

MEDIA LAW NEWSLETTER



AJA AVOCATS - 7, avenue de la Bourdonnais - 75007 Paris, France
 jc.zedjaoui@aja-avocats.com + 33 (0) 1 71 19 71 47

Audiovisuel

❖ Litige FUN RADIO / MEDIAMETRIE : La Cour d'Appel donne raison à FUN RADIO pour l'avenir

La Cour d'Appel de Paris a confirmé l'ordonnance de référé qui a débouté la société éditrice de FUN RADIO de sa demande tendant à contraindre la société MEDIAMETRIE à publier les résultats d'audience de cette radio, tout en enjoignant à MEDIAMETRIE d'intégrer FUN RADIO dans les prochaines vagues d'audience à paraître.

Dans le courant du mois de juin 2016, les radios concurrentes de la station avaient accusé FUN RADIO d'avoir fait augmenter artificiellement son audience. Il était reproché à l'animateur des émissions matinales, Monsieur Bruno Guillon, d'avoir incité ses auditeurs à déclarer qu'ils écoutaient FUN RADIO. Estimant que cette initiative avait affecté les conditions de recueil des audiences, MEDIAMETRIE a décidé le 29 juin 2016, de :

- Publier les trois vagues antérieures « corrigées des effets des messages de FUN RADIO » ;
- Ne pas publier les résultats de FUN RADIO dans les vagues avril-juin 2016 et janvier-mars 2016 ainsi que dans les études « Médialocales » ;
- Réintégrer FUN RADIO dans la publication des résultats de l'enquête « 126.000 Radios » une fois établi qu'il n'y a pas de rémanence des messages de FUN RADIO auprès du public potentiellement interrogé.

Saisi en référé d'heure à heure le Président du Tribunal de Commerce de Paris a débouté la société éditrice (SERC) et la régie publicitaire de FUN RADIO (IP FRANCE) de leurs demandes qui tendaient à obtenir la suspension des décisions de MEDIAMETRIE et la publication des « résultats 126.000 Radios de FUN RADIO d'avril à juin 2016 et de janvier à mars 2016, ainsi que les résultats MEDIALOCALES de septembre 2015 à juin 2016 non corrigés, sous astreinte journalière de 10.000 euros de retard à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir » (cf. MEDIA LAW NEWSLETTER n°33).

Le 20 septembre 2016, la Cour d'Appel de Paris a confirmé cette ordonnance tout en ordonnant à MEDIAMETRIE de « publier les résultats 126.000 Radios de Fun Radio des prochaines vagues d'audience à paraître, dans les mêmes conditions que les autres radios ».

Les sociétés SERC et IP FRANCE demandaient à la Cour d'infirmier l'ordonnance du 12 juillet 2016, qui portait sur la publication des vagues précédentes, et d'ordonner à MEDIAMETRIE de publier dans les mêmes conditions que pour les autres radios, les résultats de FUN RADIO des prochaines vagues d'audience à paraître. Cette action se fondait sur l'article 873 du Code de procédure civile qui autorise le juge des référés à prendre les mesures conservatoires qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite. La Cour rappelle à ce titre que le « dommage imminent s'entend du « dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation

Dans ce numéro :

- Litige FUN RADIO / MEDIAMETRIE : La Cour d'Appel donne raison à FUN RADIO pour l'avenir
- Litige NRJ / les INDES RADIOS : la campagne publicitaire des INDES RADIOS finalement jugée licite
- Promotion croisée TF1 / LCI : le CSA met TF1 en demeure
- « On n'est pas couché » : la Cour de Cassation retient l'injure faite à Marine LE PEN
- Liens hypertextes et contrefaçon : la CJUE complète sa jurisprudence
- Wifi ouvert et contrefaçon : le juge peut faire injonction de sécuriser une connexion à Internet
- NUMERICABLE condamnée pour parasitisme de FREE

présente doit se perpétuer » et le trouble manifestement illicite résulte de « toute perturbation résultant d'un fait qui directement ou indirectement constitue une violation évidente de la règle de droit » ».

L'analyse de l'existence d'un trouble manifestement s'est faite à partir de la relation contractuelle existant entre les parties. Les contrats signés avec MEDIAMETRIE prévoient une « **obligation essentielle** » aux termes de laquelle les sociétés **SERC et IP FRANCE s'interdisaient « tout acte et toute initiative ayant pour objet ou susceptible d'avoir pour effet, directement ou indirectement, d'affecter les conditions de recueil par MEDIAMETRIE des résultats d'audience »**. Or, la Cour a considéré qu'il était établi que l'animateur de la matinale de FUN RADIO « a demandé à de nombreuses reprises à ses auditeurs de répondre aux enquêteurs de MEDIAMETRIE qu'ils ont écouté FUN RADIO au cours des dernières 24 heures, même si cela n'est pas le cas » et « qu'ils écoutent uniquement FUN RADIO et aucune autre radio, même s'ils en écoutent d'autres ». De « nombreux auditeurs » ont de surcroît « adressé des messages et twitts pour l'informer qu'ils avaient mis en pratique ces recommandations ». Il était démontré par ailleurs que « l'animateur a réitéré ses messages de septembre 2015 à juin 2016 », caractérisant ainsi « **une campagne de grande ampleur dans le temps et dans la volumétrie des messages, reposant sur une construction méthodique, démontrant que l'animateur possédait une bonne connaissance de l'enquête 126.000** ».

