

**Transmisión digital. Responsabilidad del proveedor. Descarga de archivos codificados.
Argumento de copia privada. Desestimación.**

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Francia

ORGANISMO: Tribunal de Gran Instancia de París, Cámara Tercera, Sección 1^a

FECHA: 25-11-2008

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en <http://www.legalis.net/>

TRADUCCIÓN: Melisa Espinal

OTROS DATOS: Wizzgo vs. M6 Web y otros

SUMARIO:

“... la sociedad Wizzgo puso a la disposición de los internautas un servicio que les permitía obtener gratuitamente la copia de los programas de cadenas de televisión digital terrestre (TDT) en su ordenador, por medio de una plataforma tecnológica que soporta un sitio de Internet www.wizzgo.com”.

“La sociedad Wizzgo propone a la persona interesada descargar en su ordenador el programa iWizz que permite la interacción con la plataforma Wizzgo luego de inscribirse indicando cierto número de datos personales. El internauta, convertido en usuario, puede entonces operar una selección en una guía de programas puestos a su disposición. A continuación, la sociedad Wizzgo realiza una copia cifrada del programa de televisión escogido que envía al usuario, quien podrá descifrarla. Una mención previa a la visualización indica: «copia privada realizada para su cuidado, exclusivamente destinada a su uso personal en el marco de su círculo familiar».”

“...las sociedades del grupo M6 notificaron a la sociedad Wizzgo que cesara toda explotación de los programas por los cuales son titulares de derechos de propiedad intelectual”.

[...]

“La sociedad Wizzgo expone que su servicio brinda exactamente las mismas prestaciones que un reproductor de vídeo tradicional, agregando que la copia que produce es objeto de una marcación que asegura la rastreabilidad de la copia y de su usuario mediante datos de conexión que permiten su identificación. Para establecer el carácter lícito de este servicio, la sociedad Wizzgo invoca las excepciones de copia transitoria y de copia privada de los artículos L122-5¹ y

1 “Artículo L122-5. Una vez divulgada la obra, el autor no podrá prohibir: ... 2° Las copias o reproducciones estrictamente

L211-3² del Código de la Propiedad Intelectual”.

“La sociedad Wizzgo también afirma que es el usuario quien crea la copia privada al recuperar la copia transitoria cifrada en su ordenador y descifrándola. Así, explica que su servicio permite la creación de dos tipos de copia por dos personas distintas, que entran cada una dentro del marco de una excepción legal”.

[...]

“La sociedad Wizzgo a continuación sostiene que no tiene la cualidad de copista dentro del marco de la realización de la copia privada. Recuerda que el servicio ofrecido al usuario es completamente gratuito, que ella no obtiene ningún beneficio análogo al de un editor y que la copia privada no es objeto de explotación comercial alguna porque la sociedad no difunde anuncios publicitarios durante la visualización de los programas sino que las inserta únicamente en los espacios que le son propios”.

[...]

“Las sociedades del grupo M6 invocan los derechos de autor de los cuales son cesionarias, los derechos conexos de productor, de artista intérprete y de empresa de comunicación televisiva. Afirmar que la sociedad Wizzgo ha vulnerado sus derechos de reproducción y de comunicación al público de 210.709 copias que representan 3.583 horas de programas difundidos en las cadenas M6 y W9. Agregan que la sociedad Wizzgo, además, ha integrado una marcación y cifrado en los programas en violación a las disposiciones de los artículos L131-9 y L331-22 del Código de la Propiedad Intelectual”.

“Las sociedades del grupo M6 sostienen que la sociedad Wizzgo no puede valerse de la excepción de copia privada que supone que la copia sea estrictamente reservada al uso de quien la realiza. Ahora bien, las demandadas afirman que la sociedad Wizzgo es la copista y que las copias que ella realiza no son destinadas a su uso personal, sino al de sus clientes ...”.

[...]

“El razonamiento jurídico de la sociedad Wizzgo para demostrar el carácter lícito de su actividad yace en la existencia de dos copias realizadas sucesivamente por dos personas distintas:

reservadas al uso privado del copista y que no se destinan a un uso colectivo, con la excepción de las copias de las obras de arte destinadas a ser utilizadas con fines idénticos a aquéllos para los cuales la obra original fue creada, de las copias de un programa de ordenador diferentes a la copia de seguridad efectuada en los términos del artículo L. 122-6-1 del Capítulo II, y de las copias o reproducciones de una base de datos electrónica ...” (nota del compilador).

2 Artículo L211-3. Los beneficiarios de los derechos contemplados en el presente título no podrán oponerse a: ... 2º Las reproducciones estrictamente reservadas al uso privado de la persona que las realiza y que no se destinan a una utilización colectiva ...” (nota del compilador).

la sociedad demandante y después el usuario”.

“Consta que el usuario le pide a la sociedad Wizzgo que proceda por él al registro de programas de las cadenas de TDT que ha seleccionado, que por lo tanto es la sociedad Wizzgo quien va a proceder a ese registro y que después le va a transmitir al usuario en forma cifrada. Éste debe luego proceder a su descifrado si va a ver el programa”.

“Sin embargo, el hecho de proceder a un descifrado no constituye una operación de registro y copia, sino una operación técnica que hace accesibles, en un lenguaje claro, informaciones preexistentes al restituirlas a su forma inicial”.

“Así pues, la copia descifrada no es una copia distinta a la copia realizada por la sociedad Wizzgo y la operación de descifrado realizada por el usuario no lo convierte en copista. Además es conveniente señalar que en los debates no se estableció la necesidad técnica de estas operaciones de cifrado y descifrado dentro de la transmisión de la copia y que estas parecen responder más a una necesidad de confidencialidad alegada por la demandante”.

