

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE NICE
3^{ème} Chambre civile, 7 février 2006

COMPOSITION DU TRIBUNAL

Mr. T. FUSINA, Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de NICE,
Mme D. SEUVE, juge au Tribunal de Grande Instance de NICE
Mme S. BUSCAIN, juge au Tribunal de Grande Instance de NICE
Mme P. WALTER, Greffier, présente uniquement aux débats, qui en ont délibéré.
A l'audience publique du 15 Novembre 2005 le prononcé du jugement étant fixé au 17 Janvier 2006.

PRONONCE

A l'audience publique du 07 Février 2006, après prorogation du délibéré, par Mr. T. FUSINA, Vice-président du Tribunal de Grande instance de NICE,
Mme D. SEUVE, juge au Tribunal de Grande Instance de NICE
Mme S. BUSCAIN, Juge au Tribunal de Grande Instance de NICE
Mme P. WALTER, Greffier.
NATURE DE LA DÉCISION : contradictoire, en premier ressort, au fond.

DEMANDERESSE;

SAS TWD INDUSTRIES, prise en la personne de son Président Directeur Général en exercice, domicilié en cette qualité audit siège, 204 avenue des Platanes, 06410 BIOT, représentée par Me Christian BOITEL, avocat au barreau de NICE - CASE 69, avocat, plaidant

DEFENDERESSES:

E.U.R.L. GOOGLE FRANCE, prise en la personne de son représentant légal en exercice, domicilié en cette qualité audit siège, 54,56 Avenue Hoche, 75008 PARIS, représentée par Me Véronique ANTHOINE-BRUN, avocat au barreau de NICE CASE 66, avocat postulant Me Herbert SMITH, avocat au barreau de PARIS, avocat, plaidant

Société GOOGLE Inc, prise en la personne de son représentant légal en exercice, domicilié en cette qualité audit siège, 1600 Amphithéâtre Parkway Mountain View CA 94043 ETATS UNIS représentée par Me Véronique ANTHOINE-BRUN, avocat au barreau de NICE CASE 66, avocat postulant, Me Herbert SMITH, avocat au barreau de PARIS, avocat plaidant.

FAITS ET PROCÉDURE

Depuis avril 1999 la S.A.S. TWD INDUSTRIES, dont le siège social est à Biot (Alpes-Maritimes), édite un logiciel de prise de contrôle d'ordinateur à distance sous la dénomination "Remote-Anything", qu'elle commercialise quasi-exclusivement sur Internet. Ce logiciel, utilisant deux programmes principaux (appelés Master et Slave) et dont l'installation très simplifiée ne nécessite pas notamment l'ouverture de ports sur des routeurs d'entreprise grâce à un programme annexe, permet d'intervenir sur l'ordinateur distant, de visualiser son écran, d'échanger des fichiers avec ce dernier, ou d'effectuer d'autres opérations telles que son dépannage.

GOOGLE est quant à lui un moteur de recherche indexant les sites Internet par un fonctionnement entièrement automatisé. Actuellement le plus utilisé dans le monde, il reçoit environ 73% des requêtes des internautes en France et 43% de ces requêtes dans le monde. Depuis l'année 1998 les sociétés éditant le moteur de recherche GOOGLE ont également développé sur leurs sites Internet un logiciel à vocation commerciale et publicitaire dénommé AdWords, qui permet le référencement d'annonces publicitaires automatisées en marge des résultats des recherches traditionnels, ou sur d'autres sites affiliés (notamment par l'intermédiaire du programme Ad Sense), et ce grâce à l'utilisation de liens hypertextes dits "liens commerciaux".

Ce référencement payant, facturé par les sociétés GOOGLE soit au coût par clic (dit CPC), soit au coût par impression d'une annonce (dit CPM), nécessite une inscription en ligne et la sélection par les annonceurs d'un certain nombre de critères et de "mots-clés" liés aux produits développés ainsi qu'au texte de l'annonce. Ces mots-clés sont notamment proposés par GOOGLE par l'entremise d'un "générateur de mots-clés", fonctionnant lui-même comme un logiciel d'indexation des requêtes les plus couramment utilisés sur le moteur de recherche GOOGLE. C'est la requête initiale de l'internaute sur le moteur de recherche qui va déterminer, grâce à l'emploi des mots-clés, l'affichage des liens commerciaux sur la droite de la page d'accueil du site GOOGLE, aux côtés des dix premiers résultats des recherches. Ces liens commerciaux, de type hypertexte, vont permettre à l'internaute de se rendre par un simple lien informatique sur la page d'accueil des sites commerciaux.