Il a par conséquent été jugé que FUN RADIO avait, « **par le comportement de son animateur, répété et délibéré, manqué au respect de l'obligation substantiellement mise à sa charge** » par ses contrats « **de ne pas affecter les conditions de recueil par MEDIAMETRIE des résultats d'audience** ».

Ce « *manquement à l'obligation contractuelle à laquelle FUN RADIO était tenue, est la cause, par voie d'exception, de l'inexécution par MEDIAMETRIE de son propre engagement, qui s'est traduite par sa décision du 29 juin 2016* » d'adapter ses publications à cette situation particulière. **Dans la mesure où la décision de MEDIAMETRIE était fondée sur une cause contractuelle, elle n'était pas manifestement illicite** et la Cour pouvait donc écarter le premier argument de FUN RADIO. S'agissant du dommage imminent également invoqué, l'arrêt retient que **la gravité du dommage découlant de la décision de MEDIAMETRIE « est la contrepartie du comportement fautif de FUN RADIO à l'égard de leur cocontractante et n'est donc pas manifestement imputable à MEDIAMETRIE »**. En outre, dans la mesure où cette décision était « *proportionnée à l'atteinte portée à la fiabilité des informations recueillies et à la responsabilité confiée* » à MEDIAMETRIE par les acteurs du marché, elle ne pouvait pas être la cause d'un dommage imminent.

Les demandes de publication des résultats couvrant la période courant de septembre 2015 à juin 2016 ont donc été rejetées. La Cour a en revanche ordonné la publication des prochaines vagues d'audience à paraître. Il n'était pas établi que FUN RADIO aurait renouvelé son comportement fautif au-delà du 27 juin 2016 et les effets de rémanence sur les déclarations à venir des auditeurs de FUN RADIO n'étaient pas davantage démontrés. Dans ces conditions, « *la mesure prise par MEDIAMETRIE de ne réintégrer FUN RADIO dans la publication des résultats de la 126.000 RADIO qu'une fois établi qu'il n'y a pas de rémanence des messages auprès du public potentiellement interrogé constitue un dommage imminent en la plaçant, sans qu'aucun grief ne soit démontré à son encontre, dans une situation d'incertitude tarifaire à l'égard de ses annonceurs et d'impossibilité de vendre son espace publicitaire dans des conditions conformes à ses résultats* ». Il a ainsi été fait droit à la demande de FUN RADIO de procéder à ces publications prochaines, mais sans astreinte.

✉ Cour d'Appel de Paris, Pôle 1, Chambre 3, arrêt du 20 septembre 2016

❖ **Litige NRJ / les INDES RADIOS : la campagne publicitaire des INDES RADIOS finalement jugée licite**

La Cour d'Appel de Paris a infirmé le jugement du Tribunal de Commerce de Paris qui avait condamné le GIE LES INDEPENDANTS pour publicité comparative illicite constitutive de concurrence déloyale au préjudice des sociétés NRJ, RADIO NOSTALGIE, CHERIE FM et RIRE ET CHANSONS.

Le GIE LES INDEPENDANTS regroupe 127 radios indépendantes sous le nom commercial « *les Indés Radios* ». L'objet de ce GIE est de permettre à ses membres de regrouper leurs audiences et de commercialiser ensemble leurs espaces publicitaires en constituant un « *groupage publicitaire attractif pour les annonceurs* ». En 2012, il a diffusé une campagne publicitaire exploitant le résultat des audiences mesurées par MEDIAMETRIE et dont les annonces reproduisaient notamment le message suivant : « *Chaque jour, comme X, 8 millions d'auditeurs sont à l'écoute d'une radio qui partage tout de leur vie quotidienne. Cette proximité unique alliée à la force d'un réseau national fait des Indés Radios la 1^{ère} audience de France* ».

Les sociétés éditrices des radios du groupe NRJ ont obtenu du Tribunal de Commerce qu'il interdise au GIE de poursuivre ou reprendre sa campagne publicitaire « *et plus généralement, de présenter son couplage publicitaire comme une radio et de comparer son couplage publicitaire à des radios* ». Le jugement du 30 avril 2014 a par ailleurs alloué à chacune des sociétés

demanderesse la somme de 25.000 euros de dommages et intérêts (cf. MEDIA LAW NEWSLETTER n°13). L'arrêt rendu le 20 septembre 2016 est revenu sur l'analyse des premiers juges.

Le groupe NRJ considérait que la publicité du GIE était trompeuse au sens de l'article L.121-8 du Code de la consommation selon lequel « *toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si : 1° Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ; 2° Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ; 3° Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie* ».

