



mercredi 5 octobre 2011

Cour d'appel de Paris Pole 5, chambre 12 Arrêt du 26 septembre 2011

Nintendo / Absolute Games, Divineo et autres

PROCÉDURE

La saisine du tribunal et la prévention

Affaire n° 0824995002

M. L. et la société Divineo ont été poursuivis devant le tribunal, sur citation à la requête du procureur de la République pour avoir à Paris (75) et à Chateauneuf de Gadagne au cours des années 2006, 2007 et 2008, en tout cas sur le territoire national depuis temps non couvert par la prescription,

- sans autorisation de son auteur reproduit, par tout procédé, et mis sur le marché à titre onéreux des dispositifs appelés "linkers" et notamment "DS Linker" et "Révolution for DS", "G6 Real", ou "Lite", "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real", "DS One", "Cyclo DS", utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officielles de la console Nintendo DS et sur la console Nintendo DS elle-même, et ce au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6, du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les marques Nintendo DS et Nintendo, en l'espèce par l'apposition totale ou partielle du logo Nintendo DS sur les boîtes et emballages des produits vendus notamment sous la dénomination "DS Linker" et "Revolution for DS" (R4), "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real perfekt pack", "M3 DS Real Rumble pack" et "Cyclo DS",
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur la marque Nintendo, en l'espèce par l'apparition sur l'écran de démarrage de la console, après insertion du dispositif "linker", du logo Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- procuré ou proposé sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou

spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle par le procédé suivant, en l'espèce en procédant à l'importation et à la commercialisation de dispositif "linkers" permettant de détourner les mesures de protection, d'insérer utilement des jeux contrefaits et de les utiliser dans les consoles de jeux Nintendo DS, au préjudice de la société Nintendo,

Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.1, al.2, L. 112-2, L. 121-8 al.1, L. 122-3, L. 122-4, L. 122-6, L. 335-8 du code de la propriété intellectuelle et l'article 121-2 du code pénal et réprimés par les articles L. 335-8 al.2, al.3, L. 335-2 al.2 du code de la propriété intellectuelle, les articles 131-38 et 131-39 du code pénal,

- pour s'être rendu complice par la mise sur le marché à titre onéreux des dispositifs "linkers" conçus pour détourner les mesures techniques de protection de la console Nintendo DS en permettant d'insérer utilement et d'exécuter des jeux contrefaits dans la console Nintendo DS, en l'espèce le jeu Mario Kart DS, au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle et prévue par les articles 121-6 et 121-7 du code pénal en ce qui concerne la complicité,

D. G. et la société FL Games ont été poursuivis, sur citation à la requête du procureur de la République pour avoir à Morsang sur Orge (91) au cours des années 2006, 2007 et 2008, en tout cas sur le territoire national depuis temps non couvert par la prescription,

- sans autorisation de son auteur reproduit, par tout procédé, et mis sur le marché à titre onéreux des dispositifs appelés "linkers" et notamment "DS Linker" et "Révolution for DS", "G6 Real", ou "Lite", "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real", "DS One", "Cyclo DS", utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officielles de la console Nintendo DS et sur la console Nintendo DS elle-même, et ce au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6, du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les marques Nintendo DS et Nintendo, en l'espèce par l'apposition totale ou partielle du logo Nintendo DS sur les boîtes et emballages des produits vendus notamment sous la dénomination "DS Linker" et "Revolution for DS" (R4), "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real perfekt pack", "M3 DS Real Rumble pack" et "Cyclo DS",
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur la marque Nintendo, en l'espèce par l'apparition sur l'écran de démarrage de la console, après insertion du dispositif "linker", du logo Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- procuré ou proposé sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à

l'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle par le procédé suivant, en l'espèce en procédant à l'importation et à la commercialisation de dispositif "linkers" permettant de détourner les mesures de protection, d'insérer utilement des jeux contrefaits et de les utiliser dans les consoles de jeux Nintendo DS, au préjudice de la société Nintendo,

Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.1, al.2, L. 112-2, L. 121-8 al.1, L. 122-3, L. 122-4, L. 122-6, L. 335-8 du code de la propriété intellectuelle et l'article 121-2 du code pénal et réprimés par les articles L. 335-8 al.2, al.3, L. 335-2 al.2 du code de la propriété intellectuelle, les articles 131-38 et 131-39 du code pénal,

- pour s'être rendu complice par la mise sur le marché à titre onéreux des dispositifs "linkers" conçus pour détourner les mesures techniques de protection de la console Nintendo DS en permettant d'insérer utilement et d'exécuter des jeux contrefaits dans la console Nintendo DS, en l'espèce le jeu Mario Kart DS, au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle et prévue par les articles 121-6 et 121-7 du code pénal en ce qui concerne la complicité,

M. B. J. et la société Hobby One Sarl Aakro Pure Tronic Corporation ont été poursuivis devant le tribunal, sur citation à la requête du procureur de la République pour avoir à Paris (75), au cours des années 2006, 2007 et 2008, en tout cas sur le territoire national depuis temps non couvert par la prescription

- sans autorisation de son auteur reproduit, par tout procédé, et mis sur le marché à titre onéreux des dispositifs appelés "linkers" et notamment "DS Linker" et "Révolution for DS", "G6 Real", ou "Lite", "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real", "DS One", "Cyclo DS", utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officielles de la console Nintendo DS et sur la console Nintendo DS elle-même, et ce au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6, du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les marques Nintendo DS et Nintendo, en l'espèce par l'apposition totale ou partielle du logo Nintendo DS sur les boîtes et emballages des produits vendus notamment sous la dénomination "DS Linker" et "Revolution for DS" (R4), "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real perfekt pack", "M3 DS Real Rumble pack" et "Cyclo DS",
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur la marque Nintendo, en l'espèce par l'apparition sur l'écran de démarrage de la console, après insertion du dispositif "linker", du logo Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- procuré ou proposé sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à

l'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle par le procédé suivant, en l'espèce en procédant à l'importation et à la commercialisation de dispositif "linkers" permettant de détourner les mesures de protection, d'insérer utilement des jeux contrefaits et de les utiliser dans les consoles de jeux Nintendo DS, au préjudice de la société Nintendo,

Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.1, al.2, L. 112-2, L. 121-8 al.1, L. 122-3, L. 122-4, L. 122-6, L. 335-8 du code de la propriété intellectuelle et l'article 121-2 du code pénal et réprimés par les articles L. 335-8 al.2, al.3, L. 335-2 al.2 du code de la propriété intellectuelle, les articles 131-38 et 131-39 du code pénal,

- pour s'être rendu complice par la mise sur le marché à titre onéreux des dispositifs "linkers" conçus pour détourner les mesures techniques de protection de la console Nintendo DS en permettant d'insérer utilement et d'exécuter des jeux contrefaits dans la console Nintendo DS, en l'espèce le jeu Mario Kart DS, au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle et prévue par les articles 121-6 et 121-7 du code pénal en ce qui concerne la complicité,

O. Z. et la société Store Games Développement International ont été poursuivis devant le tribunal, sur citation à la requête du procureur de la République pour avoir à Paris (75), au cours des années 2006, 2007 et 2008, en tout cas sur le territoire national depuis temps non couvert par la prescription sans autorisation de son auteur reproduit, par tout procédé, et mis sur le marché à titre onéreux des dispositifs appelés "linkers" et notamment "DS Linker" et "Révolution for DS", "G6 Real", ou "Lite", "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real", "DS One", "Cyclo DS", utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officielles de la console Nintendo DS et sur la console Nintendo DS elle-même, et ce au préjudice de la société Nintendo,

Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6, du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle,

- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les marques Nintendo DS et Nintendo, en l'espèce par l'apposition totale ou partielle du logo Nintendo DS sur les boîtes et emballages des produits vendus notamment sous la dénomination "DS Linker" et "Revolution for DS" (R4), "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real perfekt pack", "M3 DS Real Rumble pack" et "Cyclo DS",

Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,

- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur la marque Nintendo, en l'espèce par l'apparition sur l'écran de démarrage de la console, après insertion du dispositif "linker", du logo Nintendo,

Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,

- procuré ou proposé sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle par le procédé suivant, en l'espèce en

procédant à l'importation et à la commercialisation de dispositif "linkers" permettant de détourner les mesures de protection, d'insérer utilement des jeux contrefaits et de les utiliser dans les consoles de jeu Nintendo DS, au préjudice de la société Nintendo,

Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.1, al.2, L. 112-2, L. 121-8 al.1, L. 122-3, L. 122-4, L. 122-6, L. 335-8 du code de la propriété intellectuelle et l'article 121-2 du code pénal et réprimés par les articles L. 335-8 al.2, al.3, L. 335-2 al.2 du code de la propriété intellectuelle, les articles 131-38 et 131-39 du code pénal,

- pour s'être rendu complice par la mise sur le marché à titre onéreux des dispositifs "linkers" conçus pour détourner les mesures techniques de protection de la console Nintendo DS en permettant d'insérer utilement et d'exécuter des jeux contrefaits dans la console Nintendo DS, en l'espèce le jeu Mario Kart DS, au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle et prévue par les articles 121-6 et 121-7 du code pénal en ce qui concerne la complicité,

P. M. et la société Absolute Games ont été poursuivis, sur citation à la requête du procureur de la République, pour avoir à Marseille (13), au cours des années 2006, 2007 et 2008, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription,

- sans autorisation de son auteur reproduit, par tout procédé, et mis sur le marché à titre onéreux des dispositifs appelés "linkers" et notamment "DS Linker" et "Révolution for DS", "G6 Real", ou "Lite", "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real", "DS One", "Cyclo DS", utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officielles de la console Nintendo DS et sur la console Nintendo DS elle-même, et ce au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6, du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les marques Nintendo DS et Nintendo, en l'espèce par l'apposition totale ou partielle du logo Nintendo DS sur les boîtes et emballages des produits vendus notamment sous la dénomination "DS Linker" et "Revolution for DS" (R4), "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real perfekt pack", "M3 DS Real Rumble pack" et "Cyclo DS",
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur la marque Nintendo, en l'espèce par l'apparition sur l'écran de démarrage de la console, après insertion du dispositif "linker", du logo Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- procuré ou proposé sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle par le procédé suivant, en l'espèce en procédant à l'importation et à la commercialisation de dispositif "linkers" permettant de détourner

les mesures de protection, d'insérer utilement des jeux contrefaits et de les utiliser dans les consoles de jeux Nintendo DS, au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.1, al.2, L. 112-2, L. 121-8 al.1, L. 122-3, L. 122-4, L. 122-6, L. 335-8 du code de la propriété intellectuelle et l'article 121-2 du code pénal et réprimés par les articles L. 335-8 al.2, al.3, L. 335-2 al.2 du code de la propriété intellectuelle, les articles 131-38 et 131-39 du code pénal,

- pour s'être rendu complice par la mise sur le marché à titre onéreux des dispositifs "linkers" conçus pour détourner les mesures techniques de protection de la console Nintendo DS en permettant d'insérer utilement et d'exécuter des jeux contrefaits dans la console Nintendo DS, en l'espèce le jeu Mario Kart DS, au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle et prévue par les articles 121-6 et 121-7 du code pénal en ce qui concerne la complicité,

W. R. et la société Novacorp ont été poursuivis, sur citation à la requête du procureur de la République, pour avoir à Strasbourg (67), au cours des années 2006, 2007 et 2008, en tout car sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription,

- sans autorisation de son auteur reproduit, par tout procédé, et mis sur le marché à titre onéreux des dispositifs appelés "linkers" et notamment "DS Linker" et "Révolution for DS", "G6 Real", ou "Lite", "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real", "DS One", "Cyclo DS", utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officielles de la console Nintendo DS et sur la console Nintendo DS elle-même, et ce au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6, du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les marques Nintendo DS et Nintendo, en l'espèce par l'apposition totale ou partielle du logo Nintendo DS sur les boîtes et emballages des produits vendus notamment sous la dénomination "DS Linker" et "Revolution for DS" (R4), "DS Extreme", "Supercard", "M3 DS Real perfekt pack", "M3 DS Real Rumble pack" et "Cyclo DS",
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur la marque Nintendo, en l'espèce par l'apparition sur l'écran de démarrage de la console, après insertion du dispositif "linker", du logo Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- procuré ou proposé sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle par le procédé suivant, en l'espèce en procédant à l'importation et à la commercialisation de dispositif "linkers" permettant de détourner les mesures de protection, d'insérer utilement des jeux contrefaits et de les utiliser dans les

consoles de jeux Nintendo DS, au préjudice de la société Nintendo,

Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.1, al.2, L. 112-2, L. 121-8 al.1, L. 122-3, L. 122-4, L. 122-6, L. 335-8 du code de la propriété intellectuelle et l'article 121-2 du code pénal et réprimés par les articles L. 335-8 al.2, al.3, L. 335-2 al.2 du code de la propriété intellectuelle, les articles 131-38 et 131-39 du code pénal,

- pour s'être rendu complice par la mise sur le marché à titre onéreux des dispositifs "linkers" conçus pour détourner les mesures techniques de protection de la console Nintendo DS en permettant d'insérer utilement et d'exécuter des jeux contrefaits dans la console Nintendo DS, en l'espèce le jeu Mario Kart DS, au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle et prévue par les articles 121-6 et 121-7 du code pénal en ce qui concerne la complicité,

Affaire n°0831990115

D. G. et la société FL Games ont été poursuivis, sur citation à la requête du procureur de la République, pour avoir à Morsang sur Orge (91), au cours de l'année 2008, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription,

- sans autorisation de son auteur reproduit, par tout procédé, et mis sur le marché à titre onéreux des dispositifs appelés "linkers" et notamment le dispositif appelé "Supercard DS One", "Cyclo DS", utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officielles de la console Nintendo DS et sur la console Nintendo DS elle-même, et ce au préjudice de la société Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6, du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les marques Nintendo DS et Nintendo, en l'espèce par l'apposition totale ou partielle du logo Nintendo DS sur les boîtes et emballages des produits vendus notamment sous la dénomination "Supercard DS One",
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite, au préjudice de la société Nintendo en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur la marque Nintendo, en l'espèce par l'apparition sur l'écran de démarrage de la console, après insertion du dispositif "linker" (notamment "Supercard DS One"), du logo Nintendo,
Faits prévus par les articles L. 716-9 a), L. 711-1, L. 713-1, L. 713-2, L. 713-3, L. 715-1 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 716-9 al.1, L. 716-11-1 al.1, L. 716-13, L. 716-14 du code de la propriété intellectuelle,
- procuré ou proposé sciemment à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle par le procédé suivant, en l'espèce en procédant à l'importation et à la commercialisation de dispositif "linkers" (notamment "Supercard DS One") permettant de détourner les mesures de protection, d'insérer utilement des jeux contrefaits et de les utiliser dans les consoles de jeux Nintendo DS, au préjudice de la société Nintendo,

Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.1, al.2, L. 112-2, L. 121-8 al.1, L. 122-3, L. 122-4, L. 122-6, L. 335-8 du code de la propriété intellectuelle et l'article 121-2 du code pénal et réprimés par les articles L. 335-8 al.2, al.3, L. 335-2 al.2 du code de la propriété intellectuelle, les articles 131-38 et 131-39 du code pénal,

- pour s'être rendu complice par la mise sur le marché à titre onéreux des dispositifs "linkers" (notamment "Supercard DS One") conçus pour détourner les mesures techniques de protection de la console Nintendo DS en permettant d'insérer utilement et d'exécuter des jeux contrefaits dans la console Nintendo DS, en l'espèce le jeu Mario Kart DS, au préjudice de la société Nintendo, Faits prévus par les articles L. 335-3, L. 335-2 al.2, L. 112-2, L. 121-2 al.1, L. 122-2, L. 122-4, L. 122-6 du code de la propriété intellectuelle et réprimés par les articles L. 335-2 al.2, L. 335-5 al.1, L. 335-6, L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle et prévue par les articles 121-6 et 121-7 du code pénal en ce qui concerne la complicité,

PROCEDURE

Le tribunal de grande instance de Paris - 31ème chambre - par jugement contradictoire à l'encontre de M. L., la société Divineo, D.G., la société FL Games, M. B. J., O. Z., P. M., la société Absolute Games, W. R., la société Novacorp, la société Aakro Pure Tronic Corporation, la société Store Games Developpement International, prévenus, et à l'égard de la société Nintendo France et la société Nintendo, parties civiles, en date du 03 décembre 2009, a déclaré :

