

- 54- Le scoring est déjà officiellement exclu des critères d'attribution ou de refus d'un crédit, et la CNIL y veille autant que faire se peut.
- 55- Selon un auteur, "la notion de service public du crédit va ainsi retrouver une nouvelle jeunesse" (D. Legéris, *Sur le droit au crédit* : Rjcom.2008.p.427).
- 56- Qui sont la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou la prise de garanties disproportionnées en contrepartie des concours consentis. L'ordonnance a substitué à la nullité de plein droit la faculté pour le juge d'annuler ou de réduire les garanties prises par le banquier reconnu responsable.
- 57- http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/agencies/proposal_fr.pdf. Cf. C. Malecki, La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les agences de notation (ou les vertus de la régulation financière ?) : JCP 2009, ed.E, 1398.
- 58- CE, 6 juin 2008, *Sic Oddo et Cie*, n°316001 : D.2008, p.3124, note A. Robert et K. Bouacida : "considérant qu'en égard au contexte très particulier dans lequel la décision attaquée est intervenue, à un moment où la société Oddo et Cie devait rassurer de nombreux clients dans le contexte de la crise des "subprimes", suite à des événements financiers défavorables, et à la grande difficulté qu'il y a à réparer un préjudice en matière de réputation, la société requérante est fondée dans les circonstances de l'espèce à invoquer l'urgence".
- 59- Visée par une "class action" introduite en janvier 2009 par un cabinet d'avocats au nom d'actionnaires prétendant avoir été mal informés de l'exposition aux "subprimes".
- 60- Accusée d'avoir sciemment dissimulé son exposition aux dérivés du crédit, a fait l'objet d'un recours déposé le 1^{er} décembre 2008 devant la Cour du district de Manhattan par un groupe d'investisseurs.
- 61- Celui des employés de la ville de Taylor dans l'Etat du Michigan. La plainte collective a été déposée le 17 octobre 2008 par Coughlin, Stota, Geller, Rudman&Robbins LLC, le cabinet d'avocats numéro un dans ce domaine, qui a été leader dans le procès Enron et fondateur de la société européenne de conseil sur les actions collectives en justice américaines EU Claims Filing Limited.

Chronique

DROIT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES

WIZZGO CONTRAINTE AU MODE ARRÊT

PAR HENRI ALTERMAN* ET FABRICE PERBOST**

Le monde des médias a connu de profonds bouleversements depuis l'arrivée de la TNT en mars 2005 et la disparition annoncée de la télévision analogique pour le 30 novembre 2011, en même temps que l'apparition de nouveaux moyens d'exploitations des programmes par Internet.

Dans ce contexte, la société Wizzgo avait lancé en mai 2008 un service d'enregistrement de programmes à la demande sur son site Internet avec pour limite quinze heures d'enregistrement par mois.

Le processus était le suivant : l'utilisateur, en s'inscrivant à ce service et en téléchargeant gratuitement un logiciel appelé Iwizz, pouvait sélectionner un programme de télévision pour lequel il passait commande auprès de la société Wizzgo qui lui enregistrerait. Une fois le programme diffusé sur la chaîne de télévision, la société Wizzgo réalisait une copie sur son serveur afin d'envoyer le fichier contenant le programme à l'utilisateur dans une forme cryptée. À l'aide du logiciel Iwizz, téléchargé au moment de l'adhésion au service, l'utilisateur et lui seul pouvait décrypter le fichier et disposer d'une copie lisible et durable. Ainsi, ce dernier pouvait au choix sauvegarder la copie, la visionner seul ou dans son "cercle de famille" et/ou enfin supprimer cette copie.

En résumé, le service de Wizzgo n'était rien d'autre qu'un service de magnétoscope numérique.

Ce service avait tout pour plaire, sauf aux ayants-droit des programmes dont l'autorisation de reproduction des programmes n'avait pas été exprimée conformément aux articles L 122-5 et L 211-3 du code de la Propriété Intellectuelle (CPI).

