

Me ORTOLLAND Avocat
Me HERNE Avocat
SCP BRODU CICUREL
MEYNARD Avocats

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS

JUGEMENT PRONONCE LE VENDREDI 23 JUIN 2006

QUINZIEME CHAMBRE

25/11/2005

RG 2005078444

ENTRE : 1°) SOCIETE FRANCE TELECOM - société anonyme - RCS de PARIS 380 129 866 - siège social 6 Place d'Alleray 75015 PARIS -

2°) SOCIETE ORANGE FRANCE - société anonyme - RCS de NANTERRE 428 706 097 - siège social 41-45 Boulevard Romain-Rolland 92120 MONTROUGE -

G PARTIES DEMANDERESSES assistées de Maître Christophe CLARENC Avocat et comparant par Maître Pierre ORTOLLAND Avocat, D897 -

ET : SOCIETE VIRGINMEGA - société par actions simplifiée - RCS de PARIS 432 573 806 - siège social 52 Avenue des Champs Elysées 75008 PARIS -

PARTIE DEFENDERESSE assistée de Maître Pierre DEPREZ Avocat et comparant par Maître Pierre HERNE Avocat, B835 -

CAUSE JOINTE ET JUGEE A :

25/11/2005

RG 2005078446

ENTRE : SOCIETE WARNER MUSIC FRANCE - société par actions simplifiée - RCS de PARIS B 712 029 370 - siège social 29 Avenue Mac-Mahon 75017 PARIS -

G PARTIE DEMANDERESSE assistée de Maître Jean AITTOUARES Avocat et comparant par la SCP BRODU CICUREL MEYNARD Avocats, P240 -

INTERVENANTES VOLONTAIRES :

- SOCIETE WEA INTERNATIONAL Inc. - société de droit américain - siège social 75 Rockefeller Plaza, New York, NY 10019, USA -

- SOCIETE WARNER BROS RECORDS Inc. - société de droit américain - siège social 3300 Warner Boulevard, Burbank, CA 91505, USA -

G INTERVENANTES VOLONTAIRES assistées de Maître Jean AITTOUARES Avocat et comparant par la SCP BRODU CICUREL MEYNARD Avocats, P240 -

ET : SOCIETE VIRGINMEGA - société par actions simplifiée - RCS de PARIS 432 573 806 - siège social 52 Avenue des Champs Elysées 75008 PARIS -

PARTIE DEFENDERESSE assistée de Maître Pierre DEPREZ
Avocat et comparant par Maître Pierre HERNE Avocat,
B835 -

APRES EN AVOIR DELIBERE

LES FAITS

Le groupe FRANCE TELECOM est un opérateur de services de réseaux haut débit, sur le fixe (FRANCE TELECOM), sur Internet (FRANCE TELECOM et WANADOO) et sur le mobile (ORANGE). Il s'est engagé dans une stratégie d'intégration et de distribution de contenus numériques, dans les domaines de la musique, du sport, de l'information, des jeux, du cinéma et de la télévision, en partenariat avec les détenteurs de droits dans ces domaines.

Le groupe FRANCE TELECOM a ainsi conclu le 31 mai 2005 avec WARNER MUSIC INTERNATIONAL, l'un des majors de l'édition musicale, et sa filiale française SAS WARNER MUSIC France (WMF), un contrat cadre définissant les modalités de leur collaboration.

De même, la SA ORANGE France et SAS WARNER MUSIC France ont conclu le 12 avril 2005 un contrat portant sur le réseau et la plateforme de téléphonie mobile d'ORANGE en France.

Dans ce cadre, SA FRANCE TELECOM, SA ORANGE France et SAS WARNER MUSIC France ont conclu le 5 octobre 2005 un contrat fixant les modalités d'une opération spéciale de marketing et de vente numérique du nouvel album de MADONNA intitulé « *Confessions on a Dance Floor* » et de son titre phare « *Hung up* », pour lequel SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France bénéficiaient de l'exclusivité de la distribution par téléchargement jusqu'au 24 octobre 2005.

La SAS VIRGINMEGA, dont le métier principal est la vente d'œuvres musicales, s'est engagée depuis 2002 dans la création et le développement d'une offre de téléchargement payant pour pallier la chute des ventes de disques physiques.

Elle a conclu dans le courant de l'année 2003 des contrats de distribution numérique avec les majors de l'édition musicale. Aux termes d'un contrat signé avec SAS WARNER MUSIC FRANCE le 28 mars 2003, SAS VIRGINMEGA dispose du droit de télédiffuser à titre non exclusif les titres du catalogue du groupe WARNER MUSIC.

Le 18 octobre 2005, SAS VIRGINMEGA, après l'avoir elle-même téléchargé à partir du site de SA FRANCE TELECOM , www.wanadoo.fr, a mis en vente par téléchargement sur son site, www.virginmega.fr , le titre « *Hung up* » de Madonna.

Soutenant que la SAS VIRGINMEGA était informée de l'exclusivité consentie par SAS WARNER MUSIC FRANCE à SA FRANCE TELECOM et que cette diffusion était fautive, ces dernières ont introduit les présentes instances.

LA PROCEDURE

Autorisées par ordonnance du président de ce tribunal du 9 novembre 2005, la SA FRANCE TELECOM et la SA ORANGE FRANCE par **acte du 10 novembre 2005 assignent à bref délai** la SAS VIRGINMEGA (RG 2005078444) et demandent au tribunal de

-constater que les agissements de la SAS VIRGINMEGA sont contraires aux règles de la concurrence en ce qu'ils sont constitutifs à la fois d'un abus de sa position revendiquée de leader sur le marché du téléchargement payant de musique en ligne et de collusion sur ce marché,

-constater que les agissements de la SAS VIRGINMEGA sont constitutifs de fautes lourdes de concurrence déloyale et parasitaire au détriment de la SA FRANCE TELECOM et de la SA ORANGE FRANCE,

-constater que ces fautes lourdes ont été conçues pour causer et ont causé un préjudice considérable, tant moral que matériel, à la SA FRANCE TELECOM et à la SA ORANGE FRANCE,

-condamner la SAS VIRGINMEGA à payer la somme de 6 000 000 € à la SA FRANCE TELECOM et la somme de 6 000 000 € à la SA ORANGE FRANCE, à titre de dommages intérêts pour le préjudice quelles ont subi chacune du fait de la SAS VIRGINMEGA,

-ordonner à la SAS VIRGINMEGA, à ses frais et dans la limite de 40 000 € par insertion la publication de l'intégralité du jugement à intervenir dans les quotidiens nationaux Le Figaro, Le Monde et Les Echos ; la publication sur la page d'accueil de son site Internet www.virginmega.fr , pendant une période d'un mois, du dispositif du jugement à intervenir ; l'envoi de ce dispositif à l'ensemble des abonnés de sa newsletter,

-condamner la SAS VIRGINMEGA à payer la somme de 20 000 € respectivement à la SA FRANCE TELECOM et à la SA ORANGE FRANCE au titre de l'article 700 du NCPC,

-ordonner l'exécution provisoire

-condamner la SAS VIRGINMEGA aux dépens.

Par **acte du 24 novembre 2005** la SAS VIRGINMEGA fait sommation à la SA FRANCE TELECOM et à la SA ORANGE FRANCE de communiquer,

Vu les articles 6, 9 et 15 du NCPC,

-L'accord « Strictly Confidential october 5th 2005 - WMF/ FRANCE TELECOM -Term sheet Madonna » et sa traduction en

langue française, en intégralité, seuls quelques extraits étant communiqués en pièces n° 13.1 et 13.2, Et ce afin d'établir la réalité des droits et des investissements dont se prévalent les sociétés FRANCE TELECOM et ORANGE FRANCE à propos du phonogramme « Hung up » et de connaître les modalités de l'opération « Madonna Everywhere »,

-Le contrat cadre passé entre FRANCE TELECOM et WEA International Inc. le 31 mai 2005, auquel il est renvoyé dans l'accord « Strictly Confidential october 5th 2005 - WMF/ FRANCE TELECOM -Term sheet Madonna » sous l'intitulé « Contrat FRANCE TELECOM »,

-Le contrat passé entre ORANGE et WARNER MUSIC FRANCE le 12 avril 2005, auquel il est renvoyé dans l'accord « Strictly Confidential october 5th 2005 - WMF/ FRANCE TELECOM -Term sheet Madonna » sous l'intitulé « Contrat ORANGE »

-Le volume global de l'opération «Madonna Everywhere» pour chaque mode d'exploitation concerné (téléchargements, sonneries, tonalités d'attente, images fixes et animées, écoutes, vidéo, etc.), payant ou gratuit, et pour chaque support concerné (Mobile, PC, ligne fixe, TV DSL, etc.), seul ou couplé, et notamment:

-le nombre de ventes réalisées, jour par jour, par téléchargement en ligne du phonogramme « Hung UP » sur les plates-formes ORANGE et WANADOO, du 17 octobre au 14 novembre 2005,

-le nombre de ventes du phonogramme « Hung up » réalisées, jour par jour, par téléchargement sur mobile, du 17 octobre au 14 novembre 2005.

