

GOOGLE ET LES NOUVEAUX SERVICES EN LIGNE : QUELS EFFETS SUR L'ÉCONOMIE DES CONTENUS, QUELS DÉFIS POUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ¹ ?

Alain STROWEL

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et à l'U.Lg.
Avocat au barreau de Bruxelles, Covington and Burling LLP

GOOGLE ET LES MOTEURS DE RECHERCHE modifient la façon dont les contenus (articles de presse, livres, films, etc.) sont rendus accessibles au public. Traditionnellement, la presse, les éditeurs de livres et les producteurs audiovisuels vendent ces contenus. Les services de recherche et de distribution en ligne offrent désormais des contenus en accès gratuit, ce qui concurrence les médias classiques. Cette économie du gratuit est largement financée par la publicité en ligne, notamment la vente de mots clés déclenchant l'apparition de liens publicitaires au profit des annonceurs. Après avoir présenté les ressorts de cette nouvelle économie des contenus, la contribution passe en revue les questions juridiques que posent les moteurs de recherche et autres services en ligne, en particulier en matière de propriété intellectuelle : les ventes de mots clés correspondant à des marques constituent-elles des atteintes à ces marques ? Les revues de presse en ligne sont-elles permises par le droit d'auteur ? Quelle responsabilité pour les sites de « contenus produits par les usagers » ? Comment envisager la numérisation des bibliothèques au regard du droit d'auteur ?

¹ Une version précédente de cette contribution (voir *J.T.*, 29/2007, pp. 589 et s.) a servi d'introduction générale au colloque organisé le 28 septembre 2007 dans le cadre de l'Académie Louvain par les Facultés universitaires Saint-Louis, les Facultés Notre-Dame de la Paix et l'U.C.L.

INTRODUCTION

L'affaire *Copiepresse c. Google*², qui a eu un retentissement bien au-delà de la Belgique³, a mis en évidence les défis que les nouveaux modes de distribution de l'information en ligne posent aux médias traditionnels. Depuis le milieu des années 1990, les journaux ont investi pour être présents sur Internet – non sans hésiter parfois, car les articles librement accessibles en ligne sont susceptibles d'affecter les recettes des ventes au numéro. Aujourd'hui, ils se voient concurrencés par les revues de presse des moteurs de recherche : celui qui veut s'informer sur Internet est en effet tenté de passer par des sites comme Google News⁴ ou Yahoo! News⁵, qui agrègent le contenu rédactionnel de multiples sources, plutôt que de visiter successivement les pages de plusieurs quotidiens en ligne⁶. À terme⁷, il pourrait en résulter un déplacement des revenus publicitaires au profit des moteurs de recherche et autres fournisseurs de services de localisation et de distribution de l'information en ligne.

Pour la presse écrite, la concurrence nouvelle de ces services en ligne relevant du «Web 2.0»⁸ s'ajoute donc à celle, plus ancienne, d'Internet. Va-t-on vers «une presse sans Gutenberg», pour reprendre le titre paradoxal (si l'on prend à la lettre le mot «presse») d'un essai

² On rappellera qu'il s'agit de l'action en cessation pour atteinte au droit d'auteur introduite par la société de gestion des droits des éditeurs de la presse francophone belge (Copiepresse) à l'encontre de la société Google. C'est en particulier le service d'actualités en ligne (Google News) qui est visé par l'action, laquelle a donné lieu à une ordonnance du 13 février 2007 du tribunal de première instance de Bruxelles (disponible en ligne sur www.copiepresse.be et www.droittechnologie.be). Voyez ci-après pour un commentaire de cette décision, publiée dans *A&M*, 2007/1-2, p. 107.

³ Cette affaire a été couverte par des journaux comme *The New York Times*, *Le Monde* et *The Guardian*. Pour un commentaire soulignant les enjeux de cette affaire pour Internet, voir TURNER, M. et CALLAGHAN, D., «You Can Look But Don't Touch! The Impact of the Google v. Copiepresse Decision on the Future of the Internet», *EIPR*, 2008, pp. 34-38.

⁴ La version francophone belge est accessible à l'adresse <http://news.google.be/>.

⁵ Voyez <http://news.yahoo.com/>.

⁶ En ce sens : BOMSEL, O., *Gratuit! Du déploiement de l'économie numérique*, Paris, Gallimard, Folio, 2007, p. 248.

⁷ Un site comme Google News ne propose pas de publicités, mais tente de devenir la page préférée des internautes en quête d'information. Lorsque la popularité de cette revue de presse en ligne aura atteint un certain seuil (lorsqu'un effet de réseau aura été enclenché), le modèle de Google News risque d'évoluer afin de «monétiser» cette popularité.

⁸ Le terme «Web 2.0», utilisé apparemment la première fois en septembre 2005 et devenu courant dans les médias, désigne «un complexe d'applications et de services récents sur Internet dont la nature nouvelle dessinerait, sinon une nouvelle économie, du moins une transition profonde des activités sur le réseau», mais le «Web 2.0» reste toutefois «mal ou peu défini» (CHANTEPIE, Ph., «Éléments d'économie du Web 2.0 : interfaces, bases de données, plates-formes», *Propriétés intellectuelles*, juillet 2007, n° 24, p. 285).

de Jean-François Fogel et Bruno Patino⁹? Au-delà des éditeurs de presse, les journalistes s'interrogent sur leur métier¹⁰ au moment où les «blogueurs», ces journalistes citoyens, alimentent de manière ininterrompue le flux d'informations sur la toile, un flux que captent et redirigent les services d'agrégation de l'information. Car, sur Internet, ce qui compte ce n'est pas l'information – elle est devenue une «commodité» au sens économique¹¹ –, c'est la gestion des flux et le contrôle du trafic. L'immensité d'Internet et «le nombre croissant de ses utilisateurs transforment les entreprises qui gèrent la navigation en géants, et celles qui produisent le contenu en nains»¹². On reviendra sur cette nouvelle donne qui secoue les médias et bouleverse l'économie du contenu.

Les patrons de presse et les journalistes ne sont pas les seuls à se poser des questions sur leur avenir.

La même société Google a lancé depuis quelques années un ambitieux programme de numérisation des livres et des fonds de bibliothèque, appelé aujourd'hui «Google recherche de livres», qui remet en cause la place des éditeurs de livres. Pas étonnant que plusieurs litiges aient été initiés par ces mêmes éditeurs¹³.

Mais l'offre de contenus ne s'arrête pas là : l'audiovisuel en ligne a connu un envol avec les sites de «réseau social» (*social networking*) et les «sites de contenus produits par les utilisateurs» (*user-generated websites*), à l'exemple de MySpace ou YouTube, lesquels ont fait l'objet d'acquisitions à prix d'or. Ainsi, YouTube a été racheté par Google en 2006 pour plus de 1,6 milliard USD afin de compléter l'offre de vidéo en ligne de «Google Video».

⁹ FOGEL, J.-Fr. et PATINO, B., *Une presse sans Gutenberg*, Paris, Grasset, 2005, 246 p.

¹⁰ «Et voici que l'innocente souris se transforme en arme létale. D'un coup de clic, un métier est sur le point de disparaître», écrivait Hervé Brusini, directeur à l'information sur France 3. Voyez www.lemonde.fr et la reprise d'extraits de cet article dans *La Libre Belgique* (30 mars 2007). Plus récemment, voir la page spéciale du journal *Le Monde*, 9 mai 2008.

¹¹ Pour les économistes, une «commodité» est «un composant de base sans valeur, même s'il reste nécessaire à la production d'un service» à valeur ajoutée : «grâce aux moteurs de recherche, l'internaute peut trouver les sites qui donnent gratuitement l'information [...] et ne pas s'attarder sur les sites qui la font payer. De fait, la valeur marchande de cette information substituable est, sur Internet, devenue égale à zéro» (FOGEL, J.-Fr. et PATINO, B., *op. cit.*, pp. 181-182 et 183).

¹² Tel est le constat de FOGEL, J.-Fr. et PATINO, B. (*op. cit.*, p. 68).

¹³ Par exemple, le litige ouvert en France en 2006 par le groupe La Martinière et le Syndicat national de l'édition. Voyez ci-après pour une présentation plus détaillée du projet et des réactions qu'il a suscitées.

Parce que Google a développé ces nouveaux services à un rythme sans précédent et avec davantage d'audace (et de moyens) que d'autres opérateurs, il s'est placé sous les feux de la critique¹⁴. Les actions en justice se sont multipliées. Il faut dire que Google semble prendre plaisir à tester les limites du droit¹⁵, notamment du droit des marques et du droit d'auteur (mais aussi de la vie privée ou de la protection des consommateurs).

Dans la seconde partie de l'article, l'on reviendra sur quelques-unes des multiples affaires suscitées par le dynamisme et l'activisme de Google et, plus généralement, sur les défis que les nouveaux services posent à la propriété intellectuelle.

Dans la première partie, l'on s'interrogera sur la nouvelle économie de l'accès gratuit au contenu, un accès qui alimente des services à valeur ajoutée.

I. LA NOUVELLE ÉCONOMIE DE LA DISTRIBUTION DES CONTENUS SUR INTERNET

A. LA GRATUITÉ DE L'ACCÈS AUX CONTENUS

Les informations, les livres, mais aussi les contenus audiovisuels sont donc rendus disponibles comme jamais auparavant sur le «Web 2.0». Ces nouveaux services qui, à l'instar de ceux offerts par Google, fonctionnent selon une logique de plates-formes¹⁶ facilitent bien

¹⁴ Ces multiples critiques venant de tous bords sont résumées comme suit dans un numéro de la revue *The Economist*, dont la page de couverture (30 août 2007) titrait : «Who's afraid of Google? : The list of constituencies that hate or fear Google grows by the week. Television networks, book publishers and newspaper owners feel that Google has grown by using their content without paying for it. Telecoms firms such as America's AT&T and Verizon are miffed that Google prospers, in their eyes, by free-riding on the bandwidth that they provide; and it is about to bid against them in a forthcoming auction for radio spectrum. Many small firms hate Google because they relied on exploiting its search formulas to win prime positions in its rankings, but dropped to the Internet's equivalent of Hades after Google tweaked these algorithms. And now come the politicians. Libertarians dislike Google's deal with China's censors. Conservatives moan about its uncensored videos. But the big new fear is to do with the privacy of its users».

¹⁵ Voyez l'article du *New York Times* («We're Google. So Sue Us», 23 octobre 2006) citant J. ZITRAIN, professeur de droit à Oxford : «I think Google is wanting to push the boundaries.»

¹⁶ Selon la terminologie des économistes, un «marché à deux faces» (*two-sided markets*) se caractérise par le fait que des revenus peuvent être tirés de deux côtés, par exemple, un journal peut tirer des revenus des annonceurs et des lecteurs (ou au contraire offrir gratuitement le placement d'annonces ou distribuer gratuitement des exemplaires, compte tenu de la possibilité de tirer des revenus de l'autre «face» du marché). Sur ces marchés, la gratuité (d'un côté) peut donc cacher une stratégie de profit maximisé (de l'autre côté) : ainsi, l'augmentation

entendu l'accès aux contenus, ce dont on doit se réjouir. D'autant plus que le coût d'accès est – ou semble *a priori* – nul, en tout cas pour ceux qui disposent d'un ordinateur et bénéficient d'une connexion à Internet¹⁷. Cette nouvelle économie du «gratuit»¹⁸ repose en réalité sur des modèles alternatifs de financement et des jeux de subventions. Selon les explications d'un économiste, Olivier Bomsel : «Le gratuit, parce qu'il est désirable, est avant tout un instrument de création de marchés»; c'est «un investissement dont profite la firme qui sait lui associer d'autres utilités, grâce aux effets de réseau»; le lien entre gratuit et numérique «est fondé sur un mécanisme central appelé "effets de réseau" dont l'espace est non pas celui de l'offre, de la fonction de production, mais celui de la demande et de sa dynamique [...]. La recherche d'effets de réseau inverse le rapport des coûts et des prix, car l'accroissement d'utilité élève la valeur des biens [symboliques comme l'information] indépendamment de leurs coûts unitaires, lesquels peuvent, par ailleurs, baisser avec les quantités»¹⁹. Soyons plus concret : une société qui poursuit une stratégie de portail doit offrir un maximum d'informations utiles en accès gratuit sur ses pages afin de rallier les internautes; si le site devient la voie d'accès à Internet pour un grand nombre d'utilisateurs (si la page du site a, par exemple, été choisie comme celle qui s'ouvre par défaut lorsque le logiciel de navigation est activé), le prix des publicités placées sur cette page va s'envoler, puisqu'il est largement fonction du trafic engendré (et des clics des internautes sur ces publicités). Google a fait un pari un peu différent : il n'a pas misé sur une logique de portail d'accès, mais sur l'utilité de la recherche, la page www.google.com est devenue la voie privilégiée pour chercher

du lectorat d'un support gratuit permet de faire monter le prix des annonces. Voyez les travaux de ROCHET, J.-C. et TIROLE, J. «Platform Competition in Two-Sided Markets», *Journal of the European Economic Association*, 2003, vol. 1, n°4, pp. 990-1029, ainsi que les analyses dans le domaine des médias : SONNAC, N. et GABSZEWICZ, J. *L'industrie des médias*, La Découverte, Repères, 2006; CHANTEPIE, Ph. et LE DIBERDER, A. *Révolution numérique et industries culturelles*, La Découverte, Repères, 2005. Les stratégies des acteurs sur ces marchés bifaces sont complexes et obligent à interpréter de manière nouvelle les notions connues en pratiques de commerce (par exemple, les notions de «vente à perte» et de «concurrence déloyale»).