“En consecuencia, la copia realizada por la sociedad Wizzgo no presenta carácter transitorio puesto que, descifrada, puede ser conservada de manera definitiva por su usuario”.

“Esta copia está, por otra parte, dotada de valor económico propio, ya que constituye la base de la actividad comercial de la sociedad Wizzgo que reposa en la creación y desarrollo de un grupo de usuarios de ese servicio de registro en línea que reciben anuncios publicitarios”.

“Por otra parte, siendo la sociedad Wizzgo la creadora de la copia pero no la usuaria de la copia, la excepción de copia privada no es aplicable y la realización de la copia y, por lo tanto, aunque no genere directamente un ingreso, no presenta carácter lícito”.

[...]

“Por lo tanto, debe declararse sin lugar la solicitud de la sociedad Wizzgo de declaración del carácter lícito del servicio de registro de programas en línea accesible en la dirección www.wizzgo.com y de indemnización del perjuicio resultante de las medidas de prohibición tomadas por el juez de procedimientos de urgencia”.

COMENTARIO: El análisis del caso que se reseña, en lo relativo al derecho de autor y los derechos conexos (ya que el fallo también trata asuntos relacionados con la competencia desleal y los derechos marcarios, extraños a esta reseña), plantea diversas situaciones y varias violaciones a los derechos intelectuales. Así, el primer alegato del prestador de servicios “Wizzgo” se centró en que *“es el usuario quien crea la copia privada [del material protegido] al recuperar la copia transitoria cifrada en su ordenador y descifrándola”*, lo cual no es cierto. En efecto, si se define a la reproducción como la *“fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de toda o parte de ella”*, resulta que “Wizzgo” hacía una fijación (aunque luego la

cifrara) de los programas televisivos que transmitía al usuario y, con ello, reproducía ese contenido. Por otra parte, mal podría alegar “Wizzgo” que estaba amparada por la limitación relativa a la copia privada o personal, si la propia ley francesa alude a esa figura cuando se realiza para el “*uso privado del copista*” y siempre que no se destine a un uso colectivo. Si a la copia personal se le define como la “*reproducción de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo*”, resulta que ninguna de esas condiciones se cumplía en el caso de la copia que realizaba la entidad infractora. Y el hecho de que esa copia no generara supuestamente beneficio económico alguno, era irrelevante a los efectos del ilícito civil (sin perjuicio de que desde el punto de vista penal la situación varíe en la legislación comparada, pues algunas leyes contemplan como elemento del tipo delictivo el ánimo de lucro, mientras que otras no lo requieren para que se de por cometido el delito), ya que al menos desde la perspectiva de la responsabilidad civil existía una violación al derecho exclusivo de los autores y demás titulares de derechos exclusivos de autorizar o no la reproducción de sus obras, prestaciones, producciones o emisiones, según los casos. En todo caso, el provecho económico era evidente dada “*la creación y desarrollo de un grupo de usuarios de ese servicio de registro en línea que reciben anuncios publicitarios*”, según afirma la sentencia. Tampoco se trataba de una copia “*transitoria*” por parte del prestador de ese servicio, ya que lo permitido por el artículo 5,1 de la Directiva Europea 2001/29/CE sobre la Sociedad de la Información son las reproducciones “*provisionales*” que formen parte de un acto transitorio o accesorio como elemento integrante y esencial de un proceso tecnológico, “*cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente*”, que no es el caso en comentarios, donde ni la finalidad era la de facilitar un uso lícito ni había un carácter temporal, ya que los usuarios receptores podían almacenar esa reproducción indefinidamente, además del ingreso económico específico de la infractora con el suministro de los archivos a sus clientes, lo que lograba a través de los mensajes publicitarios que albergaba en su página. A ello debe agregarse que como lo ha resuelto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los requisitos contenidos en el mencionado artículo 5,1 de la Directiva “*son acumulativos, de modo que la inobservancia de tan solo uno de éstos acarrea que el acto de reproducción no quede exento ... del derecho de reproducción ...*”³. Así las cosas, “Wizzgo” dejó de ser un mero proveedor de servicios intermediarios al alojar en su sitio el material protegido y suministrarlo a sus suscriptores, teniendo conocimiento efectivo de su ilícito proceder. Resulta asimismo curioso que la sociedad “Wizzgo” realizara copia cifradas de los programas de televisión enviados a sus usuarios a fin de que éstos pudieran descifrar esos almacenamientos para su visionado, es decir, colocando medidas tecnológicas que no corresponden precisamente a un infractor sino, por el contrario, a los titulares de derechos. En ese sentido, el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, conocido como TODA ó WCT (y *mutatis mutandis* el artículo 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, denominado también TOIEF ó WPPT, por lo que se refiere a los artistas y productores de grabaciones sonoras y también el artículo 15 del Tratado de Beijing en relación a la Protección de las Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales), dispone que “*Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley*” (énfasis añadido). Pero las infracciones no terminaban allí en el asunto que se comenta, pues el envío para su descarga de archivos protegidos a través de las redes digitales constituía un acto de comunicación pública, en su modalidad de “puesta

