

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE
2e Chambre
ARRÊT DU 15 FÉVRIER 2018**

Rôle N° 15/02822

SARL M C/ Société ACTUALIS VENANT AU DROITS DE LA SARL PHONIUM.
Décision déferée à la Cour : Jugement du Tribunal de Grande Instance de MARSEILLE en
date du 08 Janvier 2015 enregistré au répertoire général sous le n° 12/06744

APPELANTE

SARL M
demeurant Montpellier Cédex 2
représentée par Me Philippe CHAUDON, avocat au barreau de MARSEILLE
assistée et plaidant par Me Claire GRUSSARD, avocat au barreau de MONTPELLIER

INTIMÉE

Société ACTUALIS venant aux droits de la SARL PHONIUM
(radiée suivant fusion-absorption en date du 22 février 2016,)
demeurant FONTAINE LES DIJON
représentée et plaidant par Me Florence BOYER, avocat au barreau de MARSEILLE

*_*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 11 Janvier 2018 en audience publique. Conformément à l'article 785
du code de procédure civile, madame AIMAR, présidente a fait un rapport oral de l'affaire à
l'audience avant les plaidoiries.

La Cour était composée de :

Madame Marie-Christine AIMAR, Présidente
Monsieur Baudouin FOHLEN, Conseiller
Monsieur Jean-Pierre PRIEUR, Conseiller, qui en ont délibéré.
Greffier lors des débats : Madame Viviane BALLESTER.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au
greffe le 15 Février 2018

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 15 Février 2018,

Signé par Madame Marie-Christine AIMAR, Présidente et Madame Viviane BALLESTER, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Vu les articles 455 et 954 du code de procédure civile,

Vu le jugement contradictoire du 8 janvier 2015 rendu par le tribunal de grande instance de Marseille, première chambre civile,

Vu l'appel interjeté le 25 février 2015 par la S.A.R.L. M

Vu les dernières conclusions de la S.A.R.L. M appelante en date du 6 décembre 2017 et du dénommé David ... ni appelant, ni intervenant volontaire,

Vu les dernières conclusions de la SAS ACTUALIS venant aux droits de la S.A.R.L. Phonium radiée suivant fusion absorption en date du 22 février 2016 intimée en date du 28 novembre 2017,

Vu l'ordonnance de clôture en date du 11 décembre 2017, Monsieur David ... n'est pas appelant.

Des écritures ont été prises au nom de la S.A.R.L. M et de monsieur David ... sans que celui-ci intervienne volontairement à la procédure.

A l'audience la cour a invité les parties à faire valoir leurs observations sur cette situation procédurale.

Les représentants de la S.A.R.L. M et de la SAS ACTUALIS reconnaissent expressément que seule la SARL M est appelante et partie à la procédure d'appel.

SUR CE, LA COUR,

Il est expressément renvoyé pour un plus ample exposé des faits de la cause et de la procédure à la décision entreprise et aux écritures des parties,

Il sera simplement rappelé que :

La S.A.R.L. M publie un journal d'information économique en Languedoc Roussillon, vendu par abonnement.

Dans son édition n° 1135, en date du 26 janvier 2010, était publié, sous la plume de monsieur David ..., un article intitulé : " Free Mobile s'implante à Montpellier " .

Dans cet article, le journaliste, retranscrivant l'interview accordé par mail par le dirigeant de la société FREE Monsieur Xavier ..., portait à la connaissance des abonnés du journal les informations suivantes :

'Après avoir obtenu à la mi-décembre la quatrième licence mobile 3G, la filiale du Groupe ILIAD (1,477 millions d'euros de CA au 3^{ème} trimestre 2009), s'apprête à investir près de 900 m2 de locaux situés à ODYSSEUM. Première implantation du groupe en LR, cette opération pourrait constituer une tête de pont en vue d'un déploiement plus conséquent dans les prochains mois. Au plan national, le groupe table en effet sur la création de 5000 emplois directs sur trois sites (Montpellier, Bezons, et Paris) d'ici 2018 dans le secteur de la téléphonie mobile. Dans l'immédiat, soit à l'horizon 2012, 1000 emplois devraient être créés au plan national, dont 150 avant la fin 2010.