¹⁷ On oublie parfois ce coût caché qui reste un sérieux obstacle à la pénétration d'Internet dans certains milieux et en tout cas dans les pays du Sud, d'où notamment les projets d'ordinateurs à 100 USD alimentés sans courant électrique, à la seule force du bras.

¹⁸ Voyez l'ouvrage déjà cité de *Gratuit! Du déploiement de l'économie numérique*, Paris, Gallimard, Folio, 2007. Pour un essai critique à l'encontre du gratuit et révélateur du malaise des producteurs traditionnels de contenus, voyez OUVENNES, D. *La gratuité, c'est le vol*, Paris, Grasset, 2007, 132 p.

¹⁹ BOMSEL, O., *op. cit.*, pp. 255, 258 et 29.

l'information sur Internet²⁰. La supériorité du moteur de Google ayant convaincu des millions d'internautes, il est devenu possible de monétiser cette utilité gratuite (gratuité pour l'utilisateur) à travers le système des ventes de mots clés²¹ associés aux requêtes (financement par des annonceurs).

Pour beaucoup d'opérateurs du «Web 2.0», le gratuit qui a ouvert un marché porté par des effets de réseau du côté de la demande s'appuie essentiellement sur un modèle de financement par la publicité. Rien de nouveau au modèle du «tiers payant» (au profit des utilisateurs) : on connaît, par exemple, depuis longtemps les médias gratuits (tels que les supports qui offrent principalement des annonces immobilières ou d'emploi), qui sont financés par les annonceurs, non par les lecteurs. Plus le contenu de ces médias gratuits est attrayant, plus le lectorat s'agrandit, ce qui, à son tour, permet de relever les prix des annonces. La même logique est à l'œuvre sur Internet, mais les nouveaux services en ligne surprennent toutefois tant par leur échelle et la quantité de contenus rendus accessibles que par le confort et la rapidité d'accès qu'ils offrent. La course vers le gigantisme dans la gestion de l'information (qu'il s'agisse des contenus de millions de livres [Google recherche de livres] ou des petites annonces [eBay]) s'explique par les puissants effets d'entraînement faisant augmenter la valeur du service proportionnellement à l'échelle, à la pertinence et au dynamisme des informations acheminées en ligne.

Ces nouveaux services interpellent les mécanismes classiques de régulation des marchés de l'information et des contenus, à commencer par les propriétés intellectuelles. L'économie traditionnelle des contenus repose sur l'accès payant pour l'utilisateur, un accès que protègent les droits intellectuels, tout spécialement le droit d'auteur, mais aussi une foule d'autres mécanismes privatifs plus ou moins garantis par le droit (contrôle par la propriété de l'accès à une salle de projection de films, mesures techniques de protection des supports CD, etc.). La stratégie classique vise donc, non pas – comme on le pense souvent –, à verrouiller l'accès, mais à conditionner l'accès à un paiement, lequel rémunère les créateurs et les intermédiaires. Ce système de rémunération garanti par la propriété intellectuelle est sérieusement remis en cause par les nouveaux services en ligne.

²⁰ D'ailleurs, beaucoup d'internautes n'utilisent plus, comme aux débuts d'Internet les «signets» de leur navigateur reprenant leurs pages de prédilection.

²¹ Voyez ci-après, sous B, pour une présentation du système et des problèmes qu'il engendre.

B. LE FINANCEMENT PAR LA PUBLICITÉ CIBLÉE AU COEUR DU NOUVEAU MODÈLE ÉCONOMIQUE

Le modèle économique des services de recherche, qu'il s'agisse de Google, Yahoo! ou Microsoft, repose sur un système de publicité ciblée. Pour Google, il s'agit principalement du produit AdWords. Les usagers du système AdWords sont des annonceurs qui souhaitent augmenter le trafic vers leur site afin de vendre leurs produits ou services. Ces annonceurs «achètent» des mots clés aux enchères, ce qui leur garantit que, si des internautes tapent ces mots clés dans la fenêtre du moteur de recherche Google, des publicités vers leur site apparaîtront automatiquement sous l'intitulé «liens commerciaux» ou «liens sponsorisés» (*sponsored links*)²². Ces annonces automatisées n'indisposent en général pas les usagers du moteur de recherche, car les publicités se présentant sous la forme d'hyperliens vers les sites des annonceurs sont (habituellement) séparées des recherches dites «organiques» (répondant à la requête). Par exemple, elles sont séparées par une fine ligne verticale sur la page de résultats de Google. Elles ne sont donc pas intrusives pour l'utilisateur²³, contrairement à certaines bannières publicitaires et fenêtres intruses (*pop-up window*), qui surgissent sur les classiques portails d'accès²⁴. Un service de recherche similaire est donné en licence par Google aux éditeurs de sites tiers et à d'autres services de recherche en ligne, parmi lesquels AOL, Netscape, Shopping.com, Ask.com (dans ce cas, ces sites utilisent le moteur de Google).

²² Parfois, des liens commerciaux se retrouvent également mêlés à la liste de sites que le moteur de recherche a lui-même identifiés comme répondant à la demande de l'internaute. La difficulté de faire la différence entre les liens «sponsorisés» et les liens obtenus à travers l'algorithme du moteur de recherche explique la préoccupation de certains organismes de régulation et de protection des consommateurs (voyez *infra*).

²³ On notera toutefois que des liens commerciaux apparaissent maintenant en tête et à gauche sur la page de résultats d'une recherche sur Google (sur un fond légèrement coloré, afin de les distinguer quelque peu des résultats considérés comme neutres ou «organiques», selon la terminologie des moteurs de recherche). Ceci constitue une forme encore mineure de «pollution publicitaire» (pour un exemple à l'attention du juriste belge, tapez «moniteur belge» dans le moteur de recherche et vous aurez (en août 2007) un premier lien vers un site commercial qui n'a aucun rapport avec le site du ministère de la Justice sur lequel on trouve le *Moniteur belge*).

²⁴ L'attractivité de la page d'accueil du moteur de recherche Google tient à son style dépouillé : plutôt que de «bourrer» la page d'accueil avec des publicités et des informations, à l'instar des grands portails d'accès, la «page blanche» du moteur de recherche a contribué au succès de Google.

En 2006, le système AdWords représentait plus de 98% des 10,6 milliards de dollars de revenus produits par Google²⁵. L'on estime par ailleurs que le marché de la publicité sur Internet atteindra 70 milliards USD en 2010, soit 10% du marché publicitaire total²⁶. La part relative du marché publicitaire sur Internet continue à grandir par rapport aux autres formes de publicités dans les médias papier ou audiovisuel. De plus, les données économiques récentes indiquent que la publicité pour les recherches (*search advertising*) est le segment du marché de la publicité sur Internet qui a le taux de croissance le plus important²⁷. Les revenus publicitaires liés aux ventes de mots clés sont donc appelés à croître fortement²⁸.

L'accès gratuit aux contenus qu'offrent les nouveaux services en ligne semble ouvrir de nouveaux marchés publicitaires (tout spécialement celui des mots clés), sans que les producteurs des contenus participent nécessairement et directement à cette manne publicitaire en expansion. À la lumière de ces données économiques, l'on comprend la nervosité des médias traditionnels et la tentation de recourir au droit pour se protéger contre une nouvelle concurrence.

II. LES QUESTIONS JURIDIQUES

Les questions juridiques posées par Google (et d'autres moteurs de recherche) sont multiples. On en énumère quelques-unes sous le point A avant de traiter des principales questions en propriété intellectuelle sous le point B.

²⁵ Voyez SMITH, T. T., *Google's Court Battle Over Sponsored Links Program*, IP Law 360, 16 août 2007.

²⁶ BOMSEL, O., *op. cit.*, p. 244, qui s'appuie sur des études de la banque J.P. Morgan et d'Universal McCann.

²⁷ *Financial Times*, 14 mars 2007 (article consacré à l'*Internet advertising*).

²⁸ Mais il ne faut pas négliger les autres marchés et formes publicitaires sur Internet. Ainsi, Google opère aussi avec le système «AdSense (for Content)». Dans ce cas, Google fournit automatiquement des publicités ciblées pour l'éditeur d'un site Web, lesquelles sont directement fonction du contenu du site. L'éditeur du site touche une partie des revenus publicitaires produits chaque fois qu'un internaute clique sur l'une de ces publicités ou les imprime (coût par clic ou coût par impression). Beaucoup de petits sites Web participent à ce système, mais aussi quelques grands acteurs des médias, tels qu'AOL et le *New York Times*. D'autres formes de publicités sont expérimentées par Google pour monétiser l'accès au contenu audiovisuel gratuit qu'il offre. Ainsi, Google a dévoilé un nouveau format de publicités vidéo pour son site YouTube (voyez *Financial Times*, 22 août 2007, «Google unveils YouTube advertising format»), au moment même où Google décide d'arrêter de vendre des shows télévisés sur son propre site vidéo (abandon du modèle de la licence reposant sur un contrôle d'accès et la propriété intellectuelle). Voyez LEVY, A., (*San Jose Mercury News*), «Google to stop selling TV downloads on video site», 11 août 2007 (disponible sur www.siliconvalley.com).

A. RÉGULATION DES MOTEURS DE RECHERCHE ET PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE, DES CONSOMMATEURS ET DE LA CONCURRENCE

Le bon fonctionnement des autres moteurs de recherche oblige à collecter une quantité impressionnante de données sur les internautes assurant que les publicités (déclenchées par les requêtes de recherche) correspondent aux préférences des usagers, par exemple, des informations sur les sites visités par les internautes. Ces données de navigation sont susceptibles d'être protégées comme données personnelles, ce qui explique le dialogue approfondi que Google et d'autres moteurs de recherche ont depuis quelque temps avec les autorités compétentes en matière de vie privée, et notamment avec le Groupe de travail en matière de protection des données personnelles de l'article 29 (mis en place par la directive communautaire 95/46/EC)²⁹. Le 4 avril 2008, ce Groupe a rendu un intéressant «Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche», qui pointe les questions de vie privée qui se posent³⁰. D'autres services (par exemple, ceux de «mapping», à l'instar de Google Earth ou Street View) sont aussi susceptibles de poser des questions de vie privée³¹.

La protection des consommateurs justifie l'action en justice ouverte en juillet 2007 par l'autorité australienne compétente en matière de concurrence et de protection des consommateurs, laquelle entend interdire à Google de publier des résultats de recherche qui ne distinguent pas suffisamment les liens commerciaux et les résultats dits «organiques» des recherches, une telle pratique étant à même de créer la confusion auprès des consommateurs³². La question de l'identification de la publicité avait déjà fait l'objet, en 2001, d'une prise de position de la *Federal Trade Commission* américaine, qui, après avoir constaté que plus de 60% des internautes ignoraient que certains résultats de recherche proviennent de mécanismes payants, avait recommandé aux outils de recherche visés par la plainte «de clairement distinguer les liens

²⁹ Sous la pression, Google s'est engagé à «rendre anonymes» les données des recherches (*search logs*) stockées plus de dix-huit mois sur ses serveurs. Voyez le courrier du 16 mai 2007 adressé par ce Groupe de travail de l'article 29 au responsable de Google en matière de vie privée (disponible sur : http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/news/index_fr.htm).

³⁰ Voir http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2008_fr.htm.

³¹ Voir, par ex., l'action de Privacy International au Royaume-Uni, qui s'alerte de la possibilité de prises de photos de rue permettant d'identifier des individus (voir le compte rendu de la BBC, «Google faces "Street View" block» sur <http://newsvote.bbc.co.uk>).

³² Voyez le *Sydney Morning Herald*, 12 juillet 2007 («ACC takes Google to court»).

“sponsorisés” des autres résultats et de mettre à la disposition des utilisateurs une information claire concernant les facteurs influençant l’apparition des liens au sein des résultats de recherche»³³.