-Le chiffre d'affaires total réalisé par FRANCE TELECOM et par ORANGE FRANCE sur l'opération «Madonna Everywhere» et le détail de celui-ci pour chaque phase de l'opération ainsi que pour chaque mode et support d'exploitation concernés.

Par **conclusions en réplique sur sommation de communiquer du 9 décembre 2005** la SA FRANCE TELECOM et la SA ORANGE FRANCE demandent au tribunal de

-leur donner acte de ce qu'elles n'entendent pas déférer à la sommation de communiquer délivrée par la SAS VIRGINMEGA, les documents sollicitées étant sans incidence sur la solution du litige opposant les parties et au surplus couverts par le secret des affaires,

-renvoyer le présent litige à toute date de plaidoiries qu'il plaira au tribunal de fixer.

Autorisée par ordonnance du président de ce tribunal du 9 novembre 2005, la SAS WARNER MUSIC FRANCE par **acte du 10 novembre 2005 assigne à bref délai** la SAS VIRGINMEGA (RG 2005078446) et demande au tribunal de

-condamner la SAS VIRGINMEGA à verser à la SAS WARNER MUSIC FRANCE :

-la somme de 1 000 000 € en réparation du préjudice subi du fait de la violation de ses droits voisins sur l'interprétation et l'enregistrement,

-la somme de 300 000 € en réparation du préjudice subi du fait de la violation de ses droits d'auteur sur le visuel destiné à constituer la pochette de l'album,

-la somme de 800 000 € en réparation du préjudice issu des faits de concurrence déloyale et de parasitisme,

- ordonner la publication du texte suivant aux frais de la SAS VIRGINMEGA :

« Par jugement du <> ,

- constatant que la SAS VIRGINMEGA avait commis des actes d'exploitation illicite de phonogramme et de contrefaçon en reproduisant sur son site Internet le titre de l'artiste MADONNA intitulé « HUNG UP » ainsi que la pochette de l'album de l'artiste, et en permettant le téléchargement dudit titre ;

- constatant qu'elle avait par ailleurs volontairement donné à ses actes une large publicité et accompagné la mise en ligne d'une mention « avant première » laissant penser de manière mensongère que WMF lui aurait consenti quelque droit que ce soit ;

le Tribunal de commerce de Paris a condamné la SAS VIRGINMEGA à verser à la société WMF les sommes de 1 000 000 € en réparation de la violation de ses droits voisins sur le single, 300 000 € en réparation de la violation de ses droits d'auteur sur la pochette et 800 000 € en réparation des actes de concurrence déloyale et de parasitisme. »

dans cinq revues ou journaux au choix de WMF, pour un coût total de 50 000 €, ainsi qu'en page d'accueil du site Internet www.virginmega.fr dans un encart représentant au moins le quart de la surface de l'écran, pendant une durée de 45 jours, et ce sous astreinte de 5 000 € par jour de retard suivant la signification du jugement à intervenir ;

-ordonner l'envoi dudit texte, par la SAS VIRGINMEGA, à l'ensemble des destinataires de sa newsletter du 14 octobre 2005 ;

-ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir ;

- condamner la SAS VIRGINMEGA aux entiers dépens ;

-condamner la SAS VIRGINMEGA à payer à la SAS WARNER MUSIC FRANCE la somme de 25 000 € au titre de l'article 700 du NCPC.

Par **acte du 25 novembre 2005** la SAS VIRGINMEGA fait sommation à la SAS WARNER MUSIC France de communiquer
Vu les articles 6, 9 et 15 du NCPC,

-L'accord « Strictly Confidential october 5th 2005 - WMF/ FRANCE TELECOM -Term sheet Madonna » et sa traduction en langue française, en intégralité, seuls quelques extraits étant communiqués en pièces n° 2 et 2 bis, et ce afin de connaître l'étendue des droits conférés par la SAS WARNER MUSIC FRANCE à la SA ORANGE FRANCE et à la SA FRANCE TELECOM à propos du phonogramme « HUNG UP », ainsi que les modalités de l'opération « Madonna Everywhere »,

-Le contrat cadre passé entre FRANCE TELECOM et WEA International Inc. le 31 mai 2005, auquel il est renvoyé dans l'accord « Strictly Confidential october 5th 2005 - WMF/ FRANCE TELECOM -Term sheet Madonna » sous l'intitulé « Contrat FRANCE TELECOM »,

-Le contrat passé entre ORANGE et WARNER MUSIC FRANCE le 12 avril 2005, auquel il est renvoyé dans l'accord « Strictly Confidential october 5th 2005 - WMF/ FRANCE TELECOM -Term sheet Madonna » sous l'intitulé « Contrat ORANGE », ces deux contrats comportent en effet des définitions et des modalités qui par référence s'appliquent dans le contrat tripartite WMF/FRANCE TELECOM/ORANGE France du 5 octobre 2005, notamment au regard de la rémunération versée à WMF pour tout téléchargement,

-les pièces jointes à l'appui de la requête à fins de saisie contrefaçon du 20 octobre 2005 (pièce WMF n°35), dont la pièce 11 intitulée« accord permettant d'établir la chaîne des droits relative aux droits d'exploitation sur le single « Hung Up» au profit de WARNER MUSIC France et single original (avec jaquette) », ainsi que tout élément permettant d'établir la titularité des droits voisins et des droits d'auteur revendiqués à son profit par la SAS WARNER MUSIC France,

-le nombre total de ventes (numériques et sur support) du phonogramme « Hung up » et de l'album « Confessions on a Dance Floor» réalisées par WMF à ce jour, par quelque intermédiaire que ce soit, et le montant de son chiffre d'affaires corrélatif,

-le montant de la rémunération versée à WMF par FRANCE TELECOM et ORANGE pour toute vente, téléchargement, écoute/visualisation, etc. de tout contenu mentionné» dans le contrat tripartite VMF / FRANCE TELECOM/ ORANGE France du 5

octobre 2005, en application de l'article 8 dudit Contrat et des contrats intitulés « FRANCE TELECOM» et « ORANGE».

Par **conclusions d'incident de communication et d'irrecevabilité du 10 février 2006** la SAS VIRGINMEGA demande au tribunal de

1° SUR LA DEMANDE DE COMMUNICATION

-ORDONNER à FRANCE TELECOM, ORANGE et WMF de communiquer à la SAS VIRGINMEGA les pièces ayant fait l'objet de leurs sommations de communiquer y ajoutant de

-ORDONNER à FRANCE TELECOM et ORANGE de communiquer à VIRGINMEGA :

-Les éléments de communication médias et hors médias de l'opération «Madonna Everywhere».

-L'affectation du budget brut de 7,5 millions d'euros consacré à l'opération « Madonna Everywhere».
et plus particulièrement :

-la ventilation de ce budget par contenu, par support et par mode d'exploitation,

-la part de ce budget consacrée au téléchargement du single «Hung Up» sur Wanadoo du 17 au 23 octobre 2005,

-le budget net investi et les factures correspondantes,

-les parts respectivement supportées par FRANCE TELECOM et par ORANGE.

-Le volume global de l'opération «Madonna Everywhere» pour chaque mode d'exploitation concerné (téléchargements, sonneries, tonalités d'attente, images fixes et animées, écoutes, vidéo, etc.), payant ou gratuit, et pour chaque support concerné (Mobile, PC, ligne fixe, TV DSL, etc.), seul ou couplé, et notamment le nombre de ventes réalisées, jour par jour, par téléchargement en ligne du phonogramme « Hung up » sur les plates-formes ORANGE et WANADOO du 17 octobre au 14 novembre 2005, et le nombre de ventes du phonogramme « Hung up » réalisées, jour par jour, par téléchargement sur mobile du 17 octobre au 14 novembre 2005,

-Le chiffre d'affaires total réalisé par FRANCE TELECOM et par ORANGE sur l'opération « Madonna Everywhere » et le détail de celui-ci pour chaque phase de l'opération ainsi que pour chaque contenu, mode et support d'exploitation concernés.

-ORDONNER à WMF de communiquer à VIRGINMEGA :

-Les investissements qu'elle aurait supportés pour la promotion du téléchargement en ligne du single « Hung Up»,

-Le nombre total de ventes (numériques et sur support) du phonogramme « Hung up » et de l'album « Confessions on a Dance Floor » réalisées par WMF ce jour, par quelque intermédiaire que ce soit, et le montant de son chiffre d'affaires corrélatif,

-Le montant de la rémunération versée à WMF par FRANCE TELECOM et par ORANGE « pour toute vente, téléchargement, écoute/visualisation etc. et de tout contenu mentionné » dans le contrat tripartite WMF/FRANCE TELECOM/ORANGE France du 5 octobre 2005, en application de l'article 8 dudit contrat et des contrats intitulés « FRANCE TELECOM » et « ORANGE ».

