

Droit de l'immatériel

INFORMATIQUE | MÉDIAS | COMMUNICATION

Collection
LAMY
DROIT DE
L'IMMATÉRIEL

La Cour de cassation récidive...

Par Olivier PIGNATARI

Loi de finances rectificative pour 2008 –
Loi de finances pour 2009 (...)

Par Stéphanie MAURY

« Oracle/Faurecia Épisode 3 » : le retour en force
des clauses limitatives de réparation

Par Sandrine RAMBAUD

La Cour de cassation face à l'incrimination
d'injure à raison de l'orientation sexuelle

Par Lyn FRANÇOIS

L'offense au président de la République, un délit
toujours d'actualité ?

Par Ludovic BELFANTI

ANALYSES

Les réseaux de distribution et internet, un panorama
des évolutions récentes

Par Sophie ALMA-DELETTRE

L'affaire « wizzgo.com » (...)

Par Kami HAERI et Antoine BONNIER

ÉTUDES

États généraux de la presse (...)

Par Emmanuel DERIEUX

L'adoption au Sénat du projet de loi
« Création et internet » (...)

Par Mathieu COULAUD



Actualités

5 Créations immatérielles

ÉCLAIRAGES

- 6 > « Être et avoir »... *Much Ado About Nothing*
L'instituteur et ses cours mis hors de cour
Par Marianne SCHAFFNER, Alexandra ABELLO
et Grégory SROUSSI

- 10 > La Cour de cassation récidive...
Par Olivier PIGNATARI

- 14 > Loi de finances rectificative pour 2008 – Loi de finances pour 2009
La continuité sans changement
Par Stéphanie MAURY

ACTUALITÉS DU DROIT DES CRÉATIONS IMMATÉRIELLES

- 20 > Contrefaçon d'œuvres : l'aveu du prévenu ne suffit pas
- 21 > Conditions de protection par le droit d'auteur d'une œuvre photographique
- 22 > Propriété intellectuelle et compétence judiciaire : les précisions de la Cour d'appel de Paris
- 23 > Constitution d'une base de données non démontrée
- 25 > Exploitation de l'œuvre « *Les démons de minuit* » dans un medley constitutive d'une atteinte au droit moral des coauteurs
- 26 > Liens commerciaux et système *Adwords* : responsabilité de Google engagée

29 Activités de l'immatériel

ÉCLAIRAGES

- 30 > Adoption des projets de lois de réforme du statut de la communication audiovisuelle
Par Emmanuel DERIEUX
- 32 > « *Oracle/Faurecia Épisode 3* » : le retour en force des clauses limitatives de réparation
Par Sandrine RAMBAUD
- 36 > La Cour de cassation face à l'incrimination d'injure à raison de l'orientation sexuelle
Par Lyn FRANÇOIS
- 41 > L'offense au président de la République, un délit toujours d'actualité ?
Par Ludovic BELFANTI

ACTUALITÉS DU DROIT DES ACTIVITÉS DE L'IMMATÉRIEL

- 46 > Blocage provisoire par l'Afnic du nom de domaine < comtedeparis.fr >
- 50 > Santé et technologies : un opérateur de téléphonie mobile est condamné à démonter une antenne-relais
- 51 > Confirmation de la suspension de l'exclusivité d'Orange sur l'i-Phone
- 52 > Avances sur redevances dues en exécution d'un contrat d'artiste et garantie de l'AGS
- 53 > Le contrat de Gérald de Palmas requalifié à tort en contrat à durée indéterminée

Perspectives

ANALYSES

- 55 > Les réseaux de distribution et internet, un panorama des évolutions récentes
Par Sophie ALMA-DELETTRE
- 59 > L'affaire « *wizzgo.com* » ou comment évaluer désormais un préjudice économique né de la contrefaçon
Par Kami HAERI et Antoine BONNIER
- 63 > Huissiers de justice – La saisie-contrefaçon
Par Philippe RODHAIN

ÉTUDES

- 67 > États généraux de la presse Présentation commentée des aspects juridiques du « Livre vert »
Par Emmanuel DERIEUX
- 79 > Le conflit de droits entre les règles américaines de *e-discovery* et le droit européen de la protection des données à caractère personnel ... entre le marteau et l'enclume
Par Olivier PROUST et Cédric BURTON
- 85 > L'adoption au Sénat du projet de loi « *Création et internet* » : la confirmation d'une méthode de régulation consensuelle en propriété littéraire et artistique
Par Mathieu COULAUD

