

Grosses délivrées REPUBLIQUE FRANCAISE

aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 2

ARRET DU 14 JANVIER 2011

(n° 007, 14 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **09/11779**.

Décision déferée à la Cour : Jugement du 16 Février 2009 - Tribunal de Commerce de PARIS 16ème Chambre - RG n° 2007036711.

APPELANTE :

Société de droit de l'Etat de Californie GOOGLE INC

prise en la personne de ses représentants légaux,

ayant son siège social 1600 Amphitheatre Parkway Mountain View CALIFORNIE 94043 (ETATS UNIS),

représentée par la SCP FANET SERRA, avoués à la Cour,

assistée de Maître Alexandra NERI plaidant pour le Cabinet HERBERT SMITH LLP, avocats au barreau de PARIS, toque J 025.

INTIMÉES :

- SA BAC FILMS

prise en la personne de ses représentants légaux,

ayant son siège social 88 rue de la Folie Méricourt 75011 PARIS,

- SARL THE FACTORY

prise en la personne de son gérant,

ayant son siège social 38 rue des Martyrs 75009 PARIS,

représentées par la SCP ARNAUDY ET BAECHLIN, avoués à la Cour,

assistées de Maître Olivier CHATEL, avocat au barreau de PARIS, toque R 039.

INTIMÉE PROVOQUÉE :

S.A.R.L. GOOGLE FRANCE

prise en la personne de ses représentants légaux,

ayant son siège social 38 avenue de l'Opéra 75002 PARIS,

représentée par la SCP ARNAUDY ET BAECHLIN, avoués à la Cour,

assistée de Maître Alexandra NERI plaidant pour le Cabinet HERBERT SMITH LLP, avocats au barreau de PARIS, toque J 025.

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 26 novembre 2010, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur GIRARDET, président,

Madame DARBOIS, conseillère,

Madame NEROT, conseillère.

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Monsieur NGUYEN.

ARRET :

Contradictoire,

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile.

- signé par Monsieur GIRARDET, président, et par Monsieur NGUYEN, greffier présent lors du prononcé.

La société THE FACTORY, qui est une société de production audiovisuelle de documentaires, a produit le film documentaire intitulé «L'affaire Clearstream (racontée à un ouvrier de chez Daewoo)», réalisé par M. Denis ROBERT et co-écrit avec M. Pascal LORENT. Ce film a été diffusé sur la chaîne de télévision CANAL + le 10 février 2003.

Par contrat d'édition vidéographique en date du 10 août 2006, la société BAC FILMS s'est vue confier la distribution du film sur supports vidéographiques y compris les Video On Demand (VOD) pour les territoires de la France métropolitaine, Monaco, Andorre et les DOM-TOM. Elle distribue ainsi le film sous forme de DVD depuis le 6 octobre 2006.

La société BAC FILMS a fait dresser constat le 25 janvier 2007 par un agent assermenté de l'Agence pour la Protection des Programmes (APP) de la présence sur le site accessible à l'adresse www.video.google.fr (ci-après site Google Vidéo France), exploité, selon elle, par la société de droit californien GOOGLE Inc. et la société GOOGLE France, de liens permettant à l'internaute d'avoir accès gratuitement au film «L'affaire Clearstream (racontée à un ouvrier de chez Daewoo)» dans son intégralité, en flux continu (*streaming*) ou en téléchargement.

Puis elle a, conjointement avec la société THE FACTORY, par actes des 28 février et 1er mars 2007, fait assigner les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France devant le tribunal de commerce de Paris en contrefaçon, aux fins d'obtenir le paiement de dommages-intérêts et les mesures d'interdiction et de publication d'usage.

Par jugement rendu le 16 février 2009 et assorti de l'exécution provisoire, ce tribunal a :

- prononcé la mise hors de cause de la société GOOGLE France et débouté les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY de leurs demandes à son encontre,

- débouté les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY de leur demande à l'encontre de la société GOOGLE Inc.,

- fait interdiction à la société GOOGLE Inc. de communiquer au public et/ou de reproduire tout ou

partie du film «L'affaire Clearstream», ou la vidéo de ce film sur le site Google Vidéo France ou sur tout autre site de même nature et sous 'leur' contrôle, et/ou de référencer les liens permettant de visionner ou de télécharger ledit film, ou la vidéo du film, et ce, sous astreinte de 1 500 euros par infraction constatée à compter de un mois de la signification de la décision, pour une durée de six mois, en se réservant la liquidation de l'astreinte,

- condamné les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY aux dépens et à payer à la société GOOGLE Inc. la somme de 7 500 euros chacune sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

- rejeté toute autre demande des parties.

La société GOOGLE Inc. a relevé appel de ce jugement le 26 mai 2009 et, par acte du 15 avril 2010, les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY ont fait assigner la société GOOGLE France aux fins d'appel provoqué.