50 emplois créés à Montpellier. Xavier ..., vice-président et fondateur d'Illiad, confirme son implantation à Montpellier à la Lettre M. " Si le siège d'Illiad et de ses filiales est, et restera à Paris, je confirme notre arrivée à Montpellier dans les prochains jours. Nous prenons position dans la capitale régionale avec une équipe technique composée d'une cinquantaine de personnes. Le montant de l'investissement s'élève à quelques centaines de milliers d'euros " confie Xavier ..., avant de préciser que Montpellier s'inscrit désormais au sein du dispositif national mis en place par l'opérateur dans le cadre du déploiement de son offre de téléphonie mobile. " Au plan national, nous exploitons environ 2500 sites techniques partout en France, avec trois implantations significatives en terme d'emploi : Paris, Bordeaux et Marseille) ". Le futur opérateur à choisi de commercialiser son offre mobile uniquement sur internet " si cela est possible ", un réseau de boutiques étant créé " si cela ne fonctionne pas ". En terme de couverture, l'objectif du fondateur de Free est de dépasser les 25% de la population française d'ici 2015 ".

Le 1er février 2010, le site internet d'information First Eco de la société Phonium qui fait de la veille économique, publiait un article intitulé " Télécoms : Free installe une filiale à Montpellier " en ces termes :

" Xavier ..., dirigeant d'Illiad (maison-mère de Free), vient de dévoiler ses projets pour le développement de ses activités de nouvel opérateur mobile. Free, désormais 4^{ème} opérateur Télécom mobile national, projette de créer des filiales majeures dans les villes de Paris, Bordeaux et Marseille. Par ailleurs il a annoncé la prochaine inauguration d'une première filiale à Montpellier. Basée dans des locaux de 900m2, pour un investissement de " quelques centaines de milliers d'euros ", l'entité disposera d'une équipe technique d'une cinquantaine de personnes. Le siège de Free mobile sera quant à lui situé à Paris. " au plan national, nous exploitons environ 2.500 sites techniques partout en France ", précise le Pdg. Grâce à cette nouvelle activité d'opérateur mobile, Illiad mise sur 5.000 emplois directs créés à Montpellier, à Paris et à Bezons d'ici 2018. "

Faisant valoir que cet article relate des déclarations identiques à celles faites par monsieur ... à David ..., la S.A.R.L. M a mis en demeure la société Phonium d'avoir à retirer cet article publié en ligne ce qui fut fait le 12 avril 2010.

Selon acte d'huissier du 22 février 2011 la S.A.R.L. M et monsieur David ... ont fait assigner la S.A.R.L. Phonium en contrefaçon et parasitisme et réparation du préjudice en résultant devant le tribunal de grande instance de Montpellier.

Par ordonnance du 20 février 2012 ce tribunal se déclarait incompétent et se dessaisissait au profit du tribunal de grande instance de Marseille.

Suivant jugement contradictoire du 8 janvier 2015 dont appel, le tribunal a :

- débouté la société Phonium de sa demande en nullité du procès-verbal de constat du 3 mars 2010,
- dit que l'impression d'écran constitue un élément de preuve admissible du contenu du texte litigieux mis en ligne par Phonium,
- débouté monsieur David ... de sa demande en réparation d'actes de contrefaçon,
- débouté la S.A.R.L. M de sa demande en réparation d'actes parasitaires,
- débouté la société Phonium de sa demande de dommages et intérêts pour procédure abusive,
- dit n'y avoir lieu à publication du jugement,
- condamné monsieur David ... et la S.A.R.L. M in solidum à payer à la société Phonium une somme de 1.500 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné monsieur David ... et la S.A.R.L. M in solidum aux dépens.

En cause d'appel la S.A.R.L. M appelante demande au visa des articles 1382 et 1383 du code civil, les articles L 111-1, L 111-2, L 112-1, L 112-2, L 121-1, L 122-1, L 122-4 et L 122-5 du code de la propriété intellectuelle, dans ses dernières écritures en date du 6 décembre 2017 de:

- infirmer le jugement du tribunal de grande instance de Marseille en ce qu'il a débouté la S.A.R.L. M et monsieur ... de leurs demandes ;
- débouter la S.A.R.L. ACTUALIS de ses fins, prétentions et demandes,
- condamner la S.A.R.L. ACTUALIS à verser à la société M la somme de 20.000 euros à titre de dommages et intérêts sur le fondement du parasitisme,
- condamner la S.A.R.L. ACTUALIS à verser à monsieur David ... la somme de 3.000 euros au titre de la contrefaçon,
- ordonner la publicité du 'jugement' à intervenir, aux frais de la requise, sur le site de FIRST ECO durant une semaine, et dans deux publications du monde économique, à savoir dans les pages régionales du quotidien ... Libre, et les gazettes de Montpellier et Nîmes ;
- condamner la S.A.R.L. Actualis verser une somme de 8.000 euros au titre de l'article 700 du CPC.
- la condamner aux entiers dépens.