3 Sentencia de la Sala 4ª (16-7-2009). Asunto C-5/08.

a *disposición*”, que resultaba ilegítima sin el consentimiento de los titulares de los respectivos derechos, a tenor de lo dispuesto en los artículos 8 del TODA/WCT, 10 y 14 del TOIEF/WPPT y 10 del Tratado de Beijing. Nada impide que, además, una legislación considere a los actos mencionados como formas de *“distribución por transmisión”*, independientemente de calificarlos también como modos de reproducción y de comunicación al público de las obras (y, en su caso, de las interpretaciones o ejecuciones artísticas y de las producciones fonográficas), tomando en cuenta que tanto el TODA/WCT como el TOIEF/WPPT y el Tratado de Beijing contienen solamente principios mínimos de protección, que pueden ser ampliados por los países miembros. Así, por ejemplo, la Corte de Distrito de Florida, en relación a la comunicación no autorizada de unas fotografías a través de *Internet*, dijo que *“la distribución pública de una obra protegida en un derecho reservado al titular del derecho de autor y la usurpación de ese derecho constituye una infracción”* y que derecho del demandante *“de distribuir copias al público se ha visto involucrado por el demandado”* ⁴. De la misma manera, la Corte de Apelaciones de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, en fallo recogido en esta compilación, consideró que la difusión no autorizada de obras audiovisuales por medio de la *Internet* constituía un acto de distribución que tipificaba delito ⁵. © **Ricardo Antequera Parilli, 2013.**

TEXTO COMPLETO:

DE LOS HECHOS Y EL PROCEDIMIENTO

En el mes de mayo de 2008, la sociedad Wizzgo puso a la disposición de los internautas un servicio que les permitía obtener gratuitamente la copia de los programas de cadenas de televisión digital terrestre (TDT) en su ordenador, por medio de una plataforma tecnológica que soporta un sitio de Internet www.wizzgo.com.

La sociedad Wizzgo propone a la persona interesada descargar en su ordenador el programa iWizz que permite la interacción con la plataforma Wizzgo luego de inscribirse indicando cierto número de datos personales. El internauta, convertido en usuario, puede entonces operar una selección en una guía de programas puestos a su disposición. A continuación, la sociedad Wizzgo realiza una copia cifrada del programa de televisión escogido que envía al usuario, quien podrá descifrarla. Una mención previa a la visualización indica: “copia privada realizada para su cuidado, exclusivamente destinada a su uso personal en el marco de su

círculo familiar”.

Los días 13 y 19 de junio de 2008, las sociedades del grupo M6 notificaron a la sociedad Wizzgo que cesara toda explotación de los programas por los cuales son titulares de derechos de propiedad intelectual.

Luego citaron a la sociedad Wizzgo en una medida de urgencia ante el presidente del Tribunal de Gran Instancia de París, y por orden del 6 de agosto de 2006, éste prohibió, so pena de multa a la demandada, reproducir y poner a la disposición del público por medio del programa iWizz los programas difundidos en las cadenas M6 y W9. Esta orden, que fue ejecutada, fue objeto de una apelación.

El 1ro de septiembre de 2008, la sociedad Wizzgo, considerando que esta prohibición era de una naturaleza tal que comprometía la viabilidad de su servicio, hizo citar para una fecha establecida a las sociedades Métropole Télévision, Edi TV (W9), M6 Web, Studio 89 Productions y C Productions ante el Tribunal de Gran Instancia de París con el fin de constatar el carácter lícito del servicio propuesto en la dirección www.wizzgo.com y obtener reparación a título provisional del perjuicio sufrido después de las medidas de prohibición ordenadas por el juez de medidas de urgencia. Finalmente, la sociedad

4 Fallo del 9-12-1993. Playboy Enterprises Inc. vs. George Frena.

5 Sentencia del 18-5-2007. Apelación Final N° 3 de 2007.

reclama, una indemnización de conformidad con el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil.

Las sociedades Télévision Française 1 (TF1), TF1 Vidéo y e-TF1 por una parte, y las sociedades NT1 y Panorama por la otra, se adhieren a la instancia como litisconsortes voluntarios.

Las demandadas formularon contra la sociedad Wizzgo una demanda reconventional con el fin de obtener medidas de prohibición así como la indemnización del perjuicio resultante de la violación de sus derechos de propiedad intelectual. Alegan igualmente actos de competencia desleal.

La sociedad Wizzgo expone que su servicio brinda exactamente las mismas prestaciones que un reproductor de vídeo tradicional, agregando que la copia que produce es objeto de una marcación que asegura la rastreabilidad de la copia y de su usuario mediante datos de conexión que permiten su identificación. Para establecer el carácter lícito de este servicio, la sociedad Wizzgo invoca las excepciones de copia transitoria y de copia privada de los artículos L122-5 y L211-3 del Código de la Propiedad Intelectual.

La sociedad Wizzgo también afirma que es el usuario quien crea la copia privada al recuperar la copia transitoria cifrada en su ordenador y descifrándola. Así, explica que su servicio permite la creación de dos tipos de copia por dos personas distintas, que entran cada una dentro del marco de una excepción legal.

En efecto, la sociedad sostiene que la copia transitoria que realiza cumple con las condiciones de los artículos L122-5-6 y L211-3-5 del Código de la Propiedad Intelectual porque es provisoria y forma parte integrante de un procedimiento técnico, la plataforma tecnológica Wizzgo, que se basta por sí mismo. Agrega que la copia transitoria tiene por objeto permitir la utilización lícita de la obra y que no tiene valor económico propio ya que está cifrada y es inexplorable, aunque se inscriba en el marco

de una actividad económica destinada a generar ingresos por publicidad.

Finalmente, afirma que la copia transitoria no es únicamente autorizada en el marco de las operaciones de “browsing” y de “caché” y que la marcación de las copias no puede considerarse una modificación de la información de una naturaleza tal que excluya la aplicación de la excepción de copia provisoria.

La sociedad Wizzgo a continuación sostiene que no tiene la cualidad de copista dentro del marco de la realización de la copia privada. Recuerda que el servicio ofrecido al usuario es completamente gratuito, que ella no obtiene ningún beneficio análogo al de un editor y que la copia privada no es objeto de explotación comercial alguna porque la sociedad no difunde anuncios publicitarios durante la visualización de los programas sino que las inserta únicamente en los espacios que le son propios.

