

Grosses délivrées REPUBLIQUE FRANCAISE

aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

**COUR D'APPEL DE PARIS**

**Pôle 5 - Chambre 1**

**ARRET DU 14 DECEMBRE 2011**

(n° 308, 9 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **10/04481**.

Décision déferée à la Cour : Jugement du 25 Novembre 2008 - Tribunal de Grande Instance de PARIS 3ème Chambre 1ère Section - RG n° 08/13347.

**INTERVENANT VOLONTAIRE COMME TEL APPELANT :**

**Maître Cosme ROGEAU**

ès qualités de liquidateur judiciaire de la SA WIZZGO,

demeurant 26 rue Hoche 78000 VERSAILLES,

représenté par la SCP ALAIN RIBAUT ET VINCENT RIBAUT, avoués à la Cour,

assisté de Maître Marc SCHULER plaidant pour le Cabinet NIXON PEABODY, avocat au barreau de PARIS, toque R 291.

**INTIMÉES :**

**- SA METROPOLE TELEVISION**

prise en la personne de ses représentants légaux,

ayant son siège 89 avenue Charles de Gaulle 92200 NEUILLY SUR SEINE,

**- S.N.C. EDI TV (W9)**

prise en la personne de ses représentants légaux,

ayant son siège 89 avenue Charles de Gaulle 92200 NEUILLY SUR SEINE,

**- S.A.S M6 WEB**

prise en la personne de ses représentants légaux,

ayant son siège 89 avenue Charles de Gaulle 92200 NEUILLY SUR SEINE,

**- S.A.S STUDIO 89 PRODUCTIONS**

prise en la personne de ses représentants légaux,

ayant son siège 89 avenue Charles de Gaulle 92200 NEUILLY SUR SEINE,

**- SA C PRODUCTIONS**

prise en la personne de ses représentants légaux,

ayant son siège 89 avenue Charles de Gaulle 92200 NEUILLY SUR SEINE,

représentées par la SCP BOMMART FORTSER FROMANTIN, avoués à la Cour,

assistées de Maître Nicolas BRAULT du Cabinet WATRIN BRAULT, avocat au barreau de PARIS, toque J 46.

**INTIMÉES :**

**- SA TELEVISION FRANCAISE 1 (TF1)**

prise en la personne de son Président directeur général,

ayant son siège social 1 quai du Point du Jour 92100 BOULOGNE BILLANCOURT,

**- S.A.S TF1 VIDEO**

prise en la personne de son Président,

ayant son siège social 1 quai du Point du Jour 92100 BOULOGNE BILLANCOURT,

**- S.A.S e-TF1**

prise en la personne de son Président,

ayant son siège social 1 quai du Point du Jour 92100 BOULOGNE BILLANCOURT,

représentées par Maître Dominique OLIVIER, avoué à la Cour,

assistées de Maître Benoît PILLOT collaborateur de Maître Olivier SPRUNG du Cabinet CBR, avocat au barreau de PARIS, toque R 139.

**INTIMÉE :**

**S.A.S NT1**

prise en la personne de ses représentants légaux,

ayant son siège social 1 quai du Point du Jour 92100 BOULOGNE BILLANCOURT,

représentée par la SCP Michel GUIZARD, avoués à la Cour,

assistée de Maître Danielle ELKRIEF plaissant pour le Cabinet CDE, avocat au barreau de PARIS, toque D 1103.

**INTERVENANTE VOLONTAIRE COMME TELLE INTIMÉE :**

**SAS AB DROITS AUDIOVISUELS venant aux droits de la S.A.S PANORAMA**

prise en la personne de son représentant légal,

ayant son siège social 132 avenue du Président Wilson 93210 LA PLAINE SAINT DENIS,

représentée par la SCP Michel GUIZARD, avoués à la Cour,

assistée de Maître Danielle ELKRIEF plaissant pour le Cabinet CDE, avocat au barreau de PARIS, toque D 1103.

**COMPOSITION DE LA COUR :**

L'affaire a été débattue le 19 octobre 2011, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur Didier PIMOULLE, Président,

Madame Brigitte CHOKRON, Conseillère,

Madame Anne-Marie GABER, Conseillère,

qui en ont délibéré.

**Greffier** lors des débats : Madame Sandra PEIGNIER.

**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 Didier PIMOULLE, président, et par Monsieur Truc Lam NGUYEN, greffier présent lors du prononcé.