-ORDONNER que les communications susvisées interviennent dans un délai de quinze jours à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir, sous peine d'une astreinte de 2.000 € par jour de retard constaté,

A titre subsidiaire

DIRE que :

-FRANCE TELECOM, ORANGE et WMF sont irrecevables à agir sur le fondement du parasitisme, faute de rapporter la preuve des investissements soi-disant consacrés à l'exploitation du single

« Hung Up », par téléchargement en ligne,

-WMF, FRANCE TELECOM et ORANGE sont mal fondées en leurs demandes d'indemnisation.

2° SUR LA DEMANDE D'IRRECEVABILITE

DIRE que :

-WMF n'est pas titulaire des droits de propriété intellectuelle qu'elle invoque,

-WMF ne bénéficie d'aucun mandat lui permettant d'agir en justice sur leur fondement au lieu et place de leurs(s) titulaire(s),

En conséquence,

DIRE que :

-WMF est irrecevable à agir sur le fondement des droits de propriété intellectuelle qu'elle invoque,

-la saisie du 20 octobre 2005 diligentée par WMF sur le fondement des droits de propriété intellectuelle dont elle ne démontre pas être investie, est nulle et abusive,
En conséquence,

CONDAMNER WMF à payer à VIRGINMEGA la somme de 5.000 € de dommages et intérêts,

EN TOUT ETAT DE CAUSE

CONDAMNER chacune des demanderesses à payer à la SAS VIRGINMEGA la somme de 15 000 € au titre de l'article 700 du NCPC;

Après avoir entendu les parties en leur plaidoirie sur l'incident communication lors de l'audience du 10 février 2006, le président a clos les débats sur ce point et, après avoir délibéré, le tribunal a débouté VIRGINMEGA de sa demande de communication et renvoyé l'affaire pour plaidoirie au fond à l'audience du 28 avril 2006.

Par **conclusions récapitulatives et d'intervention volontaire du 28 avril 2006** la SAS WARNER MUSIC France, WEA INTERNATIONAL Inc. et WARNER BROS RECORDS Inc. demandent au tribunal de

-dire recevable l'action en exploitation illicite et contrefaçon engagée par SAS WARNER MUSIC France et, à titre subsidiaire, dire recevable à ce titre, WEA INTERNATIONAL Inc. et WARNER BROS RECORDS Inc.

réitèrent les demandes antérieures de SAS WARNER MUSIC France, portant à 53 000 € la demande de paiement en faveur de cette dernière au titre de l'article 700 du NCPC, et demandant le paiement au même titre de la somme de 10 000 € à WEA INTERNATIONAL Inc. d'une part et WARNER BROS RECORDS Inc. d'autre part.

Par **conclusions du 10 février 2006 et conclusions récapitulatives du 28 avril 2006** SAS VIRGINMEGA, dans le dernier état de ses écritures, demande au tribunal de

-déclarer que les références effectuées par SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France dans leurs conclusions récapitulatives à leur assignation sont dépourvues de toute portée,

-déclarer que les demandes subsidiaires en contrefaçon par les sociétés WARNER BROS et WEA international sont sans objet,

-déclarer SA ORANGE France irrecevable en toutes ses demandes formulées conjointement avec SA FRANCE TELECOM pour défaut d'intérêt à agir,

-débouter SAS WARNER MUSIC France, SA FRANCE TELECOM et subsidiairement SA ORANGE France de l'intégralité de leurs demandes,

à titre reconventionnel

-dire que la saisie du 20 octobre 2005 diligentée par SAS WARNER MUSIC France est nulle et abusive et, en conséquence, condamner SAS WARNER MUSIC France à payer à SAS VIRGINMEGA la somme de 5 000 € à titre de dommages intérêts,

-dire que l'exclusivité consentie par SAS WARNER MUSIC France à SA FRANCE TELECOM pour le téléchargement en ligne du titre « HUNG UP » porte atteinte aux droits contractuels antérieurs de SAS VIRGINMEGA portant sur la télédistribution des phonogrammes du Catalogue Disponible,

-condamner SAS WARNER MUSIC France à payer à SAS VIRGINMEGA la somme de 50 000 € de dommages intérêts au titre de la violation brutale de ses obligations contractuelles,

-condamner solidairement SAS WARNER MUSIC France et SA FRANCE TELECOM à payer à SAS VIRGINMEGA la somme de 50 000 € au titre des actes de concurrence déloyale résultant de la violation délibérée de leurs engagements au titre de la charte du 28 juillet 2004,

-condamner SA FRANCE TELECOM à payer à SAS VIRGINMEGA la somme de 50 000 € au titre des abus de position dominante commis sur le marché du téléchargement en ligne,

-ordonner la publication du dispositif du jugement à intervenir dans le Figaro, Le Monde, Le Nouvel Observateur, La Tribune, L'Expansion, Télérama, Musique Info Hebdo et dans trois autres magazines et journaux du choix de SAS VIRGINMEGA aux frais solidaires des demanderesses et dans la limite de 10 000 € par insertion ainsi que sur les sites www.francetelecom.com et www.orange.fr pendant une période d'un mois,

- condamner solidairement SAS WARNER MUSIC France, SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France à payer à SAS VIRGINMEGA la somme de 50 000 € au titre de l'article 700 du NCPC, ainsi qu'aux dépens.

Par **conclusions en réplique et récapitulatives du 28 avril 2006** SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France demandent au tribunal de débouter SAS VIRGINMEGA de l'ensemble de ses demandes et réitèrent leurs demandes antérieures.

Après avoir entendu les parties en leur plaidoirie lors de l'audience du 28 avril 2006, le président a clos les débats et indiqué que le jugement, mis en délibéré, serait prononcé le 23 juin 2006.

Sur la nullité de la saisie contrefaçon

Attendu que VIRGINMEGA soutient que la saisie contrefaçon intervenue le 20 octobre 2005, à la requête de SAS WARNER MUSIC France, est nulle en application de l'article 117 du NCPC, qu'en effet, à cette date, SAS WARNER MUSIC France n'établissait pas la preuve qu'elle était titulaire des droits qu'elle invoquait, que cette nullité n'est pas couverte par l'intervention volontaire de WARNER BROS et WEA, ni par leurs pouvoirs postérieurs du 24 février 2006, que s'agissant d'une nullité de fond elle doit être accueillie sans que VIRGINMEGA ait à justifier d'un grief,

Attendu que les nullités de fonds sont limitativement énumérées par l'article 117,

Attendu que dans sa requête à fins de saisie contrefaçon, SAS WARNER MUSIC France entend agir pour son compte propre, et non pour le compte d'un tiers, que sa capacité d'ester en justice n'est pas contestée,

Attendu que le défaut de preuve des droits invoqués à l'appui de la requête n'annihile pas la capacité d'agir en justice de SAS WARNER MUSIC France et n'emporte pas la nullité de l'acte au sens des articles 117 et 119,

Attendu au surplus qu'en matière de saisie contrefaçon il appartient au président du Tribunal de Grande Instance saisi de la requête de vérifier la présomption des droits invoqués par le requérant avant de prononcer son ordonnance et que celui à qui elle est opposée a la faculté de demander à celui-ci de se rétracter,

Attendu que VIRGINMEGA n'a pas utilisé cette faculté,

Le tribunal validera la saisie contrefaçon ;

Sur l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle de SAS WARNER MUSIC FRANCE

SAS WARNER MUSIC France soutient que SAS VIRGINMEGA a violé d'une part les droits voisins qu'elle détient sur l'interprétation et l'enregistrement du titre « *Hung up* », et d'autre part les droits d'auteur qu'elle détient sur le visuel constituant la pochette de l'album de l'artiste.

1° Sur la violation alléguée des droits voisins

MOYENS DES PARTIES

SAS WARNER MUSIC France souligne qu'elle est titulaire, pour la France, des droits instaurés par les articles 212-3 et 213-1 du Code de la Propriété Intellectuelle et relatifs au titre

« *Hung up* » et que la reproduction et la mise à disposition du public de l'enregistrement dudit titre est constitutive de contrefaçon.

SAS WARNER MUSIC FRANCE fait valoir que la reproduction de l'interprétation du titre « *Hung up* », ainsi que sa mise à disposition du public ne pouvaient intervenir qu'avec son autorisation et que SAS VIRGINMEGA, en se dispensant d'un tel accord et en passant outre à l'opposition clairement exprimée dans la lettre recommandée avec accusé de réception que SAS WARNER MUSIC FRANCE lui a adressée le 14 octobre 2005, a délibérément violé les droits de SAS WARNER MUSIC France.

SAS VIRGINMEGA réplique qu'elle a acquis le droit de télédiffuser tous les titres du « catalogue disponible WARNER » par contrat du 28 mars 2003 et que l'exclusivité consentie à SA FRANCE TELECOM le 5 octobre 2005 porte atteinte à ses droits antérieurs.