La Revue Lamy droit de l'immatériel actualise, dans sa première partie « Actualités », les deux ouvrages de la Collection Lamy droit de l'immatériel : le *Lamy droit de l'informatique et des réseaux* et le *Lamy droit des médias et de la communication*

> **Président d'honneur**
Jean FOYER (†) – Ancien ministre

> **Présidents**
Pierre SIRINELLI – Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne
Michel VIVANT – Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris

> **Judith ANDRÈS** – Avocat à la Cour

> **Valérie-Laure BENABOU**
Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin

> **Jean-Sylvestre BERGÉ** – Professeur à l'Université de Paris Ouest-Nanterre La Défense

> **Guy CANIVET** – Membre du Conseil constitutionnel

> **Alain CARRÉ-PIERRAT** – Président de la 4^e chambre A de la Cour d'appel de Paris

> **Lionel COSTES** – Directeur de la Collection Lamy droit de l'immatériel

> **Christian DERAMBURE** – Président de la CNCP

> **Joëlle FARCHY** – Maître de conférences à l'Université Jean Monnet – Paris XI

> **Christiane FÉRAL-SCHUHL** – Avocat au Barreau de Paris

> **Jean FRAYSSINET** – Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille

> **Luc GRYNBAUM** – Professeur à l'Université René Descartes – Paris V

> **Anne-Marie Laure LEROYER** – Professeur à l'Université Jean Monnet – Paris XI

> **André LUCAS** – Professeur à l'Université de Nantes

> **Marie-Françoise MARAIS** – Conseiller à la Cour de cassation – Président de la Commission des Inventeurs salariés

> **Alice PÉZARD** – Conseiller à la Cour de cassation

> **Lucien RAPP** – Professeur à l'Université de Toulouse – Avocat au Barreau de Paris

> **Thierry REVET** – Professeur à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne

> **Cyril ROJINSKY** – Avocat à la Cour

> **Michel TROMMETER** – Chercheur à l'UMR/GAEL de Grenoble

> **Gilles VERCKEN** – Avocat au Barreau de Paris

> **Pierre VÉRON** – Avocat au Barreau de Paris

> **Patrice VIDON** – Conseil en propriété industrielle

> **Bertrand WARUSFEL** – Avocat au Barreau de Paris
Professeur à l'Université de Lille II

Droit de lamy
l'immatériel
REVUE LAMY

WOLTERS KLUWER FRANCE
SAS au capital de 300 000 000 €
Siège social : 1, rue Eugène et Armand Peugeot
92856 Rueil-Malmaison cedex
RCS Nanterre 480 081 306

Directeur de la publication/Président Directeur Général de Wolters Kluwer France : Xavier Gandillot
Associé unique : Holding Wolters Kluwer France
Directrice de la rédaction : Hélène Alves
Directeurs scientifiques : Pierre Sirinelli et Michel Vivant
Rédacteur en chef : Lionel Costes (0176733289)
Rédactrice : Marlène Trézéguet (0176734292)
Réalisation PAO : Audrey Evard
Imprimerie : Delcambre – BP 389 – 91959 Courtaboeuf Cedex

N° Commission paritaire : 0212 T 86065

Dépôt légal : à parution

N° ISSN : 1772-6646

Parution mensuelle

Abonnement annuel : 457,41 € TTC (TVA 2,10 %)

Prix au numéro : 45,95 € TTC (TVA 2,10 %)

Information et commande : Tél. : 0825080800

Fax : 0176734809 – Internet : <http://www.lamy.fr>

Cette revue peut être référencée de la manière suivante : RLDI 2009/46, n° 1501 (année/n° de la revue, n° du commentaire)

 **Lamy**
une marque Wolters Kluwer

Les nouveaux moyens de lutte contre la contrefaçon réalisée sur internet font décidément beaucoup parler d'eux. Ceci n'est pas sans mettre en exergue le véritable malaise des acteurs économiques du secteur de la création confrontés simultanément à la baisse de la consommation et à la hausse de la contrefaçon.