Aux termes de leurs dernières écritures signifiées le 25 novembre 2010, la société GOOGLE Inc., appelante, et la société GOOGLE France, intimée provoquée, demandent à la cour de :

- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a mis la société GOOGLE France hors de cause et débouté les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY de leurs demandes à son encontre,

- confirmer le jugement en ce qu'il a dit que l'activité de la société GOOGLE Inc. dans le cadre de l'exploitation du site accessible à l'adresse <http://video.google.fr> constitue une activité de stockage pour mise à disposition du public au sens de l'article 6.2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, qu'elle a promptement pris les mesures de retrait nécessaires, que sa responsabilité n'est donc pas engagée en sa qualité d'hébergeur et en ce qu'il a débouté les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY de leurs demandes à son encontre,

- infirmer le jugement en ce qu'il a considéré que le prestataire de stockage était tenu d'une obligation de surveillance particulière, à partir du moment où il a eu connaissance du caractère illicite du contenu,

- dire qu'il ne pèse sur l'hébergeur aucune obligation de surveillance des contenus précédemment notifiés et retirés et que, par conséquent, la responsabilité de la société GOOGLE Inc. ne saurait être engagée du seul fait de la remise en ligne d'un contenu litigieux précédemment signalé,

- sous divers constats, débouter les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY de leur demande d'interdiction,

- à titre subsidiaire, surseoir à statuer dans l'attente de l'arrêt que rendra la Cour de justice de l'Union européenne sur renvoi préjudiciel du tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire Sabam / NetLog, NR 09/8306/A,

- sous divers constats, dire que les moteurs de recherche ne sont pas responsables du contenu des pages qu'ils indexent automatiquement et infirmer le jugement en ce qu'il a considéré que le caractère automatique du fonctionnement du moteur de recherche Google Vidéo et l'absence d'obligation de surveillance a priori conduisaient à l'assimiler à un hébergeur,

- dire que la fonctionnalité de visualisation de vidéos sur la page de résultats du moteur de recherche Google Vidéo n'a aucune incidence sur le régime de responsabilité qui lui est applicable,

- confirmer que la responsabilité de la société GOOGLE Inc. dans le cadre du moteur de recherche du service Google Vidéo n'est pas engagée dès lors qu'elle a pris les mesures destinées à déréférencer les liens menant vers les vidéos dénoncées et précisément identifiées comme telles,

- sous divers constats, débouter les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY de leur demande d'interdiction,

- débouter les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY de toutes leurs demandes,
- condamner les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY à payer à la société GOOGLE Inc. la somme de 60 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter les dépens.

Aux termes de leurs dernières écritures signifiées le 24 novembre 2010, les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY, intimées, demandent à la cour de :

- dire la société GOOGLE Inc. mal fondée en son appel et l'en débouter,
- les déclarer recevables et bien fondées en leurs demandes et en leur appel provoqué à l'encontre de la société GOOGLE France,
- leur donner acte de ce qu'elles réservent leurs droits et moyens sur la nouvelle activité d'indexation mise en place par le service Google Vidéo France sans possibilité de visionnage des contenus au sein des propres pages Google,
- infirmer le jugement déféré en ce qu'il a prononcé la mise hors de cause de la société GOOGLE France et dit que la société GOOGLE Inc. bénéficie du statut d'hébergeur et, statuant à nouveau,
- dire que les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France ont commis des actes de contrefaçon au sens des articles L. 122-4 et L. 335-2 à L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle et qu'elles ont, en conséquence, engagé leur responsabilité civile,
- dire que l'activité d'indexation du service Google Vidéo France, en ce qu'elle permet la diffusion de tout ou partie des contenus provenant de sites tiers, est soumise aux règles de responsabilité de droit commun,
- dire, à titre infiniment subsidiaire, qu'en toute hypothèse, les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France n'ont pas agi promptement et n'ont pas mis en 'uvre tous les moyens techniques et humains disponibles pour rendre l'accès impossible aux contenus illicites,
- en conséquence, réformer le jugement entrepris en ce qu'il a considéré que la société GOOGLE Inc. n'avait pas engagé, en sa qualité d'hébergeur, sa responsabilité civile envers elles et en ce qu'il les a déboutées de leurs demandes de dommages et intérêts,

statuant à nouveau,

- condamner les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France in solidum à leur verser la somme de 210 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice patrimonial du fait de l'exploitation contrefaisante du film «L'affaire Clearstream»,
- infirmer le jugement en ce qu'il a débouté sans motif la société THE FACTORY de sa demande formée au titre du parasitisme et condamner les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France in solidum à lui verser la somme de 90 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant des actes de parasitisme dont elle est victime,
- condamner les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France in solidum à verser aux sociétés BAC FILMS et THE FACTORY la somme de 100 000 euros chacune à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice professionnel et d'image subi du fait des agissements dénoncés,
- confirmer la mesure d'interdiction sous astreinte sauf en ce que la durée a été limitée à six mois,
- ordonner la publication du dispositif de la décision à intervenir pendant 30 jours consécutifs à compter de son prononcé, en partie supérieure de la page d'accueil du moteur de recherche Google et du site Google Vidéo France, dans un format correspondant à au moins 1/4 de page et dans des conditions de lisibilité optimales, ainsi que la publication de la décision à intervenir sous forme d'un communiqué dans tous journaux, magazines ou périodiques de leur choix,

- débouter les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France de toutes leurs demandes et, notamment, de leur demande de sursis à statuer,
- condamner les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France in solidum à payer à chacune d'elles la somme de 30 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter les entiers dépens y compris les frais de constat engagés par la société BAC FILMS.