Il était soutenu que le GIE, qui constitue un couplage publicitaire, ne pouvait pas se présenter comme une radio ou comme un réseau national et que la publicité litigieuse était destinée aussi bien aux annonceurs qu'aux auditeurs. Cependant, pour la Cour, **les messages publicitaires litigieux ne permettaient pas de retenir que le GIE LES INDEPENDANTS se présentait comme une radio**. Les expressions utilisées renvoyaient « *toutes à une pluralité de radios, pluralité corroborée par la notion de proximité expressément utilisée dans l'annonce ou suggérée par les termes « radio locale » ainsi que par les propos des personnages évoquant le caractère local des informations délivrées par leur radio* ». Par ailleurs, la publicité en cause mettait l'accent sur la forte audience des INDES RADIOS. Elle était donc « *principalement destinée aux annonceurs publicitaires et agences médias, lesquels professionnels connaissent le GIE LES INDEPENDANTS et ne peuvent se méprendre sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une radio* ». Il n'était pas davantage établi que la publicité critiquée « *pourrait inciter des auditeurs à se détourner de radios concurrentes pour écouter le GIE ou LES INDES RADIOS* » qui au demeurant n'étaient pas des stations de radio. La publicité en cause n'était donc ni trompeuse ni de nature à induire en erreur.

La Cour a également rejeté le moyen tiré de la comparaison abusive de services distincts, « *à savoir un programme unique et un ensemble de programmes disparates qui ne répondent pas aux mêmes besoins tant au niveau des auditeurs que des annonceurs* ». Se fondant sur une décision rendue le 6 octobre 2006 par le Conseil de la Concurrence, l'arrêt retient que « *sur le marché de la publicité radiophonique nationale, les offres des réseaux nationaux sont substituables à celle du GIE LES INDEPENDANTS qui propose des programmes différents suivant les radios et les régions, de sorte que le GIE se trouve en concurrence directe avec les radios, telles celles du groupe NRJ, sur le marché de la publicité radiophonique nationale* ». Des études MEDIAMETRIE comparant les audiences des radios du groupe NRJ avec celles du GIE ainsi que l'existence d'une publicité ancienne commune à NRJ et au GIE, permettaient aussi d'écarter l'existence d'une publicité comparative fautive.

Dans la mesure où la campagne publicitaire du GIE a finalement été jugée licite, le groupe NRJ ne pouvait plus s'en prévaloir à l'appui d'une action en concurrence déloyale.

✉ Cour d'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 1, arrêt du 20 septembre 2016

❖ **Promotion croisée TF1 / LCI : le CSA met TF1 en demeure**

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) a mis la société TF1 en demeure de respecter son engagement de ne procéder

à aucune promotion des programmes de la chaîne LCI sur la chaîne TF1.

Le CSA a agréé par une décision du 17 décembre 2015, le passage à la gratuité de la chaîne LCI diffusée en mode numérique terrestre (TNT) (cf. MEDIA LAW NEWSLETTER n°33). Cet agrément était notamment conditionné par la conclusion d'un avenant à la convention de cette chaîne reprenant les engagements souscrits par son éditeur, le groupe TF1. Devant le CSA, TF1 s'était engagée « à ne procéder à aucune promotion croisée des programmes de la chaîne LCI sur la chaîne TF1 » et « à ne diffuser sur la chaîne TF1 aucun spot publicitaire destiné à promouvoir les programmes de la chaîne LCI ». Ces engagements sont formellement repris dans l'avenant à la convention de TF1 qui a finalement été conclu le 19 février 2016. Ces engagements concurrentiels « *permettaient de préserver une concurrence entre les chaînes d'information fondée sur leurs seuls mérites respectifs, en raison de la position du groupe TF1 sur le marché publicitaire et des fortes audiences de la chaîne TF1* ».

Or, le visionnage des programmes de TF1 diffusés les 15, 16, 17 et 18 septembre 2016 a révélé au Conseil que cette chaîne a assuré, à plusieurs reprises, la promotion de LCI. Les présentateurs de plusieurs journaux télévisés de la mi-journée et du soir de TF1 ont informé les téléspectateurs sur la programmation des émissions diffusées par la chaîne d'information de ce groupe. Plusieurs messages ont également été mis à l'antenne de TF1 pour diffuser le nom et le numéro de la chaîne LCI.

Pour le CSA, « **les références à des émissions particulières ou à la thématique générale du service ont eu pour effet de promouvoir les programmes de la chaîne LCI, consacrés à la couverture de l'actualité. L'association des termes « toute l'information » ou « l'information en continu » au nom du service LCI a également caractérisé, s'agissant d'une chaîne devant consacrer 80% de sa grille à l'information, la promotion de ses programmes** » ; et « **le seul renvoi au service LCI doit également être regardé comme une promotion de ses programmes dès lors que ce renvoi est de nature à inciter les téléspectateurs à les regarder** ».

Le Conseil a ainsi considéré « **qu'à travers les séquences mentionnées ci-dessus, le service de télévision TF1 a procédé à la promotion des programmes de la chaîne LCI auprès du public, en méconnaissance des stipulations** » de la convention signée par TF1. Une mise en demeure de se conformer au contrat a donc été notifiée à cet éditeur, étant précisé que faute pour lui de s'y conformer, il pourra faire l'objet d'une procédure de sanction.