Pour être complet il convient d'ajouter que ces liens commerciaux, qui constituent l'une des dernières techniques publicitaires pratiquées sur Internet, est le format publicitaire qui y connaît la plus forte croissance depuis sa création. Ce format publicitaire est par ailleurs désormais le

plus employé sur Internet puisqu'il représentait en 2004 plus de 40% des investissements publicitaires en ligne aux Etats-Unis (chiffres de l'Internet Advertising Bureau, dit IAB), et qu'il est estimé en France à 267,5 millions d'euros d'investissements publicitaires en ligne pour l'année 2005 (cf les chiffres cités dans la recommandation du Forum des droits sur l'Internet publiée en Juillet 2005).

Se prétendant victime, au travers de l'utilisation du logiciel AdWords, d'actes de contrefaçon de marque, d'actes de concurrence déloyale et de publicité de nature à induire en erreur, la SAS, TWD INDUSTRIES a fait assigner à jour fixe devant le tribunal de grande instance de Nice l'EURL GOOGLE FRANCE, dont le siège social est à Paris, et ta société GOOGLE Inc., société de droit américain dont le siège social est aux Etats-Unis (appelées ci-après « les sociétés GOOGLE » par commodité) suivant exploit d'huissier en date du 9 septembre 2005 et au visa des articles L713-1 du code de la propriété intellectuelle, 1382 du code civil, L115-33 et L121-1 du code de la consommation, afin de voir :

- interdire aux sociétés défenderesses d'afficher sur l'ensemble des sites de GOOGLE, quelle que soit la langue dans laquelle son interface est traduite et les noms de domaine correspondant (www.google.suffixe) toute annonce à caractère publicitaire générée par le moteur de recherche GOOGLE incluant les mots clés ou expressions « remote-anything », « remote anything » et « remoteanything », avec ou sans emploi de caractères en majuscules, sauf à ce que ces annonces aient été préalablement autorisées par elle-même, et ce sous astreinte de cinquante mille euros (50,000 €) par infraction constatée à compter de la signification du jugement à intervenir ;
- prononcer la même interdiction, sous la même astreinte, pour tout affichage d'annonces à caractère commercial ou publicitaire à partir d'une requête similaire à celle ci-dessus mentionnée sur les sites FROOGLE ou encore sur la messagerie *Gmail de GOOGLE, généré par la présence des mots ou expressions « remote-anything », « remote anything » et "remoteanything" dans le corps du message (email), dans son titre ou dans son objet sauf à ce que ces annonces aient été préalablement autorisées par elle-même ;
- ordonner aux défenderesses, sous astreinte de dix mille euros (10.000 €) à compter du jugement à intervenir, de communiquer ses rapports statistiques relatifs, d'une part, au nombre d'affichage de pages comportant des annonces publicitaires ayant été générées par les requêtes « remote-anything » « remote anything » et « remoteanything », et, d'autre part, le nombre d'utilisateurs ayant cliqué sur les annonces ainsi générées;
- condamner in solidum les sociétés GOOGLE à lui verser à titre provisionnel les sommes de :

- cent mille euros (100.000 €) à titre de dommages et intérêts en réparation des actes de contrefaçon de marques commis à son préjudice
- cent cinquante mille euros (150.000 €) à titre de dommages et intérêts en réparation des actes de concurrence déloyale et de publicité trompeuse commis également à son préjudice ;
- ordonner l'exécution provisoire du présent jugement ;
- condamner in solidum les sociétés GOOGLE au paiement de la somme de dix mille euros (10.000 €) afin de couvrir ses frais irrépétibles, outre les dépens de l'instance, avec distraction autorisée au profit de son conseil.

A l'appui de ses prétentions la SAS. TWD INDUSTRIES rappelle être propriétaire de la marque semi figurative "Remote-Anything" déposée à l'INPI le 2 mai 2005 sous le n°9700943 pour les classes 38,42 et 45 (conception de logiciel et communications par terminaux d'ordinateurs), ainsi que des noms de domaine Internet "remote-anything.com" et "remoteanything.com", lesquels ont été enregistrés et font l'objet depuis avril 2000 d'une re-direction sur son site "txd-industries.com".