Une autre question de protection de la concurrence et des consommateurs s’est posée à la suite de l’annonce par Google, en 2007, de l’acquisition de la société DoubleClick, spécialisée en publicités pour pages Web (*display ads*). Cette fusion annoncée avait conduit une série d’organisations, notamment de consommateurs et d’opérateurs dans la publicité en ligne, à demander avec insistance aux autorités de concurrence de vérifier si cette acquisition ne risque pas de porter atteinte à la concurrence sur le marché de la publicité en ligne³⁴. Le 11 mars 2008, la Direction générale Concurrence de la Commission annonçait, après une enquête approfondie initiée en décembre 2007, que la fusion pouvait se faire, car il n’était pas avéré qu’elle pourrait «avoir un effet préjudiciable sur les consommateurs³⁵». Dans son communiqué, la Commission a pris le soin de souligner que la décision d’autoriser la fusion «n’a aucune incidence sur les obligations de l’entité issue de la concentration découlant de la législation communautaire concernant la protection des personnes et la protection de la vie privée dans le cadre du traitement des données à caractère personnel». D’autres pratiques pourraient donner lieu à application du droit de la concurrence, par exemple, si un comportement discriminatoire dans le classement des résultats des recherches était établi³⁶.

Une autre question fondamentale de régulation des moteurs de recherche est de savoir si les résultats «organiques» (par opposition aux liens «sponsorisés») sont le produit ou non d’une formule objec-

³³ PILOT DE CORBION, S., «La responsabilité des fournisseurs d’outils de recherche sur Internet», D.A.O.R., 2004, p. 23. Voyez aussi le site <http://www.ftc.gov> et les diverses pages consacrées à ce sujet.

³⁴ Voyez, par exemple, la lettre du 27 juin 2007 du Bureau européen des consommateurs (B.E.U.C.) adressée à madame N. KROES, commissaire européen à la concurrence (disponible sur le site www.beuc.org) et la requête introduite le 2 août 2007 auprès de l’autorité canadienne en matière de concurrence (*Commissioner of Competition*) par la «Clinique d’intérêt public et de politique d’Internet du Canada» (C.I.P.P.I.C.) rattachée à l’Université d’Ottawa (disponible en ligne sur www.cippic.ca). En effet, selon ces sources, Google (avec son système AdWords) disposerait d’une part de marché en croissance constante qui s’élèverait actuellement à plus de 60% sur le marché des publicités pour recherche (*search ads*). Sur le marché connexe des publicités insérées sur site (*display ads*), la part de marché de DoubleClick serait de plus de 60%, celle de Google (avec son système AdSense) de plus ou moins 25%; après l’acquisition envisagée, l’entité combinée disposerait de près de 90% sur ce second marché.

³⁵ Voir le communiqué de presse IP/08/426 de la Commission : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/426>

³⁶ Voir l’article de VAN DER BEEK, A., «Zoekmachines, een tour d’horizon van mogelijke mededingingsrechtelijke aspecten», *Computerrecht*, 2008, pp. 27-35.

tive. Dans le cas de Google, les résultats sont déterminés par le célèbre algorithme de recherche PageRank, développé par les fondateurs de Google et lui-même protégé par brevet³⁷. En principe, les listes de liens «organiques» et leur rangement sur les pages de Google ne sont pas déterminés par des paiements en provenance des éditeurs de sites voulant apparaître en tête des recherches³⁸, contrairement à certains modèles «biaisés», qui avaient été utilisés dans les années 1990. Toutefois, on ne peut ignorer les pratiques commerciales consistant à faciliter un rapide et bon placement³⁹. Les fondateurs de Google, Sergey Brin et Lawrence Page, aujourd'hui milliardaires, reconnaissent eux-mêmes (avant l'entrée en bourse de Google) que les moteurs de recherche reposant sur la publicité «sont de manière inhérente biaisés⁴⁰».

En outre, le même problème de placement se pose pour les liens commerciaux en marge des résultats organiques⁴¹. Des questions de concurrence peuvent se poser à cet égard. En France, le Conseil de la concurrence⁴² a considéré qu'*a priori*, la pratique de payer pour acheter des mots clés n'était pas anticoncurrentielle, étant entendu que l'on ne peut s'attendre à ce que les moteurs de recherche produisent des listes de résultats exhaustifs et objectifs. Selon lui, «la fonction d'annuaire ou de moteur de recherche sur Internet ne peut

³⁷ Voyez VISE, D.A., *The Google Story*, Pan, 2005, pp. 50-51.

³⁸ Voyez http://www.google.com/intl/en_extra/technology/index.html (visité le 23 août 2007) : «Google does not sell placement within the results themselves (i.e., no one can buy a particular or higher placement)».

³⁹ Ainsi, Sophie PILOT DE CORBION (*op. cit.*, p. 16) distingue : «a) La soumission payante. Ce mécanisme permet, en échange d'une contribution financière, d'accélérer la prise en compte d'un site par un annuaire, sans garantie d'aucune indexation de celui-ci [...] b) Le référencement payant à proprement parler et l'inclusion payante (*paid inclusion*). Ce mécanisme permet au titulaire d'un site de s'assurer, moyennant finance, de l'indexation de son site au sein d'un outil de recherche, sans toutefois obtenir une garantie sur une position particulière du lien pointant vers son site parmi les résultats de recherche. c) Le positionnement payant (*paid placement*). Il s'agit du mécanisme par lequel un titulaire de site achète à un outil de recherche une position sur un mot clé ou une combinaison de mots clés de façon à garantir un positionnement en tête de résultat pour une recherche lancée sur cet outil concernant ces termes.»

⁴⁰ BRIN, S. et PAGE, L., *The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine*, Computer Science Department of Stanford University, 2000, cités par BRACHA, O. et PASQUALE, Fr., *Federal Search Commission? Access, Fairness and Accountability in the Law of Search*, 2007, p. 19, note 67, disponible sur www.ssrn.com (ces auteurs renvoient à l'adresse <http://infolab.stanford.edu/~backrug/google.html>).

⁴¹ Voyez l'article du *Financial Times* du 11 juillet 2007, qui souligne que, de plus en plus, Google et ses rivaux tiennent compte de multiples facteurs pour classer les liens commerciaux. Les modes de classification de ces liens commerciaux, eux-mêmes devenus plus nombreux, paraissent opaques aux annonceurs.

⁴² Décision 2000-D-31 du Conseil français de la concurrence, 9 juin 2000, BOCC, 25 juin 2000, p. 422; disponible sur www.juriscom.net.

être tenue pour indispensable à la rencontre de la demande émanant du consommateur et l'offre de produits et services vendus sur Internet [...] l'exercice de la fonction de guide de recherche sur Internet n'implique pas d'obligations [...] sur l'adoption de méthodes particulières de classement des sites, obligations très lourdes qui iraient à l'encontre d'une politique commerciale librement choisie garante de l'exercice effectif de la concurrence».

La meilleure pertinence (objectivité?) de la recherche sur Google a, dans un premier temps, fait son succès, et ce succès, se traduisant dans des effets de réseau, a permis d'engranger dans un deuxième temps d'énormes recettes publicitaires. Dans le système de classement de Google, ce n'est en tout cas pas l'occurrence d'un terme qui, seule, décide du classement d'un site, ce qui a été le cas de certains moteurs. Le référencement sur la base de l'occurrence de termes a en effet créé une série de « pollutions », certains gestionnaires de sites truffant leur site de mots recherchés par les internautes (notamment dans le code HTML et les balises Méta⁴³) afin de détourner du trafic Internet. Google estime que le système naturel de PageRank est « démocratique », puisque le classement est basé sur une cote de popularité, un lien d'un site A vers un site B étant considéré comme un « vote » pour B. Dans l'algorithme de recherche de Google, la popularité de certains sites (venant en tête dans les listes produites) résulte aussi de l'interprétation des votes/hyperliens vers ce site (la priorité d'un site tient, par exemple, compte de la popularité du site ayant « voté » pour lui/placé un lien vers lui)⁴⁴. Ce faisant, l'algorithme PageRank amplifie probablement les effets de réseau de la popularité, ce qui permet de faire payer très cher certains mots clés associés à des recherches courantes. Ce système de classement ne permet pas non plus d'empêcher les pratiques biaisées de certains opérateurs de site. Ainsi, BMW Allemagne a, par le passé, inséré dans les pages de son site des mots très populaires auprès des internautes, afin de se placer en tête des recherches sur Google et d'aug-

⁴³ Voyez à ce propos : Prés. Comm. Bruxelles, 15 octobre 1999, *Computerrecht*, 2000, p. 245, et A&M, 2000, p. 290 (*Belgacom c. Intouch Telecom Belgium*), Prés. Comm. Anvers, 16 mars 2000, confirmé par Anvers, 9 octobre 2000, A&M, 2001/2, p. 287 (*Eurosense Belfotop c. Aerospace International Surveys*). Un juge belge a considéré qu'en cas de placement d'une balise Méta consistant en une marque, ce n'est pas le moteur de recherche qui est responsable, mais l'opérateur du site l'ayant inséré (Prés. Comm. Bruxelles, 4 février 2002, *Resiplast c. Resin*, disponible sur www.droittechnologie.org).

⁴⁴ Voyez http://www.google.com/intl/en_extra/technology/index.html (visité le 23 août 2007).

menter la fréquentation de son site. Considérant qu'il s'agissait d'une atteinte à sa charte de qualité, Google a réagi en rétrogradant BMW au niveau zéro de popularité, une sanction capitale (dans le monde de la recherche en ligne) communément appelée la *Google death penalty*, ce qui fait penser que Google est le «gouvernement d'Internet». «Être ou ne pas être (sur Google)»⁴⁵ est effectivement devenu une question «existentielle» pour les entreprises et ceux qui veulent être reconnus sur Internet et au-delà.

Plus généralement, toutes ces questions touchent à la responsabilité des moteurs de recherche⁴⁶, une responsabilité dont les contours ne sont pas encore bien arrêtés par le droit. Certains invoquent l'automatisme de la recherche par algorithme pour échapper à certaines responsabilités, d'autres considèrent au contraire que, à l'instar d'autres médias, les moteurs de recherche font des choix éditoriaux afin de satisfaire leur audience⁴⁷.

B. QUESTIONS EN PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1. Le droit des marques

La vente de mots clés représente la «poule aux œufs d'or» pour Google (ce qu'on désigne en anglais par référence à un autre animal : un *cash cow*) : des restrictions légales de cette pratique risqueraient donc d'affecter la valeur en bourse de cette société⁴⁸. Le problème principal qui a été posé aux tribunaux, tant aux États-Unis qu'en France et ailleurs⁴⁹, est de savoir si l'association de la marque

⁴⁵ Pour reprendre le titre d'une carte blanche de X. WAUTHY (l'Echo, 10-12 mars 2007).

⁴⁶ Pour un intéressant tour d'horizon récent sur cette question, voyez BRACHA, O. et PASQUALE, Fr., *op. cit.*. Voyez aussi PÂQUET, T. «Manipulaties via zoekmachines – Weeft de spin haar *www*web?», A&M, 2007/3, pp. 235-244. Nous avons déjà abordé quelques-unes des questions liées aux hyperliens dans *Liaisons dangereuses et bonnes relations sur Internet : à propos des hyperliens*, A&M, 1998/4, pp. 296-308. Voyez aussi VERBIEST, T., «Entre bonnes et mauvaises références – À propos des outils de recherche sur Internet», A&M, 1999/1, pp. 34-49.

⁴⁷ GOLDMAN, E., *Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism*, 8 Yale J. L. & Tech. 188, pp. 195-196 : «Like any other media company, search engines simply cannot passively and neutrally redistribute third party content (in this case, Web publisher content);» «Like other media companies, search engines make editorial choices designed to satisfy their audience. These choices systematically favor certain type of content over others, producing a phenomenon called «search engine bias» (cité par BRACHA, O. et PASQUALE, F., *op. cit.*, pp. 4 et 21).

⁴⁸ Souligné par le professeur Goldman (Santa Clara University), lui-même cité dans un article du New York Times («We're Google – So Sue Us», 23 octobre 2006).