Sur l'action publique,

- ordonné la jonction de la procédure référencée sous le numéro 0831990115, à la procédure n° 0824995002, statuant par un seul et même jugement,
- rejeté les exceptions de nullité de la procédure,
- déclaré M. L. et la société Divineo non coupable et les a relaxés des fins de la poursuite pour les faits qualifiés de :
 - * contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * contrefaçon par édition ou reproduction d'une œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * complicité de contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,Faits commis au cours des années 2006, 2007 et 2008, à Paris (75) et à Chateaufort de Gadagne (84)
- déclaré D. G. et la société FL Games non coupables et les a relaxés des fins de la poursuite pour les faits qualifiés de :
 - * contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * contrefaçon par édition ou reproduction d'une œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * complicité de contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,Faits commis au cours des années 2006, 2007 et 2008, à Morsang sur Orge (91),
 - * contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * contrefaçon par édition ou reproduction d'une œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * complicité de contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,

- Faits commis au cours de l'année 2008, à Morsang sur Orge (91),
 - déclaré M. B. J. et la société Aakro Pure Tronic Corporation non coupables et les a relaxés des fins de la poursuite pour les faits qualifiés de
 - * contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * contrefaçon par édition ou reproduction d'une œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * complicité de contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
- Faits commis au cours des années 2006, 2007 et 2008, à Paris (75),
 - déclaré O. Z. et les sociétés Store Games Developement International non coupables et les a relaxés des fins de la poursuite pour les faits qualifiés de :
 - * contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * contrefaçon par édition ou reproduction d'une œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * complicité de contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
- Faits commis au cours des années 2006, 2007 et 2008, à Paris (75)
 - déclaré P. M. et la société Absolute Games non coupable et les a relaxé des fins de la poursuite pour les faits qualifiés de :
 - * contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * contrefaçon par édition ou reproduction d'une œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * complicité de contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
- Faits commis au cours des années 2006, 2007 et 2008, à Marseille (13),
 - déclaré W. R. et la société Novacorp non coupables et les a relaxés des fins de la poursuite pour les faits qualifiés de :
 - * contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * importation à des fins commerciales, de marchandise présentée sous une marque contrefaite,
 - * contrefaçon par édition ou reproduction d'une œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
 - * complicité de contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur,
- Faits commis au cours des années 2006, 2007 et 2008, à Strasbourg (67),
 - ordonné la restitution des scellés, à l'exception des scellés n°1, 2 et 3 qui constituent des pièces de procédure

Sur l'action civile,

- déclaré recevables, en la forme, les constitutions de partie civile de la société Nintendo France et la société Nintendo Co Ltd,
- débouté la société Nintendo France et la société Nintendo Co Ltd de leurs demandes,
- déclaré le jugement commun à Maître Jean-François Aubert mandataire judiciaire de la société Divineo.

[...]

DISCUSSION

Rendue après en avoir délibéré conformément à la loi,

En la forme

Considérant que les appels du ministère public à l'égard M. L. D. G. M. J., épouse H. O. Z. P. M. W. R. et des sociétés Divineo, FL Games, Store Games Développement International, Novacorp, Aakro Pure Tronic Corporation, Absolute Games ainsi que les appels de Messieurs O. Z., M. L. W. R. P. M. D. G. et des sociétés FL Games, Novacorp, Absolute Games, Store Games Développement International, Divineo, prévenues, et des sociétés Nintendo Co Ltd et Nintendo France, parties civiles sont intervenus dans les formes et délais de la loi ;

FAITS

Considérant qu'il résulte de la procédure que le 4 décembre 2007, le représentant de la société Nintendo Co Ltd déposait plainte auprès des services de la Direction Centrale de la Police Judiciaire et exposait :

- que la société de droit japonais Nintendo Co Ltd fabrique et commercialise des consoles de jeux, des jeux vidéo et des accessoires de jeu vidéo destinés à ses consoles lesquelles sont de type portable ou de salon ;
- que la plus récente des consoles portables est la console -Nintendo DS- et sa variante compacte la -Nintendo DS Lite- ; que la première version de cette console a été commercialisée à partir du 11 mars 2005, et dispose de deux écrans à cristaux liquides, dont l'un est tactile ; qu'elle est destinée à fonctionner avec des cartes spécifiques contenant des jeux vidéo ;
- que la société Nintendo Co Ltd est à l'origine de la création d'un grand nombre de jeux vidéo et d'un univers composé de multiples personnages tels que "Mario" et son frère "Luigi", qui sont devenus des personnages emblématiques ;
- que, cependant, les consoles permettent de jouer à des jeux édités par d'autres sociétés vendant des jeux compatibles avec les consoles ;
- que la société Nintendo Co Ltd est titulaire en France et en Europe de plus de 254 marques enregistrées notamment en France sous les marques :
 - * Nintendo sous le numéro 1 711 035 déposée à l'origine le 10 décembre 1991 en classe 9 et 28 pour désigner le "jeux et jeux électroniques",
 - * Nintendo sous le numéro 92-423 234 déposée le 20 août 1992 puis renouvelée pour les produits de la classe 16 et désignant notamment "papier, carton et produits en ces matières, produits de l'imprimerie, papeterie, matières plastiques pour l'emballage
 - * la marque figurative représentant un sceau sous le numéro 1 704247 déposée le 6 août 1990 en classes 9 et 28 pour désigner "cartouches de mémoire de programmes pour les appareils de jeux vidéo",
- qu'elle est également titulaire des marques communautaires : * Nintendo dans sa cartouche sous le numéro EM 5021423 déposés le 27 mars 2006 en classes 9, 16 et 28 pour "tout support de stockage contenant des programmes de jeux vidéo pour le marché de consommateurs",
 - * Nintendo DS avec symbole des deux écrans, Nintendo DS sous le numéro EM 4 112 272 déposée le 9 novembre 2004 en classes 9, 16, 25, 38 et 41 ;
- que de même la société "Nintendo Co Ltd" est titulaire du dessin et modèle communautaire n° 000235247-0001 enregistré le 6 octobre 2004 ;
- que la console de jeux Nintendo DS fonctionne à partir d'un système d'exploitation propre à cette console pour laquelle la société Nintendo Co Ltd détient des droits d'auteur sur les différents logiciels qui permettent le fonctionnement de la console Nintendo DS ;
- que seuls les jeux authentiques peuvent être utilisés sur les consoles Nintendo DS, sur lesquels elle est titulaire des droits d'auteurs ;

- que pour éviter le piratage des jeux vidéo la société Nintendo a conçu des mesures de protection technique qui équipent à la fois les cartes contenant les jeux authentiques et les consoles Nintendo DS ;
- que les sociétés Nintendo ont constaté l'importation et la commercialisation en Europe et, notamment, sur le territoire français de cartes non autorisées par Nintendo, appelées "linkers", au format et à la connectique identiques aux cartes de jeux authentique Nintendo, et qu'à compter de l'année 2007 ce phénomène avait pris une importance croissante ;
- que grâce à ce dispositif l'utilisateur, qui a téléchargé un jeu vidéo piraté depuis internet, le transfère ensuite sur le linker qui sera branché sur l'ordinateur afin d'y transférer le jeu sur sa mémoire, et ensuite le linker sera introduit dans la console pour permettre le chargement, l'affichage et l'exécution du jeu piraté ; que le linker ainsi introduit dans la console Nintendo DS, de la même manière qu'une carte authentique de jeu, trompe la console en lui faisant croire qu'il s'agit d'un jeu officiel Nintendo ; qu'or le jeu qui sera exécuté est en réalité celui qui a été piraté sur internet sur des sites dont la finalité est d'offrir aux internautes l'accès gratuit et illicite à des jeux du commerce piratés, dont les jeux édités par la société Nintendo et qui ne peuvent être lus que sur la console Nintendo DS ;
- que la société Nintendo a fait établir par huissier de justice des constats permettant de vérifier le fonctionnement des dispositifs litigieux ;
- que c'est ainsi, que le novembre 2007, l'huissier a téléchargé depuis un site non autorisé le jeu "super Mario kart" puis, le lendemain, dans le magasin "Sat Elite" il a constaté l'achat d'une console Nintendo DS neuve, de copieurs de jeux de type R4 et DS Linker ainsi que du jeu authentique "Mario Kart" ;
- que par la suite Hubert Bitan, expert auprès de la cour de cassation, qu'elle a mandaté pour analyser ces dispositifs "linkers", a décrit le fonctionnement des copieurs, et conclu dans son rapport du 3 décembre 2007, que ces derniers reproduisaient les codes sources du logiciel Nintendo, la marque Nintendo dans sa cartouche et, également, que les dispositifs "linkers" pouvaient être techniquement qualifiés de moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique de protection, protégeant l'ensemble constitué par le jeu et la console ;
- que le 28 novembre 2007, la société Nintendo a fait matérialiser par constant d'huissier sur trois sites internet, des sociétés Divineo, FL Games et Assentek (Novacorp) l'offre et la commercialisation en ligne de copieurs de jeux ;
- que le 3 décembre suivant trois requêtes en saisie contrefaçon ont été présentées par la société Nintendo, l'une devant le président du TGI de Strasbourg à l'encontre de la société Novacorp, la seconde devant le président du TGI d'Avignon à l'encontre de la société Divineo et la troisième devant le président du TGI d'Evry contre la société FL Games les trois juridictions rendant le même jour trois ordonnances de saisie contrefaçon ; qu'entre le 7 et le 11 décembre 2007, Maître Wagner, huissier de justice à Strasbourg, diligentait, en application de l'ordonnance rendue le 3 décembre 2007 une saisie contrefaçon l'encontre de la société Novacorp située à Strasbourg ;
- qu'elle remettait aux enquêteurs de police, lors de sa plainte, la consultation de l'expert Bitan ainsi que l'ensemble des constats d'huissier ;

Considérant dès lors, qu'à la suite de ce dépôt de plainte, les policiers établissaient un procès-verbal daté du 4 décembre 2007 à 13H10 qui mentionnait :

"Agissant dans le cadre d'une enquête préliminaire - vu les articles 53 et suivants du code de procédure pénale - vu la plainte enregistrée émanant de la société Nintendo, prenons attache avec le magistrat de permanence, Procureur près le tribunal de grande instance de Paris, qui avisé des faits et de la plainte nous donne pour instructions de poursuivre nos investigations concernant les magasins Sat Elite, Hobby One et le site Divineo ;

Considérant que le 5 décembre 2007 les services de police diligentait, selon la procédure de

flagrant délit, une opération simultanée dans des magasins parisiens dont les perquisitions permettaient d'appréhender :

- 1753 copieurs de jeux dans les locaux de la société "Divineo", dont le gérant est Monsieur L.
- 3005 copieurs dans les locaux de la société "FL games", dont le gérant est Monsieur G.
- 45 copieurs dans le magasin "Hobby One" exploité par la société "Aakro pure tronic corporation", dont Madame M. J. épouse H. en est la gérante,
- 97 copieurs dans les locaux du magasin Sat Elite exploité par la société "Store Games développement international", dont O. Z. est le gérant ;

que ladite enquête était continuée dans le cadre d'une enquête préliminaire, a compter du 10 décembre 2007, après que les enquêteurs aient informé le procureur de la République près le tribunal de Paris, le même jour, qui leur avait donné pour instruction de poursuivre sur le mode de l'enquête préliminaire que ladite enquête amenait la découverte de 47 copieurs dans les locaux de la société "Novacorp", dont W. R. est le gérant, et de 47 copieurs dans les locaux de la société "Absolue Games" dont F. M. est le gérant ; les perquisitions menées dans des locaux de ces deux sociétés ayant été autorisées par écrit par les gérants ;

Considérant que la société Nintendo, déposait une nouvelle plainte le 14 novembre 2008, à l'encontre de la société FL-Games, dirigée par Monsieur G. qui avait mis sur le marché un nouveau linker appelé "DS One" qui était vendu en kit, la société ayant cette fois commercialisé un dispositif obligeant l'utilisateur à installer lui-même les logiciels nécessaires à son fonctionnement ;

qu'une nouvelle enquête était effectuée par les services de police, selon la procédure de l'enquête préliminaire, donnant lieu à l'ouverture d'une seconde procédure sous le numéro 0831990115 ;

Considérant que ces deux procédures ont fait l'objet d'une jonction par le tribunal de grande instance de Paris, pour une bonne administration de la justice ;

Sur les exceptions de nullité de la procédure

Sur le recours à la procédure de flagrant délit

Considérant que le conseil de messieurs G. L. et Z. et des sociétés qu'ils dirigent font valoir, que selon procès-verbal du 4 décembre 2007 l'officier de police judiciaire fait état, qu'agissant dans le cadre d'une enquête préliminaire et vu la réception de la plainte de la société Nintendo, il a informé le procureur de la République téléphoniquement, qui lui a donné instruction de poursuivre sous "la forme de l'enquête préliminaire" les investigations concernant les magasins "Sat Elite, Hobby One et Divineo" ; qu'or ce n'est pas en la forme préliminaire que s'est déroulée la majeure partie de l'enquête mais sous la forme d'un enquête de flagrance, laquelle n'était pas justifiée, les conditions de l'article 53 alinéa 1er n'étant pas réunies ; que notamment les faits de contrefaçon n'étaient pas des infractions qui se commettent "actuellement" ou qui viennent de se commettre au sens du dit article ; qu'en effet, les faits dénoncés, prétendument établis par les procès-verbaux ou constats joints à la plainte, datant du mois de novembre 2007, le délai du délit flagrant était donc amplement dépassé lorsque les officiers de police judiciaire ont agi le 5 décembre et les jours suivants ; qu'en conséquence les perquisitions opérées dans les locaux des sociétés Divineo, FL-Games et Store-Games, sans l'assentiment écrit de leur gérant, sont nulles et par voie de conséquence les actes subséquents dont les auditions des prévenus et des témoins ;

Considérant que comme le tribunal, la cour relève que les officiers de police judiciaire ont débutés leur enquête le 5 décembre 2007, en procédant aux perquisitions dans les locaux des sociétés "Divineo, Store Games (magasin "Sat élite") et aux auditions de messieurs L. et Z., puis l'ont

continué, sans désespérer, le 6 décembre, par des investigations sur le site internet de la société FL Games où ils constataient, par procès-verbal, l'offre à la vente des dispositifs litigieux, puis enfin le 7 décembre 2007 en procédant à une perquisition dans les locaux de la société FL Games et à l'audition de M. G. qu'il est incontestable que les enquêteurs se trouvaient en possession d'indices apparents d'une infraction venant d'être commise ou en train de se commettre, ou continuant de se commettre, ce qui les autorisait, conformément aux dispositions de l'article 53 du code de procédure pénale à conduire leurs investigations selon la procédure de flagrance ; qu'en effet ces derniers avaient recueilli le 4 décembre 2007 une plainte de la société Nintendo qui visait des faits de contrefaçon, consistant en la détention et la vente d'un dispositif frauduleux, dénommé linkers ; qu'à l'appui de cette plainte, pour étayer ses allégations, elle avait remis un constat d'huissier établissant l'achat le 27 novembre 007 de deux dispositifs litigieux sous la dénomination DS linker et R4 Révolution for one, dans les magasins dépendant des sociétés Store Games et Aakro Pure Tronic, trois constats d'huissiers visant des sites internet des sociétés FL Games, Divineo et Novacorp attestant de la distribution des produits litigieux via internet, ainsi qu'un rapport de M. Bitan, expert en informatique près la Cour de cassation, qui après examen des dits dispositifs litigieux, avait conclu au caractère frauduleux des dits dispositifs portant atteinte aux droits de la société Nintendo sur le logiciel d'exploitation de la console Nintendo DS et aux droits sur ses marques ;

Considérant que la cour relève, que des officiers de police judiciaire, agissant selon la procédure de flagrant délit, n'ont pas en avisé le procureur de la République, avant leur intervention, mais seulement lors des interpellations et de la mise en garde à vue des personnes interpellées ; que tel a été le cas en l'espèce ; qu'en effet, l'ensemble des procès-verbaux de perquisitions, d'auditions, de placement en garde à vue et d'avis au procureur de la République pour le placement en garde à vue des prévenus et la levée de cette mesure, visent "la poursuite de l'enquête en flagrant délit" ;