Se fondant ensuite sur un procès-verbal de constat d'huissier dressé le 17 mai 2005, la S.A.S. TWD INDUSTRIES fait valoir qu'une requête effectuée sur le site GOOGLE avec les mots-clés "remote-anything", "remote anything" ou "remoteanything" ont déclenché des annonces commerciales qui peuvent être regroupées selon elle en quatre catégories distinctes :

- celles émanant de ses concurrents directs, éditant un logiciel similaire d'accès d'ordinateurs à distance, et qui utiliseraient la notoriété de son logiciel "Remote-Anything" pour détourner les internautes vers leurs propres sites. Ainsi elle expose qu'une requête visant la marque "Remote-Anything" sur les sites google.fr (France), google.com (Etats-Unis), google.co.uk (Royaume-Uni), google.lu (Luxembourg), google.ch (Suisse), google.de (Allemagne), google.at (Autriche), etc., renvoie sur le site beforia.com (splashdesk.beforia.com) sur lequel est vendu le logiciel concurrent "splashdesk-online". Pareillement elle indique qu'une même requête effectuée sur le site google.co.uk (Royaume-Uni) permet d'afficher des liens commerciaux vers les sites www.GoToTools.info et www.GoToMyPC.com. sur lesquels la société CITRIX commercialise son logiciel concurrent « GoToMyPC ». De même en ce qui concerne les logiciels "netviewer" et "PC VISIT", téléchargeables via des liens commerciaux apparaissant selon la même procédure sur le site google.de (Allemagne)

* celles émanant de sites désignant son logiciel "Remote-Anvthing", comme les sites Primehosttreviews.com et Paretologic.com, qui associeraient son logiciel à un spyware (logiciel espion), un adware (logiciel permettant l'affichage de publicité non sollicitée), ou un

trojan (logiciel permettant de prendre contrôle à distance d'un ordinateur infecté à l'insu de l'utilisateur)

- celles émanant des sites affiliés au programme GOOGLE AdSense, qui ne commercialisent pas directement des produits concurrents, mais qui affichent eux-mêmes des liens publicitaires (générés directement par GOOGLE) vers des sites tiers éditant des produits concurrents (VNC, Remote control software, etc..)
- celles des revendeurs des logiciels concurrents de « Remote-Anything » tels netwerktools.com, eze.dk, computer.be, compustore.dk, etc...

La S.A.S. TWD INDUSTRIES en infère, d'une part, qu'en concédant et en même en préconisant dans le cadre de son programme AdWords des mots clés constitués par sa marque protégée "Remote-Anything", les sociétés GOOGLE se sont rendues coupables d'une contrefaçon de marque par usage ou reproduction au sens de l'article L713-2 du code de la propriété intellectuelle, sans que l'emploi de lettres minuscules ou majuscules, voire l'emploi du tiret ou son omission entre les deux mots puisse avoir quelque conséquence sur le caractère illicite de l'atteinte.

Elle estime sur ce point que les sociétés GOOGLE ne peuvent être considérées au regard des dispositions de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 relative à l'économie numérique comme de simples hébergeurs de sites, dont la responsabilité est atténuée, mais bien comme des régies publicitaires, dont les annonces doivent être révisées avant d'être diffusées, et qui sont spécialement tenues à ce titre au respect du droit des marques.

D'autre part elle allègue que les procédés de concurrence déloyale consistant à se placer directement dans le sillage d'un concurrent afin de profiter de sa notoriété seraient d'autant plus néfastes en l'espèce qu'ils tendraient à opérer une confusion dans l'esprit des internautes en leur faisant croire que les annonces publicitaires concernent bien la commercialisation du logiciel "Remote Anything". A cette confusion commerciale s'ajouteraient au surplus des actes de dénigrement caractérisés lui causant un préjudice commercial particulièrement important

Enfin la S.A.S. TWD INDUSTRIES considère qu'une telle publicité entre bien dans les prévisions de l'article L115-33 du code de la consommation, aux termes duquel les titulaires des marques sont en droit de s'opposer à ce que des textes publicitaires concernant leurs marques soient diffusés lorsque cette utilisation vise à tromper le consommateur ou lorsqu'elle est faite de mauvaise foi.

Par écritures récapitulatives signifiées le 15 novembre 2005 les sociétés GOOGLE soulèvent en premier lieu l'irrecevabilité de l'action en contrefaçon de marque aux motifs

que les faits litigieux constatés le 17 mai 2005 sont antérieurs à la publication de la demande d'enregistrement de la marque, elle-même datée du 10 juin 2005, et qu'en toute hypothèse les conditions de réalisation du constat d'huissier litigieux en matière informatique ne seraient pas régulières ni probantes.