Señala que los medios necesarios para la realización de la copia privada (ordenador y programa informático) están exclusivamente en posesión del usuario y son explotados únicamente por él.

Finalmente, la sociedad Wizzgo declara que su servicio no vulnera la explotación normal de los programas y los intereses legítimos de las demandadas. En efecto, sostiene que no desvía a los telespectadores de la televisión, lo que sería susceptible de afectar la estimación de la audiencia de las cadenas y de tener consecuencias en sus ingresos publicitarios. Agrega que el servicio Wizzgo no brinda prestaciones idénticas a M6 Replay, y que por lo tanto, no le pueden reclamar perjuicio alguno a la explotación de los programas. Finalmente, la sociedad Wizzgo recuerda que su plataforma no tiene otro objeto que brindar un video virtual que tenga las mismas funciones que un reproductor de vídeo tradicional y que no vulnera los intereses legítimos de las demandadas sino por el contrario, llama especialmente la atención de los usuarios

sobre la responsabilidad en la que incurrirían al violar las reglas relativas a la copia privada.

Así, la sociedad Wizzgo concluye el carácter lícito de su actividad y rechaza las demandas reconventionales de las sociedades demandadas basadas en la violación del derecho de autor y derechos conexos. Subsidiariamente, rechaza la realidad y la extensión de los perjuicios alegados.

Por otra parte, la sociedad Wizzgo objeta la existencia de una violación de la marca M6, y aunque reconoce la presencia de la marca W9 en la página de inicio de su sitio de Internet, declara que se trata de una referencia necesaria, excluyente de todo riesgo de confusión y de toda infracción. A título subsidiario, objeta la realidad y extensión del perjuicio alegado.

Finalmente, la sociedad Wizzgo se opone a las demandas formuladas con fundamento en la competencia desleal retomando los argumentos antes desarrollados y resaltando la naturaleza diferente de las prestaciones suministradas por su servicio y las destacadas por la sociedad TF1.

La sociedad Wizzgo sostiene en su demanda de indemnización por el perjuicio que sufrió por la medida de prohibición con relación a los programas de dos cadenas importantes de televisión. Alega un perjuicio a su imagen y las dificultades suscitadas por el procedimiento judicial ante potenciales inversionistas. Reclama la suma provisional de € 15.000, además de la suma de € 10.000 con fundamento en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil.

Las sociedades del grupo M6 invocan los derechos de autor de los cuales son cesionarias, los derechos conexos de productor, de artista intérprete y de empresa de comunicación televisiva. Afirmar que la sociedad Wizzgo ha vulnerado sus derechos de reproducción y de comunicación al público de 210.709 copias que representan 3.583 horas de programas difundidos en las cadenas M6 y W9.

Agregan que la sociedad Wizzgo, además, ha integrado una marcación y cifrado en los programas en violación a las disposiciones de los artículos L131-9 y L331-22 del Código de la Propiedad Intelectual.

Las sociedades del grupo M6 sostienen que la sociedad Wizzgo no puede valerse de la excepción de copia privada que supone que la copia sea estrictamente reservada al uso de quien la realiza. Ahora bien, las demandadas afirman que la sociedad Wizzgo es la copista y que las copias que ella realiza no son destinadas a su uso personal, sino al de sus clientes. Resaltan que esa actividad es de naturaleza comercial destinada a generar ganancias provenientes de la venta de espacios publicitarios y de la venta de los datos relativos a sus usuarios. Las demandadas agregan que la sociedad Wizzgo vulnera la explotación normal de sus programas dados los riesgos de difusión ilícita que plantean dichas copias. Reclaman igualmente a la sociedad Wizzgo que desvía a los usuarios de la televisión, que permite el acceso a los programas desde el extranjero y que priva de interés a los servicios M6 Replay así como a las redifusiones de los programas. Sostienen que estos efectos vulneran sus intereses legítimos al disminuir la audiencia de las cadenas de televisión M6 y W9, lo que tiene por efecto la reducción de los ingresos publicitarios, de las sumas reservadas a favor de los autores así como las inversiones para la producción y adquisición de obras nuevas, lo que pone en peligro la existencia de servicios novedosos como M6 Replay y M6 Web. Concluyen que una actividad que elude toda retribución de los derechos de propiedad intelectual que estructuran la creación y la producción audiovisual desafía la frágil economía del sector.

Las sociedades del grupo M6 excluyen igualmente la aplicación de la excepción de copia transitoria porque las copias realizadas no tienen por objeto ni una transición eficaz dentro de una red entre terceros por un intermediario ni una utilización

lícita de la obra. Agregan que la sociedad Wizzgo modifica la información al hacer su cifrado y al integrar una marcación sin respetar las disposiciones del artículo L332-22 del Código de la Propiedad Intelectual. Finalmente, para mayor abundamiento, las demandadas sostienen que las copias no presentan el carácter transitorio y que tienen un valor económico propio, ya que los ingresos publicitarios que genera este servicio son directamente en función del número de internautas usuarios.

Igualmente, las demandadas plantean demandas reconventionales que buscan la reparación de sus perjuicios al asimilar el servicio propuesto por sociedad Wizzgo al servicio de video a la carta. Reclaman, además de los daños y perjuicios, la publicación de un comunicado judicial en la página de inicio del sitio www.wizzgo.com y en dos diarios de circulación nacional así como la prohibición de explotar el programa iWizz.

Las sociedades Métropole Télévision y M6 Web, en calidad de titular y licenciataria respectivamente, reclaman además a la sociedad Wizzgo haber violado su marca W9 para designar productos y servicios idénticos o similares a los aludidos en el registro, al reproducirlo en la página de inicio de su sitio. Así, las demandadas reclaman cada una la suma global de € 10.000 por la reproducción no autorizada de su marca como signo de referencia.