⁴⁹ Le site <http://www.linksandlaw.com> de S. Ott offre un relevé des nombreuses affaires judiciaires introduites. Il mentionne notamment les décisions allemandes, dont celle de février 2000 dans une affaire *Estée Lauder c. Excite*, qui avait interdit au moteur de recherche Excite.com

verbale (tapée par l'internaute dans le moteur de recherche) avec la publicité pour un concurrent (qui apparaît comme lien «sponsorisé» en marge ou au-dessus des résultats de la recherche)⁵⁰ constitue un usage contrefaisant de la marque. Le problème n'est pas mineur, car selon une étude de Forrester Research, 20% des recherches sur Google utiliseraient des signes protégés comme marques et engendreraient donc des centaines de millions de dollars en revenus publicitaires⁵¹.

a) États-Unis

Les juridictions américaines sont, depuis quelques années, très partagées sur la question de savoir si la vente ou l'achat de marques de tiers comme mots clés, afin de faire apparaître une bannière publicitaire, une fenêtre intrusive (*pop-up window*) ou un résultat lors d'une recherche automatisée par un moteur, constituent ou non une atteinte à ces marques, ou plus exactement si cette pratique commerciale constitue ou pas un «usage de la marque dans le commerce» au sens de la loi américaine en matière de marques (le *Lanham Act*)⁵². En effet, en cas de vente de marques à titre de mots clés, le signe distinctif du concurrent n'apparaît pas sur les produits ou dans la publicité⁵³ : seul l'internaute le fait apparaître lorsqu'il tape le signe protégé dans la fenêtre du moteur de recherche ; le reste du processus est automatisé et le signe n'apparaît (en principe) pas avec les liens «sponsorisés» associés à la requête. Autrement dit, les

d'afficher les liens publicitaires vers le site de vente en ligne iBeauty en cas de recherche sur les mots clés/marques «Estée Lauder», «Clinique» et «Origins» appartenant à la partie demanderesse (voyez Landgericht Hamburg, 16 février 2000, inédite). Les juridictions allemandes semblent sinon plutôt réticentes à condamner pour contrefaçon de marques (voyez aussi *Meta-spinner c. Google*, Hamburg Regional Court (Az. : 312 0 887/03; 312 0 324/04 (Preispiraten) cité par S. BLAKENEY, «Adverse to AdWords? – An Overview of the Recent Cases Relating to Google AdWords», *C.T.L.R.*, 2007, p. 85).

⁵⁰ Voyez ci-dessus pour une présentation du système des liens «sponsorisés».

⁵¹ Cité par SMITH, T. T., «Google's Court Battle Over Sponsored Links Program», *IP Law* 360, 16 août 2007, p. 2.

⁵² Voyez notamment ROMAN, N. et HAMILTON, H., «US Trademark Owners Secure Another Win... well sort of», *Trademark World*, novembre 2006, pp. 16-17.

⁵³ Les spécialistes du droit des marques, qui considèrent que l'usage d'une marque exige qu'elle soit perceptible (la perception du signe par le consommateur n'étant pas nécessairement visuelle, par exemple, pour les marques constituées d'odeurs ou de sons), concluent donc à l'absence d'atteinte à la marque en cas de vente de mots clés et autres usages invisibles sur Internet (voir, par exemple, BARRETT, M., *Finding Trademark Use : The Historical Foundation for Limiting Infringement Liability to Uses «in the Manner of a Mark»*, à paraître, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1155855>). Voir surtout le débat mené sur ce sujet entre G. DINWOODIE et M. JANIS (*Confusion Over Use : Contextualism in Trademark Law*), d'un côté, S. Dogan et M. Lemley (*Grounding Trademark Law Through Trademark Use*), de l'autre, dans la *Iowa Law Review*, juillet 2007, vol. 92, pp. 1597-1721.

ont toutefois consenti à une transaction en juillet 2008, ce qui nous prive d'une décision de principe sur le sujet.

Des différences sur le plan des faits expliquent pour partie les divergences d'interprétation du droit des marques dans ces affaires⁵⁹, mais il n'en demeure pas moins qu'une question de principe se pose qui devra être tranchée, le cas échéant, par la Cour suprême des États-Unis (ou résolue par un changement de la loi en matière de marques).

D'une certaine façon, la question est de savoir si on a affaire à une forme de publicité comparative, laquelle est largement autorisée aux États-Unis, ou si la correcte analogie est plutôt celle de la personne qui roule sur une autoroute, aperçoit un panneau annonçant à la prochaine sortie un McDonald's, prend cette sortie pour finalement découvrir un Burger King et achète quand même un hamburger parce qu'elle a faim⁶⁰. Si cette comparaison est correcte, alors il faut considérer qu'il y a une atteinte résultant de la confusion initiale, ou en tout cas que la pratique est déceptive et donc contraire aux pratiques honnêtes en matière commerciale.

Dans des termes plus juridiques, il s'agit de savoir si la confusion initiale pour le consommateur (créée par le panneau publicitaire ou le lien «sponsorisé») peut être interdite, même si, au moment ultérieur de l'achat, il n'existe en principe aucune confusion possible dans le chef du consommateur (question de savoir si la confusion «initiale» ou «avant achat» peut être constitutive de contrefaçon).

b) France

En France, de nombreuses décisions ont également été rendues à propos de la vente et de la création de mots clés correspondant à des marques enregistrées (ou à des dénominations sociales ou à des noms patronymiques de personnes célèbres)⁶¹. Dans sa contribution au présent volume, Sylvie Pirlot de Corbion revient de manière approfondie sur ce sujet.

⁵⁹ Ainsi, dans l'une des dernières affaires en date (*Hamzik v. Zale Corp.*, N.D. N.Y., n° 3 : 06-cv-1300 (19 avril 2007)), le lien «sponsorisé» faisait apparaître la marque (*dating ring*) avec le nom du défendeur (sous la forme *Dating-Ring-Zales*).

⁶⁰ Cette façon de présenter le problème m'a été suggérée par Graeme Dinwoodie, professeur à la Chicago-Kent School of Law.

⁶¹ Voyez les récents articles de synthèse : GOUTORBE, L. et HAAS, G., «Moteurs de recherche et liens sponsorisés – Irresponsabilité revendiquée ou e-responsabilité mal assumée?», *Legalis.net*, 2006-4, pp. 19-30; BLAKENEY, S., «Adverse to AdWords? – An Overview of the Recent Cases Relating to Google AdWords», *C.T.L.R.*, 2007, pp. 83-87.

Contrairement aux États-Unis, la grande majorité des décisions françaises⁶² ont condamné les moteurs de recherche assignés en justice, notamment Google, tantôt pour atteinte au droit des marques, tantôt pour fait de concurrence déloyale ou parasitaire, tantôt pour publicité trompeuse. La première décision ayant donné lieu à une décision publiée date de 2003⁶³; elle impliquait l'agence de voyages en ligne Viaticum, titulaire des marques «bourses des vols» et «bourse des voyages», qui avait assigné la société Google après avoir constaté que des requêtes à l'aide de ces marques produisaient, en marge droite, des liens commerciaux au profit de sites concurrents ayant adhéré au programme AdWords, mais aussi, en haut des résultats «génériques», l'adresse d'un site de voyage concurrent (il s'agissait d'un concurrent ayant adhéré au programme «*Premium Sponsorship*»). Le tribunal a retenu la contrefaçon de marque, considérant qu'il y avait un usage de la marque et avalisant en fait une conception très large de cette notion d'usage, du reste conforme à la jurisprudence française. Il n'est pas clair qu'il y ait un usage au sens habituel du droit des marques, car, en réalité, Google n'utilise pas dans le commerce des signes litigieux pour désigner des services similaires, ce qui serait susceptible de créer une confusion quant à l'origine de ceux-ci (d'ailleurs, le signe n'est lui-même pas visible dans les hyperliens). Un tel usage n'affecte pas la fonction d'indication de provenance, mais plutôt la fonction publicitaire de la marque, laquelle est en jeu lorsque le signe protégé est utilisé «à des fins autres que pour distinguer des produits ou des services, lorsque l'usage de ce signe sans juste motif tire indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée de la marque ou leur porte préjudice⁶⁴» (par exemple, dans un nom de domaine qui identifie un site, non des produits). Cette forme étendue de contrefaçon de marque, qui est expressément mentionnée dans l'article 2.20 (1) (d) de la Convention

⁶² Voyez notamment les décisions suivantes rendues en 2006 : T.G.I. Paris, 24 novembre 2006, *legalis.net*, 2006-4, p. 31 (*One Tel c. Google et Olfo*); Paris, 17 novembre 2006 (*Net Ultra c. AOL France*) disponible sur *www.juricom.net*; Versailles, 2 novembre 2006, *legalis.net*, 2006-4, p. 46 (*Overture c. Accor*); T.G.I. Paris, 31 octobre 2006, *legalis.net*, 2006-4, p. 62 (*Ilias c. Google et Helios service*); T.G.I. Paris (réf.), 11 octobre 2006, *legalis.net*, 2006-4, p. 78 (*Citadines c. Google Inc. et Google France*); T.G.I. Paris, 12 juillet 2006 (*Gifam et autres c. Google France*) disponible sur *www.juricom.net*; Paris, 28 juin 2006 (*Google France c. Louis Vuitton Malletier*), Nanterre, 23 mars 2006 (*Google c. Cnrrh*), T.G.I. Paris, 2 mars 2006 (*Hôtel Méridien c. Google France*) disponibles sur *www.legalis.net*.

⁶³ T.G.I. Nanterre, 13 octobre 2003, *R.D.T.I.*, 2004, n° 18, p. 109, note de S. PILOT DE CORBION.

⁶⁴ Pour reprendre la formule de l'article 5, § 5, de la directive 89/104/CEE du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques (*J.O.C.E.* n° L 40/1 du 11 février 1989) (ci-après «directive 89/104 sur les marques»).

Benelux en matière de propriété intellectuelle (mais pas en droit français), permet de traiter la question de la vente et de la création de mots clés par le biais du droit des marques.

D'autres décisions françaises, à l'instar des décisions *Louis Vuitton*⁶⁵, ont fait application des règles en matière de concurrence déloyale (si elles sont restrictivement interprétées, comme parfois en France, cela peut poser problème parce que l'activité du moteur de recherche n'entre normalement pas en concurrence avec le titulaire de la marque).

Lorsque l'on ne peut, comme en France, s'appuyer sur une forme de contrefaçon de marque dérivée de l'article 5, §5 de la directive 89/104 sur les marques, la concurrence parasitaire offre un autre fondement⁶⁶, lequel a été invoqué avec succès dans une affaire *Ilias c. Google et Helios service*⁶⁷ : le juge a souligné que Google a utilisé la marque pour développer une activité de régie publicitaire et tirer un bénéfice important de cet usage au détriment du titulaire de la marque, qui avait investi dans la promotion de sa marque, mettant ainsi en lumière une forme de parasitisme.

Enfin, les règles françaises en matière de publicité trompeuse, inscrites dans le Code de la consommation (par exemple, l'article L 115-33 ou L 121-1), sont parfois appliquées⁶⁸ au motif que la vente et la création de mots clés est de nature à induire les consommateurs en erreur quant à la qualité et l'origine des produits. Si l'on peut en douter s'agissant des liens « sponsorisés » apparaissant clairement en marge des résultats « organiques », cela est moins clair pour les liens « sponsorisés » apparaissant en tête des résultats « organiques » (comme dans le programme « *Premium Sponsoring* » en cause dans l'affaire précitée *Viaticum*). Tout est une question de fait et de présentation des pages. C'est en tout cas le risque de confusion pour les consommateurs qui a justifié l'action en justice récemment introduite par l'Australian Competition and Consumer Commission devant une cour fédérale⁶⁹.

⁶⁵ Par exemple, dans l'affaire *Louis Vuitton* (T.G.I., 4 février 2005 confirmée en appel par Paris, 28 juin 2006 disponibles sur www.legalis.net). Il faut souligner que, dans cette affaire, Google proposait aux annonceurs d'associer aux marques de Louis Vuitton les termes « imitation », « contrefaçon », « faux », de sorte que lorsqu'un internaute faisait une recherche sur le terme « Louis Vuitton », des sites vendant des contrefaçons étaient référencés à titre de liens commerciaux. Un élément de fait qui a pesé dans la décision.

⁶⁶ En ce sens, GOUTORBE, L. et HAAS, G., *op. cit.*, p. 27.

⁶⁷ T.G.I. Paris, 31 octobre 2006, legalis.net, 2006-4, p. 62 (*Ilias c. Google et Helios service*).

⁶⁸ Voyez : T.G.I. Paris, 12 juillet 2006 (*Gifam et autres c. Google France*) et Paris, 28 juin 2006 (*Google France c. Louis Vuitton Malletier*), précités.

⁶⁹ Voyez le *Sydney Morning Herald*, 12 juillet 2007 (« ACC takes Google to court ») et *supra*.

La plupart des juges français ont souligné soit «le rôle actif de la société Google qui [à travers son générateur de mots clés en ligne] suggère les mots clés nécessaires à l'affichage des annonces et qui intervient directement dans leur rédaction⁷⁰», soit, comme dans l'affaire Gifam⁷¹, l'abstention fautive de Google (qui ne vérifie pas, après le choix du mot clé par l'annonceur, s'il correspond à une marque et ne désactive pas les mots clés, même après notification par le titulaire de la marque, et ne met pas en place un outil de contrôle *a priori*). C'est sans doute sur ce terrain du droit commun de la responsabilité et de la faute (lequel se rapproche de la forme large de contrefaçon prévue à l'article 5, §5, de la directive 89/104 sur les marques; voyez *supra*) qu'il convient avant tout de se placer. Car le moteur de recherche n'est pas un simple intermédiaire technique⁷².