📁 CSA, Assemblée Plénière, décision n°2016-726 du 21 septembre 2016

❖ **« On n'est pas couché » : la Cour de Cassation retient l'injure faite à Marine LE PEN**

La Cour de Cassation a cassé un arrêt de la Cour d'Appel de Paris qui avait débouté Madame Marine LE PEN de ses poursuites pour injure à l'encontre de la société FRANCE TELEVISIONS et de l'animateur Laurent RUQUIER, suite à la diffusion d'un dessin de « *Charlie Hebdo* » qui la représentait associée à un excrément.

La chaîne de télévision FRANCE 2 a diffusé le 7 janvier 2012, dans l'émission « *On n'est pas couché* », une séquence au cours de laquelle ont été montrées des affiches parodiques publiées trois jours auparavant par le journal « *Charlie Hebdo* », concernant les candidats à l'élection présidentielle. **L'une de ces affiches présentait le slogan « Marine LE PEN, la**

candidate qui vous ressemble » inscrit au-dessus d'un excrément.

A la suite de la plainte pour injure publique envers un particulier, déposée par la candidate frontiste, le président de FRANCE TELEVISIONS et l'animateur de l'émission en cause ont été renvoyés devant le Tribunal Correctionnel qui les a relaxés. La Cour d'Appel de Paris a confirmé cette décision au motif que « *si l'affiche litigieuse est particulièrement grossière à l'égard de la plaignante, il ne s'agit pas d'une attaque contre sa personne, destinée à atteindre sa dignité, mais d'une pique visant la candidate à l'élection présidentielle, et que l'humour doit être largement toléré lorsqu'il vise, comme en l'espèce, une personnalité politique* ». La Cour précisait que « cette représentation se situe dans le registre d'une forme d'humour débridé, propre au journal « *Charlie Hebdo* », qui n'hésite pas à recourir à des figures scatologiques ». Il était également relevé que « *l'animateur de l'émission a pris le soin de préciser le contexte satirique dans lequel devaient être compris les dessins présentés, manifestant ainsi clairement son intention de provoquer le rire, et non de présenter une image dégradante de la partie civile* ».

La Cour de Cassation a sanctionné cette analyse. L'arrêt rendu le 20 septembre 2016 rappelle qu'en matière de presse, **il appartient à la juridiction suprême « d'exercer son contrôle sur le sens et la portée des propos poursuivis » et que la « liberté d'expression peut être soumise à des ingérences dans les cas où celles-ci constituent des mesures nécessaires au regard du paragraphe 2 de l'article 10 » de la Convention européenne des droits de l'homme** qui prévoit dans quelles mesure des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de cette liberté.

La Cour retient en définitive qu'en « *se prononçant ainsi, alors que le dessin et la phrase poursuivis, qui portaient atteinte à la dignité de la partie civile en l'associant à un excrément, fût-ce en la visant en sa qualité de personnalité politique lors d'une séquence satirique de l'émission précitée, dépassaient les limites admissibles de la liberté d'expression* », la Cour d'Appel a procédé à une mauvaise application des textes applicables en matière d'injure et de liberté d'expression.

📁 Cour de Cassation, Chambre Criminelle, arrêt du 20 septembre 2016

Internet

❖ **Liens hypertextes et contrefaçon : la CJUE complète sa jurisprudence**

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a complété le 8 septembre 2016 sa jurisprudence relative à l'application de la notion de communication au public dans le cadre de l'usage de liens hypertextes sur Internet (cf. MEDIA LAW NEWSLETTER n°12 et n°18).

Le litige opposait l'éditeur du magazine PLAYBOY à un site néerlandais qui contenait des liens hypertextes pointant vers d'autres sites qui permettaient le visionnage de photographies réservées à ce magazine de charme.

La société SANOMA avait commandé à un photographe une série de clichés destinés à être reproduits dans son magazine PLAYBOY. L'auteur de ces clichés avait concédé à l'éditeur le droit exclusif de publier ces photographies et d'exploiter ses droits d'auteur. La société GS MEDIA édite le site d'actualité

hollandais GeenStijl. Sa rédaction a reçu un message contenant un lien hypertexte renvoyant au site australien Filefactory.com qui diffusait les photos réalisées pour PLAYBOY. Le site GeenStijl a ainsi publié, avant même que ce magazine ne les édite, un article consacré au modèle de ces clichés, qui se terminait **par une invitation à cliquer sur le « lien avec les photos que vous attendiez »**. Les internautes étaient ainsi renvoyés vers le site Filefactory.com, sur lequel un autre lien permettait de télécharger les images litigieuses. SANOMA a obtenu du site australien qu'il renonce à exploiter ces clichés. Le site néerlandais a en revanche publié deux autres articles évoquant son litige avec PLAYBOY et renvoyant vers d'autres sites sur lesquels une ou plusieurs photographies en cause étaient visibles.