SUR CE, LA COUR,

Considérant qu'au soutien de leurs prétentions, les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France, si elles approuvent les premiers juges d'avoir appliqué le statut de prestataire de stockage au service Google Vidéo, au sens de l'article 14 de la directive CE n° 2000/31 du 8 juin 2000 et de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et d'avoir constaté qu'ayant agi promptement, la responsabilité de la société GOOGLE Inc. n'est pas engagée de ce chef, font valoir que c'est à tort en revanche qu'ils ont considéré que pesait sur elle une obligation de surveillance particulière à partir du moment où elle avait eu connaissance du caractère illicite du contenu et qu'ils ont, par conséquent, prononcé une mesure d'interdiction ; que, s'agissant de l'activité de moteur de recherches, elles font grief aux premiers juges d'avoir considéré que le caractère automatique du fonctionnement du moteur de recherches Google Vidéo et l'absence de surveillance a priori conduisaient à assimiler la société GOOGLE Inc. à un hébergeur ; elles demandent à la cour de juger que la responsabilité de cette dernière n'est pas engagée du fait de l'indexation automatique des vidéos mises en ligne sur des sites tiers dès lors que, mise en connaissance des revendications des intimées, elle a pris les mesures destinées à déréférencer les liens menant vers les vidéos dénoncées ; qu'elles soulignent en outre que la mesure des intimées visant à interdire de référencer les liens permettant de visionner ou de télécharger le film en cause ou la vidéo du film est matériellement inapplicable ; qu'elles reprochent enfin aux sociétés intimées de ne pas coopérer à la mise en place des solutions techniques de prévention des remises en ligne que la société GOOGLE Inc. a développées.

Considérant que les intimées, formant appel incident, soutiennent pour leur part que c'est à tort que la société GOOGLE France a été mise hors de cause et que les sociétés GOOGLE ne peuvent revendiquer à leur profit, au titre du service Google Vidéo France, le statut spécial d'hébergeur au sens de l'article 6.I.2 de la loi du 21 juin 2004, aux motifs que les prestations offertes excèdent celles d'un simple intermédiaire technique et, concernant l'activité de moteur de recherche, qu'il ne s'agit pas d'une simple indexation de liens puisque le visionnage de la vidéo litigieuse est possible directement dans la page de résultats du site www.video.google.fr, que ces sociétés créent des liens profonds vers le contenu de sites tiers pour se l'accaparer et qu'elles ont manqué à leur obligation de déréférencer les liens vers le contenu dénoncé, qu'elles doivent donc être considérées comme responsables dans les termes du droit commun des actes de contrefaçon allégués ; que si le bénéfice du statut d'hébergeur leur est reconnu, les sociétés intimées sollicitent l'infirmité du jugement entrepris en ce qu'il a retenu que la responsabilité de la société GOOGLE Inc. n'était pas engagée et prétendent, de ce chef, que les sociétés GOOGLE avaient connaissance du fait illicite avant la mise en demeure, que la procédure de notification de l'article 6.I.5 de la loi précitée est facultative, que les sociétés GOOGLE ont maintenu en ligne le contenu illicite après l'assignation valant mise en demeure alors qu'une seule notification oblige l'hébergeur à rendre l'accès impossible ; qu'elles estiment par conséquent la mesure d'interdiction prononcée justifiée et adaptée ; qu'elles font enfin grief aux premiers juges d'avoir écarté les actes de parasitisme dénoncés et de n'avoir pas indemnisé leurs préjudices patrimonial, professionnel et d'image.

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

Considérant que pour conclure au maintien dans la cause de la société GOOGLE France, les intimées relèvent que les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France se présentent comme co-éditrices du site Google Vidéo France, même si elles conservent des droits et activités spécifiques, qu'elles sont donc à ce titre responsables de l'exploitation contrefaisante du film en question, qu'elles ne sauraient se retrancher utilement derrière les stipulations du contrat de service qu'elles ont conclu en 2004, lequel est inopposable aux tiers, et qu'indépendamment de sa qualité d'éditeur, la responsabilité délictuelle de la société GOOGLE France est engagée devant la juridiction civile pour avoir, à un titre quelconque, concouru à la réalisation du préjudice qu'elles ont subi.