Considérant qu'il est sans conséquence que le procès-verbal, dressé le 4 décembre par l'officier de police judiciaire, mentionne par erreur "agissant dans le cadre d'une enquête préliminaire" selon les articles 53 et suivant du code de procédure pénale, du moment que les conditions de l'enquête de flagrance étaient réunies lors de leurs opérations ;

Considérant, dès lors, que les enquêteurs étaient en droit de procéder à des perquisitions et saisies sans assentiment écrit des personnes susceptibles de détenir les marchandises relatives aux faits incriminés ; qu'en conséquence l'ensemble des procès-verbaux dressés par les officiers de police judiciaire dans le cadre de leur enquête de flagrance sont valides, ainsi que ceux menés dans le cadre de l'enquête préliminaire qui lui a succédé ;

Considérant que ce moyen de nullité sera rejeté ;

que par voie de conséquence sera également rejeté le moyen de nullité soulevé par Monsieur M. et la société Absolute Games, fondé sur la nullité de la perquisition opérée dans les locaux du magasin Sat Elite ;

Sur la nullité des saisies contrefaçons opérées entre les 7 et 11 décembre par Maître Wagner, huissiers dans les locaux de la société "Novacorp"

Considérant que le conseil de Monsieur W. R. et de la société Novacorp soulève la nullité des saisies contrefaçon opérées du 7 au 11 décembre 2007 par maitre Wagner ainsi que des procès-verbaux des 19 décembre 2008 annexant au dossier pénal le procès-verbal de constat de Maitre Wagner et du procès-verbal du 19 juin 2008 de transport et perquisition, au motif que ces opérations de saisies contrefaçon n'ont pas été suivies d'une procédure au fond diligentée dans le délai d'un an fixé par le code de la propriété intellectuelle, le mandement de citation à comparaître devant le tribunal correctionnel de Paris n'ayant été délivré que le 29 décembre 2008 à leur égard et alors que la

plainte de la société Nintendo devant les services de police était intervenue le 4 décembre 2007 ;

Considérant que la cour relève, que les saisies contrefaçon, dont copies ont été remises aux enquêteurs de police, n'ont pas servi de fondement à leur enquête, ces derniers ayant procédé dans le cadre d'une enquête préliminaire sur instructions de parquet à une perquisition et à une saisie des dispositifs litigieux avec l'accord écrit de Monsieur R. le 19 juin 2008 dans les locaux de la société Novacorp ; qu'il est ainsi constant que les actes accomplis dans le cadre de l'enquête pénale sont totalement indépendants de ceux effectués dans le cadre d'une éventuelle procédure civile ;

Considérant dès lors qu'un acte accompli par un tiers, et qui n'a pas été effectué dans le cadre de cette procédure ne peut servir de fondement à sa nullité ;

qu'il conviendra de rejeter ce moyen de nullité ;

Considérant que ce moyen sera également rejeté à l'égard de Monsieur Z. lui l'a également soulevé comme lui faisant grief ;

Sur la violation des articles L. 716-1 du code de la propriété intellectuelle et des articles 75-1 et 75-2 du code de procédure pénale

Considérant que Monsieur R. et la société "Novacorp " soutiennent que les actes réalisés par les services de police judiciaire à l'encontre de la société Novacorp n'ont fait l'objet d'aucun avis à magistrat, étant précisé que jamais le magistrat du parquet, le 4 décembre 2004, n'avait donné d'instruction aux dits officiers de poursuivre des investigations à l'encontre de la société, pourtant visée dans la plainte de la société Nintendo que l'article 75-1 du code de procédure pénale dispose "lorsque l'enquête est menée d'office, les officiers de police judiciaire rendent compte au procureur de la République de son état d'avancement lorsqu'elle est commencée depuis plus de 6 mois ; que de même, l'article 75-2 du code de procédure pénale impose à l'officier de police judiciaire, qui mène une enquête préliminaire, d'aviser le procureur de la République "dès qu'une personne à l'encontre de laquelle existent des indices faisant penser qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction est identifiée" ; que la perquisition dans les locaux de la société Novacorp (sous l'enseigne Assentek) et l'audition de Monsieur R. se sont déroulées le 19 juin 2008, qu'or ce n'est que le 19 août que l'officier de police judiciaire, dans son procès-verbal de clôture de l'enquête préliminaire, n'a informé le procureur de l'existence de la société Novacorp ou de son gérant, et qu'il existait à leur encontre des indices graves faisant penser qu'ils avaient pu commettre une infraction ;

Considérant qu'il est constant que les officiers de police judiciaire, à la suite de la plainte de la société Nintendo ont commencé leur enquête sous le régime de la flagrance, puis ensuite l'ont poursuivie sous le régime de l'enquête préliminaire, selon instructions de parquet des 10 décembre 2007 et 4 février 2008, mentionnées dans deux procès-verbaux ;

Considérant que l'obligation d'informer le procureur de la République, en application de l'article 75-2 du code de procédure pénale, n'est pas prescrite à peine de nullité ; qu'ainsi sa méconnaissance n'affecte pas la validité de la procédure, notamment de l'audition du prévenu ; qu'il en est de même des dispositions de l'article 75-1 de ce même code ; qu'en conséquence ce moyen de nullité doit être écarté ;

Sur le caractère irrégulier et/ou non probant du constat d'huissier du 28 novembre 2007

Considérant que le conseil de M. L. fait valoir l'irrégularité du constat d'huissier du 28 novembre 2007, et des actes subséquents car ne répondant pas aux règles prescrites par le code de la propriété intellectuelle pour constituer une preuve numérique ;

Considérant que le procès-verbal de constat, dressé par Maître Franck Cherki, huissier, remis par le plaignant lors de son audition, ne constitue pas un acte de police judiciaire encourant la nullité ;

qu'il conviendra de rejeter ce moyen de nullité ;

Sur la nullité de l'audition de Monsieur Z.

Considérant que le conseil du prévenu fait valoir que l'intéressé a été entendu sans avoir été placé en garde à vue ce qui l'aurait privé des garanties attachées à cette mesure, et, par suite, aurait eu pour effet d'attenter à ses droits ;

Considérant que la cour relève que le 5 décembre 2007, dans le cadre de leur enquête de flagrance, les fonctionnaires de police ont procédé à une perquisition au sein du magasin à l'enseigne "Sat' Elite" en présence du frère du prévenu : qu'à l'issue de cette opération une convocation était remise à l'attention de O. Z., lui était invité à se présenter au commissariat le jour même à 14 H 30 ; que ce dernier s'est présenté à 15 H 45 et a été entendu par les enquêteurs jusqu'à 17 heures, sans avoir été placé en garde à vue ;

Considérant que l'article 63 du code de procédure pénale prévoit, que l'officier de police judiciaire "peut" recourir à une mesure de garde à vue mais ne lui en fait pas obligation ;

Considérant qu'il est constant, qu'un officier de police judiciaire peut entendre, sur les faits qui lui sont imputés une personne qui a répondu à leur convocation et qui a accepté d'être immédiatement entendue sans qu'une mesure de contrainte ne soit exercée durant le temps strictement nécessaire à son audition ; que tel était le cas en l'espèce le prévenu ayant été entendu brièvement et sans contrainte sur la découverte dans son magasin des appareils de type "linker", et pour lesquels il a indiqué ignorer leur fonctionnement exact et leur caractère frauduleux, lesdites déclarations n'étant ainsi en aucun cas déterminantes pour les perspectives de sa défense ; qu'en conséquence les dispositions de l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme n'ont pas été violées ;

Considérant que ce moyen doit être rejeté, comme sera rejeté également le moyen de nullité soulevé par Monsieur M. fondé sur la nullité de l'audition de Monsieur Z.

Sur le moyen de nullité tiré de la violation de l'article 551 du code de procédure pénale

Considérant que le conseil de Monsieur L. et de la société "Divineo" soutient que la procédure suivie contre ces deux prévenus est entachée d'irrégularité dans la mesure où la citation, qui leur a été délivrée, ne répond pas aux exigences de l'article 551 du code de procédure pénale qui prescrit en son alinéa 2 l'énoncé des faits poursuivis ; qu'or en l'espèce la citation omet de préciser l'infraction dont le concluants se seraient rendus complices.

Considérant que l'article 551 du code de procédure pénale dispose que "la citation énonce le fait poursuivi et vise le texte de la loi qui le réprime" ;

Considérant que l'exploit critiqué énonce que les prévenus sont, notamment, recherchés pour s'être rendus complices par la mise sur le marché à titre onéreux des dispositifs "linkers", conçus pour détourner les mesures techniques de protection de la console "Nintendo" en permettant d'insérer utilement et d'exécuter des jeux contrefaits dans la console Nintendo DS, en l'espèce le jeu Mario Kart DS au préjudice de la société Nintendo ;

Considérant que l'article 565 du code de procédure pénale précise, que la nullité d'un exploit ne peut être prononcée que lorsqu'elle a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne

qu'elle concerne ;

Considérant que les prévenus n'ont pu se méprendre sur la nature des agissements ayant conduit le ministère public à les renvoyer devant le tribunal de ce chef, leurs avocats ayant conclu abondamment sur les dits faits devant le tribunal correctionnel, puis devant la cour, Monsieur L. s'étant au surplus expliqué sur ces faits devant les officiers de police judiciaires ; que dès lors la citation ne leur a pas fait grief ; qu'il convient en conséquence de rejeter ce moyen ;

Considérant enfin que Messieurs Z. R. et C. visent de nombreuses irrégularités qui affecteraient l'enquête préliminaire, et l'ensemble de la procédure, notamment du fait que les enquêteurs de police n'ont pas recherché par eux-mêmes les preuves de l'infraction soumise à leurs investigations, mais se sont contentés, ainsi que le Parquet, d'une compilation des pièces versées par la partie civile à savoir, surtout, une consultation privée de Monsieur Bitan, expert, laquelle n'a d'ailleurs pas été jugée probante par les premiers juges ;

Considérant qu'ils font encore valoir que, devant la cour, les parties civiles ont versé 28 nouvelles pièces, notamment 14 attestations émanant de revendeurs de produits Nintendo et de salarié de la société Nintendo et, surtout, une nouvelle expertise privée, qui ne leur ont été communiquées que le 12 mai ; que dès lors le principe du contradictoire n'a pas été respecté ;

Considérant que comme les premiers juges la cour observe, que l'article 427 du code de procédure pénale instaure le principe de la liberté de la preuve en droit pénal ; qu'il prévoit en effet qu' "hors les cas où la loi en dispose autrement les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction, le juge ne peut fonder sa conviction que sur les preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui " ;

Considérant que s'agissant de la consultation de Monsieur Bitan, celle-ci a été jointe avec les constats d'huissiers à la plainte de la partie civile lors de son audition devant les services de police, les avocats des prévenus en ont, dès lors, eu nécessairement connaissance dès la mise à leur disposition de la procédure ; que d'ailleurs la cour observe, qu'ils ont mandaté un expert, Monsieur Bigot, qui a établi un contre-rapport et que devant les premiers juges les deux rapports ont été contradictoirement débattus en présence de Messieurs Bitan et Bigot ;

Considérant également, que s'agissant des pièces nouvelles versées devant la cour sera rappelé que les avocats des parties civiles les ont communiquées à la défense le 12 mai, soit trois semaines avant l'ouverture des débats ; que plus particulièrement, s'agissant du nouveau rapport d'expertise, il en a été débattu très longuement devant la cour, toute une après-midi, en présence de l'un des rédacteurs du dit rapport et de l'expert mandaté par la défense, Monsieur Bigot, qui a également déposé un contre-rapport ; qu'enfin les autres pièces versées par la partie civile, (attestations) ont également été débattues contradictoirement à l'audience ; que dès lors le principe du contradictoire a été respecté ;

AU FOND

Considérant que les parties civile font valoir que les consoles Nintendo DS et Nintendo Lite sont des systèmes de jeu vidéo portables à double écran à cristaux liquides et fonctions tactiles ; que les cartouches Nintendo DS contiennent un jeu qui peut être utilisé uniquement sur leur console ; que chaque jeu dans le commerce est protégé par la loi sur les droits d'auteur et, que pour pouvoir utiliser un jeu sur le système Nintendo DS, il est nécessaire d'introduire une carte contenant le jeu Nintendo DS ; qu'une fois le système allumé, le processus d'authentification commence à vérifier si la carte introduite contient le code de démarrage du chargement ; que lorsque la carte de jeu Nintendo est introduite le logo Nintendo dans une cartouche s'affiche, et le système charge la partie

adéquate des programmes mémorisés sur la carte de jeu Nintendo DS, ce qui permet ensuite de démarrer le jeu ;

qu'une série de mesures techniques de protection est prévue sur les systèmes Nintendo DS afin d'empêcher la copie non autorisée des jeux et d'empêcher, quoi qu'il en soit, l'utilisation de jeux contrefaits sur la console Nintendo DS ; que c'est ainsi que les consoles et les cartes de jeux Nintendo DS sont équipées de protections de nature physique (mécaniques et électroniques) et de nature informatique ;

que le linker se présente sous la forme d'une carte au format et à la connectique identiques à ceux des cartes de jeux authentiques Nintendo DS sur laquelle des jeux vidéo contrefaits disponibles sur internet peuvent être chargés ; qu'une fois inséré dans la console le linker trompe celle-ci et entame avec elle un dialogue qui fait croire à la console qu'il s'agit d'une carte de jeu authentique ; que sans ce dispositif les jeux contrefaits, disponibles uniquement sous une forme dématérialisée sur internet, ne seraient d'aucune utilité ; qu'en effet une console Nintendo ne peut lire un jeu piraté sans l'intermédiaire d'un "linker", le dit dispositif démultipliant le piratage à l'infini, dont il est le vecteur premier, et cela au prix d'une violation consciente et répétée des droits de Nintendo par ceux qui commercialisent ces dispositifs litigieux ;

que les mesures techniques qui fonctionnent comme des verrous de sécurité sont protégées par le droit de la propriété intellectuelle, lequel punit toute personne ayant procuré ou proposé à autrui des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace ;

que le droit français au titre des mesures de protection techniques s'applique aux œuvres logicielles et aux œuvres non logicielles ;

que les mesures techniques équipant un jeu vidéo bénéficient de ces deux régimes de protection ;

que le jeu vidéo est une œuvre complexe dont chaque composant est soumis à un régime propre ;

qu'ainsi la partie logiciel du jeu est régie par le droit d'auteur spécial du logiciel et les autres aspects du jeu, notamment ses aspects audiovisuels, graphiques et sonores, sont protégés par les règles générales du droit d'auteur ;

que les aspects non logiciels sont ceux que la société Nintendo cherche à protéger au travers des mesures techniques qu'elle conçoit puisqu'ils caractérisent le jeu ;

qu'or les linkers portent atteinte à cette dimension non logicielle du jeu vidéo et trompent la console Nintendo DS en lui faisant croire que les jeux piratés qu'ils contiennent sont des jeux authentiques et l'utilisateur peut ainsi jouer à une multitude de jeux contrefaits qu'il a obtenus gratuitement sur internet ;

que les parties civiles font encore valoir, que les logiciels sont protégés par le code de la propriété intellectuelle comme des œuvres de l'esprit ; qu'or en l'espèce, les consoles Nintendo fonctionnent grâce à des logiciels dont Nintendo détient les droits en sa qualité d'auteur ; que les dits logiciels se trouvent à la fois sur la console et sur les cartes authentiques comportant les jeux vidéo ; que les linkers pour interagir avec la console Nintendo DS, n'ont pu être mis au point qu'en décompilant les logiciels internes de la console et des cartes de jeu afin d'en comprendre leur fonctionnement, notamment en transformant leur code objet en code source et ce sans autorisation de la société Nintendo ;

qu'elles leur reprochent encore d'avoir contrefait par imitation d'une part, la marque "Nintendo" laquelle s'affiche à l'issue du processus d'authentification console/carte, la console Nintendo DS,

lorsqu'elle est en présence d'un produit authentique procédant à l'affichage sur l'écran de la console de la marque Nintendo contenu dans le code de démarrage et ce en superposition avec la piste ovale présente quant à elle dans la console et, d'autre part, la marque Nintendo DS sur les emballages des linkers, lesquels reproduisent la dénomination DS (Dual screen : double écran), mais également le logo composé de deux carrés superposés reprenant les deux écrans de la console ;

qu'enfin les parties civiles font valoir, que les prévenus se sont rendus coupables du délit de complicité de contrefaçon de droits d'auteurs, par fourniture de moyen, ces derniers ayant rendu possible matériellement par la vente des linkers la contrefaçon de jeux laquelle n'existerait pas sans ses dispositifs, le fait punissable étant en l'espèce celui de copier sur un linker un jeu vidéo illégalement piraté sur internet ; qu'il s'agit dès lors du délit de contrefaçon de jeux vidéo par reproduction sur le linker sans autorisation ;