SANOMA a saisi le tribunal d'Amsterdam d'une action faisant valoir qu'en plaçant des liens hypertextes et une vue partielle de l'une des photos en cause sur le site GeenStijl, SANOMA avait porté atteinte au droit d'auteur du photographe et agi de manière illégale à l'égard de l'éditeur de PLAYBOY. Le tribunal de première instance et la Cour d'Appel ont partiellement fait droit à ces demandes. Saisie d'un pourvoi, la cour suprême a posé à la CJUE trois questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, *sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*. Ce texte fixe le cadre dans lequel les Etats membres organisent le droit exclusif des auteurs d'autoriser ou d'interdire toute communication de leurs œuvres. Il était ainsi demandé en substance à la Cour, si et dans quelles circonstances éventuelles, le fait de placer, sur un site Internet, un lien hypertexte vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive précitée.

L'arrêt rendu le 8 septembre 2016 a considéré que ce texte **« doit être interprété en ce sens que, afin d'établir si le fait de placer, sur un site Internet, des liens hypertexte vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une « communication au public » au sens de cette disposition, il convient de déterminer si ces liens sont fournis sans but lucratif par une personne qui ne connaissait pas ou ne pouvait raisonnablement pas connaître le caractère illégal de la publication de ces œuvres sur cet autre site Internet ou si, au contraire, lesdits liens sont fournis dans un tel but, hypothèse dans laquelle cette connaissance doit être présumée »**.

Dans la mesure où la directive 2001/29 ne livre aucune définition de la notion de « communication au public », cette décision s'est attachée à déterminer son sens et sa portée « au regard des objectifs poursuivis par cette directive et au regard du contexte dans lequel la disposition interprétée s'insère ».

La Cour rappelle ainsi que dans ses arrêts SVENSSON et BESTWATER (cf. MEDIA LAW NEWSLETTER n°12 et n°18), elle a interprété l'article 3, paragraphe 1, de la directive en ce sens que « ne constitue pas une « communication au public », telle que visée à cette disposition, le placement sur un site Internet de liens hypertexte vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet ». Cependant, ces décisions statuaient sur le placement de liens hypertexte vers des œuvres qui avaient été rendues librement disponibles sur un autre site Internet avec le consentement du titulaire. La Cour avait alors conclu à l'absence d'une communication au public au motif que l'acte de communication en question n'était pas effectué auprès d'un public nouveau. Poursuivant son raisonnement, la Cour considère qu'il **ne peut pas être déduit**

de ces deux décisions que le placement, sur un site Internet, de liens hypertexte vers des œuvres protégées qui ont été rendues librement disponibles sur un autre site Internet, mais sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur de ces œuvres, serait exclu, par principe, de la notion de « communication au public » prévue à l'article 3 précité. « Au contraire, ces décisions confirment l'importance d'une telle autorisation au regard de cette disposition, cette dernière prévoyant précisément que chaque acte de communication d'une œuvre au public doit être autorisé par le titulaire du droit d'auteur ».

« La notion de « communication au public » implique une appréciation individualisée ». Il importe alors, « lorsque le placement d'un lien hypertexte vers une œuvre librement disponible sur un autre site Internet est effectué par une personne qui, ce faisant, ne poursuit pas un but lucratif, de **tenir compte de la circonstance que cette personne ne sait pas, et ne peut pas raisonnablement savoir, que cette œuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur** ».

Lorsqu'il est au contraire établi qu'une personne « savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet, par exemple en raison du fait qu'elle en a été averti par les titulaires du droit d'auteur », la Cour considère que la fourniture de ce lien constitue une « communication au public ». Il en est de même « dans l'hypothèse où ce lien permet aux utilisateurs du site Internet sur lequel celui-ci se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés, le placement d'un tel lien constituant alors une intervention délibérée sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées ».

La Cour poursuit en précisant que « **lorsque le placement de liens hypertexte est effectué dans un but lucratif, il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte, de sorte qu'il y a lieu de présumer que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur.** Dans de telles circonstances, et pour autant que cette présomption réfragable ne soit pas renversée, l'acte consistant à placer un lien hypertexte vers une œuvre illégalement publiée sur Internet constitue une « communication au public » ».

L'arrêt a appliqué les principes ainsi dégagés à l'affaire qui lui était soumise. Il était établi que le site GeenStijl était exploité à des fins lucratives et que SANOMA n'avait pas autorisé la publication des images litigieuses sur Internet. Il ressortait en outre des faits que GS MEDIA avait connaissance de cette absence d'autorisation. L'éditeur hollandais ne pouvait donc pas renverser la présomption que le placement des liens était intervenu en pleine connaissance du caractère illégal de cette publication. Il apparaissait ainsi que, « sous réserve des vérifications à effectuer par la juridiction de renvoi, en plaçant ces liens, GS MEDIA a réalisé une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ».