SAS VIRGINMEGA soutient que le titre « *Hung up* » est entré dans le « catalogue disponible WARNER » le 17 octobre 2005, qu'il était donc télédiffusable par SAS VIRGINMEGA dès cette date et ne faisait l'objet d'aucune restriction d'exploitation au sens du contrat.

SAS VIRGINMEGA soutient que les demanderessees ne sauraient tirer aucun grief de l'utilisation pendant trois jours du fichier « *Hung up* » qu'elle s'est procurée sur la plateforme www.wanadoo.fr, qu'elle a en effet acquis licitement ledit fichier, que la reproduction dudit fichier sur son site www.virginmega.fr n'avait comme seule finalité d'en permettre la télédiffusion, essence même du contrat du 28 mars 2003, qu'un tel acte de reproduction n'a pas d'existence indépendante des actes de télédiffusion autorisés et est donc parfaitement licite.

SUR CE

Attendu que les droits voisins de SAS WARNER MUSIC FRANCE sur le titre « *Hung up* » ne sont pas contestés,
Attendu que l'article 1.02 « Catalogue Disponible » du contrat du 28 mars 2003 stipule :

« Catalogue disponible » : l'ensemble des phonogrammes produits, coproduits par le PRODUCTEUR (c'est-à-dire SAS WARNER MUSIC France) et des enregistrements appartenant à des tiers, dont ce dernier détient et détiendra pendant la durée du présent contrat, les droits d'exploitation et que le producteur destine à une télédiffusion dans le cadre du présent contrat.

Il est expressément convenu que le PRODUCTEUR définira en concertation avec VIRGINMEGA, les phonogrammes qu'il souhaite

voir intégrer au Catalogue Disponible objet du présent contrat... »,

Attendu qu'ainsi que le soutient SAS WARNER MUSIC France, les parties, d'une part en précisant que le catalogue était composé des phonogrammes destinés à la télédistribution par le producteur dans le cadre du contrat, d'autre part en convenant expressément que l'intégration au catalogue disponible devait faire l'objet d'une concertation avec VIRGINMEGA, ont donné à la notion de « Catalogue Disponible » un contenu spécifique au contrat du 28 mars 2003,

Attendu en outre qu'en préambule du contrat, il est rappelé, au point 7, que « SAS VIRGINMEGA a souhaité procéder à la télédistribution, à titre non exclusif, de certains des phonogrammes dont le producteur détient les droits d'exploitation »,

Attendu donc que contrairement à ce que soutient VIRGINMEGA, celle-ci ne s'est pas engagée à télédiffuser la totalité des phonogrammes du catalogue WARNER, quelque soit leur intérêt commercial, ce qui aurait pu justifier, qu'en contrepartie elle bénéficie du droit de stocker et télédiffuser l'ensemble des phonogrammes WARNER,

Attendu qu'il en ressort que, contrairement à ce que VIRGINMEGA soutient la notion de « Catalogue Disponible » n'est pas une notion générique qui vise la totalité des phonogrammes WARNER destinés à une exploitation sur Internet, mais une notion spécifique au contrat, que le contenu du catalogue disponible peut être différent selon les distributeurs, même si dans la pratique la mise à jour des catalogues des différents distributeurs avait été faite simultanément et de façon identique pour la totalité des distributeurs français, au moins jusqu'aux faits objet du présent litige,

Attendu qu'il est précisé au paragraphe 3 de l'article 1.02 du contrat du 28 mars 2003 : « Le Producteur pourra ajouter ou supprimer des phonogrammes du catalogue disponible, la mise à jour du catalogue disponible s'effectuant selon les modalités définies à l'article 2 de l'annexe 3 aux présentes », que la dite annexe stipule que « le producteur fera parvenir par courrier électronique à VIRGINMEGA les modifications (ajouts ou suppressions) des titres du catalogue disponible.

VIRGINMEGA s'engage à intégrer ou supprimer chaque phonogramme concerné de la base de données accessible aux utilisateurs dans un délai de trois jours ouvrés suivant la réception du courrier électronique envoyé par le producteur... »,

Attendu que les parties ont ainsi distingué la mise à disposition de VIRGINMEGA du fichier en vue de son intégration à son site de la mise à disposition des utilisateurs dudit fichier, et précisé que c'est cette mise à disposition des

utilisateurs qui matérialisait l'entrée dans le « catalogue disponible »,
Attendu qu'il en résulte que la mise à disposition du fichier en vue de sa télédistribution n'implique pas qu'il entre simultanément et automatiquement dans le catalogue disponible visé par le contrat du 28 mars 2003,
Attendu en conséquence qu'en écrivant dans son message du 12 octobre 2005 : « Nous vous informons que le nouveau titre de MADONNA « *Hung up* » sera disponible en vente en téléchargement pour une mise en ligne le 24 octobre 2005... », SAS WARNER MUSIC FRANCE indiquait que ledit enregistrement entrerait dans le « catalogue disponible » le 24 octobre 2005,
Attendu que si le titre « *Hung up* » a pu entrer dans un catalogue et ainsi être mis à disposition du public dès le 17 octobre 2005, cette mise à disposition n'impliquait pas que le titre entrerait simultanément et automatiquement dans le catalogue disponible visé par le contrat du 28 mars 2003 et n'ouvrait pas droit à VIRGINMEGA de le proposer sur son propre site,
Attendu qu'en reproduisant et en mettant à disposition du public, en vue de son téléchargement, le titre « *Hung up* » appartenant à SAS WARNER MUSIC FRANCE, sans son autorisation, pendant la période du 18 au 23 octobre 2005, VIRGINMEGA a violé les droits voisins de SAS WARNER MUSIC FRANCE et s'est rendue coupable de contrefaçon à son encontre ;

2° sur la violation alléguée des droits d'auteur sur le visuel

MOYENS DES PARTIES

SAS WARNER MUSIC FRANCE fait valoir qu'elle est titulaire, pour la France, des droits instaurés par les articles L 122-1 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle sur les visuels destinés à constituer la pochette de l'album « *confessions on a dance floor* » et celle du single « *Hung up* ».

SAS WARNER MUSIC FRANCE soutient que VIRGINMEGA a violé
-l'ensemble des articles 1.1 et 1.2 de la convention d'utilisation des images WARNER, en téléchargeant le visuel de l'album à partir du site www.image.net, en l'altérant et le reproduisant dans sa « news letter » et son site et en diffusant sa « news letter » ,

-l'article 3 du contrat du 28 mars 2003 en reproduisant ce même visuel dans sa « news letter » et en diffusant ladite « news letter » ,

-ce même article 3 en reproduisant ce même visuel sur son site Internet alors que SAS WARNER MUSIC FRANCE ne lui avait

pas fourni le visuel en question et que le titre « *Hung up* » n'était pas entré dans le Catalogue disponible.

VIRGINMEGA réplique que l'article 3 du contrat du 28 mars 2003 l'autorise à utiliser sur son site, pour les besoins de la promotion des phonogrammes du Catalogue les photographies représentant les artistes ainsi que tout autre élément remis par SAS WARNER MUSIC FRANCE, que cette dernière expression vise :

- ceux livrés par SAS WARNER MUSIC FRANCE sur le site download.warnermusic.fr en même temps que le fichier son,
- ceux déposés par SAS WARNER MUSIC FRANCE sur le site www.image.net.

VIRGINMEGA soutient que le reproduction du visuel promotionnel dans sa « news letter » n'est pas fautif et relève de la suite équitable du contrat, ce que corrobore la pratique des parties.