Sur les délits d'atteinte aux mesures de protection techniques équipant les consoles et les cartes de jeu authentiques Nintendo DS

Considérant qu'il est reproché aux prévenus d'avoir procuré ou proposé à autrui, directement ou indirectement, des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L 331-5 du code de la propriété intellectuelle, en l'espèce en procédant à l'importation et à la commercialisation de dispositif "linker" permettant de détourner les mesures de protection, d'insérer utilement des jeux contrefaits et de les utiliser dans les consoles de jeux Nintendo DS, au préjudice de la société Nintendo ;

Considérant que la défense des prévenus fait valoir :

- que les mesures de protection dont le contournement est allégué ne portent pas sur les jeux mais sur des matériels, et plus précisément la compatibilité entre le lecteur (la console) et un dispositif d'enregistrement (la cartouche) indépendamment du contenu enregistré ;
- que l'article L 331-5 du code de la propriété intellectuelle protège les mesures de protection efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre "autre qu'un logiciel" ; que ce texte exclut expressément les atteintes portées aux mesures techniques de protection des logiciels ;
- que les mesures de protections mécaniques résultant du format de la carte de jeux en général et sa connectique en particulier ne sauraient constituer des mesures de protection au sens de la loi, dès lors que ces éléments sont commandés par la nécessité de la compatibilité physique ou la contrainte physique ; qu'en effet les linkers sont destinés à être utilisés sur les consoles de jeux Nintendo DS, leur forme est donc commandée par la nécessité de la comptabilité physique ; qu'ainsi interdire la reproduction d'un format reviendrait à paralyser l'ensemble du marché des accessoires, il s'agirait d'une atteinte illicite à la liberté du commerce et d'une pratique anti-concurrentielle ;
- que l'efficacité des mesures de protection informatiques qui résulterait d'un programme d'initialisation de la console n'est pas plus démontré qu'en effet : le code "CRC", selon Monsieur Bigot, est un algorithme normalisé et public dont il existe une multitude de programmes libres pour le calculer, qu'il n'est dès lors pas une mesure de protection mais uniquement un contrôle de la cohérence des données de l'entête de la carte.

Le fichier "NDLF" est un simple code informatique, reproduit dans le cadre de l'interopérabilité et ne constitue par une mesure de protection efficace au sens de la loi.

Les mesures de cryptage concernent uniquement les dialogues entre la console et la carte, et selon l'expert Bigot, elles ne protègent pas les contenus tels que les jeux, car ils sont indifférents à ces contenus, mais protègent uniquement le transfert des contenus de la carte vers la console, s'agissant ainsi de dispositifs destinés à faire échec à l'interopérabilité technique entre les dispositifs "mémoires" et la console, et non un dispositif de protection de l'œuvre contenue dans la

mémoire ;

- qu'il est permis de douter de la réelle efficacité de ces mesures lorsque autant de copies différentes existent sur le marché, à savoir neuf marques de linkers de marques et de fabrication différentes, incriminées dans la dite procédure ;
- qu'en tout état de cause, ces mesures techniques de protection décrites par Nintendo ne sauraient bénéficier de la protection de la loi dès lors qu'elles ne protègent pas une œuvre autre qu'un logiciel, qu'en effet :

Les mesures de protection des consoles ne sont pas concernées par l'infraction, la console étant un matériel et non une œuvre, or les linkers n'interagissent pas avec les cartes de jeux, mais avec les consoles et, en conséquence, si des mesures de protection existent et sont contournées, il s'agit de celle de la console, matériel informatique.

Le jeu vidéo est un logiciel et non pas une œuvre complexe comme le soutient la société Nintendo et, à supposer, que le jeu vidéo est au moins pour partie un logiciel, ce qui impliquerait que chaque partie du jeu obéisse et un régime distinct, il est indéniable que l'aspect informatique d'un jeu vidéo étant prédominant et indissociable des autres aspects, les mesures de protection d'un jeu vidéo portent nécessairement sur un logiciel.

Qu'ainsi en vertu du principe d'interprétation strict des délits et des peines, le contournement d'une mesure de protection portant même partiellement sur un logiciel ne saurait constituer une mesure de protection.

Qu'en tout hypothèse, selon les conclusions de Monsieur Bigot, les prétendues mesures techniques de protection ne protègent pas les jeux vidéo, mais seulement le dialogue entre le jeu et la console, qu'en effet, en aucune manière, ce dispositif ne transforme le contenu de la zone mémoire de jeu hormis pendant son transfert entre la carte et la console, et il ne fait que protéger son transfert sans apporter aucun mécanisme de protection attaché à son contenu ; qu'en d'autres termes, si le "contenu" de la mémoire de jeu est un programme non protégé, la console le lira tel quel et l'exécutera si, en revanche, l'auteur du jeu a inclus une sécurité, la console le lira de la même façon et exécutera le programme de sécurité, ce qui n'est pas du ressort des protections exposées par les experts de Nintendo.

Qu'ainsi les mécanismes de protection par cryptage des dialogues entre la console et la carte tels que décrits par Nintendo protègent non pas les contenus, car ils sont parfaitement indifférents à ces contenus, mais le transfert de ces contenus de la carte vers la console.

Que les mesures de protection ne visent qu'à empêcher l'interopérabilité entre cartouche et console et à obliger les consommateurs à n'utiliser que des cartes mémoires d'origine Nintendo, et à interdire d'insérer des mémoires standardisées du commerce comme les micro-DS ; que dès lors comme le précise Monsieur Bigot, les mesures de protection, décrites par Nintendo, ont pour but de faire échec à l'interopérabilité technique entre les dispositifs "mémoire" et la console, et non un dispositif de protection de l'œuvre contenue dans la mémoire.

Qu'enfin l'infraction aux dispositions de l'article L 335-3-1 du code de la propriété intellectuelle suppose la parfaite connaissance que le dispositif est destiné à violer les mesures de protection présentant les caractéristiques exigées par la loi et la volonté de le fournir à cet effet.

Que tel n'est pas le cas en l'espèce, étant avéré que les linkers ont bien d'autres vocations que de copier les jeux piratés de Nintendo en contournant leurs mesures de protection pour autant qu'elles existent.

Que les linkers ont des fonctionnalités légales, qu'ainsi ils sont des supports d'enregistrement de contenus numériques vendus vierges qui permettent de lire des applications libres de droits ("homebrew") de la musique, des vidéos ou des photographies ; que le linker est un accessoire (une

cartouche pour la DS) qui permet de faire tourner les logiciels développés pour la console ;

Que la majorité des prévenus soutiennent avoir ignoré l'existence de telles mesures de protection et notamment Monsieur M. lui ignorait le caractère illicite des linkers ;

Considérant que le conseil de Monsieur L. fait valoir que les mesures techniques de Nintendo ne sont pas éligibles à la protection des dispositions de la loi DAVDSI, au motif que la société Nintendo ne mentionne pas sur ses emballages, et ce en violation de la loi française, les restrictions portées au principe d'interopérabilité, les consommateurs devant être clairement informés des restrictions qu'entraînent les dites mesures techniques de protection ;

que le support vierge et la connectique permettant de relier le linker à un ordinateur ne peuvent en eux-mêmes être répréhensibles sauf à considérer que l'absence même du support, tel un disque dur ou une carte mémoire, a été volontairement prévue par Nintendo en tant que telle ;

qu'une telle conception de la mesure technique viendrait manifestement faire échec à la notion d'interopérabilité telle que le législateur français a voulu la défendre ; qu'en tout état de cause la loi DADVSI ne s'applique pas au logiciel, ni ne s'applique à la console et aux linkers ; que la société Nintendo et l'expert Monsieur Bitan, ne cessent de rappeler "que seuls les jeux authentiques édités par Nintendo ou des tiers agréés ou licenciés peuvent être utilisés sur les consoles Nintendo DS, ce qui revient à affirmer que ce ne sont pas tant les jeux que l'usage de la console qui est prohibé, ainsi que l'usage de linkers" ;

Considérant que Messieurs G. et R., font valoir que la citation vise quant à la répression des textes les articles L 335-2 et L 335-3 du code de la propriété intellectuelle qui ne sont pas applicables aux faits reprochés, le délit d'atteinte à une mesure technique de protection étant sanctionné pénalement par l'article L 335-3-1 du code de la propriété intellectuelle, la cour ne pourra donc entrer en voie de condamnation sur le fondement des textes visés à la citation, et la relaxe s'imposera donc ;

Sur le caractère efficace des mesures techniques

Considérant que l'article L 331-5 du code de la propriété intellectuelle dispose : Les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou à limiter les utilisations frauduleuses non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme sont protégées dans les conditions prévues au présent titre.

On entend par mesure technique au sens du premier alinéa toute technologie, dispositif composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue par cet alinéa. Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation visée au même alinéa est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application du code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection.

Un protocole, un format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constitue pas en tant que tel une mesure technique au sens du présent article" ;

Considérant que la circulaire de la DAGG du 3 janvier 2007, définit les mesures techniques efficaces comme "toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de leur fonctionnement sont destinées à empêcher ou à limiter les utilisations non autorisées d'une œuvre" ;

Considérant que liminairement il convient de préciser, que devant les premiers juges les parties

civiles s'étaient appuyées sur les conclusions de Monsieur Bitan, expert près la cour de cassation, qu'elles avaient mandaté, mais qui n'avait pu bénéficier de certaines informations que la société Nintendo avait choisi de garder confidentielles afin qu'elles ne soient pas révélées aux prévenus ;

Considérant que devant la cour les parties civiles ont versé un nouveau rapport établi par un collège d'experts, en l'occurrence Messieurs L., J. et R., qui ont pu bénéficier d'informations confidentielles fournies par la société Nintendo, à savoir :

- une attestation établie par Monsieur Y., sous-directeur du groupe Promotion de la Technologie, dans la division du développement et de la technologie, dépendant du groupe Nintendo, en charge de la conception et de la mise au point des mesures de protection contre les contrefaçons illégales des biens de propriété industrielle de Nintendo, attestation dans laquelle notamment il décrit les dites mesures techniques de protection ;
- une note technique confidentielle intitulée "DS card Security"
- un fichier classeur-Excel dénommé "logic-analyse-test-routine xls" ;

Considérant que la société Nintendo, a sollicité les experts aux fins :

- * d'analyser et décrire les mesures techniques de protection mises en place pour protéger la consoles Nintendo DS et Lite et les cartes de jeu vidéo Nintendo authentiques contre la piraterie des jeux vidéo dont elle est éditrice,
- * de vérifier que ces mesures apportent une sécurité efficace,
- * de constater et démontrer que les linkers à la cause contournent obligatoirement ces mesures ;

Considérant que pour réaliser leur mission les experts ont conçu leurs propres outils de démonstration aux fins de vérifier ces différentes mesures et analyser les données transitant sur le "BUS" lors des trois phases du programme de lancement ;

Considérant, ainsi qu'il a été développé ci-dessus, ladite expertise a été contradictoirement débattue à l'audience en présence de l'expert des prévenus, lequel n'a apporté aucune véritable contestation remettant en cause les constatations matérielles et techniques des experts mandatés par la partie civile, se contentant de leur opposer, comme les avocats de la défense, l'exception d'interopérabilité et le fait que les linkers sont des supports d'enregistrement de contenus numériques vendus vierges qui permettent de lire des applications libres de droits, de la musique, des vidéos ou des photographies et non pas uniquement des copieurs de jeux piratés ;

Considérant qu'il est établi par l'expertise que les consoles et cartes de jeux sont équipées :

- * de protection de nature physique (mécaniques et électroniques)
- * de protection de nature informatique

1 - que les protections de nature physique sont constituées de protections mécaniques et électroniques à savoir :

- * les protections mécaniques qui résultent du format des cartes de jeu et du porte cartouche (dit "slot"), situé à l'arrière de la console Nintendo, et dans lequel sont insérées les cartes de jeu Nintendo, les cartes de jeu ayant été spécialement conçues pour s'adapter au porte cartouche, notamment s'y trouve une rainure sur le côté afin de prévenir toute mauvaise insertion d'une carte de jeu, ainsi qu'un autre dispositif le long de cette rainure faisant partie du verrouillage de la carte insérée dans le porte cartouche "slot" ;
- * les protections électroniques qui résultent de 17 fiches de connexion, qui se trouvent sur l'extrémité de la carte de jeu Nintendo DS, devant être insérée dans la cartouche, les dites fiches constituant un BUS 17 bits (moyen de communication entre des composants électroniques) permettant la liaison entre les circuits intégrés des cartes (sur lesquels sont stockés les jeux pour Nintendo DS, un jeu par carte) et les circuits internes de la console dès lors que la carte est insérée

dans le slot ;

2 - que les protections de natures informatique résultent d'un programme d'initialisation de la console, structuré en trois phases au cours desquelles un dialogue s'établit entre la console et la carte authentique Nintendo DS selon trois modes distincts à savoir :

* au cours du premier mode, la console procède à des contrôles sur un ensemble de données contenu dans sa carte et désigné par Nintendo "code de démarrage" code NDLF (Nintendo logo data file). Ainsi le contrôle par la console du code de démarrage, contenu dans la mémoire des cartes de jeu authentiques (ROM mémoire provisoire), est l'une des étapes permettant à la console Nintendo DS de vérifier l'authenticité des cartes qui sont introduites dans la cartouche.

Que cette authentification se réalise de la façon suivante : lorsque la séquence de démarrage commence le code NDLF de la carte de jeu est envoyé dans la console Nintendo DS laquelle lit alors le NDLF de la ROM de la carte de jeu au sein de la RAM (mémoire vive correspondant à la mémoire définitive) de la console et la compare avec la copie du "NDLF" qui est contenu dans la RAM de la console. Si les deux versions correspondent le logo Nintendo en forme de piste ovale apparaît alors sur l'écran supérieur de la console et permet son initialisation.

Que c'est ainsi, qu'une reproduction imparfaite du code "NDLF", ou une localisation de ce code dans un partie de la mémoire de la carte différente de celle choisie par Nintendo, fait obstacle à l'affichage du logo Nintendo et par suite à l'initialisation de la console ;

qu'à ce titre, les experts ont conclu le contrôle de la reconstruction du logo Nintendo par la console ... constitue une mesure de protection particulièrement complexe mise en œuvre par Nintendo ... très difficile à contourner" ;

qu'une fois la reconstitution du logo achevée, des vérifications de sécurité additionnelles sont effectuées selon un mode de cryptage sophistiqué, qui vont s'effectuer en deux temps ; qu'ainsi seules les clés de cryptage intégrées dans les cartes de jeu authentiques Nintendo DS sont susceptibles de déverrouiller le système de protection mis en place ;

* au cours du second mode, les premières vérifications entre la console Nintendo DS et la carte de jeu authentique se réalisent selon des modes de cryptage différents. Durant cette phase, console et carte ne vont pas utiliser le même langage de cryptage pour communiquer ce qui renforce encore la mesure technique mise en place.