Vu l'appel interjeté le 5 décembre 2008 par la société WIZZGO (SA), du jugement rendu le 25 novembre 2008 par le tribunal de grande instance de Paris statuant dans le litige l'opposant aux sociétés METROPOLE TELEVISION (SA), EDI TV W9 (SNC), M6 WEB (SAS), STUDIO 89 PRODUCTIONS (SAS), C.PRODUCTIONS (SA), TF1 (SA), TF1 VIDEO (SAS), e-TF1 (SAS), NT1 (SAS), PANORAMA (SAS) ;

Vu les ultimes écritures de Me Cosme ROGEAU, ès qualités de liquidateur judiciaire de la société appelante WIZZGO, significées le 28 septembre 2011 ;

Vu les dernières conclusions des sociétés intimées METROPOLE TELEVISION, EDI TV W9, M6 WEB, STUDIO 89 PRODUCTIONS, C. PRODUCTIONS, significées le 28 juin 2011 ;

Vu les dernières conclusions des sociétés intimées TF1, TF1 VIDEO, e-TF1, significées le 21 septembre 2011 ;

Vu les dernières écritures des sociétés intimées NT1 et AB DROITS AUDIOVISUELS (SAS), cette dernière venant aux droits de la société PANORAMA, significées le 27 septembre 2011 ;

Vu l'ordonnance de clôture prononcée le 11 octobre 2011 ;

**SUR CE, LA COUR** :

Considérant qu'il est expressément renvoyé, pour un exposé complet des faits de la cause et de la procédure, au jugement déferé et aux écritures des parties ;

Qu'il suffit de rappeler que la société WIZZGO, créée en 2006 et aujourd'hui en liquidation judiciaire, a mis à la disposition du public à compter du mois de mai 2008, un service gratuit, accessible à l'adresse [www.wizzgo.com](http://www.wizzgo.com), de magnétoscope numérique en ligne permettant le téléchargement, sur l'ordinateur de l'utilisateur du service, des programmes des 18 chaînes nationales de la télévision numérique terrestre (TNT) ;

Que les sociétés METROPOLE TELEVISION, EDI TV W9, M6 WEB, STUDIO 89 PRODUCTIONS, C. PRODUCTIONS, ci-après désignées 'les sociétés du groupe M6', ayant vainement mis en demeure la société WIZZGO, les 13 et 19 juin 2008, de cesser d'exploiter des programmes sur lesquels elles sont titulaires de droits de propriété intellectuelle, l'ont assignée en référé devant le tribunal de grande instance de Paris et obtenu par ordonnance du 6 août 2008 qu'il

lui soit fait interdiction sous astreinte de proposer au public à l'adresse [www.wizzgo.com](http://www.wizzgo.com) le téléchargement des programmes diffusés sur les chaînes M6 et W9 ;

Que les sociétés TF1, TF1 VIDEO, e-TF1, ci-après désignées 'les sociétés du groupe TF1', et la société NT1 ont également obtenu du juge des référés, respectivement par ordonnance du 6 novembre 2008 et du 10 novembre 2008, une mesure d'interdiction sous astreinte pour les programmes leur appartenant ;

Que la société WIZZGO ayant, dans ces circonstances, assigné à jour fixe les sociétés du groupe M6 devant le tribunal de grande instance de Paris aux fins de se voir indemnisée, à titre provisionnel, du préjudice subi des suites des mesures d'interdiction prononcées à son encontre, les sociétés du groupe TF1 d'une part, puis les sociétés NT1 et PANORAMA d'autre part, sont intervenues volontairement à l'instance au côté des sociétés défenderesses pour former reconventionnellement des demandes en contrefaçon de leurs droits de propriété intellectuelle et en concurrence déloyale, les sociétés METROPOLE TELEVISION et M6 WEB invoquant au surplus une atteinte à leurs droits sur la marque W9 ;

Que le tribunal, par le jugement dont appel, a entre autres dispositions, déclaré recevable les interventions volontaires des sociétés du groupe TF1, NT1 et PANORAMA, refusé à la société WIZZGO le bénéfice des exceptions de copie transitoire et de copie privée et retenu à la charge de celle-ci des actes de contrefaçon pour avoir reproduit et communiqué au public, sans autorisation, des programmes produits et diffusés par les sociétés du groupe M6, les sociétés du groupe TF1, les sociétés NT1 et PANORAMA, prononcé des mesures d'interdiction sous astreinte ainsi que des mesures de publication sur internet et dans la presse papier, condamné la société WIZZGO à payer aux sociétés du groupe M6, ensemble, la somme de 230.478 euros pour l'exploitation illicite des programmes de la chaîne de télévision M6 outre la somme de 190.760 euros pour l'exploitation illicite des programmes de la chaîne de télévision W9, réservé la liquidation du préjudice des sociétés du groupe TF1 d'une part, des sociétés NT1 et PANORAMA d'autre part, dans l'attente de la production de pièces ordonnée à la société WIZZGO, dit que la société WIZZGO a contrefait la marque W9 et l'a condamnée de ce chef à payer à chacune des sociétés METROPOLE TELEVISION et M6 WEB la somme de 10.000 euros à titre de dommages-intérêts, rejeté les demandes en concurrence déloyale ;

