

DROIT DE L'INFORMATION

Matthieu Berguig, Pierre Breese et Gilles Vercken

A.D.B.S. | « Documentaliste-Sciences de l'Information »

2013/2 Vol. 50 | pages 16 à 21

ISSN 0012-4508

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-documentaliste-sciences-de-l-information-2013-2-page-16.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour A.D.B.S..

© A.D.B.S.. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

droit de l'information

[**données personnelles**] Après une remarquable stabilité de presque trois décennies, la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978, après une révision en 2004, va connaître à nouveau un bouleversement, le second en dix ans. Contrainte par l'accélération des pratiques – notamment dans le domaine de la publicité comportementale – l'Union européenne va adopter des mesures susceptibles d'avoir un impact sur nos pratiques professionnelles. Un article pour faire le point.

Vers la consécration du droit à l'oubli numérique

Le droit des données à caractère personnel va sans nul doute évoluer profondément après l'adoption prochaine d'un règlement communautaire¹ destiné à moderniser la directive du 24 octobre 1995², transposée en droit français en 2004³. C'était cette directive qui avait instauré les principes d'*opt-in* et d'*opt-out*, désormais bien connus des professionnels de la prospection commerciale.

Depuis 1995, les pratiques ont évolué de manière substantielle et la Commission européenne, en la personne de Viviane Reding, vice-présidente et commissaire chargée de la justice, a souhaité que le droit reflète ces évolutions dans le sens d'une plus grande sévérité. Les bases de données personnelles sur Internet ont en effet atteint une taille critique, à tel point que l'on emploie désormais le terme barbare de *Big Data* pour qualifier ces masses d'informations collectées et traitées par des systèmes d'exploitation de plus en plus performants, capables de manipuler 2,5 trillions d'octets de données nouvelles chaque jour.

Si la proposition de règlement milite pour un accroissement des pouvoirs de sanction des autorités nationales⁴, elle renforce également des droits individuels pour garantir

la protection des données à caractère personnel de chacun. Parmi ces nouveaux droits figurent le droit à la portabilité des données (qui permet de proposer à un tiers d'exploiter des données collectées initialement par un autre responsable de traitement), un nouveau droit d'accès aux données ainsi qu'un droit à l'oubli numérique, déjà très commenté⁵.

Ce droit à l'oubli est la faculté offerte à toute personne de s'opposer à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'une exploitation, sans avoir à justifier de circonstances ou de raisons particulières.

Il devrait ainsi constituer un progrès notable au regard du droit d'opposition qui existe à l'heure actuelle en droit positif, même si son adoption a déjà été anticipée et en dépit des critiques qui se sont élevées contre lui.

Le droit à l'oubli, simple corollaire du droit d'opposition ?

Le droit à l'oubli est présenté par la Commission européenne comme une avancée majeure du droit des données à caractère personnel. Il instaure un droit à l'effacement des données qui avaient fait l'objet d'une

collecte avec ou sans le consentement de la personne concernée.

Le projet de règlement dispose ainsi le principe général selon lequel « *la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement de données à caractère personnel la concernant et la cessation de la diffusion de ces données, en particulier en ce qui concerne des données à caractère personnel que la personne concernée avait rendues disponibles lorsqu'elle était enfant* ».

Il énonce certains cas limitatifs où l'effacement des données pourra être sollicité, soit notamment lorsque :

- les données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées,
- la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement,
- le délai de conservation autorisé a expiré et qu'il n'existe pas d'autre motif légal au traitement des données,
- la personne concernée s'oppose au traitement des données à caractère personnel,
- le traitement des données n'est pas conforme à la réglementation sur les données à caractère personnel.

Le cas le plus intéressant est celui où « la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement ». Dans cette hypothèse, si une personne qui avait initialement consenti à ce que ses données à caractère personnel soient collectées et exploitées (*opt-in*) change d'avis et décide de s'opposer à ce traitement (*opt-out*), la personne chargée de l'exploitation des données devra les effacer, à moins qu'elle ne puisse invoquer l'une des exceptions suivantes :

- la demande d'effacement s'oppose à la liberté d'expression,
- la demande se heurte à des motifs d'intérêt général dans le domaine de la santé publique,
- la diffusion est réalisée à des fins de recherche historique, statistique et scientifique,
- l'exploitation procède d'une obligation légale de conserver les données.