L'affaire « wizzgo.com » ou comment évaluer désormais un préjudice économique né de la contrefaçon



Par Kami HAERI

Avocat à la Cour
Cabinet August & Debouzy



Par Antoine BONNIER

Avocat à la Cour
Cabinet August & Debouzy

La création, devenue désormais un bien numérique, a-t-elle encore un prix ? Vaste question à laquelle nous ne tenterons pas de répondre ici. En revanche, force est de constater les évolutions juridiques notables en la matière, prises pour renforcer les moyens de lutte contre la contrefaçon.

Outre l'adoption en cours du projet de loi « HADOPI » (1) s'agissant de l'endiguement du phénomène de masse que constitue le téléchargement illicite sur les réseaux P2P (2), projet qui ne manque pas

d'alimenter les débats entre internautes et ayants droit, il convient également de citer la loi de « lutte contre la contrefaçon » adoptée le 29 octobre 2007 (3), venant notamment consacrer le principe de l'existence d'une peine privée cantonnée au domaine de la propriété intellectuelle (4).

Les nouvelles sanctions financières issues de la loi du 29 octobre 2007 semblent avoir été appliquées pour la première fois dans la décision « Wizzgo ».

Les nouvelles sanctions financières issues de la loi du 29 octobre 2007 semblent avoir été appliquées pour la première fois dans la décision « Wizzgo » rendue par la 3^e chambre, 1^{re} section, du Tribunal de grande instance de Paris, en date du 25 novembre 2008, à propos d'une affaire dans laquelle s'opposait la société exploitante du site < wizzgo.com > aux sociétés du groupe M6 (II). Une occasion intéressante pour revenir sur ces nouvelles dispositions (I).

I. – RETOUR SUR LA LOI DU 29 OCTOBRE 2007 DE LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON

Depuis l'entrée en vigueur de la loi, transposant en droit français la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, les moyens de lutte contre la contrefaçon ont été sensiblement améliorés grâce à l'introduction en droit interne de nouvelles sanctions financières destinées à réparer les atteintes portées aux droits de propriété intellectuelle.

La loi a créé un nouvel article L. 331-1-3 au sein du Code de la propriété intellectuelle, permettant désormais au juge de prendre en compte un ensemble d'éléments d'ordre économique et moral pour fixer le montant des dommages et intérêts dus par le contrefacteur à l'ayant droit victime.

Le nouveau texte dispose désormais que : « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte. »

(1) Projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. (2) El Sayegh D., Le projet de loi Création et internet : une solution pour endiguer un phénomène de masse, *Légipresse* 2008, n° 256, II, p. 173 et s. (3) Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon. (4) Caron Ch., La loi du 29 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon, *JCP G* 2007, n° 46, I, 205.

Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte ».

Autrement dit, la victime d'un acte de contrefaçon peut désormais demander au juge de lui allouer à titre de dommages et intérêts, au choix :

- une somme dont le montant est calculé en fonction notamment du manque à gagner résultant des actes de contrefaçon et des bénéfices réalisés par le contrefacteur ;

ou

- une somme forfaitaire dont le montant est calculé en fonction de ce qu'aurait dû percevoir la victime si le contrefacteur avait obtenu l'autorisation d'exploiter l'œuvre protégée.

Or, traditionnellement en droit de la responsabilité civile, le montant du préjudice est uniquement calculé en référence à la victime elle-même (5). Désormais, le juge peut également prendre en considération les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits pour fixer les dommages et intérêts, voire même les fixer de manière forfaitaire. C'est pour cette raison, qu'à la suite de l'adoption de ce texte, certaines personnalités du monde juridique ont parlé pour la première fois de l'introduction en droit français des « *dommages intérêts punitifs* », même si ce terme n'a pas été officiellement retenu (6).

La décision « Wizzgo » rendue à propos d'un service de magnétoscope en ligne nous permet de constater la mise en œuvre pratique de ces dispositions nouvelles.