Finalmente, las sociedades del grupo M6 reclaman a la sociedad Wizzgo las acciones parasitarias puesto que su actividad reposa sobre la explotación no remunerada de sus inversiones. Las demandadas resaltan, además, el carácter engañoso de las informaciones difundidas por la sociedad Wizzgo sobre el carácter lícito de su actividad. En último lugar, la sociedad Métropole Télévision alega una ventaja ilegítima de la que se ha beneficiado la sociedad Wizzgo en comparación con el servicio catch up tv que ella misma acababa de desarrollar dos meses antes, en marzo de 2008. Así, la sociedad M6 Web reclama la suma de € 30.000 por concepto de daños

y perjuicios y las otras cuatro sociedades cada una la suma de € 10.000. Finalmente, cada una solicita una indemnización de € 7.500 con fundamento en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil y la ejecución provisoria de la sentencia.

Las sociedades del grupo TF1 declaran que ellas igualmente le dirigieron a la sociedad Wizzgo una notificación formal de cese de la reproducción de sus programas y que ele solicitaron medidas cautelares de prohibición al juez de medidas de urgencia. Afirman que tienen un interés en cuanto a lo que se establezca sobre el carácter lícito de la actividad de la sociedad Wizzgo y concluyen la admisibilidad de su intervención voluntaria.

Las sociedades litisconsortes como las sociedades del grupo M6, afirman que no existe unidad de persona entre el copista y el usuario y que la copia realizada no está destinada a un uso privado, independientemente de que su envío sea gratuito. Agregan que esas solas circunstancias son suficientes para excluir la aplicación de la excepción de copia privada, no siendo necesario investigar si existe una vulneración de la explotación normal de los programas y de los intereses legítimos de las demandadas.

Las sociedades del grupo TF1 descartan igualmente la excepción de copia transitoria porque la copia de definitiva y no está destinada a una utilización lícita de las obras, por lo que la excepción de copia privada no es aplicable. Resaltan además que las copias realizadas por la sociedad Wizzgo tienen un valor económico propio y que vulneran la explotación normal de los programas.

Las sociedades e-TF1 et TF1 Vidéo sostienen, por otra parte, que la actividad de la sociedad Wizzgo realiza una competencia desleal con respecto a sus propios servicios de puesta en línea de emisiones de TF1 en el sitio tf1.fr y de video a la carta en el sitio tf1.vision porque se aprovecha de la notoriedad, del conocimiento técnico y de las inversiones de TF1.

Así, solicitan medidas de prohibición, la comunicación por sociedad Wizzgo de las informaciones que les permitan evaluar su perjuicio y de inmediato, la publicación de un comunicado judicial en el sitio wizzgo.com y en dos diarios de circulación nacional, todo con ejecución provisoria. Finalmente, reclama una indemnización de € 10.000 con fundamento en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil.

La sociedad NT1, que edita y difunde los programas de la cadena de televisión NT1 y sociedad Panorama, que explota dichos programas en soportes de video, han intervenido en la instancia igualmente como litisconsortes voluntarios. Indican que igualmente le dirigieron un aviso formal a la sociedad Wizzgo y que se presentaron ante el juez de medidas urgentes. Concluyen la admisibilidad de su intervención voluntaria y afirman que sus programas son reproducidos sin su consentimiento en violación de los artículos L216-1 y L215-1 del Código de la Propiedad Intelectual, resaltan el carácter ilícito de la actividad de la sociedad Wizzgo.

Como las otras demandadas, descartan la aplicación de las excepciones de copia privada y de copia transitoria. Alegan igualmente una vulneración de la explotación normal de los programas y de los videogramas y una vulneración de sus intereses legítimos. Así, declaran que al cifrar las informaciones y al utilizar un procedimiento de marcación, la sociedad Wizzgo se apropia de facultades que lo le pertenecen sino a los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Por lo tanto, solicitan medidas de prohibición, la comunicación de las informaciones que les permitan evaluar su perjuicio y la publicación de un comunicado judicial. Finalmente, reclaman una indemnización de € 10.000 con fundamento en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil.

DISCUSIÓN

Sobre la violación de derecho de autor y derechos conexos

El razonamiento jurídico de la sociedad Wizzgo para demostrar el carácter lícito de su actividad yace en la

existencia de dos copias realizadas sucesivamente por dos personas distintas: la sociedad demandante y después el usuario.

Consta que el usuario le pide a la sociedad Wizzgo que proceda por él al registro de programas de las cadenas de TDT que ha seleccionado, que por lo tanto es la sociedad Wizzgo quien va a proceder a ese registro y que después le va a transmitir al usuario en forma cifrada. Éste debe luego proceder a su descifrado si va a ver el programa.

Sin embargo, el hecho de proceder a un descifrado no constituye una operación de registro y copia, sino una operación técnica que hace accesibles, en un lenguaje claro, informaciones preexistentes al restituir las a su forma inicial.

Así pues, la copia descifrada no es una copia distinta a la copia realizada por la sociedad Wizzgo y la operación de descifrado realizada por el usuario no lo convierte en copista. Además es conveniente señalar que en los debates no se estableció la necesidad técnica de estas operaciones de cifrado y descifrado dentro de la transmisión de la copia y que estas parecen responder más a una necesidad de confidencialidad alegada por la demandante.

En consecuencia, la copia realizada por la sociedad Wizzgo no presenta carácter transitorio puesto que, descifrada, puede ser conservada de manera definitiva por su usuario.

Esta copia está, por otra parte, dotada de valor económico propio, ya que constituye la base de la actividad comercial de la sociedad Wizzgo que reposa en la creación y desarrollo de un grupo de usuarios de ese servicio de registro en línea que reciben anuncios publicitarios.