Mais pourra-t-on invoquer le droit à l'oubli pour demander le retrait d'un article de presse relatif, par exemple, à une condamnation judiciaire ? En l'état, le projet de règlement ne règle pas explicitement le cas du « *casier judiciaire virtuel* », étant entendu que la liberté de la presse peut justifier que l'on fasse état d'une condamnation passée. Dans ce cas, il serait opportun, non pas d'effacer l'article ni même de le laisser en ligne en l'état, mais d'opter pour une voie médiane, en insistant sur la date initiale de publication ou en consacrant une obligation pour l'éditeur de presse de mettre à jour l'article en cas de relance.

Ce « *droit à l'oubli et à l'effacement* », selon la terminologie du projet de règlement, possède de nombreuses ressemblances avec le « *droit d'opposition* » actuel. Énoncé à l'article 38 de la loi Informatique et libertés, il permet à toute personne physique « *de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement* ».

À première vue, la différence entre les deux notions paraît mince. Mais, dans les faits, au droit d'opposition qui subsiste dans le texte

communautaire s'ajoute un nouveau droit d'opposition qui concerne des cas spécifiques (notamment en matière de marketing direct), alors que le droit à l'oubli qui présente un caractère général n'est pas cantonné à un domaine particulier ni même à une exploitation particulière.

L'opposition porte, en effet, sur un *traitement* tandis que le droit à l'oubli porte sur une *diffusion*, plus large. Ainsi, par exemple, la mention d'un nom dans un article de presse sera difficilement qualifiée de *traitement* alors qu'il s'agit d'un mode de *diffusion*.

Le droit à l'oubli complète ainsi les droits existants et permet de mieux contrôler ses données à caractère personnel.

Le droit à l'oubli, presque reconnu en droit français... et déjà contesté

Ainsi présenté, le droit à l'oubli numérique paraît novateur. Son champ d'application très large et sa force de frappe potentielle ont même motivé une anticipation de son adoption en droit français.

Dès 2009, les sénateurs Yves Détraigne et Anne-Marie Escoffier avaient déposé une proposition de loi « *visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique* » prévoyant un droit à l'oubli qui prenait la forme d'un droit d'opposition élargi, aux contours plus stricts que le texte communautaire.

La jurisprudence a paru consacrer le droit à l'oubli par le biais d'une ordonnance de référé du Président du tribunal de grande instance de Paris du 15 février 2012, par laquelle il a été fait injonction à Google de désindexer des pages menant vers une vidéo à caractère pornographique, réalisée par une demoiselle dans sa prime jeunesse⁶. Cette suppression était fondée sur la notion de trouble manifestement illicite, en l'occurrence l'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'intéressée.

La Cnil n'a pas non plus hésité à invoquer cette notion en présentant sur son site Internet une délibération par laquelle elle a sanctionné

une association qui diffusait sur Internet des décisions de justice non anonymisées⁷.

En l'état actuel, le droit à l'oubli existe donc bien, mais il infuse le droit positif plus qu'il ne se lit dans une disposition légale spécifique. Il ne fait donc aucun doute que le projet de règlement communautaire constitue une innovation en la matière.

Pour autant, l'on peut regretter une instauration *a minima* de ce droit, alors que des voix se sont élevées en faveur de la consécration des principes de *Privacy by Design*, en vertu desquels tout produit technique doit prendre en compte, dès sa conception, le droit de chacun de voir ses données personnelles stockées et exploitées en toute sécurité, associé à la possibilité de les supprimer aisément.

En l'état du projet, le droit à l'oubli suppose à nouveau une demande formulée à un tiers, responsable de traitement, ce qui pourrait limiter l'effectivité pratique de cette nouvelle prérogative. Il est en effet souvent impossible d'identifier l'éditeur d'un site Internet ou de contacter un éditeur situé à l'étranger. Ce projet de règlement ne doit pas donc tromper sur les inévitables limites du droit à l'oubli.

Il est intéressant de relever que d'aucuns se sont élevés contre ce projet, au motif notamment qu'il menacerait les archives. L'association des archivistes français (AAF) a mis en ligne une pétition contre le projet qui a recueilli plus de 40.000 signatures d'opposants à « *l'amnésie collective programmée* » de l'Europe. Cette inquiétude rejoint celle des moteurs de recherche, qui pourraient être contraints de *déréférencer* certains contenus alors que leur fonctionnement repose sur un modèle automatisé.