Les décisions des cours d'appel françaises en fin d'année 2007 ont eu tendance à considérer que les ventes de ces mots clés et les suggestions automatiques de marques par l'outil de Google constituaient des atteintes au droit de marque⁷³. Dans ces affaires, des recours en cassation ont été introduits et dans trois arrêts importants du 20 mai 2008⁷⁴, la Cour de cassation a posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes. Une première question (dans *Google c. Cnnrh*) est de savoir si la réservation par un opérateur économique d'un mot clé peut caractériser une atteinte à la marque au sens de l'article 5 de la directive 89/104 sur les marques. Une seconde question porte sur

⁷⁰ Comme souligné par GOUTORBE, L. et HAAS, G. (*op. cit.*, p. 21), plusieurs juges se réfèrent notamment à la suggestion faite par Google : «pour augmenter votre taux de clics, envisagez de remplacer les mots clés génériques par des mots clés plus précis présentés ci-dessous qui vous semblent plus pertinents [...], les utilisateurs qui ont recherché vos mots clés ont également recherché les termes suivants [...]. Vous pouvez ajouter à votre liste de mots clés les suggestions présentées ici qui vous semblent pertinentes ou les combiner avec vos mots clés existants afin d'améliorer le ciblage de ces derniers». Les suggestions faites par le générateur de mots clés aux annonceurs comportent parfois des signes protégés.

⁷¹ Paris, 12 juillet 2006 (*Gifam et autres c. Google France*) disponible sur www.juriscom.net.

⁷² Ainsi, PÉTIWON, F. («Google goochelt en ontgoochelt», *I.R.D.I.*, 2004, p. 233) considère que Google joue un rôle actif dans la vente de mots clés et qu'il lui incombe donc de vérifier si ceux-ci ne correspondent pas à des marques et d'éventuellement prendre des mesures de protection. Voyez aussi nos remarques ci-dessus et le débat sur la responsabilité des sites de «contenus produits par les usagers» mené par J. GINSBURG et E. VALGAEREN ci-après dans ce volume.

⁷³ Voir, par ex., Aix-en-Provence, 6 décembre 2007, *TWD Industries c. Google France et Google Inc.*, disponible sur <http://www.legalis.net>. et les autres références citées dans ce volume par Sylvie Pirlot de Corbion.

⁷⁴ Voir Cass. comm., 20 mai 2008, *Google c. Viaticum Luteciel*, *Google c. Cnnrh*, *Google c. Louis Vuiton Malletier*, toutes trois disponibles sur www.legalis.net.

la notion d'usage d'une marque : l'article 5, § 1^{er}, sous a) et b) de la directive 89/104 «doit-il être interprété en ce sens que le prestataire de services de référencement payant, qui met à la disposition des annonceurs des mots clés reproduisant ou imitant des marques déposées et organise par le contrat de référencement la création et l'affichage privilégié, à partir de ces mots clés, de liens promotionnels vers des sites sur lesquels sont proposés des produits identiques ou similaires à ceux couverts par l'enregistrement de marques, fait un usage de ces marques que son titulaire est habilité à interdire?» De l'interprétation à donner à cette question dépend pour partie l'issue des nombreuses affaires introduites à propos de cette pratique. Une troisième question posée dans ces arrêts de la Cour de cassation est aussi intéressante, mais concerne un autre point de droit, celui de savoir si le prestataire de services de référencement payant peut être considéré comme fournissant un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, au sens de l'article 14 de la Directive 2000/31 du 8 juin 2000, de sorte que sa responsabilité ne pourrait être recherchée avant qu'il ait été informé par le titulaire de marque de l'usage illicite du signe par l'annonceur.

Si la jurisprudence américaine reste très divisée, les décisions françaises sont quasi unanimes pour condamner la pratique de la création de mots clés correspondant à des marques, sans toutefois faire reposer leur raisonnement sur les mêmes fondements juridiques. Il est vrai que le droit français, comme celui d'autres pays de tradition civiliste, offre davantage de flexibilité et permet plus facilement de déplacer le litige sur le plan des principes généraux de la responsabilité. Le droit des marques, tel qu'harmonisé par la directive 89/104, a également une souplesse plus grande permettant de condamner les pratiques parasitaires ou préjudiciables au titulaire de la marque. Au Royaume-Uni, un récent changement de la politique *AdWords* de Google, permettant désormais clairement à des tiers de payer pour voir leur publicités déclenchées lorsqu'un usager tape une marque d'un concurrent, a suscité une réaction des titulaires de marques qui préparent une action en justice. Contrairement au Royaume-Uni, beaucoup d'affaires ont été introduites en Allemagne, où les juridictions ont, dans un premier temps en tout cas, été assez réticentes à reconnaître en l'espèce un usage de marque. Les choses semblent évoluer, et il est fort possible que le sort réservé aux questions préjudicielles

de la Cour de cassation française va fortement influencer l'évolution de la jurisprudence dans tous ces pays.

2. Le droit d'auteur

Bien entendu, le droit d'auteur est aussi au cœur de la bataille qui se joue autour de la nouvelle économie numérique. Ici, ce sont les producteurs traditionnels de contenus qui sont confrontés à une formidable offre gratuite. Contrairement au droit des marques qui vient policer l'utilisation du modèle de création et de vente de mots clés, au cœur du succès économique de Google, le droit d'auteur est invoqué à l'encontre des nouveaux services gratuits, tels que les revues de presse en ligne réalisées par Google News et la bibliothèque numérique poursuivie par Google Book Search. Des services qui, dans un premier temps, ne sont pas rentables, mais qui, une fois que sera enclenché un effet de réseau (le jour où les gens auront le réflexe naturel de passer par Google Book Search plutôt que par une librairie ou une bibliothèque), pourraient attirer de nouveaux revenus publicitaires colossaux. On évoquera encore brièvement les questions posées par les sites de «contenus produits par les utilisateurs» (*user generated content*), à l'instar de YouTube.

Avant d'analyser les principaux problèmes de droit d'auteur que ces trois nouveaux services pour la presse, les livres et les vidéos en ligne posent, laissant d'ailleurs à d'autres contributeurs au présent volume le soin d'aller plus loin dans l'analyse⁷⁵, on peut encore souligner que le service de recherche de base d'un opérateur tel que Google n'a que très rarement été remis en cause par des titulaires de droit d'auteur. La seule exception concerne le service de recherche d'images.

a) Google Image (et autres services similaires)

Google Image est un service de recherche d'images (et non de textes) que la page d'accueil de Google offre en option (d'autres moteurs comme Yahoo! offrent la même fonctionnalité). Une requête fait en ce cas apparaître une liste de reproductions en miniatures d'images trouvées sur Internet par le moteur de recherche. Ces images peuvent elles-mêmes avoir été illicitement mises en ligne, par

⁷⁵ On peut ainsi renvoyer aux contributions de J. GINSBURG, H. TRAVIS, J.-P. TRIAILLE et E. VALGAEREN.

exemple, sur un serveur étranger. Des litiges ont été introduits à ce propos tant en France qu'aux États-Unis⁷⁶.

En France, une société de gestion des droits de photographes a, en 2005, assigné Google pour reproduction illicite de photos de ses membres (dont les célèbres Doisneau, Cartier-Bresson, Depardon, etc.). Dans une décision du 20 mai 2008, le tribunal de grande instance de Paris a estimé que le droit applicable n'était pas le droit du pays où le dommage a lieu (le droit français), mais bien le droit du pays où les actes potentiellement illicites étaient commis (soit les États-Unis, puisque les serveurs de Google y sont localisés)⁷⁷. Appliquant le droit américain, et en particulier l'exception dite de *fair use* (article 107 du *Copyright Act* américain), le tribunal de grande instance a considéré l'usage comme «loyal» en raison de son caractère non commercial⁷⁸ et en raison de l'absence d'incidence négative avérée sur l'exploitation des œuvres. Le tribunal discute aussi, mais de manière un peu confuse, la technique utilisée par Google. En fait, le moteur de recherche ne stocke pas les images qu'il indexe, mais établit des hyperliens vers des sites qui mettent à disposition les images, parfois sans en avoir l'autorisation. C'est donc la question de la responsabilité indirecte pour hyperliens automatiques (puisque générés par l'algorithme PageRank) vers des contenus illicites que pose cette pratique. Elle n'est pas du tout discutée dans la décision commentée. Du reste, l'on sait qu'en général l'établissement de liens automatiques vers de tels contenus n'a pas été considéré comme une forme d'atteinte indirecte au droit d'auteur, à l'inverse du placement de liens manuels vers des contenus que l'on sait être illicites et que l'on fait «siens», par exemple, en encourageant le téléchargement de ces contenus⁷⁹. Le moteur de recherche, toutefois, reproduit directement sur la page de résultats qu'il génère des images en format standardisé appelé «vignette» (*thumbnails* en anglais), pratique qui, con-

⁷⁶ Voir aussi un arrêt d'une cour d'appel allemande commenté ci-après : OLG Iéna, 27 février 2008 – Az. : 2 U 319/07 (appel de LG Erfurt, 15 mars 2007 – Az. : 3 O 1108/05).

⁷⁷ TGI Paris, 20 mai 2008, *SAIF c. Google France et Google Inc.*, disponible sur www.legalis.net.

⁷⁸ Pour le tribunal, l'activité de recherche «n'est pas lucrative en soi [...]». Seule l'association de liens dite AdWords en parallèle à cette activité est génératrice de revenus. Cette dissociation paraît factice, les deux faces gratuites et payantes étant indissociablement liées.

⁷⁹ Sur ce sujet et la jurisprudence la plus récente en la matière, voir STROWEL, A. et HANLEY, V., «Secondary Liability For Copyright Infringement With Regard to Hyperlinks», in A. STROWEL (ed.), *P2P File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, à paraître chez Edward Elgar, 2008.

trairement aux hyperliens, peut donner lieu à une atteinte directe au droit de reproduction. C'est sans doute cet usage de vignettes par le moteur de recherche que le tribunal considère comme loyal – la discussion menée dans la décision demeure toutefois confuse.

Une cour d'appel américaine a été amenée à se prononcer sur la même question et a plus clairement estimé qu'une reproduction en miniature (sous la forme de *thumbnails*) de photographies est exemptée en vertu de la règle du *fair use* en raison du caractère «transformatif» de cet usage, qui facilite l'accès en ligne⁸⁰. La même décision américaine a toutefois jugé que Google comme Amazon.com pouvaient toutefois être considérés comme indirectement responsables pour avoir contribué à la diffusion des reproductions illicites (en grand format) vers lesquelles leur moteur de recherche pointe (*contributory infringement*) et a renvoyé l'affaire devant le juge de première instance pour compléter l'analyse des faits sur ce point.

b) Google News

Ce service lancé en septembre 2002 s'apparente à une revue de presse en ligne puisque, en se connectant sur le site Google Actualités (Google News), l'internaute découvre une page offrant un panorama des actualités (classées par thème); cette page reprend les titres (*headlines*) et les premières lignes (*snippets*) d'articles publiés sur d'autres sites et leur source, parfois accompagnés de photographies. Le titre est un hyperlien qui renvoie au site du média où l'article peut être consulté dans son intégralité. Contrairement aux pages de recherche, les pages de Google News ne comportent pas de liens publicitaires – le fait est important –, ce qui écarte le risque d'une action pour concurrence déloyale. Selon le point de vue des médias traditionnels, Google News est un site d'information ou un portail. Toutefois, la revue de presse est produite par un algorithme qui évalue l'importance des nouvelles et les classe en conséquence sur la page de Google News; on est donc loin d'un processus d'édition classique, qui va de pair avec une certaine responsabilité éditoriale. En tout cas, il est certain que les actions introduites à l'encontre de Google News ne remettent nullement en cause le service phare de Google, son moteur de recherche.

⁸⁰ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc. and Google, Inc.*, No. 06-55405 (9th Cir., May 16, 2007). On pourrait discuter de cette interprétation de la notion d'usage «transformatif».

i) Belgique

La procédure engagée en 2006 par Copiepresse, qui regroupe les éditeurs de la presse belge francophone⁸¹, et par des sociétés de gestion des droits des photographes et des journalistes a donné lieu à trois décisions, dont celle du 13 février 2007 rendue dans le cadre d'une procédure en cessation civile⁸². La saga n'est pas terminée puisqu'un appel a été diligenté et que Copiepresse a par ailleurs introduit en 2008 une action en dommages-intérêts, réclamant une somme évaluée à titre provisionnel entre 32 793 366 € et 49 190 049 €⁸³.