La SAS ACTUALIS venant aux droits de la S.A.R.L. Phonium radiée suivant fusion

absorption en date du 22 février 2016, intimée, s'oppose aux prétentions de l'appelante, et demande au visa des articles 19 de la Déclaration Universelle des Droits d'Homme du 10 décembre 1948, 10 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 mai 1950, 19 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, 11 de la Charte européenne des droits fondamentaux, du préambule et l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, des articles 11 de la déclaration du 24 août 1789, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance en l'économie numérique, des articles 9 du Code de Procédure Civile, 1382 et 1383 du Code civil, L 111-1, L.111-2, L.112-1, L.112-2 du Code de la Propriété intellectuelle, dans ses dernières écritures en date du 28 novembre 2017 de :

- confirmer le jugement du Tribunal de grande instance de Marseille du 8 janvier 2015 en ce qu'il a débouté monsieur David ... de sa demande en réparation d'actes de contrefaçon, débouté la S.A.R.L. M de sa demande en réparation d'actes parasitaires.

et donc,

- déclarer la SAS ACTUALIS venant aux droits de la SARL PHONIUM recevable en ses présentes écritures,

- dire et juger bien fondée la SAS ACTUALIS en ses demandes, fins et conclusions,

en effet,

sur la preuve,

- dire et juger qu'aucun caractère probant ne peut être attaché à la pièce n° 3 versée aux débats par les appelants, à savoir les constatations de Me François ... consignées dans un procès-verbal en date du 3 mars 2010,

- dire et juger qu'aucun caractère probant ne peut être attaché à la pièce n° 2 versée aux débats par les demandeurs, à savoir une capture d'écran ;

en tout état de cause, sur la contrefaçon,

- dire et juger que l'article publié par la S.A.R.L. M n'est pas une oeuvre de l'esprit éligible à la protection par le droit d'auteur,

- dire et juger que la S.A.R.L. Phonium n'a commis aucun acte constitutif d'une contrefaçon, sur le parasitisme,

- dire et juger qu'il y a identité de faits et de préjudices allégués par la S.A.R.L. M et monsieur ... sur le fondement de la contrefaçon et sur celui de la concurrence déloyale ou du parasitisme,

- dire et juger que S.A.R.L. Phonium n'a commis aucun acte constitutif de parasitisme au préjudice de la S.A.R.L. M et de M. ...,

- réformer le jugement du Tribunal de grande instance de Marseille du 8 janvier 2015 en ce qu'il a rejeté la demande reconventionnelle de la S.A.R.L. Phonium et, à titre incident,

- dire et juger que la présente action étant abusive, elle est constitutive d'une faute engageant la responsabilité délictuelle de la S.A.R.L. M et M. ... à l'égard de la SAS ACTUALIS venant aux droits de la S.A.R.L. Phonium

- condamner la S.A.R.L. M et M. ... in solidum à verser à la SAS ACTUALIS la somme de 3.000 euros en réparation de son préjudice,

En tout état de cause,

- condamner la S.A.R.L. M et M. ... in solidum à verser à la Sas Actualis la somme de 7.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, en sus de la condamnation prononcée en première instance,

- Condamner la S.A.R.L. M et M. ... in solidum aux entiers dépens dont distraction à Me Florence ..., Avocat aux offres de droit.

Sur la valeur probante du constat d'huissier,

La SAS ACTUALIS se prévaut de la norme AFNOR NFZ67-147 concernant le mode opératoire de procès-verbal de constat sur internet pour prétendre que le constat d'huissier établi le 3 mars 2010 est dépourvu de valeur probatoire.

La S.A.R.L. M fait valoir que a norme AFNOR NF Z67-147 dont se prévaut a société Phonium concernant le mode opératoire d'un procès-verbal d'un constat d'huissier sur internet ne revêt pas de caractère obligatoire et qu'en l'espèce le procès-verbal d'huissier du 3 mars 2010 a été établi antérieurement à son application.

Elle ajoute que le constat indique des mentions suffisantes à la preuve de son contenu :

- nom du lien (<http://www.firsteco.fr/article.php?id=8468telecoms-:free-installe-une-filiale-a-montpellier%AO%2834%29>)

- adresse IP de consultation du lien

- mention de ce que le lien a été consulté sur le serveur de l'étude d'Huissier

et que la société ACTUALIS ne démontre pas en quoi ce constat est contestable.