Considérant qu'il n'est pas contesté que tous les sites 'google' dans le monde, quelles qu'en soient les extensions nationales, sont la propriété exclusive de la société de droit californien GOOGLE Inc. et que celle-ci est titulaire du nom de domaine 'www.google.fr' donnant accès à un site hébergé sur des serveurs qui lui appartiennent et qui sont situés en Californie ;

Qu'il est en outre constant que la société GOOGLE Inc. exploite personnellement le site Google Vidéo France et sous-traite désormais le service des plaintes relatives à l'exploitation de ce service à la société GOOGLE Ireland Ltd qui fut substituée dans cette mission à la société GOOGLE France en 2004 ;

Que les sociétés GOOGLE affirment que la société GOOGLE France ne déploie qu'une activité de sous-traitant en charge d'une mission d'assistance auprès de la clientèle française, qu'elle n'a, en vertu du contrat de service conclu entre les deux sociétés en 2004, reçu aucun pouvoir, notamment de représentation, et que, par conséquent, la société GOOGLE Inc. demeure seule responsable de l'exécution du service Google Vidéo sur le territoire français à partir du site litigieux www.video.google.fr.

Considérant, cependant, qu'il ressort du procès-verbal de constat dressé à la requête de la société BAC FILMS par l'APP que les 'adresses de contact affichées sur le site' litigieux sont celles de la société GOOGLE Inc. et de la société GOOGLE France, sans distinction d'attributions ;

Que dans le cadre de sa mission d'assistance, la société Google France exerce à tout le moins une activité de promotion et de conseils pour favoriser la diffusion et aider au fonctionnement du service Google Vidéo France incriminé y compris dans son activité de moteur de recherche ;

Qu'il s'ensuit que son activité, à supposer qu'elle soit limitée à ce qu'elle expose être la sienne, justifie son maintien dans la cause ;

Que le jugement entrepris sera donc infirmé en ce qu'il a prononcé sa mise hors de cause.

Sur la responsabilité des sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France :

Considérant que, formant appel incident, les intimées dénie aux sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France le statut d'hébergeur que celles-ci revendiquent aux motifs que ces sociétés exercent à la fois une prestation de stockage des données et un service de communication au public en ligne de ces données auquel le régime dérogatoire prévu par l'article 6.I.2 de la loi du 21 juin 2004 ne s'étend pas ; qu'elles soutiennent en outre que les prestations que les sociétés GOOGLE fournissent ne se limitent pas à une fonction d'intermédiaire technique, que son examen révèle que le site www.video.google.fr est un site complexe semblable à un portail où les services et prestations qui y sont offerts dépassent largement le simple stockage de données et où GOOGLE intervient sur les contenus qu'elle fédère dans un cadre marchand ; qu'elle assure ainsi une prise de contrôle juridique des contenus fournis par les internautes, joue un rôle actif dans le traitement des contenus dont elle fait une exploitation commerciale ;

Que les intimées soutiennent, par ailleurs, qu'en ne se contentant pas d'indexer des liens qui permettent d'accéder aux sites tiers concernés mais en proposant sur le site litigieux la mise en ligne de contenus sous forme de fichiers directement 'uploadés' par les internautes et un visionnage du film en cause directement dans la page de résultats, les sociétés GOOGLE fournissent des prestations qui excèdent celles d'un simple moteur de recherche.

Considérant que la société GOOGLE Inc. soutient au contraire que c'est à bon droit que lui a été reconnu le statut d'hébergeur au sens de l'article 6.I.2 de la loi du 21 juin 2004, que, contrairement à ce qu'affirment les intimées, elle n'avait aucun contrôle sur les contenus mis en ligne par les utilisateurs ; qu'à cet égard, les informations et services complémentaires qu'elle fournissait au public étaient générés automatiquement et n'avaient aucune incidence sur la nature de son rôle, lequel, technique, était purement passif ; que sa responsabilité a été justement écartée pour avoir fait retirer la vidéo litigieuse dès qu'elle en a eu connaissance ; qu'elle a respecté ses obligations de prestataire de stockage ;

Qu'elle conteste en revanche être tenue à une obligation de surveillance particulière, à partir du moment où elle a eu connaissance du caractère illicite du contenu ; que, selon elle, la première notification du contenu manifestement illicite n'entraînait pas pour elle une obligation de procéder à une surveillance et à un filtrage de ce contenu pour l'avenir ; qu'elle ajoute avoir volontairement et de sa propre initiative mis en place de nombreux mécanismes afin de lutter contre les contenus illicites mais qu'une coopération efficace des ayants droit s'avère nécessaire pour prévenir la mise en ligne future de copies non autorisées du film litigieux ;

Que, s'agissant de son activité de moteur de recherche, la société GOOGLE Inc. soutient que les recherches étant effectuées de manière continue et automatisée, elle est étrangère aux contenus des sites référencés et que la fonctionnalité de visualisation - proposée à l'époque des faits - des vidéos sur la page de résultats du moteur de recherche Google Vidéo n'a pas d'incidence sur le régime de responsabilité applicable puisque une vidéo indexée ne transitait pas par les serveurs de Google.