Por otra parte, siendo la sociedad Wizzgo la creadora de la copia pero no la usuaria de la copia, la excepción de copia privada no es aplicable y la realización de la copia y, por lo tanto, aunque no genere directamente un ingreso, no presenta

carácter lícito.

Así pues, resulta más que necesario que la presente decisión repita los argumentos de la orden de procedimiento de urgencia del 6 de agosto de 2008 sobre las violaciones a la explotación formal de los programas y a los intereses legítimos de las demandadas por una actividad que elude el pago de los derechos de propiedad intelectual y que perturba el equilibrio económico de la creación y de la producción de obras audiovisuales.

Siendo infundada la pretensión de la sociedad Wizzgo de valerse de las excepciones de copia transitoria y copia privada, su actividad debe ser declarada infractora con respecto a:

- ▶ Las sociedades *Métropole Télévision, Edi TV, M6 Web, Studio 89 Productions y C Productions*, por haber reproducido y comunicado al público los programas difundidos por las dos cadenas de televisión M6 y W9 sin las autorizaciones que éstas debieron acordar en su calidad de cesionarias de los derechos de autor y de artistas intérpretes, de productores y de empresas de comunicación audiovisual.
- ▶ Las sociedades *TF1, TF1 Vidéo y e-TF1*, por haber reproducido y comunicado al público los programas difundidos por la cadena de televisión digital TF1 y en los sitios www.tf1vision.com sin las autorizaciones que éstas debieron acordar en su calidad de titulares de derechos de explotación de las obras, de productores y de empresas de comunicación audiovisual.
- ▶ Las sociedades *NT1 y Panorama* por haber reproducido y comunicado al público los programas difundidos por la cadena de televisión NT1 sin las autorizaciones que éstas debieron acordar en su calidad de empresas de comunicación audiovisual en el caso de la primera y de cesionaria de los derechos de autor y productor de videogramas en el caso de la segunda.

Por lo tanto, debe declararse sin lugar la solicitud de la sociedad Wizzgo de declaración del carácter lícito del servicio de registro de programas en línea accesible en la dirección www.wizzgo.com y de indemnización del perjuicio resultante de las medidas de prohibición tomadas por el juez de procedimientos de urgencia.

En contraste, debe declararse con lugar las solicitudes de las sociedades:

- ▶ *Métropole Télévision, Edi TV, M6Web, Studio 89 y C Productions*
- ▶ *TF1, TF1 Vidéo y e-TF1,*
- ▶ *NT1 y Panorama,*

de prohibición sujeto a multa para la sociedad Wizzgo de copiar, reproducir, comunicar y/o poner a la disposición del público a través del servicio Wizzgo y/o el programa informático iWizz las obras y programas producidos o difundidos por ellas.

Las sociedades del grupo M6 solicitan, por otra parte, una indemnización fija global del perjuicio resultante de la explotación de sus programas. Según las informaciones comunicadas en ejecución de la orden de procedimiento de urgencia del 6 de agosto de 2008, la sociedad Wizzgo realizó 119.329 copias de programas difundidos en la cadena M6 y 95.380 copias de los programas difundidos en la cadena W9. Por otra parte, declara que los ingresos por publicidad generados por su servicio de descarga en línea se elevan a € 1.294,76.

Las demandantes en reconvencción exponen que el servicio propuesto por la sociedad Wizzgo se parece al de video a la carta en que le permite al usuario obtener y conservar los programas de las cadenas M6 y W9. Agregan que el precio promedio del video a la carta es € 2,76 incluyendo todos los impuestos y que el precio obtenido después de entregar al distribuidor 30% es de 1,60 € sin impuestos en promedio por copia realizada y descargada.

La sociedad Wizzgo critica esta manera de evaluación y afirma que el servicio de video a la carta de M6 está actualmente desactivado, que las tarifas propuestas no se justifican y que no existe un lucro cesante. Por otra parte, la sociedad Wizzgo recuerda la escasez de los ingresos por publicidad que ha creado su actividad y propone que el perjuicio alegado por las demandantes reconvencionales sea evaluado sobre esa base.

Según el artículo L331-1-3 del Código de la Propiedad Intelectual, la indemnización fija solicitada por las demandantes no puede ser inferior al monto de las regalías o derechos que se hubiesen debido si el autor de la violación hubiese solicitado la autorización para usar el derecho que ha violado.

En este respecto, procede indicar que la indemnización fija no tiene en cuenta los ingresos o beneficios que la actividad infractora haya podido generar.

Por otra parte, las sociedades del grupo M6 se refieren al servicio video a la carta para evaluar su perjuicio en la medida en que es el servicio que se parece más al propuesto por la sociedad Wizzgo y las tarifas que hubiesen podido aplicar si hubiesen solicitado autorización para reproducir los programas, hubiesen podido ser del mismo orden de magnitud. En este contexto, importa poco que los servicios de M6 Vidéo no estén activos dado que se trata de un modo de evaluación de los derechos perdidos y no de un cálculo de un lucro cesante de esta rama de actividad. Por otra parte, procede indicar que la tarifa propuesta por las demandadas no presenta un carácter excesivo con respecto al mercado.

Así pues, tomando en cuenta los elementos sometidos a la consideración del tribunal, el perjuicio sufrido por la sociedad Métropole Télévision será fijado en la suma global de € 230.478 y el sufrido por la sociedad Edi TV en la suma global de € 190.760.

Las otras demandadas reconvencionales no

disponen de los elementos necesarios para apreciar la extensión de su perjuicio, se declararán con lugar sus solicitudes relacionadas con la comunicación de información.