– Les «revues de presse» de Google News

Le tribunal de première instance de Bruxelles a, faisant une application très rigoureuse des règles de la loi belge sur le droit d'auteur du 30 juin 1994 (L.D.A.), estimé qu'«en reproduisant sur son site Google News, des titres d'articles ainsi que de courts extraits d'articles, Google reproduit et communique au public des œuvres protégées par le droit d'auteur». Le service porte donc atteinte tant au droit de reproduction qu'au droit de communication au public des titulaires d'un droit d'auteur. Qu'il y ait reproduction et communication au public n'est pas contestable⁸⁴, les questions plus délicates étant en l'espèce de savoir (1) si les éléments repris sont protégés et (2) si

⁸¹ Les médias flamands n'ont pas participé à la procédure (qui ne vise donc que Google Actualités Belgique, pas Google Nieuws België), mais certains journaux du Nord du pays ont toutefois refusé d'être référencés par Google Nieuws.

⁸² Cette décision rendue sur opposition (aux ordonnances par défaut des 5 et 22 septembre 2006) est elle-même frappée d'appel, alors que les parties continuent à négocier. Pour des commentaires, voyez : DUSOUIER, S., «Le géant aux pieds d'argile : Google News et le droit d'auteur», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, avril 2007, n° 26, pp. 70-75; VOORHOOF, D., «Slecht nieuws voor Google News» (note sous Prés. Civ. Bruxelles, 13 février 2007), *A&M* 2007/1-2, pp. 120-122; VOORHOOF, D., «Google News : informatievrijheid vs. auteursrecht?», *Mediaforum*, 2007/3, pp. 81-84; VAN DEN BULCK, P., «Copiepresse contre Google : les limites du caching?», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, avril 2007, n° 26, pp. 67-70. Voyez aussi VAN ASBROECK, B. et COCK, M., «Belgian newspapers vs. Google News : 2.0», *J.I.P.L.P.*, 2007, pp. 463-466; MORLIÈRE, C., «Les articles de presse à l'ère du numérique – Le cas de Google Actualités», *I.R.D.I.*, 2004, pp. 7 et s.; VANDENDRIESSCHE, G., «Internetzoekmotoren en online-kranten : "The page cannot be found"», *R.D.C.*, 2007/4, pp. 394-410; JACOB, J. et DUMONT, L., «Google face aux éditeurs de la presse belge», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, novembre 2006, n° 21, pp. 15-16.

⁸³ Une décision dans le cadre de cette procédure en dommages-intérêts n'est pas attendue avant 2009 au plus tôt. Il demeure possible que les parties concluent un accord transactionnel.

⁸⁴ Le tribunal estime également qu'une atteinte est portée aux droits moraux de paternité (le nom de l'auteur des articles n'est pas mentionné sur le site de Google News) et d'intégrité (Google News opère un regroupement thématique d'extraits d'articles «de telle sorte que la ligne éditoriale ou philosophique à laquelle l'auteur a adhéré peut être altérée»).

la reprise bénéficie ou non des exceptions, notamment de l'exception de citation et de compte rendu d'actualité. En outre, on reviendra (en 3) sur la question de savoir si une autorisation préalable doit être demandée.

(1) Quant au caractère protégé ou non des éléments repris sur les pages de Google News (les titres et les premières lignes des articles), le tribunal, à juste titre, considère que les titres peuvent être originaux et donc protégés par le droit d'auteur (même si de nombreux titres « purement descriptifs » sont dépourvus d'originalité et donc non protégés); il en est de même des extraits des articles (en particulier en ce qu'ils reprennent les premières lignes, donc les phrases « d'accroche »).

(2) Sur le plan des exceptions, les choses sont claires, à notre sens. Le régime de la citation est à juste titre écarté par le tribunal, car l'indexation automatique n'est pas à confondre avec l'insertion d'un extrait réalisée « dans un but de critique, de polémique, de revue, d'enseignement, ou dans des travaux scientifiques, conformément aux usages honnêtes de la profession et dans la mesure justifiée par le but poursuivi » (article 21, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la L.D.A.). De même, Google ne peut invoquer l'exception de compte rendu d'actualité (article 22, § 1^{er}, 1^o, de la L.D.A.), qui est une exception motivée par la nécessité pour la presse de réagir vite à l'information et qui est subordonnée, comme le note à juste titre le tribunal, par l'existence d'un commentaire ou compte rendu qui doit demeurer le principal (il y a une certaine contradiction pour Google à revendiquer l'exception pour compte rendu, ce qui rapproche son site d'un portail en ligne, alors que, par ailleurs, Google souligne le côté automatisé de son service Google News).

(3) La décision est intéressante à un autre égard, qui n'a pas toujours été souligné par les commentateurs : d'après le juge, le droit d'auteur n'est pas fondé sur un système d'*opt-out*, en ce sens que le titulaire devrait d'abord notifier son opposition, mais bien sûr un système d'*opt-in*, qui requiert que le titulaire donne une autorisation préalable et qu'une demande soit donc d'abord adressée par l'utilisateur (selon le tribunal, « le droit d'auteur n'est pas un droit d'opposition, mais un droit d'autorisation préalable; que cela signifie que l'autorisation doit être obtenue de manière certaine, préalablement à l'utilisation envisagée »). Google prétendait qu'il aurait suffi, pour les éditeurs, d'indiquer à l'avance qu'ils ne voulaient pas être référencés

(soit en installant des mesures techniques empêchant le référencement, soit par notification de leur volonté). Le raisonnement a été balayé par le tribunal, qui confirme ainsi le modèle de la licence ou de l'autorisation au cœur du droit d'auteur. C'est bien entendu cette exigence fondamentale du système de droit d'auteur qui freine les effets de réseau produits par la possibilité d'agréger automatiquement des contenus (sans autorisation préalable). On lira avec intérêt la contribution de H. TRAVIS sur ce sujet (voir *infra*).

– La question des copies cache

Une autre question également tranchée par la décision du 13 février 2007 – mais dans un sens plus discutable – concerne la «mémoire cache» (ou le *caching*), un procédé technique utilisé pour faciliter l'accès à un document pendant son traitement et pour fluidifier le trafic sur Internet. Ici, ce n'est plus le service Google News qui est en cause, mais la technique des moteurs de recherche. En réalité, des copies des pages Web sont faites par les robots de Google pour l'indexation et elles sont stockées sur les machines de Google (en mémoire cache); les internautes peuvent accéder à ces copies/pages en cliquant sur le lien mentionnant «copie cachée»; ces pages en copie cache peuvent ne plus correspondre à ce que l'éditeur rend accessible⁸⁵ (décalage entre le moment de la copie cache/indexation par Google et le moment de la consultation par l'internaute). Ainsi, une page d'un journal accessible à telle date n'est, le lendemain, plus consultable gratuitement (mais éventuellement via les archives payantes d'un journal), alors qu'elle peut encore l'être par le biais de la copie cache de Google. Le procédé de la copie cache court-circuite donc en partie le modèle économique de la presse, qui rend son contenu gratuitement accessible sur Internet, mais demande une rémunération pour ses archives en ligne. C'est sans doute une des raisons qui a conforté le tribunal dans son interprétation stricte des principes du droit d'auteur, selon laquelle la «copie cache» tombe dans le champ du droit exclusif de reproduction. Une telle interpré-

⁸⁵ La décision du 13 février 2007 reprend elle-même les explications fournies par Google : «Lorsque Google explore le Web, il crée une copie de chaque page examinée et la stocke dans une mémoire cache, ce qui permet de consulter cette page à tout moment, et en particulier dans le cas où la page originale (ou Internet) serait inaccessible. Lorsque vous cliquez sur le lien «copie cache» d'une page Web, Google affiche celle-ci dans l'état où elle se trouvait lors de son indexation la plus récente.» (<http://www.google.be/int/fr/help/features.html#cached>).

tation du droit de reproduction est-elle correcte et justifiée? Du point de vue strictement juridique, la question est délicate (elle implique de revenir sur les règles en matière de responsabilité des intermédiaires⁸⁶, ce qui dépasse notre propos). Pour apprécier la légitimité d'une telle interprétation, il faut tenir compte des autres intérêts en jeu : une application équilibrée des règles du droit d'auteur ne devrait, selon nous, pas remettre en cause le mode de fonctionnement des moteurs de recherche et la contribution essentielle de ces outils à la découverte des informations et à la circulation des idées, et donc à l'espace public de la discussion. Or, le volet de la décision Copiepresse sur les copies cache pourrait avoir cet effet. En outre, le problème peut sans doute être réglé autrement, par l'usage de certaines techniques, puisque les opérateurs d'Internet ont développé un ensemble de protocoles standard permettant aux responsables de sites Web de communiquer automatiquement leurs préférences aux moteurs de recherche (Google lui-même donne des instructions aux opérateurs de sites afin de communiquer leurs préférences et de supprimer leur indexation⁸⁷).

Pas étonnant donc qu'un tribunal américain⁸⁸ ait, sur cette question des copies caches, rendu une décision (19 janvier 2006) allant en sens inverse de l'ordonnance Copiepresse : ce tribunal considère que Google bénéficie d'une licence implicite (*implied licence*) de copier temporairement des pages Web dans le cas où l'opérateur du site Web en est conscient et n'a pas paramétré son site de façon à éviter l'archivage par Google de ses pages. Cette solution nous paraît plus équilibrée (sauf à prouver que ce paramétrage est impossible ou trop onéreux, ce dont nous doutons). En tout état de cause, cette licence implicite ne devrait couvrir que l'opération de stockage (en copie cache), pas la mise à la disposition ultérieure de ce contenu aux internautes. En revanche, une décision d'une juridiction d'appel alle-

⁸⁶ Voyez sur ce sujet : STROWEL, A. et IDE, N., «La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et question des hyperliens», 1^{re} partie in *R.I.D.A.*, juillet 2000, n° 185, pp. 3-167, 2^e partie in *R.I.D.A.*, octobre 2000, n° 186, pp. 3-153.

⁸⁷ Voyez <http://www.google.com/remove.html>. Une des manières les plus courantes consiste à placer des instructions dans les balises Méta du code HTML des sites, des instructions qui seront lues par le robot du moteur de recherche. Il apparaît ainsi possible de demander au robot de ne pas fournir des liens cachés (la balise Méta *no-archive*). De même, les sites qui ne souhaitent pas du tout être indexés peuvent placer un fichier «robots.txt» sur leur page.

⁸⁸ *Field c. Google Inc., D. Nev.*, n° CV-S-04-0413 (19 janvier 2006). Voyez aussi : «Google Web Page Caching Is Allowed Under Implied Licence, Fair Use, Safe Harbour, Patent», *Trademark & Copyright Journal*, vol. 71, n° 1755, 3 février 2006.

mande (léna, 27 février 2008) a considéré que le simple fait de mettre en ligne des photographies protégées n'emporte pas une autorisation pour Google de faire une reproduction (y compris miniature sous la forme de vignettes ou *thumbnails*⁸⁹), même si le gestionnaire d'un site Web a des instruments techniques à sa disposition pour bloquer l'indexation automatique et même si des normes internationales existent à ce niveau (la cour allemande cite les normes du W3C ou les *Robots Exclusion Standard Protocols*).⁹⁰ La cour d'appel d'léna insiste sur le fait que ces standards et protocoles, quand bien même seraient-ils largement partagés, n'ont pas de valeur juridique permettant d'exclure l'application des règles du droit allemand en matière de consentement à la reproduction, ni d'influencer la manière dont il convient d'interpréter le consentement à reproduire.

La question des copies cache et de l'étendue des autorisations implicites est évidemment délicate, car la possibilité d'archiver le Web, et l'intérêt d'ordre culturel en termes de préservation du patrimoine en ligne, dépend en partie de la possibilité de faire de telles copies cache. Sur ce sujet du *caching*, on lira avec intérêt la contribution de Jean-Paul Triaille au présent volume.

ii) États-Unis (et France)

Aux États-Unis (mais aussi en France), l'agence France Presse a mis en œuvre dès mars 2005 une procédure contre Google, laquelle a été semée d'embûches, ce qui explique que les parties aient conclu une transaction en avril 2007. Désormais, Google est autorisé à reprendre les titres et de courts extraits (*snippets*), qui ne donnent qu'un avant-goût du contenu de l'article, sans doute contre une rémunération, mais les termes de l'accord conclu demeurent confidentiels. De la même manière, dans l'affaire belge, certaines sociétés de gestion, la Sofam et la S.C.A.M., ont conclu en novembre 2006 un accord avec Google, lequel prévoit clairement une rémunération⁹¹ pour l'usage des contenus protégés. La transaction entre l'A.F.P. et Google prive en tout cas les commentateurs d'une décision qui aurait

⁸⁹ Une vision tout à fait opposée a été défendue aux États-Unis, notamment par la Cour d'appel du 9^e Circuit dans une affaire *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc. and Google, Inc.*, No. 06-55405 (9th Cir., May 16, 2007), et en France à travers une décision du tribunal de grande instance de Paris du 20 mai 2008 (SAIF c. Google Inc. et Google France). Voir aussi *supra*.