Elles soulèvent à titre subsidiaire l'incompétence de la présente juridiction pour connaître des demandes relatives à l'apparition de liens commerciaux sur les sites google.com, google.de, google.co.uk et, plus généralement sur tous sites google dont le suffixe correspond à un territoire étranger, alors que la marque défendue est une marque française dont la défense est circonscrite au territoire national.

Les sociétés GOOGLE réfutent à titre très subsidiaire l'existence de toute concurrence déloyale en faisant valoir qu'il n'existe aucun rapport de concurrence entre elles-mêmes et la S.A.S. TWD INDUSTRIES, que le programme AdWords ne causerait aucune confusion dans l'esprit du public, ni aucune usurpation des noms de domaine de la société demanderesse. Les sociétés défenderesses allèguent en outre que le mot-clé "Remote Anything" n'a pas été utilisé à titre de marque, qu'il n'a pas servi à désigner des produits ou services et qu'il est demeuré invisible puisqu'à aucun moment il n'a été porté à la connaissance de l'internaute.

Pareillement elles estiment que l'utilisation d'un lien commercial hypertexte vers les sites incriminés ne constituerait nullement l'usage d'une publicité interdite par la loi dès lors qu'elle serait familière aux internautes, consubstantielle à Internet, et en toute hypothèse qu'elle ne serait nullement de nature à créer une confusion dans leur esprit entre les résultats des requêtes et les sites commerciaux indexés.

A titre infiniment subsidiaire elles demandent au tribunal de considérer qu'elles sont des prestataires techniques de référencement au sens de l'article 6 alinéa 2 de la loi n° 2004-575 du 22 juin 2004 et qu'à ce titre elles ne peuvent voir leur responsabilité engagée que dans des conditions spécifiques prévues par la loi. Sur ce point elle rappellent n'avoir été informées des réclamations de la SAS, TWD INDUSTRIES qu'à la date de l'assignation en Justice, alors qu'elles ont spécialement prévu une procédure d'alerte amiable permettant de traiter rapidement les réclamations de ceux qui s'estiment victimes des procédés d'un annonceur. Elles ajoutent avoir désactivé dans les deux jours les liens commerciaux incriminés dans l'assignation en justice et avoir bloqué l'expression "Remote Anything" dans la liste rouge de leurs générateurs de requêtes.

A titre reconventionnel les sociétés GOOGLE réclament l'annulation de la marque "Remote Anything", qu'elles considèrent comme non

descriptive pour désigner les produits et services informatiques, et comme ayant été déposée de manière frauduleuse à seule fin de faire échec à son utilisation par le site splashdesk.beforia.com, lequel l'avait utilisée dès le 6 avril 2005 dans le cadre de sa campagne AdWords.

En toute hypothèse elles estiment que la SAS. TWD INDUSTRIES ne démontrerait nullement l'existence de son préjudice commercial, ajoutant que son évaluation provisionnelle et forfaitaire serait purement fantaisiste au regard de ses propres statistiques démontrant l'existence d'un nombre fort limité de clics en relation avec l'utilisation du mot clé "Remote-Anything".

Elles réclament également la condamnation de la S.A.S. TWD INDUSTRIES à leur verser :

- la somme de 20,000 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive;
- celle de 10.000 euros afin de couvrir leurs frais irrépétibles et les dépens de l'instance, avec distraction autorisée au profit de leur conseil.

Répliquant à ces écritures par conclusions récapitulatives signifiées le 10 novembre 2005, la S.A.S. TWD INDUSTRIES a entendu maintenir l'ensemble de ses prétentions Initiales en faisant notamment valoir que la juridiction française a été reconnue compétente pour statuer sur une contrefaçon de marque reproduite sur un site Internet étranger du moment que ce site était accessible en France et qu'il a pu y causer un dommage.

La SAS. TWD INDUSTRIES ajoute, s'agissant de l'irrecevabilité de son action en contrefaçon, que nonobstant les irrégularités prétendues affectant le constat d'huissier de justice du 17 mai 2005, un nouveau constat dressé par Maître LENCHANTIN de GUBERNATIS le 21 octobre 2005 aurait permis d'établir l'existence des mêmes faits de contrefaçon postérieurement à la publication de sa demande d'enregistrement de la marque, ainsi du reste que l'inanité des moyens de défense soulevés par les sociétés GOOGLE quant à la disparition intégrale du préjudice après la désactivation prétendue des liens commerciaux incriminés.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la compétence territoriale du tribunal en matière d'actes de contrefaçon commis sur Internet

Comme tous les droits de propriété industrielle les droits afférent à une marque sont soumis au principe de territorialité, qui conditionne la protection de la marque au territoire pour lequel elle a été déclarée et déposée. Les marques françaises bénéficient donc d'une protection sur le territoire national contre les atteintes occasionnées sur le territoire national.