On le voit, les discussions sur le droit à l'oubli ne sont pas près de se faire oublier. •

Matthieu Berguig
Avocat associé du cabinet Redlink
berguig@redlink.fr

1 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_fr.htm?locale=fr

2 Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

3 Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

4 Dont la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

5 V. not. M. BERGUIG et C. THIERACHE, « L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? », *Lamy Droit de l'immatériel*, juillet 2010, n° 62, p. 34 et s.

6 TGI Paris, Ord. Réf., 15 février 2012, Diana Z. c. Google

www.legalis.net.
7 CNIL, délibération n° 2011-238, formation restreinte, 12 juillet 2011 www.cnil.fr

[**prospective**] Le brevet, indicateur d'innovation, permet aussi d'attaquer des concurrents voire, par la seule menace de procès, représenter pour certains une source financière juteuse. Avec le brevet communautaire nouvellement créé, verra-t-on se développer en Europe les *patent trolls*, ces sociétés parasites qui prospèrent aux États-Unis dans un système juridique qui leur est favorable ? Dispose-t-on de moyens pour contrer ce phénomène ?

Les patent trolls, des parasites de l'innovation



innovation est la clé du développement et de la pérennité des entreprises industrielles. La compétition mondiale ne concerne plus seulement la production avec l'émergence de pays à bas coûts de main d'œuvre ; elle touche aussi l'innovation. La Chine a rejoint le trio de tête des déposants mondiaux de brevets et, de façon générale, on note un accroissement du nombre de brevets déposés. Cet indicateur du dynamisme créatif montre l'intensité de la volonté d'appropriation des inventions pour conforter des positions commerciales durement acquises.

Pour la plupart des entreprises, la politique de dépôt de brevets est défensive : elle doit être suffisamment dissuasive pour que la production et l'activité commerciale ne soient pas affectées par les menaces émanant de brevets détenus par des concurrents. C'est la logique de la paix armée. Pour des start-up et des organismes de recherche publique, les brevets serviront surtout à identifier leurs actifs et à structurer des partenariats ou des transactions technologiques.

Quelle que soit sa taille, une entreprise industrielle déclinera généralement la judiciarisation des affaires, assimilée à un détournement de ses missions essentielles. Un contentieux étant souvent perçu comme un échec, quel qu'en soit l'issue, le procès en matière de brevets reste rare et résulte alors de circonstances accessoires (ego de dirigeants refusant de trouver un

compromis économique acceptable, volonté de créer un rapport de force pour freiner le développement d'un concurrent, comme dans le litige opposant Nespresso à Sara Lee, Seb à DeLonghi, ou Apple à Samsung).

L'apparition des *patent trolls*

Dans ce monde concurrentiel rude sont apparues dans les années 2000 des *patent trolls* ou *non practicing entities*. Le modèle économique de ces sociétés qui n'ont pas d'activité industrielle et souvent pas d'activité de R&D, consiste à agréger des grappes de brevets denses autour d'une thématique technologique ayant atteint une maturité technologique et commerciale avec, si possible, un nombre raisonnable de concurrents.

Fort d'une telle grappe de brevets, le *patent troll* propose aux entreprises industrielles du secteur concerné de régulariser leur situation par un accord de licence. Cette démarche de *stick licensing* (négociation de licence sous la menace d'une action judiciaire en contrefaçon) est favorisée aux États-Unis par le coût considérable des actions judiciaires. Pour une action en contrefaçon de brevets simple, les frais initiaux pour la période dite de *discovery*¹ atteignent une centaine de milliers de dollars par semaine. Pour des litiges mettant en cause plusieurs dizaines voire centaines de brevets, les coûts deviennent faramineux. En outre, l'entreprise doit alors consacrer ses

meilleures compétences, ressources et moyens à la conduite du litige, au détriment de son développement. Et, dans le cas où l'un des brevets de la grappe serait enfreint, les montants parfois extravagants des dommages et intérêts dissuadent définitivement de prendre le risque d'une voie judiciaire.

La simple étude du bien-fondé de la position du *patent troll* peut impliquer un effort excessif : analyser la portée et la validité de plusieurs dizaines de revendications, de plusieurs centaines de brevets dépassent la capacité des meilleures équipes d'experts en droit des brevets.