Considérant, ceci exposé, qu'il n'est pas contesté qu'en raison de la nature du service en cause, le présent litige doit être examiné au regard de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, laquelle, transposant la directive CE n° 2000/31 du 8 juin 2000 relative au commerce électronique, organise, s'agissant de l'activité d'hébergement, un régime de responsabilité spécifique au profit des personnes qui assurent la prestation de stockage.

Considérant que l'article 6.I.2 de la loi du 21 juin 2004, qui doit être interprété à la lumière de la directive susvisée dont il transpose l'article 14, dispose : *'Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles 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 en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.'* ;

Qu'il convient d'observer que le considérant 42 de ladite directive précise que *'les dérogations en matière de responsabilité prévues par [cette] directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication (...)'* et *'revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées'* ;

Qu'il y a donc lieu, afin de déterminer si la responsabilité des sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France peut être limitée en application de l'article 6.I.2 de la loi du 21 juin 2004, de rechercher si, au vu des critères ainsi définis, le rôle qu'elles exercent tant au titre de leur activité de stockage de la vidéo reproduisant le film documentaire «L'affaire Clearstream» fournie par des utilisateurs qu'au titre de leur activité de moteur de recherche, est neutre par rapport aux informations qu'elles stockent.

Considérant que le fait d'accompagner le service de mise à disposition de vidéos à la demande des utilisateurs, par l'offre à ces derniers d'une assistance technique et par la fourniture d'un lecteur multimédia, des moyens techniques destinés à en assurer un bon fonctionnement ne caractérise pas, au vu des pièces produites, une intervention active, au sens des dispositions précitées, sur les contenus stockés ;

Que, de même, la valorisation par les sociétés GOOGLE du site Google Vidéo France par la commercialisation de liens publicitaires dans le cadre d'un échange marchand entre leurs interlocuteurs professionnels et les internautes et l'offre faite à ceux-ci de participer à l'évaluation qualitative des uvres ainsi qu'à un forum de discussion par la fonction 'commentaires', dès lors qu'elles n'induisent pas une capacité d'action du service Google Vidéo sur les contenus mis en ligne, répondent à l'exigence de neutralité telle que définie ci-dessus ; qu'il n'est en outre justifié d'aucune corrélation entre le financement du site par les annonces publicitaires et la mise en ligne des contenus opérée par les internautes sur lesquels ni les annonceurs ni les sociétés GOOGLE n'ont d'influence ;

Que, pas plus, les services complémentaires et informations tels que le calcul des connexions opérées, les outils de classement des vidéos, notamment par genre, pour faciliter la recherche de l'utilisateur, dans la mesure où ils sont générés automatiquement, ne sont-ils de nature à constituer une intervention active du service sur les contenus eux-mêmes ;

Qu'enfin, l'article 2.2 des conditions d'utilisation du programme 'Google Vidéo Upload' auquel les intimées font référence pour prétendre à une prise de contrôle juridique par les sociétés GOOGLE des contenus fournis par les internautes et, par conséquent, à un rôle actif exclusif d'une simple activité de prestataire technique de stockage, s'il prévoit la concession d'une 'licence non exclusive [au profit de la société GOOGLE], sans contrepartie financière, aux fins de copier, héberger(...), stocker en mémoire cache ou autrement, (...), transmettre, (...), modifier, adapter, (...), reformater, réaliser des extraits, (...), communiquer et mettre à disposition (pour streaming ou téléchargement) le contenu autorisé (...)', doit s'interpréter à la lecture de l'article 1.3 qui stipule que l'utilisateur '[doit] être autorisé à utiliser toutes les données (personnelles ou autres), images, musiques et tout autre contenu, quelle qu'en soit la nature, inclus dans [son] contenu autorisé (...), et être autorisé à concéder les droits concédés au titre du présent contrat' et de l'article 3.1 qui dispose que l'utilisateur est responsable de l'obtention des autorisations nécessaires ;

Que, dès lors qu'il concerne des droits de propriété intellectuelle que l'utilisateur est autorisé à concéder en licence, ce programme s'inscrit dans la relation contractuelle entre les sociétés GOOGLE et l'utilisateur qui permettra à celles-là d'effectuer elles-mêmes les mises en ligne après les modifications éventuellement apportées aux contenus ; qu'il est donc étranger au service de stockage qui suppose que la mise en ligne des contenus a été effectuée directement par l'utilisateur, sans intervention des sociétés GOOGLE ;

Que, par ailleurs, s'agissant de l'activité de moteur de recherche, il convient de relever que cette fonction permet, grâce à la constitution d'index à partir d'informations qui sont détectées, identifiées, indexées et compilées par un processus entièrement automatisé, sans aucune intervention ou révision par des personnes humaines, d'afficher des liens vers le site d'un opérateur économique par la sélection de mots-clés ; qu'en raison de l'automatisme de cette fonction, le résultat de la recherche qui conduit aux contenus mis en ligne n'établit pas pour autant que le service Google Vidéo a exercé un contrôle actif sur lesdits contenus ; que, par ailleurs, la rémunération de ce service de référencement est sans incidence au regard des critères précités.