✉ Cour de Justice de l'Union Européenne, arrêt du 8 septembre 2016

❖ **Wifi ouvert et contrefaçon : le juge peut faire injonction de sécuriser une connexion à Internet**

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a fixé dans

un arrêt du 15 septembre 2016, les conditions dans lesquelles le juge pouvait enjoindre à une personne offrant gratuitement un accès au wifi, de sécuriser sa connexion avec un mot de passe.

Le litige à l'origine de cette décision opposait le producteur de phonogrammes SONY MUSIC à un commerçant allemand qui proposait un accès ouvert et gratuit à son réseau Internet sans fil. Cette personne tenait un magasin de vente de matériel d'illumination et de sonorisation. Elle avait intentionnellement libéré sa connexion, dans un but publicitaire, afin d'attirer l'attention des clients des commerces adjacents, des passants et des voisins sur sa société.

Un tiers avait profité de cet accès à Internet pour mettre gratuitement à la disposition du public et sans aucune autorisation, une œuvre musicale produite par la société SONY MUSIC. Le litige né entre ce producteur et le commerçant a donné lieu à un premier jugement qui a fait droit aux demandes de SONY MUSIC qui réclamait le paiement de dommages et intérêts pour la violation des droits qu'elle détenait sur son phonogramme, la cessation de l'atteinte portée à ses droits et le remboursement de ses frais de mise en demeure et de procédure. Le commerçant a contesté devant la juridiction de renvoi allemande la mise en cause de sa responsabilité directe et a fortiori indirecte « *pour ne pas avoir pris de mesure de protection de son réseau local sans fil et, ainsi, avoir permis à des tiers de violer les droits de SONY MUSIC* ».

C'est dans ce contexte que la juridiction allemande a saisi la CJUE de dix questions portant sur l'interprétation de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, *relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* (« *directive sur le commerce électronique* »). Ce texte impose aux Etats membres de veiller à ce que, « *en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire a) ne soit pas à l'origine de la transmission ; b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission* ».

S'agissant de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, la Cour de Justice a notamment répondu que ce texte « *doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une personne ayant été lésée par la violation de ses droits sur une œuvre puisse demander à un fournisseur d'accès à un réseau de communication une indemnisation au motif que l'un de ces accès a été utilisé par des tiers pour violer ses droits, ainsi que le remboursement des frais de mise en demeure ou de justice exposés aux fins de sa demande d'indemnisation. En revanche, cette disposition doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à ce que cette personne demande l'interdiction de la poursuite de cette violation, ainsi que le paiement des frais de mise en demeure et des frais de justice à l'encontre d'un fournisseur d'accès à un réseau de communication dont les services ont été utilisés pour commettre cette violation, dans l'hypothèse où ces demandes visent ou sont consécutives à l'adoption d'une injonction prise par une autorité ou une juridiction nationale interdisant à ce fournisseur de permettre la poursuite de ladite violation* ».

L'article 12 précité prévoit en effet la possibilité pour une juridiction nationale ou une autorité administrative, **d'exiger d'un prestataire de services qu'il mette fin à une violation de droits ou qu'il la prévienne**. La victime d'une atteinte portée à ses droits au moyen d'une connexion à Internet mise à

disposition par un fournisseur d'accès à un réseau de communication, est ainsi habilitée à demander à son juge qu'il soit fait interdiction à ce fournisseur de permettre la poursuite de cette violation et incidemment, le remboursement de ses frais de procédure.

La Cour était également interrogée sur **la compatibilité des mesures pouvant être ordonnées par le juge avec les droits fondamentaux concernés par leur mise en œuvre**. La demande d'injonction visant à prévenir la réitération d'une violation d'un droit voisin, relevait de la protection du droit fondamental à la protection de la propriété intellectuelle visé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cependant, son application était de nature à porter atteinte au droit à la liberté d'entreprise du commerçant et au droit à la liberté d'information du public, tous deux protégés par la même Charte. Il appartenait ainsi à la Cour « *de veiller à assurer un juste équilibre entre ces droits* ».

En l'espèce les mesures envisagées étaient limitées à **trois hypothèses : examiner toutes les informations transmises au moyen d'une connexion à Internet, arrêter cette connexion, ou sécuriser celle-ci au moyen d'un mot de passe**.

La Cour a exclu la première mesure consistant à surveiller l'ensemble des informations transmises : elle serait contraire à l'interdiction posée par la directive 2000/31, d'imposer aux fournisseurs d'accès à un réseau de communication, une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent.

La seconde proposition consistant à arrêter complètement la connexion à Internet a également été écartée : elle « *entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise de la personne qui, ne serait-ce qu'à titre accessoire, poursuit une activité économique consistant à fournir un accès à Internet, en lui interdisant totalement, de fait, de poursuivre cette activité afin de remédier à une violation limitée du droit d'auteur sans envisager l'adoption de mesures moins attentatoires à cette liberté* ».