II. – UNE ILLUSTRATION DE L'APPLICATION EN DROIT FRANÇAIS DES « DOMMAGES INTÉRÊTS PUNITIFS » : LA DÉCISION « WIZZGO »

Le site internet < wizzgo.com > proposait aux internautes un service leur permettant d'obtenir gratuitement la copie des programmes des chaînes de la TNT, ceci en les téléchargeant simplement sur leur ordinateur. Autrement dit, la société faisait office de « *magnétoscope numérique online* ».

Mais, les sociétés du groupe M6, qui n'avaient pas donné leur accord, contestaient la licéité de cette exploitation. Celles-ci ont obtenu, dans un premier temps, une ordonnance du président du Tribunal de grande instance de Paris en date du 6 août 2006, faisant interdiction sous astreinte à la société Wizzgo de reproduire et mettre à disposition du public les programmes télévisés litigieux.

Estimant que cette interdiction était néfaste pour la viabilité de son projet, la société Wizzgo a alors – étonnamment – assigné à jour fixe les sociétés du groupe M6 afin de faire constater la licéité de ses services.

A. – Le rejet des exceptions pour copie privée et copie transitoire

La société demanderesse invoquait les exceptions de copie transitoire et de copie privée des articles L. 122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle pour justifier la licéité de son activité.

Désormais, le juge peut également prendre en considération les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits pour fixer les dommages et intérêts, voire même les fixer de manière forfaitaire.

S'agissant de l'exception pour copie privée, rappelons préalablement qu'elle n'est pas considérée comme un droit mais comme une simple exception (7). Ceci a été très récemment réaffirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 27 novembre 2008 (8) : « *la copie privée ne constitue pas un droit mais une exception légale au principe prohibant toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur* ».

Dès lors, et par voie de conséquence, si l'exception peut être opposée pour se défendre face à une poursuite, notamment en contrefaçon, elle ne peut « *être invoquée au soutien d'une action formée à titre principal* » (9).

En l'espèce, cette exception pour copie privée n'a pas été invoquée à titre principal par la société Wizzgo, mais en réponse à la demande reconventionnelle formée par les sociétés du groupe M6 « *tendant à obtenir des mesures d'interdiction ainsi que l'indemnisation du préjudice résultant de l'atteinte à leurs droits de propriété intellectuelle* ».

Le juge a rejeté son application à l'espèce, arguant que la société Wizzgo est le créateur de la copie privée mais n'en est pas l'utilisateur. En effet, pour que l'exception soit opposable à l'ayant droit, il faut que copiste et utilisateur soient une seule et même personne. Enfin, l'argument fondé sur l'exception de copie transitoire des articles L. 122-5 6° et L. 211-3 5° du Code de propriété intellectuelle a été logiquement évacué en ce que la copie pouvait être conservée de manière définitive par l'utilisateur ; cette exception n'avait de toute évidence pas vocation à s'appliquer en l'état.

Les exceptions rejetées, et en l'absence d'accord préalable des ayants droit pour l'exploitation des programmes télévisés, le président du Tribunal de grande instance de Paris n'a pu que constater les actes de contrefaçon. Restait alors à évaluer le préjudice des sociétés du groupe M6.

B. – L'évaluation du préjudice

En raison de la commission de ces actes de contrefaçon, les sociétés du groupe M6 ont sollicité du Tribunal « *une indemnisation forfaitaire du préjudice résultant de l'exploitation de leurs programmes* » en vertu du nouvel article L. 331-1-3, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle.

Afin d'évaluer la somme forfaitaire, le calcul réalisé par les défenderesses tenait compte du nombre de copies de programmes télévisés réalisés par Wizzgo et du prix moyen pratiqué habituellement par le groupe M6 s'agissant de l'exploitation de la vidéo à la demande « *dans la mesure où c'est ce service qui se rapproche le plus de celui proposé par la société Wizzgo et que les tarifs qui auraient pu être appliqués si celle-ci avait sollicité l'autorisation de reproduire les programmes, auraient donc pu être du même ordre de grandeur* ».

La société Wizzgo critiquait ce mode de calcul en faisant valoir qu'à l'époque des faits, le service de vidéo à la demande était alors désactivé. Autrement dit, la

(5) Terré F., Les Obligations, Précis Dalloz, 9^e éd., n° 596 et s. (6) Caron Ch., La loi du 29 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon, précité, n° 13. (7) Desurmont T., Le régime de la copie privée, Comm. com. électr. 2006, n° 11, étude 38. (8) Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2008, *UFC Que choisir/Fnac, Warner Music France*. (9) Précité.

demanderesse reprochait au mode de calcul d'être entièrement virtuel.