* Henri Alterman est avocat honoraire et président d'honneur de l'Asfdli

** Fabrice Perbost est avocat associé cabinet Kahn et associé Paris

Deux chaînes éditrices de services de télévision numérique terrestre, W9 et M6, avaient ainsi assigné en référé la société Wizzgo afin qu'elle cesse de reproduire et de mettre à la disposition du public au moyen du logiciel Twizz les programmes qu'elles diffusaient. Le 6 août 2008, le Tribunal de Grande Instance de Paris avait condamné la société Wizzgo à cesser toute reproduction sous astreinte de 10.000 € par jour de retard.⁽⁹⁾

À la suite de cette ordonnance, les sociétés France 2, France 3, France 4 et France 5 avaient également assigné Wizzgo devant le juge des référés en vue d'obtenir la cessation des reproductions. Le 6 novembre 2008, le Tribunal avait jugé que le service offert par Wizzgo était manifestement illicite en ce qu'il constituait une contrefaçon des droits de propriété intellectuelle et une contrefaçon de marque, et caractérisait des actes de concurrence déloyale et parasitaire.⁽¹⁰⁾

De son côté, la société Wizzgo avait assigné à jour fixe les Sociétés Métropole Télévision, Edi Tv (W9), M6Web, Studios 89 Productions et C Productions aux fins de faire constater la licéité du service proposé. Les dites défenderesses avaient introduit une demande reconventionnelle. D'autres sociétés telles que TF1 étaient intervenues volontairement à la procédure.

Par un jugement rendu le 25 novembre 2008, le Tribunal de Grande Instance de Paris a confirmé les motifs de l'ordonnance de référé, et a condamné Wizzgo à payer à M6 460.000 € de dommages et intérêts au titre de la contrefaçon⁽¹¹⁾. Le préjudice des autres chaînes de télévision n'a pu être entièrement évalué en raison du manque d'informations propres à définir le montant de leur préjudice. Le Tribunal a néanmoins rejeté la demande de dommages et intérêts au titre des actes de concurrence déloyale et parasitaire.

Ce jugement éclaire notamment la difficile mise en œuvre des exceptions au monopole de l'auteur et en particulier l'exception de copie privée, réduite à une peau de chagrin (I), mais aussi l'application de l'exception de copie provisoire introduite en droit interne par la transposition de la Directive du 22 mai 2001 (II).

I. La difficile mise en œuvre de l'exception de copie privée

La Société Wizzgo, malgré l'absence d'autorisation d'exploitation, revendiquait la licéité des reproductions qu'elle réalisait au titre de l'exception au droit de reproduction des chaînes de télévision en invoquant son droit à la copie privée (A). Le Tribunal de Grande Instance, suivant le raisonnement sur ce point du juge des référés, a refusé le bénéfice de l'exception de copie privée au motif que la société Wizzgo agissait en qualité de copiste (B).

A. Le dispositif légal et les enjeux en présence

En matière d'œuvres audiovisuelles, les chaînes de télévision et les sociétés de productions bénéficient de la titularité des droits d'auteur et des droits voisins sur les œuvres qu'elles exploitent sous leur nom.

La pierre angulaire du droit de la propriété intellectuelle est que l'auteur dispose d'un monopole exclusif sur son œuvre⁽¹²⁾.

Toutefois, l'article L 122-5 2° du Code de la Propriété Intellectuelle limite le monopole de l'auteur, ainsi que son droit corrélatif à rémunération, en disposant que l'auteur ne peut empêcher "les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage du copiste et non destinées à une utilisation collective".

L'exception de copie privée en ce qu'elle est une limitation au monopole de l'auteur, doit être interprétée restrictivement. Par conséquent, seule la copie réalisée par le copiste peut être considérée comme une copie privée.