Finalmente, por concepto de reparación complementaria del perjuicio sufrido, procede prever la publicación de un comunicado judicial en el sitio de Internet de la sociedad Wizzgo así como en dos diarios de circulación nacional dentro de los términos de la dispositiva de la presente decisión.

Sobre la violación de derechos marcarios

La sociedad Métropole Télévision es titular de la marca nominativa W9 solicitada ante el Instituto Nacional de la Propiedad Intelectual (Inti) el 4 de septiembre de 2000, y registrada bajo el número 3049751 para productos y servicios en clases 9, 16, 25, 28, 35, 36, 38, 41 y 42.

Según en contrato publicado en el registro nacional de marcas el 31 de marzo de 2008, la sociedad M6 Web es titular de una licencia de explotación.

Un acta de inspección realizada por un funcionario de justicia el 11 de junio de 2008 hizo evidente que la marca W9 figuraba en la página de inicio del sitio www.wizzgo.com, al lado de un conjunto de pequeños íconos y la mención “Registre gratis toda la TDT”.

La reproducción de la marca en la página de inicio del sitio no constituye una referencia necesaria, porque la marca no figura en una lista de cadenas de televisión susceptibles de dar lugar a la puesta en marcha del registro en línea sino que sirve para ilustrar un anuncio publicitario “Registre gratis toda la TDT” y de esta manera es utilizada como signo de referencia para causar la adhesión de los internautas al servicio de registro en línea propuesto por la sociedad Wizzgo.

Por lo tanto, la reproducción y uso de la marca W9 constituye un acto de infracción.

La cadena de televisión W9 es una de las cadenas de TDT más competentes. Su marca ha sido utilizada para las necesidades de promoción del servicio de registro de Wizzgo durante dos meses y ha sido vista por centenares de millones de internautas, habiéndose inscrito efectivamente 214.000.

Teniendo en cuenta estos elementos, se le concederá a la sociedad Métropole Télévision y a la sociedad M6Web la suma de € 10.000 a cada una, por concepto de daños y perjuicios.

Sobre la competencia desleal y parasitaria

Las sociedades del grupo M6 reclaman a la sociedad Wizzgo el aprovechamiento indebido de las inversiones que ellas realizan al librarse de los costos de producción, adquisición y promoción de obras audiovisuales así como de las reglas relativas a la comunicación audiovisual.

Las sociedades del grupo M6 reclaman igualmente a la sociedad Wizzgo su publicidad basada en el carácter lícito de su servicio que debilita los mensajes relativos a la lucha contra la infracción.

Finalmente, la sociedad M6 Web afirma que el servicio de registro de Wizzgo compite con su servicio de televisión a la carta titulado M6 Replay, lanzado por ella en el mes de marzo de 2008, que no ofrece ver los largometrajes difundidos por M6 en ausencia de la cesión de derechos ni la posibilidad de realizar una copia.

Las sociedades del grupo TF1 declaran igualmente que la actividad comercial de la sociedad Wizzgo incurre en competencia desleal con ellas al permitir acceder gratuitamente de manera ilícita al conjunto de programas y aprovechar de esta manera las inversiones, el conocimiento técnico y la notoriedad de TF1. Igualmente, afirman que el servicio de registro de la sociedad Wizzgo compite con los servicios de la sociedad e-TF1 que pone en línea los programas de la sociedad TF1 y de la sociedad TF1 Vidéo que ofrece un servicio de video a la carta.

Sin embargo, no parece que los hechos reclamados a la sociedad Wizzgo dentro del marco de la competencia desleal y parasitaria sean distintos a los hechos de infracción en la medida en que son estos últimos los que efectivamente permiten a la sociedad Wizzgo librarse de los costos que generan la producción y adquisición de las obras audiovisuales y beneficiarse de las inversiones realizadas por las demandantes reconventionales.

El hecho de que la sociedad Wizzgo haya pretendido que su actividad fuera lícita igualmente está íntimamente relacionado con la posibilidad de invocar o no la excepción de copia privada y con el carácter infractor del servicio ofrecido.

Finalmente, el carácter ilegal de la competencia que el servicio de registro en línea puede representar para los servicios, bastante próximo al video a la carta o de streaming, no constituye sino una infracción.

Por lo tanto, las demandas fundamentadas en la competencia desleal y parasitaria serán rechazadas.

La ejecución provisoria compatible con la naturaleza del asunto es necesaria con el fin de poner fin al daño resultante de un procedimiento ilícito que frustra el objeto de las reglas de la propiedad intelectual. Sin embargo, esta necesidad no se satisface con la medida de publicación en dos diarios de circulación nacional.

Se concederá a las demandadas las sumas fijadas en la dispositiva con fundamento en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil.

DECISIÓN

El Tribunal, por decisión pública, entregada a la secretaría judicial, en procedimiento contradictorio en primera instancia,

. Declara admisibles las intervenciones voluntarias de las sociedades TF1 y e-TF1 y TF1 Vidéo, NT1 y Panorama.

. Declara que la sociedad Wizzgo no puede valerse legítimamente de las excepciones de copia transitoria y de copia privada.

. Declara que la sociedad Wizzgo ha cometido actos de infracción al reproducir y comunicar al público, sin autorización, programas producidos y difundidos por las sociedades:

- ▶ **Métropole Télévision, Edi TV, M6Web, Studio 89 Productions y C Productions.**
- ▶ **TF1, e-TF1 y TF1 Vidéo**
- ▶ **NT1 y Panorama.**

. Prohíbe a la sociedad Wizzgo copiar, reproducir, comunicar y poner a la disposición del público a través del programa informático iWizz, los programas producidos y/o difundidos por las sociedades

- ▶ **Métropole Télévision, Edi TV, M6Web, Studio 89 Productions y C Productions.**
- ▶ **TF1, e-TF1 y TF1 Vidéo.**
- ▶ **NT1 y Panorama**

So pena de multa de € 10.000 por infracción a partir de la notificación de la sentencia.