Par ailleurs, aux termes de l'article L716-3 les actions civiles relatives aux marques sont portées devant les tribunaux de grande instance, ainsi que les actions mettant en jeu à la fois une question de marque et une question de dessin et de modèle ou de concurrence déloyale. La compétence territoriale du tribunal de grande instance est déterminée en la matière par le droit commun, soit par les régies des articles 42,43 et 46 du nouveau code de procédure civile, puisqu'il n'est fait référence à aucune règle spéciale et dérogatoire. La contrefaçon de marque étant considérée comme un délit civil, il convient dès lors de se référer à l'article 46 du code susvisé qui prévoit au choix du demandeur une option de compétence en matière délictuelle entre, d'une part, la juridiction du lieu où demeure le défendeur, et d'autre part, la juridiction du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi.

S'agissant plus précisément de la contrefaçon de marque prétendument commise sur internet, il y a lieu de vérifier qu'en application de l'ensemble des principes susvisés les actes litigieux, fussent-ils commis à partir d'un site étranger, pouvaient avoir des effets en France au préjudice de la demanderesse.

Pour conclure à l'incompétence territoriale de la présente juridiction relativement aux faits allégués hors du territoire français, les sociétés GOOGLE relèvent principalement que les offres commerciales litigieuses figurent en l'espèce sur des sites étrangers, qu'elles sont le plus souvent rédigées en anglais ou dans la langue du pays et que, par conséquent, elles ne sont pas à l'évidence destinées au public français.

Le tribunal ne peut cependant retenir ces arguments. En effet il ne saurait être sérieusement contesté, d'une part, que tous les sites de GOOGLE, qu'ils soient spécifiques à la France (google.fr) ou aux autres nations (google.com pour les Etats-Unis ; googie.co.uk pour le Royaume-Uni ; google.de pour l'Allemagne etc..) sont tous sans exception accessibles en France.

Le fait, d'autre part, que ces sites ne soient pas rédigés en langue française est sans incidence sur la cause dès lors que GOOGLE met fort obligeamment à la disposition des internautes, comme bon nombre de ses concurrents, un dispositif logiciel permettant de traduire en langue française les pages affichées en ligne, il convient en outre de relever sur ce point que le logiciel dont s'agit est à l'évidence destiné à des utilisateurs chevronnés, de type "Webmasters", dont la langue de travail est l'anglais et qui n'ont pas du reste pour habitude de cantonner leurs recherches de logiciels aux sites français.

Enfin et surtout, la commercialisation du logiciel « Remote-Anything » étant assurée de manière quasi-exclusive sur Internet depuis l'année de

sa création, il est acquis que la préjudice résultant d'actes de contrefaçon directement activés par la saisie du nom de ce logiciel, serait nécessairement subi en France par la SAS. TWD INDUSTRIES, du moins s'il était avéré.

Il s'ensuit que le tribunal de ce siège ne peut décliner sa compétence territoriale à raison de certains des faits allégués dans la citation introductive d'instance et réputés commis sur des sites de GOOGLE situés à l'étranger.

Sur la recevabilité de l'action en contrefaçon de marque

Aux termes de l'article L716-2 du code de la propriété intellectuelle « *les faits antérieurs à la publication de la demande d'enregistrement de la marque ne peuvent être considérés comme ayant porté atteinte aux droits qui y sont attachés* » (sauf l'exception prévue à l'alinéa 2 et étrangère à la cause).

En l'espèce, s'il est établi que la marque « Remote-Anything » a bien été déposée à l'INPI le 2 mai 2005 sous le n° 9700943 pour les classes 38, 42 et 45 (conception de logiciel et communications par terminaux d'ordinateurs), la publication de la demande d'enregistrement n'est intervenue que le 10 juin 2005, soit postérieurement au constat d'huissier Initial dressé par Maître LENCHANTIN de OUBERNATIS le 17 mai 2005. Il est ainsi patent que ce premier constat d'huissier est dépourvu de toute valeur probante dans le domaine du droit des marques.