SUR CE

Attendu que l'article 3 du contrat du 28 mars 2003 définit les conditions dans lesquelles SAS WARNER MUSIC FRANCE autorise VIRGINMEGA à utiliser, pour les besoins de la promotion relatifs aux phonogrammes du catalogue présents dans l'offre, le nom des artistes, leur photographie ainsi que tout autre élément remis par le PRODUCTEUR, qu'il précise ainsi

- d'une part « Le nom et/ou l'image d'un artiste pourra être reproduit et diffusé, uniquement sur le site, et exclusivement en association directe avec le phonogramme concerné, intégré dans l'offre de VIRGINMEGA... »,

- d'autre part « l'utilisation du nom et/ou de l'image dudit artiste pour tout autre type de promotion et/ou de publicité de l'offre (support presse, affiches, spot publicitaire...) seront soumis à l'accord préalable et écrit du PRODUCTEUR. »,

Attendu que les parties ont ainsi précisé, dans le premier paragraphe, que la reproduction et la diffusion sur le site des éléments promotionnels d'un titre, comme en l'espèce le visuel de la pochette, était conditionnée à l'intégration dudit titre dans l'offre de VIRGINMEGA, autrement dit le « catalogue disponible »,

Attendu que les parties ont spécifié, dans le second paragraphe, que l'utilisation des mêmes éléments promotionnels sur d'autres supports que le site était soumis à l'accord préalable de SAS WARNER MUSIC FRANCE,

Attendu que d'une part, en reproduisant et en diffusant sur son site le visuel de l'album pendant la période du 18 octobre au 23 octobre 2005, alors que le titre « *Hung up* » n'appartenait pas encore au « catalogue disponible », d'autre part, en reproduisant et diffusant le même visuel dans sa « news letter », sans l'autorisation de SAS WARNER MUSIC FRANCE, VIRGINMEGA a porté atteinte aux droits d'auteur de SAS WARNER MUSIC FRANCE sur le visuel et s'est rendue coupable de contrefaçon à son encontre ;

Sur les actes allégués de concurrence déloyale et de parasitisme de VIRGINMEGA

MOYENS DES PARTIES

SAS WARNER MUSIC France reproche à VIRGINMEGA :

-d'avoir eu un comportement particulièrement déloyal en tenant volontairement dans l'ignorance SAS WARNER MUSIC France de son intention de ne pas respecter le droit d'avant-première consenti à SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France,

-d'avoir, par le biais de sa « news letter », fait la publicité de la mise à disposition illicite de l'enregistrement « *Hung up* », acte distinct de la mise à disposition elle-même,

-de s'être prévalu abusivement, sur son site Internet et dans sa « news letter » d'un accord avec WARNER et d'un droit d'avant-première qu'elle n'avait pas, acte dont SAS WARNER MUSIC France soutient qu'il est constitutif de parasitisme,

-d'avoir publiquement dénigré l'opération mise en place et les partenaires impliqués.

SAS WARNER MUSIC France soutient que VIRGINMEGA a ainsi :

-d'une part, organisé un détournement, à son profit, des bénéfices de l'opération mise en place par SAS WARNER MUSIC France et SA FRANCE TELECOM/ SA ORANGE France, notamment en se prévalant d'un droit d'avant-première qu'elle ne détenait pas,

-d'autre part, orchestré parallèlement une campagne de dénigrement à l'encontre de ladite opération ainsi que de SAS WARNER MUSIC France.

SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France reprochent à VIRGINMEGA les actes délictueux suivants :

-le piratage du fichier du titre « *Hung up* » de Madonna commis le 18 octobre 2005 sur le site de WANADOO,

-la violation de l'exclusivité consentie à SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France par SAS WARNER MUSIC France dans la semaine du 17 au 23 octobre 2005, pour l'exploitation en ligne du titre « *Hung up* »,

-l'usurpation du droit et de la mention d'avant-première avec Madonna,

-la revendication de ses actes dans la presse par des accusations dénigrantes.

SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France soutiennent que ces actes sont graves par leur caractère prémédité et forcené ainsi que par leur caractère de publicité mensongère et par la tromperie du public qu'ils ont occasionnée.

SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France soutiennent encore que les agissements de VIRGINMEGA sont également fautifs comme constituant un abus de sa position dominante sur le marché du téléchargement de la musique en ligne.

VIRGINMEGA soulève en réplique l'irrecevabilité de SA ORANGE France faute pour cette dernière d'exposer les moyens de fait et de droit sur lesquels elle fonde ses prétentions et donc faute de démontrer son intérêt à agir.

VIRGINMEGA conteste l'accusation de parasitisme par détournement des investissements consacrés à l'opération Madonna, faisant valoir qu'elle ne s'est placée dans le sillage de personne et que SA FRANCE TELECOM ne précise pas quelle serait la chose à laquelle elle aurait consacré des investissements dont VIRGINMEGA se serait indûment servie ou inspirée.

VIRGINMEGA souligne que les actes qu'on lui reproche au titre de la concurrence déloyale avant le 23 octobre 2005 sont les mêmes que ceux qu'elle continue à réaliser, depuis cette date, pour distribuer sur son site le single « *Hung up* » et sont donc inséparables du litige contractuel entre SAS WARNER MUSIC France et VIRGINMEGA.

VIRGINMEGA soutient que l'expression « avant-première » est usuelle dans le secteur du téléchargement musical et indique qu'il s'agit d'un titre téléchargeable sur Internet avant sa commercialisation sur supports physiques en magasin et ne fait référence à aucune exclusivité à son profit, qu'en conséquence elle n'a tiré aucun avantage de l'utilisation de cette expression, commune à l'ensemble des acteurs du marché du téléchargement et n'a donc commis aucun acte de publicité mensongère.

VIRGINMEGA soutient encore que le dénigrement prétendu n'est que l'expression légitime de sa position dans le débat contradictoire suscité par l'exclusivité. Elle souligne que

ses propos ne mettent pas en cause les sociétés SA FRANCE TELECOM, SA ORANGE France et SAS WARNER MUSIC France.

SUR CE

1° sur l'irrecevabilité de SA ORANGE France

Attendu que VIRGINMEGA fait valoir que SA ORANGE France exploite une plate-forme de téléphonie mobile, et non une plate-forme de téléchargement en ligne, qu'il résulte des conclusions récapitulatives de SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France que le présent litige est circonscrit au téléchargement en ligne du single « *Hung up* » pour la période allant du 18 au 23 octobre 2005, que ces faits concernent exclusivement SA FRANCE TELECOM et non SA ORANGE France,
Attendu que SA ORANGE France est signataire, au coté de SA FRANCE TELECOM, du contrat conclu le 5 octobre 2005 avec SAS WARNER MUSIC France,
Attendu que ledit contrat stipule que « SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France s'engagent ensemble à consacrer au minimum 7,5 M €... pour une campagne de marketing »,
Attendu que l'exclusivité consentie par SAS WARNER MUSIC France concerne à la fois le téléchargement en ligne et le téléchargement sur mobile,

Attendu qu'en conséquence SA ORANGE France est recevable à agir en concurrence déloyale à l'encontre de SAS WARNER MUSIC France sur le fondement des mêmes griefs que SA FRANCE TELECOM ;

2° sur le grief de comportement déloyal formulé par SAS WARNER MUSIC FRANCE

Attendu que SAS WARNER MUSIC France reproche à VIRGINMEGA un comportement déloyal en tenant volontairement SAS WARNER MUSIC France dans l'ignorance de son intention de ne pas respecter le droit d'avant-première consenti à FRANCE TELECOM,
Attendu que SAS WARNER MUSIC France soutient que VIRGINMEGA a ainsi cherché à détourner à son profit l'opération mise en place par SAS WARNER MUSIC France avec SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France, que son attitude a consisté dans un premier temps à s'abstenir de tout contact avec SAS WARNER MUSIC France pour, par une agression soudaine, donner le plus grand retentissement à son coup d'éclat et le plus d'efficacité à sa propre publicité,

Attendu que SAS WARNER MUSIC France reproche ainsi à VIRGINMEGA de ne pas l'avoir informé de son intention de violer les termes du contrat du 28 mars 2003, Attendu qu'ainsi que le souligne VIRGINMEGA, SAS WARNER MUSIC France reproche en réalité à cette dernière d'avoir eu un comportement contraire à la loyauté prévue par l'article 1134 du Code Civil entre cocontractants, que ce grief de nature contractuelle ne peut donc être invoqué pour mettre en jeu la responsabilité délictuelle de VIRGINMEGA au titre de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale,

Attendu qu'en conséquence ce grief sera écarté ;

3° sur le grief de piratage formulé par SA FRANCE TELECOM

Attendu que SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France soutiennent que VIRGINMEGA a commis un acte de piratage numérique caractérisé,

Attendu qu'elles soulignent qu'aux termes mêmes du rapport de la Fédération Internationale de l'Industrie Phonographique, produit aux débats par VIRGINMEGA « *Le piratage sur Internet est l'activité consistant à mettre à disposition, à transmettre ou copier, via Internet, l'œuvre ou le travail d'une autre personne sans son autorisation...* »,

Attendu qu'il n'est pas contesté que VIRGINMEGA a téléchargé le fichier « *Hung up* » à partir du site de SA FRANCE TELECOM, www.wanadoo.fr, afin de le stocker sur sa base de données puis le commercialiser,

Attendu que le téléchargement du fichier « *Hung up* » à partir du site www.wanadoo.fr, le 18 octobre 2005 au matin, date à laquelle il était librement accessible au téléchargement contre paiement, et ne nécessitait pas l'autorisation de SA FRANCE TELECOM, n'est pas fautif,

Attendu que le stockage du fichier par VIRGINMEGA sur sa base de données en vue de sa commercialisation nécessitait l'autorisation, qu'elle n'avait pas, de SAS WARNER MUSIC France, et non celle de SA FRANCE TELECOM, que la faute de VIRGINMEGA est, ainsi qu'a déjà statué le tribunal, constitutive d'un acte de contrefaçon à l'encontre de SAS WARNER MUSIC France et non d'un acte de concurrence déloyale à l'encontre de SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France,