* si la carte de jeu authentique Nintendo DS envoie les données attendues par la console suivant les Cryptage conçus par Nintendo pour protéger ce dialogue, cette dernière bascule alors dans un dernier mode de vérification où les échanges console/carte s'effectuent selon un mode de cryptage unique. Si les vérifications de sécurité sont satisfaisantes le programme de jeu stocké sur la carte de jeu authentique est lancé ;

C'est ainsi que si l'une des vérifications de sécurité ne peut être validée par la console, la carte de jeu est déclarée non valable et le lancement du jeu est immédiatement interrompu ;

Que dès lors les experts ont ainsi affirmé dans leur rapport, que "le programme d'initialisation conçu par Nintendo met en œuvre des protocoles de communication cryptés extrêmement sophistiqués et une suite de contrôles logiques ... et concluent " que les consoles et cartes Nintendo DS sont équipées de multiples mesures de protection destinées à empêcher ou à limiter les copies non autorisées des jeux ... le protocole de communication entre la console DS et une carte de jeu authentique Nintendo constitue un ensemble de mesures techniques de protection fortes ... Nous estimons que le nombre et la pertinence de ces mesures constituent une protection globale dont l'efficacité ne peut être mise en doute" ;

Considérant qu'il est ainsi établi, que contrairement aux affirmations de Monsieur Bigot, qui se contente d'affirmer sans en apporter la moindre démonstration que les mesures de protection ne protègent pas le jeu vidéo, mais seulement le dialogue entre le jeu et la console, il est incontestable que le logiciel d'amorçage, le NDLF ainsi que le cryptage et le brouillage sont des mesures techniques de protection efficace ; qu'en effet la cartouche de jeu contient des données d'enregistrement (notamment, le code NDLF et des clefs de cryptage) qui, si elle ne sont pas présentes et correctes, empêchent que le jeu soit intégralement copié sur la console et, dès lors, son lancement est immédiatement interrompu ; qu'il est tout aussi incontestable que ce dispositif est destiné à empêcher ou limiter des actes illicites vis à vis des œuvres qui ne sont pas autorisées par le créateur notamment la prévention ou la limitation des copies non autorisées des jeux authentiques ; qu'en effet selon l'expertise la tentative d'exécution d'un jeu vidéo, tout simplement téléchargé sur internet et copié sur la carte de développement appliquée à la console a provoqué l'arrêt du dit dispositif ;

Considérant que les mesures techniques sont protégées par le droit de la propriété intellectuelle, lequel punit toute personne ayant procuré ou proposé il autrui des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte il une mesure efficace ;

Considérant qu'un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logiciel, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature ;

qu'ainsi sa partie logiciel est régie par le droit d'auteur spécial du logiciel et les autres aspects du jeu, notamment ses aspects audiovisuel, graphique et sonore, par les règles générales du droit d'auteur et dont la copie et l'utilisation sont contrôlées par les mesures techniques de protection ;

Considérant en conséquence que ces mesures techniques ainsi décrites par les experts sont bien des mesures techniques efficaces au sens de l'article L 331-5 du code de la propriété intellectuelle et de la circulaire de la DAGG du 3 janvier 2007 ;

Sur le déficit d'atteinte aux mesures de protection techniques équipant les consoles et les cartes de jeu authentiques Nintendo DS

Considérant qu'il est constant que lorsqu'il est procédé à une copie non autorisée d'un jeu Nintendo DS, l'opération de copiage ne permet pas de copier l'ensemble des moyens techniques permettant de déverrouiller les systèmes de protection équipant la console Nintendo DS ; qu'en particulier la copie non autorisée ne contient pas les données de cryptage (table des clefs de Nintendo) permettant au jeu d'être reconnu par la console Nintendo DS ; que le jeu piraté, tel qu'on le trouve sur internet, ne peut donc être lu sur la console sauf à être préalablement enregistré sur un linker ;

Considérant que les examens effectués par les experts sur les linkers ont permis de constater, que ces dispositifs permettaient de faire exécuter à la console Nintendo des copies des jeux originaux qui peuvent être téléchargés sur internet et enregistrés sur une carte mémoire numérique que l'on trouve dans le commerce qui sera introduite dans le linker ; que cette possibilité résulte de deux types de conditions ;

1 - la première résidant dans la compatibilité du format physique et de la connectique des linkers qui reproduisent, à quelques légères différences, la conformation géométrique et la disposition des 17 bornes de branchements électriques permettant d'introduire les linkers dans le logement (slot) situé à l'arrière de la console, et qui permet le raccordement électrique de ces dispositifs aux circuits mêmes de la console ;

qu'il est incontestable que la correspondance entre la forme physique et l'interface des linkers avec celle des cartouches originales Nintendo représente la condition essentielle pour que les dispositifs litigieux puissent dialoguer avec la console ;

que cette condition suppose l'emploi d'un format breveté par Nintendo, circonstance qui démontre que la réalisation des linkers est quasi exclusivement destinée au couplage avec une console de la société Nintendo ;

2 - la seconde résidant dans la capacité du linker à dépasser les mesures de contrôle et de protection élaborées par Nintendo ;

qu'ainsi, les linkers, une fois introduits dans le "slot" de la console, engagent avec la console Nintendo DS un dialogue identique à celui qui s'effectue dans le cadre des échanges console/carte de jeu authentique au cours du programme d'initialisation de la console ;

que pour ce faire les linker contiennent tout d'abord le code de démarrage (NDLF) permettant d'initialiser la console Nintendo ainsi que l'ensemble des éléments permettant de satisfaire aux vérifications de sécurité auxquelles va procéder la console ;

qu'en effet, a été mis en évidence par le collège d'experts, que les linkers contenaient dans l'entête de leur mémoire (appelé code de démarrage) le fichier NDLF contenant l'image du libellé de la marque Nintendo (nécessaire à la reconstruction du logo complet, à son affichage et à l'initialisation de la console), et que sa localisation dans cette mémoire était identique à celle des cartes de jeu authentiques Nintendo DS ;

que pour parvenir à ces conclusions les experts ont travaillé sur un linker dont la mémoire peut être "flashée", c'est-à-dire dont la mémoire peut être modifiée et, ainsi, après avoir copié la mémoire de ce linker, ils ont procédé à son analyse approfondie et à son décodage, et ont pu constater que la mémoire du linker (ROM) comportait une chaîne de données cryptées strictement identique - en termes de caractères et de localisation - à la chaîne de données cryptées correspondant au code de démarrage, dont le NDLF se trouvant dans les cartes de jeu authentiques Nintendo DS ; qu'ils ont ainsi conclu sur ce point qu'il "était démontré de façon non contestable que les données sous forme cryptées par Nintendo du fichier NDLF (libellé du logo déposé) sont bien présentes dans le fichier F-Core.data (fichier mémoire du linker) puis inscrites sur les mêmes segments d'en-tête du dispositif litigieux que ceux d'une carte authentique ... " ; qu'ils ont également constaté que, pour que l'initialisation de la console soit rendue possible lors de l'introduction du linker dans la cartouche de la console : "un fichier contenant une partie du Logo, le fichier NDLF, doit être copié servilement dans le linker pour que ce linker "trompe" la console DS de Nintendo et permette l'exécution de jeux non originaux" et qu'enfin "tous les linkers doivent disposer de l'enregistrement dans leur mémoire du fichier NDLF pour répondre aux exigences du programme de lancement de la console ..." ;

* que de même les experts ont établi que les linkers contournaient une deuxième mesure de protection informatique conçue par Nintendo et, pour ce faire, ont analysé et comparé les échanges cryptés de données entre, d'une part, une console et une carte de jeu authentique Nintendo DS (Mario Kart) et, d'autre part, une console Nintendo DS et un linker dénommé "R4 Révolution for DS" ;

qu'ils ont ainsi relevé :

"La comparaison de suites de commandes envoyées dans les deux cas (Mario Kart et R4) permet de constater que le dispositif litigieux R4 est capable de soutenir un dialogue identique au jeu Mario Kart en renvoyant notamment les données attendues par la console DS suivant les cryptages conçus

par Nintendo pour protéger ce dialogue ... " ; qu'après analyse en détail des communications entre la console et un des linkers a été constaté que celui-ci disposait de l'ensemble des données et circuits électroniques nécessaires au contournement des mesures de protection conçues par Nintendo " ;

que dès lors les experts ont conclu :

"Il est ainsi démontré que les linkers à la cause contournent les mesures de protection sophistiquées conçues et n'ont pas été testés car non disponibles, reproduisent obligatoirement le fichier NDLF puisqu'il est inhérent à la structure du programme d'initialisation de la console ... qu'aucun dispositif ne peut communiquer avec la console s'il n'a pas intégré les moyens de lui répondre selon le langage crypté qu'elle attend" ..

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que les linkers doivent être qualifiés de dispositifs conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace équipant l'ensemble console/carte Nintendo DS au sens de l'article L 335-3-1 II du code de la propriété intellectuelle ;

Considérant que l'article L 331-5 du code de la propriété intellectuelle dispose :

Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans les conditions définies aux articles L 331-6 et L 331-7 qu'aux termes de ces deux derniers articles, (devenus les articles L 331-31 et L 331-32 depuis la loi du 28 octobre 2009) dans leur rédaction applicable aux faits :

"l'autorité de régulation des mesures techniques ... veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L 331-5, n'aient pas pour conséquence du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme" ;

Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité. A compter de sa saisine, la Haute Autorité dispose d'un délai de deux mois pour rendre sa décision ; qu'il résulte ainsi de ces textes, que seule une autorité administrative indépendante, hier la "AMRT" devenue aujourd'hui la "Hadopi" est chargée de décider, à la demande d'un éditeur de logiciels, de tout fabricant de systèmes techniques ou de tout exploitant de services, si le titulaire des droits sur la mesure technique de protection doit communiquer les informations susceptibles de garantir l'interopérabilité des systèmes entre eux ;

Considérant qu'en l'espèce, aucun des prévenus ne justifie avoir effectué les démarches auprès de la Hadopi et, dès lors, aucun ne peut en conséquence invoquer, pour sa défense l'exception d'interopérabilité des systèmes ;

Considérant qu'il résulte de la procédure que l'ensemble des prévenus, ont détenu et vendu dans leurs magasins et entrepôt, ainsi que les perquisitions l'ont démontré des dispositifs linkers en vue de leur commercialisation, soit dans leurs magasins, soit par l'intermédiaire de leurs sites internet ; que dès lors la matérialité du délit prévu à l'article L 335-3-1II du code de la propriété intellectuelle est établi à leur égard ;

Considérant que les parties civiles versent aux débats des extraits de divers sites de pirates informatiques dont il résulte que les linkers servent à jouer des jeux téléchargés sur internet et que pour faire fonctionner un linker sur une console Nintendo DS, il est nécessaire au préalable de "casser" les mesures de protection mises en place par la société "Nintendo" ;

qu'ainsi on peut y lire :

* sur le site "landry/enfin un vrai linker pour la Nintendo
" les linkers servent à jouer des jeux téléchargés sur internet. ... ; Bon nombre de hackers ont déjà piratés des jeux DS, il ne reste plus qu'à télécharger le fichier et à le copier dans la mémoire flash du linker pour jouer gratuitement à des milliers de jeux" ;

* sur le site internet www.01.net, site d'information et de référence :
"pouvoir enregistrer et faire tourner une multitude de jeux sur une cartouche Nintendo DS ou DS lite, c'est ce que permet la dernière génération de linkers ... pour de nombreux utilisateurs, les linkers servent, avant tout, à exécuter des jeux téléchargés sur internet dont ils ne possèdent pas les originaux.
Autrement dit, un usage totalement illégal..." ;

* sur le forum "magicmaman"
pourquoi ne pas lui offrir une DS-link (par exemple)
Cela te reviendra beaucoup moins cher que d'acheter les jeux ...
J'ai acheté un linker en même temps que la DS-lite et je peux te dire que les jeux ne me coûtent absolument rien"
ce à quoi maman répond "oui mais c'est illégal" ;

Considérant également que les parties civiles ont versé devant la cour des attestations de revendeurs de jeux informatiques et de leurs accessoires, démontrant que les clients leur demandaient s'ils vendaient des appareils servant à copier tous les jeux DS depuis internet et qu'aucun d'entre eux ne leur avait parlé d'un R4 pour une autre fonction que la copie de jeux ;

Considérant, d'ailleurs, qu'il résulte des propres déclarations des prévenus ou de leurs vendeurs qu'ils étaient parfaitement informés de l'usage frauduleux des linkers qu'ils proposaient à la vente ;

qu'ainsi :

* Monsieur Z. gérant de la société "Store Games" à la question des policiers "selon vous un fichier ROM de jeu téléchargé depuis le net peut être lu sur la console DS sans l'un de ces dispositifs ? a répondu ; "pour moi c'est exactement cela qui en fait l'usage frauduleux surtout si on n'a pas le jeu chez soi" ;

A Z. frère du géant et employé de la société "Store Games" a déclaré "Je sais que cela permet de lire des jeux téléchargés en ROM depuis le net" ;

"Monsieur F. vendeur au sein de la société "Aakro pure tronic", dont madame J. est la gérante a expliqué "il s'agit d'un stockage de mémoire, qui permet de stocker des images, de la musique, de la vidéo sous différents formats ou aussi cela sert à des programmeurs de jeux. Cela peut servir à utiliser sur une console Nintendo DS des jeux Nintendo téléchargés sur internet. Je me doutais qu'il y aurait un jour ou l'autre un problème avec ce style de produit" ;

* D.G. gérant de la société FL Games lors de la première enquête à la question des policiers "une carte introduite dans la console DS permettant de lire des ROM téléchargés (supportant des jeux téléchargés illégalement) est-elle constitutive de l'infraction de contrefaçon ? A répondu "Non si le détenteur possède l'original. Je me doutais bien que certains procèdent de cette façon en

téléchargeant des ROM."

Que lors de la seconde enquête il a reconnu que la "supercard", permettait la copie de ROM, à condition qu'elle soit programmée ; qu'il a expliqué que "suite à l'arrêt des ventes des supercard l'an dernier à la suite de la première enquête, les mois qui ont suivi ont été difficiles, ...un nouveau produit étant arrivé sur le marché (supercard DS One), démunie de ce fameux code source nous avons décidé de la lancer, en l'important ... qu'il a fini par admettre "qu'en mettant sur le marché un nouveau produit avec lequel il est possible d'obtenir un résultat identique aux produits incriminés dans la première enquête, il était conscient de mettre sur le marché un produit pouvant contrefaire les produits Nintendo" ;

* M. L. gérant de la société "Divineo", parlant du linker R4 a répondu aux enquêteurs "je ne vends pas ces produits pour cela, je ne suis pas responsable du détournement de l'utilisation qui est faite des produits que je vends" ;

que devant la cour il a reconnu spontanément "qu'à partir du moment où les jeux ont été piratés sur internet la vente des linkers a explosé" ;

* W. R. gérant de la société "Novacorp", qui a reconnu que la vente de linkers représentait 15 % de son chiffre d'affaires (900 000 francs), a expliqué que le produit était présenté par son fournisseur (société de M. L.), comme étant un outil permettant de faire lire les copies de sauvegarde, applications et développements privés tels que des jeux ; que fin 2007 il avait eu la visite d'un huissier accompagné d'un commissaire de police l'informant d'une plainte de la société Nintendo " pour la vente des produits R4, Cyclo DS, M3, il avait alors écoulé le reste des produits sans repasser de commande, son fournisseur ayant juste honoré en février 2008 une commande déjà réglée ; qu'à la suite de la réception d'une lettre de Nintendo (courant juin 2008) lui indiquant que les produits incriminés étaient interdits à la vente, il avait alors fait mention sur son site de vente par correspondance que "ce produit était destiné à un usage autre que la piraterie" ;

* P. M. gérant de la société "Absolute Games", bien que prétendant avoir ignoré le caractère illicite des appareils litigieux, a cependant admis que "sur les appareils que nous vendions nous apposions un sticker qui mentionnait que leur utilisation devait être faite dans le respect du code de la propriété intellectuelle" ;

Considérant qu'il apparaît ainsi, que le délit de commercialisation de moyens de nature à porter atteinte à une mesure technique de protection d'une œuvre est établi en tous ses éléments à l'égard de Messieurs G. M., R. L. et Z. et de Madame J., dans les termes de la prévention, ces derniers ayant une parfaite connaissance que les linkers qu'ils vendaient étaient essentiellement destinés à permettre la lecture de copies non autorisées de jeux Nintendo, sur les consoles Nintendo DS et Lite, peut important qu'ils n'en soient pas les fabricants ; que de même ces derniers professionnels dans le domaine des produits informatiques ne pouvaient ignorer que les linkers étaient munis d'un dispositif frauduleux permettant de casser les codes mis en place par la société Nintendo et ainsi de contourner les mesures de protection ;

Considérant que ces faits sont également établis à l'égard des sociétés dirigées par chacun des prévenus, ceux-ci ayant été commis à l'occasion de la gestion des dites sociétés et dans l'intérêt de ces dernières ;

Considérant que si, certes, la citation directe vise un texte erroné s'agissant de la répression du délit défini à l'article L 331-5 du code de la propriété intellectuelle, cette erreur n'a pu faire grief aux prévenus, ceux-ci étant poursuivis pour de multiples autres faits, punis de peines plus sévères ;