Ceci rappelé la Norme AFNOR de septembre 2010 à laquelle se réfère l'intimée ne présentant pas de caractère obligatoire, n'est pas applicable au constat d'huissier dont s'agit établi antérieurement à son application. Par ailleurs les mentions portant sur l'établissement du constat sont suffisantes pour apporter la preuve de son contenu, l'accès direct sur les pages en ligne à partir de l'adresse URL ne porte pas atteinte à la valeur probante de ce constat envers lequel la société ACTUALIS ne démontre pas son absence de véracité.

Il convient de confirmer le jugement de ce chef.

Sur la valeur probante des captures d'écran,

La S.A.R.L. ACTUALIS dénie tout caractère probant à la capture d'écran produite aux débats car réalisée dans des conditions ignorées, ne permettant pas de déterminer sa date, sa teneur et les conditions de sa publication.

La S.A.R.L. M souligne que la société ACTUALIS ne conteste pas le contenu de l'article tel que constaté par la capture d'écran dont elle a discuté le contenu et qu'elle constitue un élément de preuve admissible.

L'impression d'écran litigieuse a été réalisée par l'huissier ayant procédé au constat du 3 mars 2010 dont elle constitue une annexe et dont le contenu a été retranscrit par cet huissier, contenu dont a débattu la société ACTUALIS de sorte que c'est à bon droit que le tribunal a rejeté la demande tendant à la voir écarter des débats.

Sur le parasitisme

La S.A.R.L. M fait valoir qu'elle produit aux débats des mails échangés entre monsieur ... et monsieur ... desquels il ressort qu'avant tout contact le journaliste s'était informé auprès du milieu économique montpelliérain et avait récolté des informations auprès de la société Iliad par l'intermédiaire du responsable déploiement de cette société, pour ensuite contacter en janvier 2010 monsieur ... pour les valider et lui poser des questions auxquelles ce dernier lui a donné des informations exclusives suivantes : ' Le siège du groupe Iliad et de ses filiales est, et restera, à Paris. Nous avons environ 2500 sites techniques partout en France et 3 implantations significatives en terme d'emploi : Paris, Bordeaux et Marseille. Nous venons en effet de prendre des locaux à Montpellier pour y installer quelques dizaines de salariés au profil " technique " " " Quelques centaines de milliers d'Euros. Environ 40 à 50 personnes je pense' .

Elle précise que sur le sujet de l'article litigieux monsieur ... ne s'est exprimé, et n'a donné les informations citées, qu'auprès de monsieur ... car sa lettre d'information économique a acquis un caractère notoire en raison d'un investissement humain, matériel et financiers depuis plusieurs années.

Elle ajoute qu'il résulte des échanges de mails entre le journaliste et monsieur ..., que ce dernier était difficile à contacter sur le sujet et qu'il n'entendait pas communiquer largement sur celui-ci.

Que l'interview recueillie est donc le fruit du travail accompli par La Lettre M.

Elle soutient que la société Phonium a commis un acte de parasitisme en reprenant sur son site internet, non seulement les informations citées dans l'article de David ..., mais encore des propos tenus par la personne interviewée, monsieur ..., sans nommer l'auteur et sans en préciser la source, peu important la portée de ces citations reprises, en détournant à son seul profit le travail d'enquête, d'interview et de sélection de portions d'interview réalisée par monsieur

Elle fait valoir que les informations contenues dans l'article de la lettre M n'étaient pas connues du public avant sa parution et que les articles communiqués sur le même sujet par l'intimée ne donne pas les mêmes précisions alors que l'article de l'ARCEP auquel fait référence l'intimée reprend les informations exclusives publiées par elle.

La société ACTUALIS qui rappelle le principe de la liberté d'expression à valeur constitutionnelle, celui de la liberté de la Presse et du droit à l'information fait valoir que le contenu de l'article qu'elle a publié traite d'une actualité largement reprise par les sites d'informations économiques.

Que l'article publié dans La Lettre M constitue en lui-même un fait d'actualité par les informations relatées et le traitement qui leur est réservé.

Que l'intérêt particulier de ces informations au regard de l'actualité économique liée au lancement de cette société et ses conséquences, l'autorisait en raison de leur nature même à les diffuser.