Attendu qu'en conséquence ce grief sera écarté ;

4° sur le grief de violation du droit d'exclusivité formulé par SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE FRANCE

Attendu que les faits reprochés par SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France à VIRGINMEGA et fondant le grief de violation du droit d'exclusivité de commercialisation du titre « *Hung up* » pendant la période du 18 au 23 octobre 2005 sont les mêmes que ceux reprochés à VIRGINMEGA par SAS WARNER MUSIC France et fondant le grief de contrefaçon formé par cette dernière, Attendu qu'il a été statué que le titre « *Hung up* » pouvait entrer dans un catalogue, en l'occurrence celui de SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France et ainsi être mis à disposition du public dès le 18 octobre 2005, et que cette mise à disposition n'impliquait pas que le titre entraît simultanément et automatiquement dans le catalogue disponible visé par le contrat du 28 mars 2003 et n'ouvrait pas droit à VIRGINMEGA de le proposer sur son propre site, Attendu qu'en mettant à disposition du public le titre « *Hung up* » dès le 18 octobre 2005 sur son site Internet, VIRGINMEGA a violé le droit de commercialiser ledit titre consenti à SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France de façon exclusive par SAS WARNER MUSIC France,

Attendu qu'en conséquence ce grief sera retenu ;

5° sur le grief de publicité mensongère formulé par SAS WARNER MUSIC France, SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France

Attendu que SAS WARNER MUSIC France, SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France reprochent à VIRGINMEGA d'avoir présenté sa mise en ligne de manière à laisser penser qu'elle avait elle-même obtenu un droit d'avant-première exclusive, Attendu que les demanderesses font valoir que VIRGINMEGA a annoncé le téléchargement du titre « *Hung up* » sur son site comme une avant-première mais également dans sa « news letter » diffusée à 1,2 million d'exemplaires, qu'il s'agit là d'une publicité mensongère puisque VIRGINMEGA ne bénéficiait pas de ce droit, matérialisant un détournement d'image et ayant un effet parasitaire démultiplié par le notoriété et la position de leader qu'occupe VIRGINMEGA sur le marché du téléchargement, Attendu que SAS WARNER MUSIC France ajoute que VIRGINMEGA a compromis SAS WARNER MUSIC France et atteint son crédit en laissant croire que cette dernière se trouvait associée à une opération contraire aux engagements qu'elle avait pris avec SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France et qui étaient publics, Attendu que VIRGINMEGA réplique que l'expression « avant-première » est usuelle dans le secteur du téléchargement musical et indique précisément qu'il s'agit d'un titre

téléchargeable sur Internet avant sa commercialisation et ne fait aucune référence à une exclusivité,
Attendu qu'il ressort des pièces versées au débat par les parties que si le terme « exclusivité » correspond à une notion juridique précise dont l'acception n'est au demeurant pas contestée par les parties, le terme « avant-première » peut revêtir un contenu variable selon les marchés, les pratiques commerciales et les parties en cause,
Attendu que le tribunal constate que tant la défenderesse que les demanderesses utilisent dans leurs écritures tantôt l'expression « exclusivité », tantôt celle « d'avant-première » ou encore celle « d'exclusivité d'avant-première »,
Attendu cependant qu'il ressort du courrier que VIRGINMEGA a adressé à SAS WARNER MUSIC France le 17 octobre 2005 et dans lequel elle utilise simultanément les trois expressions, que dans l'esprit de son rédacteur celles-ci avaient, à l'époque, la même signification,
Attendu qu'ainsi, en se prévalant, à la même date, sur son site Internet et dans sa « news letter » d'un droit d'avant première, VIRGINMEGA revendiquait en fait un droit d'exclusivité qu'elle n'avait pas, qu'elle s'est donc rendue coupable de publicité mensongère,

Attendu qu'en conséquence ce grief sera retenu ;

6° sur le grief de dénigrement formulé par SAS WARNER MUSIC France, SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France

Attendu que SAS WARNER MUSIC France, SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France reprochent à VIRGINMEGA d'avoir tenu les propos suivants, largement diffusés, qui selon les demanderesses constituent un dénigrement :

- l'exclusivité consentie à France TELECOM par WARNER constitue « une attaque en règle à l'idée de diversité culturelle » (Jean-Noël REINHARDT, Président VIRGINMEGA, Musique Info, 28/10/05)
- « la question de fond est de savoir si on est pour ou contre les exclusivités de vente de biens culturels physiques ou dématérialisés. Ce qui est choquant dans cette affaire, c'est que les plates-formes en ligne des distributeurs de disque ne peuvent pas se battre à armes égales avec les opérateurs de télécoms ou les fabricants d'ordinateurs. On arrive à un système dans lequel celui qui obtient l'exclusivité n'est pas celui qui est le plus créatif sur le marketing ou qui est le moins cher pour le client, mais celui qui a le plus gros carnet de chèques. Cette concurrence déloyale est d'autant plus grave qu'en

- nous privant de certaines nouveautés sur Internet, on jette un discrédit sur notre métier de vente de CD dans les magasins» (Jean-Noël REINHARDT, Le Monde, 27/10/05)*
- *« de telles dérives réduisent la diversité culturelle en privant les consommateurs de leur liberté fondamentale d'acheter de la musique en ligne auprès du distributeur de leur choix » (Laurent Fiscal Directeur Général VIRGINMEGA zdnnet.fr 27/10/05)*
 - *«l'exclusivité de vente va à l'encontre du développement du marché légal (...) Nous devons prendre date face à de telles dérives) (Laurent FISCAL, 01 Net, 21/01/05)*

Attendu que si dans les propos visés, ni SAS WARNER MUSIC France, ni SA FRANCE TELECOM, ni SA ORANGE France ne sont cités, le contexte dans lequel ils ont été prononcés est parfaitement explicite, en sorte que pour le lecteur ou l'auditeur ces dernières étaient identifiables,

Attendu que si les propos visés constituent une dénonciation des pratiques commerciales de SAS WARNER MUSIC France et SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France, ils ne comportent aucun propos dénigrant les produits et services proposés par ces sociétés,

Attendu que les éléments principaux des pratiques commerciales dénoncées, à savoir l'octroi par SAS WARNER MUSIC France d'une exclusivité à SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France en contrepartie d'un engagement promotionnel de ces dernières avaient fait l'objet d'une large information publique de la part de ses protagonistes, même si la contrepartie financière demeurerait secrète,

Attendu que lesdites pratiques étaient ainsi livrées à la libre appréciation de tous les acteurs du marché, que dans ce contexte le fait pour VIRGINMEGA de qualifier de déloyale une concurrence dont les éléments constitutifs étaient connus et sans que ne soit alléguée par VIRGINMEGA aucune autre pratique que celles connues du public ne parait pas au tribunal pouvoir être qualifié de dénigrement,

Attendu que de même l'utilisation du terme « dérives » par VIRGINMEGA ne parait pas au tribunal dépasser ce qu'autorise l'expression légitime de sa position dans le débat suscité par l'exclusivité consentie à SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France et ouvert par les déclarations à la presse de ces dernières,

Attendu qu'en conséquence ce grief sera écarté ;

7° sur le grief d'abus de position dominante formulé par SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE FRANCE

Attendu que SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France soutiennent que les agissements de VIRGINMEGA caractérisent un abus de position dominante sur le marché du téléchargement en ligne, Attendu que SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France soulignent que les menaces de VIRGINMEGA à l'égard de SAS WARNER MUSIC France contenues dans son courrier du 17 octobre 2005, le recours aux représailles ont manifestement un caractère anticoncurrentiel en ce qu'ils visent à affirmer par la force la « position » d'un acteur du marché contre toute attitude des majors qui favoriserait le développement de la concurrence des opérateurs de télécommunication tels SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France,

Attendu que VIRGINMEGA n'est pas le premier acteur sur le marché du téléchargement de la musique en ligne en France, qu'avec une part de marché variant, au dernier trimestre 2005, entre 25 et 30 %, VIRGINMEGA est en effet devancé par I Tunes (APPLE) qui détenait entre 35 et 40 %,

Attendu que ces chiffres sont ainsi que le soulignait le Conseil de la Concurrence dans sa décision de novembre 2004 d'interprétation délicate dans un marché en très forte expansion, où les positions respectives peuvent évoluer très rapidement ainsi que le montre au demeurant l'évolution de la part de I Tunes (APPLE) qui si l'on se réfère à la même décision du Conseil de la Concurrence détenait à l'époque une part de 75 % du marché,

Attendu que le marché du téléchargement de la musique en ligne est ouvert à de nombreux opérateurs issus de groupe opérant sur des marchés différents, que de ce point de vue le fait d'être adossé à un réseau de distribution de phonogrammes physiques ne paraît pas constituer un avantage déterminant par rapport à l'adossement à un fabricant de matériels ou un fournisseur d'accès à Internet,

Attendu que la position de VIRGINMEGA ne peut donc être qualifiée de dominante,

Attendu qu'en conséquence ce grief sera écarté ;

Attendu que les griefs de publicité mensongère et de violation du droit d'exclusivité ont été retenus, qu'ils sont constitutifs d'actes de concurrence déloyale,

Le tribunal dit qu'en violant l'exclusivité consentie par SAS WARNER MUSIC France à SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France sur la mise en ligne du titre « *Hung up* » et en présentant sa mise en ligne dudit titre de manière à laisser penser qu'elle avait elle-même obtenu de SAS WARNER MUSIC France un droit d'avant-première exclusive, VIRGINMEGA a commis des actes de concurrence déloyale à l'encontre de SAS WARNER MUSIC France, SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France;

**Sur les actes allégués de concurrence déloyale de SAS WARNER
MUSIC France, SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France**

VIRGINMEGA affirme que dans cette affaire, les pratiques anticoncurrentielles sont en réalité imputables aux demanderessees.