Mais le jugement a validé les positions du groupe M6 en affirmant qu'« *il s'agit d'un mode d'évaluation des droits perdus et non pas du calcul d'un manque à gagner de cette branche d'activité* ».

En effet, contrairement à l'article L. 331-1-3, alinéa 1, du Code de la propriété intellectuelle, le calcul de l'indemnisation forfaitaire prévue à l'alinéa 2 du même article ne tient pas compte des recettes ou des bénéfices que l'activité contrefaisante a pu engendrer, mais exclusivement des revenus que le titulaire du droit aurait tiré si le contrefacteur avait choisi d'entrer dans une exploitation légitime des droits litigieux.

On comprend mieux ici l'intérêt et surtout l'impact des deux alinéas de cet article qui permettent à l'ayant droit victime de faire face à un grand nombre de situations en optant pour l'un ou l'autre des modes de calcul en fonction des revenus engendrés par le contrefacteur.

En l'espèce, les revenus du site < wizzgo.com > étaient essentiellement

axés autour de la publicité. Ils étaient donc peu élevés comparativement aux recettes issues de la vente de vidéo à la demande. Par conséquent, il était plus intéressant pour les sociétés du groupe

(...) le titulaire du droit peut non seulement choisir la voie de l'indemnisation forfaitaire, mais il semble également qu'il ne lui soit pas nécessaire de démontrer une exploitation effective afin d'ouvrir droit à ce type d'indemnisation.

M6 de demander l'indemnisation forfaitaire prévue par l'article L. 331-1-3, alinéa 2, du Code de propriété intellectuelle. La décision est d'autant plus novatrice qu'à l'époque des faits, le groupe M6 n'avait pas mis en œuvre un tel service

de magnétoscope numérique en ligne.

En résumé, le titulaire du droit peut non seulement choisir la voie de l'indemnisation forfaitaire, mais il semble également – les décisions ultérieures seront éclairantes sur ce point – qu'il ne lui soit pas nécessaire de démontrer une exploitation effective afin d'ouvrir droit à ce type d'indemnisation.

La société exploitant le site litigieux est finalement condamnée à payer près de 480 000 euros au groupe M6 ; ce qui revient en pratique à suspendre de manière quasi définitive l'activité du site internet litigieux et mettre fin aux actes de contrefaçon.

Il convient de se féliciter de ces nouveaux dispositifs légaux de lutte contre la contrefaçon, qui vont permettre (i) de freiner nettement les actes de contrefaçon en raison de leur effet très dissuasif et de (ii) rendre plus attractifs les tribunaux français qui, s'ils n'appréhendent pas suffisamment les enjeux économiques de tels procès, finiront par être désertés par les demandeurs dans le cadre de litiges souvent internationaux offrant de nombreuses options procédurales. ♦

L'Association pour le développement de l'informatique juridique (ADIJ),

en partenariat avec **Droit & Technologies** (<http://www.droit-technologie.org>),

organise une conférence le **24 mars 2009 de 8h30 à 10h30**

à la Maison du Barreau – 2/4, Rue de Harlay, Paris 1^{er},

sur « *La responsabilité des hébergeurs* »

Thèmes abordés :

- * L'évolution jurisprudentielle des activités de type Web 2.0 : qualifications, définitions et conséquences pratiques
- * Enchères et courtoisie en ligne en droit comparé
- * Forums de discussion et agrégateurs de contenus

La conférence sera animée par : **Thibault Verbiest** ainsi que **Bertrand Vandeveld**,
Avocats à la Cour, Cabinet ULYS, spécialistes en droit des nouvelles technologies

35 € par personne (gratuit pour les membres de l'ADIJ)

Cette manifestation est validée au titre de la formation continue obligatoire des avocats.

Inscriptions :

M^{me} Christiane Féral-Schuhl, AMCO

Présidente de l'ADIJ

Fax : 01 70 71 22 22

e-mail : coordination-adj@feral-avocats.com

www.adj.fr