La dernière mesure par laquelle il était suggéré de sécuriser la connexion à Internet au moyen d'un mot de passe, a en revanche été considérée comme étant susceptible de garantir, sous réserve de respecter certaines conditions, le juste équilibre recherché entre les droits fondamentaux en présence. La Cour a ainsi jugé que **l'article 12 de la directive 2000/31 « ne s'oppose pas, en principe, à l'adoption d'une injonction qui, telle que celle en cause au principal, exige d'un fournisseur d'accès à un réseau de communication permettant au public de se connecter à Internet, sous peine d'astreinte, qu'il empêche des tiers de mettre à la disposition du public, au moyen de cette connexion à Internet, une œuvre déterminée ou des parties de celle-ci protégées par le droit d'auteur, sur une bourse d'échanges Internet (peer-to-peer), lorsque ce fournisseur a le choix des mesures techniques à adopter pour se conformer à cette injonction, même si ce choix se réduit à la seule mesure consistant à sécuriser la connexion à Internet au moyen d'un mot de passe, pour autant que les utilisateurs de ce réseau soient obligés de révéler leur identité afin d'obtenir le mot de passe requis et ne puissent donc pas agir anonymement, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier** ».

 Cour de Justice de l'Union Européenne, arrêt du 15 septembre 2016

❖ **NUMERICABLE condamnée pour parasitisme de FREE**

La Cour d'Appel de Paris a confirmé la condamnation des sociétés NUMERICABLE et NC NUMERICABLE pour avoir organisé une campagne publicitaire entraînant une confusion et tendant à profiter de façon parasitaire de la notoriété de la société FREE.

Au mois d'avril 2011, de nombreux journalistes et leurs rédactions ont reçu une lettre circulaire anonyme leur annonçant que « **LA RÉVOLUTION DU MOBILE COMMENCE LE 11 MAI !** » et les invitant à se rendre sur plusieurs sites Internet qui les redirigeaient automatiquement vers la page d'accueil du site « *larevolutiondumobile.com* ». Un huissier était mandaté par la société FREE, qui constatait que le contenu de la page unique affichée sur ces sites demeurait le même, quelle que soit la rubrique interrogée, que les mentions légales relatives aux coordonnées de l'éditeur du site étaient absentes et que la page contenait un lien vers deux comptes anonymes sur les réseaux sociaux FACEBOOK et TWITTER.

Le 5 mai 2011, l'avocat de FREE a envoyé sur la messagerie du site « *larevolutiondumobile.com* » un message indiquant : « *Mes clientes soupçonnent, et à tout le moins craignent, que cette communication cherche à profiter indûment de leurs propres efforts commerciaux, ou d'en limiter les effets, tout en semant une certaine confusion vis-à-vis du public ; le caractère anonyme de cette communication accentue le problème* ». En guise de réponse, ce courrier a été diffusé par son destinataire auprès des journalistes et du public.

Après avoir réfuté toute implication dans cette campagne, les sociétés NUMERICABLE SAS et NC NUMERICABLE ont finalement organisé une conférence de presse au cours de laquelle elles ont révélé qu'elles étaient les organisatrices de cette opération de communication.

FREE a saisi le Tribunal de Commerce de Paris d'une action par laquelle elle reprochait à ses concurrentes d'une part, d'avoir commis des actes de parasitisme et d'autre part, d'avoir tenté de porter le discrédit sur elle en laissant croire que FREE aurait pu avoir organisé l'opération publicitaire anonyme. Aux termes d'un jugement rendu le 13 décembre 2013, le tribunal a condamné in solidum NC NUMERICABLE et NUMERICABLE à payer à FREE la somme de 6.391.000 euros en réparation du préjudice cause par les faits de parasitisme reprochés.

L'arrêt rendu sur l'appel interjeté par les sociétés NUMERICABLE a confirmé les fautes commises toute en réduisant très significativement le montant de l'indemnité allouée à leur concurrente.

L'arrêt rendu le 23 septembre 2016 rappelle que « **le parasitisme consiste pour un opérateur économique à s'immiscer dans le sillage d'un autre afin de tirer profit indûment de la notoriété acquise ou des investissements consentis et résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité, indépendamment de tout risque de confusion et même en l'absence de situation concurrentielle** ».

FREE ne revendiquait aucun droit sur le mot « *révolution* » ou sur l'expression « *la révolution du mobile* », mais soutenait que la campagne promotionnelle initiée par NUMERICALE avait été « *menée de façon à entretenir une confusion dans l'esprit du public, médias et consommateurs, en leur laissant supposer que cette campagne anonyme émanait de la société FREE, laquelle avait annoncé le lancement de sa nouvelle box « FREEBOX REVOLUTION », en diffusant un dossier de presse en janvier 2011 mentionnant « La révolution du mobile commence » et annonçant que les appels vers les mobiles seraient « désormais inclus dans le forfait FREEBOX REVOLUTION à 29,99 euros/mois* » ».