Sur la contrefaçon du droit d'auteur de logiciel

Considérant qu'il est reproché aux prévenus, au cours des années 2006, 2007 et 2008, d'avoir, sans autorisation de son auteur reproduit par tout procédé, et mis sur le marché à titre onéreux, des dispositifs appelés "linkers" et notamment "DS linkers et "Révolution for DS" (R4), "G6 Real ou Lite", "DS Extrême", "Supercard", "M3 DS Real" "Cyclo DS", s'agissant de Messieurs L. , R., M. , Madame J. et leurs sociétés, ainsi que sous la dénomination "Ninja pass évolution" s'agissant de Monsieur G. et de sa société, ainsi que sous les dénominations "SD TO GBA Adapter", Superkey, "X9 FD Flasher" s'agissant de Monsieur Z. et de sa société, utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeux licites et officielles de la console Nintendo DS et sur la console Nintendo DS elle même et ce au préjudice de la société Nintendo ;

Considérant que les prévenus font valoir que la preuve de la décompilation n'est pas l'apportée par Nintendo, ni par le parquet, l'expert Bitan ayant admis devant les premiers juges qu'il n'avait pas l'accès aux codes sources des logiciels dont Nintendo se prévaut ;

que par ailleurs l'expertise de Monsieur Bitan, n'a porté que sur les DS Linker, R4 et supercard One/DS one, aucune vérification n'ayant été réalisée pour les autres linkers visés dans la prévention ;

qu'à titre subsidiaire ils soutiennent que ces éventuelles reproduction ou traduction, sont justifiées par l'exception d'interopérabilité prévue par l'article L 122-6 IV du code de la propriété intellectuelle ;

que dans ce cadre il ne peut être opposé la condition "d'utilisateur légitime", aux prévenus, ces derniers n'ayant pas eux-mêmes procédé aux actions de reproduction et de traduction du logiciel ; que tout utilisateur d'une console de jeux vidéo est un utilisateur légitime du logiciel embarqué dans ce matériel ;

que les dispositions du présent article n'impose en aucune façon aux utilisateurs d'un logiciel de demander à l'auteur l'accès aux informations préalablement à l'acte de décompilation ou reproduction, il interdit seulement de procéder à de tels actes si les informations sont déjà disponibles, ce qui est précisément l'inverse, puisque Nintendo ne publiera jamais ni ne communiquera aucune information permettant de rendre un linker interopérable avec l'une de ses consoles ;

que la démonstration des experts, visait à établir que les linkers sont des "produits compatibles" ;

que les cartes linkers, ont pour unique fonction de rendre des cartes mémoires au format micro-DS lisibles et compatibles avec la console Nintendo, en d'autres termes la seule fonction des linkers est d'être compatible avec la console Nintendo DS de façon à pouvoir fonctionner avec elle, lire des fichiers numériques et exécuter des programmes sur cette console, autres que les jeux d'origine Nintendo ;

Considérant qu'aux termes de l'article L 122-6 1° du CPI "la reproduction par un tiers d'un logiciel suppose l'autorisation de l'auteur du logiciel, sauf si sont remplies les conditions de l'exception d'interopérabilité posées par l'article L 122-6-1 IV du même code".

Considérant qu'au sens de l'article L 112-2 du CPI, "sont considérés notamment comme œuvre de l'esprit au sens du présent code ...les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire" ;

que leur protection est assurée par l'article L 122-6 de ce même code qui interdit de procéder sans autorisation de son auteur à la reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme, ainsi qu'à la "traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute

autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant" ;

que la violation de ce texte est pénalement sanctionnée aux termes de l'article L 335-3 de ce code qui dispose : "est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit réalisée en violation des droits des auteurs tels que définis et réglementés par la loi. Est également un délit de contrefaçon la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel, tels qu'ils sont définis à l'article L 122-6.

Considérant qu'il est constant que le jeu Nintendo fonctionne grâce à des logiciels dont Nintendo détient les droits en sa qualité d'auteur ; que ces logiciels se situent à la fois sur la console de jeu et sur les cartes authentiques Nintendo DS comportant les jeux vidéos ;

Considérant ainsi que l'expert, Monsieur Bitan, l'a exposé dans son mémoire, un logiciel est initialement écrit dans un langage de programmation intelligible par l'homme sous forme de "code source" ; que pour rendre ce programme exécutable, il est ensuite nécessaire de transformer le code source, au terme d'une opération appelée "compilation" en un "code objet" exploitable par la machine, mais incompréhensible pour toute personne, même pour un homme de l'art ; que dès lors la société Nintendo n'ayant jamais fourni le code source de ses logiciels, ni d'autres informations techniques à aucun des fabricants de linkers, ces linkers pour interagir avec la console Nintendo n'ont pu être mis au point qu'en décompilant les logiciels internes de la console et des cartes de jeu afin de comprendre le fonctionnement, c'est-à-dire en transformant leur code objet en code source et ce sans autorisation de Nintendo ;

que cet expert a ainsi conclu "pour faire de la console Nintendo DS une plate-forme multimédia, les procédés de contournement de sécurités mis en place par la société "Nintendo" tels le DS linker et le R4 ont nécessairement dû accomplir certains actes de décompilation, de reproduction, de contournement et/ou d'adaptation. Le contournement des mesures de sécurité implique obligatoirement d'analyser les codes sources des logiciels protégeant l'accès au jeu et au système d'exploitation de la console Nintendo DS pour accéder au code source du logiciel une décompilation s'impose" ;

Considérant que s'agissant des actes de décompilation, la défense a fait valoir devant la cour que le collège d'experts n'avait pas relevé l'existence de tels actes de décompilation ; que ces derniers ont fait remarquer que la partie civile ne leur avait pas posé la question dans leur mission ;

Considérant que l'article 122-6-1 IV stipule : les opérations de reproduction et de traduction du code d'un programme aux fins de décompilation ne sont pas soumises à l'autorisation préalable de l'auteur du logiciel dès lors que :

* 1 - ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin.

* 2 - les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1

* 3 - que ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité, étant précisé que les informations ainsi obtenues ne peuvent être :

- ni utilisées à des fins autres que la réalisation de l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante
- communiquées à des tiers sauf si cela est nécessaire à l'interopérabilité du logiciel créé de façon indépendante
- utilisées pour la mise au point, la production ou la commercialisation d'un logiciel dont l'expression est substantiellement similaire ou pour tout autre acte portant atteinte au droit d'auteur ;

Considérant qu'il est constant que les prévenus n'ont pas obtenu l'autorisation de la société Nintendo, aux fins de décompilation des codes d'exploitation de la console Nintendo DS ;

Considérant que les prévenus ne peuvent se prévaloir des dites dispositions puisque :

- ils ne sont pas utilisateurs légitimes du logiciel,
- ils n'ont pas demandé à Nintendo l'accès aux informations,
- leur but n'était pas de créer des logiciels indépendants, puisque leur objectif essentiel était de commercialiser des dispositifs contournant les mesures de protection des consoles et des cartes Nintendo DS et, ce faisant, pour porter atteinte aux droits des auteurs ;

Considérant, qu'en effet, l'atteinte aux droits de Nintendo est caractérisée en l'espèce, puisqu'en commercialisant des dispositifs dont le but essentiel et quasi exclusif est de permettre l'utilisation de copies non autorisées de jeux Nintendo DS, les prévenus ont porté atteinte au droit d'auteur des sociétés Nintendo, ce que prohibe l'article L 122-6-1 IV.

Qu'il convient de souligner que l'alinéa 5 de l'article L 122-6-1 dispose "le présent article ne saurait être interprété comme permettant de porter atteinte à l'exploitation normale du logiciel ou de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ..."

Qu'il est incontestable qu'en commercialisant un dispositif permettant de télécharger et faire fonctionner sur les consoles Nintendo DS des jeux piratés, les prévenus ont causé un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de Nintendo ;

Considérant en conséquence que les prévenus en diffusant dans le cadre de leurs sociétés, en connaissance de cause, des produits dont le but était de neutraliser, contre la volonté de leurs auteurs, les dispositifs destinés à interdire toute reproduction illégale de leurs logiciels ont bien commis le délit de contrefaçon de logiciels au mépris des droits de l'auteur ; le dit délit étant également établi à l'égard des sociétés visées dans la prévention ;

Sur le délit d'importation d'une marchandise présentée sous une marque contrefaite en vue de vendre, fournir ou offrir à la vente ou louer des marchandises sous une marque contrefaisante

Considérant qu'en premier lieu, les prévenus font valoir que la citation n'est pas applicable à la contrefaçon d'une marque communautaire, celle-ci ne visant que les articles L 713-2 et L 173-3 du code de la propriété intellectuelle, applicables exclusivement aux marques françaises et internationales, l'appréciation de la contrefaçon pour les marques communautaires relevant des articles L 717-1 de ce même code et suivants du règlement communautaire n° 207/2009 du 26 février 2009 (ayant codifié le règlement communautaire n° 40/94 du 20 décembre 1993 non visé à la citation) ; que dès lors la cour ne peut se baser sur une marque communautaire pour poursuivre les prétendus actes de contrefaçon de marques Nintendo dans une cartouche et Nintendo DS avec symbole des deux écrans, toutes deux marques communautaires ;

Considérant que l'article 717-1 du code de la propriété intellectuelle dispose : "Constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur la violation des interdictions prévues aux articles 9, 10, 11 et 13 du règlement CE 40/94 du conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire" ;

Considérant que la cour relève que le dit article s'applique dans le cadre d'une procédure intentée devant les juridictions civiles ; qu'en l'espèce il convient de se référer à l'article L 717-2 du code de la propriété intellectuelle qui dispose :

"les dispositions des articles L 716-8 à L 716-15 sont applicables aux atteintes portées au droit du propriétaire d'une marque communautaire" ;

que la citation délivrée aux prévenus vise bien l'article L 716-9 qui prévoit et réprime le délit d'importation de marchandises présentées sous une marque contrefaite ;

1 - Considérant qu'il est reproché aux prévenus d'avoir en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises, présentées sous une marque contrefaite au préjudice de la société Nintendo, en sa qualité de titulaire du droit de propriété intellectuelle sur la marque "Nintendo", en l'espèce par l'apparition sur l'écran de démarrage de la console, après insertion du dispositif "linker" du logo Nintendo ;

Considérant que la défense des prévenu fait valoir que :

- les nouveaux éléments fournis en cause d'appel par les parties civiles ne sont pas probants, car fournis par deux salariés de la société Nintendo ; qu'il est également permis de douter de l'expertise réalisée à la demande de la société Nintendo, celle-ci ayant été effectuée sur un linker fabriqué en 2009, soit deux ans après la saisie ; que la société Nintendo ne rapporte pas la preuve de la reproduction de la marque Nintendo dans sa cartouche dans le code du "linker" ;
- à supposer cette preuve rapportée par les attestations et l'expertise, l'usage du logo ne pourrait pas être retenu comme contrefaisant puisque l'affichage du logo de la société Nintendo intervient lors de l'utilisation du produit, nécessairement postérieurement à son achat ; que dès lors il n'intervient pas dans la décision du consommateur d'acheter ou non le produit, par conséquent il ne peut en aucun cas compromettre la fonction d'identification d'origine de la marque Nintendo ;
- la présence d'un code logiciel (algorithme), voire d'un logiciel aboutissant à un affichage du logo "Nintendo" sont distincts de l'apposition de cette marque ;
- quand bien même l'élément matériel sentit établi, l'usage du signe "Nintendo" dans une cartouche incriminée relève de l'exception dite du référencement nécessaire, l'article 12 du règlement communautaire 40/94 du conseil du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire disposant que : "le droit conféré par la marque communautaire ne permet pas à son titulaire d'interdire à un tiers l'usage dans la vie des affaires ...de la marque lorsqu'il est nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée ; qu'en l'espèce la reproduction du signe "Nintendo" dans une cartouche est uniquement destinée à préciser la compatibilité des linkers avec les consoles Nintendo DS. Tout accessoire étant nécessairement vendu sous la désignation de sa compatibilité ; que de même l'usage du dit signe sur les linkers est nécessaire pour indiquer leur destination aux consommateurs qui ne seraient pas en mesure de savoir pour quel type de consoles de jeux ces linkers sont adaptés ; qu'en tout état de cause cette reproduction n'a pas été librement voulue par les prévenus, ce qui fait disparaître l'élément intentionnel de l'infraction.

Considérant ainsi qu'il a été développé ci-dessus, parmi les protections mises en place par la société Nintendo sur ses produits figure l'utilisation d'un code de démarrage contenant l'image du libellé de la marque Nintendo sous la forme du fichier intitulé "NDLF" pour "nintendo logo data file" ; qu'à l'issue de la phase d'identification console/carte, la console Nintendo DS, si elle estime être en présence d'un produit authentique de la marque procède à l'affichage sur l'écran de la console de la marque Nintendo contenue dans le code de démarrage et ce en superposition avec la piste ovale présente quant à elle sur la console ; le résultat visible par l'utilisateur étant l'affichage de la marque Nintendo dans un ovale ; que les attestations et les expertises versées aux débuts par les parties civiles démontrent que le code de démarrage, et donc la marque Nintendo, nécessaire au fonctionnement des dispositifs litigieux sur la console, est reproduite au sein même de tous les linkers quels qu'ils soient, puisque sans la reproduction de cette marque sur le linker, ils ne pourraient être utilisés dans une console Nintendo ; que sans la reproduction de cette marque sur le

linker, la console ne pourrait être trompée par le linker, le dit produit litigieux faisant croire à la console et à leurs utilisateurs qu'il s'agit de produit authentique, puisque l'apparition du logo "Nintendo" sur l'écran de la console permet d'authentifier la provenance des produits ;

qu'il y a donc bien contrefaçon par reproduction des marques communautaire et française "Nintendo" au sein de tous les dispositifs litigieux ;

Considérant que l'exception dit du référencement nécessaire ne peut s'appliquer en l'espèce ;

Considérant que l'article L 713-6 b du code de la propriété intellectuelle dispose :

"L'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée, à condition qu'il n'y ait pas de confusion dans leur origine. Toutefois, si cette utilisation porte atteinte à ses droits, le titulaire de l'enregistrement peut demander qu'elle soit limitée ou interdite" ;

Considérant que les linkers qui reproduisent l'image de la marque "Nintendo", lors de l'allumage de la console, ne remplissent pas les conditions cumulatives de ladite exception, l'affichage du logo Nintendo à l'écran constituant une utilisation essentielle de la dite marque, comme un générique de début de film ; qu'il est ainsi incontestable que l'apparition du dit logo entraîne pour l'utilisateur une confusion dans son esprit lui laissant croire qu'il s'agit d'un produit authentique Nintendo ; qu'il convient de rappeler que sans la reproduction de la marque Nintendo sur le linker, la console ne pourrait être trompée par le linker ;

Considérant, dès lors, que le délit d'importation de marchandises présentées sous une marque contrefaite est établi dans les termes de la prévention, mais uniquement à l'égard de Messieurs L., G. et M. et de leurs sociétés Divineo, FL Games et Absolute Games pour les raisons qui seront explicitées ci-dessous ;

2 - Considérant qu'ils est reproché aux prévenus d'avoir, courant 2006, 2007 et 2008, en vue de les vendre, fournir, offrir à la vente ou de les louer, importé sous tous régimes douaniers des marchandises présentées sous une marque contrefaite au préjudice de la société "Nintendo" en sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les marques Nintendo DS et Nintendo, en l'espèce par l'apposition totale ou partielle du logo Nintendo DS (avec symbole des deux écrans) sur les boîtes et emballages des produits vendus notamment sous les dénominations "DS linker", "Révolution for DS" (R4), "DS extrême", "Supercard", "M3 DS real Perfect Pack", "M3 DS Rumble Pack" et "Cyclo DS" ;