Considérant, dans ces conditions, qu'abstraction faite de tout autre moyen surabondant, le rôle exercé par les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France, aussi bien dans leur activité de prestataires de service de stockage de vidéos reçues de tiers que dans leur service de référencement, répond aux exigences de neutralité dégagées par la directive européenne et leur permet, à ce titre et sous réserve de limiter leur activité d'intermédiaire technique à la seule prestation d'hébergement - ce qu'il y aura lieu d'apprécier ci-après -, de bénéficier du régime spécifique de responsabilité résultant de l'article 6.I.2 de la loi du 21 juin 2004 qui repose sur le principe selon lequel ce prestataire est réputé ne pas avoir a priori connaissance du caractère illicite des contenus qu'il stocke mais engage sa responsabilité dès lors que, malgré la connaissance effective du caractère illicite d'un contenu, il n'a pas agi promptement aux fins de le retirer ou d'en empêcher l'accès.

Considérant que l'article 6.I.5 de cette loi énonce les éléments qui doivent être notifiés pour que la connaissance des faits litigieux soit présumée acquise par les personnes désignées à l'article 6.I.2.

Considérant que les sociétés GOOGLE font valoir qu'ayant été informées de la présence du fichier litigieux par un tiers, elles ont retiré le contenu incriminé sans avoir reçu de notification; qu'elles ont donc agi promptement et que, n'étant pas tenues d'une obligation de surveillance générale, aucun reproche ne peut leur être fait.

Considérant que, s'il n'a pas été procédé à l'envoi d'une notification conforme aux prescriptions de l'article 6.I.5 de la loi du 21 juin 2004, il y a lieu, toutefois, de relever que les sociétés GOOGLE reconnaissent avoir été averties, à l'occasion de la négociation d'un partenariat avec un tiers le 23 février 2007, du fait que la vidéo en question reproduisait un contenu protégé et que sa mise en ligne n'avait pas été autorisée par le titulaire des droits ; qu'elles sont donc présumées avoir eu connaissance à cette date ou, en tout état de cause, à la délivrance de l'assignation valant mise en

demeure le 28 février 2007, du caractère illicite des vidéos reproduisant le film documentaire «L'affaire Clearstream» mises en ligne sur le site Google Vidéo France par des utilisateurs ;

Qu'il appartenait, par conséquent, aux sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France non seulement de retirer la vidéo signalée des liens qu'elles avaient identifiés, ce qu'elles ont fait promptement le jour même et ce qui n'impliquait pas nécessairement la suppression des adresses *url*, mais également de mettre en 'uvre tous les moyens techniques, dont elles ne contestent pas disposer, en vue de rendre l'accès à ce contenu impossible, et ce, sans pouvoir exiger des ayants droit une intervention active par la remise d'une empreinte de l'uvre, notamment ;

Qu'en outre, le moyen tiré de l'article 6.I.7 de la loi du 21 juin 2004, selon lequel le prestataire n'est pas soumis '*à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites*', est inopérant dès lors qu'il ne leur est pas demandé d'exercer un contrôle préalable des vidéos librement mises en ligne par les utilisateurs du site Google Vidéo France mais qu'il leur est fait grief, en l'espèce, d'avoir omis de rendre l'accès impossible au documentaire litigieux après avoir eu connaissance du caractère attentatoire aux droits des sociétés BAC FILMS et THE FACTORY et des auteurs Denis ROBERT et Pascal LORENT, des vidéos le reproduisant dont elle assure le stockage ; que, par conséquent, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer dans l'attente de l'arrêt qui doit être rendu par la Cour de justice de l'Union européenne saisie d'une question préjudicielle dans l'affaire Sabam / NetLog ;

Que, par ailleurs, dès lors que le contenu de la vidéo et les droits de propriété intellectuelle y afférents sont identiques, est dénué de pertinence l'argument selon lequel chaque remise en ligne, fût-elle imputable à des utilisateurs différents, constitue un fait nouveau nécessitant une notification distincte.

Considérant qu'il ressort des constats dressés par huissier de justice les 25 février et 16 septembre 2008 et des captures d'écran réalisées les 17 mars et 15 septembre 2008 que des vidéos reproduisant le film documentaire «L'affaire Clearstream» se trouvaient mis en ligne sur le site Google Vidéo France, à la disposition des internautes ;

Que c'est donc à tort que les premiers juges ont considéré que les constatations postérieures au procès-verbal du 25 janvier 2007 n'avaient pas fait apparaître la vidéo du film en cause et que la responsabilité de la société GOOGLE n'était donc pas engagée en sa qualité d'hébergeur.

Considérant que, faute pour elles d'avoir accompli les diligences nécessaires en vue de rendre impossible une nouvelle mise en ligne dudit documentaire déjà signalé comme illicite, les sociétés GOOGLE ne peuvent se prévaloir du régime instauré par l'article 6.I.2 de la loi du 21 juin 2004 et voient en conséquence leur responsabilité civile engagée de ce chef dans les termes du droit commun de la contrefaçon, sur le fondement des articles L.335-3 et L.335-4 du code de la propriété intellectuelle.