⁹⁰ OLG léna, 27 février 2008 – Az. : 2 U 319/07 (appel de LG Erfurt, 15 mars 2007 – Az. : 3 O 1108/05).

⁹¹ Voyez *La Libre Belgique*, 25-26 novembre 2006.

permis de clarifier l'étendue de l'exception d'«usage loyal» (*fair use*) dans son application aux nouveaux services numériques. L'autre question posée par l'affaire est bien entendu de savoir si les éléments repris sont protégés. Les titres d'articles sont en effet très courts (habituellement moins de dix mots), souvent descriptifs et peu ou pas originaux. De tels éléments sont difficilement protégeables en droit américain, notamment à la suite de l'impact du droit à la liberté d'expression (le *free speech*), mais ils sont plus souvent reconnus comme protégés en Europe, notamment en France et en Belgique (voyez *supra*). D'un autre côté, il faut reconnaître que les titres de la presse font, dans leur brièveté et leur choix, souvent preuve d'originalité (notamment à la suite des nombreux jeux de mots et traits d'humour qu'ils recèlent) et qu'ils font partie intégrante des nouvelles relatées par les journalistes.

On peut s'attendre à ce que les questions juridiques soulevées par le service Google News s'étendent au fur et à mesure des fonctionnalités complémentaires que Google risque d'offrir. Pour preuve : depuis août 2007, le site américain de Google offre la possibilité pour les personnes visées ou mentionnées dans les articles de presse, ainsi que pour les journalistes et éditeurs, de poster des commentaires en ligne sur son site⁹². On peut penser que cette invitation à un «dialogue en ligne» vise à «cannibaliser» les médias traditionnels (qui ont hésité à offrir cette possibilité sur leur propre site). Ce procédé pose en tout cas de nouvelles questions concernant notamment le droit de réponse sur Internet, un droit de réponse très étonnant puisqu'il s'exerce non sur le site de l'éditeur, mais sur celui du tiers qui agrège le contenu journalistique. Ce nouveau service gratuit tend à montrer que le référencement par Google News est bien de l'édition, pas le simple produit d'une machine. En tout cas, avec cette nouvelle fonctionnalité – ce que l'on peut appeler le *user-generated news* – la concurrence avec les médias traditionnels ne fait qu'augmenter d'un cran.

Un autre choc frontal avec les grands médias couve depuis quelque temps à propos des sites de *user-generated content*.

⁹² Voyez DELANEY, K. et LAVALLEE, A., «Google News Offers Rebuttal Time», *Wall Street Journal*, 9 août 2007.

c) YouTube et les sites de «contenus produits par les utilisateurs»

Les sites de «contenus produits par les utilisateurs» (*user-generated content*) ou de «réseau social» (*social networking*), à l'instar de YouTube, MySpace et Dailymotion qui mettent de la «vidéo communautaire» en ligne, attirent l'attention de millions d'internautes, mais aussi de juristes et avocats, comme en témoignent les actions introduites aux États-Unis par Viacom contre YouTube et par Universal contre MySpace, ainsi que plusieurs décisions rendues en France, notamment à l'encontre de MySpace et Dailymotion. Ces sites proposent gratuitement des contenus mis en ligne et créés par des particuliers (par exemple, des vidéos d'amateurs); en pratique, on y retrouve quantité d'œuvres protégées (par exemple, des séries TV)⁹³. Certains grands éditeurs de contenu (Universal Music, CBS, Sony) ont pu trouver des arrangements pour partager les revenus publicitaires liés à ces sites fort fréquentés. Quand la négociation échoue, on assigne en justice pour atteinte au droit d'auteur, à l'instar de Viacom en mars 2007.

Tant les affaires américaines que françaises autour de ces sites révèlent la difficulté d'articuler de manière cohérente les principes généraux de la responsabilité tels que définis par la jurisprudence (*common law liability*) et les règles spécifiques en matière de responsabilité des intermédiaires (codifiées dans le *Digital Millenium Copyright Act* aux États-Unis et dans la directive 2000/31 sur le commerce électronique en Europe)⁹⁴. Sur ce sujet, on lira avec intérêt la contribution de Jane Ginsburg, qui traite de la responsabilité indirecte pour atteinte au droit d'auteur, ainsi que celle, plus générale, d'Eric Valgaeren.

i) États-Unis

Si ce sont les usagers qui postent les contenus protégés et commettent donc les actes illicites de reproduction, les opérateurs de ces sites peuvent être tenus indirectement responsables (on parle de responsabilité secondaire ou *secondary liability*), d'autant que ce sont

⁹³ L'action de Viacom à l'encontre de Google relève plus de 150 000 clips vidéo non autorisés (voyez <http://casedocs.justia.com/new-york/nysdce/1:2007cv02103/302164/1/0.pdf> et la réplique de YouTube <http://casedocs.justia.com/new-york/nysdce/1:2007cv02103/302164/21/0.pdf>).

⁹⁴ Pour un tour d'horizon des autres problèmes posés, voyez HOLMES, St. et GANLEY, P. «User-generated content and the law», *J.I.P.L.P.*, 2007, vol. 2, n° 5, pp. 338-344.

eux qui, en principe, perçoivent la manne publicitaire liée aux activités illicites. Aux États-Unis, plusieurs formes de responsabilité indirecte (*contributory infringement*, *vicarious liability* and *inducement liability*) ont été distinguées par la jurisprudence⁹⁵, notamment dans deux arrêts clés de la Cour suprême (les arrêts *Sony*⁹⁶ et, plus récemment, *Grokster*⁹⁷). En résumé, celui qui contribue à l'atteinte (*contributory infringement*) est celui qui, intentionnellement, induit un comportement illicite ou encourage la commission d'une atteinte directe au droit d'auteur; celui qui profite des atteintes directes tout en s'abstenant de faire le nécessaire pour limiter les atteintes tombe dans le champ de la *vicarious liability*; celui qui fournit les moyens permettant de commettre les atteintes et connaît les usages illicites qui en seront faits (ou feint de l'ignorer) peut aussi être tenu responsable. En outre, dans l'arrêt *Grokster* de 2005 concernant la responsabilité d'un fournisseur de système d'échanges de fichiers pair à pair (P2P), la Cour suprême a distingué trois éléments qui établissent l'intention d'encourager les atteintes au droit d'auteur : le défendeur fait la publicité de son produit ou service en mettant en évidence la possibilité de l'utiliser pour faire des copies illicites; le défendeur omet de placer un filtre à même de limiter les usages contrefaisants; le modèle commercial du défendeur dépend de l'existence d'un volume important d'atteintes au droit d'auteur⁹⁸. Ce sont ces principes que devront appliquer les juges dans les affaires mettant en cause YouTube ou MySpace (d'où, par exemple, la question de savoir si YouTube a ou non mis en place les dispositifs techniques suffisants pour limiter les usages contrefaisants⁹⁹).

⁹⁵ Pour un récent exposé de synthèse : voyez GINSBURG, J., «Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats : Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology», *Entrepreneurs* (version du 23 août 2007), à paraître.

⁹⁶ *Sony Corp. of Am. c. Universal City Studios*, 464 US 417 (1984).

⁹⁷ *MGM c. Grokster*, 125 S.Ct. 2764 (2005).

⁹⁸ Pour une présentation détaillée, voyez GINSBURG, J., «Copyright Control vs. Compensation : The Prospects for Exclusive Rights after *Grokster* and *KaZaA*», à paraître dans STROWEL, A., (éd.), *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Edward Elgar, 2008.

⁹⁹ YouTube aurait ainsi refusé de mettre en place des protections techniques avant d'avoir conclu une licence avec un ayant droit, mais a annoncé plus récemment le développement d'un outil («Claim Your Content») permettant aux ayants droit d'enlever les contenus illicites plus rapidement (voyez «Google Introduces YouTube Copyright Protection Tool», *IP Law* 360, 20 avril 2007). Vu le caractère massif des atteintes (dans le seul cas de Viacom, plus de 150 000 clips non autorisés), tout l'enjeu est de savoir qui a la charge de policer le contenu, celui qui offre le nouveau service ou le titulaire des droits (mieux à même d'identifier les œuvres illicites de son répertoire) et quelle est la juste répartition de cette charge.

La difficulté est toutefois d'articuler les principes jurisprudentiels aux règles en matière de responsabilité des fournisseurs de services en ligne incluses dans le *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) de 1998. Ces dispositions légales prévoient des «havres de responsabilité» (une exonération de responsabilité s'agissant des dommages-intérêts) pour les intermédiaires en ligne qui tombent dans les hypothèses énumérées par la loi et à condition de respecter une série de conditions. Ainsi, pour bénéficier de l'exonération légale de responsabilité prévue par l'article 512 (c) du DMCA, les fournisseurs d'hébergement (à savoir ceux qui, à l'instar de YouTube, offrent la possibilité pour des tiers de poster et rendre des contenus disponibles en ligne) doivent entre autres : 1) ne pas avoir une connaissance effective que des contenus illicites se trouvent sur leurs systèmes ni en avoir une connaissance indirecte, à travers des faits et circonstances dont on peut déduire l'existence d'atteintes; 2) ne pas avoir la possibilité de contrôler l'activité illicite ou ne pas recevoir un bénéfice financier résultant directement de l'activité contrefaisante; 3) retirer rapidement les contenus illicites ou bloquer l'accès à ceux-ci dès la réception d'une notification de l'existence d'une atteinte. Si le fournisseur de services remplit ces conditions, il ne doit prendre aucune mesure préalable afin de prévenir la survenance des atteintes; la seule obligation pesant sur lui est de réagir promptement en cas de notification. Mais il doit demeurer «innocent», n'avoir aucune connaissance (effective ou indirecte) que ses services sont utilisés par des tiers pour commettre des atteintes. Les opérateurs des sites de *user-generated content* sont-ils «innocents» ou ont-ils le niveau de connaissance qui les prive du bénéfice des exonérations légales de responsabilité? Ce point devra lui aussi être tranché par les juges américains¹⁰⁰.

ii) France

Dans deux décisions de 2007 mettant en cause MySpace¹⁰¹ et Dailymotion¹⁰², des juges français ont, en référé, considéré les opé-

¹⁰⁰ Selon Viacom, YouTube a connaissance des atteintes au droit d'auteur commises par les usagers, lesquelles sont évidentes pour tout visiteur, d'autant que des «drapeaux rouges» ont été agités et ont révélé l'activité illicite, telle que l'usage de mots de recherche correspondant aux marques de Viacom ou l'usage des noms des films et *shows* télévisés par les usagers de YouTube.

¹⁰¹ T.G.I. Paris (réf.), 22 juin 2007, inédit, à paraître dans *R.I.D.A.*

¹⁰² T.G.I. Paris (réf.), 13 juillet 2007, inédit, à paraître dans *R.I.D.A.*

rateurs de ces sites de réseau social comme responsables et ont interprété des règles similaires en matière de responsabilité des intermédiaires en ligne, à commencer par la règle prévoyant une exonération au profit de l'hébergeur¹⁰³.

Dans l'affaire MySpace, le juge estime que «si la société défenderesse exerce les fonctions techniques de fournisseur d'hébergement, elle ne se limite pas à cette fonction technique; qu'en effet, imposant une structure de présentation par cadre [une trame spécifique pour les vidéos postées par les usagers¹⁰⁴], qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés et diffusant, à l'occasion de chaque consultation, des publicités dont elle tire manifestement profit, elle a le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités». Cette fonction éditoriale disqualifie MySpace en tant que (pur) fournisseur technique d'hébergement et le prive de l'exonération légale de responsabilité (laquelle, comme aux États-Unis, ne l'oblige qu'à réagir promptement en cas de connaissance du contenu illicite, mais pas à agir préventivement pour éviter l'utilisation de son système à des fins contrefaisantes¹⁰⁵). Tout le débat tourne donc autour de la qualification d'éditeur, une question déterminée par le droit commun et la jurisprudence, non par les règles spécifiques aux intermédiaires en ligne, lesquelles se voient ainsi replacées dans le cadre plus général de la responsabilité (éditoriale). Cette qualification d'éditeur est liée aux faits de chaque espèce.

Dans l'ordonnance rendue à propos de Dailymotion, la ligne de démarcation entre le fournisseur technique et l'éditeur est autrement placée : «la commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas de qualifier la société Dailymotion d'éditeur de contenu dès lors que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la dif-

¹⁰³ L'article 6-I-2° de la loi française sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, qui transpose l'article 14 de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, crée une exonération de responsabilité pour l'hébergeur sur le modèle du DMCA.