VIRGINMEGA soutient que SAS WARNER MUSIC France, SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France ont violé l'engagement qu'elles ont pris, en tant que signataires de la « Charte pour le développement de l'offre légale de musique en ligne » de « développer la mise à disposition, dans des conditions, notamment financières, transparentes et non discriminatoires, de l'intégralité des contenus numérisés et disponibles à l'ensemble des plates-formes... ».

VIRGINMEGA soutient également que SA FRANCE TELECOM, qui est en position dominante sur les marchés de la fourniture de téléphonie fixe et de l'accès à Internet à haut débit pour la clientèle résidentielle s'est rendue coupables de plusieurs abus de position dominante prohibés par l'article L 420-2 du Code de Commerce :

- l'exclusivité conclue avec SAS WARNER MUSIC France, en raison de l'effet d'éviction qu'elle produit sur le marché du téléchargement payant de musique en ligne,
- la subvention croisée illicite octroyée par FRANCE TELECOM et ORANGE à WANADOO, et
- la pratique de prix excessifs délibérément appliqués par SA FRANCE TELECOM.

VIRGINMEGA fait valoir que SA FRANCE TELECOM bénéficie d'une position dominante sur les marchés de la fourniture de téléphonie fixe et de l'accès à Internet, que le marché du téléchargement payant est un marché connexe sur lequel l'abus de position dominante est constitué.

VIRGINMEGA souligne que le lien de connexité est établi par le comportement même de SA FRANCE TELECOM consistant à signer un accord de partenariat multi supports (Fixe, Mobile, Internet, TV DSL) et de la présentation commerciale habituelle

qu'elle fait sur le site de WANADOO de l'ensemble de ses services de Télévision, Internet, Fixe et Mobile.

VIRGINMEGA soutient que les résultats de l'opération mettent en lumière les dangers et les risques d'exclusion qui guettent le marché du téléchargement légal de musique en ligne si le tribunal ne sanctionnait pas la pratique d'exclusivité, mise en œuvre par un opérateur multi supports comme SA FRANCE TELECOM avec une major du disque, SAS WARNER MUSIC France en l'espèce.

VIRGINMEGA ajoute que la somme de 500 000 € HT payée à titre forfaitaire pour obtenir une exclusivité d'avant-première est sans commune mesure avec les recettes retirées du téléchargement en ligne et qu'elle a été financée par les subventions croisées de SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France au profit de WANADOO, grâce aux rentes de situation détenues sur les autres marchés.

VIRGINMEGA soutient qu'il n'existe aucune explication rationnelle entre le prix payé et les investissements affectés à l'opération, d'une part, les revenus retirés de l'opération, d'autre part, si ce n'est la volonté de SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France de préempter les différents supports sur lesquels on télécharge de la musique.

SAS WARNER MUSIC France réplique que l'accord qu'elle a conclu avec SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France ne relève pas du marché du téléchargement, lequel désigne un marché de détail, mais du marché d'approvisionnement en enregistrement sonore, que ce marché ne peut être distingué par genre ou par musique, qu'il regroupe tous les producteurs de disques et toutes les entreprises chargées de les commercialiser.

SAS WARNER MUSIC France souligne que la valeur de ce marché était de l'ordre de 1 300 millions d'Euros en 2002 et qu'ainsi la pratique critiquée a donc potentiellement affectée moins de 4 centième de pourcent dudit marché et ne peut donc être considérée comme ayant un effet sensible sur le fonctionnement du marché

SA FRANCE TELECOM réplique qu'elle n'a plus aucun monopole légal et que les conditions cumulatives de l'abus ne sont donc pas réunies.

SA FRANCE TELECOM ajoute que le prix de 8M € affecté à l'opération MADONNA n'est pas un prix payé pour acheter l'exclusivité mais un investissement de communication stratégique.

SUR CE

Attendu que l'article 2-2 de la charte du 28 juillet 2004 en stipulant que les signataires s'engagent « pour accroître rapidement l'offre licite de musique en ligne au consommateur, [à] développer la mise à disposition, dans des conditions notamment financières, transparentes et non discriminatoires, sous réserve du secret des affaires et dans le cadre du droit de la concurrence, de l'intégralité des contenus numérisés et disponibles à l'ensemble des plateformes, notamment celles qui seraient créées par les fournisseurs d'accès à Internet », prenait acte de l'engagement des signataires de développer leur offre, sans mettre à leur charge, en matière de concurrence, d'autres contraintes que les contraintes légales ou réglementaires, Attendu qu'il n'y aurait donc violation de la charte qu'à condition que le grief formulé par VIRGINMEGA à l'encontre de SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France soit retenu, Attendu qu'en se référant elle-même aux dangers et risques d'exclusion qui guettent le marché du téléchargement légal de musique en ligne, si le tribunal ne sanctionnait pas la pratique d'exclusivité mise en œuvre par les demanderesses, constitutive selon elle d'un abus de position dominante, VIRGINMEGA reconnaissait que l'effet d'éviction ne serait qu'une conséquence du renouvellement de la pratique dénoncée et n'est, en l'état, pas avéré, Attendu qu'en conséquence l'abus dénoncé n'est pas démontré, Attendu que VIRGINMEGA, se disant, reconnaissait également qu'elle n'avait encouru aucun préjudice,

Le tribunal dit que SAS WARNER MUSIC France, SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France ne se sont pas rendues coupables d'actes de concurrence déloyale à l'encontre de VIRGINMEGA ;

Sur les préjudices

1° Sur les préjudices de SAS WARNER MUSIC France

Attendu que SAS WARNER MUSIC France fait valoir que l'enjeu de l'opération mise en place avec SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France n'était pas le chiffre d'affaires qu'elle générerait directement et que le débat autour de la perte de chiffre d'affaires occasionnée par les actes de VIRGINMEGA est stérile, SAS WARNER MUSIC France souligne qu'il s'agissait avant tout d'une opération de communication dont l'effet et donc le

préjudice causé par le comportement fautif de VIRGINMEGA, étaient décuplés par :

- la notoriété de l'artiste concernée,
- l'originalité de l'opération, présentée par la presse comme la plus innovante,
- les investissements promotionnels consentis.

Attendu que SAS WARNER MUSIC France soutient que VIRGINMEGA, du fait de ses actes de contrefaçon, a compromis et décrédibilisé l'opération et en a, au contraire, illégitimement tiré profit,

Attendu qu'il est constant que la contrefaçon génère chez la personne qui en est victime un trouble manifeste, Attendu que la contrefaçon porte atteinte aux droits de propriété incorporelle exclusifs qui comportent des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, comme la loi le précise expressément, qu'en conséquence il convient de réparer les préjudices résultant de l'atteinte à ces droits privatifs,

Attendu cependant que SAS WARNER MUSIC France a bien reçu le prix de l'exclusivité consentie, soit 500 000 €, qu'il est douteux que si cette exclusivité avait été également régulièrement consentie à VIRGINMEGA, SAS WARNER MUSIC France ait obtenu en contrepartie, au total, deux fois la même somme, Attendu qu'ainsi que le souligne elle-même SAS WARNER MUSIC France, l'impact du comportement de VIRGINMEGA sur son chiffre d'affaires ne peut être mesuré, Attendu, en outre, qu'il n'est pas établi que cet impact ait été négatif,

Le tribunal, compte tenu de ces éléments et usant de son pouvoir souverain d'appréciation dit que le préjudice subi par SAS WARNER MUSIC France du fait des actes de contrefaçon commis à son encontre par VIRGINMEGA sera entièrement réparé par l'octroi d'une indemnité de 100 000 € et condamnera cette dernière à lui payer ladite somme à titre de dommages intérêts ;

