;

4/ Alors qu'enfin, il résulte de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE et de l'article L. 420-1 du Code de commerce que les ententes et pratiques concertées sont prohibées à raison de leur objet ou de leur effet anticoncurrentiel ; qu'en appréciant en l'espèce l'existence d'une action concertée restreignant ou faussant le jeu de la concurrence uniquement en considération de son objet sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'action entreprise par le GIFAM et par ses membres, représentant plus de 80 % du marché de l'électroménager, n'avait pas pour effet, même éventuel, d'entraver le jeu normal de la concurrence sur le marché du commerce électronique des équipements électroménagers, notamment en forçant les sociétés GOOGLE à prendre, sous leur pression, une mesure de blocage total privant les revendeurs en ligne d'un moyen de promouvoir leurs offres

commerciales auprès des internautes, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce, ensemble de l'article 81 du Traité CE.

LE GREFFIER DE CHAMBRE