Les copies réalisées par l'utilisateur, chez lui, par le biais d'un appareil lui appartenant permettant de réaliser des copies, rentrent dans le champ d'application de la copie privée. Tel est le cas des copies réalisées par le biais de magnétoscopes et d'ordinateurs. L'utilisateur est, dans ce cas, à la fois celui qui prend l'initiative de la copie et qui la réalise matériellement.

En l'espèce, les chaînes de télévision opposaient leurs droits exclusifs en vue d'obtenir l'interdiction de la société Wizzgo de copier, reproduire, mettre à disposition du public des œuvres éludant le paiement de toute redevance d'exploitation. À ce titre, elles soutenaient que la copie réalisée par la société Wizzgo était une contrefaçon des droits d'auteur, car Wizzgo avait agi en qualité de copiste, au profit d'un tiers.

De son côté, aux fins de se voir reconnaître la licéité de son service, la Société Wizzgo revendiquait l'exception de copie privée, permettant de soustraire l'œuvre au monopole de l'auteur dès lors qu'elle a été divulguée. Elle soutenait que la plateforme Wizzgo permettait l'enregistrement, à titre gratuit, sur un support numérique, des programmes des chaînes gratuites de la TNT à l'image du magnéscope traditionnel. Ce service s'apparentait à ce que le Professeur Lucas définit comme la "copie privée audiovisuelle"⁽¹³⁾.

B. La qualité de copiste de la société Wizzgo

Aux termes de l'article L 122-5 2° du Code de la Propriété Intellectuelle seul le copiste peut bénéficier de l'exception de copie privée.

Il convenait donc de déterminer qui de l'utilisateur ou de la société Wizzgo devait être considéré comme ayant la qualité de copiste.

Les chaînes de télévision soulevaient que cette exception ne pouvait jouer que si le copiste et le bénéficiaire étaient la même personne. Selon eux, la société Wizzgo était copiste et l'utilisateur le bénéficiaire. En outre, elles soutenaient que la société Wizzgo en fournissant les moyens de prendre copie par mise à disposition du logiciel de décryptage devait être reconnue copiste.

En revanche, la Société Wizzgo plaidait que l'utilisateur était le copiste, car il était à l'origine de la copie et la réalisait lui-même. Ce dernier commandait le programme, et ensuite, à l'aide du logiciel Iwizz qu'il avait téléchargé, décryptait, après s'être identifié, les fichiers cryptés qui lui avaient été envoyés. Ainsi, le copiste et le bénéficiaire étaient la même personne et l'exception devait être admise.

La loi ne définissant pas le copiste, la jurisprudence est venue y suppléer dans des affaires opposant des éditeurs à des officines de reprographie. À la suite de deux arrêts, l'un concernant des reproductions internes à une entreprise et l'autre des officines de photocopiers, une approche matérielle a été retenue dans les deux cas⁶⁶. Il a ainsi été jugé que les officines de photocopies ne pouvaient se prévaloir de l'exception de copie privée. La Cour de Cassation a estimé que l'officine de photocopies avait la qualité de copiste dès lors qu'elle avait "assuré le bon fonctionnement de la machine placée dans son propre local et maintenue de la sorte sous sa surveillance, sa direction et son contrôle". Même si la copie était effectuée pour le compte du commanditaire qui en ferait un usage personnel, le copiste est la personne qui décide de réaliser une copie soit en l'effectuant elle-même soit en s'octroyant les services d'un tiers et qui en tire un bénéfice commercial.

Le Tribunal de Grande Instance a jugé le 25 novembre 2008 que l'opération réalisée par la Société Wizzgo n'était pas une copie, mais une opération technique permettant la mise à disposition dans un langage clair des œuvres commandées et a ainsi décidé que "la copie décryptée n'est pas une copie distincte de la copie réalisée par Wizzgo, et l'opération de décryptage réalisée par l'utilisateur ne fait pas de lui un copiste". Implicitement, les juges ont assimilé le service de la société Wizzgo à celui des officines de photocopies. Ils ont qualifié Wizzgo de "créateur de la copie". Les juges ont considéré que si la décision de réaliser la copie était prise par l'utilisateur, la copie elle-même n'était pas matériellement exécutée par lui, mais par la société Wizzgo.