. Condena a la sociedad Wizzgo a publicar en la parte alta de la página de inicio del sitio www.wizzgo.com o en cualquier otro sitio que pueda sustituirlo, durante un mes, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia, la siguiente comunicación:

“por sentencia del 25 de noviembre de 2008, el Tribunal de Gran Instancia de París decidió que las copias de los programas difundidos por las cadenas de televisión M6, W9, TF1 y NT1 realizadas por la sociedad Wizzgo por cuenta de los internautas no se corresponden con la excepción de copia privada y de copia transitoria y constituyen una violación a los derechos

de propiedad intelectual de los productores y difusores de esos programas.

En consecuencia, la sociedad Wizzgo ha sido condenada a indemnizar los perjuicios sufridos y a cesar de copiar y de poner a la disposición del público los programas difundidos por las cadenas M6, W9, TF1 y NT1”.

. Ordena la publicación de ese mismo comunicado en dos diarios de circulación nacional elegidos de común acuerdo por el conjunto de sociedades demandantes reconventionales, por cuenta de la sociedad Wizzgo y dentro del límite de tres mil euros sin impuestos por inserción, so pena de multa de € 1.000 por día de retraso desde la fecha en la que la sentencia adquiera carácter definitivamente firme.

. Condena a la sociedad Wizzgo a pagar a las sociedades Métropole Télévision, Studio 89 Productions y C Productions conjuntamente la suma de € 230.478 por las copias no autorizadas de los programas efectuadas a partir de la cadena de televisión M6.

. Condena a la sociedad Wizzgo a pagar a las sociedades Edi TV, Studio 89 Productions y C Productions conjuntamente la suma de € 190.760 por las copias no autorizadas de los programas efectuadas a partir de la cadena de televisión W9.

. Ordena a la sociedad Wizzgo comunicar:

- 1) **a las sociedades TF1, e-TF1 y TF1 Vidéo:**
 - ▶ **el número total de horas de programas copiados de la cadena de televisión TF1 y transferidos desde la puesta en marcha del servicio hasta el pronunciamiento de la sentencia,**
 - ▶ **la lista y el número de horas detalladas por programas copiados de TF1 desde la activación del servicio hasta el**

pronunciamiento de la sentencia,

- ▶ **el monto de los ingresos por publicidad y comerciales (cesiones de datos personales, de direcciones de Internet) generados por el sitio www.wizzgo.com y el servicio de registro en línea que éste permite,**

Estas comunicaciones deberán ser acompañadas con todos los documentos de soporte correspondientes dentro del lapso de quince días siguientes a la notificación de la sentencia so pena de multa de € 5.000 por día de retraso luego de ese lapso,

2) a las sociedades NT1 y Panorama:

- ▶ **el número total de horas de programas copiados de la cadena de televisión NT1 transferidos desde la puesta en marcha del servicio hasta el pronunciamiento de la sentencia.**
- ▶ **la lista y el número de horas detalladas por programas copiados de NT1 desde la activación del servicio hasta el pronunciamiento de la sentencia.**
- ▶ **el número de los internautas inscritos en el servicio de registro en línea para el día de pronunciamiento de la sentencia.**
- ▶ **el monto de los ingresos por publicidad generados por el sitio www.wizzgo.com y el servicio de registro en línea que éste permite**

dentro del lapso de quince días siguientes a la notificación de la sentencia so pena de multa de € 5.000 por día de retraso luego de ese lapso.

- . **Se reserva la liquidación de las multas.**
- . **Hace constar a solicitud de las sociedades:**
 - ▶ **TF1, e-TF1 y TF1 Vidéo por una parte,**

- ▶ **NT1 y Panorama por la otra, sus reservas relativas a todas las acciones de reparación de daños y perjuicios sufridos una vez que se satisfaga su solicitud de divulgación de información.**

. **Declara que la sociedad Wizzgo ha cometido una infracción contra la marca W9 al reproducirla en la página de inicio de su sitio www.wizzgo.com,**

. **La condena a pagar a la sociedad Métropole Télévision y a la sociedad M6 Web la suma de € 10.000 a cada una por concepto de daños y perjuicios.**

. **Declara que no se ha establecido que la sociedad Wizzgo haya cometido actos de competencia desleal y parasitaria distintos a la infracción en perjuicio de las sociedades**

- ▶ **Métropole Télévision, Edi TV, M6 Web, Studio 89 Productions y C Productions,**
- ▶ **TF1, e-TF1 y TF1 Vidéo, por competencia desleal.**

. **Rechaza las solicitudes de daños y perjuicios de las sociedades Métropole Télévision, Edi TV, M6 Web, Studio 89 Productions y C Productions,**

. **Condena a la sociedad Wizzgo a pagar, con fundamento en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil, las sumas de:**

- ▶ **€ 2.000 a cada una de las sociedades Métropole Télévision, Edi TV, M6 Web, Studio 89 Productions, C Productions.**
- ▶ **€ 10.000 conjuntamente a las sociedades TF1, e-TF1 y TF1 Vidéo.**
- ▶ **€ 10.000 conjuntamente a las sociedades NT1 y Panorama.**

. **Ordena la ejecución provisoria de estas disposiciones con excepción de la relativa a la**

**publicación de un comunicado judicial en dos
diarios de circulación nacional.**

. Condena en costas a la sociedad Wizzgo,

El tribunal: Marie-Christine Courboulay
(vicepresidenta), Marie-Claude Hervé
(vicepresidenta), Cécile Viton (juez)

Abogados: Marc Schuler, Anne Perrin, Nicolas
Brault, Olivier Sprung, Danielle Elkrief