¹⁰⁴ La décision décrit comme suit le rôle éditorial de MySpace : «La société propose à ses "membres" de créer une page personnelle comportant une trame spécifique au site avec en haut de la page un bandeau publicitaire et sur toute la page différents emplacements : au centre photographie du membre et autour différents cadres : identité du membre et contact, adresse URL du membre, centres d'intérêt du membre, présentation du membre, différentes indications sur le membre (statut familial, références astrologiques, enfants)...»

¹⁰⁵ Toutefois, dans le cadre européen, il faudrait encore analyser l'impact de l'article 15 de la directive 2000/31 qui instaure le principe d'une absence d'obligation de surveillance.

fusion, raison pour laquelle il engage sa responsabilité». Toutefois, l'opérateur du site permettant le partage de vidéos d'amateurs est tenu responsable par le juge parce qu'il a «connaissance à tout le moins de faits et circonstances laissant à penser que des vidéos illícites sont mises en ligne». Sa responsabilité est donc engagée dès lors qu'il a délibérément fourni aux utilisateurs les moyens de commettre la faute. Par ailleurs, le juge répond à l'argument tiré de l'absence d'obligation de surveillance (article 15 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique) en estimant que «si la loi n'impose pas aux prestataires techniques une obligation générale de rechercher les faits ou circonstances révélant des activités illícites, cette limite ne trouve pas à s'appliquer lorsque lesdites activités sont produites ou induites par le prestataire lui-même».

D'autres décisions françaises ont été rendues depuis lors, notamment un jugement du 19 octobre 2007 dans une affaire *Zadig c. Google*¹⁰⁶, qui rejette la qualité d'éditeur, mais condamne néanmoins Google, qui avait été notifié du caractère illícite d'un documentaire audiovisuel disponible sur Google Video, mais n'avait pas mis en œuvre tous les moyens nécessaires pour éviter une nouvelle diffusion de ce film¹⁰⁷.

On verra en appel et au fond comment les principes classiques en matière de responsabilité (éditoriale et par fourniture de moyens) seront articulés aux règles spécifiques pour la responsabilité des intermédiaires en ligne.

d) *Google Book Search*

Fin décembre 2004, Google annonçait son vaste programme de numérisation des bibliothèques, appelé à l'époque Google Print, devenu entre-temps Google recherche de livres (*Google Book Search*)¹⁰⁸. Conforme à l'ambition du groupe («faire reculer les fron-

¹⁰⁶ TGI Paris, réf., 19 octobre 2007, *RLDI* 2007/32, n° 1062, obs. L. COSTES, disponible sur www.juriscor.net. Voir aussi sur la décision, THOUMYRE, L., «Responsabilité 2.0 ou l'éternel recommencement», *RLDI* 2007/33, pp. 16-18.

¹⁰⁷ Voir encore TGI Paris, 15 avril 2008 (*Mr Omar et alii c. Dailymotion*) disponible en ligne sur www.juriscor.net.

¹⁰⁸ Pour une présentation de ce programme, voir le livret de 22 pages publié par Google et intitulé «Google recherche de livres – l'histoire» (2007). On notera que l'ambition démesurée de Google en termes d'information («Notre ambition est d'organiser toute l'information dans le monde», selon la formule bien connue de Google) a fait l'objet d'une critique philosophique par CASSIN, B. (*Google-moi – La deuxième mission de l'Amérique*, Albin Michel, 2007), qui stigmatise Google comme «un champion de la démocratie culturelle, mais sans culture et sans démocratie».

tières de la connaissance humaine») et s'inscrivant «dans notre travail d'organisation des informations mondiales, afin de les rendre universellement accessibles et utiles»¹⁰⁹, Google envisage de numériser la plupart des publications imprimées disponibles et de permettre à tout un chacun de faire des recherches automatisées de contenus dans cette «bibliothèque numérique» (d'où le nom *Book Search*).

Un volet du programme (aujourd'hui appelé le «programme partenaires») repose sur l'autorisation donnée par les éditeurs à Google de scanner leur collection de livres et de les intégrer dans la base de données de Google. Si les livres sont achetés par les internautes, ce qui est facilité puisque le service de recherche de contenu en ligne est complété par des liens indiquant les libraires offrant les ouvrages, Google ne touche aucune recette; en revanche, Google et les éditeurs se partagent par moitié les revenus liés aux publicités affichées sous les livres numérisés.

C'est le second volet du programme (aujourd'hui appelé «Projet bibliothèque») qui a suscité des controverses, parce qu'il ne repose pas sur le consentement des ayants droit, mais sur des accords de partenariat avec de grandes bibliothèques (plus de dix actuellement, dont *The New York Public Library*, la Bibliothèque de Catalogne, et les bibliothèques des universités d'Harvard, du Michigan, de Stanford, d'Oxford, de Princeton, de Madrid). En Belgique, la bibliothèque de l'Université de Gand a, la première, conclu un accord avec Google le 24 mai 2007 afin de numériser ses collections. Les livres numérisés dans ces fonds de bibliothèques contiennent des œuvres dans le domaine public (qui sont intégralement consultables), mais aussi des œuvres encore protégées, d'où la crainte des éditeurs et auteurs de livres de perdre le contrôle sur la distribution de ces contenus.

C'est ainsi que plusieurs litiges ont été mis en œuvre dans divers pays : fin 2005, deux actions ont été introduites à New York à l'encontre de Google, l'une par l'*American Association of Publishers* (au nom de cinq grandes maisons d'édition : Simon & Schuster, Penguin, John Wiley & Sons, McGraw-Hill, Person), l'autre est une *class action* lancée par *The Author's Guild* au nom de plus de 8 000 auteurs; en France, c'est le Groupe La Martinière qui a intenté

¹⁰⁹ *Google recherche de livres – L'histoire*, 2007, p. 1. Plus de 15 millions de livres devraient être numérisés dans les prochaines années.

une procédure en juin 2006, à laquelle s'est jointe le Syndicat de l'édition; en Allemagne, c'est l'association des éditeurs scientifiques (*Wissenschaftliche Buchgesellschaft*) qui a assigné Google pour son programme Book Search. Ces procédures n'ont pas encore débouché sur des décisions de principe¹¹⁰.

Google se défend d'offrir «un substitut à l'achat de livres dans une librairie ou à leur lecture dans une bibliothèque», mais veut proposer «un catalogue du XXI^e siècle, qui facilite la recherche de livres». Du reste, l'ensemble des livres numérisés n'est pas offert aux usagers, mais simplement quelques citations ou pages (ou *snippets*), et Google estime que la possibilité d'avoir accès à ces extraits est autorisée par les exceptions au droit d'auteur.

À commencer par l'exception de *fair use* ou «usage loyal» aux États-Unis. Une des grandes questions en droit américain est donc de savoir quelle est l'étendue de l'exception d'usage loyal¹¹¹.

L'autre question de principe qui est analysée plus en détail par H. Travis dans le présent volume est de savoir si, pour les livres encore protégés par le droit d'auteur, Google doit demander une autorisation préalable à la numérisation (outre l'autorisation donnée par les bibliothèques en faveur de l'accès aux livres et de leur manipulation) ou peut se contenter de prendre les mesures qui s'imposent en cas de refus par les éditeurs¹¹². En d'autres termes, le droit d'auteur fonctionne-t-il sur un principe d'*opt-in* (autorisation préalable) ou d'*opt-out* (opposition préalable)¹¹³? À cet égard, on peut difficilement contester que le droit d'auteur européen repose en principe sur un principe d'*opt-in*, comme l'a rappelé la décision du tribunal de première instance dans *Copiepresse c. Google*¹¹⁴. Google

¹¹⁰ En Allemagne, une demande similaire a déjà été rejetée pour des questions de procédure.

¹¹¹ Voyez, pour une interprétation large de cette exception, TRAVIS, H., «Google Book Search and Fair Use : iTunes for Authors, or Napster for Books?», *University of Miami Law Review*, 2006, pp. 601-681, et du même auteur, «Building Universal Digital Libraries : An Agenda for Copyright Reform», 33 *Pepp. L. Rev.*, 761 (2006).

¹¹² Google présente ce principe comme suit : «Si des éditeurs ou des auteurs ne souhaitent pas que leurs livres soient ainsi référencés, il leur suffit de nous en avertir et nous excluons leurs ouvrages du projet Bibliothèque» (*Google recherche de livres - L'histoire*, 2007, p. 5).

¹¹³ Nous avons déjà évoqué cette question ci-dessus dans la section consacrée à l'affaire *Copiepresse*, car le même problème s'est posé à propos de ce service, une question qui revient chaque fois que la quantité des contenus agrégés ou numérisés rend la tâche d'obtention des autorisations préalables particulièrement lourde en pratique.

¹¹⁴ Toutefois, la pratique de la gestion collective par laquelle les sociétés de gestion collective, donne des autorisations pour un large répertoire en se portant fort d'obtenir l'assentiment de tous les auteurs a tendance à se rapprocher de la pratique de l'*opt-out*, laquelle facilite bien entendu les utilisateurs de contenus protégés; mais la comparaison s'arrête

s'efforce toutefois de distinguer la «reprise» qu'elle opère dans ses services (un simple «référencement») et la copie classique (laquelle serait soumise au consentement préalable). On retrouve le débat déjà évoqué tant à propos du service Google News que des sites de réseau social, qui est de savoir si le rôle de l'opérateur de ces nouveaux services est soit celui d'un moteur de recherche qui référence automatiquement (Google News ou Google Book Search) ou d'un simple fournisseur technique d'hébergement (YouTube, MySpace), soit celui d'un véritable éditeur (portail d'information ou site de vidéo édité).

Conscientes des enjeux en termes culturels¹¹⁵, mais aussi économiques, certaines autorités publiques, tout spécialement en France, tentent de rivaliser avec Google et Yahoo!. C'est ainsi qu'est né de la volonté présidentielle française le projet «Quaero» («Je cherche») de création d'un moteur de recherche européen de pointe dans le domaine multimédia pour la prochaine génération d'Internet. Ce projet a subi un revers début 2007 lorsque l'Allemagne s'est retirée du projet pour lancer son propre projet appelé «Theseus» (récemment financé à hauteur de 165 millions USD par les autorités allemandes). Les autorités communautaires se sont également saisies de la question des bibliothèques numériques¹¹⁶. Plus récemment encore, le Japon a annoncé un programme massif visant à lutter contre la domination de Google dans le domaine de la recherche¹¹⁷. C'est dire que diverses autorités sont conscientes des enjeux, pas simplement économiques, de la recherche en ligne.

CONCLUSIONS

Bien au-delà de l'affaire *Copiepresse*, Google est donc, en tant qu'entrepreneur audacieux du Web 2.0, au centre de nombreuses controverses juridiques, qui visent à redessiner les contours des obli-

là, car la mission de ces sociétés de gestion n'est nullement comparable à celle des opérateurs qui font un usage commercial de ces contenus.

¹¹⁵ En France, c'est le livre de l'ex-président de la Bibliothèque nationale de France, *Quand Google défie l'Europe* (Mille et une nuits, 2005) qui a déclenché le débat et fait bouger les pouvoirs publics.

¹¹⁶ Voyez, par exemple, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/253&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>.

¹¹⁷ Voyez «Japan launches project to fight Google dominance of searching», *Financial Times*, 5 septembre 2007.

gations pesant sur les moteurs de recherche et d'autres services liés à la société de l'information. L'issue des affaires qui sont actuellement instruites et plaidées à travers le monde va contribuer à modeler Internet de demain et, en particulier, à déterminer le rôle des médias traditionnels et des nouveaux fournisseurs de services. Mais il ne s'agit pas simplement d'une question de concurrence entre opérateurs et de juste répartition des revenus entre producteurs et distributeurs de contenus. L'enjeu est plus vaste. L'acheminement de l'information par le biais des moteurs de recherche et des nouveaux services pose des questions qui touchent entre autres à la libre circulation des informations, à la préservation d'un espace public riche, à la protection des contenus et des patrimoines culturels. Les moteurs de recherche jouent le rôle de «portiers» (*gatekeepers*) et de «goulots d'étranglement» (*bottleneck*) pour l'information dispersée sur Internet. Des machines programmées (les algorithmes de recherche) se voient ainsi conférer le pouvoir de rendre les contenus visibles, de les sélectionner, de les organiser. Cette fonction clé mérite d'être encadrée par le droit, notamment afin de minimiser les risques de manipulation des résultats et de permettre au plus grand nombre de trouver une audience. L'évolution de notre environnement culturel, qui passera de toute manière de plus en plus par le numérique, en dépend.