Le *patent troll*, de son côté, est largement doté en capital, ce qui rend crédible sa menace et sa capacité à conduire une action judiciaire, si nécessaire. De surcroît, il n'a pas à craindre d'action reconventionnelle², puisqu'il n'exerce aucune activité industrielle ou commerciale. Son seul risque est de voir certains de ses brevets invalidés ou jugés non contrefaits. Mais avec un portefeuille de plusieurs centaines de titres, il est fort probable qu'un des brevets au moins soit à la fois reconnu valable et opposable.

L'ampleur du phénomène aux États-Unis

En 2012, 62 % des plaintes déposées aux États-Unis pour violation de brevets l'ont été par des entreprises sans activité industrielle. Elles n'étaient que 29 % en 2010 et 45 % en 2011. Deux tiers

Les acteurs

Les principaux *patent trolls* (selon l'étude Patent Freedom³) : *Intellectual Ventures* avec un portefeuille de 10 000 à 15 000 brevets ; *Round Rock Research LLC* : 3428 ; *Interdigital* (dans le domaine du RFID) : 2576 ; *Tessera Technologies Inc* : 1267 ; *IPG Healthcare 501 Limited* : 1157 ; *Mosaid Technologies Inc* : 1151 ; *Rambus* : 998 ; *Acacia Technologies* : 833.

Les cibles principales. De 2008 à 2011. 1^{er} rang Apple : 115 plaintes ; 2^e Hewlett Packard : 113 ; 3^e Dell : 83 ; 4^e Sony : 83 ; 5^e AT&T : 82 ; 6^e Samsung : 81 ; 7^e Motorola : 79 ; 8^e HTC : 74 ; 9^e Microsoft : 73 ; 14^e Research in Motion : 64 ; 15^e Panasonic : 63 ; 16^e Google : 61 ; 17^e Toshiba : 55. •

des entreprises qui ont subi une action en contrefaçon ont été attaquées par des entreprises ayant déjà porté plainte à huit reprises au minimum auparavant.

Il s'agit principalement d'entreprises importantes dont une ponction même mineure conduit à des niveaux de redevances significatives. Mais 20 % des cibles sont des start-up venant de lever des capitaux, moins bien armées pour résister au *stick licensing* mais suffisamment solvables.

La constitution des portefeuilles

La taille et la cohérence du portefeuille de brevets sont la clé de l'efficacité des *patent trolls*. En dessous d'une masse critique d'une centaine de familles de brevets, la menace n'est pas suffisamment dissuasive pour convaincre une cible de conclure un accord plutôt que de prendre le risque d'une action judiciaire.

L'origine de ces brevets est variée. Beaucoup ont été acquis après l'éclatement de la bulle Internet. Ils peuvent aussi provenir de l'acquisition d'un portefeuille complet d'une société qui abandonne un secteur d'activité, parfois en raison de difficultés financières (par exemple Kodak), agrégé à des brevets acquis auprès de start-up technologiques, universités, etc.

Pour des brevets isolés, le prix d'acquisition est de l'ordre de 50 000 USD. Le développement des *patent trolls* a animé le marché des brevets, donnant des opportunités à certaines start-up. Il a aussi favorisé le développement de place de marché et de vente aux enchères de brevets, dont le succès reste toutefois modéré.

La situation en Europe

En raison de la fragmentation des territoires et des juridictions et des spécificités des systèmes judiciaires, le phénomène n'a pas pris la même ampleur en Europe.

Pour avoir un impact auprès d'une entreprise industrielle, il ne suffit pas de menacer ou d'engager une action judiciaire dans un pays de l'Union européenne : le risque financier, en cas de succès du *patent troll*, sera limité à des dommages-intérêts indemnitaires basés sur l'activité du pays considéré. Pour un impact comparable à celui des États-Unis en Europe, il faudrait engager un contentieux devant au moins 5 ou 6 tribunaux nationaux.

Par ailleurs, le système judiciaire européen est très différent. Le coût des procédures est très supérieur aux États-Unis : plusieurs millions de dollars pour une action en contrefaçon dans ce pays, tant pour le breveté que le contrefacteur présumé. Ces montants incitent les entreprises à trouver un accord amiable. En France, où les frais ne dépassent pas quelques centaines de milliers d'euros, il est plus facile pour une entreprise de résister à une démarche de *stick licensing*.