Que la S.A.R.L. M ne démontre pas en quoi le recueil des réactions de monsieur ... sur l'implantation de FREE Mobile à Montpellier par le journaliste serait le fruit d'un investissement ou d'un travail particulier alors que les informations contenues dans la Lettre M étaient déjà connues du public avant sa publication et publiées sur des sites internet tiers.

Elle ajoute que la publication d'un seul et unique article de dix lignes sur les centaines d'articles publiés par First Eco ne peut, à elle seule, être constitutive d'un agissement parasitaire.

Ceci rappelé, la S.A.R.L. M reproche à la société Phonium d'avoir repris, sans citer sa source, les propos de monsieur ... tenus par mails auprès de son journaliste, qu'elle estime de nature exclusive, suivants :

' Le siège du groupe Iliad et de ses filiales est, et restera, à Paris. Nous avons environ 2500 sites techniques partout en France et 3 implantations significatives en terme d'emploi : Paris, Bordeaux et Marseille. Nous venons en effet de prendre des locaux à Montpellier pour y installer quelques dizaines de salariés au profil " technique " " " Quelques centaines de milliers d'Euros. Environ 40 à 50 personnes je pense' et alors que monsieur ... ne se livre que rarement et qu'elle s'est ainsi appropriée le travail de son journaliste qui avait préalablement procédé à un travail d'information.

Cependant, ces informations relatées dans cet article revêtaient un intérêt économique général qui méritaient pour une revue de veille économique de les rapporter.

Il n'est pas démontré par la S.A.R.L. M l'investissement particulier déployé par son journaliste pour obtenir des informations de monsieur ... par mails, qui ne s'exprime que par courriels et qui n'indique que des éléments factuels sans appréciations personnelles.

Les faits qui y sont rapportés sont par ailleurs sont déjà connus et diffusés par des tiers : 18 décembre 2009 (freenews et journaldunet.com) : recrutement de 5000 salariés d'ici 2018, membre du forum Freenews : 17 janvier 2011 : implantation importante sur Montpellier, Freenews 18 décembre 2009 : emplois situés à paris, Bezons, Montpellier selon l'ARCEP, Freenews : 17 janvier 2010, Iliad serait en train de s'installer à Montpellier, unversfree.com : 18 janvier 2010 : Iliad s'installe à Montpellier site institutionnel de l'ARCEP 28 janvier 2010 reprend les informations de la Lettre M en la citant.

Si la société Phonium a manifestement failli à ses obligations déontologiques en ne citant pas

sa source, rien ne permet d'établir qu'elle a de façon déloyale voulu s'approprier le travail d'autrui, sa démarche s'inscrivant dans le cadre d'une veille économique et de synthèse de l'actualité économique, reconnaissant dans sa lettre adressée à la S.A.R.L. M le 26 avril 2010 'qu'une omission ou coquille est toujours possible à l'occasion d'une synthèse d'information' et justifiant s'être inspirée notamment du site institutionnel de l'ARCEP du 28 janvier 2010 qui avait lui-même pour source le site neteconomie.com paru le 27 janvier 2010 lui-même tirant sa source de la lettre M, de sorte que la S.A.R.L. M n'établit pas que la société Phonium ait eu la volonté de s'inscrire dans son sillage.

C'est en conséquence à bon droit que le tribunal a débouté la société M de sa demande formée à l'encontre de la société Phonium au titre du parasitisme.

Sur la contrefaçon,

La contrefaçon n'étant invoquée qu'à l'égard du journaliste qui n'est pas partie à l'instance d'appel, il n'y a donc pas lieu d'examiner la demande à ce titre.

Sur les autres demandes,

La présente instance ne revêt aucun caractère manifestement abusif mais ne constitue que l'exercice normal d'un droit dans des conditions exclusives de toute mauvaise foi, il n'y a donc pas lieu de faire droit à la demande indemnitaire formée à ce titre.

Il n'y a pas lieu de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Les dépens resteront à la charge de la société M qui succombe et qui seront recouverts par les avocats de la cause dans les conditions de l'article 699 du code de procédure civile;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, par arrêt contradictoire, en dernier ressort,

Constate que la S.A.R.L. M est seule appelante,

Rejette l'ensemble des demandes de la S.A.R.L. M

Confirme le jugement déferé,

Rejette les demandes reconventionnelles de la société intimée,

Condamne la S.A.R.L. M aux entiers dépens qui seront recouverts par les avocats de la cause dans les conditions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER
LE PRÉSIDENT