Afin de régulariser son action en contrefaçon la SAS TWD INDUSTRIES a entendu faire dresser un nouveau constat d'huissier par le même officier ministériel le 21 octobre 2005, et rappelle par ailleurs que la publication de l'enregistrement de sa marque est intervenue le 7 octobre 2005.

Cependant c'est à la date de l'assignation en justice, qui cristallise le litige, que le tribunal doit se placer pour apprécier la recevabilité de l'action. Les faits postérieurs ne peuvent quant à eux être pris en considération que pour évaluer la persistance du préjudice éventuellement subi ou pour prendre les mesures propres à en limiter les effets.

Au surplus, les conditions dans lesquelles l'officier ministériel a oeuvré lors de l'établissement de son second constat ne peuvent être tenues pour régulières en matière de preuve informatique. Sur ce point les sociétés GOOGLE font à juste titre valoir que l'huissier de justice a omis :

- de décrire le type d'ordinateur sur lequel l'huissier a opéré ses constatations, son système d'exploitation et son navigateur ;
- de mentionner l'adresse IP de l'ordinateur ;

- de décrire le mode de connexion au réseau Internet avec les adresses IP correspondantes ;
- de s'assurer que l'ordinateur n'était pas connecté à un serveur proxy et de le désactiver en cas de besoin ;

- de procéder au vidage de la mémoire cache de l'ordinateur, de l'historique des saisies, des cookies et de la corbeille ;

- de vérifier la synchronisation de l'horloge ;

- de s'assurer que les pages litigieuses étaient bien les premières visitées après ces opérations. Le non-respect de ces règles de l'art en matière informatique ne permet pas en effet de s'assurer que les pages visitées n'ont pas été conservées dans la mémoire cache de l'ordinateur ou du serveur proxy, de sorte que l'on soit sûr que l'affichage porté à l'écran soit bien d'actualité.

Or l'on sait que l'huissier de justice a procédé à son constat du 21 octobre 2005 à partir d'un ordinateur du cabinet du conseil de la demanderesse, comme il l'avait fait le 17 mai 2005, sans que l'on sache d'ailleurs s'il s'agit bien là du même poste informatique.

Par ailleurs les sociétés GOOGLE produisent quant à elles aux débats un constat d'huissier de justice dressé le 9 novembre 2005 par la SCP PUAUX-BENICHOU-LEGRAIN, huissiers de justice associés à Paris, aux termes duquel et après avoir parfaitement respecté la procédure Idoine, il apparaît que les requêtes "remote-anything" ou "remoteanything" n'ont déclenché l'apparition d'aucun lien commercial, comme le prétendaient les défenderesses depuis lors opération de désactivation intervenue dans les deux jours de l'assignation en justice.

Il s'ensuit que le procès-verbal du 21 octobre 2005 est, d'une part, juridiquement inopérant pour régulariser l'irrecevabilité de l'action en contrefaçon de marque, et, d'autre part, impropre à rapporter la preuve de la persistance d'un quelconque préjudice encore éprouvé à cette date.

Sur les actes de concurrence déloyale et de publicité de nature à induire en erreur

Le rejet de l'action en contrefaçon de marque laisse subsister la possibilité d'une action, fondée sur l'article 1382 du code civil, tendant à faire cesser des actes de concurrence déloyale qui peuvent affecter les opérations commerciales même avant la reconnaissance du droit privatif de la marque. L'existence éventuelle de publicités de nature à induire en erreur doit être également vérifiée à ce stade de la procédure.

En ce domaine le tribunal se doit de faire référence, comme l'y invitent du reste les parties, à la loi n° 2004-575 du 22 juin 2004 dite "Loi pour la confiance dans l'économie numérique". La responsabilité civile des fournisseurs d'hébergement sur Internet, encore appelés "prestataires techniques", est définie à

l'article 6 de la loi susvisée. Il est dit à l'alinéa 2 de cet article qu'une telle responsabilité ne peut être engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si les personnes physiques ou morales concernées n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. Pour autant les sociétés GOOGLE ne peuvent à bon droit être considérées, dans le cadre de leur programme AdWords, comme de simples prestataires techniques, puisqu'elles assurent par ce service la fourniture de biens ou de services, à savoir une prestation publicitaire payante, de sorte que les articles 14 et suivants de la loi susvisée lui sont bien applicables, de même que l'ensemble des règles de droit commun sanctionnant les pratiques de concurrence déloyale. Il importe par conséquent de vérifier si les conditions de la concurrence déloyale qui est reprochée aux sociétés défenderesses sont bien réunies en l'espèce.