II. Le refus de reconnaître l'existence d'une copie provisoire

La société Wizzgo tentait également de se prévaloir de l'exception de copie provisoire, exception issue de la transposition de la Directive du 22 mai 2001, intégrée à l'article L 122-5 6° du CPI⁶⁷.

Cette exception n'avait pas, à notre connaissance, donné lieu à une application jurisprudentielle.

Pour se voir reconnaître le bénéfice de la copie provisoire, plusieurs conditions techniques (A) et économique (B) doivent être remplies :

- la copie doit être transitoire ou accessoire ;
- la copie doit faire partie intégrante ou essentielle d'un processus technique et exécutée dans le seul but de permettre l'utilisation licite ou la transmission dans un réseau entre tiers ;
- la copie ne doit pas avoir une valeur économique propre.

A. L'absence de critères techniques

Concernant la première condition, le tribunal ne s'est pas prononcé explicitement sur le caractère transitoire ou accessoire de la copie.

Pourtant, à la suite de l'examen du procédé technique employé, il ressortait que la copie effectuée par Wizzgo était éphémère, puisque Wizzgo ne disposait que d'une copie "cryptée et inexploitable". Cette copie ne faisait que transiter par le serveur de Wizzgo avant d'être transmise à l'utilisateur. Elle n'avait pas vocation à être représentée publiquement. À suivre l'argumentaire de la Société Wizzgo, deux copies étaient réalisées : l'une par Wizzgo au titre d'une copie provisoire et l'autre par l'utilisateur au titre de la copie privée.

Ceci étant, les juges ont considéré que, dans la mesure où la société Wizzgo avait la qualité de copiste, et dès lors que la copie pouvait être conservée de façon définitive par son bénéficiaire, elle ne revêtait pas le caractère de copie transitoire.

Concernant la deuxième condition, le tribunal a refusé de reconnaître à la copie réalisée par la société Wizzgo un caractère essentiel ou comme faisant partie intégrante du procédé technique de cryptage et de décryptage. Selon le tribunal, ces opérations techniques n'étaient pas nécessaires dans la transmission de la copie aux utilisateurs.

Il nous semble pourtant que la copie était une étape essentielle dans l'acheminement du fichier pour ne pas réaliser une représentation publique, mais au contraire la circonscrire dans un cercle privé. En effet, l'utilisateur, pour profiter de ce service de programmation et d'enregistrement en ligne, devait préalablement s'enregistrer, par inscription d'un identifiant et d'un mot de passe personnels, avant de télécharger le logiciel. La société Wizzgo transférait le fichier sous forme cryptée que seul l'utilisateur grâce à ses identifiants pouvait décrypter. La Société Wizzgo ne mettait donc pas les œuvres directement sur le réseau, mais les stockait à la demande avant de les communiquer au commanditaire.

B. L'existence d'une "valeur économique propre"

La troisième et dernière condition qui doit être réunie pour que la copie revête un caractère provisoire et ainsi puisse déroger au régime d'autorisation prévu par le Code de la Propriété Intellectuelle concerne la valeur économique propre de la copie.

La Société Wizzgo soutenait l'absence de valeur économique propre de la copie puisque le service était assuré à titre gratuit.

Cette condition d'absence de valeur économique "propre" renvoie selon nous à une idée d'absence de rentabilité "directe". En l'espèce, cette copie cryptée qui était mise à disposition de l'utilisateur n'avait pas de valeur économique "directe", car il n'y avait pas de contrepartie à sa mise à disposition qui était gratuite. À notre

sens, la copie "transitoire" n'avait pas de valeur propre en l'espèce, car le service proposé par Wizzgo n'avait rien de différent de ce que les magnétoscopes traditionnels permettaient.