Qu'il est constant que les mesures d'interdiction prononcées par les ordonnances de référé précitées et le jugement dont appel ont été exécutées ;

### **Sur l'atteinte aux droits d'auteur et droits voisins :**

Considérant que la société WIZZGO fait valoir que le fonctionnement de son service de magnétoscope numérique en ligne repose sur la génération successive de deux copies relevant chacune d'une exception au monopole des droits d'auteur et droits voisins : la copie transitoire et la copie privée, respectivement initiées par des personnes distinctes : la copie transitoire, par le Service, la copie privée par l'Utilisateur ;

Qu'elle explique à cet égard que l'internaute intéressé par le service accessible à l'adresse [www.wizzgo.com](http://www.wizzgo.com) doit télécharger sur le disque dur de son ordinateur le logiciel WIZZ, lequel permet l'interaction avec la plate-forme technologique de WIZZGO, puis, une fois le logiciel installé, procéder à son inscription en faisant saisir ses données personnelles et obtenir ainsi le compte utilisateur lui permettant de sélectionner, par cliquage sur le guide des programmes mis à sa disposition, le ou les programmes qu'il souhaite enregistrer ;

Qu'elle souligne que le clic opéré par l'Utilisateur a pour effet de générer l'enregistrement automatique du programme sélectionné, enregistrement qui sera crypté et stocké au sein de la plate-forme jusqu'à ce que l'utilisateur prenne l'initiative de le télécharger sur le disque dur de son ordinateur, ce qui aura pour effet de le décrypter au moyen du logiciel WIZZ attaché au compte personnel de l'Utilisateur ;

Qu'elle fait en conséquence observer que le Service crée une copie transitoire telle que définie aux articles L.122-5- 6° et L.211-3-5° du Code de la propriété intellectuelle en ce qu'elle est une partie

intégrante et essentielle d'un procédé technique à savoir la plate-forme technologique de WIZZGO, qu'elle a pour unique objet de permettre la transmission de l'oeuvre par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire et qu'elle est dénuée, enfin, de valeur économique propre puisque cryptée et inexploitable et ce, même si elle s'inscrit dans une activité économique financée par les recettes publicitaires ; que l'Utilisateur quant à lui, crée une copie privée telle que définie aux articles L.122-5-2° et L.211-3-2° du Code de la propriété intellectuelle en prenant l'initiative, avec des moyens lui appartenant en propre, ordinateur et logiciel, de réaliser le téléchargement et le décryptage subséquent de la copie transitoire, l'opération de téléchargement, caractérisant l'acte de reproduction au sens des dispositions précitées, ayant pour effet de faire disparaître la copie transitoire et de faire naître une copie privée exclusivement réservée à l'usage privé du copiste, ce dont ce dernier est amplement averti par les systèmes d'information et d'alerte mis en place par le Service ;

Qu'elle ajoute que les annonces publicitaires ne pas insérées dans les programmes, qu'elle ne tire aucun bénéfice direct de la copie privée et qu'elle ne peut en conséquence être regardée comme exerçant une activité d'éditeur ;

Qu'elle conclut de ces éléments que son service offre les mêmes prestations qu'un magnéscope traditionnel outre qu'il assure la traçabilité de la copie délivrée ainsi que l'identification de son utilisateur et que, pas plus qu'un magnéscope traditionnel, il ne porte atteinte à l'exploitation normale des programmes et aux intérêts légitimes des sociétés intimées ;

Mais considérant que les sociétés intimées, qui font valoir, sans être contredites sur ce point, qu'elles détiennent sur les programmes dont elles assurent la diffusion, des droits d'auteur outre des droits voisins d'artiste-interprète, de producteur et d'entreprise de communication audiovisuelle, opposent à juste titre à la société WIZZGO, sans contester le mode de fonctionnement du service tel que précédemment exposé, que les opérations de cryptage et de décryptage ne sont d'aucune incidence sur la nature du service qui consiste à réaliser une copie unique, laquelle n'est pas transitoire mais a vocation à être sauvegardée par l'utilisateur sur le disque dur de l'ordinateur ou sur tout autre support numérique pérenne, et ce, durant tout le temps nécessaire aux besoins de l'utilisateur, seul maître de la suppression du fichier, c'est-à-dire sans limitation de durée ;