Par ailleurs, aux États-Unis, les indemnités financières octroyées par les tribunaux américains peuvent atteindre des montants astronomiques (plusieurs centaines de millions de dollars), en raison de leur caractère punitif. En France, les dommages-intérêts visent uniquement à réparer le préjudice, et n'ont jamais dépassé quelques dizaines de millions d'euros.

Néanmoins, de nombreuses entreprises, notamment dans le domaine des télécommunications, ont été menacées par des *patent trolls*, ce qui constitue une

préoccupation sérieuse pour les responsables brevets et les services juridiques. Pour l'instant, des réactions telles que des oppositions aux principaux brevets détenus par le *patent troll* ou des négociations raisonnables ont permis de maîtriser la situation.

Demain, la Cour européenne des brevets et le brevet à effet unitaire

Cette situation peut évoluer. Après près de 40 ans de tergiversations, la Commission et le Parlement européen ont adopté le principe d'un brevet à effet unitaire, opposable à une exploitation sur l'un quelconque des 25 États signataires, ainsi que la création d'une Cour européenne des brevets, qui pourra sanctionner une contrefaçon par une décision unique pour l'exploitation sur l'ensemble de ces 25 États.

Pour entrer en vigueur, les textes doivent être ratifiés par au moins 13 États dont la France, l'Angleterre et l'Allemagne, mais les freins aux *patent trolls* (fragmentation territoriale, disparité des systèmes judiciaires) disparaîtront, et il est probable que l'Europe deviendra un nouveau terrain de chasse.

Pour éviter ce fléau, il faudra que la future Cour européenne des brevets donne la possibilité au juge de moduler les sanctions des contrefacteurs, de durcir la lutte contre la contrefaçon de mauvaise foi et de défendre les entreprises innovantes, tout en limitant les effets d'aubaine conduisant des sociétés exclusivement financières à instrumentaliser la justice au profit d'une forme moderne de racket. La doctrine de l'abus de droit est également une voie pour freiner les dérives illustrées par les *patent trolls* américains. •

Pierre Breese

Président de Fidal Innovation,
expert près la cour d'appel de Paris
www.breese.eu / www.fidalinnovation.com
pierre.breese@fidalinnovation.com

1 Mécanisme qui, lors de la phase préliminaire au procès aux États-Unis, permet aux parties de réunir tous les documents dont elles pourraient avoir besoin chez la partie adverse pour apporter la preuve de leurs allégations devant le juge.

2 Situation dans laquelle le défendeur prend l'offensive, au cours du procès, en formant à son tour une demande ; la réponse du berger à la bergère, en quelque sorte...

3 Patent Freedom fournit des informations sur les *patent trolls*, afin de remédier à l'asymétrie d'informations. Depuis sa création, elle a identifié plus de 190 *patent trolls* comprenant près de 1 000 filiales détenant plus de 12 000 brevets.

[**protection**] Dans un contexte où les éditeurs de presse considèrent que leurs articles doivent être protégés par le droit d'auteur, un procès récent rappelle les conditions de cette protection et en souligne les limites. Mais d'autres droits peuvent alors s'inviter.

Liberté de citer *versus* contrefaçon ou parasitisme : quel équilibre ?

La réutilisation des articles de presse est devenue un problème récurrent aujourd'hui, notamment dans les rapports entre éditeurs de presse et les très nombreux sites et applications mobiles qui proposent, selon des modalités différentes, un accès aux informations contenues dans ces articles. D'une manière schématique, la question qui est posée est celle de l'équilibre entre la liberté de circulation de l'information - rattachée à la liberté d'expression - et la protection des investissements des éditeurs sur leurs contenus, que ce soit sur le fondement du droit d'auteur ou du parasitisme.

Les procès et conflits se multiplient. Si certains se terminent par un accord, d'autres vont devant les juridictions. Il est toutefois aujourd'hui bien difficile de prédire la position des juges. Dans cette perspective, la décision rendue par la cour d'appel de Paris le 9 novembre 2012 est topique.

Les faits sont simples : la société de Jean-Marc Morandini exploite un site qui est constitué de brèves autour de l'actualité des médias, dont le contenu est quasiment intégralement repris de médias tiers, soit en l'occurrence du magazine *Le Point*. L'hebdomadaire attaque le site en lui formulant essentiellement deux griefs : contrefaçon de droits d'auteur sur ses articles (en l'espèce huit articles) et faute au titre de la responsabilité civile (parasitisme). La cour rejette la contrefaçon mais retient le parasitisme, en condamnant le site au versement de 50 000 euros

de dommages et intérêts, sans toutefois prononcer l'interdiction demandée par *Le Point*.