Attendu que le crédit de SAS WARNER MUSIC France auprès des autres acteurs du marché a pu être atteint par le comportement de VIRGINMEGA et par le fait que le marché ait pu croire que SAS WARNER MUSIC France avait consenti à cette dernière une exclusivité, contredisant ses déclarations communes avec SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France, fait dont le tribunal a dit qu'il était constitutif d'un acte de concurrence déloyale de VIRGINMEGA à l'encontre de SAS WARNER MUSIC France, Attendu que SAS WARNER MUSIC France ne soutient pas que cette atteinte à son crédit ait eu un impact sur son activité et

qu'en conséquence le préjudice qui en est résulté sera entièrement réparé par la présente décision, et par l'octroi d'une indemnité symbolique de 1 €,

Le tribunal condamnera VIRGINMEGA à payer à SAS WARNER MUSIC France la somme de 1 € en réparation du préjudice subi au titre de la concurrence déloyale ;

2° Sur les préjudices de SA France TELECOM et SA ORANGE FRANCE

Attendu que SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France soulignent que leur préjudice ne se limite pas aux ventes réalisées frauduleusement par VIRGINMEGA pendant la semaine d'exclusivité,

Attendu que SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France soutiennent que VIRGINMEGA doit réparer le préjudice matériel résultant de son usurpation des investissements engagés par elles pour bénéficier de l'exclusivité d'avant-première, soit au total 8 322 387 €, ainsi qu'il résulte des pièces produites au débat,

Attendu que SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France ajoutent qu'elles ont subi un préjudice d'image considérable,

Attendu que l'atteinte au droit d'exclusivité que SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France ont acheté 500 000 € à SAS WARNER MUSIC France est à l'origine d'un trouble commercial incontestable, les éléments versés au débat ne permettent pas d'établir l'impact que cette atteinte et la publicité mensongère à laquelle elle a donné lieu de la part de VIRGINMEGA ont eu sur les investissements commerciaux engagés par SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France,

Attendu, en effet, que si les parties s'accordent pour dire que l'exclusivité de téléchargement du titre « *Hung up* », pendant une semaine constituait le point d'orgue de l'opération mise en place par SAS WARNER MUSIC France avec SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France par leur contrat du 5 octobre 2005, elle n'en constituait que l'un des éléments, Attendu, en outre, que le tribunal n'a pas retenu le grief de dénigrement,

Le tribunal, compte tenu de ces éléments et usant de son pouvoir souverain d'appréciation dit que le préjudice subi par SA FRANCE TELECOM et SA ORANGE France du fait des actes de concurrence déloyale commis à leur encontre par VIRGINMEGA sera entièrement réparé par l'octroi d'une indemnité de 250 000 €, à chacune d'entre elles, et condamnera cette

dernière à leur payer ladite somme à titre de dommages intérêts ;

Sur les mesures de publication

Attendu que l'impact médiatique donné par les parties elles-mêmes aux faits objets du présent litige justifie que la présente décision soit portée à la connaissance des acteurs du marché et du public,

Attendu, au demeurant, que tant les demanderesses que la défenderesse le demandent,

Le tribunal

-autorise la publication du dispositif du présent jugement aux frais avancés des demanderesses ou de l'une d'entre elles, qui se feront remboursées par VIRGINMEGA sur simple présentation des factures, dans 5 journaux ou périodiques nationaux au choix des demanderesses et dans la limite de 10 000 € (HT) par insertion,

-ordonne la publication du dispositif du présent jugement en page d'accueil du site Internet www.virginmega.fr, dans un encart représentant au moins le quart de la surface de l'écran, pendant une durée de un mois et ce sous astreinte de 5 000 € par jour de retard suivant la signification du présent jugement ;

Sur l'article 700 du NCPC

Attendu que si VIRGINMEGA partie qui succombe et qui sera condamnée aux dépens ne peut prétendre au remboursement de ses frais, il paraît équitable de mettre à sa charge les frais engagés par ses adversaires pour faire valoir leurs droits et que le Tribunal estime conforme à l'équité d'en fixer le montant à la somme de

- 35 000 € au bénéfice de SAS WARNER MUSIC France,
- 2 500 € au bénéfice de WEA INTERNATIONAL Inc,
- 2 500 € au bénéfice de WARNER BROS RECORDS Inc,
- 20 000 € au bénéfice de SA FRANCE TELECOM,
- 20 000 € au bénéfice de SA ORANGE France,

déboutant pour le surplus ;

Sur l'exécution provisoire

Attendu que le tribunal l'estime nécessaire, qu'elle sera donc ordonnée à l'exception des mesures de publication,

Attendu que le tribunal débouterà les parties de leurs demandes, autres, plus amples ou contraires,

PAR CES MOTIFS

Le Tribunal statuant publiquement par jugement contradictoire en premier ressort

Joint les causes,

Dit qu'en reproduisant et en mettant à disposition du public, en vue de son téléchargement, le titre « *Hung up* » appartenant à la SAS WARNER MUSIC FRANCE, sans son autorisation, pendant la période du 18 au 23 octobre 2005, la SAS VIRGINMEGA a violé les droits voisins de la SAS WARNER MUSIC FRANCE et s'est rendue coupable de contrefaçon à son encontre,

Dit qu'en reproduisant et en diffusant sur son site le visuel de l'album pendant la période du 18 octobre au 23 octobre 2005, alors que le titre « *Hung up* » n'appartenait pas encore au « catalogue disponible », d'une part, en reproduisant et diffusant le même visuel dans sa « news letter », d'autre part sans l'autorisation de la SAS WARNER MUSIC FRANCE, la SAS VIRGINMEGA a porté atteinte aux droits d'auteur de la SAS WARNER MUSIC FRANCE sur le visuel et s'est rendue coupable de contrefaçon à son encontre,

Dit qu'en violant l'exclusivité consentie par la SAS WARNER MUSIC FRANCE à la SA FRANCE TELECOM et la SA ORANGE FRANCE sur la mise en ligne du titre « *Hung up* » pendant la période du 18 octobre au 23 octobre 2005, et en présentant sa mise en ligne dudit titre de manière à laisser penser qu'elle avait elle-même obtenu de la SAS WARNER MUSIC FRANCE un droit d'avant-première exclusive, la SAS VIRGINMEGA a commis des actes de concurrence déloyale à l'encontre de la SAS WARNER MUSIC FRANCE, la SA FRANCE TELECOM et la SA ORANGE FRANCE;

Condamne la SAS VIRGINMEGA à payer à la SAS WARNER MUSIC FRANCE la somme de 100 000 € à titre de dommages intérêts en

réparation du préjudice subi du fait des actes de contrefaçon commis à son encontre,

Condamne la SAS VIRGINMEGA à payer à la SAS WARNER MUSIC FRANCE la somme de 1€ à titre de dommages intérêts en réparation du préjudice subi du fait des actes de concurrence déloyale commis à son encontre,

Condamne la SAS VIRGINMEGA à payer à la SA FRANCE TELECOM, d'une part et la SA ORANGE FRANCE, d'autre part, la somme de 250 000 € à titre de dommages intérêts en réparation du préjudice subi du fait des actes de concurrence déloyale commis à leur encontre,

Autorise la publication du dispositif du présent jugement aux frais avancés de la SAS WARNER MUSIC FRANCE, la SA FRANCE TELECOM et la SA ORANGE FRANCE ou de l'une d'entre elles, qui se feront remboursées par la SAS VIRGINMEGA sur simple présentation des factures, dans 5 journaux ou périodiques nationaux au choix des demanderesses et dans la limite de 10 000 € (HT) par insertion,

Ordonne la publication du dispositif du présent jugement en page d'accueil du site Internet www.virginmega.fr, dans un encart représentant au moins le quart de la surface de l'écran, pendant une durée de un mois et ce sous astreinte de 5 000 € par jour de retard suivant la signification du présent jugement,

Condamne la SAS VIRGINMEGA à payer les sommes suivantes au titre de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile :

- 35 000 € au bénéfice de la SAS WARNER MUSIC FRANCE,
- 2 500 € au bénéfice de la société WEA INTERNATIONAL Inc,
- 2 500 € au bénéfice de la société WARNER BROS RECORDS Inc,
- 20 000 € au bénéfice de la SA FRANCE TELECOM,
- 20 000 € au bénéfice de la SA ORANGE FRANCE,

Déboute les parties de leurs demandes autres, plus amples ou contraires,

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement sans constitution de garantie, à l'exception des mesures de publication,

Condamne la SAS VIRGINMEGA aux dépens, dont ceux à recouvrer par le Greffe liquidés à la somme de 64,67 € TTC (dont 9,97 € de TVA).

Retenu et plaidé à l'Audience Publique où siégeaient Messieurs LUCQUIN, REIGNIER et NOEL.

Délibéré par les mêmes magistrats et prononcé à l'Audience Publique où siégeaient :

Monsieur SEVRAY, Président, Messieurs LUCQUIN, SILLION, Madame CHARLIER-BONATTI, Messieurs REIGNIER, NOEL et SPILET, Juges, assistés de Monsieur DURAFOUR, Greffier. Les parties en ayant été préalablement avisées.

La minute du jugement est signée par le Président du délibéré et le Greffier.