Considérant en effet, que l'opération consistant pour l'utilisateur à décrypter une copie préalablement cryptée par le service, ne saurait être regardée comme générant une copie nouvelle, distincte de la copie initiale, mais au contraire, comme restituant dans un langage clair et dans sa forme première un contenu pré-existant ;

Que force est d'observer à cet égard que la société WIZZGO ne fournit aucune explication quant à la nécessité de passer par ces opérations de cryptage et de décryptage pour la transmission de l'enregistrement du service à l'utilisateur et se garde de soutenir que le fonctionnement du service serait entravé si ces opérations venaient à être supprimées ;

Qu'il s'en infère que le service ne génère qu'une seule et unique copie, créée par la société WIZZGO et destinée à l'utilisateur final lequel aura le loisir de la conserver, ce qui n'est pas démenti, sans limitation de durée ;

Que force est de relever encore que la copie opérée par le service est dotée d'une valeur économique propre dès lors qu'à chaque copie est attaché un utilisateur et que le montant des recettes publicitaires générées par le service sera directement lié au nombre des utilisateurs du service et au volume des copies réalisées pour le compte de ces utilisateurs ;

Considérant qu'il suit de ces éléments que la copie réalisée par la société WIZZGO ne répond pas à la définition ci-avant énoncée de la copie transitoire, qu'au surplus, la copie réalisée n'est pas destinée à l'usage du copiste mais à l'usage de l'utilisateur final ;

Que, par voie de conséquence, la société WIZZGO est mal fondée à se prévaloir tant de l'exception de copie transitoire que de l'exception de copie privée et ne saurait éluder les droits de propriété intellectuelle attachés aux programmes reproduits sans autorisation ;

Que le jugement déféré sera confirmé en ce qu'il a rejeté la demande de la société WIZZGO tendant à voir déclarer licite le service d'enregistrement des programmes des chaînes de télévision de la TNT accessible à l'adresse [www.wizzgo.com](http://www.wizzgo.com) et obtenir une indemnisation du préjudice subi des suites des mesures d'interdiction édictées à son encontre par voie de référé ;

#### **Sur l'atteinte aux droits de marque :**

Considérant que les sociétés METROPOLE TELEVISION et M6 WEB, font grief à la société WIZZGO d'avoir porté atteinte à leurs droits sur la marque semi-figurative française W9 n°3049751 déposée le 4 septembre 2000 en classes 9, 16, 25, 28, 35, 36, 38, 41 et 42, dont elles sont respectivement titulaire et licenciée, en la reproduisant en page d'accueil du site [www.wizzgo.com](http://www.wizzgo.com) sans y avoir été autorisée ;

Considérant que le procès-verbal de constat établi par huissier de justice le 11 juin 2008 montre en effet l'apparition de la marque W9 en page d'accueil du site précité avec à ses côtés le message publicitaire 'Gratuit enregistrez toute la TNT' ;

Considérant que la cour relève, à l'instar du tribunal que l'utilisation incriminée ne réside pas dans la reproduction de la marque sur la grille des programmes télévisuels mise à la disposition de l'utilisateur mais dans son appropriation par la société WIZZGO pour les seuls besoins de la promotion auprès du public du service offert et qu'en conséquence, loin d'avoir été utilisée par référence nécessaire à la chaîne de télévision qu'elle est appelée à désigner, la marque W9 a servi de marque d'appel en vue d'obtenir l'adhésion au service du plus grand nombre d'utilisateurs ;

Que la contrefaçon par reproduction de la marque est en conséquence caractérisée ;

#### **Sur la concurrence déloyale et parasitaire :**

Considérant que les sociétés intimées font grief à la société WIZZGO de tirer indûment bénéfice des investissements qu'elles réalisent en s'affranchissant des droits de propriété intellectuelle attachés aux programmes illicitement reproduits, de faire une concurrence déloyale au service de 'télévision de rattrapage' exploité par les sociétés du groupe M6 ainsi qu'aux services de télévision en ligne et de vidéo à la demande exploités par les sociétés du groupe TF1 ;

Mais considérant que le tribunal a exactement relevé par des motifs pertinents que la cour adopte que les faits invoqués au fondement de concurrence déloyale et parasitaire ne sont pas distincts de ceux retenus à la charge de la société WIZZGO du chef de la contrefaçon laquelle a précisément pour effet d'éluider le paiement des droits de propriété intellectuelle et de générer par là-même pour le contrefacteur un profit illicite ; que par ailleurs le fait d'entrer en concurrence avec les sociétés intimées en proposant des copies de leurs programmes ne constitue pas davantage un fait distinct de la contrefaçon laquelle se définit par la reproduction illicite d'une 'uvre protégée ;