Considérant que les prévenus font valoir que sur les boîtes d'emballage litigieuses n'apparaît jamais la désignation "Nintendo", seule la reproduction des lettres DS étant incriminée ; que par conséquent la marque figurative Nintendo DS (avec symbole des deux écrans) numéro 4112272 n'a pas été reproduite par les prévenus ;

que le risque de confusion doit s'apprécier globalement ;

que c'est la dénomination "Nintendo", bien comme du grand public qui constitue le fondement de la famille de marques de la société plaignante, et est à l'évidence l'élément dominant de la marque revendiquée ; qu'ainsi le consommateur moyen identifie les produits de la société Nintendo par la dénomination "Nintendo" omniprésente dans l'offre et la commercialisation de ses produits ;

que les lettres DS font référence au système de double écran de la console Nintendo DS comme l'indique la partie civile, et de surcroît sont toujours associées à un autre terme et ne se situent en

position d'attaque que dans les signes DS Linker et DS Extreme ; que par conséquent la seule reprise du terme DS associé à d'autres éléments ne constitue pas la contrefaçon de la marque revendiquée ; les lettres DS n'étant ni distinctives, ni dominantes dans la marque Nintendo DS (avec symbole des deux écrans) ;

Considérant que plus spécialement le conseil de Monsieur M. fait valoir que la société Absolute Games a importé et acquis les 47 linkers découverts dans ses locaux auprès de la société Française Divineo ; que si, certes, par le passé, la société a importé de façon marginale certains linkers de Chine, la preuve n'est pas rapportée que ces derniers avaient un conditionnement identiques à ceux incriminés, qu'il est ainsi impossible de savoir sur quels conditionnements se baser pour apprécier la prétendue contrefaçon ;

que s'agissant de la prétendue contrefaçon du linker "super card", les signes sont totalement différents et ne reprennent ni le terme Nintendo, ni les deux lettres "DS" ;

que s'agissant du "DS Linker", si le conditionnement reproduit deux carrés superposés ainsi que les deux lettres DS, leur disposition est totalement différente de celle de la marque invoquée ; les deux carrés de la marque Nintendo étant insérés dans l'élément verbal de la marque, le carré supérieur représentant la lettre "O" de Nintendo ; qu'or sur les conditionnements litigieux, les deux carrés sont nettement séparés de l'élément verbal, ce qui fait que le public percevra ce signe exclusivement comme une décoration et non comme une indication de l'origine du produit ; qu'enfin le graphisme des lettres DS est différent, par leurs couleurs et leur graphisme ;

Qu'il fait enfin valoir l'exception de référence nécessaire, au motif que l'usage des lettres "DS" est indispensable pour indiquer au public la destination des linkers à savoir des supports compatibles avec la console Nintendo DS, appelée dans le langage courant DS ; que l'usage de ces initiales, sans le vocable "Nintendo " ne donne pas l'impression qu'il existe un lien commercial avec cette société ; qu'il n'est pas soutenu par les parties civiles que l'usage des deux lettres dénigre la marque communautaire, ni que les linkers seraient des produits de mauvaises qualités "qu'il ne peut être valablement soutenu que les linkers imitent les cartes de jeu Nintendo. car il s'agit de simples supports vierges, les produits étant dès lors d'une nature totalement différente ;

Considérant qu'aux termes de l'article L 713-2 du code de la propriété intellectuelle, est prohibé l'usage de la marque d'autrui sans autorisation pour désigner des produits identiques à ceux visés dans l'enregistrement ;

Considérant que l'usage d'une marque a pour fonction essentielle la protection du consommateur en lui garantissant l'origine du produit et d'éviter tout risque de confusion dans son esprit ;

Considérant que si, certes l'usage de la marque d'autrui est possible il est prohibé s'il :

- * donne l'impression qu'il existe un lien commercial entre le tiers et le titulaire de la marque
- * lorsqu'il affecte la valeur de la marque "en tirant indûment profit de son caractère distinctif ou de sa renommée",
- * lorsqu'il entraîne le discrédit ou le dénigrement de cette marque, avec notamment des produits de mauvaise qualité,
- * lorsque le produit utilise la marque comme une imitation ou une reproduction du produit revêtu de la marque dont il n'est pas titulaire ;

Considérant que le certificat d'enregistrement de la marque communautaire EM 4 112 272 "Nintendo DS" (avec symbole des deux écrans) désigne les "circuits électroniques, disques magnétiques, disques optiques, et autres supports de stockage contenant des programmes informatiques ... " ;

Considérant qu'il est constant que les linkers répondent à cette définition s'agissant incontestablement de produit répondant à la définition de "circuits électroniques, et supports de stockage contenant des programmes informatiques" ; qu'il est tout aussi constant que les emballages litigieux contenaient les dits produits ; que dès lors la protection de la marque s'étend non seulement au contenu mais également à son contenant ;

Considérant que constitue une contrefaçon la reproduction des éléments caractéristiques du signe protégé ;

Considérant que les emballages des linkers vendus sous la dénomination "DS Linker" reprennent non seulement le terme "DS" (Dual screen - double écran) mais également le logo composé de deux carrés superposés symbolisant les deux écrans de la console ;

qu'il est incontestable que ces signes sont à eux seuls distinctifs de la marque figurative "Nintendo DS", Monsieur M. L. ayant reconnu devant la cour que la console Nintendo était communément désignée par ses utilisateurs sous le seul vocable "DS" ;

que d'ailleurs le conseil de Monsieur M. a invoqué "l'exception de référence" nécessaire, au motif que l'usage des lettres "DS" est indispensable pour indiquer au public la destination des linkers à savoir des supports compatibles avec la console Nintendo DS, appelée dans le langage courant DS ;

Considérant qu'il apparaît ainsi que l'usage de ces initiales et des deux écrans visait à créer une confusion dans l'esprit du public quant à l'origine du produit, et à tout le moins à donner l'impression qu'il existait un lien commercial entre le tiers et le titulaire de la marque, d'autant que les dits emballages ne portent nulle part la marque ou le nom de leur propre fabricant ;

Considérant également qu'il est incontestable qu'un tel usage de la marque porte préjudice à son titulaire, puisque s'appliquant à des produits permettant de lire des jeux Nintendo piratés sur la console ;

que dès lors le bénéfice de l'exception de référence nécessaire telle que visée à l'article L 713-6 ne trouve à s'appliquer en l'espèce ;

Considérant qu'il résulte de la procédure, et notamment des déclarations de Monsieur M. qu'à partir de l'année 2006, il avait acheté et vendu des appareils litigieux notamment sous la dénomination DS Linker que son principal fournisseur était le grossiste Divineo/suprême Factory, sinon il passait par la société chinoise Romantex qui fabriquait à Shenzhen ;

qu'il apparaît dès lors que ce dernier a bien importé des produits reproduisant tout ou partie de la marque Nintendo DS ;

Considérant que Monsieur G. chez lequel a été retrouvée en quantité importante des produits sous la dénomination DS Linker, a reconnu, soit s'approvisionner auprès de la société Divineo, soit directement en Chine ; qu'il a ainsi fait remarquer aux enquêteurs "qu'il supprimait sur les vieux package les logos de la marque Nintendo pour ne pas être en infraction" ; que la cour relève cependant que les produits saisis, sous la dénomination DS Linker reprenaient le symbole des deux écrans et les initiales DS ;

Considérant que Monsieur L. gérant de la société Divineo, grossiste et principal fournisseur de l'ensemble des prévenus, a reconnu se fournir à l'étranger et notamment en Chine ; qu'il résulte des factures saisies dans les locaux de sa société qu'il a importé des linkers sous la dénomination DS Linker ;

Considérant dès lors que Messieurs M., L. et G. seront déclarés coupables du délit d'importation à des fins commerciales de marchandises prohibées pour avoir importé des produits vendus sous la dénomination DS Linker, les dits délits étant également établis pour les sociétés qui les ont importés à leur profit, en l'espèce les sociétés Divineo, FL Games et Absolute Games ; qu'il seront relaxés s'agissant de l'importation des produits vendus sous les dénominations : Revolution for DS, DS Extrême, Supercard, M3 DS Real Rurnble Pack, M3 DS Real Perfek Pack et Cyclo DS, qui ne reprennent pas le symbole du double écran ;

Considérant qu'il résulte de la procédure que Messieurs Z. R. et madame J. H. se sont approvisionnés auprès des sociétés Divineo ou FL Games, sociétés implantées sur le territoire français, que l'on ne peut dès lors leur reprocher le délit d'importation des marchandises prohibées au sens de l'article 716-9 du code de la propriété intellectuelle ; que la cour confirmera dès lors la relaxe à leur égard de ces deux chefs de prévention ainsi qu'à l'égard de leurs sociétés ;

Sur la complicité de contrefaçon de droit d'auteur

Considérant que les prévenus font valoir que l'infraction reprochée par le ministère public n'est pas claire dans le mandement de citation et qu'en l'espèce aucune infraction principale, n'est à défaut d'être poursuivie, au moins spécifiée ; qu'aucune référence à une copie illicite de jeu commise par les prévenus ou un de leurs clients n'est présente dans la citation ;

que condamner les prévenus des faits de complicité de contrefaçon reviendrait non seulement à nier l'existence des multiples usages possibles des linkers mais à encore à préjuger de la connaissance par de simples commerçants des intentions de leur clients ;

Considérant que s'agissant de l'imprécision dans la rédaction de la citation, il convient sur ce point de se référer à l'argumentation développée ci-dessus, au chapitre des nullités de la procédure ;

Considérant qu'il est reproché aux prévenus de s'être rendus complices par la mise sur le marché à titre onéreux des dispositifs "linkers", conçus pour détourner les mesures techniques de protection de la console Nintendo en permettant d'insérer utilement et d'exécuter des jeux contrefaits dans la console Nintendo DS, en l'espèce le jeu Mario Kart DS, au préjudice de la société Nintendo ;

Considérant que par constat d'huissier de Maître Saragoussi en date du 29 novembre 2007, a été rapportée la preuve de l'utilisation frauduleuse du jeu "Mario Kart" que permettent les linkers ; qu'en effet, l'huissier après avoir téléchargé sur un site pirate d'internet le dit jeu, l'a transféré sur la mémoire du linker, qui une fois introduit dans le slot de la console, lui a permis d'exécuter le jeu Mario Kart sur la console Nintendo DS ;

Considérant qu'il est incontestable que les prévenus, professionnels dans le domaine de la vente de jeux et accessoire, informatiques, savaient parfaitement que les copieurs servaient essentiellement à autre chose que sauvegarder des jeux et qu'en les vendant en aussi grand nombre ils permettaient de lire les jeux piratés sur internet dont le jeux Mario Kart édité par la société " Nintendo " ; qu'il suffit pour cela de rappeler les propos tenus par Monsieur L. devant la cour "qu'à partir du moment où les jeux ont été piratés sur internet la vente des linkers a explosé" et les déclarations de Monsieur F., vendeur au sein de la société dirigée par Madame J. "je me doutais qu'il y aurait un jour ou l'autre un problème avec ce style de produit ", ainsi que la teneur des attestations des revendeurs produites par les parties civiles qui démontrent que les clients qui désiraient acquérir des linkers le faisaient dans le but de copier des jeux vidéos et non pour une autre fonction ;

que de même, il est établi par les pièces versées aux débats, tels que les extraits de forum sur internet et des articles de presse, la connaissance d'un très large public de l'usage frauduleux des

linkers ; qu'il apparaît ainsi très clairement que les linkers avaient pour finalité principale de permettre de jouer sur la console Nintendo DS à des jeux contrefaits ;

Considérant qu'il a été démontré ci-dessus que sans l'utilisation d'un linker les jeux vidéos piratés ne pouvaient être lus sur une console Nintendo DS ;

Considérant dès lors que les prévenus, en fournissant à leurs clients le moyen de commettre une contrefaçon, savaient au moment de leur livraison que les utilisateurs allaient en faire un usage frauduleux dans la grande majorité des cas ;

Considérant que l'exception dite de sauvegarde n'est pas destinée à permettre l'utilisation de logiciels contrefaits ou à permettre la contrefaçon mais au contraire à effectuer des copies de sauvegarde de logiciels licitement acquis comme le prévoit l'article L 122-6-1 du code de la propriété intellectuelle ;

qu'au surplus il convient de relever, que la copie de sauvegarde ne peut être réalisée qu'à la condition qu'elle serve à "préserver l'utilisation du logiciel" ;

qu'or en l'espèce les logiciels Nintendo, ainsi que le rappellent les parties civiles, ne sont pas enregistrés sur des disquettes ordinaires exposées au risque d'effacement à la suite d'une manœuvre accidentelle de l'utilisateur, mais sur une cartouche contenant une puce à mémoire morte (ROM) support particulièrement résistant et durable, dont le taux de défectuosité d'après les statistiques internes de Nintendo est de l'ordre de 2 cartouches pour un million ; que les acheteurs de cartouches défectueuses bénéficient en tout état de cause de la garantie du fabricant ;

Considérant, enfin, que la copie de sauvegarde à la supposer possible doit servir à l'usage privé de l'acquéreur privé du logiciel et ne saurait avoir pour objet de faciliter la diffusion du programme à des tiers ou une quelconque utilisation contraire au droit d'auteur ;

Considérant en conséquence, que le délit principal qui est la contrefaçon de jeu vidéo est établie, de même que la complicité de contrefaçon par fourniture de moyen, en l'occurrence la détention et la mise en vente de linkers permettant de lire des copies piratées, peu important que les auteurs principaux de l'infraction de contrefaçon de jeux ne soient pas poursuivis ;

Considérant que Messieurs L., G., R. M. Z. et Madame J. H. seront déclarés coupables du délit de complicité de contrefaçon dans les termes de la prévention, ainsi que les sociétés gérées par chacun des prévenu les ventes des matériels frauduleux ayant été effectuées dans le cadre de la gestion des dites sociétés et à leur bénéfice ;

Sur les peines

Considérant que pour l'application des sanctions pénales la cour tiendra compte du rôle tenu par chacun des prévenus dans ce réseau de vente des matériels frauduleux, au titre de grossistes, importateurs, ou revendeurs ; qu'ils seront ainsi condamnés aux peines suivantes :

M. L. : 2 ans d'emprisonnement avec sursis et 50 000 € d'amende, sa demande de non inscription de la présente condamnation au bulletin numéro deux de son casier judiciaire étant rejetée en l'état ;

D. G. : 2 ans d'emprisonnement avec sursis et 50 000 € d'amende ;

M. B. J. : 1500 € d'amende ;

O. Z. : 3000 € d'amende, sa demande de non inscription de la présente condamnation au bulletin

numéro deux de son casier judiciaire étant rejetée en l'état ;

P. M. : 6 mois d'emprisonnement avec sursis et 5000 € d'amende ;

W. R. : 4 mois d'emprisonnement avec sursis ;

Société Divineo : 200 000 € d'amende ;

Société FL Games : 100 000 € d'amende ;

Société Store Games Développement International : 8000 € d'amende ;

Société Absolute Games : 20 000 € d'amende ;

Société Novacorp : 20 000 € d'amende ;

Société Aakro Pure Tronic Corporation : 3000 € d'amende ;

Considérant que la confiscation de l'ensemble des objets et documents saisis et placés sous scellés sera ordonnée ;

Sur l'action civile

Considérant que les sociétés Nintendo Co LTD et Nintendo France, qui se font fort de répartir entre elles à parts égales les sommes allouées, sollicitent :

* la condamnation solidaire de Madame B. J. et de la société Aakro Pure Tronic Corporation à leur payer les sommes de 172 362 € en réparation de leur préjudice matériel, 3500 € en réparation de leur préjudice moral, 525 € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;

* la condamnation solidaire de O. Z. et de la société Store Games à leur payer les sommes de 934 292 € en réparation de leur préjudice matériel, 20 000 € en réparation de leur préjudice moral, 3000 € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;

* la condamnation solidaire de M. L. et de la société Divineo à leur payer les sommes de 31 599 484 € en réparation de leur préjudice matériel, 657 700 € en réparation de leur préjudice moral, 98 655 € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;

* la condamnation solidaire de D. G. et de la société FL-Games à leur payer les sommes de 12 672 268 € en réparation de leur préjudice matériel, 263 700 € en réparation de leur préjudice moral, 39 555 € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;

* la condamnation solidaire de P. M. et de la société Absolute Games à leur payer les sommes de 1 494 964 € en réparation de leur préjudice matériel, 31 100 € en réparation de leur préjudice moral, 4665 € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;

* la condamnation solidaire de W. R. et de la société Novacorp à leur payer les sommes de 1 167 345 € en réparation de leur préjudice matériel, 24 000 € en réparation de leur préjudice moral, 3600 € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;

qu'elles sollicitent également la publication de la décision à intervenir, aux frais des prévenus, dans les revues Aujourd'hui en France/le Parisien, Métro, TV Magazine, Jeux Vidéo magazine, LSA, sans que le coût de chaque publication n'excède la somme de 10 000 € hors taxe ;

qu'enfin elles demandent que soit ordonner la destruction des dispositifs litigieux saisis et placés sous scellés au cours de l'enquête ;