Répondant au moyen de NUMERICABLE sur l'absence de risque de confusion, la Cour constate que si durant la période de la campagne litigieuse, FREE n'avait pas encore commercialisé son offre de téléphonie mobile, « *néanmoins les sociétés NUMERICABLE et FREE étaient en situation de concurrence sur le marché des offres « triple play » et la commercialisation par la société FREE de son offre de téléphonie mobile et de « quadruple play » était attendue* ». L'arrêt constate également que « **les très nombreuses coupures de presse produites montrent que le terme « révolution » était associé de façon usuelle à la société FREE, qui avait déjà « révolutionné internet » à haut débit avec son offre triple play en 2001, et à la nouvelle FREE BOX REVOLUTION dont l'arrivée, qui devait révolutionner le mobile, était attendue** ».

La Cour déduit de ses constatations que « *si la technique publicitaire de « teasing » est licite et si la société NUMERICABLE n'a pas commis de faute en utilisant les termes « révolution » et « révolution du mobile » pour son opération de communication, cependant, en orchestrant sur plusieurs semaines, d'avril au 11 mai 2011, une opération de communication anonyme, dans un contexte où ces vocables étaient usuellement employés pour désigner la société FREE et qualifier les avancées apportées par la BOX REVOLUTION, dont la commercialisation par la société FREE était annoncée depuis décembre 2010 et attendue par le public et les médias, la société NUMERICABLE a volontairement laissé planer une équivoque sur l'auteur du « teasing » ; cette campagne « teasing », qui avait pour finalité d'attirer l'attention du public en diffusant un message publicitaire anonyme, a joué la carte de l'ambiguïté afin de profiter des investissements et de la notoriété de la société FREE* ». NUMERICABLE avait de surcroît « *sciemment fait perdurer cette situation* » et « *entretenu la confusion créée par sa campagne publicitaire en rendant public le courrier de l'avocat de l'intimée et en déniait, jusqu'au 11 mai 2011, être l'auteur de la campagne* ». Les coupures de presse produites démontraient que ces agissements avaient amené les médias à désigner à nouveau NUMERICABLE comme étant le probable auteur de la campagne litigieuse. Le comportement de cet opérateur qui « **a sciemment créé et profité de cette confusion pour attirer l'attention sur le lancement de son offre mobile en profitant de la notoriété acquise par la société FREE** » était donc constitutif d'un acte de parasitisme. Ces manœuvres étaient aggravées par les fautes civiles résultant de l'anonymat entretenu par NUMERICABLE en violation des dispositions légales obligatoires.

La Cour a confirmé que NUMERICABLE avait commis des agissements parasitaires en s'immisçant dans le sillage de FREE afin que sa campagne publicitaire puisse profiter de la notoriété de l'intimée. Elle a toutefois limité l'importance du préjudice invoqué par la victime de ces manœuvres qui réclamait l'allocation de 10 millions d'euros.

L'arrêt énonce que « *les préjudices réparables sont ceux qui ont été causés par les agissement parasitaires commis en avril et jusqu'au 11 mai 2011* » mais qu'en revanche « **les préjudices résultant du libre jeu de la concurrence et notamment la perte d'abonnés en raison de l'arrivée sur le marché d'une offre concurrente ne sont pas indemnifiables** ».

L'atteinte à la crédibilité de FREE ou une dévalorisation de ses investissements publicitaires étaient démentis par « *les excellents résultats de la société et son classement, en 2011, en tant que marque préférée des français dans le secteur des télécoms et du « high-tech »* ». Il n'était pas davantage démontré que les agissements de NUMERICABLE lui auraient permis de recruter plus d'abonnés. La Cour a également considéré que la perte d'abonnements invoquée par FREE trouvait plus « *sa justification dans la multiplication des offres* ».

concurrentes, qui proposaient, en outre, une offre mobile à prix réduit, ce qui n'était pas le cas de la FREEBOX RÉVOLUTION, lancée en décembre 2010 », de sorte que **le préjudice concurrentiel invoqué n'était pas fautif et ne trouvait pas sa cause dans la campagne publicitaire orchestré par NUMERICABLE.**

La Cour n'a en définitive retenu que le préjudice d'image subi par FREE, « puisque la partie anonyme de la campagne publicitaire de la société NC NUMERICABLE a laissé penser au public et à la presse que la société FREE était l'annonceur et qu'ainsi la notoriété, l'image et la réputation de l'intimée ont été détournées pour contribuer au succès de la campagne publicitaire de l'appelante ». Ce dommage a été indemnisé par l'allocation de la somme de 50.000 euros.

✉ Cour d'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 11, arrêt du 23 septembre 2016



Media Law Newsletter est éditée par la société d'avocats AJA-AVOCATS. Elle est réservée à l'usage personnel de ses destinataires. Son objet est de présenter une information non exhaustive dans le domaine du droit des médias. AJA-AVOCATS ne saurait être tenue pour responsable de tout dommage, direct ou indirect, résultant de tout usage que ses destinataires pourraient faire des informations contenues dans Media Law Newsletter.

AJA AVOCATS

7, avenue de la Bourdonnais
75007 PARIS, FRANCE

Téléphone :

+33 (0) 1 71 19 71 47

Fax :

+33 (0) 1 71 19 77 38

Site :

<http://aja-avocats.fr>

Rédacteur :

Juan-Carlos ZEDJAOUI
jc.zedjaoui@aja-avocats.com