Que le jugement entrepris sera en conséquence confirmé en ce qu'il a rejeté les demandes formées par les intimées au titre de la concurrence déloyale et parasitaire ;

#### **Sur les mesures réparatrices :**

Considérant que les mesures d'interdiction ordonnées par le tribunal, justifiées en leur principe et proportionnées dans les modalités seront purement et simplement confirmées ;

Considérant que la mesure de publication ordonnée par le tribunal n'est plus commandée par la nécessité de faire cesser les actes illicites et de prévenir leur renouvellement dès lors qu'il est constant que ces actes ont cessé et que leur renouvellement est compromis au regard de la liquidation judiciaire dont fait l'objet la société WIZZGO ; que le jugement déféré sera réformé en ce qu'il a prononcé une telle mesure ;

Considérant que les sociétés du groupe M6 ne contestent pas le montant des dommages-intérêts qui leur a été alloué tant au titre de la contrefaçon des droits d'auteur et droits voisins qu'au titre de la contrefaçon de la marque M6 au terme d'une juste appréciation par le tribunal, à laquelle la cour se

réfère expressément, du préjudice subi ; qu'il suffira de préciser que les créances des sociétés du groupe M6 seront fixées au passif de la liquidation judiciaire de la société WIZZGO ;

Considérant que la société TF1 fait valoir à juste titre, au vu des éléments d'information communiqués à la suite de l'injonction prononcée par les premiers juges, que le nombre de copies de programmes diffusés par TF1 transmises par la société WIZZGO aux utilisateurs du service s'est élevé à 560.074 euros, totalisant un nombre d'heures de 610.227 ;

Qu'elle demande à la cour de procéder à l'évaluation de son préjudice, à l'instar du tribunal pour le calcul de l'indemnisation forfaitaire des sociétés du groupe M6, par référence au prix moyen d'une vidéo à la demande, soit 2 euros TTC, appliquée au nombre de copies illicites ;

Considérant que la référence au prix moyen d'une vidéo à la demande est en effet pertinente en l'espèce et sera retenue par la cour pour le calcul de l'indemnité forfaitaire revenant à la société TF1 ;

Considérant qu'il sera fait droit en conséquence à la demande de la société TF1 tendant à se voir allouer la somme de 1.120.148 euros, qui sera fixée au passif de la liquidation judiciaire de la société WIZZGO ;

Considérant que la société NT1 expose pour sa part que les communications qui lui ont été faites le 22 novembre 1988 par le conseil de la société WIZZGO en exécution de l'injonction délivrée par le jugement dont appel révèlent que le nombre de copies des programmes de la société NT1 s'est élevé à 241.283 et sollicite également une indemnisation sur la base d'un montant forfaitaire de 2euros par copie ;

Qu'il sera fait droit à sa demande en lui allouant à titre compensatoire une somme de 482.566 euros qui sera fixée au passif de la liquidation judiciaire de la société WIZZGO ;

Considérant que le surplus des demandes des sociétés intimées tendant à voir la cour fixer au passif de la liquidation judiciaire de la société WIZZGO les condamnations prononcées à leur bénéfice au titre des dépens et des frais irrépétibles dans le cadre des procédures de référés les ayant opposées à la société WIZZGO sera rejeté ;

### **PAR CES MOTIFS,**

Confirme en ses dispositions soumises à la cour le jugement déferé sauf en ce qu'il a prononcé une mesure de publication judiciaire,

Statuant à nouveau du chef infirmé et y ajoutant,

Fixe au passif de la liquidation judiciaire de la société WIZZGO les créances :

1/ des sociétés METROPOLE TELEVISION, STUDIO 89 PRDUCTIONS et C.PRODUCTIONS, ensemble, à concurrence de 230.478 euros,

2/ des sociétés EDI TV, STUDIO 89 PRODUCTIONS et CPRODUCTIONS, ensemble, à concurrence de 190.760 euros,

3/ de la société METROPOLE TELEVISION, à concurrence de 10.000 euros,

4/ de la société M6WEB à concurrence de 10.000 euros,

5/ de la société TF1 à concurrence de 1.120.148 euros,

6/ de la société NT1 à concurrence de 482.566 euros ;

Rejette le surplus des demandes,

Condamne Me ROGEAU ès qualités de liquidateur de la société WIZZGO aux dépens de la

procédure d'appel qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile et à verser aux sociétés intimées ensemble une indemnité complémentaire 10.000 euros au titre des frais irrépétibles.

Le greffier, Le Président,