En revanche, les chaînes de télévision revendiquaient l'existence d'une valeur économique propre des copies résultant des recettes publicitaires que génèrait le service de Wizzgo en fonction du nombre d'utilisateurs. Selon eux, plus le service attirait les internautes plus l'espace publicitaire coûtait cher, et ainsi Wizzgo se rémunérait par l'investissement des annonceurs sur le modèle des chaînes de télévision.

La société Wizzgo arguait à l'inverse qu'elle n'insérait de publicités que dans ses espaces propres et non lors de la visualisation des programmes où elle laissait figurer les publicités d'origine.

Il aurait été possible de soutenir que le service avait créé une valeur propre indirectement reliée aux copies par la collecte des données personnelles. Mais ce point, bien que soulevé, n'a pas attiré l'attention des juges. En effet, l'information relative aux données de profil des internautes, programmes commandés, sont des données statistiques ayant une valeur intrinsèque élevée, d'autant que ces données permettent ensuite de mettre en œuvre des publicités plus ciblées.

Le tribunal s'est finalement prononcé en faveur de la thèse des chaînes de télévision. Le Tribunal a refusé de reconnaître la licéité de la copie même si elle ne génèrait pas directement une recette, puisqu'elle constituait néanmoins "l'assise de l'activité commerciale de la société Wizzgo laquelle repose sur la création et le développement d'un groupe d'utilisateurs réceptifs à des annonces publicitaires".

L'argument ne pouvait que prospérer dans la mesure où c'est sur ce modèle que de nombreux sites Internet, permettant de consommer gratuitement du divertissement, génèrent du profit par l'exploitation des espaces publicitaires.

* *

À la veille de sa condamnation, la société Wizzgo avait lancé une pétition en ligne. L'objet était de démontrer que son service dématérialisé répondait à de nouveaux besoins et usages des utilisateurs sans concurrencer les services de VOD et de "catch-up" des chaînes de télévision. La société Wizzgo, par cette pétition, souhaitait provoquer une réaction des pouvoirs publics et ainsi contribuer à l'élargissement de l'offre légale au moment où la loi création et Internet faisait la navette.

À la suite de sa condamnation, la société Wizzgo avait formé appel du jugement et avait demandé l'arrêt ou l'aménagement de l'exécution provisoire en référé. Le 27 avril 2009, la Cour d'Appel de Paris a décidé d'interrompre l'instance en raison de l'état de liquidation judiciaire de la société Wizzgo, cette dernière n'ayant pu obtenir en décembre 2008 un aménagement ou l'arrêt de l'exécution provisoire.

Après les condamnations en référé et au fond, il semble bien que les chaînes de télévision et les sociétés de production aient eu raison de l'activité de la société Wizzgo.

Plusieurs questions restent néanmoins en suspens, en particulier celle relative à l'exception de copie provisoire. Le dossier n'est pas clos puisque le 17 septembre 2008, dans une autre affaire, la High Court of Justice britannique a saisi la Cour de Justice des Communautés Européennes afin de préciser les contours juridiques de la notion de copie transitoire à la lumière de la Directive du 22 mai 2001. À suivre donc.

* * *

Notes :

- 1- TGI Paris, ordonnance de référé, 6 Août 2008 (1^{re} espèce).
- 2- TGI Paris, ordonnance de référé, 6 novembre 2008 (2^{de} espèce).
- 3- TGI Paris ; 3^e chambre, Section 1, 25 novembre 2008 n° RG 08-13.347 (1^{re} espèce).
- 4- Article L. 111-1 al 1 du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI).
- 5- Traité de la propriété littéraire et artistique, A. Lucas et H.-J. Lucas, édition Litec, 1994, n° 279, page 248.
- 6- TGI Paris, 3^e chambre, 28 janvier 1974 (l'affaire du CNRS) et Cass. Civ I, 7 mars 1984 (Rannou-Graphie).
- 7- Directive du 22 mai 2001 CEJ/2001/29 Harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.