On ne saurait sérieusement soutenir sur ce point, s'agissant du logiciel "Remote-Anything", que les sociétés GOOGLE sont en concurrence directe avec la SAS. TWD INDUSTRIES, dans la mesure où il n'est pas soutenu que ces dernières commercialisent un tel logiciel ou un programme de même nature.

Par ailleurs la notion "d'aide et de fourniture de moyens", également invoquée par la société demanderesse pour tenter d'accréditer la thèse de la complicité des sociétés GOOGLE avec les annonceurs publicitaires, est propre au droit pénal et parfaitement étrangère au litige civil.

Quant à lui, le programme AdWords, fondé l'usage des mots-clés et des liens hypertextes, ne saurait être considéré intrinsèquement comme de nature à induire en erreur. En effet, d'une part, l'usage des liens hypertextes est consubstantiel à Internet, de sorte que les internautes ne sauraient se méprendre par principe sur leur utilisation. D'autre part il apparaît clairement que les annonces publicitaires sont cantonnées dans ce programme sur la partie droite de l'écran, sous la rubrique explicite "liens commerciaux". L'adresse URL de l'annonceur apparaît également clairement dans le texte du lien commercial, de sorte que toute confusion avec le site Internet de la société demanderesse paraît exclue en la matière, à l'inverse d'autres techniques plus agressives. Ainsi l'usage des mots-clés, s'il crée les conditions et favorise le développement d'une nouvelle forme de publicité en ligne dont le succès ne se dément pas, n'est pas en soi un procédé anti-concurrentiel.

Il appartient toutefois au tribunal de réserver l'hypothèse où l'atteinte causée à la plaignante serait manifeste, notamment par un usage délibéré trompeur, par un dénigrement systématique des références du concurrent, voire par l'usage d'une marque notoire.

Dans cette hypothèse les sociétés GOOGLE, bien que n'étant pas les auteurs des actes déloyaux, se devraient néanmoins de mettre en oeuvre des procédures de contrôle et d'alerte permettant de faire cesser sans délai de telles atteintes manifestes, sauf à engager leur responsabilité civile.

Dans le cadre du programme AdWords les sociétés GOOGLE justifient qu'elles ont mis en place une validation des formulaires d'inscription dans les heures suivant leur souscription en ligne, ainsi qu'une procédure d'alerte à la demande de tiers se déclarant victimes d'atteintes à leurs droits, au terme de laquelle elle peut désactiver les liens commerciaux litigieux et insérer des mots-clés dans une liste rouge bloquant pour l'avenir son générateur de mots-clés en ce qui les concerne.

En l'espèce, les sociétés GOOGLE font en outre remarquer qu'elles n'ont jamais été sollicitées par la SAS TWD INDUSTRIES au titre de la procédure d'alerte avant la délivrance de l'assignation en justice, et qu'elles ont pris les mesures ad hoc par précaution d'usage dans les 46 heures de ladite assignation.

Pour ce qui est de la persistance des préjudices invoqués par la SAS. TWD INDUSTRIES au titre des atteintes imputées à des tiers, le tribunal renverra les parties à ses motifs sur la contrefaçon de marque et la validité des preuves rapportées dans le constat d'huissier de justice du 21 octobre 2005.

Il faut en conclure que les sociétés GOOGLE ont pris dans des délais fort raisonnables, après en avoir été légalement avisées, les mesures qui leur ont permis de faire cesser les troubles allégués par la SAS. TWD INDUSTRIES, de sorte que l'on ne saurait leur imputer personnellement la persistance des atteintes. En conséquence l'action de la SAS, TWD INDUSTRIES visant une concurrence déloyale ou des publicités de nature à induire en erreur n'apparaît pas fondée en l'espèce et sera rejetée.

Enfin il convient d'ajouter que le débat sur les noms de domaine déposés par la société demanderesse est étranger au litige puisqu'il n'est justifié d'aucune atteinte réelle en ce domaine.

Sur la demande reconventionnelle des sociétés GOOGLE en annulation de la marque

Quoique l'on puisse penser que cette demande reconventionnelle tendant à l'annulation de la marque n'était formulée qu'à titre de moyen de défense à l'action en contrefaçon, et qu'elle serait dès lors dépourvue d'objet depuis le rejet de cette dernière, il y a lieu néanmoins d'aborder le fond de cette prétention, pour peu qu'elle soit toujours maintenue par les défenderesses.

Le caractère non distinctif, au sens de l'article L711-2 du code de la propriété Intellectuelle, de la marque figurative "Remote Anything", composée de deux substantifs en langue anglaise et d'un emblème en forme d'étoile ne saurait être jugé fondé par le tribunal. En effet si les termes susvisés peuvent avoir une signification courante en langue anglaise, tel n'est pas le cas sur le territoire français, où ils ne correspondent à aucun usage reconnu.

Par ailleurs le tribunal ne saurait non plus considérer la SAS TWD INDUSTRIES comme étant de mauvaise foi pour avoir tenté de faire échec en déposant la marque litigieuse à son utilisation par le site splashdesk.beforia.com, lequel en usait depuis le 6 avril 2005. La société demanderesse prouve en effet par l'ensemble de ses pièces communiquées qu'elle exploitait son logiciel sous la dénomination "Remote-Anything" depuis avril 1999, et qu'elle avait obtenu en la matière une notoriété certaine puisque les tout premiers résultats des requêtes adressées avec ces mots-clés sur le moteur de recherche GOOGLE renvoient vers son site ou son logiciel.

Les conditions de l'annulation de la marque déposée n'étant pas réunies, il y a lieu de débouter les sociétés GOOGLE de leur demande reconventionnelle fondée sur ce chef.

Sur les demandes complémentaires et accessoires

Le présent dossier ne caractérisant pas l'existence d'une procédure abusive, il n'y a pas lieu d'accorder aux sociétés défenderesses des dommages et intérêts compensatoires sur ce chef.

Aucune circonstance particulière ne venant justifier le prononcé de l'exécution provisoire des dispositions qui précèdent, il n'y a pas lieu de l'accorder.

L'équité commande d'allouer aux sociétés défenderesses, contraintes d'exposer des frais irrépétibles pour se défendre, la somme de trois mille euros (3.000 €) sur le fondement des dispositions de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

La SAS. TWD INDUSTRIES, qui succombe dans ses prétentions, supportera les dépens de l'instance, avec distraction autorisée au profit du conseil des sociétés défenderesses.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL.

Statuant en audience publique, contradictoirement et en premier ressort ;

- SE DÉCLARE territorialement compétent pour connaître des actions en justice introduites par la SAS. TWD INDUSTRIES à rencontre de l'EURL GOOGLE FRANCE et de la société GOOGLE Inc.;

- CONSTATE cependant que les faits visés dans le constat d'huissier de justice du 17 mai 2005 sont antérieurs à la publication de la demande d'enregistrement de la marque "Remote-Anything" ;

- DÉCLARE en conséquence la SAS TWD INDUSTRIES irrecevable en son action en contrefaçon de marque dirigée à l'encontre des sociétés défenderesses ;

- DIT que le programme Adwords des sociétés défenderesses n'est pas intrinsèquement de nature à causer une concurrence déloyale, ni une publicité de nature à induire en erreur ;

- CONSTATE par ailleurs que les sociétés GOOGLE ont pris dans des délais raisonnables les mesures propres à faire cesser les troubles allégués ;

- DÉBOUTE en conséquence la SAS. TWD INDUSTRIES de ses actions en concurrence déloyale et en publicité de nature à induire en erreur dirigées à l'encontre des sociétés défenderesses ;

- DÉBOUTE l'EURL GOOGLE FRANCE et la société GOOGLE Inc de leur demande reconventionnelle mal fondée tendant à l'annulation de la marque déposée "Remote-Anything" ;

- LES DÉBOUTE également de leur demande de dommages et intérêts compensatoires pour procédure abusive. ;

- DIT n'y avoir lieu à exécution provisoire du présent jugement ;

- CONDAMNE la SAS. TWD INDUSTRIES à verser à l'EURL GOOGLE FRANCE et la société GOOGLE Inc la somme de trois mille euros (3 000 €) sur le fondement des dispositions de l'article 700 NCPC ;

- CONDAMNE la SAS.TWD INDUSTRIES aux dépens de l'instance avec distraction autorisée au profit de Maître ANTHOINE BRUN, avocat au Barreau de Nice, dans les conditions de l'article 699 NCPC

AINSI JUGÉ ET PRONONCÉ EN AUDIENCE PUBLIQUE DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE NICE A LA DATE SUSVISEE.

LE GREFFIER
LE PRÉSIDENT