Quel enseignement tirer de ce procès ?

Il est intéressant d'analyser le raisonnement suivi par les juges sur les deux axes essentiels débattus : le droit d'auteur et le parasitisme.

Rappelons que les deux fondements juridiques sont distincts : dans le cas du droit d'auteur, la reprise objective en tant que telle d'une œuvre protégée, sauf exceptions, est en soit condamnable, à défaut de prouver l'existence d'une autorisation. Dans le parasitisme, la charge de la preuve est inversée et l'analyse plus subjective : le principe repose sur la liberté du commerce et le plaignant doit prouver que la personne poursuivie a commis une « faute » génératrice d'un préjudice pour qu'il y ait condamnation.

De prime abord, une action fondée sur le droit d'auteur paraît donc plus aisée pour le titulaire de droits et pourtant...

Le droit d'auteur ne protège pas les articles de presse relevant du « savoir-faire »

Lorsqu'un titulaire de droits agit en justice, la première étape qu'il doit franchir est d'abord d'apporter la preuve que l'article sur lequel porte sa revendication est bien une œuvre protégée par le droit d'auteur : en d'autres termes que la forme choisie par le rédacteur de

l'article relève d'un apport créatif personnalisé, concept flou certes, mais réel. Il ne protège pas en revanche le fond, les idées portées par la forme. En l'espèce, la cour estime que l'hebdomadaire échoue à l'examen d'entrée dans la sphère du droit d'auteur : pour les brèves, « la teneur sans prétention littéraire ne permet pas à l'auteur, au demeurant inconnu, de manifester un véritable effort créatif lui permettant d'exprimer sa personnalité » et, « si le traitement du contenu relève d'un réel savoir-faire, ces articles et brèves ne sauraient cependant témoigner d'un véritable effort créatif et être considérés comme porteurs de la personnalité de leur auteur ».¹

Des reprises nombreuses sans investissements propres caractérisent un « pillage »

La société de Jean-Marc Morandini n'est pas pour autant sortie d'affaire : la cour estime ensuite que le site effectue « un pillage quasi systématique des informations, [...] qui sont nécessairement le fruit d'un investissement humain et financier considérable ». Ainsi, le « site adopte un comportement parasitaire lui permettant de tirer profit des efforts du journal le Point, [...] en tire un profit réel puisqu'elle bénéficie de nombreux encarts publicitaires [...] tendant à s'approprier sans développer les efforts intellectuels de recherches et d'études et sans les engagements financiers qui lui sont normalement liés » ce qui crée « un préjudice

économique certain ». La cour ajoute que les échanges « *aigres doux* » entre les deux parties « *traduisent l'exaspération de l'hebdomadaire à cet égard, révélatrice de l'étendue de son préjudice* ».

Les attendus de la cour sont sévères : elle adopte une approche très large du parasitisme en procédant par affirmations, et sans que les raisons invoquées n'emportent la conviction : le principe étant celui de la liberté de reprise, il aurait fallu caractériser un comportement subjectif fautif, ce que ne fait pas la cour qui se fonde sur la reprise objective des contenus en tenant pour principe que le journal a fait des investissements considérables. De même, l'argument des recettes publicitaires perçues par le site, qui relève du bénéfice tiré par le défendeur, est normalement distinct de l'analyse de la faute liée à la reprise d'informations. Enfin, un des critères retenus pour le préjudice - l'exaspération - relève davantage de la sphère de l'émotionnel que de la réalité économique.

Une leçon parmi d'autres à tirer de cette affaire : l'approche par le parasitisme est subjective, ce qui rend impossible la prévision de ce que décidera un juge en cas de procès. Voici peut-être la raison pour laquelle Google a préféré passer un accord provisoire avec certains éditeurs de presse pour éviter d'abord la rigueur de la loi, et ensuite l'exaspération potentielle et imprévisible des juges. •

Gilles Vercken
Avocat au barreau de Paris
gv@gillesvercken.com

¹ Une décision à mettre en perspective avec une décision antérieure du tribunal de commerce de Paris du 5 février 2010 qui avait jugé que des dépêches de l'AFP étaient originales au sens du droit d'auteur.