Considérant, par ailleurs, qu'il ressort du procès-verbal de constat dressé le 25 janvier 2007 par l'APP, des procès-verbaux de constat d'huissier de justice dressés les 25 février et 16 septembre 2008 et des captures d'écran réalisées les 17 mars, 15 septembre, 29 septembre et 9 décembre 2008 que la vidéo du film «L'affaire Clearstream» était disponible sur le site Google Vidéo France, par un lien indexé provenant, notamment, des sites Dailymotion et YouTube, et visionnable directement sur la page de résultat du site Google Vidéo France par un simple clic sur le lien 'lecture en continu' ou 'regarder cette vidéo sur dailymotion.com' ou encore 'regarder sur YouTube' ;

Qu'il ressort des pièces précitées que par l'utilisation de la fonction moteur de recherche, l'internaute a obtenu l'apparition de liens vers d'autres sites mettant à disposition la vidéo litigieuse dans des conditions, au demeurant pas nécessairement illicites, et que les sociétés GOOGLE lui offrent la possibilité par un simple clic, à partir de ces liens, de visionner ledit film sur leur propre site Google Vidéo grâce à l'ouverture d'une fenêtre ;

Que, ce faisant, les sociétés GOOGLE ne proposent pas à l'internaute un accès au contenu mis en ligne par des utilisateurs, dont elles assurent elles-mêmes le stockage, mais mettent en 'uvre une

fonction active qui, s'ajoutant aux liens hypertextes, leur permet de s'accaparer le contenu stocké sur des sites tiers afin d'en effectuer la représentation directe sur leurs pages à l'intention de leurs propres clients, distincts de ceux des sites tiers ; qu'ainsi, elles excèdent, dans leur service de référencement, les limites de l'activité d'hébergement ;

Que le régime de responsabilité institué par l'article 6.I.2 de la loi du 21 juin 2004 étant un régime dérogatoire, doit s'interpréter strictement dans les limites de l'exception qu'il définit ; qu'il en résulte que la responsabilité des sociétés GOOGLE dans les faits ci-dessus constatés ne doit pas être appréciée au regard de l'article précité mais sur le fondement du droit commun.

Considérant qu'en assurant elles-mêmes sur le site Google Vidéo la représentation de la vidéo reproduisant le film documentaire «L'affaire Clearstream», sans l'autorisation préalable des sociétés BAC FILMS et THE FACTORY, les sociétés GOOGLE portent atteinte aux droits dont ces dernières sont titulaires sur l'œuvre précitée en vertu des articles L. 132-24 et L. 215-1 du code de la propriété intellectuelle ;

Qu'il s'ensuit que les actes de contrefaçon invoqués par les intimées sont caractérisés par application des articles L. 335-3 et L. 335-4 du même code, observation faite que la bonne foi dont se prévalent les sociétés GOOGLE est inopérante en matière de contrefaçon devant la juridiction civile.

Considérant, dans ces conditions, que le jugement sera infirmé en ce qu'il n'a pas retenu la responsabilité des sociétés GOOGLE de ce chef.

Sur les actes de parasitisme :

Considérant que la société THE FACTORY fait grief à ce titre aux sociétés GOOGLE d'avoir mis en place un système qui repose sur une confusion sciemment entretenue entre les contenus payants et/ou promotionnels, et/ou publicitaires et les contenus gratuits, le plus souvent amateurs mais également professionnels comme en témoigne la présence, en accès gratuit, du film «L'affaire Clearstream» sur le site Google Vidéo France ; qu'elle dénonce le fait que les contenus vidéo professionnels ainsi mis gratuitement à disposition sont de nature à drainer toujours plus d'internautes vers le site précité et les sites affiliés ; qu'il y a, selon elle, par un tel procédé, un acte de parasitisme fautif, les sociétés GOOGLE bénéficiant indûment des investissements créatifs et financiers réalisés par les sociétés intimées pour les besoins de la réalisation, de la production et de l'exploitation dudit film.

Mais considérant que la société THE FACTORY ne fait pas état de faits distincts des actes incriminés engageant la responsabilité des sociétés GOOGLE sur le fondement de la loi du 21 juin 2004 et de la contrefaçon ;

Qu'il sera donc ajouté au jugement qui a omis de statuer de ce chef, en rejetant la demande formée au titre des actes de parasitisme par la société THE FACTORY.