Considérant que le conseil de Monsieur M. et de la société Absolute Games fait valoir que la pièce numéro 1 produite par les parties civiles, présentée comme les statuts de la société Nintendo Co Ltd, est en fait un extrait du registre du commerce japonais de la société "Nintendo Kabushiki Kaisha", laquelle dénomination ne correspond pas à celle de la société qui se constitue partie civile à l'instance ; que par ailleurs s'agissant d'une société de droit étranger il lui appartient d'exposer le droit national qui lui est applicable, en ce qui concerne la représentation en justice et les pouvoirs de ses représentants pour agir en justice ; qu'or en l'espèce aucun justificatif n'a été produit par les parties civiles ; qu'incidemment sera relevé que la pièce numéro 1 qui concerne une autre société ne mentionne pas quel est le représentant légal de cette société ou quelles sont les personnes qui sont habilitées à la représenter en justice ; qu'au surplus, Monsieur S. I., mentionné dans les conclusions des sociétés Nintendo, comme le président de Nintendo Co Ltd, ne figure pas sur le document communiqué ; que dès lors la société Nintendo Co Ltd est irrecevable en sa constitution de partie civile ;

Considérant que les conseils de Messieurs M. et Z. et le leur société respective, font valoir que dans leurs écritures les parties civiles évoquent indistinctement "Nintendo" comme désignant ensemble les sociétés Nintendo Co Ltd et Nintendo France, qu'il en va ainsi tant concernant la titularité des droits qu'elles invoquent que leurs demandes indemnitaires ;

qu'au vu des pièces communiquées, les marques revendiquées sont la propriété de la société Nintendo Co Ltd (certificats d'enregistrement produits), mais aucune inscription de licence n'est produite par la société Nintendo France, de sorte qu'elle n'est plus recevable à agir en contrefaçon de marque aux termes de l'article L 716-5 et L 714-7 du code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 août 2008 ; que dès lors la constitution de partie civile de la société Nintendo France est irrecevable ;

Considérant que le conseil de Monsieur Z. et L. contestent la base de calcul utilisée par les parties civiles pour calculer leur préjudice ;

Considérant que le conseil de Monsieur M. fait valoir que les parties civiles n'ont subi aucun préjudice à raison de la vente des linkers et qu'elles n'en rapportent au demeurant pas la preuve ;

Sur la recevabilité des constitutions de partie civile de sociétés Nintendo Co Ltd et Nintendo France

Considérant qu'il est de jurisprudence constante, et d'ailleurs consacrée par la loi du 1er juillet 2008, article 551 alinéa 4 du code de procédure pénale, qu'il n'est pas exigé que soit précisé l'identité de celui qui agit en justice au nom de la personne morale ; qu'il faut et il suffit que soit mentionné l'organe qui la représente ; que tel est le cas en l'espèce étant ainsi précisé dans les conclusions de la partie civile que la société Nintendo Co LTD, est représentée par son président ; que la cour relève, au surplus, que les documents remis par la dite société démontrent bien que Monsieur S. I. est président ou "director représentative" de la société Nintendo Co LTD, société pour laquelle ses conseils ont fournis des documents officiels attestant de son existence légale ;

Considérant qu'il est incontestable ainsi que cela résulte des certificats d'identité de marque délivrés par l'Inpi que la société Nintendo Co LTD était bien, à l'époque des faits, titulaire des marques Nintendo, sous les numéros 1 711 035, 92-423234 ainsi que des marques communautaires Nintendo dans sa cartouche et Nintendo DS avec symbole des deux écrans ainsi que cela ressort des certificats d'enregistrement auprès de l'Ohmi ;

Considérant dès lors qu'elle est recevable en sa constitution de partie civile ;

Considérant en revanche que la société Nintendo France n'a fourni à la cour aucun document attestant de ses droits sur les marques revendiquées, tels que des contrats de licence ; que sa constitution de partie civile sera donc déclarée irrecevable ;

Sur le préjudice

Considérant que la cour, tenant compte notamment du nombre de linkers détenus ou vendus par chacun des prévenus (au vu du nombre de linker et des factures d'achats et de ventes saisis chez chacun des prévenus), dispose d'éléments suffisants d'appréciation pour évaluer le préjudice résultant pour la société Nintendo Co Ltd des agissements frauduleux des prévenus aux sommes suivantes :

- B. J. et la société Aakro Pure Tronic Corporation, solidairement à la somme de 13 950 € ;
- O. Z. et la société Store Games Développement International, solidairement à la somme de 121 230 € ;
- M. L. solidairement à la somme de 4 100 220 € ;
- D. C. et la société FL Games, solidairement à la somme de 225 000 € ;
- W. H. et la société Novacorp, solidairement à la somme de 151 470 € ;
- P. M. et la société Absolute Games, solidairement à la somme de 183 600 € ;

Considérant qu'au surplus chacun des prévenus sera condamné à verser 10 000 € de dommages intérêts à la société Nintendo Co Ltd au titre du préjudice moral ainsi que la somme de 2000 € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;

Considérant que le surplus des demandes de cette partie civile sera rejeté ;

DECISION

Statuant publiquement, contradictoirement à l'égard de l'ensemble des prévenus et des parties civiles ;

En la forme

. Reçoit les appels du ministère public à l'égard de Madame J. de Messieurs L., R. M., G. Z., et des sociétés Aakro Pure Tronic Corporation, FL Games, Novacorp, Absolute Games, Store Games Développement International, Divineo, prévenus, ainsi que des sociétés Nintendo Co Ltd et Nintendo France, parties civiles ;

Avant dire droit au fond,

. Rejette l'ensemble des moyens de nullités soulevés par les prévenus ;

Au fond

Sur l'action publique :

. Déclare B. J., O. Z., W. R. et les sociétés Aakro Pure Tronic Corporation, Store Games Développement International et Novacorp non coupables des délits d'importation à des fins commerciales de marchandises présentées sous une marque contrefaite en l'espèce, d'une part des emballages de produits vendus sous la dénomination DS linker, Révolution for DS (R4), DS Extrême, Supercard, M3 DS Real Perfect pack, M3DS Real Rumble Pack et Cyclo DS reproduisant en tout ou

partie la marque "Nintendo DS" et, d'autre part des marchandises contrefaisant le logo Nintendo, s'inscrivant sur l'écran de démarrage de la console après insertion du dispositif linker ;

. Déclare M. L., P. M., D. G et les sociétés Divineo, FL Games et Absolute Games coupables du délit d'importation à des fins commerciales de marchandises présentées sous une marque contrefaite, en l'espèce la marque Nintendo s'inscrivant sur l'écran de démarrage de la console après insertion du dispositif linker, faits commis courant 2006 et 2007 s'agissant de Messieurs L. et M. des sociétés Divineo et Absolute Games, et commis courant 2006, 2007 et 2008 s'agissant de Monsieur G. et de la société FL Games ;

. Déclare M. L., P. M., D. G et les sociétés Divineo, FL Games et Absolute Games coupables du délit d'importation à des fins commerciales de marchandises présentées sous une marque contrefaite, en l'espèce des emballages de produits vendus sous la dénomination DS Linker reproduisant en tout ou partie le logo Nintendo DS, faits commis courant 2006 et 2007 s'agissant de Messieurs L. et M. et des sociétés Divineo et Absolute Games, et commis courant 2006, 2007 et 2008 s'agissant de Monsieur G. et de la société FL Games ;

. Les relaxes s'agissant des produits vendus sous les dénominations : Revolution for DS, DS Extrême, Supercard, M3 DS Real Rumble Pack, M3 DS Real Perfek Pack et Cyclo DS ;

. Déclare B. J. et la société Aakro Pure Tronic Corporation, coupables de contrefaçon par diffusion d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur, en mettant sur le marché à titre onéreux de dispositifs appelés linkers sous les dénominations DS Linker et Révolution for DS (R4), DS One, M3 DS Real, utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officiels de la console Nintendo DS et sur la console elle-même au préjudice de la société Nintendo fait commis courant 2006 et 2007 ;

. Les relaxe s'agissant des linkers vendus sous les dénominations G 6 Real, Lite, DS Extrême, Supercard et Cyclo DS ;

. Déclare O. Z. et la société Store Games Développement International, coupables du délit de contrefaçon par diffusion d'œuvre de l'esprit au mépris des de l'auteur, en mettant sur le marché à titre onéreux. des dispositifs appelés linkers sous les dénominations DS Linker et Révolution for DS (R4), M3 DS Real, Supercard, DS One, utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officiels de ta console Nintendo D3 et sur la console elle-même au préjudice de la société Nintendo, faits commis courant 2006 et 2007 ;

. Les relaxe s'agissant des linkers vendus sous les dénominations G6 Real, Lite, DS Extrême, Cyclo DS, M3 DS Real, SDT To GBA Adapter, Superkey, X9 DS Flacher ;

. Déclare M. L. et la société Divineo, coupables du délit de contrefaçon par diffusion d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur, en mettant sur le marché à titre onéreux des dispositifs appelés linkers sous les dénominations DS Linker et Révolution for DS (R4), MJ DS Real, Supercard, DS One, Cycle DS, DS Extrême, G6 Real, utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officiels de la console Nintendo DS et sur la console elle-même au préjudice de la société Nintendo, faits commis courant 2006 et 2007 ;

. Déclare D. G. et la société FL Games, coupables du délit de contrefaçon par diffusion d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur, en mettant sur le marché à titre onéreux : des dispositifs appelés linkers sous les dénominations DS Linker et Révolution for DS (R4), M3 DS Real, DS One, Supercard, DS Lite, utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes du jeu licites et officiels de la console Nintendo DS et sur la console elle-même au

préjudice de la société Nintendo, faits commis courant 2006, 2007 et 2008 ;

. Les relaxe s'agissant des linkers vendus sous les dénominations Cycle DS, G6 Real, DS Extrême, Ninja Pass Evolution ;

. Déclare W. R. et la société Novacorp, coupables du délit de contrefaçon par diffusion d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur, en mettant sur le marché à titre onéreux des dispositifs appelés linkers et notamment sous les dénominations Cyclo DS, M3 DS Real, DS Linker et révolution For DS (R4), utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officiels de la console Nintendo DS et sur la console elle-même au préjudice de la société Nintendo, faits commis courant 2006 et 2007 ;

. Les relaxe s'agissant des linkers vendus sous les dénominations DS Extrême, DS One, Supercard, G6 Real, Lite ;

. Déclare P. M. et la société Absolute Games, coupables du délit de contrefaçon par diffusion d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur, en mettant sur le marché à titre onéreux des dispositifs appelés linkers sous les dénominations M3 DS Real, DS One, DS Linker et Révolution for DS (R4), Supercard, utilisant, reproduisant et modifiant tout ou partie des logiciels présents à la fois sur les cartes de jeu licites et officiels de la console Nintendo DS et sur la console elle-même au préjudice de la société Nintendo, faits commis courant 2006 et 2007 ;

. Les relaxe s'agissant des linkers vendus sous les dénominations DS Extrême, Cyclo DS, G6 Real et Lite :

. Déclare Messieurs L., R. M., G., Z., Madame J. H. et des sociétés FL Games, Novacorp, Absolute Games, Store Games Développement International, Divineo et Aakro Pure Tronic Corporation coupables d'avoir, procuré ou proposé sciemment à autrui directement ou indirectement des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace telle que définie à l'article L 331-5 du code de la propriété intellectuelle, au préjudice de la société "Nintendo", faits commis courant 2006 et 2007 s'agissant de Messieurs L., R. M., Z., Madame J. H. et des sociétés, Novacorp, Absolute Games, Store Games Développement International, Divineo et Aakro Pure Tronic Corporation et commis courant 2006, 2007 et 2008 s'agissant de Monsieur G. et de la société FL Games ;

Déclare Messieurs L., R. M., G., Z., Madame J. H. et des sociétés FL Games, Novacorp, Absolute Games, Store Games Développement International, Divineo et Aakro Pure Tronic Corporation coupables de complicité du délit de contrefaçon par diffusion ou représentation d'œuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur, en mettant sur le marché à titre onéreux des dispositifs linkers permettant d'exécuter des jeux contrefaits dans la console Nintendo, en l'espèce le jeu Mario Kart DS au préjudice de la société Nintendo, faits commis courant 2006 et 2007 s'agissant de Messieurs L. R. M. Z., Madame J. H. et les sociétés Novacorp, Absolute Games, Store Games Développement International, Divineo et Aakro Pure Tronic Corporation et commis courant 2006, 2007 et 2008 s'agissant de Monsieur G. et de la société FL Games ;

. Condamne M. L. à la peine de 2 ans d'emprisonnement avec sursis et 50 000 € d'amende ;

. Rejette sa demande de non inscription de la présente condamnation au bulletin numéro deux de son casier judiciaire ;

. Condamne D. G. à la peine de 2 ans d'emprisonnement avec sursis et 50 000 € d'amende ;

. Condamne M. B. J. H. à la peine de 1 500 € d'amende ;

- . Condamne O. Z. à la peine de 3000 € d'amende ;
- . Rejette sa demande de non inscription de la présente condamnation au bulletin numéro deux de son casier ;
- . Condamne P. M. à la peine de 6 mois d'emprisonnement avec sursis et 5000 € d'amende ;
- . Condamne W. R. à la peine de 4 mois d'emprisonnement avec sursis ;
- . Condamne la société Divineo à la peine de 200 000 € d'amende ;
- . Condamne la société FL Games à la peine de 100 000 € d'amende ;
- . Condamne la société Store Games Développement International à la peine de 8000 € d'amende ;
- . Condamne la société Absolute Games à la peine de 20 000 € d'amende ;
- . Condamne la société Novacorp à la peine de 20 000 € d'amende ;
- . Condamne la société Aakro Pure Tronic Corporation à la peine de 3000 € d'amende ;
- . Ordonne la confiscation et la destruction de l'ensemble des objets saisis et placés sous scellés 1 à 5, CDG 1 à CDG 35, M 1 à M 34, MM01 à MM06, GE 1 à GE 22 ;

Sur l'action civile :

- . Déclare irrecevable la constitution de partie civile de la société Nintendo France, la déboute de ses demandes ;
- . Déclare recevable la constitution de partie civile de la société Nintendo Co Ltd ;
- . Condamne B. J. et la société Aakro Pure Tronic Corporation solidairement, à payer à la société Nintendo Co Ltd la somme de 13 950 € à titre de dommages intérêts ;
- . Condamne O. Z. et la société Store Games Développement International solidairement, à payer à la société Nintendo Co Ltd la somme de 121 230 € à titre de dommages intérêts ;
- . Condamne M. L. et la société Divineo solidairement, à payer à la société Nintendo Co Ltd la somme de 4 100 220 € à titre de dommages intérêts ;
- . Condamne D. G. et la société FL Games solidairement à payer à la société Nintendo Co Ltd la somme de 225 000 € à titre de dommages intérêts ;
- . W. R. et la société Novacorp, solidairement à payer à la société Nintendo Co Ltd la somme de 151 470 € à titre de dommages intérêts ;
- . Condamne P. M. et la société Absolute Games solidairement à payer à la société Nintendo Co Ltd la somme de 183 600 € à titre de dommages-intérêts ;
- . Condamne Messieurs L., R. M., G., Z., Madame J. H. et des sociétés FL Games, Novacorp, Absolute Games, Store Games Développement International, Divineo et Aakro Pure Tronic Corporation à payer la somme de 10 000 € à la société Nintendo Co Ltd au titre du préjudice moral ainsi que la somme de 2000 € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;

. Rejette le surplus des demandes de la société Nintendo Co Ltd ;

La cour : Mmes Mireille Filippini et Catherine Dalloz (présidentes), Mme Isabelle Schoonwater (conseillère)

Avocats : Me Lesage Etienne, Me Lentini Moniot Thibaut, Me De Moustier Eric, Me Gilles Gauer, Me Laurence Tellier-Loniewski, Me Frédéric Benech, Me Virginie Lehoux, Me Gilles Vercken, Me Jean Neret, Me Martin Lemery

[Notre présentation de la décision](#)