Sur les mesures réparatrices :

Considérant que, pour les motifs sus énoncés se substituant à ceux des premiers juges, la mesure d'interdiction, qui est adaptée à la nature des différents actes incriminés, sera confirmée en son principe, et ce, selon les modalités fixées au dispositif ci-après, peu important que les sociétés GOOGLE aient apporté certaines modifications à leur activité d'hébergement et d'indexation des vidéos ;

Que, contrairement à ce que prétendent les sociétés GOOGLE, cette mesure ne leur impose aucune obligation de surveillance générale préalable sur le contenu de l'œuvre en cause dont le caractère illicite leur a déjà été révélé ;

Qu'il sera en outre relevé qu'elle n'est pas incompatible avec leur activité moteur de recherche dès lors que l'automatisme de l'indexation par des liens vers des sites tiers ne les conduit pas nécessairement à proposer la fonction de visionnage sur leur propre site, en sorte que l'argument selon lequel la technologie d'identification vidéo par empreintes dont elles disposent n'est pas applicable à des vidéos ne transitant pas par leurs serveurs est dénué de pertinence.

Considérant qu'il ressort des procès-verbaux de constat d'huissier des 25 février et 16 septembre 2008 ainsi que des captures d'écran réalisées les 17 mars, 15 septembre, 29 septembre et 9 décembre 2008 que la vidéo du film «L'affaire Clearstream» était toujours disponible, par extraits ou dans son intégralité ; qu'il sera rappelé que ces vidéos avaient été visionnées 499 fois à la date du procès-verbal de constat de l'APP du 25 janvier 2007, 733 fois à la date du 23 février 2007 et 120 fois en trois mois à la date de la capture d'écran du 17 mars 2008 ; que, dans la mesure où tous les visionnages ne se seraient pas traduits par des achats, il convient d'accorder aux intimées la somme globale de 100 000 euros en réparation de leur préjudice, ces sociétés faisant leur affaire personnelle de la répartition entre elles des dommages et intérêts alloués.

Considérant que la diffusion sur le site Google Vidéo n'étant pas de nature à banaliser le film ni à porter atteinte à la réputation professionnelle des sociétés intimées, ces dernières n'apportent pas la preuve qu'elles ont subi un préjudice professionnel et d'image qui mériterait réparation; que la demande de dommages et intérêts formée à ce titre sera donc rejetée.

Considérant, enfin, qu'il convient d'ordonner une mesure de publication sur le site en cause, sur la page d'accueil du moteur de recherche Google ainsi que dans des journaux ou magazines dans les termes du dispositif ci-après.

Sur les frais et dépens :

Considérant que les sociétés GOOGLE qui succombent seront condamnées aux dépens de première instance et d'appel, lesquels ne comprennent pas les frais de constat ;

Que l'équité commande en outre de les condamner à verser, au titre des frais irrépétibles, la somme de 12 000 euros à la société BAC FILMS, afin de tenir compte des frais de constat qu'elle a engagés, et de 8 000 euros à la société THE FACTORY ;

Que le jugement entrepris sera donc infirmé de ces chefs, observation faite que le dispositif était contraire aux motifs.

PAR CES MOTIFS,

Infirme le jugement entrepris sauf en ce qu'il a prononcé une mesure d'interdiction et sauf à modifier l'étendue de cette dernière ;

Statuant à nouveau des chefs infirmés et y ajoutant,

Maintient la société GOOGLE France dans la cause ;

Dit que les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France, qui n'ont pas accompli les diligences nécessaires en vue de rendre impossible une nouvelle mise en ligne du film documentaire intitulé «L'affaire Clearstream (racontée à un ouvrier de chez Daewoo)» déjà signalé comme illicite, ne peuvent se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue à l'article 6.I.2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et engageant à ce titre leur responsabilité civile ;

Dit qu'en offrant la possibilité aux internautes de visionner directement sur les pages du site Google Vidéo France la vidéo reproduisant le film documentaire «L'affaire Clearstream (racontée à un ouvrier de chez Daewoo)» mise en ligne sur des sites tiers, les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France ont en outre commis des actes de contrefaçon des droits dont les sociétés BAC FILMS et THE FACTORY sont titulaires ;

En conséquence,

Condamne in solidum les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France à payer aux sociétés BAC FILMS et THE FACTORY la somme de 100 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de leur préjudice patrimonial, ces sociétés faisant leur affaire personnelle de la répartition entre elles des dommages et intérêts alloués ;

Ordonne la publication du dispositif du présent arrêt pendant trente jours consécutifs à compter d'un mois de sa signification, en partie supérieure de la page d'accueil du site Google Vidéo France et de la page d'accueil du moteur de recherche Google, dans un format correspondant à 1/4 de page, en caractères gras se détachant du fond de la page et d'une taille suffisante pour recouvrir intégralement la surface réservée à cet effet ;

Autorise la publication du dispositif de cet arrêt, dans trois journaux au choix des sociétés BAC FILMS et THE FACTORY et aux frais avancés des sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France, sans que le coût, à la charge de celles-ci, ne puisse excéder 5 000 euros hors taxes par insertion ;

Rejette la demande de dommages et intérêts pour préjudice professionnel et d'image ;

Rejette les demandes formées au titre des actes de parasitisme par la société THE FACTORY ;

Condamne in solidum les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France à payer, sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, la somme de 12 000 euros à la société BAC FILMS et la somme de 8 000 euros à la société THE FACTORY ;

Condamne in solidum les sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France aux dépens de première instance et d'appel dont recouvrement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT