

Le référencement des œuvres sur Internet

Rapport du CSPLA

Valérie-Laure Benabou, professeur de droit à l'Université de Versailles-Saint Quentin
Joëlle Farchy, professeur de sciences de la communication à l'Université Paris I
Cécile Méadel, professeur de sociologie à Mines ParisTech

Précision liminaire

L'importance prise par le référencement des œuvres littéraires et artistiques sur et par les moteurs de recherche a conduit le CSPLA, en décembre 2011, à créer une commission spécialisée sous la présidence des professeures Valérie-Laure Benabou, Joëlle Farchy et Cécile Méadel, pour inventorier et étudier les problèmes juridiques ou économiques soulevés par l'activité des prestataires de référencement au regard des règles de la propriété littéraire et artistique.

La commission a présenté son travail devant le CSPLA réuni en formation plénière le 9 juillet dernier. Le Conseil a constaté que de nombreuses et délicates questions étaient posées, en particulier sur des points relevant du droit de l'Union européenne non tranchés ou non encore tranchés par la Cour de justice de l'Union européenne et que sur de nombreux aspects de fortes divergences existaient entre ayants-droit et acteurs des services de référencement.

Dans ces conditions, le Conseil a décidé de ne pas émettre d'avis ou de recommandation à la ministre de la culture et de la communication et a jugé plus opportun de livrer au public un rapport décrivant avec précision un état argumenté des lieux.

Il se réserve naturellement la possibilité à tout moment de reprendre ou d'approfondir ces travaux en vue d'une prise de position formelle sur tout ou partie des questions abordées par le rapport, en particulier sur les suggestions qui figurent dans sa dernière partie.

Introduction

Référencement et propriété intellectuelle. Dans une première approche, le référencement renvoie à l'ensemble des moyens qui permettent d'identifier des contenus et d'orienter l'utilisateur, grâce à des liens qui connectent sa recherche avec une liste de résultats pertinents. À mesure que croît l'ampleur des contenus mis à sa disposition, ces outils d'orientation deviennent de plus en plus cruciaux et sophistiqués. Le référencement, interroge la propriété intellectuelle soit lorsqu'il reprend tout ou partie des contenus couverts par les droits de propriété, soit lorsqu'il fournit un accès à une œuvre en ignorant ou en s'affranchissant éventuellement des droits d'accès et des autorisations. C'est notamment au regard de l'intensification des emprunts réalisés aux œuvres protégées pour améliorer les outils de référencement que se pose la question de la place de la propriété intellectuelle dans ce paysage. Le présent rapport, fruit des travaux d'une commission du CSPLA formée à la demande de sa présidence s'efforce de fournir des constats et des pistes de solution afférents aux problèmes qui se posent lorsque le référencement touche des œuvres ou des objets protégés par des droits de propriété intellectuelle.

Temps des incertitudes. Il doit être lu au regard de l'incertitude juridique, technique et socio-politique qui entoure les questions soulevées. De nombreuses solutions ou discussions ont surgi dans le cours des travaux ; en France, de la jurisprudence de la Cour de cassation notamment dans ses arrêts du 11 juillet 2012, à l'accord Google avec les éditeurs de presse, aux discussions tenues au sein de la commission Lescure, la question du référencement n'a eu de cesse d'être débattue dans divers cénacles. Cette abondance d'initiatives s'est également manifestée au plan européen et international à travers notamment les procédures en cours devant la Commission européenne à propos des pratiques de Google au regard du droit de la concurrence, les décisions de plusieurs cours suprêmes sur les services de référencement ou encore l'éventuelle création de droits voisins dans d'autres pays européens. Mais le temps n'est pas encore venu de la stabilisation : les acteurs sont en attente de décisions majeures à venir notamment de la Cour de Justice de l'Union européenne, sollicitée par plusieurs questions préjudicielles (Meltwater, Svensson...), décisions qui devraient influencer substantiellement les termes du débat dans un proche avenir. La Commission a envisagé de présenter un projet relatif aux procédures de notification. Le présent rapport intervient donc à un moment intermédiaire de la réflexion et n'ambitionne nullement de figer les positions dans un univers si mouvant.

Evolution des pratiques. Au plan technique, l'incertitude est à peine moins grande en situation d'innovation généralisée ; d'un côté surgissent et se développent de nouveaux moyens d'accompagner la recherche des internautes ou de fournir des outils de préconisation ; de l'autre, les moteurs de recherche se transforment incessamment, s'adaptent et enrichissent leurs offres ; enfin, la frontière entre indexation, référencement et agrégation de contenus devient poreuse. Symétriquement, les usagers eux-mêmes changent la manière dont ils s'orientent sur internet. L'analyse a donc pointé les évolutions rapides du secteur, tant à propos des modèles d'affaires qu'au regard de la technique et des reconfigurations des usages sociaux. Les dispositifs qui permettent d'accéder à des contenus sur internet ne se limitent pas aux moteurs de recherche, et aujourd'hui bien d'autres types d'outils sont mis à la disposition des internautes, qu'il s'agisse des réseaux sociaux avec leurs multiples dispositifs d'orientation et de classement, ou des technologies innovantes actuellement plutôt expérimentales comme les moteurs pair-à-pair.

Variété des instruments de référencement et impact sur la propriété intellectuelle. L'intensité de l'immixtion du référencement dans les problématiques de propriété intellectuelle est elle-même variable en fonction des outils employés. Certaines formes de référencement sont peu intrusives comme l'est un lien « pur et univoque » amenant seulement à une page donnée, d'autres mettent les internautes en contact avec les œuvres de façon

médiate, à un clic de l'œuvre, par le truchement de liens cliquables qui lancent des fichiers exécutables contenant des œuvres, d'autres encore dans lesquelles l'œuvre est le pointeur, fusionnent lien et œuvre en une seule figure sensible, à l'instar des vignettes qui reproduisent les photographies en format réduit tout en servant de lien. Il ne nous a pas été possible de passer en revue l'intégralité de ces pratiques, ni de déterminer leur incidence précise sur l'ensemble des champs de la création. Il est apparu lors des travaux que les questions posées appelaient sans doute des réponses différenciées en fonction des caractéristiques propres à certains services ou encore à certains secteurs. Les réponses fournies par les membres de la commission attestent de la vanité d'une analyse univoque.

Le rapport s'est donc volontairement limité à certaines illustrations, topiques de l'importance croissante de l'infomédiation sur les réseaux numériques. Ainsi, le travail de la commission, bien que n'excluant pas totalement la problématique du référencement payant, s'est principalement intéressé au référencement dit « naturel » en raison de l'importance stratégique de cette forme de référencement dans une économie de « gratuité marchande ». N'ont pas non plus été développées les questions relatives à la personnalisation des résultats, en ce qu'elles engagent des discussions relatives au traitement des données personnelles débordant le champ de cette mission. Enfin, certaines analyses de droit comparé demeurent superficielles, au regard de l'ampleur titanique du sujet.

Variété des regards. C'est dans ce contexte que la commission a été amenée à poser les éléments d'une réflexion, nécessairement prospective, sur la rencontre des règles du code de la propriété intellectuelle avec les opérations de référencement ou sur les évolutions souhaitables du droit dans ce domaine. Le rapport, résultat d'un triple regard, juridique, économique et sociologique, explore l'état des réflexions des membres de la commission et de ses présidentes sur le rôle que le droit de la propriété intellectuelle est susceptible d'occuper, s'agissant des opérations de référencement relatives aux contenus protégés. Il a été élaboré à partir des travaux de la commission constituée de membres appartenant ou extérieurs au CSPLA et suite à de nombreuses auditions d'experts juridiques, économistes, informaticiens, sociologues. La réflexion s'est également enrichie de la lecture des travaux qui se sont récemment fait jour sur ces questions, tel que le rapport Lescure et des non moins nombreuses décisions de jurisprudence française et étrangères traitant du référencement. Ainsi, le rapport s'écarte quelque peu des travaux de la commission, en ce que tous les points abordés dans le rapport n'ont pas été traités de manière collégiale.

Statut du rapport. Le présent rapport n'entend pas proposer des solutions définitives ni trancher les points de désaccord qui peuvent se faire jour entre les différentes parties intéressées. Chaque fois que cela est nécessaire, il s'efforce de mettre en exergue les positions exprimées dans leur diversité. En tout état de cause, il semble que pour que l'étude puisse être poursuivie et approfondie cette diversité de configurations exigerait un traitement par type de contenu. Les différents secteurs concernés ne rencontrent pas les mêmes problèmes ; leurs demandes à l'égard des outils de référencement, comme l'état de leurs réflexions, leurs engagements dans diverses procédures diffèrent également largement. Par conséquent, ce travail ne cherche pas à procéder à une synthèse de ces positions mais propose de livrer un état des lieux et offrir une réflexion générale sur les problématiques abordées. Il constitue une étape préalable à la rédaction d'un éventuel avis dégagé à partir de consensus ou de positions majoritaires.

Plan. Le rapport se présente en six parties différentes qui s'attachent à recenser les questions majeures qui ont émergé lors des travaux de la commission. Après avoir procédé à une typologie du référencement pour circonvenir l'objet d'étude (partie 1), la réflexion s'est portée sur la qualification juridique des opérations de référencement, essentiellement au regard des règles de la propriété littéraire et artistique (partie 2). L'économie du référencement est envisagée dans la troisième partie.

La question de l'implication des prestataires de référencement dans la lutte contre les contenus illicites fait l'objet de la quatrième partie. La cinquième partie passe en revue les différentes options émanant des acteurs pour répondre aux problématiques de partage de valeurs et de stratégies de référencement. Enfin, une sixième partie conclusive vise à résumer l'état des questions et les pistes d'orientation qui peuvent s'en dégager.

1. Typologie du référencement

Trouver des contenus sur internet relève en première approximation de deux grandes stratégies : d'un côté la logique de l'annuaire (ou de l'encyclopédie), de l'autre la logique relationnelle par analyse des liens. Comme on le verra, cette opposition devient de moins en moins pertinente. Le premier dispositif permettant de guider l'internaute dans sa recherche de contenus est minoritaire et déclinant : ce sont les annuaires (1.1.), sous leurs différentes formes, y compris celles des portails. Le second est largement majoritaire, avec un acteur dominant : les moteurs de recherche (1.2.) et leur leader Google. Les premiers fonctionnent par sélection des informations et présentation articulée et hiérarchisée ; les seconds par traitement automatisé du plus grand nombre possible de données, par l'intermédiaire d'outils qui « crawlent » le web. Par ailleurs, on assiste à une modification des pratiques de référencement qui sont susceptibles, à terme de reconfigurer les processus de recherche (1.3.).

1.1. Le modèle Annuaire

Principe du catalogue. Le modèle annuaire fonctionne sur le principe de base du catalogage : les ressources sont classées par grandes thématiques, et renvoient vers des contenus sélectionnés (de manière automatique ou pas). Cela peut être organisé sous la forme d'un véritable catalogue, comme le site d'informations médicales, CISMEF. Cette formule a été adaptée par les portails, comme celui de Yahoo ! qui consiste à offrir un maximum d'informations utiles, de contenus éditoriaux et de services en maintenant l'internaute le plus longtemps possible sur la page afin de maximiser le prix de la publicité ou de l'attirer vers des sites marchands. Le portail propose donc une série d'informations, sériées par grands thèmes et sélectionnées.

Diversité des portails. Différents types de portails peuvent être définis en fonction de la « qualité » et de l'implication de leurs auteurs.

- **Le modèle entreprise** : une société crée et gère l'annuaire. Elle propose son service gratuitement et se finance par la publicité ou par la monétarisation des liens (Yahoo! avant 2009) ;
- **Le modèle communautaire** : des volontaires cherchent et répertorient les liens en fonctions de leurs connaissances et goût sur le sujet, parfois avec l'aide de robots. C'est le cas par exemple des portails de Wikipedia qui rassemblent les pages liées à un thème, lesquelles renvoient elles-mêmes vers des liens externes, ou encore de about.us¹ qui répertorie les noms de domaines en “.us”. Ces outils relèvent de notre acceptation du référencement dans la mesure où il s'agit bien de moyens d'accéder à de l'information et de se repérer dans la masse des données disponibles. Les logiques qui président aux choix opérés dans ce cadre sont bien souvent, à la différence des moteurs, rendues explicites par les responsables de ces sites. C'est par exemple le cas du principe de neutralité de Wikipedia (Cardon, 2012) ;
- **Le modèle savant** : à la manière d'un catalogue d'archives, classement raisonné (mais à la différence du catalogue) non exhaustif des documents (ou plutôt de leurs références) (CISMEF²). Les annuaires sont de moins en moins entièrement le résultat d'un travail « humain » ; la part d'automatisation, même si elle peut être ensuite validée « à la main », se révèle croissante.

Portail et offre culturelle. En matière de produits culturels, les portails proposant une offre sélectionnée accompagnée d'un certain nombre d'informations sur les produits sont essentiellement entre les mains de grands acteurs. Quelques acteurs publics, comme Gallica ou, plus récemment la Digital Public Library of America, proposent de leur côté une offre spécialisée. Les journaux, confrontés à la concurrence des portails et à la reprise non contrôlée de leurs contenus, sont en voie d'inventer des formats spécifiques. Pour le reste, les

1 <http://www.neustar.us/>

2 <http://www.chu-rouen.fr/cismef/>

principaux acteurs de la culture, acteurs publics ou associatifs, n'ont que faiblement participé au référencement des produits culturels³. On ne trouve donc pas de sites proposant, dans une visée non immédiatement marchande, le référencement d'un large choix de livres, vidéos, films... L'offre apparaît donc, sauf quelques exceptions, éclatée et peu lisible. Les contraintes pour construire ce genre de portail sont, il est vrai, désormais très élevées, puisqu'il faut une offre très large (sinon exhaustive), à la manière d'Amazon ou de Spotify pour acquérir de la visibilité et recevoir du trafic.

Moteurs spécialisés. A mi-chemin entre le portail et le moteur, on trouve aussi des dispositifs spécialisés soit dans un type de contenu donné (par exemple les images ou la cartographie), soit dans une catégorie de biens. On les appelle encore des moteurs de recherche verticaux. C'est le cas, par exemple, des comparateurs qui repèrent et confrontent le prix des biens disponibles sur le web ; voire de certains sites marchands de grande taille, comme Amazon, eBay, etc., qui peuvent eux aussi permettre l'orientation de l'internaute en utilisant notamment les images représentant des produits⁴.

1.2. Le modèle Moteur

Un marché des moteurs généralistes concentré. Le marché des moteurs est dominé par Google. Si la France se révèle particulièrement « Googlelephile » (90% de part de marché⁵ Bing et Yahoo ! se partageant le reste), peu de pays lui échappent, aux notables exceptions près de la Corée du Sud (Naver, groupe NHN), de la Russie (Yandex), du Japon (Yahoo) ou de la Chine (et son leader, Baidu). Les moteurs généralistes, avec chacun leurs spécificités, fonctionnent selon cinq étapes de mise en ordre des données qui opèrent une série de choix spécifiques.

Étape 1 : le crawl. La première étape, dite *crawling*, consiste à collecter les données qui vont alimenter le moteur. Un tel *process* repose sur une ambition affichée d'organiser dans son intégralité l'information du monde. Google soutient en effet que son robot « *crawle* » tout le web mais la question n'est pas aussi simple. Le robot circule entre les sites en suivant les liens qui renvoient d'une page vers l'autre. Il ne saisit qu'une partie des contenus. D'une part parce que cette opération n'est pas réalisée à la même fréquence pour toutes les pages (celles dont le contenu change davantage sont plus souvent crawlées) ; le mouvement est donc nécessairement un peu autoalimenté (les changements des pages moins crawlées deviennent moins perceptibles par le robot). D'autre part, toute une partie du web n'est pas ou plus accessible pour le crawler (sites fermés, refusant l'indexation, non traduisibles, inadaptés ; pages dynamiques ou sans liens, etc.) ; c'est tout le web profond (d'un ordre de grandeur largement supérieur au web de surface⁶) qui échappe aux moteurs. Toute information n'est certes pas « utile », les redondances étant par exemple la règle pour les pages dynamiques, mais nul ne peut aujourd'hui dire ce qu'engage cette partition du web dans le référencement des informations.

Étape 2 : l'indexation. Une fois l'information collectée (sous la forme du contenu des pages corrélé à des adresses), elle est ensuite traitée et indexée : les liens et leur chaîne sont étudiés ; les textes sont soumis à une analyse linguistique et sémantique ; les informations de mise en forme sont détectées. La matière brute extraite lors de la première étape est ainsi traitée, en fonction de critères qui ne sont connus que dans leurs grandes lignes mais restent un secret industriel pour l'essentiel. Le critère national joue un rôle premier : du web-monde, on passe

3 Comme cela a été signalé lors du Forum d'Avignon de 2012 : <http://fr.slideshare.net/forumdavignon/rfencer-les-oeuvres-sur-internet-prescrire-la-culture>

4 Etude Comscore 2013 <http://www.slideshare.net/jonquois/francedigitalfutureinfocusltudecomscore2013>

5 ATinternet, www.atinternet.fr/documents/barometre-des-moteurs-de-recherche-mars-2012/

6 La part du web réellement indexée semble impossible à définir, tant diffèrent les appréciations sur les critères d'évaluation du web profond, son volume, la part de pages crawlées et traitées, etc.

au web-local, la définition du local se faisant par un découpage entre sites nationaux, sites parlant la langue nationale, sites déjà fréquentés, etc.

Étape 3 : le *ranking*. La troisième étape (*ranking*) consiste à classer les contenus indexés. Le principal critère, qui a permis à Google de devenir le moteur leader, aujourd'hui repris par tous les moteurs généralistes, est le *PageRank*, c'est-à-dire le nombre de liens qui renvoie vers le site indexé ; plus le nombre de sites qui "recommandent" une adresse est élevé, plus le *PageRank* augmente. Ce système s'inspire directement des principes de classification basés sur les citations des articles scientifiques adoptés depuis les années 1960⁷. Outre ce critère dominant mais non exclusif, d'autres facteurs (environ 200 en 2013) sont pris en compte dans l'algorithme de classement des résultats, comme la pertinence des contenus établie à partir d'une évaluation des mots-clefs, de leur récurrence, de leur mise en forme, de leur position dans la page, de leur richesse... Ces différents critères ne sont connus que dans leurs grandes lignes des acteurs du web, et théoriquement appliqués à tous. Pour autant tous les contenus du web reçoivent-ils le même traitement ? Oui, avec deux nuances de taille : la fréquence du *crawling* et le « poids » accordé à chaque page. Vient ensuite, en réponse à la requête d'un internaute, la restitution des résultats sous deux formes, les résultats du référencement naturel et les résultats du référencement payant.

Étape 4 : la présentation des résultats. L'ordre de présentation des résultats sous forme de listes de liens, fixé par cet ensemble des critères, est d'autant plus crucial que la plupart des consultations ne dépassent pas les deux premières pages. Selon une étude récente réalisée pour la Hadopi⁸, les dix premiers liens renvoyés par les moteurs de recherche lors des requêtes accaparent en effet 90% des clics des internautes. L'ordre de présentation des résultats correspond à ce que certains appellent *googlearchy* : « le Web est un réseau de type "aristocratique" où celui qui est premier augmente exponentiellement les chances de cumuler encore plus d'avantages » (Origgi, 2007).

Étape 5 : les propositions publicitaires. La cinquième étape regarde le deuxième ensemble de résultats fournis en réponse à une requête : les propositions publicitaires clé de voûte du modèle d'affaire des moteurs (voir *infra*).

Une information puissante et sourde. L'information fournie par les moteurs est donc à la fois puissante et sourde. Puissante parce que, dans un très grand nombre de cas, elle permet de façon rapide et économique à l'internaute d'obtenir le résultat escompté ce qui ne va pas sans un certain nombre de difficultés lorsque, par exemple, cela revient à rendre inutile la visite du site porteur de l'information. Sourde parce qu'elle n'entend que partiellement et l'internaute-chercheur et le site. Ses modalités d'indexation favorisent par exemple les pages qui sont rafraîchies le plus souvent, alors que le critère peut n'avoir qu'une faible importance pour la recherche de l'internaute. Mais c'est bien la conjonction de ces deux qualités qui a permis au moteur d'acquiescer sa forte efficacité.

1.3. L'évolution des formes de référencement

En dépit des positions fortes de certains acteurs, l'écologie du référencement est cependant en voie de mutation. Elle s'oriente vers de nouveaux dispositifs (1.3.1.) et la personnalisation des résultats de recherche (1.3.2.).

1.3.1. Vers de nouveaux dispositifs

Évolution incessante. Les moyens de mettre de la compréhension et de la visibilité dans l'énorme masse de données du web ne cessent de se transformer. D'une part, parce que bien que les moteurs restent le principal moyen d'orienter les internautes, d'autres types de dispositifs proposent leurs propres classifications aux internautes, pour le moment de manière

7 Autour du Science Citation Index.

8 HADOPI, *Linkstorm*, Département Recherche, Études & Veille – 13 mars 2013. Etude Optify, The changing face of SERPs : organic click through rate, 2011.

essentiellement exploratoire. D'autre part, les moteurs de recherche eux-mêmes jouent un rôle déterminant par leurs expérimentations permanentes et leurs connaissances des internautes, en poussant de plus en plus loin la carte de la personnalisation et de la spécification. Plusieurs pistes sont actuellement explorées pour compenser les limites des moteurs basés sur le *PageRank* : le web sémantique, les moteurs pair-à-pair et les réseaux sociaux.

Web sémantique. Le web sémantique vise à rendre sa place à la logique du sens, sans exiger les ressources humaines nécessaires aux dispositifs de classement tels les annuaires. Il s'agit de permettre l'indexation des données à partir des concepts et non plus seulement des mots, par exemple en permettant aux machines de traiter des phrases « humaines », avec leurs équivoques, ce qui suppose que les sources d'information pertinentes aient été sémantiquement structurées au préalable. La logique du web sémantique est complémentaire et non substitutive de celle du *PageRank*. La logique du *PageRank* est d'une puissante efficacité pour trouver une information dès lors que la popularité garantit le plus souvent la bonne adéquation avec la requête ; elle est moins efficace lorsque l'information recherchée nécessite une certaine expertise.

Intelligence de l'indexation. Métadonnées. Sachant que les machines ont des difficultés à comprendre le langage humain, il faut pour cela mettre en avant des connaissances (c'est-à-dire des données formatées) en développant des ontologies. Cet « étiquetage » des données, qui peut être réalisé par page, par élément, par site, ajoute de l'intelligence à l'indexation des pages. Si l'on prend par exemple une page internet publiée qui a pour objet Woody Allen, actuellement, la machine ne sait pas nécessairement s'il s'agit du réalisateur Woody Allen ou du musicien Allen Woody. Les métadonnées vont permettre de pallier cette incompréhension de la machine. Mais cette très vieille ambition semble difficile à satisfaire, surtout dans un univers cognitif et technique en transformation permanente : « Bien que formulée au départ dans les termes d'une approche coopérative de la recherche d'information, dans laquelle les activités humaines fonctionnaient à parité avec les automates conçus par les ingénieurs, l'idée de « *Web sémantique* » a désormais pris l'allure d'une tentative de formalisation destinée à réduire les sources de bruit et d'incertitude dans la recherche automatisée d'informations. » (Chateauraynaud, 2006).

Moteurs en architecture distribuée ou pair-à-pair. L'une des limites des travaux sur le web sémantique est qu'ils se privent des formes de collaboration, volontaires et involontaires, des usagers à la constitution des classements ; toute cette intelligence collective que les moteurs en architecture distribuée ou pair-à-pair (P2P) placent au contraire au centre de leur modèle. Ce principe de distribution, gravé dans les principes originels même de l'Internet, s'inscrit sans doute comme un des axes importants de transformation à moyen terme dans les modes de communication et de gestion des contenus, apte à parer aux difficultés de gestion du réseau (Musiani, 2013). Les moteurs P2P qui tentent de distribuer entre leurs membres (ou pairs) le travail de signalement et d'indexation des contenus ont pour avantage d'abaisser considérablement les barrières à l'entrée sur le marché des moteurs, alors que les ressources des infrastructures nécessaires à un moteur non distribué pour stocker les données et répondre aux milliards de requêtes sont aujourd'hui considérables. L'infrastructure technique de Google composée par de très nombreuses fermes de serveurs, dans le monde entier, interconnectés par fibre optique et directement reliés aux *backbones* du réseau (au prix d'une consommation colossale d'électricité) opère en effet comme une barrière à l'entrée de concurrents. La décentralisation peut réduire ces coûts en les répartissant sur l'ensemble des participants. L'architecture décentralisée du logiciel de P2P se mêle à une approche dans laquelle l'individu donne sa valeur ajoutée au processus de recherche.

Outre leur intérêt intrinsèque, les moteurs en P2P renouvellent un certain nombre de questions, déjà posées par les moteurs classiques. Ils montrent tout l'intérêt pour un référencement personnalisé avec des réponses individualisées aux requêtes des internautes.

Mais posent la question de la régulation de tels outils et celle du statut des données qu'ils produisent : certains moteurs distribués, comme Faroo, ont, un temps au moins, soutenu que les résultats du moteur étaient une production collaborative des usagers et que le bénéfice devait dès lors en être partagé. Le modèle économique reste à construire, mais la question de la propriété des données est ouverte.

Référencement social. L'évolution du web vers une participation accrue des internautes à travers le référencement social fait émerger d'autres types de signalisation et modes d'orientation, qui s'appuient sur la participation des internautes pour donner de la visibilité aux contenus. Dans les réseaux sociaux, la collaboration des internautes contribue ainsi à les orienter collectivement, en ajoutant à la désignation du contenu et à son adresse des avis et recommandations. De nouveaux types de services s'appuient sur la coopération pour organiser l'accès au contenu. C'est le cas par exemple de Pearltrees, service qui permet de fabriquer la cartographie de ses propres réseaux de données sur un thème particulier et de la mettre à disposition de tous, afin de l'enrichir ou de la confronter à d'autres perspectives. Pearltrees n'est ni vraiment un moteur de recherche ni tout à fait un annuaire mais plutôt une façon de rendre publique et de partager la cartographie d'une question, dans une logique qui est celle de la réputation⁹. Le succès de Pearltrees, comme celui des outils de référencement cartographique du même modèle, est limité, mais il n'a en toute hypothèse pas vocation à substituer son principe d'arborescence à la vision « plate » proposée par les moteurs de recherche classiques ; il vise simplement à enrichir et à ajouter du sens à l'organisation des connaissances.

Potentialités des réseaux sociaux. À côté de ces approches surtout expérimentales ou confidentielles, les réseaux sociaux offrent dès à présent des possibilités massives d'orientation entre les données du web, principalement à travers Facebook et Twitter, mais aussi des dispositifs tels Delicious ou Pinterest. Alors que les moteurs font d'abord émerger les contenus les plus connus et que la concentration industrielle des acteurs de la culture renforce leur effet *blockbuster*, les contenus rares peuvent être mis en valeur sur les réseaux sociaux, et être prescrits directement¹⁰ aux consommateurs intéressés. Les résultats fournis ont cependant un caractère « artisanal », dans la mesure où ils dépendent de l'action volontaire d'un « ami » qui cherche à faire partager ses choix. C'est pour contourner cette difficulté que Facebook a lancé en janvier 2013, de manière expérimentale et encore confidentielle, un moteur de recherche, *GraphSearch*, qui interroge à la fois toutes les données des amis de l'internaute, mais aussi toutes les informations des pages publiques du réseau. Si la quantité d'informations s'avère assez riche, un nouveau mode de classement, de type affinitaire, permettra au réseau social de mettre de l'ordre dans les données du web. Leur caractère artisanal et individualisé explique pourquoi, pour l'heure, et bien que leur importance soit d'ores et déjà reconnue, il n'a pas été possible à la commission d'en faire l'analyse approfondie du point de vue de la propriété intellectuelle.

Personnalisation de la réponse et protection des données personnelles. Le référencement social est confronté à une difficulté particulière : celle de la confidentialité des données et de leur réutilisation pour l'indexation des contenus. Actuellement, les informations des réseaux sociaux utilisées par les moteurs de recherche sont exploitées soit en vertu d'accord (celui qui liait Google et Twitter est rompu), soit en exploitant la partie publique des profils individuels (ce qui en limite l'intérêt, du point de vue du moteur). Est-ce à dire que les moteurs de recherche cassent, au moins pour partie, la confidentialité d'informations contenues dans les

9 Ce que d'une certaine manière fait aussi Google, mais sans rendre directement visible ni les auteurs ni le principe de classement.

10 Point déjà souligné par exemple au Forum d'Avignon en novembre 2011 : "Référencer les œuvres sur Internet, prescrire la culture ? " <http://forumavignon.org/fr/dossierreferencementetprescriptiondescontenus-culturelssurinternet>

réseaux sociaux ? Il est difficile de le préciser en absence d'informations précises sur les accords passés.

Agrégation de contenus. Une autre tendance importante du référencement, source de difficultés juridiques accrues, tient à la pratique de l'agrégation de contenus. Le prestataire ne se contente pas de fournir une simple information sur la localisation d'un contenu sur internet, il améliore la qualité de sa réponse en offrant à l'internaute une réponse « éditorialisée », en offrant des éléments de visibilité des contenus recherchés avant même d'y parvenir ou en articulant plusieurs éléments d'informations ensemble pour enrichir la qualité de la réponse. Les outils de recherche se superposent de plus en plus avec les services d'agrégation ou de syndication de contenus. Ainsi les agrégateurs de presse ne se contentent pas d'offrir un lien vers un contenu répondant à un mot-clé ; ils classent les références en fonction de leur degré de pertinence, offrent des extraits des occurrences potentiellement utiles, proposant ainsi au client un service à part entière résultant précisément du recensement de l'ensemble des références utiles, distinct de la direction vers chacune de ces références. L'agrégation des contenus est également une tendance croissante chez les moteurs de recherche qui tendent à présenter les résultats d'une matière attractive en croisant plusieurs sources d'information pertinentes au regard de la requête et offrent un « aggloméré » de ces sources croisées sur leurs pages mêmes (voir les récentes évolutions de Google s'agissant des informations relatives à une personne : photos, dates de naissance, résumé biographique, autres personnes en contacts sont rassemblés dans un encart particulier visible sur la page du search). Le présent rapport inclura donc l'agrégation de contenus dans la définition large du référencement qu'il entend retenir.

1.3.2. Vers la personnalisation des résultats par les moteurs

Outils de la personnalisation des résultats. De son côté Google travaille également à faire évoluer son modèle, en suivant les mêmes pistes : affiner l'adéquation de la terminologie à la requête, utiliser encore davantage l'intelligence collective et personnaliser les réponses¹¹. Les moteurs utilisent de plus en plus des données de types différents pour affiner les résultats fournis : informations de géolocalisation (à partir de l'adresse IP), données comportementales sur les parcours des internautes (à partir de l'exploitation de cookies ou de données de logs), données liées à la langue, etc. Tous les moteurs utilisent ainsi les cookies inhérents à la navigation de chaque internaute pour proposer des réponses ciblées. L'internaute a toujours la possibilité de les désactiver, mais l'opération, qui peut paraître d'une grande simplicité aux informaticiens ou internautes aguerris, est moins immédiate pour le non-initié. De plus, cette intervention peut lui interdire l'accès à des ressources qui l'intéressent, alors que son bénéfice ne lui apparaît pas nécessairement de manière claire.

Individualisation et qualité des résultats. Cette personnalisation des résultats si elle contribue à satisfaire l'internaute en ajustant les résultats au plus près de ses pratiques, souvent pour une meilleure efficacité, n'est pas sans poser des problèmes de confidentialité. Les moteurs participent ainsi d'une forme d'économie de la visibilité (Simonnot, 2008) dans laquelle sont non seulement décrits ce que font les internautes, mais sont également fournis une foule de détails sur leurs centres d'intérêt et sur leurs idées, ce qui pourrait constituer une menace réelle pour le respect de la vie privée. Ces évolutions montrent une mutation de l'objectif poursuivi par les services de référencement. D'une prestation quantitative consistant à fournir à l'internaute le plus de contenus possibles en rapport avec la requête formulée, ils proposent aujourd'hui, à bien des égards, un service orienté vers une dimension plus qualitative qui s'exprime, notamment, au travers d'une individualisation et d'une précision de la prestation.

11 Ertzscheid (2008) distingue trois niveaux de personnalisation : personnalisation transparente à partir des logs d'une session, personnalisation persistante lorsque l'internaute s'est identifié et personnalisation participative lorsque l'internaute intervient dans les services, par exemple en taguant ou en partageant un contenu.

Ciblage des utilisateurs. Éditorialisation des contenus. La personnalisation des résultats débouche sur une particularisation des contenus et des moteurs de recherche, avec différenciation à la fois des contenus et des utilisateurs ; de nombreux dispositifs (pas seulement les moteurs) tendent à individualiser les parcours et les propositions faites à l'internaute, en fonction de ses demandes précédentes, des sites visités, de ses habitudes... S'y ajoute la spécialisation des moteurs, par exemple autour de l'information (Google News ou Actualités), l'image, les travaux scientifiques (Google Scholar). L'ensemble conduit à des contenus enrichis et à une forme d'éditorialisation. Les moteurs proposent désormais une information enrichie, (i.e. ne se limitant pas en la présentation d'un simple lien renvoyant au site source), spécialisée (images, presse, livres, travaux scientifiques...) et personnalisée (en s'appuyant sur les données de connexion de l'utilisateur). Au final, ils fournissent en réponse à une requête des contenus denses et étoffés : ils ne se contentent pas de donner des liens, de pointer vers un contenu, mais enrichissent l'information (par exemple en ajoutant des photos, des captures d'écran, des résumés...), voire l'agrègent en fonction de logiques hiérarchiques (liens sponsorisés / liens payants, etc).

Conclusion. Des alternatives aux moteurs de recherche. En conclusion de cette partie, il convient de garder à l'esprit que, si les moteurs de recherche et autres moyens de référencement sont largement mobilisés pour la recherche d'information pour le web, ils n'en sont cependant pas la voie d'accès unique. Le choix du mode de recherche de l'information n'est pas figé, il dépend à la fois du profil de l'utilisateur, de sa compétence dans le domaine concerné, mais aussi du type de contenu recherché, voire de la visibilité des acteurs et sites. Ainsi 20 % du trafic du site du journal *Le Monde* proviendrait des moteurs, contre 30 % pour *Rue89* et 50% pour *l'Express* (Rebillard, 2010). Tout le trafic n'est pas généré par les moteurs (ou par les moteurs et les annuaires). Prenons l'exemple des informations : en 2011, Google (Search & Maps) était l'acteur qui apportait le plus de trafic pour les vingt-cinq sites d'actualités (News) les plus importants aux États-Unis (sauf *The Wall Street Journal*, BBC News, Reuters, et Bing News), avec des taux compris entre 20 % et 40 % pour sept sites leaders, mais ce n'était pas la source de trafic dominante. Les liens directs, sans passer par les moteurs, représentaient en moyenne 60 à 65 % du trafic, contre 35 à 40 % pour les liens indirects externes à leurs sites (dont les liens en provenance des moteurs de recherche)¹². Pour les contenus culturels, les plates-formes du web communautaire et social comme Myspace, Dailymotion, Youtube, Facebook ou Twitter jouent un rôle déterminant pour l'accès aux ressources, sans passage par les moteurs de recherche ou autres outils de référencement.

Les moyens de mettre de la compréhension et de la visibilité dans l'énorme masse de données du web ne cessent donc de se transformer. D'une part parce que bien que les moteurs restent le principal moyen d'orienter les internautes, d'autres types de dispositifs émergent, qui proposent leurs propres classifications aux internautes. Les jeunes générations ont de plus en plus accès à des formes de référencement via les réseaux sociaux et non plus via les moteurs de recherche généralistes classiques. D'autres types de dispositifs viennent également compléter les moyens d'orientation des internautes. D'autre part, les moteurs de recherche eux-mêmes jouent un rôle déterminant par leurs expérimentations permanentes et leurs connaissances des internautes, en poussant de plus en plus loin la carte de la personnalisation et de la décentralisation. Même si la présente analyse traite principalement des moteurs de recherche, et de leur rôle dans le référencement des biens culturels, les solutions proposées ne s'y attachent pas exclusivement et s'appliquent également à d'autres moyens d'accès aux contenus.

12 Voir étude réalisée en 2011 par Nielsen et PEJ Research.
Cf. http://www.journalism.org/analysis_report/who_drives_traffic_

2. Qualification juridique des opérations de référencement

Cadre de la réflexion limitée aux enjeux de la propriété intellectuelle. Sur le plan juridique, la question qui a essentiellement préoccupé la commission s'est limitée au rôle que le droit de la propriété intellectuelle est susceptible d'occuper s'agissant des opérations de référencement relatives aux contenus protégés. Par conséquent, le présent rapport n'entend se consacrer qu'aux seules situations dans lesquelles un droit de propriété littéraire et artistique est en jeu et ne traite pas des questions afférentes à la protection de la vie privée.

Incertitudes des qualifications juridiques du point de vue de la propriété intellectuelle.

Eu égard à leur diversité, la qualification des opérations de référencement du point de vue de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement du droit de la propriété littéraire et artistique, ne connaît pas de réponse juridique claire et univoque. La doctrine demeure prudente et la jurisprudence, peu abondante, n'est pas encore intervenue de manière décisive, en France, pour préciser les règles applicables. Les décisions en matière de référencement envisagées au plan international sont hétérogènes. Elles varient notamment en fonction des métiers impliquant une activité de référencement ou encore selon la nationalité des juridictions se prononçant sur ces problématiques. C'est dans ce contexte que la commission a été amenée à poser les éléments d'une réflexion, nécessairement prospective, sur l'éventuelle application des règles du code de la propriété intellectuelle aux opérations de référencement ou sur les évolutions souhaitables du droit dans ce domaine. Les solutions dégagées ne sont donc que des orientations et ne constituent pas des options définitives actées par la commission. En l'état actuel de la réflexion, les membres de la commission ont en effet préféré se limiter à l'établissement du constat d'une multiplicité de qualifications envisageables plutôt que de s'engager dans une voie unique.

Travaux du Forum des droits. La commission a pris en considération les travaux menés au début des années 2000 par le Forum des droits sur l'Internet, lesquels ont abouti à deux recommandations ; l'une sur le statut juridique des liens hypertextes¹³ ; l'autre sur le(s) régime(s) de responsabilité des liens hypertextes¹⁴. Concernant la recommandation relative au statut du lien hypertexte, la problématique centrale consistait à déterminer s'il était nécessaire d'obtenir l'autorisation du gestionnaire d'un site avant d'établir un lien vers ce dernier. Bien que plus étroite que la notion de référencement, celle de lien en constitue une sous-catégorie. Mais certains éléments propres au lien ne peuvent faire l'objet d'une généralisation à l'ensemble des opérations de référencement. Ainsi, tout en relevant chaque fois que nécessaire l'apport des travaux du Forum, le présent rapport entend dépasser les constats réalisés et prendre en considération les évolutions juridiques, économiques et sociales intervenues depuis lors.

Plan de la partie 2. En guise de conclusion, le premier rapport du Forum posait un principe de « liberté de lier » sous réserve de certaines limitations. Il convient à titre préliminaire de réévaluer cette analyse à l'aune de l'objet plus large que la commission s'est donnée d'étudier (2.1). On étudiera ensuite l'applicabilité éventuelle des règles actuelles de la PLA aux opérations de référencement (2.2).

2.1. Existence et portée de la liberté de « référencer »

Liberté de lier fondée sur « l'esprit du web ». L'une des positions exprimées dans le rapport

13 Recommandation du Forum des droits sur l'internet « Hyperliens : statut juridique », 3 mars 2003 : <http://www.foruminternet.org/specialistes/concertation/recommandations/recommandation-du-forum-des-droits-sur-l-internet-hyperliens-statut-juridique.html>

14 Recommandation du Forum des droits sur l'internet « Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites ? », le 23 octobre 2003 : <http://www.foruminternet.org/specialistes/concertation/recommandations/recommandation-du-forum-des-droits-sur-l-internet-quelle-responsabilite-pour-les-createurs-d-hyperliens-vers-des-contenus-illicites.html>

du Forum de droits sur Internet afférent aux liens hypertextes consistait à établir que « doit prévaloir la liberté de lier ». Appliquer ce principe, s'agissant d'un référencement relatif à un contenu protégé par la propriété intellectuelle entend signifier qu'une autorisation préalable n'est pas nécessairement requise pour l'établissement d'hyperliens. Le Forum mettait ainsi en avant l'utilité sociale de l'hyperlien contribuant à la diffusion de l'information et facilitant la recherche¹⁵ : « *les liens n'appartiennent à personne mais sont utiles à tous. Du côté utilisateurs, ils sont indispensables aux prospections du particulier, du chercheur, du documentaliste, du journaliste et à bien d'autres professions. Du côté des propriétaires de sites, ils sont autant de chemins d'accès vers leurs ressources et chaque lien tissé accroît leur visibilité. Les hyperliens participent donc au fonctionnement même du web*¹⁶. ».

Distinction selon la technique et la finalité du référencement. Le Forum a toutefois considéré qu'il convenait de dépasser les oppositions radicales exprimées en son sein visant d'une part, à reconnaître une liberté absolue de lier et d'autre part, à considérer que chaque opération de lien constituait un acte de contrefaçon des contenus protégés au titre de la propriété littéraire et artistique. Il a estimé que l'interprétation des tenants d'une liberté sans restriction était excessive parce qu'elle ne tient pas compte de ce que certains types de liens ne permettent pas seulement de naviguer de site en site ; ils donnent aussi la possibilité de s'approprier la création et le travail d'autrui. Ainsi peut-il en être de certains liens profonds pointant directement vers un fichier précis (cas des liens vers des fichiers « téléchargeables » de type PDF, Word, MPEG, MP3, fichiers exécutables et autres...) ou des liens qui permettent d'inclure une œuvre au sein d'une page web (techniques des transclusions de type *framing* ou *in-line linking*) qui s'approprient un contenu et/ou, par le résultat qu'ils cherchent à atteindre, détournent le mode d'exploitation de l'œuvre initialement prévu par le titulaire des droits. Le Forum constatait parallèlement qu'il existe différents types de liens et opérait une distinction entre les liens qui répondent « à une culture de partage et de gratuité » et ceux qui « ont pour effet de « rapatrier » une information plutôt que de pointer vers elle »¹⁷.

Conciliation de la liberté et des droits exclusifs¹⁸. Au final, le Forum exprimait la position de la liberté de lier dans le respect du droit des tiers et préconisait d'obtenir une autorisation :

- pour les liens exploités de façon autonome par le gestionnaire du site lié, notamment

15 FDI, recommandation 3 mars 2003, Hyperliens : statut juridique, p. 9 : <http://www.foruminternet.org/specialistes/concertation/recommandations/recommandation-du-forum-des-droits-sur-l-internet-hyperliens-statut-juridique.html>.

16 Au cours du débat que le Forum a ouvert sur la nature du lien hypertexte, beaucoup de participants se sont référés à ce qui doit être l'esprit du web. Pour eux, l'internet est d'abord un comportement : « [o]ser imaginer l'obligation d'une autorisation pour faire pointer un lien vers un autre site est une prétention arrogante qui va à l'encontre de l'esprit du net ».

17 Recommandation du FDI, 3 mars 2003, Hyperliens : statut juridique, p. 10.

18 Les conclusions du FDI se trouvent dans le tableau de synthèse :

Types de liens / Types d'atteintes	Simple	Profonds		Transclusions	
		Page	Fichier	Page	Fichier
Concurrence déloyale		o	o	o	o
Droit de reproduction					
Droit de représentation			o	●	●
Droit moral	o	o	o	o	o
Droit des marques					
Droit des bases de données				o	

L'absence de point indique peu ou pas de probabilité de porter atteinte à l'un des droits exposés ci-dessous, les points blancs (o) indiquent une simple probabilité et les points noirs (●) expriment une probabilité plus forte.

lorsque le site liant réalise un chiffre d'affaires à l'occasion de l'établissement des liens ;

- pour certains liens profonds qui pointent directement vers un fichier « télé-déchargeable » ou exécutable et non une page web ;
- pour les transclusions de page web et de fichiers dans la mesure où, en permettant de représenter dans une page du « site liant » les ressources (pages ou fichiers) appartenant à un autre site, l'utilisation de cette technique peut consister en une appropriation du contenu d'autrui et, par voie de conséquence, de son public.

En outre, le Forum recommandait aux titulaires de sites d'afficher clairement la politique qu'ils entendent soutenir en matière d'hyperliens et, dans l'hypothèse où un site web signale avec précision, de façon explicite son refus de l'établissement de certains liens, le Forum conseillait de respecter la volonté de ne pas être référencé, sans toutefois préciser les fondements juridiques de cette acceptation.

Fondements de la liberté de référencer. Le présent rapport n'entend pas ressusciter ce débat puisqu'il apparaît que le consensus ci-dessus exprimé à propos de la liberté de lier, dans les limites des droits des tiers, peut *mutatis mutandis* être repris à propos du référencement en général. Il n'est pas non plus question de remettre en cause, en soi, l'activité de référencement, laquelle peut également se réclamer d'une part de la **liberté du commerce et de l'industrie**, et d'autre part de la **liberté d'expression**. Ces libertés sont reconnues comme fondamentales tant au plan constitutionnel que par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme ou de la Charte des droits fondamentaux.

Conflits de droits fondamentaux. Toutefois, lesdites libertés ne sont pas reconnues de manière absolue et doivent s'articuler, juridiquement, avec d'autres principes d'égale valeur. Ainsi l'activité de référencement, quelle que soit son utilité sociale et technologique, connaît les mêmes limites juridiques que n'importe quelle autre activité, à savoir le respect des droits et libertés adverses. Or, le droit de la propriété intellectuelle et notamment le droit de la propriété littéraire et artistique s'est vu reconnaître le même rang de « droit fondamental » que les libertés sus-décrites. Il n'existe donc pas de hiérarchie juridique évidente à opérer entre des droits d'une même intensité normative. Il convient seulement de parvenir à concilier ces principes, à l'aide du principe de proportionnalité, en réduisant les oppositions qui peuvent se faire jour. À ce titre, même s'il ne s'agit pas, dans ce rapport, d'excéder le questionnement de la relation entre référencement et propriété littéraire et artistique, lequel correspond au ressort du CSPLA, il convient de souligner que la protection de la vie privée, qui est également au cœur des questions relatives au référencement, suscite des réflexions similaires.

Schéma des options possibles. Schématiquement, on peut d'ores et déjà relever qu'aucun consensus ne se dégage clairement sur le fait que les actes de référencement relèvent, en tout ou partie, du champ de la propriété littéraire et artistique. Certaines orientations doctrinales ou jurisprudentielles tendent en effet à écarter, en l'état du droit positif, l'application des droits exclusifs et du droit moral aux services de référencement. Bien entendu, cette opinion ne fait pas consensus au sein de la commission. Les discussions menées l'ont été, au contraire, dans l'hypothèse d'une applicabilité éventuelle du droit de la propriété intellectuelle à tout ou partie des activités de référencement, dès lors qu'elles sont relatives à des contenus protégés.

2.2. Application des règles du Code de la propriété intellectuelle aux opérations de référencement

A supposer que les droits de la propriété intellectuelle aient vocation à régir tout ou partie des opérations effectuées par des prestataires de référencement, cela ne peut être en tout état de cause le cas, *de lege lata*, que si ces opérations impliquent des éléments qui constituent des objets de protection. Ainsi, si la « reprise » des éléments ne concerne pas des objets protégés, elle ne peut en aucun cas être le siège de l'exercice d'un droit d'auteur, d'un droit voisin ou d'un droit *sui generis*.

Il convient d'envisager le caractère protégeable des objets en fonction des catégories de droit applicables mais également de la finalité de ces droits (2.2.1.) avant d'aborder la mise en jeu éventuelle des droits exclusifs (2.2.2.) et du droit moral (2.2.3.).

2.2.1. Le caractère protégeable des éléments sujets au référencement

Avant d'entrer plus avant dans la nature des opérations réalisées à l'occasion d'un référencement, il échet de rappeler l'idée évidente selon laquelle les règles du Code de la propriété intellectuelle n'auront vocation à s'appliquer que si ces opérations entrent dans son champ d'application. Pour cela, il faut qu'elles portent sur un objet protégé par le droit de la propriété littéraire et artistique (2.1.1.), ce qui suppose notamment que la reprise réalisée s'attache à une œuvre originale (2.1.2.). En outre, le contexte jurisprudentiel incite à étudier l'opportunité de limiter l'application éventuelle du droit d'auteur, des droits voisins et du droit *sui generis* au regard d'une approche fonctionnelle et non technique de leur mise en jeu (2.1.3.).

2.2.1.1 L'opération de référencement doit porter sur une œuvre ou un objet protégé

Des objets non protégés par la PLA. Seuls les objets protégés sont susceptibles de déclencher l'application d'un droit dans le chef des ayants droit. Si l'affirmation apparaît dans une certaine mesure tautologique, elle n'en recèle pas moins des potentialités utiles à la présente réflexion. En effet, l'opération de référencement ne peut en tout état de cause susciter l'application d'un droit de la propriété littéraire et artistique que si elle conduit au traitement d'un objet protégé. Si l'opération de référencement n'implique pas de tels objets, les règles de protection n'ont pas vocation à jouer et l'opération est libre. Tel est le cas lorsque le contenu vers lequel il est pointé ou encore le pointeur relèvent du domaine public au sens large, soit parce qu'il n'est plus protégé, soit parce que les critères de la protection ne sont pas remplis. Lorsque l'opération de référencement se rapporte à ces éléments étrangers au droit d'auteur, les règles de la protection n'ont pas vocation à s'appliquer. La même conclusion s'applique à propos des droits voisins.

Non reprise d'une œuvre. En outre, si le référencement est relatif à un objet protégé, la reprise opérée ne concerne pas nécessairement l'œuvre elle-même mais de simples éléments de celle-ci, qui dissociés de l'œuvre dont ils procèdent n'accèdent pas à la protection par le droit d'auteur ou par les droits voisins. Ainsi, c'est la forme de l'œuvre qui est protégée et non les informations qu'elle véhicule. Si le prestataire de référencement se contente de reprendre des informations brutes, ou idées sans reprendre la forme de l'œuvre elle-même, il ne s'attache pas à l'œuvre en tant que telle. L'hypothèse vise, par exemple, le cas où le pointeur ne reprend en son sein aucun élément protégé mais reformule un objet qui va diriger vers l'œuvre en question. Ici, il ne s'opère sur le site du prestataire aucun acte directement éligible au titre du droit d'auteur et des droits voisins, faute de reprendre un élément protégeable. S'il pointe en outre non pas vers l'œuvre dans son entièreté mais vers un élément seulement qui ne serait pas en lui-même protégeable, il n'aura à aucun moment déclenché l'application de la protection. Demeure toutefois posée la question de la captation de valeur effectuée par la réalisation du lien (voir infra).

Droit *sui generis*. Protection indirecte de l'information. La question est un peu plus délicate s'agissant du droit *sui generis* sur les bases de données, dans la mesure où la reprise d'informations « brutes » figurant dans la base d'origine, à défaut d'être protégée par le droit d'auteur, peut constituer, le cas échéant, une extraction du contenu de la base sujette à autorisation, à condition que cette reprise soit quantitativement ou qualitativement substantielle. Ces critères ont été explicités par la Cour de Justice¹⁹ ; la reprise quantitativement substantielle s'analyse au regard du volume de données reprises relativement à la base d'origine ; la reprise qualitativement substantielle s'entend de la reprise de données

19 V. infra.

pour lesquelles a été effectué un investissement qualitativement substantiel. Ainsi, si l'opération de référencement conduit à réaliser une aspiration substantielle des données à partir d'une base de données protégeable, il est possible de la soumettre au jeu du droit *sui generis*. Une opération de *crawl* effectuée par un moteur de recherche consistant à reproduire une partie substantielle de la base afin d'en tirer les éléments pertinents pour une requête peut être éligible à la protection du droit *sui generis*. Il s'agit d'une des options possibles pour appréhender l'opération de *crawl* effectuée à partir des sites de presse si le moteur reprend une quantité substantielle des informations, à condition qu'elles soient organisées dans une base de données elle-même protégeable.

2.2.1.2. La reprise des éléments doit porter sur une œuvre originale

Originalité des éléments repris. *Infopaq I*. Dans le prolongement des questionnements précédents, il s'agit d'appréhender des actes qui bien qu'étant relatifs à des objets protégés, n'opèrent pas une reprise intégrale mais seulement partielle de ces objets. La jurisprudence *Infopaq I* de la CJUE²⁰ offre, à ce sujet, des éléments de solution. En effet, la Cour a été amenée à se prononcer sur la légalité d'un service dit de *clipping* au regard du droit d'auteur. Ce service de veille média consiste à crawler des contenus de presse puis à extraire onze mots qui entourent le mot-clé sélectionné dans un article et à envoyer cette extraction au client qui choisit, ensuite, de payer pour accéder à l'article en fonction de sa pertinence au regard de ses attentes. Les agrégateurs de presse considéraient que de tels actes, en quelque sorte préparatoires de l'opération économique finale, ne donnaient pas prise au droit d'auteur.

La CJUE répond que :

- l'œuvre n'est protégée que lorsqu'elle est originale ;
- cette condition doit également être respectée lorsque la reproduction est partielle, ce qui signifie que la protection sera accordée lorsque la reprise de l'œuvre est originale ou lorsqu'elle témoigne de l'originalité de l'ensemble.

Partant si la reprise ne concerne qu'une « *infra-œuvre* » qui descend sous le seuil d'originalité requis, il n'est pas besoin de demander l'autorisation au titulaire de droit pour réaliser cette opération d'indexation. Il convient également de préciser que, selon la CJUE, plus on agrège d'éléments plus on s'approche du seuil de l'originalité permettant d'être protégé.

Il en résulte que l'activité d'agrégation de contenus incluant des opérations d'indexation peut, selon l'ampleur de l'emprunt réalisé, relever ou non de l'autorisation préalable des ayants droit. Si l'élément reproduit n'est pas original ou ne témoigne pas de l'originalité de l'ensemble, aucune autorisation n'est due, tandis que si ce seuil d'originalité est dépassé, par exemple en raison de la récurrence des emprunts au sein d'une même œuvre, le droit exclusif retrouve toute son application. Toutefois, dans ce deuxième cas, la reprise ne sera pas automatiquement soumise au droit exclusif si ses conditions relèvent du jeu d'une exception.

Cette grille de lecture a été adoptée dans l'affaire *Copiepresse*²¹ en Belgique, le juge s'étant appuyé sur la jurisprudence *Infopaq I* pour considérer qu'il y avait reprise d'éléments originaux des titres de presse dans le service *Google News*. C'est également le cas dans l'affaire *MeltWater* au Royaume-Uni²², à propos d'un site de veille média qui reprenait les titres de presse et qui les envoyait sous forme de liens d'alerte à ses clients. Le juge anglais a,

20 CJUE, 16 juillet 2009, *Infopaq I*, aff. C-5/08.

21 Cour d'appel de Bruxelles 5 mai 2011, confirmatif de la décision de première instance rendue le 13 février 2007, *Auteurs et médias*, 2007, p.117.

22 *Meltwater* [2011] EWCA Civ 890 : 27 juillet 2011, point 48. It is not the case that every recipient and/or user of Meltwater News will inevitably infringe the copyright so as in all cases to require a licence or consent from the publisher. There may be some cases in which neither the headline nor the 'scrapings' constitute a copyright work or a substantial part of a copyright work. A licence would not be required in such a case but there cannot be many of them. Accordingly I consider that the form of declaration requires some modification such as the insertion of the words "most if not all" before the words "members of the PRCA".

en première instance, estimé que la presse pouvait faire valoir son droit d'auteur à l'encontre de ce service. Cependant la Cour suprême dans sa décision rendue le 17 avril 2013 a considéré que l'exception de copie provisoire transitoire était susceptible de couvrir les actes réalisés par l'agrégateur de presse.

2.2.1.3. La reprise des éléments au prisme de la « fonction » du droit d'auteur

Une information sur l'œuvre. Sans qu'il soit possible de refléter la diversité des formes de référencement au sein d'une formule globale, il apparaît néanmoins qu'une fonction commune à l'ensemble de ces formes consiste à répertorier des objets, à les classer et à en indiquer la localisation. Ces opérations peuvent obéir à des critères variables tels que la cohérence au regard des facteurs déterminés par le responsable du traitement, la pertinence par rapport à une requête, le degré de qualité des contenus, etc. Il s'agit donc en principe davantage de construire une information sur l'œuvre que de reprendre l'œuvre elle-même²³. De plus en plus, en raison des mécanismes de profilage mis en place par les services de moteurs de recherche, l'élément d'information communiqué à l'internaute par le prestataire diffère en fonction de la personne qui formule la requête. En d'autres termes, l'information délivrée est contextuelle et personnalisée : chaque œuvre peut être la source d'une multitude d'opérations de référencement parmi lesquelles le prestataire/l'utilisateur choisit. Il restitue ensuite ce qui est le plus pertinent pour celui qui formule la requête (moteur, agrégateur de presse) ou qui correspond à son intérêt propre (hyperlien). On s'éloigne donc de ce qu'est l'œuvre en tant que création intellectuelle arbitraire ; c'est la dimension « informationnelle » pour l'utilisateur qui devient décisive²⁴ et non l'œuvre *per se*.

Fonction du droit exclusif. Précédents en droit des marques. Dans cette perspective et au-delà de la qualification « technique », la commission s'est interrogée sur l'approche « fonctionnelle » du droit d'auteur pour aborder la question du référencement. Une telle discussion est déjà intervenue en droit des marques. Les affaires opposant les titulaires de marques aux services de référencement *Adwords* des moteurs de recherche ont donné lieu à une jurisprudence abondante mais hétérogène qui nécessita l'intervention de la CJUE²⁵. En substance, la Cour de Luxembourg a considéré que si les annonceurs utilisant la marque en tant que mot-clé pouvaient, dans certaines conditions, être considérés comme responsables de contrefaçon, la reprise d'une marque en tant que mot-clé ne pouvait être admise comme *un usage de marque* par le moteur. Il est loisible de développer un raisonnement par analogie et de considérer que l'utilisation de tout ou partie de l'œuvre dans le cadre d'un service de référencement ne rentre pas dans le champ du droit exclusif quand elle ne répond pas à la fonction essentielle du droit d'auteur.

23 V. Arnaud Diméglio, Le droit du référencement dans l'internet, Thèse de doctorat sous la direction de Christian Le Stanc, Université de Montpellier I, 2002, p. 178-179.: « *Le lien est un moyen d'accès à une communication, il facilite même son accès, mais en lui-même, mis à part l'expression de la référence, il n'est ni un moyen de communication, ni une communication. (...) L'information, et l'accès à l'information sont donc deux éléments essentiels mais distincts de la notion de communication. (...) En bref, renvoyer n'est pas communiquer mais faciliter l'accès à une communication. Le référencement ne peut donc se définir comme un acte de communication et, par voie de conséquence, de représentation* ».

24 Voir en ce sens, CA Paris, 26 janvier 2011, *SAIF c/ Google* : « Considérant que l'affichage sur la page de résultats d'une mosaïque d'images sous la forme de vignettes, dont il est possible de voir les références (en particulier l'adresse du site la présentant) ne fait que répondre à la fonctionnalité nécessaire de l'outil spécifique offert et ne saurait être considéré comme excédant la simple prestation technique adaptée à une recherche exclusive d'images indexées sur internet ; qu'en effet une référence purement textuelle ou toute autre représentation conceptuelle serait difficile à utiliser et peu appropriée à l'objectif d'un tel service ; qu'en réalité un aperçu visuel tel que celui mis en place est pertinent comme étant seul de nature à permettre à un internaute normalement compétent, qui entend simplement rechercher une image (à l'aide de ses propres mots clés), d'être immédiatement et facilement en mesure de connaître les résultats de sa recherche de façon précise et d'opérer un choix. »

25 V. CJCE, 23 mars 2010, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, aff. Louis Vuitton.

Cadre de l'analogie. Certes, comparaison n'est pas raison et la jurisprudence sur la fonction spécifique de la marque et la nécessité d'un usage à titre de marque s'est développée depuis quelques années, ce qui n'est pas le cas en droit d'auteur. Ainsi, l'essence du droit exclusif du titulaire de marque consiste dans l'exploitation commerciale des produits et services revêtus de la marque alors que le droit d'auteur ne distingue pas, en l'état du droit, selon le caractère commercial ou non de l'exploitation. En outre, la jurisprudence de la CJUE n'a pas entendu appréhender l'ensemble des dimensions du droit d'auteur, et ne s'est pas appesantie, par exemple, sur le droit moral. Mais il convient de rappeler que les titulaires de marques, avant la jurisprudence de la CJUE, étaient persuadés de pouvoir faire valoir leur droit exclusif à l'encontre des moteurs, ce que leur a refusé la juridiction européenne. Il n'est donc pas inutile d'exposer les virtualités d'un raisonnement par analogie au droit d'auteur. Ceci se justifie d'autant plus que la jurisprudence récente recèle les ferments d'une approche fonctionnelle du droit d'auteur.

Jurisprudences retenant une approche fonctionnelle de la protection en droit d'auteur. À cet égard, il est possible de citer la jurisprudence²⁶ dans laquelle il était reproché au documentaire « Être et avoir » de contenir en arrière plan une méthode pédagogique protégée par le droit d'auteur. Les ayants droit avaient réclamé une rémunération au titre de ces actes de reproduction et de représentation non autorisés. La Cour de cassation a rejeté cette prétention, considérant que l'œuvre exposée n'est pas le sujet du documentaire et que *« les illustrations ne sont à aucun moment présentées dans leur utilisation par le maître et font corps au décor dont elles constituent un élément habituel, apparaissant par brèves séquences mais n'étant jamais représentées pour elles-mêmes. »* Cette décision peut être interprétée comme ne permettant pas au titulaire de droit d'invoquer son droit exclusif dès lors que l'œuvre n'est pas utilisée dans sa fonction première (en l'espèce artistique, voire pédagogique). En d'autres termes, le fait d'utiliser l'œuvre dans un contexte relativement accessoire de décor ne peut donner prise au droit exclusif. Dans cet arrêt, l'œuvre s'efface derrière la fonction qui lui est assignée²⁷. Cela signifierait que le droit d'auteur répond à une fonction qui n'est pas nécessairement apte à soumettre tout acte de reproduction ou de représentation technique de l'œuvre à autorisation préalable.

Dans cette perspective, on peut également se référer à la jurisprudence dite « Place des terreaux²⁸ » dans laquelle l'aménagement architectural de la place lyonnaise avait donné lieu à une reproduction sous forme de carte postale, sans autorisation ni citation des auteurs. La Cour de cassation a considéré dans cette affaire qu'il n'y avait pas lieu de demander une telle autorisation dans la mesure où l'œuvre n'étant pas *le sujet* de la carte postale et étant intriquée à l'intérieur d'un espace public, elle n'était tout simplement pas communiquée au public. La Cour de cassation semble donc considérer que ce n'est pas l'œuvre litigieuse qui était communiquée mais un ensemble plus vaste dont l'œuvre ne peut être séparée. Il résultait également de l'effacement de l'œuvre une occultation du droit moral des auteurs puisque la Cour n'a pas sanctionné l'atteinte à la paternité alléguée par les auteurs du fait de l'absence de citation de leurs noms dans la carte postale incriminée.

Cependant, certains membres de la commission font remarquer que l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 juillet 2012 dans l'affaire *Aufeminin* doit être lu comme récusant explicitement cette analyse. En effet, Google soutenait que l'inclusion de l'image litigieuse au sein du service Google Image était accessoire par rapport au sujet principal traité et devait être

26 Cass. Civ 1^{ère} civ, 12 mai 2011, pourvoi n° 08-20651 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023998373&fastReqId=1427842031&fastPos=1>.

27 Sur ce sujet, v. notamment M. Vivant, Droit d'auteur et théorie de l'accessoire : et si l'accessoire révélait l'essentiel ?, JCP G 2011 n° 28, p. 1360.

28 C. Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, dite « place des Terreaux ».

considéré comme une inclusion fortuite échappant au monopole de l'auteur²⁹. La Cour de cassation a considéré que « la cour d'appel n'avait pas à se livrer aux recherches prétendument omises dès lors que, d'une part, la notion « d'inclusion fortuite dans un autre produit », retenue par les dispositions invoquées de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, doit s'entendre comme une représentation accessoire et involontaire par rapport au sujet traité ou représenté, ce qui n'était pas le cas de la réduction de la photo sous forme de vignette. »

Exemple : reprise du titre. La commission s'est interrogée sur le fait que la reprise d'un titre dans une URL puisse porter atteinte au droit d'auteur dès lors que l'URL a, avant tout, un rôle fonctionnel et non pas un rôle informatif. A été fait état, à cet égard, du précédent américain dans l'affaire *Lexmark* : les juges avaient retenu que la phrase lue par les imprimantes pour reconnaître les cartouches d'encre et en permettre le fonctionnement jouait un rôle fonctionnel et ne pouvait, par conséquent, être protégée au titre du droit d'auteur³⁰. À cet égard, il convient de rappeler la solution dégagée par l'Assemblée plénière dans l'affaire *Microfor/Le Monde*³¹ selon laquelle « si le titre d'un journal ou d'un de ses articles est protégé comme l'œuvre elle-même, l'édition à des fins documentaires, par quelque moyen que ce soit, d'un index comportant la mention de ces titres en vue d'identifier les œuvres répertoriées ne porte pas atteinte au droit exclusif d'exploitation par l'auteur. »

Transposition au référencement. Dépassement des catégories traditionnelles. Il semble par conséquent utile de revenir sur ces décisions pour suggérer des solutions en matière de référencement. Ainsi, on peut avancer que l'opération de référencement ne pourrait être assujettie au droit d'auteur que dans la mesure où elle réalise « un usage de l'œuvre » conforme à l'essence de la protection. Si tel n'est pas le cas, la reprise de l'œuvre, même si elle s'opère bien techniquement ne pourrait faire l'objet d'un droit exclusif. Une telle analyse conduit à s'éloigner d'une logique de « tout ou rien »³² et à privilégier une approche casuistique. C'est, par exemple, de cette manière qu'on peut comprendre les préconisations du Forum des droits qui distinguait les solutions selon les techniques de référencement opérées. En réalité, les opérations dont le Forum estimait qu'elles devraient être sujettes à autorisation correspondent essentiellement aux cas dans lesquels le prestataire reprend l'œuvre dans son essence et dans sa fonction principale. Il en est ainsi lorsque le site de référencement se livre à une exploitation commerciale ; qu'il permet un téléchargement direct des œuvres en pointant vers un fichier exécutable en court-circuitant le modèle d'affaires du site d'origine en encore qu'il offre l'œuvre en consultation par transclusion. Nonobstant la technique utilisée (voir infra), elles correspondent bien, chaque fois, à la captation des utilités qu'offre une œuvre pour l'utilisateur (revenus pour le site, accès au contenu intellectuel de la création pour l'internaute). Inversement, un simple lien non commercial vers une œuvre ne retranche rien à l'ayant droit ; il n'offre à celui qui le propose aucun gain direct et au destinataire aucun accroissement direct de ses utilités de l'œuvre. Il ne fait que faciliter la navigation et apporte

29 Google soutient dans la première branche de son quatrième moyen que « la présentation de chaque vignette indexée (...) était (...) accessoire par rapport à l'objet du service Google Images, à savoir le référencement aussi exhaustif que possible d'images disponibles sur Internet et répondant aux requêtes des internautes, et partant, (...) son inclusion au sein des pages de résultats (...) était (...) fortuite. »

30 *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004). La situation semble, cependant, différente de celle des titres. La phrase contenue sur les cartouches est une mesure technique de protection et doit être considérée comme une ligne de code. Certes, celle-ci peut répondre à la condition d'originalité lui permettant d'être protégé au titre du droit d'auteur mais, en l'espèce, on ne peut que constater sa banalité. En outre, la Cour avait soulevé le fait qu'on ne pouvait invoquer la protection des mesures techniques dès lors qu'elles n'étaient pas dédiées à la protection d'une œuvre, ce que n'est pas la cartouche d'imprimante. Cela est donc différent du travail réalisé sur les titres de la presse qui sont plus à même de répondre à la condition d'originalité

31 Cour de cassation, Assemblée plénière, 30 octobre 1987.

32 Logique que dénonçait le professeur Alain Strowel dans son intervention devant la commission.

du trafic au site cible. Il convient toutefois de noter que cette analyse bouleverse la typologie actuelle du droit d'auteur et conduit à inclure/exclure des actes dans le périmètre du droit exclusif au mépris des critères de qualification traditionnels de la matière.

Distinction en fonction des types d'œuvre. La discussion menée au sein de la commission a également mis en lumière la possibilité d'opérer une distinction en fonction du type d'œuvres. Par exemple, en matière d'œuvres graphiques, le référencement ne s'effectue pas comme pour une œuvre musicale ou une œuvre audiovisuelle. La différence se situe au niveau de l'emprunt qui est fait à l'œuvre. Concernant les œuvres graphiques et plastiques, dans la mesure où il s'agit d'un objet léger techniquement, il est très facile d'amener le fichier à l'écran. Ainsi, dans ce cas de figure, c'est l'œuvre elle-même en format réduit qui sert de pointeur. Toutefois, au regard de la difficulté de dégager des critères de distinction stables dans la jurisprudence actuelle, le présent rapport n'a pas entendu privilégier une approche sectorielle, notamment au regard de la maturation différente de la problématique dans les divers domaines de la création.

Flou jurisprudentiel. Il est pour l'heure extrêmement délicat d'envisager une approche univoque du traitement de la question par la jurisprudence. Il n'est que de comparer deux cas jurisprudentiels conduisant à des solutions opposées. Dans le contentieux opposant la SAIF, société de gestion collective gérant les droits des auteurs des images fixes, à Google à propos de son service Google Images³³, les juridictions françaises ont conclu à l'inapplicabilité des règles du droit d'auteur. Dans une première décision du TGI de Paris du 20 avril 2008, le juge avait rejeté l'application du code de la propriété intellectuelle, estimant que la loi américaine était applicable parce que les images étaient stockées sur des serveurs implantés aux États-Unis. En application du Copyright Act, le tribunal avait ensuite considéré que l'exception de *fair use* était applicable au cas d'espèce en prenant appui sur les décisions américaines *Perfect 10 v. Google and Amazon*³⁴ qui avaient conclu à l'application du *fair use* dans une hypothèse similaire. La Cour d'appel de Paris, en janvier 2011³⁵, tout en rejetant l'application de la loi américaine, a estimé qu'il convenait d'appliquer la Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique (LCEN) avec un mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité des fournisseurs de cache et fait fi, dans cette espèce, des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. La décision belge *Copiepresse* relative à la reprise des éléments des articles de presse dans le service Google News s'est rendue à la conclusion inverse, considérant qu'il y a, en l'espèce, une reproduction et une communication au public d'œuvres protégées sans que les exceptions au droit d'auteur ne puissent être invoquées³⁶.

2.2.2. Identification de la mise en jeu d'un droit exclusif

Après avoir évoqué en exergue quelques questions préalables (2.2.2.1.), il conviendra d'aborder la question de l'éventuelle mise en jeu du droit de reproduction (2.2.2.2.), du droit de communication au public (2.2.2.3.) et du droit *sui generis* sur les bases de données (2.2.2.4.).

33 La SAIF estimait que la reproduction non autorisée des images réalisée par les robots de Google suivie d'une mise à disposition du public des vignettes sur la page de résultat constituait des actes de contrefaçon. Lorsque l'internaute fait sa recherche, il obtient une page de résultat avec des liens illustrés par des images présentées sous forme de vignettes dans un format qui, la plupart du temps, est différent de celui du site cible. Lorsque l'internaute choisit un lien, il est renvoyé vers une page qui, via la technique du *framing*, est présentée dans son format d'origine et sous une URL du moteur de recherche. En outre, il existe dans les fonctionnalités de recherche proposées par les moteurs, différentes techniques comme par exemple le fait de choisir spécifiquement les images de grandes tailles. L'action de la SAIF visait, dans un premier temps, à négocier par un contrat général avec Google la possibilité de reproduire et de représenter les images de son répertoire. Google a refusé, proposant seulement de retirer les liens pointant vers des contenus dénoncés par les ayants droit.

34 *Perfect 10 Inc. v. Google Inc.*, C 2 : 04-cv-09484-AHM-SH (C.D. California) (26 juillet 2010) ; *Perfect 10 Inc. v. Amazon Inc and Google Inc.*, 508 F. 3d.1146 9ème circuit 2007.

35 CA Paris, 26 janvier 2011, SAIF c/ Google : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1285>.

2.2.2.1. Questions préalables³⁷

Droit applicable. Plusieurs décisions examinées par la commission ont montré qu'il pouvait y avoir des enjeux de droit international privé s'agissant du droit applicable à l'opération de référencement. Ainsi, Google estime en général que le droit américain a vocation à gouverner ses opérations, notamment en ce que les serveurs sont localisés dans cet État et que l'entreprise y a son centre de décision. Si la jurisprudence française a pu paraître perméable à cette vision dans la première décision *SAIF/Google* précitée, les décisions subséquentes semblent plus réticentes à admettre ce raisonnement³⁸. Plusieurs arrêts rendus depuis ont retoqué l'argumentaire et estimé que la loi française, au regard de la logique des points de contact, avait vocation à régir la question de la violation des droits et/ou du préjudice subi par les ayants droit à raison de l'activité du moteur de recherche³⁹. La commission a adopté la même analyse, qui présente au surplus le mérite d'éviter des effets de délocalisation, visant à détourner l'application des législations dans les pays où l'opération de référencement est susceptible de faire grief.

Théorie de la licence implicite. Certains protagonistes estiment qu'il convient de retenir une théorie de la licence implicite permettant de juguler tout questionnement sur la mise en œuvre des droits exclusifs. Sous la plume de Cédric Manara, on peut ainsi lire, « *le Web serait bien plus simple si l'on acceptait de considérer que toute mise en ligne d'un contenu s'analyse en une licence donnée aux utilisateurs de lier et de référencer* »⁴⁰. Cette analyse était notamment présente dans les opinions exprimées dans la recommandation du Forum. *Elle consiste à estimer que « étant donné le mode de fonctionnement de l'internet, la personne qui met en ligne des contenus sur le web sans prévoir un dispositif technique particulier pour y accéder (clé d'accès) doit s'attendre, non seulement à ce qu'un public indéterminé les visite, mais aussi, puisque tel est l'intérêt et l'essence du web, que des liens soient établis vers ceux-ci. »* Une telle analyse est notamment poussée, avec un angle un peu différent (voir infra) par les moteurs de recherche qui militent en faveur d'un *opt out*, considérant, par défaut, que l'absence d'expression par le titulaire de l'intention de ne pas être référencé, est équipollente à une autorisation implicite de reprendre les contenus à des fins de référencement.

Regards jurisprudentiels sur la licence implicite. Cette question a été discutée devant le Bundesgerichtshof allemand (affaire Onglet)⁴¹, à propos d'un contentieux opposant une artiste au service Google Images, laquelle reprochait au service de reprendre des images qu'elle avait initialement mises en ligne. Bien que la haute juridiction ait débouté l'artiste de ses prétentions à l'encontre du moteur, elle s'est refusée à consacrer la théorie de la licence implicite qu'on lui proposait de retenir. Les juges ont pris le soin de mentionner qu'il n'y avait pas d'autorisation implicite alors que Google prétendait que le non usage des balises avait une telle valeur. La Cour consacre une autre analyse inspirée de la théorie de l'estoppel, visant à considérer le comportement contradictoire de la personne qui met en ligne des images en optimisant son site pour qu'il soit référencé et qui attaque ensuite le site de référencement. Bien que différente dans son fondement, la solution de la Cour n'est pas très éloignée de cette logique de licence implicite dans ses résultats. La théorie de la licence implicite a également

36 L'exception de revue de presse a, par exemple, été clairement rejetée. Selon la Cour d'appel de Bruxelles, au terme d'une comparaison économique entre ce service et celui offert par les éditeurs il y a bien un effet de substitution, ce qui a pour conséquence que les internautes ne vont pas voir les sites des éditeurs qui sont référencés par ces agrégateurs.

37 Arnaud Diméglio, Le renvoi à la page web d'un tiers, par un lien hypertexte, est-il constitutif ou non d'un acte de contrefaçon ? *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux* n° 114 mai 1999, p. 20.

38 Voir également, rejetant cette argumentation, l'affaire Copiepresse belge.

39 V. notamment, C. Cass., 12 juillet 2012 Société Aufeminin.com/Google France.

40 C. Manara, Référencement et droit d'auteur, *P.I.*, avril 2006/19, p. 154.

41 BGH, 29 avril 2010, I ZR 69/08.

été écartée dans la décision belge *Copiepresse*, estimant qu'il ne peut être déduit d'autorisation de l'absence de mise en place de métabalises excluant le référencement. Pour les juges belges, il n'y a donc ni *opt out* ni licence implicite.

D'autres décisions ont, à l'inverse consacré cette logique de licence implicite pour certaines catégories d'actes. Ainsi, en France, on a pu lire la jurisprudence *Cadresonline c. Keljob*⁴² comme établissant que, par défaut, la pose de liens simples n'est pas interdite, même si selon le juge il vaut mieux demander l'autorisation de lier (par courtoisie ?). Cela peut revenir à admettre qu'une licence implicite couvre les liens de surface, sauf si on utilise les barrières techniques ou s'il y a des avertissements sur le site. En revanche, les liens profonds, selon le juge, peuvent constituer des pratiques déloyales dans certains cas, notamment s'il y a dénaturation ou appropriation du contenu du site. Cette même logique de licence implicite figure dans la décision américaine *Field v. Google*⁴³, à propos de la « copie cache ». À défaut d'utilisation des robots d'exclusion, le titulaire était censé avoir accepté la fonction de cache du moteur.

La licence implicite implique la reconnaissance de droit. En tout état de cause, le jeu d'une telle théorie se situerait non en amont mais en aval de la reconnaissance du jeu du droit exclusif. Il semble donc que les tenants de cette approche ne récusent pas que certains actes de référencement ressortissent, *a priori*, du champ du droit exclusif (sous les réserves exprimées plus haut s'agissant d'objets étrangers à la protection) mais estiment qu'il faut, en cette hypothèse, inverser la logique de l'autorisation préalable. **Il n'y a donc pas de contestation radicale parmi les tenants de la licence implicite de l'applicabilité des règles du droit exclusif mais une invitation à modifier ses modalités d'exercice.**

Épuisement des droits « inversé ». La mise en jeu de la théorie de la licence implicite n'est pas sans évoquer la figure proche de l'épuisement des droits. On sait que ce dernier principe vise à permettre la conciliation du droit exclusif avec l'objectif de libre circulation des exemplaires de l'œuvre, et la maximisation des utilités tirées de la propriété matérielle du support. Il est loisible d'opérer un rapprochement avec la logique du référencement. En effet, il s'agit d'une sorte d'inversion du paradigme. La circulation des œuvres sur les réseaux numérique n'opère pas par la mobilité et la tradition matérielle des exemplaires tangibles de l'œuvre ; elle passe par des mécanismes de copie intercalaire et par l'entremise des prestataires de référencement. Ces derniers jouent en quelque sorte un rôle équivalent aux importateurs parallèles. Au lieu d'apporter l'exemplaire vers le client, ils acheminent le client vers l'exemplaire de l'œuvre (le fichier qui la contient). Au final, le résultat est comparable du point de vue de la « fluidité » des objets, même s'il ne repose pas sur les mêmes fondements.

Analogie Or, l'un des fondements théoriques de l'épuisement des droits repose sur la logique de la licence implicite. Un parallèle pourrait être, par conséquent, être dressé à propos des faits générateurs de cet « épuisement ». Dans cette perspective, la mise en circulation volontaire des objets protégés avec le consentement des auteurs sans restriction contractuelle et/ou technique pourrait signifier un accord pour que l'œuvre « circule » sur les réseaux, à savoir que des prestataires de référencement acheminent les internautes vers elle. *A contrario*, si le titulaire des droits sur l'œuvre n'a pas consenti à cette « exposition » sans restriction, la personne qui pourvoit des liens vers l'œuvre réalise un acte de contrefaçon. Les contenus mis à disposition de manière illicite ne sont pas sujets à épuisement, faute de l'accord du titulaire pour cette distribution. Cette analyse permet de comprendre pourquoi, dans la jurisprudence, on trouve des solutions estimant qu'un lien hypertexte pointant vers un contenu illicite est contrefaisant alors qu'un lien pointant vers un contenu licite n'est, en général, pas considéré comme tel, nonobstant l'absence d'un consentement du titulaire pour établir le lien.

42 V. *infra*.

43 US District Court, Nevada : *Field v. Google, Inc.*, [412 F.Supp. 2d 1106 \(D. Nev. 2006\)](#).

Certes l'analogie ne peut pas être poussée à son terme, en ce que l'épuisement des droits s'attache en principe au transfert de propriété d'un bien matériel et non à la simple mise à disposition d'un fichier numérique. Certes encore, l'épuisement des droits se joue des restrictions contractuelles qui entourent l'accès à l'exemplaire car elles ne sont pas opposables aux propriétaires successifs. Mais le parallèle est possible. Ainsi, en Europe, la récente jurisprudence *UsedSoft* de la CJUE émet un doute sur le fait que l'épuisement se limite à des objets tangibles, et considère que « *le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel*.⁴⁴ ». Il est vrai que la décision vise expressément la seule hypothèse du logiciel mais la question demeure posée de l'extrapolation de cette logique aux autres œuvres de l'esprit. En revanche, le principe de l'épuisement numérique a été à l'inverse clairement exclu par une juridiction américaine récemment dans l'affaire *Redigi*⁴⁵.

Nécessaire consécration légale d'une licence implicite. En tout état de cause, à supposer que la logique de licence implicite soit pertinente, il conviendrait de la consacrer légalement car elle ne peut résulter d'une simple analogie jurisprudentielle avec l'épuisement classique du droit de distribution⁴⁶. En outre, il conviendrait de clarifier l'étendue de cette licence pour déterminer précisément quels actes pourraient être couverts par cette autorisation présumée. Ainsi, doit-on limiter la licence implicite à la simple opération de « localisation » d'un fichier, aux opérations de crawl préalables au repérage du contenu⁴⁷, à la reprise de quelques éléments pour indiquer la teneur de l'objet référencé ? Si on file l'analogie avec le monde physique, on pourrait limiter la licence à la simple offre de liens permettant aux internautes d'être véhiculés vers le contenu, à l'exclusion des opérations de reproduction de l'œuvre en tout ou partie dans le pointeur ou de représentation sur les pages de résultat. Pour les actes excédant le périmètre de la licence, il conviendrait de composer avec les règles du droit exclusif et leurs limites. De cette manière, on pourrait expliquer l'inutilité d'une autorisation préalable pour les actes de référencement entrant dans ce cadre, sans obérer la mise en œuvre éventuelle du droit exclusif dans d'autres hypothèses. Une telle solution nécessiterait, en tout état de cause, l'adoption d'une disposition légale spécifique.

44 CJUE, 3 juillet 2012, *UsedSoft*, aff. C. 128/11. ; point 61 : Il convient encore d'ajouter que, d'un point de vue économique, la vente d'un programme d'ordinateur sur CD-ROM ou DVD et la vente d'un programme d'ordinateur par téléchargement au moyen d'Internet sont similaires. En effet, le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel. L'interprétation de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24 à la lumière du principe d'égalité de traitement confirme que l'épuisement du droit de distribution prévu à ladite disposition prend effet après la première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur dans l'Union par le titulaire du droit d'auteur ou avec son consentement, indépendamment du point de savoir si la vente porte sur une copie matérielle ou immatérielle dudit programme.

45 REDIGI, 30 mars 2013, No. 12 Civ. 95 (RJS), South District New York : "Put in another way, the first sale defense is limited to material items, like records, that the copyright owner put into the stream of commerce."

46 Voir les conclusions de la décision REDIGI précitée, dans laquelle le juge considère en substance qu'il ne lui appartient pas de consacrer un épuisement des droits dans le domaine du numérique car un tel amendement au copyright relève de la compétence du législateur qui s'est d'ailleurs prononcé expressément contre lors de l'adoption du DMCA.

47 V. en ce sens, l'affaire *Field v. Google*, US (District Court, Nevada, 2006) dans laquelle le juge a considéré que la copie des textes de cet avocat dans la fonction « copie cache » de Google ne portait pas atteinte au droit d'auteur dans la mesure où il y aurait une licence implicite du fait que le demandeur, en sa qualité d'avocat, connaissait très bien les possibilités d'utiliser les robots d'exclusion.

2.2.2.2. Mise en jeu du droit de reproduction

Après avoir recensé les différents actes de reproduction susceptibles d'être engagés dans le processus de référencement (2.2.2.2.1.), on s'attachera à examiner si de tels actes sont éligibles au jeu de l'exception de copie provisoire transitoire (2.2.2.2.2.) et/ou à d'autres exceptions (2.2.2.2.3.), dispensant alors le prestataire de référencement de toute obligation d'autorisation préalable.

2.2.2.2.1. Actes de reproduction identifiables

Multiplicité des reproductions. Plusieurs opérations de référencement nécessitent la reproduction de tout ou partie de l'objet référencé par le prestataire de référencement, nonobstant les copies « finales » réalisées par l'utilisateur du service au moment où il consulte le résultat de l'opération. Il convient de distinguer notamment :

- les actes de reproduction préalables à l'établissement de la référence, tels que les copies temporaires des sites réalisées lors du *crawl* et encore la sélection des parties clés de l'œuvre à des fins d'indexation ;
- les actes de « **stockage** » **temporaire** des résultats de la recherche sur les serveurs du prestataire ;
- les actes de **reproduction partielle** accompagnant la restitution de l'information au visiteur/auteur de la requête tels que la reproduction d'un morceau de l'œuvre dans le pointeur ou dans les informations accompagnant le lien.

Crawl/ Indexation/ Stockage. Le service de référencement, que ce soit un moteur généraliste ou un agrégateur de presse, commence, comme on l'a vu (supra, para.1.2.), par « crawler » les sites, c'est-à-dire fouiner dans les contenus disponibles pour rechercher l'information pertinente à la mise en relation ultérieure. Sur Internet, cette fonction est souvent remplie de manière automatique par un robot qui sonde les profondeurs du web. Comme toute opération dans l'univers numérique, cette consultation des pages nécessite la réalisation d'une copie temporaire de ces dernières sur le serveur du prestataire de référencement. La plupart des pages vues seront immédiatement effacées en raison de leur non-pertinence tandis que les autres vont faire l'objet d'un traitement par le prestataire (travail d'indexation, réalisation d'un lien hypertexte à partir de l'adresse URL). Parfois, pour des raisons d'efficacité du service, le prestataire va conserver les pages pertinentes sur son propre serveur et proposer à ses utilisateurs d'accéder au contenu à travers une « réplique » du site, au lieu de le diriger vers le site d'origine.

Copies « cache ». Ces différentes opérations sont souvent qualifiées de « copie cache », sans qu'il ne soit fait une claire distinction entre elles, bien qu'elles répondent à des fonctions distinctes et qu'elles s'inscrivent dans une durée différente. Or, une telle distinction doit être établie notamment, entre le cache qui met à disposition de l'internaute une copie antérieure du site et le cache *crawling* qui, lui, n'est pas mis directement à la disposition de l'utilisateur, même si la copie réalisée par l'intermédiaire du cache *crawling* peut être pérennisée pour être mise à disposition de l'utilisateur, et ce à la discrétion totale du moteur de recherche.

Droit de reproduction ? La définition très large du droit de reproduction, tant dans le code de la propriété intellectuelle français que dans la directive du 22 mai 2001 en son article 2 incite à considérer qu'en principe tout acte de reproduction d'une œuvre ou d'un objet protégé doit faire l'objet d'une autorisation préalable. Ainsi, théoriquement, et à moins de bénéficier d'une exception, le principe demeure celui d'application du monopole d'exploitation dès lors que les éléments repris s'apparentent à des objets protégés par le code de la propriété intellectuelle. Pour les actes qui nous occupent, la commission s'est essentiellement demandé s'ils étaient susceptibles de bénéficier d'une des exceptions prévues par la loi.

2.2.2.2.2. Bénéfice de l'exception de copie provisoire transitoire ?

✓ Conditions de l'exception

Exception de copie provisoire transitoire. Objets concernés. L'article L. 122-5, alinéa 6 du Code de la propriété intellectuelle dispose que, une fois l'œuvre divulguée, l'auteur ne peut interdire « *la reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des œuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre.* » Une disposition similaire existe pour les droits voisins (article L. 211-3 alinéa 5). En revanche, les actes de reproduction d'une base de données protégée par un droit *sui generis* ne donnent pas prise à cette exception.

Exception de copie provisoire transitoire. Activités ciblées. La directive du 22 mai 2001 a explicité le cadre de l'exception figurant à l'article 5 paragraphe 1 dans les considérants introductifs. Dans le considérant 33, il est énoncé que « Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre soit une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. *Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi.* ».

Exception de copie provisoire transitoire. Affaire *Infopaq I et II*. La jurisprudence européenne a eu l'occasion de se prononcer sur les conditions de l'exception posées à l'article 5 paragraphe 1 de la directive qui sont reprises à l'identique dans la loi française. La Cour de Justice a été saisie à deux occasions d'un contentieux opposant les éditeurs de presse à un agrégateur⁴⁸. Ce dernier se voyait reprocher les actes de reproduction des articles réalisés lors d'opérations dites « d'acquisition de données ». La juridiction danoise a interrogé à deux reprises la Cour de Justice, notamment aux fins de savoir comment il convenait d'interpréter les conditions de l'exception. Tout particulièrement, elle a demandé si « *le fait de mettre en mémoire, puis d'imprimer, un extrait d'un article tiré d'une publication, extrait constitué d'un mot clé, des cinq mots qui le précèdent et des cinq mots qui le suivent, peut (-il) être considéré comme étant un acte de reproduction bénéficiant de la protection prévue à l'article 2 de la directive [2001/29].* »

La CJUE a répondu que l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE, doit être interprété en ce sens que les actes de reproduction provisoires effectués au cours d'un procédé dit « d'acquisition de données », tels que ceux en cause au principal, satisfont à la condition selon laquelle ces actes doivent constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, nonobstant le fait qu'ils introduisent et clôturent ce procédé et impliquent une

⁴⁸ Infopaq exerce des activités dans le domaine de la veille et de l'analyse de la presse écrite qui consistent, en substance, à établir des synthèses d'une sélection d'articles tirés de la presse quotidienne danoise et de divers périodiques. Cette sélection des articles est effectuée en fonction des thèmes choisis par les clients et elle est réalisée par un procédé dit d'« acquisition de données ». Les synthèses sont envoyées aux clients par courrier électronique.

intervention humaine ; sont conformes à la condition selon laquelle les actes de reproduction doivent poursuivre une finalité unique, à savoir de permettre une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé ; satisfont à la condition selon laquelle ces actes ne doivent pas avoir une signification économique indépendante pour autant, d'une part, que la mise en œuvre de ces actes ne permette pas de réaliser un bénéfice supplémentaire, allant au-delà de celui tiré de l'utilisation licite de l'œuvre protégée et que, d'autre part, les actes de reproduction provisoires n'aboutissent pas à une modification de l'œuvre.

Exception de copie provisoire transitoire. Conditions cumulatives. Procédé technique. Dans l'arrêt *Infopaq I*⁴⁹, la Cour de Justice a rappelé le caractère cumulatif des conditions posées par le texte de l'exception. Elle a, à l'occasion des arrêts *Premier League* et *Infopaq II*⁵⁰, détaillé la signification des différentes conditions. Pour la CJUE, la condition de « partie intégrante et essentielle d'un procédé technique » *« requiert que les actes de reproduction provisoires soient entièrement effectués dans le cadre de la mise en œuvre d'un procédé technique et qu'ils ne soient donc pas réalisés, totalement ou partiellement, en dehors d'un tel procédé »* (*Infopaq II*, point 30), et *« les actes de reproduction ne sauraient excéder ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique en question. »* (*Infopaq I*, point 61 et *Infopaq II*, point 30). Alors que les juges avaient semblé exiger dans un premier temps que le procédé technique soit étranger à toute intervention humaine, dans l'arrêt *Infopaq II*, ils précisent le caractère indifférent de ce critère : *« rien dans cette disposition n'indique que le procédé technique doive n'impliquer aucune intervention humaine. »* (point 32)⁵¹. La Cour conclut, en l'espèce, que *« le procédé technique en question ne pourrait fonctionner de manière correcte et efficace sans les actes de reproduction concernés. En effet, ce dernier vise à identifier des mots clés prédéfinis dans les articles de presse et à les extraire sur un support numérique. Une telle recherche électronique exige ainsi une transformation de ces articles, à partir du support en papier, en données numériques, une telle transformation étant nécessaire pour reconnaître lesdites données, pour identifier les mots clés et pour extraire ces derniers. »* (*Infopaq II*, point 37).

Exception de copie provisoire transitoire. Utilisation licite. La jurisprudence de la CJUE relève l'importance du considérant 33 de la directive dans la définition de l'utilisation licite, à savoir que tel est le cas quand elle est autorisée par le titulaire du droit concerné ou lorsqu'elle n'est pas limitée par la réglementation applicable (*Premier League*, point 168 ; *Infopaq II*, point 42). Pour préciser le critère, la CJUE a notamment jugé qu'en l'absence d'autorisation expresse des titulaires, il convenait de vérifier que l'acte d'utilisation subséquent à la reproduction provisoire n'est pas limité par la réglementation de l'Union, ni d'ailleurs par la réglementation nationale. Tel est par exemple le cas d'une simple réception d'émissions radiodiffusées, à savoir leur captation et leur visualisation, dans un cercle privé, qui ne présente pas un acte limité par la réglementation de l'Union ou par celle du Royaume-Uni, (*Premier League*, point 171).

Exception de copie provisoire transitoire. Acte transitoire. La condition du caractère transitoire de la copie suppose que *« sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée. »* (*Infopaq I*, considérant 64). Bien que l'arrêt *Infopaq II* ne soit pas revenu clairement sur cette

49 CJCE 16 juillet 2009, aff. C-5/08 *Infopaq International A/S / Danske Dagblades Forening*, conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Infopaq* sur 12 février 2009, Mme Verica Trstenjak.

50 Ordonnance de la CJUE, (troisième chambre) 17 janvier 2012, *Infopaq II*.

51 En l'espèce, le procédé technique concerné consistait à effectuer des recherches électroniques et automatiques dans les articles de presse et à identifier et à extraire de ceux-ci les mots clés prédéfinis, en vue de rendre plus efficace la rédaction de synthèses d'articles de presse.

condition, on peut se demander dans quelle mesure l'absence d'intervention humaine continue à constituer une condition de la qualification pour le caractère transitoire de la copie alors qu'elle ne l'est plus pour le procédé technique. L'important semble être que la copie disparaisse, quel que soit le moyen, au terme de ce qui est nécessaire à la réalisation du procédé technique. Si la copie délivrée est susceptible de devenir pérenne par l'action du destinataire final, elle ne répond plus aux conditions de l'exception. C'est également en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence française dans l'affaire *Wizzgo*⁵².

Exception de copie provisoire transitoire. Signification économique indépendante. Cette notion a donné lieu à des explications approfondies de la part de la CJUE, laquelle rappelle d'abord que « les actes de reproduction provisoires, au sens dudit article 5, paragraphe 1, visent à rendre possible l'accès aux œuvres protégées et leur utilisation. Ces dernières ayant une valeur économique propre, l'accès et l'utilisation de celles-ci revêtent ainsi nécessairement une signification économique. » (*Premier League* point 174 ; *Infopaq II*, point 48). « En outre, ainsi qu'il ressort du trente-troisième considérant de la directive 2001/29, les actes de reproduction provisoires – à l'instar des actes qui permettent le «browsing» et le «caching» – ont pour objectif de faciliter l'utilisation d'une œuvre ou de rendre cette utilisation plus efficace. *Ainsi, il est inhérent à ces actes de permettre la réalisation de gains de productivité dans le cadre d'une telle utilisation et, par conséquent, d'entraîner une augmentation des bénéfices ou une réduction des frais de production* ». (*Infopaq II*, point 49). « Cela étant, lesdits actes ne doivent pas avoir une signification économique indépendante, en ce sens que *l'avantage économique tiré de leur mise en œuvre ne doit être ni distinct ni séparable de l'avantage économique tiré de l'utilisation licite de l'œuvre concernée et il ne doit pas générer un avantage économique supplémentaire, allant au-delà de celui tiré de ladite utilisation de l'œuvre protégée* » (*Premier League* point 175 ; *Infopaq II*, point 50)⁵³. Tel serait le cas si l'auteur de cet acte est susceptible de réaliser des bénéfices en raison de l'exploitation économique de reproductions provisoires elles-mêmes ou si les actes de reproduction provisoires aboutissent à une modification de l'objet reproduit, tel qu'il existe au moment du déclenchement du procédé technique concerné, car lesdits actes visent ainsi à faciliter non plus son utilisation, mais l'utilisation d'un objet différent (*Infopaq II*, point 53).

Selon la CJUE, il convient de caractériser l'existence d'une signification économique autonome sur l'acte de copie provisoire en lui-même. En somme, si cet acte confère à celui qui l'opère une valeur économique distincte de celle du service dans son ensemble, alors, l'acte est doté d'une signification économique propre. Dans le cas contraire, il est possible de bénéficier de l'exception. Cette décision ouvre donc le bénéfice de l'exception de copie provisoire et accessoire, notamment en fonction du fait qu'il y ait ou non exploitation commerciale de l'œuvre.

✓ Application de l'exception à la copie « crawl » ?

Copie « crawl ». L'opération de crawl pratiquée par les moteurs de recherche ou par les agrégateurs de contenus consiste à réaliser des copies éphémères des pages du web soit pour récupérer les contenus correspondant à une requête précise, soit pour identifier les éléments nécessaires à l'offre de service du prestataire. Ces opérations sont préparatoires au traitement des contenus crawlés à des fins ultérieures d'indexation, d'archivage, etc. Il existe

52 Cour d'appel de Paris Pôle 5, chambre 1 Arrêt du 14 décembre 2011, *Wizzgo / Metropole Television* et autres, rendu après jugement du TGI de Paris, 3ème chambre, 1ère section [25 novembre 2008](#).

53 Pour le service de *clipping* en cause, la CJUE a estimé que « Les gains de productivité résultant de la mise en œuvre des actes de reproduction provisoires, tels que ceux en cause au principal, n'ont pas une telle signification économique indépendante, pour autant que les avantages économiques tirés de leur application ne se matérialisent que lors de l'utilisation de l'objet reproduit, de sorte qu'ils ne sont ni distincts ni séparables des avantages tirés de son utilisation. » (*Infopaq II*, point 51).

techniquement une reproduction des pages et par conséquent des œuvres et objets protégés qu'elles contiennent. Toutefois, tout ou partie des pages crawlées n'ont pas vocation à être communiquées au public. L'opération de « tri » entre les contenus suppose d'en avoir consulté un nombre important afin de proposer une réponse pertinente forcément très inférieure, quantitativement, à l'ensemble des éléments dont elle est extraite. À l'instar d'un bibliothécaire qui ferait une opération de catalogage, les robots « lisent » ces contenus pour déterminer leur pertinence avant de les sélectionner, à cette différence près, essentielle en droit de la propriété intellectuelle, que l'acte de lecture passe ici par une reproduction.

Exception de copie provisoire transitoire ? A la lecture du considérant 33, on peut estimer qu'en principe un acte de *crawl* devrait rentrer dans les prévisions de l'exception de copie provisoire, la directive estimant que « *pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching).* » La reproduction intervenant dans le *crawl* est bien transitoire en ce qu'elle est effectivement partie intégrante et essentielle d'un procédé technique qui conduit à la réalisation de l'indexation et au référencement des contenus reproduits, et elle est en principe transitoire en ce que sa durée de conservation ne dépasse pas le moment de l'opération de référencement, bien que ce critère soit un peu tautologique. Dans l'affaire anglaise *Meltwater*, la Cour d'appel avait rejeté le jeu de l'exception au motif que « *la référence au survol est faite pour autant qu'ils remplissent ces conditions (et que en l'espèce les actes de reproduction), ne répondent pas aux conditions du considérant 33* »⁵⁴. Toutefois, dans sa décision du 17 avril 2013, la Cour suprême du Royaume-Uni⁵⁵ est revenue sur cette analyse et a conclu, à l'inverse à l'application de l'exception au terme d'une analyse détaillée des conditions retenues par la jurisprudence de la CJUE. Tout en s'appuyant sur une analogie avec l'acte de lecture dans l'univers physique⁵⁶ pour couvrir la visualisation du site lors de l'opération de balayage, elle a cependant, par prudence, adressé à cette dernière une question préjudicielle en interprétation pour éclairer son sentiment.

Deux autres conditions sont susceptibles de poser des difficultés : l'utilisation licite et l'absence de signification économique autonome. S'agissant de l'utilisation licite, plusieurs cas de figure sont susceptibles de se présenter en fonction de l'activité proposée par le service de référencement. En effet, ce service peut offrir à l'utilisateur un accès à l'œuvre, soit au terme d'une convention avec les titulaires de droits, soit à raison d'une exception, soit encore de manière illicite. Si le *crawl* est préparatoire de la rédaction d'une synthèse d'un article de presse, ce qui n'est pas interdit par la loi, cela ne pose pas de difficultés ; si le *crawl* permet à l'utilisateur final de visionner une œuvre dans le cercle de famille, l'arrêt *Premier League* considère que l'utilisation est également licite parce qu'elle n'est pas restreinte par la loi.

Toutefois, cette dernière décision ne précise pas ce qu'il faudrait considérer si les œuvres diffusées l'ont été en contrefaçon des droits de propriété intellectuelle. Partant, si le *crawl*, par exemple fait par un moteur de recherche conduit à présenter des résultats de recherche

54 *Meltwater* [2011] EWCA Civ 890, 27 juillet 2011. « As is clear from a consideration of recital 33 as a whole, the reference to "browsing" is "to the extent that they meet these conditions". 'They' refers to the acts of reproduction. The acts of reproduction are those occasioned by the voluntary human process of accessing that webpage. Accordingly, they fail to satisfy any of the conditions to which recital 33 refers. »

55 *Meltwater*, [2013] UKSC 18, 17 avril 2013 : « It will be apparent that Proudman J and the Court of Appeal could not have arrived at these conclusions if they had had the benefit of the judgements in *Premier League* and *Infopaq II*. In particular, the far broader meaning given by the Court of Justice in these cases to the concept of « lawful use » makes it impossible to confine the scope of the exception to the internal plumbing of the internet. »

56 Id. « Secondly, it has never been an infringement, in either English or EU law, for a person merely to view or read an infringing article in physical form. This state of affairs, which is recognised in the enumeration of the copyright owner's rights in articles 2, 3 and 4 of the Directive, has never been thought inconsistent with a high level of protection for intellectual property. All that article 5.1 of the Directive achieves is to treat the viewing of copyright material on the internet in the same way as its viewing in physical form, notwithstanding that the technical processes involved incidentally include the making of temporary copies within the electronic equipment employed. »

pointant vers des sites présentant des œuvres contrefaisantes, on peut douter que l'opération de crawl corresponde à la condition d'usage licite. Tout revient à se demander si les actes de consultation d'un site présentant des œuvres diffusées en contrefaçon constituent eux-mêmes des actes de contrefaçon. Certes, comme le rappelle la Cour de Justice, la simple « lecture » d'un site n'est en principe pas un acte couvert par le droit d'auteur, mais lorsqu'elle est opérée via un ordinateur, celle-ci nécessite un acte de reproduction dans la mémoire de ce dernier. Il convient donc, pour que l'opération de crawl soit licite, que les copies réalisées en aval par l'utilisateur du service le soient aussi, ce qui signifie opérer la vérification des conditions de mise en jeu des exceptions et par exemple celle de la source licite pour l'exception de copie privée ou de l'existence d'une autorisation des ayants droit.

La dernière condition qui nécessite d'être examinée pour bénéficier de l'exception de copie provisoire est celle de l'absence de signification économique propre. Il faut s'assurer que l'opérateur qui effectue les opérations de crawl n'en dégage pas un bénéfice spécifique, distinct de celui qui aboutit à la réalisation de l'opération finale déclenchée par le procédé technique dans lequel la copie provisoire s'inscrit. Ici encore, il convient d'envisager les solutions au cas par cas. On sait que les éditeurs de presse ont notamment défendu l'idée que l'opération de crawl effectuée par un moteur de recherche conduit à « réchauffer » le moteur en permettant d'augmenter sa performance d'ensemble par l'accroissement des références sémantiques liées à la reproduction des articles de presse. Si tel est le cas, l'opération est susceptible de constituer un avantage économique indépendant du résultat de la recherche dont le crawl constitue une opération préalable et elle échappe alors à l'exception de copie provisoire transitoire.

✓ Application de l'exception à la copie de stockage

Copies d'archivage intérimaire. Sites de presse. Il s'agit ici de traiter de la problématique de la copie cache qui est faite d'un site et qui ne correspond pas nécessairement à la version du site qui est directement accessible. Bien que la copie cache soit une fonctionnalité utile⁵⁷, certains membres de la commission s'interrogent néanmoins sur la nécessité d'offrir l'accès à cette version surtout lorsque le propriétaire du contenu aurait décidé de le retirer. Cette pratique, essentiellement justifiée par des raisons d'efficacité du service de référencement et notamment d'accroissement de la vitesse de réponse à la requête a posé problème dans certaines affaires en raison du possible décalage entre ce qui est rendu accessible directement sur le site cible et ce que les copies cache, auxquelles les moteurs de recherche donnent accès, offrent. Cette difficulté s'est notamment illustrée à propos des services de presse, lorsque les éditeurs choisissent un modèle d'affaire impliquant une mise à disposition « chronologique ». En effet, les sites de presse ont eu pour pratique de mettre à disposition leurs contenus en ligne de manière ouverte et gratuite pendant un délai limité, à l'issue duquel l'accès aux articles devenait payant, l'article étant alors versé dans des pages d'archives réservées aux seuls internautes ayant satisfait aux conditions du site (abonnement, paiement pour l'accès à l'article, paiement pour la reproduction de l'article intégral, etc.). Dans ce cas, l'accès direct au cache est susceptible de court-circuiter le modèle d'affaires de consultation payante des archives du journal.

Jeu de l'exception ? Il convient là encore de vérifier que les conditions de l'exception de copie provisoire transitoire sont remplies pour considérer que la copie de stockage intermédiaire ne relève pas de l'autorisation préalable. Le précédent belge dans l'affaire *Copiepresse*⁵⁸ s'est prononcé en défaveur d'une telle qualification en s'appuyant sur la jurisprudence *Infopaq*. Les juges belges ont notamment estimé qu'il y avait un effet de substitution, ce qui a pour conséquence que les internautes ne vont pas voir les sites des

⁵⁷ Par exemple lorsque le site est devenu inaccessible.

⁵⁸ *Copiepresse c. Google*, préc.

éditeurs qui sont référencés s'ils ont accès aux pages en cache. Les juges ont également estimé que le service ne pouvait pas se retrancher derrière une autre exception comme celle de revue de presse. À cet égard, on peut relever que la copie cache peut être pérennisée pour être mise à disposition de l'utilisateur, et ce à la discrétion totale du moteur de recherche.

La jurisprudence française fournit néanmoins une position tout à fait différente sur cette question dans l'affaire *Google/ SAIF* puisque la Cour d'appel de Paris a estimé que « *la reproduction provisoire permettant la circulation rapide de l'information à destination de l'internaute et partant le bon fonctionnement technique du procédé (affichage rapide) constitue par son utilité une partie intégrante et essentielle d'un moteur de recherche d'images sur internet et doit être tolérée en tant que telle* ». Sans se fonder à proprement parler sur l'exception de copie provisoire transitoire, les juges ont estimé que le moteur de recherche pouvait se prévaloir du mécanisme d'allègement de responsabilité consacré en faveur des fournisseurs de cache dans le code des télécommunications (voir infra partie 4).

Le droit positif ne permet donc pas de trancher clairement les solutions en matière de copie provisoire. En déplaçant la question sur la responsabilité des fournisseurs de cache, la Cour d'appel de Paris a court-circuité le passage en revue des conditions de l'exception tandis que le juge belge s'est effectivement placé sur ce terrain pour en récuser l'application en l'espèce. La commission ne s'est pas prononcée sur cette question, bien que plusieurs de ses membres aient regretté la solution de la Cour d'appel, se fondant exclusivement sur la LCEN sans vérifier que l'opération de reproduction en question répondait bien à l'hypothèse de la fourniture de cache visée par cette loi. Tout particulièrement, la qualification d'intermédiaire technique fait question lorsque la reproduction du site se fait de manière spontanée par l'opérateur et non à la demande du fournisseur de service de l'information qu'est le maître du site (voir infra partie 4).

Selon les représentants des ayants droit de l'image, les services de référencement d'images qui utilisent des images collectées sur internet comme pointeurs mettent en œuvre le droit de reproduction sur ces images, sans qu'aucune exception n'ait vocation à s'appliquer. Par conséquent, s'ils procèdent à l'utilisation de ces images sans autorisation, ils se rendent coupables d'actes de contrefaçon. En outre lorsque ces services de référencement d'images affichent sur leurs propres pages, sous leur propre URL, des images stockées sur des serveurs tiers, ils réalisent un acte de communication au public, sans qu'aucune exception n'ait davantage vocation à s'appliquer.

Google tient à préciser que quelle que soit la catégorie juridique retenue, les moteurs de recherche et notamment les moteurs de recherche d'images reposent tous sur un standard technique commun, conforme à l'état de l'art dénommé « stockage cache ». Pour fournir rapidement aux utilisateurs les résultats en rapport avec leurs recherches le moteur va afficher les images miniatures, sous forme de vignettes, dans ses résultats. Ces vignettes qui s'affichent correspondent à des copies temporaires et automatiques des fichiers hébergés sur des sites tiers, relevant d'une activité de stockage cache. Ceci répond à des impératifs techniques et pratiques permettant de visualiser rapidement ses recherches (au même titre que les extraits de textes qui s'affichent sur un moteur de recherche classique) sans quoi il conviendrait de cliquer au hasard sur les liens pour aller vérifier sur le site d'origine la pertinence d'un résultat déterminé, de fluidifier les recherches et la navigation de l'internaute en lui évitant d'avoir à télécharger l'image sur le site d'origine (ce qui peut, selon la vitesse de connexion et la bande passante du site, être long et coûteux, notamment depuis un téléphone mobile) ; d'offrir ainsi aux utilisateurs des temps de réponse très courts à leurs recherches.

Google estime que le stockage des vignettes en cache est techniquement nécessaire, ce qui a été reconnu par la jurisprudence française⁵⁹ et qu'il est par ailleurs provisoire dans la mesure

59 CA Paris, 26 janvier 2011, *Google/SAIF* : « l'affichage des résultats ainsi réalisé [sous forme de vignettes] ne saurait être considéré comme excédant la prestation technique adaptée à la fonctionnalité attendue d'un moteur de recherche d'images,

où lorsque l'image cesse d'être publiée sur le site d'origine, elle disparaît ensuite, lors de la prochaine mise à jour des résultats de recherche proposés aux utilisateurs.

Exonération de responsabilité en tant que prestataire de cache? La question de la mise en jeu du statut de prestataire de cache a fait l'objet d'un débat au sein de la commission. De l'avis majoritaire des membres, cette qualification ne saurait être retenue parce que, d'une part ce stockage intermédiaire n'est pas réalisé pour rendre plus efficaces les transmissions et, d'autre part, il y a une modification des contenus opérée par Google pour les besoins de son service. Ainsi, l'arrêt *Auféminin* rendu par la Cour de cassation le 12 juillet 2012 relève que Google avait procédé à la réduction de la photo ; que celle-ci restait stockée sur le site de Google image et pouvait faire l'objet d'un agrandissement au delà des strictes nécessités d'une transmission, ce qui militerait en défaveur de la qualification de prestataire de cache dans le mesure où la modification des contenus opérée par Google ne l'était qu'aux fins de son seul service. Dans ces conditions, ces membres estiment que le stockage réalisé devrait être examiné sous l'angle des dispositions du Code de la propriété intellectuelle et non de la LCEN (voir infra partie 4).

2.2.2.2.3. Jeu des autres exceptions au droit de reproduction?

La reproduction « d'extraits » dans les résultats. Des actes de reproduction des œuvres ou objets protégés peuvent également se réaliser, dans le pointeur⁶⁰, ou par voie d'extraits ou de mécanismes de visualisation dans les pages de résultats. Il s'agit dès lors de se demander si ces extraits sont assujettis au droit de reproduction ou peuvent jouir d'exceptions. S'agissant du jeu du droit exclusif, on renvoie aux développements ci-avant tirés de l'arrêt *Infopaq I*, aux termes duquel le droit exclusif n'est en question que si l'extrait répond en lui-même au seuil d'originalité requis pour la protection. À supposer que tel soit le cas, le droit d'autoriser trouve son terrain d'élection, sauf à pouvoir faire valoir une exception couvrant l'emprunt. En droit français, la reprise d'une partie de l'œuvre peut intervenir dans le cadre de l'exception de citation, de revue de presse, d'enseignement et de recherche ou encore à des fins d'actualité⁶¹. L'exonération du prestataire de référencement de toute autorisation préalable dans la reprise des parties de l'œuvre dans les résultats suppose de vérifier que les conditions de l'exception sont remplies.

Exception de citation. Conditions. Sans entrer dans le détail de la mise en œuvre de l'ensemble des exceptions susceptibles d'être invoquées dans le cadre de la reprise d'extraits, il convient de revenir sur les éléments de jurisprudence relatifs à la citation. On sait qu'en France, l'exception de citation est assujettie par le Code de la propriété intellectuelle à plusieurs conditions : la citation doit s'inscrire dans une œuvre citante, elle doit être courte, à

tant il est vrai qu'une présentation de résultats sous la seule forme de références textuelles ne répondrait pas à la fonction même d'un tel service dont la nécessité ne fait pas débat " Citons également le jugement "Rau" du TGI de Paris du 26 mai 2011 : *Le moteur de recherche ne crée pas de contenu mais fournit à l'internaute qui a présenté une requête avec des mots-clés, les indications sur l'adresse des sites susceptibles de contenir les informations qu'il recherche. S'agissant d'une recherche portant sur des images, une référence purement textuelle serait difficile à utiliser et peu appropriée à l'objectif d'un tel service et la mise en place d'un aperçu visuel est seule de nature à permettre à l'internaute d'être immédiatement et facilement en mesure de connaître les résultats de sa recherche afin de pouvoir opérer un choix. Ainsi le fait d'indexer des images et de les afficher sous forme de vignettes sur la page de résultat est nécessaire à l'information de l'internaute et constitue un moyen essentiel d'accéder aux données stockées sur internet* "

60 Affaire *Shetland Times Ltd v. Jonathan Wills and another* 1997, S.F.R., 24 octobre 1996 : La première affaire concerne deux journaux, *Shetland Times* et *Shetland News*. Le journal *Shetland News* avait établi des hyperliens qui reprenaient les titres des articles du *Shetland Times*. La question était donc de savoir si la reprise des titres des articles constituait une atteinte au droit d'auteur. La première décision d'octobre 1996 considère que les pointeurs portent atteinte au droit d'auteur.

61 *Ce point a été discuté au sein de la commission : l'ADAGP a fait valoir que le législateur a entendu cantonner le champ de l'exception de l'article L. 122-5 9° aux reproductions effectuées "par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne" et que des acteurs tels que Google, qui ne sont pas des organes de presse, ne peuvent bénéficier de cette exception.* »

la fois au regard de l'œuvre citée et de l'œuvre citante, elle doit mentionner la source dont elle émane et le nom de l'auteur et doit se faire après que l'œuvre a été divulguée. Enfin, elle doit s'inscrire dans une finalité particulière, à savoir être justifiée par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elle est incorporée. Par ailleurs, la jurisprudence est traditionnellement rétive à consacrer l'exception en matière d'œuvre d'art plastique ou graphique, musicale et audiovisuelle, notamment parce qu'elle s'inscrit plus difficilement dans la condition de finalité précitée et qu'elle est contraire au droit moral. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, considéré que l'exception de courte citation ne pouvait pas prévaloir à propos des œuvres graphiques ou plastiques. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a également estimé que l'exception de courte citation n'était pas transposable en matière musicale dans une décision du 10 mai 1996. Par conséquent, si le prestataire de référencement veut pouvoir procéder à la reproduction d'extraits permettant de pointer vers l'œuvre en question et/ou d'en donner un aperçu, il convient en principe qu'il se conforme à ces conditions.

Exception de citation. Jurisprudence *Painer*. Néanmoins, cette lecture « restrictive » de l'exception de citation a fait l'objet d'un récent assouplissement par la jurisprudence européenne de la CJUE dans une affaire *Eva Maria Painer*⁶². Balayant la question de l'impossible citation de l'œuvre graphique, la Cour considère, d'une part, que la citation d'une photographie est tout à fait envisageable et, d'autre part, qu'il n'est nullement besoin de la citer dans une œuvre citante dès lors que cette citation se justifie au regard de la liberté d'expression. Dans ces conditions, l'exigence du droit français d'intégration de la citation dans une œuvre citante n'a sans doute plus lieu d'être. En revanche, celle de la finalité demeure. Il convient donc, s'agissant de la reprise d'extraits par le prestataire de référencement de s'assurer qu'il s'inscrit bien dans une des finalités retenues. À cet égard, bien que la finalité d'information puisse paraître large, elle ne doit pas être entendue de manière trop extensive, sauf à priver le droit exclusif de tout intérêt. En outre, il convient de vérifier que la reprise de l'extrait s'accompagne d'une citation de la source et du nom de l'auteur⁶³. Dans la mesure où l'objet du référencement est en principe de diriger vers la source, on peut estimer que cette condition sera généralement remplie, ce qui n'est pas toujours le cas du nom de l'auteur. Par ailleurs, se pose la question du respect du triple test qui conditionne la lecture de chaque exception. Si la reprise d'un extrait porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou cause un préjudice injustifié aux titulaires, elle ne devrait pas être possible sans autorisation préalable.

Analyse d'impact de la citation. La réponse est donc susceptible de varier selon l'étendue et la fonction de la reprise⁶⁴ mais aussi selon le type d'œuvre. Plusieurs membres de la

62 CJUE, 1^{er} décembre 2011, aff. C145/10, arrêt relatif à l'utilisation de photographies et plus précisément de la publication d'une photo-portrait dans la presse utilisée dans le cadre d'un avis de recherche. L'auteur de la photographie s'est opposé à cet usage. Les défenseurs invoquaient pouvoir bénéficier d'une exception de « sécurité publique », ce à quoi la Cour répond par la négative. La discussion s'est ensuite orientée sur la possibilité de considérer la photographie comme une citation et de la faire ainsi entrer dans le champ des exceptions au droit d'auteur.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115785&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1234895>.

63 Les juges français ont considéré que tel était le cas des éléments repris dans un site pointant vers des articles de presse qui répondaient aux conditions de l'exception de courte citation : TGI Nancy, 6 décembre 2010, Le Bien Public, Les journaux de Saône et Loire / Dijonscope, http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3099.

64 Il serait possible de distinguer les services qui sont plus ou moins bruts en termes de communication de l'information sur l'œuvre référencée, des services qui intègrent un élément de contextualisation (éléments d'identification de l'œuvre, extrait de l'article de presse) avec des extraits sous le lien, ou encore, des services dont les pointeurs sont eux-mêmes des œuvres. À cela, il faut ajouter des réflexions sur la question de savoir ce

commission ont considéré que les *snippets* ou extraits d'articles ou de livres, ne relèvent pas d'une activité de citation mais plutôt d'un travail de découpage des œuvres, insusceptible de bénéficier de l'exception. Il a également été considéré qu'il faudrait prendre en compte le fait que l'extrait épuise tout ou partie des utilités de l'œuvre reprise. Si l'extrait suffit à l'internaute, il se substituerait à la consultation de l'œuvre cible, ce qui obère le modèle économique du titulaire.

Pour la SAIF, tel serait le cas du service Google image, assimilable à une banque d'images gratuite sur le web. L'offre de vignettes reproduisant l'œuvre en petit format sur le site du moteur priverait les ayants droit d'une source de rémunération, notamment à raison de la possibilité qu'a l'utilisateur de reproduire cette vignette directement depuis la page du moteur sans aller sur le site cible. Certains marchés émergents auraient été tués dans l'œuf, tels que la vente des œuvres graphiques sur les smartphones (fonds d'écran, etc.) ou les lecteurs Mp3 (notamment pour la reproduction des pochettes de disque). En outre, cet accès apparemment gratuit⁶⁵ contribue à « diluer » la valeur économique des images, réduisant par conséquent, le consentement à payer des internautes pour se procurer des images en général. Selon la lecture qui a été faite du triple test par le panel de l'OMC, le droit d'auteur confère à son titulaire le droit exclusif sur les marchés actuels mais aussi potentiels de l'œuvre. Par conséquent, le jeu d'une exception ne devrait pas conduire à priver le titulaire de ce marché potentiel.

Valeur de la citation dans le service de référencement. On peut enfin s'interroger sur la valeur de la citation dans le service de référencement. Par exemple, la construction d'un index par un moteur de recherche ne constitue pas nécessairement un nouveau marché pour le titulaire d'une œuvre de l'esprit. Dans ce cas, par exemple, la notion d'œuvre individuelle n'existe pas. Les œuvres n'ont d'intérêt au regard de cette activité que lorsqu'elles sont reprises collectivement. En d'autres termes, l'index n'a de sens que dès lors qu'il est construit avec une pluralité d'œuvres alors que le droit d'auteur est un droit essentiellement individuel. Le marché existe bien mais n'est pas susceptible de bénéficier à chaque titulaire de droits dont la référence est reprise ; la valeur du résultat provenant du processus d'indexation et d'agrégation.

Création d'une exception ad hoc ? Une question similaire a été posée concernant les catalogues des commissaires priseurs qui reprennent sous forme de vignettes les œuvres mises aux enchères. Pour résoudre ce problème, il a été nécessaire de créer une exception qui permet aux commissaires priseurs de se passer de l'autorisation des titulaires de droit. On peut donc éventuellement s'inspirer de cet exemple pour créer une exception de référencement visant à autoriser la reprise des éléments d'identification des œuvres dans des ensembles plus grands, dès lors que sa finalité est de conduire l'utilisateur vers une ou plusieurs des œuvres utilisées. Il conviendrait de définir le quantum de la reprise possible dans le respect du triple test.

La pose d'un lien équivaut-elle à un acte de reproduction ? La dernière question relative à la reproduction consiste à se demander si la pose d'un lien hypertexte peut constituer un acte soumis à l'autorisation préalable. Durant les travaux du Forum, il a été opéré un parallèle avec l'arrêt du 7 mars 1984 *Rannou-Graphie*. Certains membres ont défendu l'idée que la mise à disposition des moyens de réaliser la reproduction constituait un acte de reproduction, à l'instar de la qualification retenue à l'encontre des officines de photocopie qui, sans opérer

vers quoi on pointe. Pointe-t-on vers un élément de contexte ou vers un contenu dégagé de son contexte ? Le lien cliquable qui renvoie directement sur un fichier exécutable entre-t-il dans le champ du droit exclusif ? Il y a donc toute une série de situations différentes entre ce qu'est le pointeur lui-même et ceux vers quoi il est pointé. Cela renvoie-t-il à l'œuvre « sèche », directement consultable, ou à la page d'accueil du site ?

⁶⁵ L'accès aux snippets n'est pas accompagné d'un modèle de rémunération directe chez le moteur de recherche, lequel fonde son modèle d'affaires sur une économie de l'audience et donc sa capacité à conserver l'internaute le plus longtemps sur ses pages.

elles-mêmes manuellement la copie, offrent au public les moyens techniques de le faire⁶⁶. Une analogie pourrait donc être établie à propos des liens hypertextes dès lors que ceux-ci offrent la possibilité à ceux qui les actionnent d'avoir un accès technique à l'œuvre et de réaliser une copie de la page de destination sur leur propre ordinateur.

A propos d'un site disposant de liens renvoyant vers des sites illégaux de téléchargement, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a retenu dans un arrêt du 10 mars 2004, confirmatif, que « les premiers juges ont relevé que si (le prévenu) ne proposait pas aux internautes le téléchargement direct de logiciels de jeux contrefaits, il faisait néanmoins apparaître sur son site des liens renvoyant à d'autres sites proposant le téléchargement illégal de tels jeux ; qu'ils ont justement retenu que cette mise à disposition de liens hypertextes devrait s'analyser en une complicité de contrefaçon par fourniture de moyens. ». La Cour d'appel de Paris a également retenu dans deux espèces soit la qualification directe de contrefaçon par reproduction en rendant les moyens matériels accessibles à des personnes n'ayant pas acquitté les droits d'auteur ou n'ayant pas acquis de licence d'utilisation⁶⁷ ; soit la qualification de complicité de contrefaçon par reproduction⁶⁸.

Ces décisions essentiellement rendues en matière pénale ne proposent cependant pas une solution univoque, les unes retenant l'acte principal de contrefaçon tandis que d'autres font appel à la notion de complicité par fourniture de moyens. Le droit français ne connaît pas l'équivalent des mécanismes de « contributory infringement » développés par la jurisprudence américaine permettant de mettre en place un mécanisme de responsabilité civile « secondaire ». La commission n'a pas jugé opportun de discuter l'utilité de développer un système similaire, éloigné de nos mécanismes de responsabilité civile.

2.2.2.3. Mise en jeu du droit de représentation/communication au public ?

L'application éventuelle du droit de communication au public aux activités de référencement constitue une question délicate qui suppose de recenser préalablement les éléments de qualification du droit de communication au public (2.2.2.3.1.). Les positions sur ce débat paraissant irréductibles, on exposera successivement les positions hostiles à cette qualification (2.2.2.3.2.) et les positions favorables (2.2.2.3.3.).

2.2.2.3.1. Éléments de définition du droit de communication au public

Droit de communication au public. Définition française. Selon l'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle, « la représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque et notamment :

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation

66 C. Cass, 1^{ère} Civ., 7 mars 1984, Rannou-Graphie « relevant que les copies obtenues n'étaient pas destinées à un usage privé et que l'entrepreneur en copie « à tiré un bénéfice analogue à celui d'un éditeur et ne peut en définitive se prévaloir de l'exception apportée par l'article précité au monopole d'exploitation accordé par la loi à l'auteur et, par suite, à l'éditeur régulièrement cessionnaire des droits de celui-ci ».

Ont aussi été cités l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 25 mai 1997 et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, le 30 octobre 1998, selon lesquels « le copiste doit s'entendre de celui qui détenant dans ses locaux le matériel nécessaire à la confection de photocopies, exploite ce matériel en le mettant à la disposition de ses clients. » Également versé au débat le contentieux relatif au magasin de graveur T. Corr. Valence, 2 juillet 1999, confirmé par CA Grenoble, 18 janvier 2001 et par l'arrêt de rejet de la C. Cass. Crim., 4 décembre 2001 : « que le client réalise lui-même sa copie ou que la tâche soit matériellement exécutée par l'exploitant (du magasin) ne change que les modalités d'accomplissement de l'acte et non son économie. En mettant à la disposition du public le matériel et l'installation permettant la reproduction massive par lui-même ou en libre service d'œuvres musicales ou de logiciels, (le prévenu) qui n'a pas sollicité l'autorisation des propriétaires et qui savait qu'il rendait ces moyens accessibles à des personnes n'ayant pas acquitté les droits d'auteur ou n'ayant pas acquis de licence d'utilisation a organisé sciemment la contrefaçon. Cette organisation suffit à caractériser sa culpabilité. »

67 CA Paris, 1^{er} juillet 2011, aff. See-link.net.

68 CA Paris, 25 mai 2012.

publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;
2° Par télédiffusion.

La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite. »

La définition retenue par le Code est volontairement très large et n'opère pas de distinction *a priori* selon le vecteur utilisé pour réaliser la communication au public. Il a été admis tant par la jurisprudence que la doctrine que la communication d'une œuvre sur Internet correspondait à la définition de la représentation, y compris si la prise de connaissance de l'œuvre par les membres du public intervenait de manière individuelle. Ainsi, le critère qui prévaut en droit français est celui de l'offre de l'œuvre à un public, sans prendre en considération le moyen technique employé, ni les modalités d'accès pour le public.

Droit de communication au public. Éléments de droit de l'Union. Directive. L'article 3 de la directive du 22 mai 2001 a établi une définition du droit de communication au public, similaire pour le droit d'auteur et pour les droits voisins. Il s'agit du « droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. » Cette définition s'inscrit dans la droite ligne de la définition retenue par les traités OMPI de décembre 1996 dont un des objectifs visait à affirmer l'application du droit de communication au public aux communications intervenant sur Internet.

Droit de communication au public. Éléments de droit de l'Union. Question préjudicielle « Svensson⁶⁹ ». La jurisprudence a amplement contribué à préciser la notion. Bien que saisie d'une question préjudicielle à ce propos par une juridiction suédoise, elle ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si le droit de communication au public était susceptible de s'appliquer à des opérations de référencement. La Cour sera amenée, à bref délai à répondre à la question posée par la juridiction nationale:

« Le fait pour toute personne autre que le titulaire des droits d'auteur sur une œuvre de fournir un lien cliquable vers cette œuvre sur son site Internet constitue-t-il une communication de l'œuvre au public selon l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ?

L'examen de la première question est-il influencé par le fait que l'œuvre vers laquelle renvoie le lien se trouve sur un site Internet auquel chacun peut accéder sans restrictions, ou que l'accès à ce site est, au contraire, limité d'une façon ou d'une autre?

Convient-il, dans l'examen de la première question, de faire une distinction selon que l'œuvre, après que l'utilisateur a cliqué sur le lien, apparaît sur un autre site Internet ou, au contraire, en donnant l'impression qu'elle se trouve montrée sur le même site ?

Un État membre peut-il protéger plus amplement le droit exclusif d'un auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles qui découlent de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29? »

Dans l'attente de la décision *Svensson*, on ne peut qu'extrapoler à partir des critères préalablement dégagés par la Cour de Justice. À cet égard, il convient de relever que le prestataire de référencement n'est *a priori* pas l'auteur de l'acte « premier » de communication au public de l'œuvre qui se « situe » sur le site référencé. En revanche, se pose la question de savoir si le prestataire de référencement peut être considéré comme

69 Demande de décision préjudicielle présentée par le Svea Hovrätt (Suède) le 18 octobre 2012 - Nils Svensson, Sten Sjögren, Pia Gadd et Madeleine Sahlman / Retriever Sverige, Affaire C-466/12.

réalisant un acte de communication au public, soit en tant qu'il retransmet l'œuvre, soit parce qu'il offre les moyens d'y accéder.

Communication au public. *SGAE/Premier League/Airfield*. La définition de la communication au public est intervenue dans plusieurs décisions de la Cour de Justice notamment à propos d'actes de « retransmission » réalisés par un opérateur à partir d'une émission première. Dans l'affaire *SGAE*, il s'agissait de la retransmission d'émissions de télévisions radiodiffusées opérée par un hôtelier au bénéfice de ses clients. La Cour de Justice a d'abord estimé qu'aux termes du considérant 23 de la directive du 22 mai 2001, il fallait retenir une acception large de la notion de communication au public. Puis, elle a rappelé que le cadre de la communication opérée dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal s'analyse, selon l'article 11 bis, premier alinéa, sous ii), de la convention de Berne, comme une communication faite par un organisme de retransmission différent de l'organisme d'origine. Ainsi, une telle transmission se fait à un public distinct du public visé par l'acte de communication originaire de l'œuvre, c'est-à-dire à un *public nouveau*⁷⁰ (point 40, *SGAE*). En outre, la distribution de l'œuvre radiodiffusée à cette clientèle au moyen d'appareils de télévision ne constitue pas un simple moyen technique pour garantir ou améliorer la réception de l'émission d'origine dans sa zone de couverture. Au contraire, l'établissement hôtelier est l'organisme qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à l'œuvre protégée à ses clients. En effet, en l'absence de cette intervention, ces clients, tout en se trouvant à l'intérieur de ladite zone, ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée. La Cour conclut qu'il existe une communication au public réalisée par l'hôtelier, notamment en soulignant que son « intervention » a un *but lucratif*. En revanche, conformément aux considérants de la directive, la simple fourniture d'installations physiques ne constitue pas une telle communication. Si celle-ci a pour seule vocation de garantir ou d'améliorer la réception de l'émission d'origine dans sa zone de couverture, elle n'emporte pas de nouvel acte de communication au public, au contraire du cas où elle étend le champ des personnes ayant accès aux œuvres, quand bien même elles se trouvent dans la zone de couverture.

Ces critères ont été repris dans des décisions subséquentes (*Premier League*, *Airfield*) soit en appréciant la notion de communication au public au sens du droit exclusif, soit à propos du droit à rémunération équitable en matière de radiodiffusion des phonogrammes. Certains arrêts ont retenu des critères comme l'intervention délibéré (*Marco del Corso*) de l'opérateur ; l'accès fortuit ou délibéré à l'œuvre par le public (*Marco del Corso*). Le caractère lucratif a été précisé en ce qu'il suppose un accroissement de la clientèle ou des prix pratiqués en raison du service rendu (*Marco del Corso*). Dans l'arrêt *Airfield*, la Cour de Justice a estimé qu'une *autorisation doit être notamment obtenue par la personne qui déclenche une telle communication ou qui intervient lors de celle-ci, de sorte qu'elle rende, au moyen de cette communication, les œuvres protégées accessibles à un public nouveau, c'est-à-dire à un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres*

Communication au public. *ITV Broadcasting*. Dans une décision du 7 mars 2013 *ITV*

⁷⁰ La Cour se réfère à cet effet à au guide de la convention de Berne, document interprétatif élaboré par l'OMPI qui, sans avoir force obligatoire de droit, contribue cependant à l'interprétation de ladite convention, l'auteur, en autorisant la radiodiffusion de son œuvre, ne prend en considération que les usagers directs, c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui, individuellement ou dans leur sphère privée ou familiale, captent les émissions. Selon ce guide, dès lors que cette captation se fait à l'intention d'un auditoire plus vaste, et parfois à des fins lucratives, une fraction nouvelle du public réceptonnaire est admise à bénéficier de l'écoute ou de la vision de l'œuvre et la communication de l'émission par haut-parleur ou instrument analogue n'est plus la simple réception de l'émission elle-même, mais un acte indépendant par lequel l'œuvre émise est communiquée à un nouveau public. Ainsi que le précise ledit guide, cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur de l'autoriser (point 41)

*Broadcasting*⁷¹, la Cour est cependant revenue sur certains de ces critères et a considéré d'une part, que la condition de public nouveau n'était pas requise dans des circonstances telles que dans le cas d'espèce où la retransmission avait été opérée à l'aide d'un autre moyen technique (ici un service de catch up TV via un site Internet) et que le critère lucratif de l'activité était indifférent pour déterminer l'existence d'un acte de communication au public. La Cour a jugé que « *le législateur de l'Union, en régissant les situations dans lesquelles une œuvre donnée fait l'objet d'utilisations multiples, a entendu que chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique doit être, en principe, individuellement autorisée par l'auteur de l'œuvre en cause. (point 24)* »⁷². Tel n'est cependant pas le cas lorsque l'opérateur se contente de fournir un moyen technique qui garantit ou améliore la réception de la transmission d'origine dans la zone de couverture. Elle conclut qu'en l'espèce, « *chacune de ces deux transmissions doit être autorisée individuellement et séparément par les auteurs concernés étant donné que chacune d'elles est effectuée dans des conditions techniques spécifiques, suivant un mode différent de transmission des œuvres protégées et chacune destinée à un public. Dans ces conditions, il n'y a plus lieu d'examiner, en aval, la condition du public nouveau qui n'est pertinente que dans les situations sur lesquelles la Cour a été amenée à se prononcer dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités SGAE, Football Association Premier League e.a., ainsi que Airfield et Canal Digitaal.* » (point 39)

Diversité des situations. Absence de position unique. Il convient d'analyser lesdits critères pour déterminer si les services de référencement d'œuvres peuvent relever de la définition de communication au public. Or, en retenant une acception large des activités de référencement, le présent rapport aborde une variété de services dont tous n'obéissent pas aux mêmes règles techniques et ne produisent pas les mêmes résultats. Par conséquent, eu égard aux définitions en question, il est difficile d'appréhender l'ensemble de ces activités de manière univoque. La question de la communication au public des œuvres doit certainement être abordée de manière différenciée en fonction de la nature de l'acte de référencement. Ainsi, peut-on considérer que la simple fourniture d'un lien hypertexte relève de cette définition ? Qu'en est-il si l'activation du lien déclenche un fichier exécutable ? Quid de la transclusion qui permet à l'œuvre d'apparaître sur le site pointeur tout en restant techniquement sur le site cible ? La jurisprudence n'offre pas de référence stable et ne permet pas de trancher de manière claire ces questions. Il n'y a pas davantage de consensus doctrinal qui se dégage. On peut de manière schématique distinguer les positions défavorables à la qualification de celles qui, au contraire, militent en la faveur d'une telle communication au public.

2.2.2.3.2. Arguments défavorables à la qualification de communication au public

Positions hostiles exprimées. Les travaux du Forum des droits ont fait apparaître des positions hostiles à la qualification de communication au public pour les liens hypertextes. Ainsi, le rapport reprend les propos de Vincent Varet⁷³ qui estimait que la création d'un hyperlien vers une ressource accessible en ligne, sans restriction manifestée par le titulaire du droit précise-t-il toutefois, « *n'est pas un nouveau mode d'exploitation touchant un nouveau public et, ne devrait pas, si l'on revient à l'essence des droits patrimoniaux, être soumise à autorisation* ». Est également fait mention de la décision de la Commission canadienne du

71 CJUE, 7 mars 2013, aff. C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd.*

72 Elle poursuit : « Étant donné qu'une mise à disposition des œuvres par le biais de la retransmission sur Internet d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre se fait suivant un mode technique spécifique qui est différent de celui de la communication d'origine, elle doit être considérée comme une «communication» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Par conséquent, une telle retransmission ne saurait échapper à l'autorisation des auteurs des œuvres retransmises lorsque celles-ci sont communiquées au public. » (point 26)

73 Vincent Varet, Les risques juridiques en matière de liens hypertextes, *Légipresse*, novembre 2002, n°196, II, p. 143.

droit d'auteur rendue le 27 octobre 1999 « sur le droit d'auteur à propos de la protection des œuvres musicales sur Internet » qui a considéré que « *en soit, la création d'hyperliens n'implique pas la communication au public de quelque œuvre comprise dans les sites visés par les liens* ». Pour les tenants de la liberté de lier, un hyperlien ne met pas l'œuvre elle-même à la disposition des internautes, il permet seulement d'y accéder plus facilement. Le lien n'est qu'un outil de cheminement qui conduit l'internaute vers l'œuvre et non le contraire (à savoir l'œuvre vers l'internaute). En d'autres termes, la mise en ligne du contenu d'un site est décidée par le propriétaire de celui-ci et la création de tout hyperlien ne fait que prolonger l'acte initial de la mise à disposition du public.

A l'appui de cette thèse, Alain Strowel et Nicolas Ide⁷⁴ soutenaient également que la fourniture d'un hyperlien n'équivaut pas à une communication au public, dans le sens des traités de l'OMPI du 20 décembre 1996. Selon eux, « *l'œuvre étant déjà disponible à l'adresse web du site relié au bénéfice de l'ensemble de la communauté des internautes, il ne peut être question d'une nouvelle mise à disposition du public. En effet, le lien n'élargit pas le public de l'œuvre : ceux qui vont avoir accès à l'œuvre suite à l'activation du lien pouvaient aussi directement consulter cette page (à condition d'en connaître l'URL). Juger qu'il y a une nouvelle communication au public ne paraît pas justifié (et causerait des difficultés importantes en terme de gestion de ce droit)* ».

Position de la European Copyright Society. Une position hostile à la qualification de communication au public a été également adoptée le 15 février 2013 par un collectif de chercheurs européens regroupés sous le nom de *European Copyright Society*⁷⁵. S'efforçant de répondre à l'interrogation formulée dans l'affaire Svensson, les auteurs ont estimé que :

- Les hyperliens ne constituent pas un acte de communication car poser un lien n'équivaut pas à une transmission de l'œuvre, or une telle transmission est un pré-requis à la communication ;
- A supposer qu'une transmission ne soit pas requise pour la qualification de communication, les droits d'auteur s'appliquent seulement lorsqu'il y a une communication au public d'un œuvre ; or quoi que le lien offre, il ne s'agit pas d'une œuvre ;
- A supposer que le lien soit considéré comme une communication d'une œuvre, elle ne s'adresse pas à un public nouveau⁷⁶.

Le lien ne réalise pas une transmission. S'agissant de l'absence de « transmission », l'ECS

74 Alain Strowel and Nicholas Ide, Liability with Regard to Hyperlinks, (24 *Columbia Journal of Law and the Arts* 403). "Another question is whether the provision of a hyperlink is not equivalent to an act of communication to the public, within the meaning accepted in the WIPO treaties of 20 December 1996, namely 'the making available to the public of works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.' We do not think this to be the case: as the work is already available to the entire Internet community at the linked site's web address, we cannot be dealing with a new act of making it available to the public. The link does not extend the work's audience: surfers who access the work by activating the link can also consult the page directly (as long as they know its URL). Concluding that there is a new communication to the public does not seem justified (and would cause considerable difficulties in terms of copyright management)", également citée dans la déclaration de l'European Copyright Society, n° 49, p. 13.

75 http://www.ivir.nl/news/European_Copyright_Society_Opinion_on_Svensson.pdf, voir en fin de document la liste des signataires.

76 We offer three reasons for this conclusion:

(a) Hyperlinks are not communications because establishing a hyperlink does not amount to "transmission" of a work, and such transmission is a pre-requisite for "communication";

(b) Even if transmission is not necessary for there to be a "communication", the rights of the copyright owner apply only to communication to the public "of the work", and whatever a hyperlink provides, it is not "of a work";

(c) Even if a hyperlink is regarded as a communication of a work, it is not to a "new public."

s'appuie sur plusieurs cas de jurisprudence. Dans l'affaire *Paperboy*⁷⁷ jugée en 2003 par le Bundesgerichtshof allemand⁷⁸, la Cour a considéré que le moteur de recherche qui proposait dans sa page de résultats des liens hypertextes ne réalisait pas de contrefaçon ni au regard de la loi allemande, ni au regard de l'article 3 de la directive 2001/29. Elle a estimé qu'il n'y avait ni un acte de transmission, ni une mise à disposition de manière à ce que chacun puisse avoir accès de manière individuelle. En Norvège, la Cour suprême a considéré dans une affaire *Napster*⁷⁹ jugée en 2005 que poser un lien sur un site qui conduisait à des fichiers MP3 téléchargés illégalement ne constituait pas nécessairement un acte de mise à disposition des fichiers au public. Elle a d'abord considéré que si le lien devait être considéré comme une mise à disposition du public, ceci devait concerner indifféremment le lien vers des contenus communiqués légalement ou illégalement, la conception de ce qu'est la mise à disposition du public d'une œuvre devant être la même dans les deux cas. Elle a également jugé qu'il n'y avait pas lieu de distinguer selon qu'il s'agit d'un lien de surface ou d'un lien profond permettant l'accès direct à l'œuvre, mais de prendre en considération la manière dont la technique fonctionne, si et comment l'accès à l'œuvre est réalisé. Elle a néanmoins considéré que le simple fait de faire connaître l'adresse d'un site en l'établissant sur internet ne constitue pas une mise à disposition de l'œuvre⁸⁰ au public.

Aux États-Unis, dans la décision *Perfect 10*⁸¹, relative au service Google Images, la Cour d'appel du 9^{ème} circuit a considéré que « *au lieu de communiquer une copie de l'image, Google offre des instructions HTML qui dirigent le navigateur de l'utilisateur vers le serveur du site de l'éditeur qui stocke les images en taille normale. Fournir ces instructions HTML n'est pas équivalent à montrer une copie. (...) Si Google est susceptible de faciliter l'accès à*

77 *Paperboy*, Case I ZR 259/00 (17 July 2003) [2005] ECDR (7) 67, 77.

78 La Cour estime qu'une personne qui pose un lien vers un site contenant un œuvre protégée ne commet pas un acte d'exploitation relevant du droit d'auteur mais offre seulement une référence de telle manière à faciliter un accès déjà disponible... C'est non celui qui pose le lien mais celui qui a mis l'œuvre sur internet qui décide si cette œuvre restera disponible pour le public.

Paperboy, Case I ZR 259/00 (17 July 2003) [2005] ECDR (7) 67, 77 [42] « A person who sets a hyperlink to a website with a work protected under copyright law which has been made available to the public by the copyright owner, does not commit an act of exploitation under copyright law by doing so but only refers to the work in a manner which facilitates the access already provided He neither keeps the protected work on demand, nor does he transmit it himself following the demand by third parties. Not he, but the person who has put the work on the internet, decides whether the work remains available to the public. If the web page containing the protected work is deleted after the setting of the hyperlink, the hyperlink misses. Access to the work is only made possible through the hyperlink and therefore the work literally is made available to a user, who does not already know the URL as the precise name of the source of the webpage on the Internet. This is however no different to a reference to a print or to a website in the footnote of a publication. »

79 *Napster.no* (2006) IIC 120 (27 January 2005). [44] There has been no dispute that those uploading the music files carried out illegal copying and made the works publicly available. If the linking is regarded as making works publicly available, this will concern linking to both lawfully and unlawfully disclosed material. The conception of what constitutes making works publicly available must be the same in both cases...

80 [47] It cannot be doubted that simply making a website address known by rendering it on the internet is not making a work publicly available.

81 U.S. Court of Appeal for the Ninth Circuit in *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828 (C.D.Cal.2006), 487 F.3d 701 (USCA, 9th Cir. 2007) : 717) "Instead of communicating a copy of the image, Google provides HTML instructions that direct a user's browser to a website publisher's computer that stores the full-size photographic image. Providing these HTML instructions is not equivalent to showing a copy. First, the HTML instructions are lines of text, not a photographic image. Second, HTML instructions do not themselves cause infringing images to appear on the user's computer screen. The HTML merely gives the address of the image to the user's browser. The browser then interacts with the computer that stores the infringing image. It is this interaction that causes an infringing image to appear on the user's computer screen. Google may facilitate the user's access to infringing images. However, such assistance raises only contributory liability issues, ..., and does not constitute direct infringement of the copyright owner's display rights."

des images contrefaisantes, une telle assistance est susceptible d'être qualifiée de « contributory infringement » et ne constitue pas une atteinte directe aux droits de représentation du titulaire. »

Le lien ne communique pas l'œuvre à un public nouveau. Les auteurs de l'opinion soutiennent en outre que le lien ne donne pas accès à l'œuvre mais à sa localisation. En décider autrement conduirait à exiger une autorisation préalable des auteurs d'œuvres pointées par tout lien hypertexte, y compris pour les liens hypertextes qui figureraient dans cette page et ainsi de suite. Puis, ils considèrent que l'acte n'est pas dirigé vers un public nouveau dans la mesure où un contenu mis en ligne sans protection technique est accessible depuis n'importe quel endroit et peut être localisé à partir d'une série de moteurs de recherche (...) ⁸². La création d'un lien ne va, par conséquent, pas ajouter au public, puisque le public ciblé est universel. Aussi, offrir un lien ne va normalement pas ouvrir une possibilité d'accès à des utilisateurs qui ne l'auraient pas eu en l'absence de lien. Or, la Cour de Justice exige que l'intervention soit nécessaire à l'accès à l'œuvre, ce qui n'est pas le cas des liens. Le lien va seulement attirer l'attention de l'utilisateur potentiel sur l'existence du contenu et lui offrir un instrument simple d'utilisation pour demander que ce contenu lui soit envoyé ⁸³.

Le *frame* ne constitue pas davantage une communication au public de l'œuvre. Les rédacteurs de l'avis exprimé par l'ESC estiment enfin qu'il n'y a pas lieu de modifier ces conclusions à propos du « *frame* », c'est-à-dire de la technique du cadre qui permet de visualiser sur l'environnement de la page du pointeur l'œuvre présente sur le site cible. Ils citent à cet égard la position tenue par la jurisprudence américaine dans l'affaire *Perfect 10* où la Cour avait jugé qu'en dépit de l'impression d'unité ressentie par l'utilisateur, tel n'était pas le cas et que le droit d'auteur n'avait pas pour objet de protéger l'utilisateur contre le risque de confusion. Pour les auteurs de la déclaration, la technique du *frame* ne relève pas du droit d'exploitation mais pourrait, dans certains cas, constituer un cas de concurrence déloyale, un détournement des mesures techniques de protection ou réaliser une atteinte au droit moral de l'auteur de l'œuvre encapsulée.

Jurisprudence française. À plusieurs reprises, les juridictions françaises ont eu l'occasion de se prononcer sur la qualification des liens au regard du droit d'auteur. Dans une affaire *Le Bien public*, le Tribunal de Grande Instance de Nancy a considéré que « l'usage d'un tel lien dit "profond" n'est pas par principe prohibé et ne constitue pas en lui-même un acte de

⁸² La même position avait été exprimée dans les travaux du Forum en s'appuyant sur la jurisprudence *CNN/Novotel*. « En tout état de cause, une autorisation ne serait requise que dans le cas où l'œuvre serait communiquée à un nouveau public. Or, les tenants de l'autorisation ne peuvent pas, à l'appui de leur thèse, invoquer l'arrêt *Novotel* de 1994 précité. En effet, si, selon celui-ci, la diffusion d'une chaîne de télévision à péage dans des chambres d'hôtel constitue une communication d'une œuvre à un nouveau public, dans le cas de l'internet, c'est toujours le même public, la communauté des internautes, qui est amené à faire usage des hyperliens. Il n'est donc pas nécessaire d'obtenir une nouvelle autorisation.

Aussi apparaît-il « abusif », pour les tenants de cette thèse, de comparer le fournisseur de liens à l'hôtelier visé dans l'arrêt *Novotel*. L'analogie pourrait tout au plus s'appliquer aux acteurs fournissant une réelle infrastructure – des terminaux connectés – en un lieu déterminé à partir duquel il sera possible d'identifier un public particulier ou « nouveau ».

⁸³ (a) It is well-known that material placed on the Internet without e.g. firewalls can be accessed from anywhere, and can be located using a range of search tools. Consequently, the copyright holder who authorises or permits such making available, must be assumed to contemplate the access to the work from anywhere. The creation of a hyperlink will thus not normally add to the public, as the targeted public is universal.

(b) Equally, adding a hyperlink will not normally provide the possibility of access to users that they would not have in the absence of the hyperlink. The CJEU requires the intervention to be a sine qua non for that public to get access to the work, which is not the case with hyperlinks. The hyperlink will merely draw the potential user's attention to the existence of the material and provide an easy-to-use tool for requesting the material to be sent.

contrefaçon ». Par conséquent, nonobstant la persistance de l'adresse URL du site pointeur dans la barre d'adresse du navigateur et l'utilisation du *frame*, devant certes être examinées au regard de la concurrence déloyale, la société prestataire de référencement ne « *communiquer pas elle-même les articles en litige au public mais met uniquement à disposition de ce dernier les liens lui permettant de visionner les sites lejsl.com et lebienpublic.com sur lesquels s'effectue la représentation* ». Le tribunal en conclut que « *le renvoi sur la page de l'article visé par le lien ne constituant donc pas un acte de "représentation ou reproduction" au sens de l'article L 122-4 du code de la propriété intellectuelle, aucune contrefaçon ne se trouve constituée de ce chef.* » Une décision du Tribunal de Grande Instance de Paris du 18 juin 2010 dans une affaire M6 /SBDS (*totalvod*) a estimé que des liens hypertextes profonds renvoyant sur le *player* d'une chaîne de télévision⁸⁴ ne constituent pas des actes de communication des œuvres à l'internaute, la société SBDS ne faisant que l'aider en lui proposant un lien lui permettant de les visionner sur le site du titulaire des droits, lequel est donc le seul à proposer une représentation de ces œuvres au sens de L.122-2 du Code de la propriété intellectuelle. Il y aurait donc une nette distinction entre « mise à disposition » et « communication ». Le tribunal de grande instance de Nanterre a, quant à lui, considéré dans une décision du 25 mars 2010, que l'éditeur d'un site peut mettre un lien profond vers le téléchargement d'un logiciel hébergé sur un autre site, sans renvoyer vers la page produit ou la page d'accueil de ce dernier, « *une information n'équivalant nullement à une mise à disposition.* »

Positions hostiles. Résumé. Pour les adversaires de la qualification de communication au public, il convient de l'écarter car le lien ne réalise pas une transmission du contenu pointé⁸⁵. Ce n'est pas l'œuvre qui est communiquée au public, mais seulement, le cas échéant, une information la concernant. Le site d'origine réalise la communication au public et le prestataire de référencement se contente de diriger l'utilisateur vers la ressource. Cette opération ne conduit pas à créer un « nouveau public » puisque l'œuvre est librement accessible à tous sur Internet. Il n'y a donc pas de nouvel acte d'exploitation de l'œuvre par le prestataire de référencement. Il n'y a pas à distinguer selon qu'il s'agit d'un lien simple ou d'un lien profond, les deux opérations étant également neutres du point de vue des droits patrimoniaux. Toutefois, la technique du cadre/*frame* peut, dans certains cas, occasionner une violation du droit moral ou être passible d'une action en concurrence déloyale.

Caractère lucratif ? On peut encore s'interroger sur le caractère lucratif de l'opération réalisée par le prestataire de référencement. Si on reprend la jurisprudence de la Cour de Justice, on retrouve ce critère de façon récurrente depuis l'arrêt *SGAE (Premier League, Del Corso, PPL)*. À supposer que les autres critères de la communication au public soient réunis,

84 M6 estimait que la société SBDS ne peut mettre à la disposition du public ses programmes sans son autorisation préalable, en faisant valoir que cette mise à disposition vaut représentation au sens des articles L.122-2 et L. 122-4 CPI, puisque s'appuyant sur autant de liens hypertextes profonds que de programmes, et permettant aux internautes d'accéder directement, depuis le site tvreplay.fr et sans quitter celui-ci, à l'intégralité des programmes.

85 L. Thoumyre, De la responsabilité arachnéenne sur Internet : Quelle issue pour les tisseurs de liens en France ?, *Lex Electronica*, vol. 10, n°1, Hiver 2005 <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/thoumyre.htm> : Le jeu des analogies, classiquement utilisé pour appréhender le régime de responsabilité applicable aux acteurs de la société de l'information, a une portée extrêmement limitée lorsque l'on aborde le régime juridique des hyperliens. On ne peut, en effet, retrouver dans la note de bas de page ou dans la citation, les caractéristiques qui font le succès du lien, l'immédiateté et la facilité (puisque le lien renvoie d'un simple clic de souris à la source citée). De même, le lien ne s'apparente en rien à un « câble de télécommunication » ou une antenne permettant la télétransmission de données : l'établissement d'un lien ne dépend d'aucune infrastructure physique et il ne transmet lui-même aucune donnée. En effet, et c'est là toute l'originalité de l'hypertextualité, les liens tissés vers d'autres ressources sur le Net ne font que renvoyer l'internaute vers celles-ci. Ni la reproduction du contenu, ni sa mise en ligne n'est le fait du lieur. En revanche celui-ci prolonge la communication au public des données mises en ligne par un tiers, mais de manière accessoire et souvent marginale, au point que l'on peut s'interroger sur l'opportunité de mettre en œuvre le droit de représentation.

comme par exemple la mise à disposition de l'œuvre au public, on pourrait néanmoins faire le départ entre les opérations selon qu'elles sont prestées avec une intention lucrative ou non. Au vu des précédents de la Cour de Justice et de l'arrêt *CNN*⁸⁶, il est loisible d'avancer que le service de référencement ne constitue qu'un acte de communication au public éligible au titre du droit d'auteur que s'il répond à ce caractère lucratif. Lorsque tel n'est pas le cas, l'opération ne peut être qualifiée comme telle. Toutefois la voie est périlleuse car elle introduit une distinction qui fragilise le champ d'application du droit d'auteur dans son ensemble ; elle est elle-même floue dans ses contours, à défaut de saisir l'étendue de la condition (service presté contre rémunération ? publicité ?). Par ailleurs, le caractère lucratif est considéré comme indifférent dans la dernière décision *ITV Broadcasting*, laissant entendre que ce critère peut connaître une intensité variable dans le processus de qualification de l'acte de communication au public. Considéré comme important dans les décisions *Del Corso* et *PPL* à propos du droit à rémunération en matière de radiodiffusion des phonogrammes, il ne présente pas un caractère décisif pour la mise en jeu du droit exclusif.

2.2.2.3.3. *Eléments favorables à la qualification de communication au public.*

Le lien va au-delà de la simple référence. Lors des travaux du Forum a été exprimé le caractère contestable de l'idée selon laquelle l'hyperlien serait un simple renvoi ou une référence ou même une courte citation. En effet, dans la mesure où le lien permet d'accéder directement et immédiatement à l'œuvre citée, on ne peut le considérer comme un moyen de faire référence à un autre document, une référence ne donnant pas à proprement parler accès à une œuvre, ou une facilité technique permettant au lecteur de retrouver ledit document, puisque l'utilisateur en vient, en fait, à le consulter directement.

Le lien fournit les moyens d'une communication au public. Par analogie avec la jurisprudence *CNN*, les tenants de la thèse de l'autorisation soutenaient qu'un site web qui permet à ses visiteurs – fussent-ils connectés à partir de leur domicile privé – d'accéder à des contenus en ligne grâce à des hyperliens, procède, de la même manière qu'un hôtelier, à un acte de communication au public, lequel public est constitué de l'ensemble des clients du service. Le fait d'offrir les moyens de recevoir la communication de l'œuvre constituerait une communication au public de l'œuvre relevant du droit exclusif. Ainsi, le lien constituant un moyen d'accéder à l'œuvre, il pourrait être qualifié de tel. Au regard de la jurisprudence *ITV Broadcasting*, on peut avancer que si le lien permet la retransmission de l'œuvre par un autre moyen technique que la transmission d'origine de l'œuvre, sa mise en œuvre devrait faire l'objet d'une autorisation séparée. Le service de référencement qui pointe vers l'œuvre serait alors assimilé à un système technique réalisant la mise en relation entre l'objet protégé et le public.

Indifférence de la condition de « public nouveau ». La jurisprudence *ITV Broadcasting*, à propos d'un service de catch up TV, considère qu'il n'y a pas lieu d'individualiser un « public nouveau » dans une hypothèse où le service offert s'adresse exactement aux mêmes individus (abonnés de la chaîne) que la diffusion d'origine : *« chacune de ces deux transmissions doit être autorisée individuellement et séparément par les auteurs concernés étant donné que chacune d'elles est effectuée dans des conditions techniques spécifiques, suivant un mode différent de transmission des œuvres protégées et chacune destinée à un public. Dans ces conditions, il n'y a plus lieu d'examiner, en aval, la condition du public nouveau. »* (point 39). Au demeurant, bien que la communication première ait été faite sur Internet, cela ne signifie pas qu'elle l'a été universellement. L'offre de l'œuvre est certes faite à des personnes indéterminées mais le public qui est dirigé vers le site grâce à un service de référencement est

86 C. Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 1994, 92-11.186, aff. *CNN* : « (...) l'ensemble des clients de l'hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle, constitue un public à qui la direction de l'établissement transmet les programmes de télévision, dans l'exercice et pour les besoins de son commerce, cette communication constituant une représentation des œuvres télévisuelles au sens du texte susvisé (...) ».

différent de celui qui serait venu accidentellement sur le site ou en ayant connaissance de son adresse. C'est d'ailleurs en escomptant un afflux de public supplémentaire que les éditeurs configurent leurs sites pour en optimiser le référencement ou ont recours à des services de référencement payant. Par conséquent, le public effectif ayant accès à l'œuvre par le truchement d'un service de référencement est potentiellement plus important que celui qui résulterait de la seule audience « naturelle » du site.

Indifférence du caractère lucratif. Dans la décision *ITV Broadcasting*, la Cour de Justice récuse l'idée que le caractère lucratif de l'activité de communication pourrait avoir une influence déterminante dans la qualification de communication au public. Ainsi, il n'y aurait pas lieu de distinguer selon que le référencement est commercial ou non. L'exigence prétorienne d'un caractère lucratif constituerait une violation de l'esprit comme de la lettre de la directive et du traité OMPI de 1996 ayant pour finalité d'établir un haut niveau de protection des droits exclusifs. L'exigence de la preuve du caractère lucratif de l'acte constitue une restriction au domaine d'application des droits exclusifs de nature à faire obstacle à une exploitation normale des œuvres et des objets protégés. En témoigne le fait que certains actes de mise à disposition, extrêmement préjudiciables, singulièrement dans la phase première d'exploitation des œuvres cinématographiques (première mise en circulation du fichier contrefait d'une œuvre inédite) sont souvent commis par des délinquants animés par des motifs autres que lucratifs, notamment la recherche d'une notoriété dans le milieu Warez. Pas plus n'est en cause l'existence d'un rapport de concurrence entre l'opérateur à l'origine de la première communication et celui qui réalise une re-transmission. En d'autres termes, le fait que le second se situe sur un marché dérivé sur lequel n'intervient pas le premier diffuseur n'a pas à entrer en considération pour qualifier son intervention de communication au public⁸⁷.

Jurisprudence. Plusieurs décisions se sont prononcées dans un sens favorable à la qualification de communication au public, tout particulièrement lorsque des sites de liens pointent vers des contenus illicites. Bien que le fondement des décisions soit peu clairement établi par le juge pénal, elles sont entrées en condamnation pour contrefaçon⁸⁸. Le Tribunal de Grande Instance d'Epinal⁸⁹ a ainsi condamné une page de liens comme réalisant une mise à disposition du public des utilisateurs sur Internet, même à titre gratuit contraire au droit d'auteur. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2011 a estimé à propos d'une ferme de liens pointant vers des sites où se trouvent des œuvres contrefaisantes que « *s'il ne contenait aucune reproduction des fichiers protégés, proposait cependant des liens permettant le téléchargement de films ou de musique dans les meilleures conditions de qualité et de*

87 A la différence des décisions américaines *Kelly c/ Arriba* July 07, 2003, No. 00-55521 et *Perfect 10* préc. dans lesquelles l'évaluation des conditions du *fair use* implique la prise en compte des modalités d'exploitation du service de référencement.

88 TGI Saint-Étienne, jug. corr., 6 décembre 1999, *SACEM et autres c/ Roche et Battie*, *Com. comm. élec.*, juillet.-août 2000, *Comm.* n°76, p.26, note Christophe Caron ; *RIDA*, avril 2000, n° 184, p. 389, obs. Kéréver A., p. 309 ; *Forum des droits sur l'internet*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=216>. Mais si l'on en croit les termes de la décision, il semblerait que les prévenus aient eux-mêmes reproduit et mis à la disposition du public des fichiers MP3 pirates : « *V. Roche stockait les albums compressés qu'il se procurait sur des sites étrangers, sur des sites d'hébergement ouverts gratuitement chez GEOCITIES aux Etats-Unis puis créait des liens permettant aux visiteurs de son site "MP3 - ALBUMS" d'accéder à ces albums afin de les télécharger* ». Toujours est-il que les prévenus ont été condamnés respectivement à 2 et à 3 mois d'emprisonnement avec sursis et à 18 660 € de dommages et intérêts.

89 TGI Epinal, ch. corr., 24 octobre 2000, *MP et SCPP c/ Conraud*, *Com. comm. élec.*, décembre 2000, *Comm.* n° 125, note Caron C. ; *Forum des droits sur l'internet*, <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=215>. Dans cette affaire, le tribunal a estimé que les hyperliens consistaient en une mise à disposition du public : « *attendu qu'en mettant à la disposition des utilisateurs du réseau INTERNET, même à titre gratuit, des phonogrammes numérisés sans l'autorisation des artistes et des producteurs, Monsieur S. C. s'est rendu coupable du délit de contrefaçon prévu par les articles L. 335-2 et L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle (...)* ».

réactualisation ; Que la mise à disposition de tels liens permettant d'accéder à des fichiers contenant des œuvres contrefaisantes ou à des pages de sites internet contenant ces liens ou encore à des moteurs de recherche permettant d'accéder à ces liens, constitue un acte illicite de contrefaçon par représentation de ces œuvres ». La Cour d'appel de Pau, dans une décision du 18 octobre 2012 a jugé que « *la mise à disposition d'œuvres protégées, en connaissance de cause, comme en l'espèce, par l'intermédiaire de liens pointant vers ces œuvres en permettant le téléchargement sans autorisation des titulaires de droits constitue une communication de l'œuvre publique et donc un acte de représentation, une mise à disposition du public en violation des droits de leurs auteurs, caractérisant l'élément matériel de l'infraction de contrefaçon par représentation ».* Enfin, la Cour de cassation dans un arrêt du 21 février 2012⁹⁰, a considéré que la Cour d'appel, qui avait jugé que l'administrateur d'un site répertoriant des liens permettant d'accéder à des fichiers contenant des œuvres contrefaisantes commettait le délit de contrefaçon par représentation, avait « caractérisé en tous les éléments, tant matériels qu'intentionnels, les délits dont elle a déclaré le prévenu coupable. » On doit cependant relever que l'essentiel des décisions françaises favorables à une telle qualification correspondent à des situations dans lesquelles le site pointeur vise intentionnellement un site/des fichiers réalisant des contrefaçons d'œuvre.

Par ailleurs, dans une décision rendue le 12 juillet 2012 à propos du service *Google Suggest*⁹¹, la Cour de cassation a indiqué que « *le service de communication au public en ligne des sociétés Google orientait systématiquement les internautes, par l'apparition des mots clés suggérés en fonction du nombre de requêtes, vers des sites comportant des enregistrements mis à la disposition du public sans l'autorisation des artistes interprètes ou des producteurs de phonogrammes, de sorte que ce service offrait les moyens de porter atteinte aux droits des auteurs ou aux droits voisins.* ». En suivant cette logique, sur le plan pénal, la fourniture de moyens de réaliser une contrefaçon pourrait être constitutive de complicité de contrefaçon, ce qui occasionnerait l'application des sanctions de la contrefaçon envers celui qui offre des liens vers des sites où se trouvent des contenus contrefaisants.

Une récente affaire *Auféminin.com* a donné lieu à un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 12 juillet 2012⁹², relatif notamment à la mise à disposition d'une image sous forme de vignette sur le site de Google Images, sans l'autorisation du titulaire de droit. La haute juridiction approuve la Cour d'appel d'avoir écarté la mise en œuvre de l'article L. 32-3-4 du code des postes et des communications électroniques⁹³ au motif que la réduction de la photographie litigieuse sous forme de vignette susceptible d'agrandissement « *au-delà et indépendamment des strictes nécessités d'une transmission* » était incompatible avec

90 Cour de cassation, Crim., 21 février 2012, n° pourvoi 11-80738.

91 Cour de cassation, 1^{ère} civ, 12 juillet 2012 n° 832 (11-20.358) *SNEP/ Google*, voir également les développements consacrés à l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle.

92 Cour de cassation, 1^{ère} civ, 12 juillet 2012, n° 827 (11-15.165 ; 11-15.188).

93 Article L. 32-3-4 du code des postes et communications électroniques (article 9 de la LCEN)

Toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans l'un des cas suivants :

1° Elle a modifié ces contenus, ne s'est pas conformée à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour ou a entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir des données ;

2° Elle n'a pas agi avec promptitude pour retirer les contenus qu'elle a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'elle a effectivement eu connaissance, soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible.

l'exonération de responsabilité du fournisseur de cache prévu dans cette disposition. Bien entendu la transmission dont il est question fait référence à la transmission opérée par l'éditeur du site, mais la fonction même du fournisseur de cache est de rendre plus efficace cette transmission ultérieure. Par conséquent, on peut estimer que si le moteur réalise en principe des actes préparatoires à la communication au public, lorsqu'il modifie le contenu, par exemple, à travers la réduction sous forme de vignette, il ne se limite plus à de tels actes préparatoires mais opère bien une *communication* autonome de l'image modifiée, sans lien avec la transmission ultérieure.

Transclusion. Liens profonds. Quand un prestataire de référencement provoque la visualisation de l'œuvre sur ses propres pages⁹⁴, plusieurs membres de la commission considèrent qu'il y a un acte de communication au public. La Cour de cassation a eu l'occasion récemment de se prononcer dans une affaire où des prestataires de référencement offraient la possibilité, à partir de liens vers d'autres sites de visionner un film sur leurs propres sites. Estimant que ces prestataires mettaient en œuvre une fonction active leur permettant de s'accaparer le contenu sur des sites tiers « afin d'en effectuer la représentation directe sur leurs pages à l'intention de leurs propres clients », la Cour de cassation a conclu à la contrefaçon⁹⁵. Elle a retenu que « *les sociétés Google offrent à l'internaute la possibilité, à partir des liens vers les autres sites, de visionner le film sur leur propre site Google Vidéo France, pour en déduire que celles-ci mettent en œuvre une fonction active qui leur permet de s'accaparer le contenu stocké sur des sites tiers afin d'en effectuer la représentation directe sur leurs pages à l'intention de leurs propres clients ; que, par ces motifs, la cour d'appel, qui a constaté que lesdites sociétés reproduisaient ainsi le film sur leur site Google Vidéo France, sans autorisation des titulaires des droits sur ce film, ce qui caractérise la contrefaçon, et qu'elles allaient au-delà de la mise en œuvre d'une simple fonctionnalité technique, a légalement justifié sa décision, sans avoir à se livrer à une recherche insusceptible d'exclure l'imputation aux sociétés Google des actes de représentation illicites.* »

Une telle position suppose de se déterminer en fonction de l'effet produit par le lien profond et non selon la technique de mise en œuvre. Cette analyse n'est pas sans rappeler la discussion qui a eu lieu au sein du CSPLA lors de la discussion relative au cloud computing, faisant émerger l'argument d'une équivalence fonctionnelle. Pour certains membres de la commission, , lorsqu'un site A pointe par le biais d'un lien vers une œuvre hébergée sur un site B et permet par un clic sur celui-ci de visualiser cette œuvre dans une fenêtre connectée au site B, tout en laissant figurer dans la page de navigation la seule adresse du site A, il se produit un phénomène de substitution dans l'esprit du public, celui-ci n'étant pas nécessairement en mesure de savoir qu'il est en train de consulter un autre site que celui sur lequel il croit se trouver.

Exploitation par le portail de liens. Plusieurs décisions anciennes ont conduit à des accords transactionnels pour limiter la technique de cadre⁹⁶. Dans un récent jugement du tribunal

94 A noter que le service Google Images offre trois possibilités de visualisation des images : une visualisation et une possibilité de copie d'images en format réduit (« vignette ») sur les pages de résultats de ces services, hors de tout contexte des sites d'origine ; une visualisation et une possibilité de copie d'images en format non réduit sur la page dite « page cadre » de ces services, qui incluent les images dans leurs pages web d'origine ; une visualisation et une possibilité de copie d'images isolées, en format non réduit (format d'origine sur les sites pointés), hors de tout contexte des sites d'origine. Ces actes sont assortis d'une possibilité pour l'internaute de rechercher des images de haute résolution.

95 C. Cass, 12 juillet 2012, aff. dite *Google Vidéo* à propos des films « Clearstream » et « Les Dissimulateurs », voir les arrêts d'appel qui avaient considéré qu'en assurant elles-mêmes sur le site Google Vidéo la représentation de la vidéo reproduisant le film documentaire « Les Dissimulateurs », sans l'autorisation préalable des sociétés Bach films, The Factory et Canal +, les sociétés Google portent atteinte aux droits dont ces dernières sont titulaires sur l'œuvre en vertu des articles L. 132-24 et L. 215-1 du Code de la propriété intellectuelle.

96 Notamment, *Washington Post v. Total News* (US - transaction, 97) dans laquelle les parties ont signé une transaction qui oblige à renvoyer vers les contenus de journaux sans les insérer dans un cadre.

néerlandais du 19 décembre 2012⁹⁷ dans une affaire *Nederland.fm*, il était reproché à un site portail de proposer des liens vers des webradios sous forme de logo. Lorsque l'internaute clique sur le logo, ladite radio émet un flux directement audible par l'internaute quand bien même ce dernier reste visuellement sur la page du portail. Le tribunal a estimé « *qu'il n'est pas contesté que le fait de faire entendre un flux de radio est qualifiable de communication au public des œuvres musicales reprises par le flux en question, même lorsque ce flux radio se fait entendre à la suite du clic d'un visiteur des sites portail sur un lien vers le flux radio en question.* » Pour estimer que l'éditeur du portail de liens est (co)responsable de la communication au public, les juges relèvent qu'il ne se limite pas à la seule proposition d'un lien mais couple les flux avec des cadres laissant l'internaute visuellement sur la page du portail. Par conséquent, les œuvres musicales reprises deviennent accessibles à un *public différent* de celui que les sociétés de gestion collective avaient envisagé lorsqu'elles ont octroyé aux chaînes de webradio la possibilité d'utiliser des œuvres musicales. Buma/Stemra, sociétés de gestion collective néerlandaises ont expressément soulevé le fait que les licences accordées aux chaînes radio ne contiennent pas de permission d'utilisation de flux radio dans le cadre de sites web de tiers. La décision relève enfin que le portail s'approprie la possibilité d'exploiter les œuvres musicales notamment grâce à la publicité figurant sur le site lors de l'écoute de la radio⁹⁸. Le juge cite à l'appui de son raisonnement d'autres décisions allant dans le même sens⁹⁹. L'intérêt de la décision réside non pas dans la motivation de la qualification de l'acte de communication au public, indigente, mais en ce qu'elle établit l'existence d'une exploitation tombant hors des prévisions contractuelles.

Liens cliquables. Certains membres de la commission estiment qu'il convient d'envisager la problématique de la qualification des droits exclusifs en s'écartant des spécificités techniques des services des moteurs. Ils estiment que la simple mise à disposition de liens peut être éligible à cette qualification. A cet égard, ils font valoir la position adoptée par le gouvernement français dans la question préjudicielle adressée à la Cour de Justice dans l'affaire *Svensson*, selon laquelle « *la caractéristique de liens cliquables est de permettre un accès direct et immédiat à l'œuvre citée. (...) Ainsi un lien cliquable se distingue d'une simple référence faite à un autre document, comme on en trouve notamment sous la forme de notes de bas de page ou de références bibliographiques.* » (points 41 et 42). Quant au gouvernement suédois, il propose de répondre que l'article 3 de la directive du 22 mai 2001 doit être interprété en ce sens que « le fait pour toute personne autre que le titulaire de droits d'auteur sur une œuvre de fournir un lien cliquable vers cette œuvre sur son site internet constitue un acte de communication de l'œuvre au public lorsque le lien ne renvoie pas sur le site où elle a été publiée avec l'autorisation du titulaire de droit. Lorsqu'un lien cliquable renvoie vers le site où le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre a autorisé la publication de cette œuvre, il revient à la juridiction nationale d'apprécier, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, si la fourniture de ce lien constitue un acte de communication au public au sens de l'article 3.

Synthèse. La diversité des opinions et des décisions exprimées montre combien il est difficile de trancher la question de la qualification de la prestation de référencement au regard du droit de communication au public. Dans le dernier état de la jurisprudence européenne, il semble que la condition de « public nouveau » qui justifiait, entre autres, l'exclusion de la qualification ne soit plus requise de manière systématique. Par ailleurs, le critère de caractère lucratif qui aurait pu, le cas échéant, aider à faire le départ entre le référencement presté à titre

97 <http://www.nrc.nl/nieuws/2012/12/19/rechter-linken-naar-radiostreams-kan-niet-zomaar>

98 Remerciements à Alan Hitter pour la traduction de la décision.

99 Oberlandesgericht Düsseldorf, Duitsland, 8 november 2011, Multimedia und Recht 2012, 118; Rb. Amsterdam 24 augustus 2011, LJN BT1960 ; Hof 'sHertogenbosch 12 januari 2010, IER 2010, 34, r.o. 4.99; Vzv. rb. Haarlem 5 september 2007, LJN BB3144 en Vzv. rb. Leeuwarden 30 oktober 2003, LJN AN4570).

onéreux et le référencement désintéressé n'apparaît pas non plus déterminant pour justifier des solutions spécifiques. Il semble, en tout état de cause, insatisfaisant de traiter de manière différente les services de référencement selon qu'ils pointent vers des sites licites ou illicites : la nature de la communication au public ne saurait dépendre du statut de l'œuvre communiquée. Par ailleurs ce distinguo est d'autant plus délicat qu'il ne repose pas sur des bases solides, le caractère « illicite » étant parfois reproché au site de destination, parfois au fichier vers lequel il est pointé.

Un consensus semble toutefois émerger sur la question du lien simple. En dehors de toute considération technique, de nombreux membres de la commission s'accordent pour considérer que la simple pose d'un lien ne doit pas constituer un acte de communication au public de l'œuvre, notamment parce que la mise en relation de l'internaute et de l'œuvre ne s'opère pas par le lien mais grâce à l'opération subséquente effectuée par l'internaute en cliquant. Toutefois cette position n'est pas sans difficultés notamment lorsqu'il s'agit de réfléchir au régime applicable aux mécanismes de référencement plus intrusifs tels que les liens profonds, les transclusions, les liens vers des fichiers exécutables, les cadres... Alors qu'une partie des membres semble estimer que l'acte de communication au public doit être écarté, quelle que soit la technique de référencement utilisée, faute d'une transmission, d'autres considèrent que ces liens intrusifs, dès lors qu'ils permettent à celui qui les utilise de « capter » tout ou partie de la valeur de l'œuvre et donc de procéder indirectement à une exploitation de l'œuvre doivent faire l'objet d'une autorisation préalable. Le critère dégagé pour caractériser la communication au public ne serait dans ce cas pas l'origine de l'acte mais l'existence d'une exploitation profitant au prestataire de référencement à l'occasion de la mise à disposition des moyens de réaliser la communication au public de l'œuvre. La commission n'est pas parvenue à s'entendre sur ces critères.

2.2.2.4. Mise en jeu du droit d'interdire l'extraction substantielle d'une base de données

Conditions de mise en œuvre du droit *sui generis*. Une autre option peut être envisagée pour appréhender certains actes de référencement en se situant dans la perspective du droit *sui generis* des bases de données¹⁰⁰. Pour cela, il faut, bien entendu, que le contenu sur lequel s'appuie le service de référencement constitue bien une base de données protégeable au sens de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 transposée en droit français par la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998, à savoir « *un recueil d'œuvres, de données, ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière* ». Ainsi, pour mettre en œuvre son droit, le producteur de la base doit démontrer que « *la constitution, la vérification ou la présentation [du contenu de la base de données] atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* », investissement dont il a pris l'initiative et le risque. Aux dires de la CJUE¹⁰¹, « *la notion d'investissement [...] doit s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base. Elle ne comprend pas les moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données* ». Le jugement du TGI de Paris 18 juin 2010 relatif au service de catch up opéré par des liens a rejeté la prétention de M6¹⁰² à ce titre, considérant que les frais de développement et de maintenance des sites sur lesquels figuraient les *players* ne justifiaient pas d'un tel investissement.

Si l'investissement peut être prouvé, le producteur est en mesure de s'opposer à ce qu'un tiers

100 Christian Le Stanc, Du lien hypertexte à l'extraction de données, *Com. comm. élec*, n°5, mai 2001, pp. 27-28.

101 CJCE, 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing c/ OPAP*, aff. [C-444/02](#).

102 TGI Paris 3^{ème} chambre, 18 juin 2010, préc.

réalise une extraction quantitativement ou qualitativement substantielle du contenu de la base¹⁰³. La jurisprudence, notamment de la Cour de Justice, a retenu que cette extraction pouvait n'être qu'intellectuelle¹⁰⁴ ; qu'elle ne suppose pas nécessairement une aspiration « physique » de la base et que, s'agissant de l'extraction qualitativement substantielle, elle revient à se porter sur des données qui ont nécessité un investissement substantiel. En revanche, le droit *sui generis* apparaît davantage comme un droit défensif que préventif ; ainsi, la Cour d'appel de Versailles¹⁰⁵ a estimé que le producteur doit avoir signifié, éventuellement de manière implicite, son interdiction des extractions massives pour mettre en œuvre son droit. Ainsi, par défaut les extractions réalisées seraient consenties.

Plusieurs décisions ont eu à statuer sur la qualification d'extraction substantielle d'une base de données¹⁰⁶ relativement à certaines opérations de crawl ou encore de reprise de contenus dans des liens. Elles manquent cependant de cohérence¹⁰⁷. On se souvient notamment en France de l'affaire *CADREMPLOI c/ KELJOB* dans laquelle le TGI avait estimé qu'il y avait extraction substantielle du contenu de la base¹⁰⁸. Cependant, dans une récente affaire *Explorimmo*, le Tribunal de Grande Instance de Paris a jugé¹⁰⁹, dans une situation de fait très comparable, qu'il n'y avait pas d'atteinte à ce droit estimant qu'il « ne s'agit nullement de l'extraction de la base de données de ces sites internet mais de l'indexation du contenu de ces sites internet afin de rediriger l'internaute vers ceux-ci »¹¹⁰. La jurisprudence est loin d'être fixée en la matière et s'avère extrêmement casuistique, même si la tendance semble être réservée sur le

103 Art. L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle, le producteur de bases de données peut interdire :

1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ;

2° La réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme.

Il est précisé que ces droits peuvent être transmis ou cédés ou faire l'objet d'une licence.

104 CJCE, 9 octobre 2008, aff. C-304/07, *Directmedia Publishing GmbH*.

105 C.A. Versailles, 18 novembre 2004, voir également la rédaction du considérant 56 et de l'article 7 de la directive.

106 Pour un passage en revue de la jurisprudence de l'époque, se reporter notamment au rapport du Forum des droits sur le statut des hyperliens. Qualification rejetée dans l'affaire *Kranten.com* (NL - août 2000), retenue au Danemark dans une affaire *Newsbooster sur le fondement de la section 71*, la loi danoise sur les droits d'auteur qui protège les bases de données et de la 1^{ère} section de la loi danoise sur le commerce relative aux "bonnes pratiques commerciales" ou encore en Allemagne par la Cour de Munich en juillet 2002 dans une affaire *Newsclub*.

107 Le tribunal de commerce de Nanterre le 16 mai 2000 considère que "le caractère substantiel qualitativement ou quantitativement doit s'apprécier en fonction de l'utilisation qui en est faite" (définition *subjective*) alors qu'en appel, le 11 avril 2002, la [Cour d'appel de Versailles](#) décide au contraire que l'extraction doit s'apprécier par rapport à l'importance des données extraites (définition *objective*) ; v. Bases de données : du caractère substantiel de l'extraction : note Joanna Schmidt-Szalewski sous CA Versailles 12e ch. 1^{ère} sect. 11 avril 2002 RG 200/03847 *News Invest SARL c/ PR Line SA*. - Propriété industrielle 2003 n° 24 (n° 3 mars 2003 p. 28).

108 CA Paris 14^{ème} chambre section B, [25 mai 2001](#) en référé, désavoue le juge de première instance, mais uniquement parce que selon elle, "l'extraction se limite à quelques critères de sélection des offres d'emploi et ne prive en rien Cadremploi de la visite de son site par les internautes intéressés". Mais le TGI de Paris, dans son jugement sur le fond de l'affaire du 5 septembre 2001 réaffirmera qu'il y a eu extraction substantielle. Voir C. Caron, Les liens hypertexte entre propriété intellectuelle et concurrence déloyale, Com. Com. Elec. n° 3 mars 2001 Comm. 26 p. 21 (note sous Tribunal de commerce de Paris 26 décembre 2000 Havas numérique c/ Keljob).

109 TGI de Paris 1^{er} février 2011, *Explorimmo c/ Commintoo* ;

110 A noter que la demande fondée sur le parasitisme a également été rejetée ; le fonctionnement du moteur de recherche ne caractérise pas une volonté de copier le travail d'Explorimmo mais permet au contraire de lui apporter du trafic. Le juge estime aussi que le moteur n'a pas voulu tirer profit du travail d'Explorimmo ni se dispenser ainsi d'efforts créatifs mais qu'il a créé un nouveau service aux internautes.

recours à la protection du droit *sui generis* pour couvrir de tels actes.

Il convient toutefois de noter que les exceptions au droit *sui generis* ne sont pas les mêmes qu'en droit d'auteur ou en droits voisins. Ainsi, l'exception de copie provisoire transitoire n'est pas prévue en matière de bases de données¹¹¹, non plus que les exceptions à fins d'actualité ou les revues de presse. Par conséquent, le droit *sui generis* peut constituer une base juridique intéressante pour monétiser la valeur d'une extraction substantielle (par exemple via une opération de *crawl*) sur un site si son éditeur peut démontrer que le contenu extrait relève bien de la protection.

2.2.3. Application du droit moral

Droit de divulgation. En droit français, l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit, au titre de son droit moral, d'un droit de divulgation qui le rend seul maître de décider si et comment il envisage de communiquer l'œuvre au public. L'atteinte à cette prérogative est sanctionnée par l'action en contrefaçon. La doctrine s'oppose de longue date sur la question de l'épuisement du droit de divulgation de l'auteur. En d'autres termes, dès lors que le titulaire a mis en ligne son œuvre est-il réputé avoir exercé irrévocablement son droit de divulgation ou peut-il le cas échéant invoquer ce dernier lorsque les conditions qui entourent la divulgation n'ont pas été respectées ? Pourrait-il notamment sur ce fondement s'opposer à l'établissement de liens hypertextes lorsque le site sur lequel l'œuvre a été communiquée a interdit cet usage ? La jurisprudence ne s'est pour l'heure pas prononcée sur la question et la commission n'a émis sur ce point aucun avis.

Droit de retrait et de repentir. On peut également songer à la mise en œuvre du droit de repentir et de retrait, en ce que la persistance de l'accès à une version en cache du fichier peut faire obstacle à la volonté de retrait manifestée par l'auteur. Toutefois, les conditions de l'exercice de ces prérogatives qui visent les rapports entre l'auteur et son cessionnaire font obstacle à leur mise en œuvre. La question du retrait de l'œuvre pourrait être posée dans une réflexion plus générale sur la mise en œuvre d'un éventuel droit à l'oubli sur les réseaux.

Droit à la paternité. S'agissant des autres prérogatives, elles supposent que les actes de référencement puissent être inscrits dans le périmètre du droit d'auteur. Ainsi, la question du droit à la paternité ne se pose que si on considère que le prestataire reprend tout ou partie d'une œuvre dont il convient d'énoncer le nom et la qualité de l'auteur. Si tel est le cas (voir supra), il convient de rappeler que celui qui fait usage de l'œuvre doit respecter la volonté de l'auteur de voir figurer ou non son nom en rapport avec l'œuvre reprise. Or, la pratique démontre que l'espace du lien n'est pas nécessairement idoine pour apposer cette mention. C'est donc à l'occasion des reprises partielles des œuvres et notamment dans le cadre éventuel de l'exception de citation que le droit à la paternité aura le plus souvent vocation à jouer. Dans le cas des *frame* ou de la transclusion, il convient que le prestataire de référencement reprenne autant que faire se peut tous les éléments relatifs à l'identification de l'œuvre et de son auteur¹¹².

Droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre. Le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre a vocation à jouer lorsque le prestataire de référencement est amené à reprendre des extraits des

111 Les exceptions sont prévues à l'article L. 342-3 du Code de la propriété intellectuelle : elles visent les extractions non substantielles, l'usage privé, les usages à des fins pédagogiques ou de recherche et les usages réalisés par les bibliothèques, conformément à l'article L. 122-5 para 7 du Code de la propriété intellectuelle.

112 Voir la Recommandation du Forum sur ce point estimant que « dans le cadre du droit à la paternité de l'œuvre, de veiller à ce que l'établissement d'un hyperlien ne masque point – ou ne conduise à masquer – le nom et la qualité de l'auteur de l'œuvre liée. » Nonobstant le fait d'obtenir une autorisation pour l'exploitation des droits patrimoniaux, il est particulièrement conseillé, dans le cas des transclusions (*framing, in line linking*) ou des liens profonds effectués vers des pages ou des fichiers ne faisant aucune référence à la paternité de l'auteur, d'accompagner le pointeur des mentions permettant de l'identifier clairement ou, à défaut, d'accompagner le lien profond d'un lien simple, c'est-à-dire d'un lien pointant vers la page de présentation du site.

œuvres cibles dans ses services ; au sein du lien, en accompagnement de celui-ci, au stade de la copie préalable, etc. La question s'est posée notamment à propos de la reprise d'œuvres photographiques sous forme de *snippet*, le moteur réalisant alors une réduction de l'œuvre à un format qui n'est pas celui dans lequel elle est présente sur le site d'origine. D'aucuns pourraient estimer qu'une telle reconfiguration constitue une dénaturation de l'œuvre source de contrefaçon du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre. Cette argumentation a été évoquée et retenue dans l'affaire *Auféminin.com* où la Cour d'appel, non démentie par la Cour de cassation, a caractérisé une atteinte portée au droit moral de l'auteur par les sociétés Google sur l'absence de mention de son nom et sur la réduction de la photographie sous forme de vignette. Par ailleurs, la question de l'atteinte peut se manifester dans le cas d'une transclusion ou de l'insertion de l'œuvre dans un cadre, l'insertion de l'œuvre dans un ensemble qui n'est plus conforme à la page de départ étant susceptible d'en dénaturer l'esprit, voire la forme. Là encore le droit positif ne permet pas de trancher cette question.

3. L'économie du référencement

Sans appréhender l'ensemble des questionnements économiques relatifs au référencement, on s'intéressera au modèle économique des prestataires de référencement les plus visibles, à savoir les moteurs de recherche (3.1.), avant d'envisager la qualité du référencement (3.2.) et ses conséquences économiques (3.3.).

3.1. Le modèle économique des moteurs de recherche

Revenus publicitaires. Malgré l'émergence de nouveaux services et le rôle de la prescription interindividuelle, les moteurs de recherche restent pour l'heure les principaux acteurs économiques du référencement et conservent une part de marché prépondérante. La source de revenus essentielle de ces moteurs est la publicité.

Google décline ses propositions publicitaires en deux services différents. Le premier, AdSense, est un partenariat dans lequel Google agit comme un réseau de syndication qui perçoit des revenus et en reverse une partie à ses partenaires. Une régie d'espace propose aux exploitants de sites web d'accueillir de la publicité contextualisée sur leurs pages en fonction de leur contenu (encarts déclenchés de façon automatisée par des mots clés). Le second service, Google AdWords permet la mise aux enchères automatique de mots tapés par les internautes. Les meilleurs enchérisseurs, par rapport au prix qu'ils sont prêts à payer pour un mot-clef, par clic et par jour, obtiennent l'affichage d'un lien commercial dans une colonne à droite en vis-à-vis des résultats naturels. L'annonceur est au final uniquement facturé pour les clics effectués sur ses annonces AdWords, c'est-à-dire pour les visiteurs que son site aura obtenus via ce « lien commercial ». Ce format publicitaire original est moins coûteux et plus efficient que les traditionnelles bannières ; il bénéficie en outre d'un service multilingue et multiculturel, permettant de toucher des internautes du monde entier (de Rougemont, 2006). En séparant physiquement dans les pages de résultats les annonces (qui apparaissent dans la colonne de droite ou au début des résultats dans un encadré sur fond de couleur, les deux précédés de la mention « Annonces »), Google a repris le modèle de la presse écrite qui différencie les contenus éditoriaux et les contenus financés, comprenant que la confiance du public est liée au caractère explicite et visible de ce partage. Une caractéristique revendiquée hautement, comme le rappelle Barbara Cassin (2007, p.17), « Google appelle cela la “séparation de l'Église et de l'État”, intégrité de Jésus / Vénalité de César (à moins que ce ne soit l'inverse) ».

Marché biface. Le modèle des moteurs constitue ce que les économistes nomment un marché biface (Rochet, Tirole, 2003) qui consiste à offrir au public des services gratuits financés par la monétisation de l'audience auprès des annonceurs publicitaires. Les activités de moteur de recherche et de fourniture d'attention à des annonceurs publicitaires en ligne constituent en effet, les deux versants d'un marché au sein duquel la réussite de l'un conditionne l'attractivité de l'autre.

- Sur une face du marché, le moteur de recherche offre gratuitement un service aux internautes : celui de pouvoir trouver des informations sur internet. Il s'agit du référencement que l'on appelle naturel. Bien que les algorithmes reposent toujours sur des choix *ex ante*, une fois ces choix effectués, la procédure de classement *ex post* s'effectue de manière automatisée (avec, comme on le verra, un certain nombre de nuances ou d'infractions à ce programme). C'est en ce sens que le référencement naturel peut être considéré comme neutre.

- Sur l'autre face du marché, le moteur de recherche vend de l'accès à l'audience à des annonceurs. Ce référencement payant est une pratique qui consiste à payer les moteurs de recherche pour qu'ils référencent un site.

Caractère essentiel du référencement « naturel ». Dans cette forme de « gratuité marchande », il n'y a pas de modèle économique efficient sans résultats naturels gratuits pertinents. Pour garantir la force de l'algorithme, autrement dit la « neutralité » du

référencement naturel, les procédures *ex post* doivent être automatisées bien qu'engageant une série de choix cruciaux *ex ante*. L'efficacité du moteur, sur ces deux faces, est en effet liée à la confiance qu'accordent ses partenaires (internauts comme annonceurs) à la non-intervention de facteurs externes indéterminés dans la production des résultats. Le dispositif mis en place par Google repose sur des procès d'objectivation qui, comme dans la démarche scientifique, visent à faire parler un objet, un acteur, ici le contenu d'un site, sans que l'observateur ne vienne interférer dans les résultats produits, par une approche normative ou par des méthodes qui brutaliseraient son objet. Mais dans le cas du moteur, et à la différence des pratiques scientifiques –ou du moins de celles de la science normale de Thomas Kuhn- les règles et procédures d'exploration et de traitement sont opaques et cette opacité est une des conditions de son succès. Le moteur est en effet pris dans un piège entre la transparence nécessaire à sa crédibilité et l'opacité imposée par sa lutte contre les contrevenants. Le moteur voudrait en effet que les internautes agissent comme s'il n'existait pas afin que le référencement rende compte de la valeur « réelle » des sites -cette valeur réelle de l'information étant définie par Google, comme le montre D. Cardon (2013), en fonction de standards qui restent pour l'essentiel ceux de l'édition papier¹¹³. Or, les internautes refusent eux d'agir en ignorant ce moteur qui va leur apporter ce que la plupart recherchent : de la visibilité, de la notoriété.

3.2. Référencement et positionnement, la question clé de la qualité du référencement

Stratégies d'accroissement de la visibilité. Pour améliorer sa visibilité sur Internet, les acteurs économiques développent en effet diverses stratégies. Le référencement payant peut être assimilé à un problème classique de stratégie publicitaire. Pour améliorer la qualité du référencement naturel, une industrie du référencement ou SEO (*Search Engine Optimisation*) s'est développée à partir du moment où les annonceurs se sont rendus compte que les consommateurs avaient davantage confiance dans le référencement naturel que dans les liens sponsorisés, ces derniers ne comptabilisant par exemple, selon une étude¹¹⁴, que 24.6% des clics. Être bien référencé signifiait donc être bien positionné sur les moteurs. Aujourd'hui la notion de positionnement est quelque peu obsolète. En effet, on peut être positionné sur une requête que personne ne saisit ou être premier sur un moteur mais être moins cliqué que le premier ou le deuxième tout simplement parce que le *snippet*¹¹⁵ n'incite pas au clic. En outre, avec l'individualisation des résultats, il devient de plus en plus difficile de mesurer la valeur d'un positionnement.

Profilage des résultats. De plus en plus, les moteurs contextualisent (en fonction de la langue, de l'adresse IP...) et personnalisent (principalement en fonction des requêtes passées), comme on l'a vu, les résultats. En d'autres termes, le moteur de recherche crée une page de résultat qui correspond au profil de l'utilisateur. Donc à moteur et requête identiques, chaque internaute a une page de résultats différente. Il devient dès lors très difficile de mesurer un positionnement. Le but des responsables de sites aujourd'hui est alors de générer du trafic de qualité¹¹⁶ sur un site web en provenance des moteurs. En d'autres termes, pour être bien référencé, il faut adapter son site au fonctionnement des moteurs de recherche, ce qui est d'autant plus difficile que ceux-ci font sans cesse évoluer leur algorithme.

113 Par exemple, l'expertise de l'auteur, la fiabilité des informations, leur originalité, l'équilibre des points de vue... etc.

114 Bo Xing et Zhangxi Lin, *The impact of Search Engine Optimisation on Online Advertising Market*, Rawls College of Business Administration, Texas Tech University, 2006.

115 C'est-à-dire la façon dont le moteur présente le résultat.

116 Exemple : pour un site marchand, quels sont les mots-clés qui transforment la venue de l'internaute en acte d'achat. Pour un site culturel, combien de temps l'internaute reste-t-il ? L'internaute laisse-t-il son adresse mail ? Commente-t-il ? etc.

Optimisation par les SEO (*Search Engine Optimisation*). L'industrie du SEO s'est développée pour permettre une meilleure visibilité des sites qui cherchent à atteindre un large public et augmenter le trafic, en améliorant la lisibilité des sites, à la fois d'un point de vue informatique, littéraire et commerçant. Son objectif est de faire « monter » la place d'un site donné dans la liste des résultats des moteurs. Les acteurs du SEO sont de trois types. On peut dénombrer 1) les sociétés spécialisées dans le référencement ou les liens sponsorisés, 2) des agences web ou régies publicitaires qui disposent d'un département référencement, 3) les SEO internes, i.e. des sociétés qui ont intégré des référenceurs parmi leurs services¹¹⁷. Un bon référencement est en effet devenu une valeur dans le portefeuille d'une entreprise. D'où la nécessité d'abord d'arriver en tête sur son nom, ensuite d'arriver en tête sur un certain nombre de mots-clefs –quitte à faire « descendre ses concurrents », enfin de suivre en permanence l'évolution du marché pour savoir quels sont les bons mots-clefs, et quels sont les concurrents dangereux (i.e. susceptibles de passer devant dans la liste des résultats). Les limites pour atteindre ces trois objectifs (outre la compétence des équipes et les moyens financiers que la firme peut leur attribuer) tiennent à la capacité à jouer avec les règles fixées par un moteur, voire à s'en affranchir.

Pratiques « incorrectes ». Les moteurs de recherche les plus importants font ainsi l'objet d'intentions frauduleuses (i.e. non conformes à la politique affichée des moteurs) visant à utiliser la puissance de leur algorithme pour placer un site dans les toutes premières positions alors qu'il ne l'aurait pas été si les critères de sélection du moteur n'avaient pas été « faussés ». Les SEO distinguent les « *white hats* » des « *black hats* » recourant à des pratiques jugées incorrectes : cacher du contenu à l'attention des seuls moteurs, présenter un contenu différent aux moteurs et aux internautes, créer des millions de liens vers des pages garages, faire descendre le site d'un concurrent, manipuler les forums, multiplier artificiellement les mots-clefs, etc. Dans la réalité, la frontière entre pratiques autorisées et interdites est plus poreuse et moins binaire. Il faut ajouter que le recours à des pratiques de *black hat* correspond à un calcul de risque puisque ces techniques lorsqu'elles sont découvertes peuvent coûter cher en terme de classement. La différence de pratiques entre les « bons » et les « mauvais » SEO relève surtout de leur capacité à ne pas faire apparaître le site comme contrevenant, trop fortement, aux règles des moteurs.

Réponse des moteurs. Rétorsion. Face à ces détournements, les moteurs développent plusieurs stratégies. Ils sanctionnent les contrevenants, par exemple en faisant baisser les résultats, voire en les mettant à l'index (*blacklist*). Ils tentent de maintenir le secret sur les détails précis de leur algorithme que de très nombreux acteurs cherchent à percer, tout en essayant d'augmenter la compétence générale du moteur pour répondre aux recherches des internautes. Google par exemple édite de nombreux conseils en matière de SEO, le moteur a publié un « guide de démarrage – optimisation pour les moteurs de recherche » mais il a aussi un blog dédié, un centre d'aide, des vidéos-conférences de spécialistes sur les questions du (dé)référencement. Les moteurs font évoluer en permanence les “dosages” entre les critères¹¹⁸, et éventuellement le modifient en profondeur. De ce fait, les frontières entre bonnes et mauvaises pratiques (*black hat* / *white hat*) sont passablement brouillées puisqu'il s'agit toujours et pour tous d'améliorer le référencement.

Réponse des moteurs. Modification permanente de l'algorithme. Pour chasser les *black hats*, le moteur modifie périodiquement son algorithme et ses filtres, entraînant à chaque fois une modification substantielle pour les résultats obtenus par certains sites (Panda 24, en janvier 2013, aurait ainsi modifié 1 % des résultats de requêtes pour la langue anglaise). Le moteur fait évoluer ses règles pour éliminer les résultats « frauduleux » : par exemple le fait

117 Exemple : TF1, Orange ou prochainement Pages Jaunes.

118 Ertzscheid (2008), reprenant le billet du blog officiel Google, parle de 450 modifications pour la seule année 2007.

d'intégrer un mot-clef dans le nom de domaine d'un site pour attirer du trafic sur un site « qui n'a pas lieu de le faire » et c'est dans l'évaluation de ce « qui n'a pas lieu de le faire » que s'actualise la cuisine hermétique du moteur.

Réponse des moteurs. Listes noires. Outre les transformations permanentes de son algorithme pour tenter de parer les pratiques trop invasives des SEO, le moteur sort de sa réserve de temps en temps et « tonne contre », à la Flaubert, les fraudeurs, les inscrivant sur sa liste noire ; la prise de position publique étant d'ailleurs plus importante que l'exclusion, toute provisoire (quand bien même elle aurait lieu), qui en découle. Cela a été le cas de Google en 2006 pour BMW en Allemagne (pour cause de *spamdexing* ou fraude portant sur des pages satellites truffées de mots-clefs cachés), Matt Cutts, porte-parole technique et spécialiste du spam consacrant à l'affaire un billet sur son blog très visité. Dans cette course poursuite, le moteur ne peut désarmer mais il a, malgré la montée en complexité de ses dispositifs de sécurité, toujours un pas de retard sur les fraudeurs. Et ce d'autant plus qu'il est dans l'embarras par rapport à la publicisation de ses règles : s'il les révèle, il rend plus facile leur contournement ; mais s'il ne les explicite pas, il ne peut pas montrer qu'il les respecte.

Influence du donné légal et / ou social sur le classement des résultats. L'algorithme, ou modèle opératoire des moteurs, n'est pas seulement attaqué par les internautes. Il se heurte aussi à des normes juridiques et sociales et à l'équilibre des pouvoirs dans chaque pays. Quelques-unes de ces controverses ont conduit Google à amender son modèle et à intervenir pour refouler certains contenus alors que l'application de son algorithme les aurait placés « naturellement » en haut de la liste des réponses. Les procédures de *SafeSearch* bloquent par exemple certains contenus jugés inappropriés, comme ceux qui relèvent de la pédopornographie. La procédure du *Suggest*, qui permet au moteur de compléter la demande de l'internaute, de la préciser, est elle aussi soumise à des interdictions, le moteur s'interdisant de proposer parmi les suggestions complétant les requêtes¹¹⁹ certains termes considérés comme pornographiques, ou « choquants », et certaines associations de mots, jugées attentatoires à la propriété intellectuelle (tel film + Torrent) ou favorisant le racisme (X+juif). Le moteur est dès lors amené à construire des « listes noires » avec les termes à bannir ou à ne pas suggérer, selon des critères qui relèvent du droit national et d'un certain nombre d'usages sociaux ou politiques. Là encore, l'absence de divulgation des règles appliquées par le moteur rend le classement opaque.

Hiérarchisation des demandes de déréférencement. *Trusted partners*. Google a également introduit des procédures de déréférencement différenciées selon les demandeurs. Ainsi, lorsqu'une violation du droit d'auteur lui est signalée, il traite en priorité les demandes provenant d'acteurs repérés par le moteur et considérés comme des « partenaires de confiance » (par exemple les sociétés d'auteur), conformément à la procédure de notification et retrait prévue par le DMCA dans un tout autre contexte (voir infra partie 4).

Neutralité ? La « neutralité » du moteur n'est donc que partielle et les interventions des moteurs avérées, pour filtrer, sélectionner ou proscrire certains résultats. Dans la course poursuite entre le moteur qui cherche à « objectiver » ses résultats et les auteurs de sites qui veulent eux agir sur ces mêmes résultats à leur bénéfice, le moteur ne peut que perdre du terrain : « Sans doute évalue-t-on mal le rapport de force entre le Goliath surpuissant et dominateur du web et les millions de David bricoleurs et rusés qui l'assaillent de mille flèches. Car, de fait, sous bien des aspects, la position du PageRank face à ses assaillants est extraordinairement fragile et certains observateurs considèrent que Google a depuis longtemps perdu la bataille d'un classement optimal du web » (Cardon, 2013, p. 86). Les interventions externes ou internes des acteurs repoussent les limites du modèle de référencement naturel et contraignent le moteur, *horresco referens*, à faire exactement le

119 Ou plutôt les renvoyant dans les tréfonds des pages de résultats.

contraire à son programme d'action : intervenir « manuellement » sur les résultats, c'est-à-dire limiter l'automatisme de l'algorithme. Ce type d'intervention est d'autant plus délicat qu'il suppose un arbitrage entre plusieurs facteurs incommensurables : le coût élevé que ces traitements *ad hoc* représentent pour le moteur, l'insistance des parties-prenantes à obtenir ce filtrage, leurs poids dans l'espace public et la nécessité pour les moteurs de fournir des résultats conformes aux demandes des internautes pour maintenir la validité de leur modèle d'affaires.

3.3. Les conséquences économiques du référencement

Les produits culturels sont des biens d'expérience, autrement dit seule leur consommation indique au consommateur la satisfaction apportée. Offrant la possibilité de faire l'expérience du contenu (écouter une chanson, visionner un extrait de film, lire un extrait de livre, etc.), le référencement est alors une possibilité supplémentaire d'offrir à ces contenus une visibilité accrue ; ils peuvent être « testés » par l'internaute et lui donner envie de prolonger sa consommation (acheter le contenu), de l'étendre (acheter un album entier d'un artiste), etc. Le référencement crée donc de nombreux effets positifs de promotion des œuvres sur Internet. Au-delà des effets positifs de promotion, le référencement par les moteurs pose essentiellement des problèmes de deux ordres, ceux liés à la concurrence (3.3.1.) et ceux liés aux revenus (3.3.2.).

3.3.1. Les effets concurrence

Les travaux de la commission à propos du droit de la concurrence se sont essentiellement portés sur deux questions : l'influence de la position dominante (3.3.1.1.) d'un acteur du référencement dans la détermination des classements opérés entre les différents services au sein du moteur (3.3.1.2.) ; la possibilité d'établir des systèmes d'exclusivité de référencement à partir d'accords de numérisation (3.3.1.3.). En revanche, la question d'un « droit au référencement » lié à l'éventuelle qualification du moteur de facilité essentielle n'a pas fait l'objet de discussions approfondies¹²⁰.

3.3.1.1. L'existence d'une position dominante

Position dominante d'un opérateur. Deux sociétés principales se partagent le marché des moteurs de recherche généralistes : Google, de très loin dominant, et Microsoft qui sont les plus présents sur le marché français. Microsoft agit comme un acteur *challenger*. Selon les chiffres communiqués à la Commission par Microsoft, la part de marché de Bing était de 2,1% en mars 2012 et le taux de pénétration mensuel de 14% chez les internautes français. Initialement, l'activité de *search* de Microsoft a démarré avec le moteur de recherche *Windows Live Search* puis avec *MSN Search*. Bing, quant à lui, a été lancé en France en mars 2011. Au niveau européen, ce moteur de recherche existe également en Grande Bretagne et en Allemagne et se révèle plus présent aux États-Unis avec 15% de part de marché¹²¹. La structure du marché est notamment liée au phénomène de *long tail*, dont l'importance est primordiale concernant les requêtes complexes qui représentent 50% des requêtes. Par ailleurs, il y a une barrière technique à l'entrée dans la mesure où l'audience crée la pertinence.

Malgré ces chiffres massifs, la position dominante de Google ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Google a d'ailleurs tenu à rappeler au cours des travaux que certaines procédures

120 Selon la recommandation du Forum, les principes suivants, ressortant de la décision du Conseil de la concurrence du 9 juin 2000, peuvent être retenus : la fonction d'annuaire ou de moteur de recherche ne peut être tenue pour indispensable à la rencontre de la demande du consommateur et de l'offre de produits et services rendus sur internet ; l'exercice de la fonction de guide de recherche sur internet n'implique pas d'obligation de référencement exhaustif (à supposer que cela soit possible), ni d'adoption particulière de méthode de classement.

121 On peut même considérer que Bing représente 30 % du marché aux États-Unis dès lors que l'on ajoute aux 15 % de Bing les parts de marché de Yahoo dans la mesure où le moteur utilisé par Yahoo n'est autre que le moteur Bing.

étant en cours notamment devant la Commission européenne, il lui semblait prématuré de les commenter. Dès lors que l'on se situe dans le registre technologique, la question de la position dominante est en effet infiniment complexe. Le marché reste assez ouvert dans la mesure où la concurrence est toujours disponible d'un simple clic : l'utilisateur de Google peut décider en un clic de changer de moteur et l'histoire démontre que la situation peut évoluer très vite. Un moteur de recherche dominant semble cependant protégé par une barrière à l'entrée naturelle dans la mesure où l'audience détermine la pertinence des résultats proposés. Plus il y a d'occurrences sur les requêtes, et finalement de l'endroit ou du lien sur lequel les utilisateurs vont cliquer pour choisir leurs réponses, plus ces informations viennent nourrir les moteurs de recherche en termes de pertinence. En d'autres termes, un moteur ayant une faible part de marché ne peut avoir un même niveau de pertinence que le moteur dominant sur le marché pour des requêtes dites complexes.

3.3.1.2. Le risque d'abus

Abus. La position dominante n'est pas interdite en soi par le droit de la concurrence ; en revanche, cette position forte implique une responsabilité particulière visant à ne pas avoir un comportement qui consisterait à écraser ses concurrents, voire ses clients ou ses fournisseurs de manière abusive. La position de domination justifie de vérifier que les comportements adoptés par l'opérateur ne conduisent pas à un abus. Le droit de la concurrence distingue les abus d'éviction – le fait d'évincer des concurrents – et les abus d'exploitation – la taille de l'entreprise est tellement importante que, sans même que celle-ci n'ait d'intention anticoncurrentielle, son comportement peut faire dysfonctionner les marchés en handicapant certains acteurs dans la concurrence. C'est sous ce double prisme qu'ont été abordés les comportements de Google.

Abus de position dominante sur le marché de la publicité. Instruction. En France, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis en 2010¹²² à la suite de la mission dite Zelnik « Création et Internet »¹²³, qui s'interrogeait sur la nécessité ou non de réguler Google. L'autorité a également agi sur un plan contentieux, notamment contre Google, qui avait des comportements problématiques vis-à-vis de ses clients sur le marché de la publicité en ligne. Aujourd'hui, l'autorité se limite à suivre et à surveiller les comportements de Google, étant précisé qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une phase contentieuse. La Commission européenne a pris le relais dans le cadre d'une enquête approfondie.

Sur la base d'une étude fouillée, l'autorité de la concurrence a établi que Google se trouvait en position dominante en s'interrogeant sur la spécificité de son activité. L'autorité ne s'est pas intéressée à l'activité de moteur de recherche proprement dite mais à celle sous-jacente de publicité. La question s'est donc posée non pas vis-à-vis de l'internaute mais vis-à-vis de l'annonceur qui souhaite acheter des mots-clés par le biais du service Adwords. Cette prestation publicitaire est-elle substituable à d'autres prestations ? La réponse n'est pas évidente dans la mesure où l'annonceur peut mettre en place une stratégie pluri-médias (presse papier, audiovisuel, marketing direct, achat de bannière sur Internet, publicité contextuelle, etc.). L'autorité a écarté les unes après les autres l'ensemble de ces activités en montrant qu'il y avait une réelle spécificité dans l'achat de mots-clés. Les PME expliquent, par exemple, que lorsqu'elles ont un secteur d'activité assez étroit, le fait d'être bien positionné dans les recherches Google est un avantage indéniable dans la mesure où cela permet de générer un grand nombre de clics pour un prix modique. Il s'agit, en effet, d'un mode de publicité à la performance et non à la notoriété. L'exemple type est l'achat d'une bannière ou page A4 dans *Le Monde*. Un tel investissement coûteux ne peut être amorti que sur des durées et des volumes importants. Or, une PME n'a pas nécessairement besoin de

122 Voir : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=10A29>.

123 Voir : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000006/index.shtml>.

notoriété. Elle souhaite avant tout atteindre un niveau de performance, *i.e.* des clients qui sont prêts à convertir le « clic » en acte d'achat. Partant, cette proximité avec le processus d'achat permet de considérer que le service de Google a une réelle spécificité.

Le risque de favoritisme des entreprises liées. On s'intéresse principalement à la manière dont l'algorithme de Google est conçu pour faire apparaître certains résultats dans la recherche naturelle. Il s'agit d'une instruction longue et complexe dans la mesure où elle oblige à entrer dans l'intimité du fonctionnement du moteur. La Commission serait sur le point de conclure un accord avec Google d'ici septembre 2013.

Le premier problème soulevé en termes de concurrence est celui de la diversité d'activités des groupes auxquels appartiennent les moteurs : ceux-ci favorisent-ils dans leur algorithme les autres activités thématiques des sociétés et services de leur groupe ? Le moteur de recherche Bing aura-t-il tendance à accentuer le poids de Facebook (dont Microsoft est un actionnaire très minoritaire) dans ses critères de recherche ? Google favorisera-t-il YouTube plutôt que Daily Motion dans la recherche de vidéos ? Ces interrogations renvoient à la question de la neutralité du référencement des contenus, ce que Barbara Cassin (2007, p.161) appelle l'objectif de « totalisation » de Google, avec deux grandes clefs « le *data mining*, l'extraction des données enfouies (implicites, inconnues) et l'interopérabilité, c'est-à-dire la capacité à faire communiquer plusieurs systèmes différents en vue d'une interaction ».

Certaines études montrent que Google ramène trois fois plus vers ses propres services que ses concurrents. Yahoo! n'est pas loin derrière et seul Bing ne semble pas toujours favoriser ses propres services (notamment sur l'exemple de la recherche « email ») [Edelman & Lockwood, 2011]. Il existe ainsi des situations similaires pour les contenus culturels lorsque le service interne dédié existe. Le site de vidéos en ligne YouTube offre ainsi de nombreux contenus culturels audiovisuels avec une grande pertinence ce qui lui permet d'être dans les premiers résultats, voire le premier résultat lors d'une requête précise d'un contenu culturel. Néanmoins, le site de YouTube ne figure pas parmi les liens sponsorisés et indiqués comme tel, puisque de fait, le site ne paie pas Google pour une telle publicité dans la mesure où il lui appartient depuis le 10 octobre 2006 (rachat pour 1,65 milliard de dollars). Ainsi les internautes vont en priorité sur les sites de YouTube qui, hors les contenus officiels (clips ou autres), hébergent également beaucoup de vidéos composées pour part ou entièrement de contenus culturels ne respectant pas nécessairement les conditions du droit d'auteur. Notons de plus que depuis peu, le service Vidéos de Google a été relégué au second plan de la barre d'outils Google, dans un menu déroulant et donc non accessible directement, tandis que YouTube a trouvé sa place nommément dans cette barre, ce qui renforce la préférence accordée aux services du géant américain et leur assure un effet de levier au détriment d'autres sites. Ceci est d'autant plus problématique que seule une infime partie de YouTube peut être indexée par d'autres moteurs de recherche. De ce fait, afin d'avoir accès à la kyrielle de contenus hébergée par YouTube, l'internaute est dans l'obligation de se référer à Google, ce qui crée une barrière à l'entrée sur le marché des moteurs de recherche puisque ses concurrents ne peuvent accéder à la même exhaustivité [CHÉRIGNY, 2011].

Abus. Déréférencement. Radars. L'Autorité de la concurrence française s'est également penchée sur les comportements de Google vis-à-vis de ses clients et partenaires. En France, il s'agissait d'une procédure dans laquelle une petite PME vendait des bases de données pour avertisseurs radars. La branche *policy* de Google, considérant que ce type de prestation était interdit, a considéré que cette PME ne pouvait plus faire de publicité tandis que la branche commerciale du moteur l'avait autorisée. Malgré les intérêts commerciaux en jeu, le compte de la PME a été coupé, ce qui a eu comme conséquence de diminuer fortement son trafic. L'Autorité de la concurrence a enjoint à Google de rétablir le compte de cette PME et surtout de préciser les règles du fonctionnement de ses services, en mettant en place une procédure transparente et un préavis raisonnable.

Cette injonction a été transformée sous forme d'engagements¹²⁴ juridiquement opposables à Google. Google se doit de clarifier sa politique de contenus et à adopter vis-à-vis de ses clients une procédure qui leur donne un premier avertissement, en expliquant la règle enfreinte puis un préavis entre le dernier avertissement et la coupure du service. Ces engagements sont aujourd'hui opérants en France et dans le monde entier. Google s'est, en effet, engagé à les appliquer à l'échelle mondiale dans la mesure où les procédés sont identiques.

Référencement électif. Presse Italienne. La seconde procédure a été initiée en Italie par la presse qui a également abouti à des engagements de deux ordres. D'une part, la presse souhaitait pouvoir continuer à être référencée par le moteur généraliste « search » de Google mais sans l'être dans Google News. Certains journaux voulaient ainsi favoriser le trafic vers leur site en raison de leur politique publicitaire et/ou éditoriale, tout en évitant le pointage direct des articles par le service Google News. Google a donc pris devant l'autorité italienne l'engagement de distinguer les deux services. En outre, la presse italienne, reprochait à Google son absence de transparence quant aux conditions de partage des revenus dans le cadre du programme de partenariat AdSense. Google restait, en effet, muet sur la clé de répartition. L'autorité a donc obtenu de la part du moteur une transparence plus grande sur le partage des revenus. Comme en France, ces engagements ont été mis en œuvre à l'échelle mondiale.

Évolution du marché ? Pour l'heure, c'est l'organisation de l'ensemble de l'information par un seul et même acteur qui est en question et qui soulève le problème du pluralisme de l'information¹²⁵. L'Autorité de la concurrence ne pense pas qu'il existe aujourd'hui un service susceptible de remettre en cause la position dominante de Google. Seul un service de référencement différent de celui de Google pourrait permettre de concurrencer le moteur principal. Or, seul le processus d'innovation permettrait de réguler le secteur des moteurs de recherche à condition que le dominant d'aujourd'hui n'empêche pas le dominant de demain d'émerger. L'Autorité de la concurrence considère que le droit de la concurrence est un outil apte à de maintenir la logique d'innovation en encadrant les activités de Google et en l'empêchant de tuer dans l'œuf des innovations concurrentes.

L'histoire d'Internet atteste de la probabilité que la position dominante de Google soit remise en cause grâce à l'innovation. Dès lors, il convient de se poser la question de l'impact que pourrait avoir une régulation sur un tel processus. Or, il est assez couramment admis que la réglementation a tendance à geler la position des acteurs plutôt qu'à redistribuer les cartes. La réglementation pourrait certes permettre de réguler Google (quand bien même ses fondements et son application pourraient être établis) mais elle pourrait en même temps retarder l'émergence d'alternatives aux moteurs de recherche traditionnels. En quelque sorte, on peut aussi faire l'hypothèse que la régulation viendra de l'innovation.

3.3.1.3. Le risque d'exclusivité des indexations

Accord Google/ Bibliothèque de Lyon. L'exclusivité d'indexation ouvre le deuxième ordre de questions qui a donné lieu à débats dans le domaine de la concurrence. L'Autorité de la concurrence s'est particulièrement penchée sur un contrat de numérisation du fonds ancien de la bibliothèque municipale de Lyon et Google qui prévoyait une exclusivité de vingt-cinq ans

124 Concrètement, il s'agit d'une procédure transactionnelle dans laquelle l'autorité de la concurrence renonce à poursuivre – et donc ne condamne pas – en échange de quoi, l'entreprise prend des engagements volontaires et juridiquement opposables. En cas de non respect, il y a donc une possibilité de sanction.

125 C'est en tenant compte de ces problématiques que Microsoft, qui développe un système d'exploitation pour tablette ou encore un projet dénommé Xbox live, envisage une stratégie portée sur les contenus consistant à offrir une plateforme technique à partir de laquelle les ayants droit pourront trouver de nouveaux débouchés pour valoriser leurs contenus avec, le cas échéant, le graph social ou les réseaux sociaux, et donc de nouvelles formes de distribution et de nouvelles voies de monétisation.

pendant laquelle la bibliothèque de Lyon s'interdisait qu'un autre moteur de recherche vienne *crawler* ses contenus, laissant cette possibilité à son seul partenaire contractuel.

Cahier des clauses techniques particulières pour la numérisation et la mise en ligne sur Internet du fond ancien de la Bibliothèque municipale de Lyon. Titre IV – article 24

« Le titulaire a l'exclusivité de la numérisation des ouvrages imprimés objets du marché pendant toute la durée du marché. En conséquence, La Ville de Lyon s'interdit de confier à un tiers la numérisation des ouvrages imprimés objets du présent marché. »

« La Ville de Lyon a le droit d'utiliser, à sa seule discrétion, les fichiers numérisés pour créer sa propre bibliothèque numérique, en tout ou partie. Dans cette hypothèse, La Ville de Lyon s'engage à mettre en place des mesures techniques restreignant l'accès automatique à des pans entiers de sa bibliothèque numérique.

La Ville de Lyon s'engage également à empêcher tout tiers de :

- télécharger ou obtenir par tout autre moyen une partie de sa bibliothèque numérique à des fins commerciales*
- redistribuer toute partie de sa bibliothèque numérique*
- télécharger automatiquement et systématiquement des fichiers d'images depuis sa bibliothèque numérique. »*

Exclusivité d'indexation. Dans ce type d'accord, l'exclusivité de référencement est considérée comme la contrepartie de l'investissement réalisé par le moteur de recherche dans la numérisation de contenu ; ces clauses d'exclusivité ne permettent pas aux moteurs de recherche qui ne sont pas parties à cet accord de *crawler* les contenus, et ce, pendant la durée de l'exclusivité¹²⁶. Pour pouvoir proposer à leurs utilisateurs les contenus de la bibliothèque de Lyon, les autres moteurs de recherche devront passer un accord identique à celui passé par Google. La numérisation permet de revendiquer une exclusivité sur le référencement¹²⁷. Néanmoins, l'internaute conserve un accès direct aux contenus proposés par la bibliothèque de Lyon. En effet, en application de l'accord, cette dernière peut référencer les ouvrages numérisés par Google sur son propre site mais doit en contrepartie mettre en place des barrières à l'entrée qui empêcheront les moteurs autres que Google de *crawler* les contenus du site de la bibliothèque.

Ce type d'accord soulève des réticences de la part des autres moteurs de recherche. Par ailleurs, il a pu être relevé que l'exclusivité pouvait aller à l'encontre de la mission de service public que doit remplir une bibliothèque municipale¹²⁸. En tout état de cause, si les manuscrits numérisés sont présents sur le web par un autre biais que le site de la bibliothèque de Lyon, les autres moteurs pourront *crawler* ces contenus. L'exclusivité porte donc sur le référencement du catalogue numérisé par Google, mais non sur les contenus numérisés qui sont directement accessibles sur le site de la bibliothèque de Lyon.

Durée d'exclusivité disproportionnée. L'Autorité de la concurrence a indiqué que la durée de vingt-cinq ans était disproportionnée et qu'elle n'était pas la stricte contrepartie de l'investissement réalisé¹²⁹. Un travail a depuis été réalisé par un comité des sages au niveau européen selon lequel la durée jugée raisonnable a été fixée à sept ans¹³⁰. L'accord avec la bibliothèque de Lyon n'a pas été modifié, mais Google s'est engagé auprès de l'Autorité de la

¹²⁶ Soit vingt-cinq ans en l'espèce.

¹²⁷ Il convient toutefois de souligner que cette exclusivité n'est opposable qu'aux acteurs qui souhaiteraient référencer les contenus de la bibliothèque de Lyon pour une exploitation commerciale.

¹²⁸ Même si, *a priori*, la numérisation a fait l'objet d'un appel d'offre.

¹²⁹ Dans son avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, l'Autorité de la concurrence consacre plusieurs développements à cet accord.

¹³⁰ Rapport « The new Renaissance » du Comité des sages, paru en janvier 2011

concurrence à ne pas faire application de sa clause même si cette dernière n'a pas fait l'objet d'un « avenant » visant à en réduire la portée. En tout état de cause, il n'y a, à ce jour, aucun standard qui serait clairement posé et accepté sur cette question¹³¹. En outre les bibliothèques n'ont pas intérêt à ce que leurs ouvrages soient scannés plusieurs fois dans la mesure où une numérisation répétée induit une détérioration physique particulièrement dommageable dans le cas des ouvrages rares ou anciens. Il y aurait donc un phénomène anti-concurrentiel « naturel » lié à la numérisation. Ce point n'a pas été soulevé dans le cadre de l'avis de l'Autorité de la concurrence.

Accord BING/BNF/GALLICA. Le partenariat de Bing avec la BNF a volontairement été mis en place en contrepoint à l'accord de Google avec la bibliothèque municipale de Lyon. Le 6 octobre 2010, Bing a conclu un autre type d'accord avec la Bibliothèque nationale de France (BNF) pour valoriser le site Gallica sur son moteur de recherche. Dans ce cas, le moteur n'est pas prestataire de la numérisation ; il ne touche aucune rémunération directe de l'accord. L'objet d'un tel accord non exclusif a pour but de permettre au moteur de recherche d'enrichir sa page de résultats notamment par un système de vignettes. Le bénéfice que Bing tire de ce partenariat tient à la capacité de se différencier des autres moteurs de recherche dans la présentation des contenus appartenant à la BNF et à celle d'offrir un service supplémentaire à l'internaute qui, grâce à ce partenariat, pourra accéder directement au contenu qu'il recherche.

Le but est de proposer à l'internaute via le moteur de recherche une requête liée à un auteur ou à un document qui est disponible par le biais du fond numérisé par la BNF. Bing affiche donc différentes vignettes qui permettent à l'internaute de prendre connaissance du contenu disponible sur le site Gallica. Ensuite, en cliquant sur l'une de ces vignettes, l'internaute a la possibilité d'accéder directement au fonds numérisé et de pouvoir lire l'œuvre en ligne¹³². Ce service permet à Gallica de promouvoir son contenu et à l'internaute de pouvoir accéder plus facilement aux informations.

L'accord n'est pas exclusif : chaque moteur de recherche est libre de *crawler* les contenus, même s'il ne pourra pas bénéficier d'une présentation améliorée des contenus dans la page de résultats. Ainsi, les autres moteurs de recherche, même non parties à cet accord, peuvent également proposer à leurs utilisateurs les contenus du site Gallica, mais ne peuvent bénéficier du même enrichissement dans leurs pages de résultats (vignettes, extraits, etc.)¹³³. Ceci n'empêche pas la BNF de passer ce même type de convention avec n'importe quel autre acteur du référencement qui bénéficiera, dès lors, des mêmes avantages que Bing.

3.3.2. Les effets revenus : des risques de substitution de ressources publicitaires

Détournement de revenus ? La commission s'est également attachée à déterminer si les (ou certaines) techniques de référencement impliquent un effet de substitution de revenus au détriment des ayants droit. Bien que les travaux de la commission n'aient pas établi de chiffres permettant de mesurer l'ampleur du phénomène, ils se font l'écho de deux secteurs qui ont particulièrement manifesté leur inquiétude sur cette question, celui des images fixes et celui de la presse.

Service de référencement des images. Dans le cadre du référencement naturel des pages web, la plupart des moteurs de recherche référencent également les images contenues dans ces

131 À ce titre, il convient de préciser qu'il est très difficile de poser un standard dans la mesure où le droit de la concurrence s'applique toujours aux cas particuliers. Les investissements ne sont par exemple jamais les mêmes. En outre, cet investissement est à mettre en balance avec les revenus qui peuvent en être attendus. Or, ces revenus sont liés à l'attractivité des contenus. Il est donc difficile de poser une généralité sur la durée pertinente.

132 Précision faite que ce service ne référence que la partie dite OCR (c'est-à-dire numérisée sous forme de texte et non d'image) de Gallica.

133 Sauf à conclure le même type d'accord même si les relations entre Google et la BNF sont délicates notamment en raison de la mise en place du service Google Books.

pages et les indexent en fonction de différents critères, notamment les éléments textuels accompagnant ces images (métadonnées). Les moteurs de recherche généralistes, et Google en particulier, disposent ainsi d'une fonction permettant de limiter la recherche aux seules images des pages web. Sur la majorité de ces moteurs, les images référencées sont affichées, sur les pages de résultats, sous la forme de vignettes de petite taille et de basse résolution indiquant l'adresse du site où l'image a été publiée. Lors d'un clic sur l'une de ces vignettes apparaît une page cadre qui, par la technique du « *framing* », permet l'affichage de la page d'origine et de l'image dans son contexte. Enfin, un lien direct vers l'adresse du fichier image¹³⁴ sur le serveur du site référencé permet de visualiser ce fichier pris isolément sur ce serveur, c'est-à-dire après avoir quitté le moteur de recherche.

Sur Google Images, la prévisualisation des images est possible hors contexte ; soit en tronquant la page de destination mise en arrière-plan comme dans le service français ; soit en extrayant l'image sans rendre le site visible comme dans le service américain ; soit sans même aller sur le site qui héberge l'image. De ce fait, aucun clic ne vient alimenter le score du site source dont le classement dans les moteurs de recherche demeure médiocre ; on assiste à une estimation erronée de la réelle visualisation de l'image, et donc des répartitions des droits d'auteur qui seraient envisageables. Les ayants droit font valoir que ces services permettent un accès aux images dans un format différent (vignette) du format d'origine, sans indication du nom de l'auteur (atteinte à la paternité), et, s'agissant des vignettes, sans obligation de passer par le site cible. Si l'on se place dans l'hypothèse d'un site source qui aurait comme modèle d'affaire la publicité, ou l'abonnement, ce développement des services de recherche est susceptible de lui porter préjudice. Il a été fait valoir que, même sans publicité ou abonnement, le simple fait de ne pas avoir de visiteur sur le site peut être préjudiciable à plusieurs égards. Le visiteur qui ne se rend pas sur le site ne va pas consulter les autres pages du site et notamment celles proposant licitement des livres ou des produits dérivés (offerts contre paiement), celles faisant la promotion d'une exposition en cours (à entrée payante)... Or, ces recettes qui permettent notamment de payer les droits d'auteur liés à l'exploitation des images sur le site.

Service d'agrégation de presse. Ces problèmes de substitution seraient également rencontrés par la presse qui, ayant investi pour être présente sur Internet, se voit concurrencée par les revues de presse (type Google News) qui agrègent le contenu rédactionnel de multiples sources sans en être producteur : en permettant aux internautes d'accéder directement, *via* un lien profond, aux pages qui les intéressent, sans passer par le portail web de ces journaux en ligne¹³⁵, les services d'agrégation de contenus informatifs entraîneraient pour ces derniers des pertes de revenus publicitaires. En outre, ils engendrent un accroissement de la pertinence sémantique des moteurs, en raison du *crawl* incessant des contenus de presse, qui s'opère sans contrepartie au bénéfice des sites crawlés.

L'émergence du « web sémantique », évoqué dans la première partie, donne toute son ampleur à ces questions. La mise en service par Google du *Knowledge Graph*, qui vise à établir une base de connaissance qui répond aux requêtes des internautes à partir de toutes les informations recueillies par le moteur, permet au moteur d'élargir ses compétences en proposant lui-même des réponses aux mots-clefs recherchés par les internautes, sans qu'ils aient besoin d'aller voir d'autres sites. Or, le *Knowledge Graph* n'apparaît que lorsque Google estime que cela est pertinent, ce qui risque de créer à long terme un déséquilibre entre les résultats ; par ailleurs, ces réponses directes inquiètent les éditeurs de contenus : l'information fournie par Google provient de leur site mais ce dernier se situe à deux clics de l'internaute,

134 Cette adresse est également disponible via le menu « Propriétés » du fichier sur le navigateur.

135 Strowel Alain op. cit.

autant dire un gouffre sur Internet tant le parcours de l'internaute, la manière dont il va réagir et se déplacer dans la page sont incertains [SULLIVAN, 2012].

Divergences d'analyse. Google conteste cette interprétation de son activité économique en termes de captation de valeur. Autant la firme se dit prête à partager des revenus publicitaires sur une plateforme comme YouTube où restent les internautes, autant elle estime qu'un tel système ne paraît pas justifié pour un moteur de recherche qui ne fait que renvoyer les internautes vers d'autres sites. De plus, Google images et Google actualités n'affichent directement aucune publicité qui pourrait s'intégrer dans leur modèle d'affaires. Enfin, les ayants droit ont toujours la possibilité technique de choisir le déréférencement de leurs contenus via des robots txt. Selon le moteur, ne pas le faire témoigne de leur intérêt pour le référencement en termes de marketing et de promotion. Les ayants droit répliquent que même si Google actualités ou Google images n'engendrent pas directement de revenus publicitaires, le référencement de l'ensemble des contenus images et informations sur le moteur participe d'un modèle d'audience global et permet au moteur d'améliorer son algorithme en proposant aux internautes des résultats plus exhaustifs donc plus pertinents. Au total, sans éléments quantitatifs plus précis, il est impossible dans le cadre de cette commission d'évaluer l'ampleur des effets de substitution (ce que perdent les ayants droit lorsque le moteur référence leurs contenus *versus* ce que perdrait le moteur s'il ne référençait pas ces contenus).

Conclusion. Les moteurs de recherche fonctionnent sur la base d'un modèle biface dans lequel sur une face du marché, le moteur de recherche offre gratuitement un service de recherche d'informations aux internautes et sur l'autre vend de l'audience à des annonceurs. Dans cette forme de « gratuité marchande », il n'y a pas de modèle économique efficient sans résultats naturels gratuits pertinents. Pour garantir la force de l'algorithme, autrement dit la « neutralité » du référencement naturel, les procédures *ex post* doivent être automatisées bien qu'engageant une série de choix cruciaux *ex ante*. L'algorithme au cœur du modèle économique des moteurs, n'est pas seulement attaqué par les services de SEO qui cherchent à améliorer la qualité du référencement de leurs clients, il se heurte aussi à des normes juridiques et sociales et à l'équilibre des pouvoirs dans chaque pays. Les moteurs doivent donc arbitrer entre la nécessité de préserver leurs modèles d'affaires et la pression juridique et sociale exercée localement qui les contraint à amender l'automatisme de leur modèle.

Le référencement offre aux productions culturelles un outil décisif de promotion dont elles ne peuvent se passer. Cependant il crée également des risques d'abus de position dominante sur lesquels les autorités de la concurrence ont à se prononcer et des risques de substitution de revenus jugés particulièrement préoccupants par certains ayants droit.

4. L'implication des prestataires de référencement dans la lutte contre les contenus illicites

Nonobstant le questionnement relatif à l'acte de « contrefaçon » éventuellement opéré par le prestataire de référencement, cette partie a pour objet de recenser les outils dont les titulaires de droit disposent pour « impliquer » ces intermédiaires dans la lutte contre les contenus contrefaisants. On partira du constat selon lequel ces prestataires ne jouissent en tant que tels d'aucun régime spécifique légal de responsabilité allégée (4.1.) même s'ils empruntent parfois ces régimes par extension jurisprudentielle. Il existe cependant des outils mobilisables tels que la possibilité de demander à l'intermédiaire de prévenir ou faire cesser le dommage lorsqu'il en a les moyens par une injonction judiciaire (4.2.). On peut encore songer à la mise en place de mécanismes ou de procédures de déréférencement (4.3), ou plus généralement à déterminer les bases d'un référencement électif pour les ayants droit (4.4.).

4.1. Le non régime de responsabilité spécifique des prestataires de référencement

Régime de responsabilité des prestataires de l'internet. S'interroger sur la responsabilité des acteurs de l'Internet conduit nécessairement à envisager les régimes de responsabilité spéciaux prévus par la directive e-commerce du 8 juin 2000¹³⁶ et par la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) chargée de la transposer. L'idée de ce texte est de permettre à certains prestataires de services de la société de l'information de bénéficier d'un régime de responsabilité favorable. En contrepartie, ces derniers doivent conserver à l'égard des contenus une passivité¹³⁷ garantissant une absence de discrimination tant à l'égard des contenus que de leurs fournisseurs, ce qui permet l'exercice des libertés publiques telles la liberté d'expression ou du commerce et de l'industrie¹³⁸.

Concrètement, le législateur européen liste trois¹³⁹ activités susceptibles de bénéficier d'un régime de responsabilité favorable : les fournisseurs d'accès; les hébergeurs et les opérateurs de cache. Le terme « référencement » est absent de la directive e-commerce et *a priori* les moteurs de recherche ne sont pas expressément visés par la directive¹⁴⁰. Cette dernière se contente en son article 21 de préciser que « *tous les deux ans, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport relatif à l'application de la présente directive accompagné, le cas échéant, de propositions visant à l'adapter à l'évolution juridique, technique et économique dans le domaine des services de la société de l'information* » en s'attachant à « *analyse[r] en particulier la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteur de recherche* ». Or, pour l'heure, aucune révision n'est intervenue, ce qui signifie qu'aucune disposition spéciale relative à ces services n'a été adoptée depuis lors au niveau européen.

136 Ceux que la loi de transposition française, la Loi pour la Confiance dans l'Économie numérique (ci-après « LCEN ») du 21 juin 2004, appelle les prestataires techniques ou encore, selon la pratique, les intermédiaires techniques.

137 Voir, CJUE, 23 mars 2010, *Vuitton Malletier c. Google Adwords*.

138 À ce titre, voir, notamment, les considérants 1 à 5 de la directive commerce électronique.

139 Certains pays européens ont intégré dans leur transposition nationale de la directive e-commerce des dispositions visant à régir la responsabilité des moteurs de recherche en calquant, par exemple, leur responsabilité sur celle des fournisseurs d'hébergement.

140 Le considérant 18 de la directive vise indirectement ces prestataires : « Les services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. Ces activités peuvent consister, en particulier, à vendre des biens en ligne. Les activités telles que la livraison de biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne ne sont pas couvertes. Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données. (...) »

Absence de consécration légale d'un régime d'exonération pour le référencement. Le droit français n'aménage pas davantage une responsabilité particulière au bénéfice des prestataires de référencement/moteurs de recherche¹⁴¹. Par conséquent, en l'état actuel du donné légal, un tel dispositif d'allègement de la responsabilité n'existe pas et ces prestataires sont soumis au régime de la responsabilité civile de droit commun. Cette analyse correspond à celle qui avait été menée par le Forum des droits dans sa recommandation relative à la responsabilité des tisseurs de liens, lequel avait écarté au profit de ces derniers les limitations de responsabilité limitée prévues par les articles 12 à 14 de la directive e-commerce du 8 juin 2000. Le Forum avait décliné la proposition et retenu qu'en principe, le lien n'étant pas un instrument de publication, il ne pouvait donner lieu à une responsabilité sur le fondement des dispositions spécifiques du droit de la presse.

Toutefois, cette vision des choses n'est plus tout à fait conforme à la situation actuelle et la commission a pu constater qu'un courant jurisprudentiel important¹⁴² s'attache à reconnaître à certains services de référencement la possibilité de bénéficier de régime de responsabilité limitée, notamment en s'inspirant des règles applicables aux prestataires d'hébergement ou de cache.

4.1.1. Les régimes applicables par extension

Le moteur fournisseur de cache. Divergences. La Cour d'appel de Paris dans une affaire *Google/SAIF* a retenu un raisonnement par analogie en considérant que le service Google Images relevait d'une activité d'opérateur de cache. Elle en a déduit une absence de responsabilité relativement aux copies provisoires qu'elle a jugées nécessaires à la réalisation du service¹⁴³. En outre, sans préciser plus avant, elle a absorbé les actes de communication au public des *snippets* figurant sur la page de résultats du moteur dans l'exonération de responsabilité précitée. C'est conférer à la notion de fournisseur de cache une dimension particulièrement large. Les débats qui ont eu lieu au sein de la commission ont montré que, pour l'essentiel de ses membres, cette qualification ne saurait être retenue parce que, d'une part ce stockage intermédiaire n'est pas réalisé pour rendre plus efficace les transmissions et, que d'autre part, il y a une modification des contenus opérée par Google pour les besoins de son service. Ainsi, l'arrêt *Auféminin* rendu par la Cour de cassation le 12 juillet 2012 relève que Google avait procédé à la réduction de la photo ; que celle-ci restait stockée sur le site de Google image et pouvait faire l'objet d'un agrandissement au delà des strictes nécessité d'une transmission, ce qui écarte la qualification de prestataire de cache.

Cependant, cette interprétation n'est pas retenue par Google qui rappelle que la décision *SAIF* retient que l'activité d'indexation du moteur de recherche d'images est soumise aux

141 Dans certains pays européens, l'Espagne notamment, les lois de transposition de la directive E Commerce visent expressément les moteurs de recherche. Selon Google, il n'est également pas exclu que la finalité poursuivie par le service *Google Images* – à savoir, *in fine*, l'accès du public aux informations provenant des milliards de pages Web indexées justifie l'application de la limitation de responsabilité prévue par l'article 12 de la Directive sur le Commerce électronique, transposé en France à l'article L.3233 du CPCE. Chaque lien *hypertexte* présent dans *Google Images*, sous la forme d'une vignette, n'est en effet, au fond, qu'un chemin d'accès vers l'information transmise. D'ailleurs, plusieurs Etats membres ont opté pour le modèle de l'article 12 à l'égard des moteurs de recherches (notamment, l'Autriche et le Lichtenstein). Cf. Rapport de la Commission Européenne sur l'application de la Directive 2000/31/EC (COM).

142 On peut citer à cet égard, à propos de la qualification l'arrêt de la CJUE "*Google France Louis Vuitton Malletier*", 23 mars 2010, aff jointes C236/08 à C238/08 ou encore l'arrêt *Google/ SAIF*, CA Paris, 26 janvier 2011, TGI Paris, 26 mai 2011, « *Rau* ». D'autres décisions de ce type ont pu être remarquées dans la jurisprudence allemande et américaine même si, dans ce dernier cas, le problème est certainement quelque peu différent dans la mesure où le DMCA encadre l'activité des moteurs de recherche.

143 *Google/ SAIF*, CA Paris, 26 janvier 2011, préc. « la reproduction provisoire permettant la circulation rapide de l'information à destination de l'internaute et partant le bon fonctionnement technique du procédé (affichage rapide) constitue par son utilité une partie intégrante et essentielle d'un moteur de recherche d'images sur internet et doit être tolérée en tant que telle ».

dispositions de la LCEN¹⁴⁴ et qui estime qu'on ne saurait déduire de la décision *Auféminin* que le stockage réalisé devrait être examiné sous l'angle du Code de la propriété intellectuelle et non au regard de la LCEN. Google estime au contraire que la Cour de cassation a précisément reproché aux premiers juges d'avoir refusé l'application « des dispositions du texte susvisé » à savoir les articles 6-1.2, 6-1.5 et 6-1.7 de la LCEN et a qualifié les moteurs de « prestataires de services de référencement »¹⁴⁵, en leur appliquant non pas le régime des prestataires de cache mais celui des hébergeurs.

Le prestataire de référencement, fournisseur d'accès ? D'autres qualifications pourraient également être envisageables. Lors des auditions, il est apparu que les moteurs de recherche font valoir que leur service constitue un accès (de plus en plus sophistiqué et personnalisé) à des sites web : ils pourraient, par conséquent, être qualifiés de services offrant un accès à un service de communication au public en ligne, activité définie à l'article 6-I-1 de la LCEN et dont le régime est énoncé à l'article 9 de la LCEN. Les moteurs de recherche se disent disposés à participer à la lutte contre les contenus illicites dès lors qu'aucune obligation de filtrage *a priori* ne leur est imposée et qu'ils ne sont pas tenus pour responsables de l'agissement illicite ayant lieu sur les sites cibles.

Le prestataire de référencement, hébergeur ? Les hébergeurs sont définis par la directive e-commerce comme les personnes qui fournissent « *un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service* ». Certains services en plus de « pointer vers », stockent pour communiquer au public le contenu d'un autre site et seraient susceptibles de rentrer dans cette qualification. C'est la position que retiennent certains arrêts de jurisprudence. À cet égard, la position des moteurs de recherche n'est pas exempte d'ambiguïté dans la mesure où, même s'ils semblent considérer qu'ils ne relèvent pas de cette dernière qualification, ils appliquent volontairement le régime de notification et retrait, y compris en dehors de toute contrainte judiciaire. En effet, certains services de référencement procèdent au déréférencement des contenus illicites en application d'une procédure similaire à celle prévue par la loi française concernant les hébergeurs¹⁴⁶.

Régime *sui generis* de prestataires de services de l'information. Position des ayants droit. La qualification de prestataires de services de l'information est discutée par les ayants droit notamment en ce que le stockage n'est pas assuré à la demande du destinataire de service (le site cible) mais de manière spontanée par Google. A ce titre, le service ne peut arguer avoir un rôle passif. Ainsi, pour plusieurs membres de la commission représentant les ayants droit, les services fournis par les moteurs de recherche (et notamment le service Google Images) ne relèvent ni du régime de prestataire de cache, ni de celui d'hébergeur mais de simples acteurs de l'internet qui ne peuvent postuler à bénéficier d'aucun régime de responsabilité limitée. Tout particulièrement, ces derniers rappellent qu'il n'est pas possible d'appliquer aux moteurs de recherche les dispositions relatives aux hébergeurs car le stockage n'est pas assuré à la demande du destinataire de service (le site cible) mais de manière spontanée par le moteur, ce qui exclut qu'il ait un rôle passif. Par ailleurs, il conviendrait de distinguer comme l'avait fait

144 *Id* : « Que [la SAIF] ne saurait cependant valablement soutenir que la responsabilité des sociétés Google ne saurait s'apprécier au regard de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) qui a opéré la transposition de la directive n°200/31/CE du 8 juin 2000 faute de régime spécifique concernant les moteurs de recherche, cette loi ayant vocation à régir les différents acteurs de l'internet; qu'il doit donc être tenu compte des limitations de responsabilité prévues par la LCEN pour examiner les agissements incriminés ».

145 Certaines décisions avaient déjà dans le passé appliqué aux moteurs de recherche un régime « *sui generis* » calqué sur celui de l'article 6.2 de la LCEN; cf. notamment arrêt « *Publison* », Cour d'Appel de Paris 19 mars 2009, Dalloz 2009, p. 1275.

146 LCEN, art. 6-I-5. Dès lors que les services de référencement ont tendance à calquer leur réactivité sur celle imposée aux hébergeurs, on peut se demander s'ils ne se placent pas en situation de devoir répondre à une obligation de résultat concernant la réitération de l'illicite. Voir *infra*.

la Cour d'appel de Paris dans ses décisions du 14 janvier 2011¹⁴⁷ les moteurs des hébergeurs car les premiers n'hébergent pas les contenus litigieux mais renvoient vers eux.

Régime sui generis de prestataires de services de l'information. Position des prestataires. Orange considère qu'il convient non pas de procéder par analogie avec les régimes spéciaux de responsabilité mais de dégager le régime dérogatoire de responsabilité d'un régime général applicable à l'ensemble des prestataires techniques qui fournissent un « service de la société de l'information¹⁴⁸ » au sens de la directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, catégorie dont relèvent les moteurs de recherche. Orange souligne que la Cour de cassation a récemment reproché à une cour d'appel de n'avoir recherché si un moteur de recherches n'était pas un intermédiaire technique (Cass. com., 29 janv. 2013 : JurisData n° 2013- 001148). Ces solutions, applicables à l'activité des liens commerciaux, pourraient s'appliquer à l'activité de référencement des prestataires. Outre cette jurisprudence, il est précisé que le rapport de Madame M. Imbert-Quaretta, Présidente de la Commission de protection des droits de l'HADOPI, qualifie expressément les moteurs de recherches d'intermédiaires techniques¹⁴⁹, ce qui est également la position du rapport Lescure qui considère notamment que « *les moteurs de recherche relèvent de la catégorie des intermédiaires techniques bénéficiant du régime de responsabilité allégée prévu par l'article 6 de la LCEN, au même titre que les hébergeurs* » en rappelant que « la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris l'ont explicitement affirmé¹⁵⁰ ».

En tout état de cause, Google estime que l'implication des intermédiaires techniques dans la lutte contre la contrefaçon en ligne n'est pas incompatible avec le régime de responsabilité des intermédiaires techniques et rappelle que la directive « commerce électronique » prévoit (considérant 40) que le développement d'outils techniques de lutte contre la contrefaçon en ligne ne doit pas avoir pour effet de remettre en cause le régime de responsabilité aménagée applicable à ces prestataires. Google estime en outre que la collaboration volontaire ou requise (notamment par les tribunaux) des intermédiaires techniques en général et des moteurs de recherche en particulier, trouve sa limite dans l'article 15 de la directive commerce électronique qui interdit de mettre à la charge des prestataires internet une obligation de surveillance générale¹⁵¹. Cette limite a été réaffirmée par la CJUE dans les décisions "*SABAM vs Scarlet*" et "*SABAM vs Netlog*" des 24 novembre 2011 et 16 février 2012¹⁵² qui ont indiqué respectivement qu'un fournisseur d'accès et un hébergeur ne peuvent pas être contraints

147 La Cour d'appel de Paris avait refusé par quatre arrêts du 14 janvier 2011 le bénéfice du régime des hébergeurs dans le cadre de leur service Google Vidéo pour des vidéos accessibles sur ce site mais qui n'étaient pas hébergées par Google.

148 CJUE, 23 mars 2010, aff. C- 236/08 : solution reprise notamment par la jurisprudence française : Cass. com. 13 juillet 2010 : JurisData n° 2010 – 011721

149 M. Imbert- Quaretta, Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites : Paris, févr. 2013, p. 25

150 Rapport Lescure, tome I, p. 408.

151 Article 15 de la directive commerce électronique :

1. Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.
2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement.

152 Aff C70/10 et aff C360/10

d'installer un "filtre" général contre le téléchargement et la diffusion non autorisés d'œuvres sur leurs plateformes.

Il convient toutefois de souligner que l'interdiction de surveillance générale ou de recherche active prévue à l'article 15 alinéa 1^{er} de la directive commerce électronique ne s'applique pas de manière générale à l'ensemble des prestataires internet mais, de manière particulière, aux prestataires « pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14 » alors que l'alinéa 2 relatif à la collaboration avec les autorités compétentes vise de manière abstraite « les prestataires de service de la société de l'information ». Cet exemple illustre les enjeux d'une qualification par analogie ou d'un régime sui generis.

Prudence quant à la réouverture de la directive commerce électronique. De manière générale, les ayants droit souffrent du régime de responsabilité limitée applicable aux hébergeurs et ne souhaitent ni l'extension prétorienne du régime, ni son extension légale à l'occasion d'une éventuelle rediscussion de la directive commerce électronique. Cette hostilité à reprendre la directive est partagée par les moteurs de recherche, favorables à une qualification de prestataires de service de l'information mais eux aussi hostiles à une intervention législative de ce type. Ces derniers semblent considérer important que d'un point de vue de responsabilité sociale et sociétale, ils s'imposent volontairement des obligations qui ne sont pas nécessairement légalement prévues et qui dénotent une volonté d'anticiper une potentielle intervention du législateur.

Il résulte des travaux que la question de la qualification de l'activité du prestataire de référencement est très discutée parmi les membres de la commission et que, au vu de la jurisprudence, l'exclusion du régime de responsabilité spécifique demeure débattue.

4.1.2. L'intervention judiciaire /la procédure de notification

Mesures judiciaires de prévention ou de cessation. À supposer que la qualification d'intermédiaire technique puisse être retenue à l'égard des prestataires de référencement se pose la question de la mise en œuvre des procédures visant à « bloquer » les contenus illicites transitant par leur entremise. Dans l'hypothèse d'une analogie avec le régime des hébergeurs, une telle procédure pourrait être fondée sur l'article 6-I-8 de la LCEN selon lequel « *l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne* ». On peut également arguer que, en tout état de cause, cet objectif de cessation/prévention trouve également sa réalisation dans le droit commun de l'article 809 du Code de procédure civile, applicable aux moteurs de recherche à défaut de raisonnement par analogie avec le statut des hébergeurs.

Intérêt de la procédure. La procédure judiciaire permet de connaître avec certitude le caractère illicite ou non du contenu, prononcé par le juge, et offre également aux ayants droit la possibilité de demander, à l'occasion de cette saisine du juge, que le prestataire technique soit tenu d'une surveillance particulière. Elle ouvre la faculté d'astreindre l'intermédiaire technique à un principe de prévention, à la condition que cette mesure soit prononcée par l'autorité judiciaire, de manière ciblée et temporaire (art. 6-I-7 al.2. de la LCEN).

Inconvénients des procédures actuelles. Malgré les avantages qu'elle représente, l'obligation de saisir le juge constitue une procédure contraignante et coûteuse pour les ayants droit, notamment lorsqu'il s'agit de contenus illicites qui apparaissent de manière réitérée sur les sites cibles. Une question centrale vient de l'articulation de la procédure judiciaire avec la procédure de notification. La pratique actuelle tend à élargir cette seconde procédure au-delà de son champ d'application légale qui, au regard de ce qu'avait considéré la décision du Conseil Constitutionnel relative à la loi du 10 juin 2004¹⁵³, devrait se cantonner au retrait par

153 Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004.

l'hébergeur du seul contenu manifestement illicite. Certains membres de la commission estiment qu'une telle extension est susceptible de poser des difficultés du point de vue du respect du contradictoire et de la liberté d'expression.

Par ailleurs, le mécanisme actuel de notification relatif au retrait de contenus manifestement illicites ne permet pas de mettre facilement à la charge de l'intermédiaire l'équivalent d'une obligation de « *take down/stay down* ». À ce titre, la Cour de cassation dans ses arrêts du 12 juillet 2012¹⁵⁴ a conclu à la nécessité d'une nouvelle notification pour empêcher la réapparition d'un contenu illicite : elle a estimé « *qu'en se prononçant ainsi, quand la prévention imposée aux sociétés Google pour empêcher toute nouvelle mise en ligne des vidéos contrefaisantes, sans même qu'elles en aient été avisées par une autre notification régulière pourtant requise pour qu'elles aient effectivement connaissance de son caractère illicite et de sa localisation et soient alors tenues d'agir promptement pour la retirer ou en rendre l'accès impossible, aboutit à les soumettre, au-delà de la seule faculté d'ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause, à une obligation générale de surveillance des images qu'elles stockent et de recherche des mises en ligne illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d'un dispositif de blocage sans limitation dans le temps, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées* »¹⁵⁵.

Suggestions d'évolution. Partant, à l'instar de la réflexion menée au niveau européen, il peut être intéressant de réfléchir à une modification de la procédure de notification d'autant que si la directive prévoit « *la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible* »¹⁵⁶, elle encourage également à ce que ces mesures soient mises en place « *dans le respect du principe de la liberté d'expression* »¹⁵⁷. À cet égard, a été évoqué lors des travaux le modèle de la procédure de notification finlandaise dont la caractéristique est d'obliger la mise en contact du titulaire du droit privatif avec le fournisseur de contenu litigieux¹⁵⁸, lequel a les moyens de s'opposer au retrait auprès de l'hébergeur tant qu'une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sur son illicéité. Le prestataire technique met en suspens le contenu (au lieu de le retirer purement et simplement) et prévient le fournisseur de contenu qu'une demande de retrait a été formulée¹⁵⁹, ce qui permet à la personne de bonne foi de faire valoir sa défense. Il a également été fait mention de la pratique américaine de « *trusted partners* »¹⁶⁰, permettant

154 C. Cass, Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, *Sté Google c/ Sté Bac Films*, Pourvoi n°11-13.669.

155 Confirmatif de cette solution, et rejetant la possibilité de mettre à la charge des hébergeurs une obligation de surveillance ciblée hors de l'intervention du juge : CA Paris, 21 juin 2013, *SPPF/YouTube*, <http://juriscom.net/2013/06/cour-dappel-de-paris-21-juin-2013-sppf-c-youtube/> ; « *Considérant, ceci exposé, que les règles européennes et nationales visées par les intimées réservent à la seule autorité judiciaire le pouvoir d'imposer aux hébergeurs une obligation de surveillance temporaire et ciblée et qu'en l'absence de texte le prévoyant expressément la responsabilité d'un retrait lors de la réitération d'un contenu illicite ne saurait échoir à l'hébergeur.* »

156 Directive commerce électronique, art. 14.3.

157 Directive commerce électronique, considérant 46.

158 Cf. l'article 6-I-5 de la LCEN, selon lequel, lorsque le requérant notifie un contenu litigieux à l'hébergeur, il doit joindre « *la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté* ».

159 Concrètement, il est possible d'imaginer que le moteur de recherche informe le directeur de la publication du site.

160 Le retrait s'effectue sur la base d'un formulaire qui est rempli en ligne et dans lequel le moteur de recherche demande à la personne s'estimant lésée dans ses droits de s'identifier et de prendre la responsabilité de la demande qui est faite. Il n'y a que peu de cas dans lesquels le retrait est contesté. Aux États-Unis, Google a également mis en place une procédure quelque peu différente avec des « *trusted partners* » qui sont des associations d'ayants droit ou de gestion collective. En ce qui les concerne, la procédure est accélérée et le retrait intervient en général dans un délai de huit heures.

une procédure de notification simplifiée ou « *fast track* »¹⁶¹ pour certaines catégories d'ayants droit (comme les sociétés de gestion collective). Pour apprécier la légitimité de la demande de retrait le demandeur doit faire une déclaration sur l'honneur de ce qu'il est bien le titulaire de droits. Ces schémas permettent que les contenus dénoncés par ces les titulaires soient *de facto* qualifiés de manifestement illicites et/ou veillent à ce que le principe du contradictoire soit respecté, dans une certaine mesure, à l'égard du site cible.

S'agissant de l'éventualité de la mise en place d'une logique de *stay down*, il serait également possible de considérer que les notifications de ces ayants droit, qui ne sont quasiment jamais ou presque remises en cause en pratique, auraient pour effet d'identifier de manière pérenne le caractère illicite d'un contenu, nonobstant le cheminement de sa réapparition¹⁶². Une collaboration des ayants droit grâce aux outils idoines¹⁶³ pourrait permettre aux prestataires techniques de remplir au mieux leur obligation de prévention.

Nécessité d'une réflexion européenne/nationale. Pour l'heure, la pratique a tendance à se développer sur le fondement du DMCA américain, en raison de la nationalité des services de référencement alors même que les contenus illicites peuvent être localisés sur le territoire français et que le préjudice est subi sur ce territoire. Il semble, par conséquent utile d'entamer une telle réflexion sur le développement d'outils juridiques plus appropriés en France pour éviter l'apparition ou la réapparition de contenus illicites, qui ne soit pas fondée sur une application extra-territoriale du DMCA. Certains ayants droit, sans appeler à une révision de la directive e-commerce, ont suggéré à la Commission européenne d'envisager une communication interprétative permettant d'éclairer la lecture de la directive et plus particulièrement les articles relatifs à la responsabilité des intermédiaires techniques. Dans cette perspective, il importe de suivre les travaux de la Commission ouverts suite à la consultation relative à la procédure de notification et la proposition de directive qui en est issue.

4.2. Les injonctions/actions en cessation

Article 336-2 du Code de la propriété intellectuelle. Il existe un article L . 336-2 dans le Code de la propriété intellectuelle, lequel est issu de la transposition de l'article 8§3 de la

161 Procédure de Google décrite sous le lien suivant : <http://googlepublicpolicy.blogspot.fr/2011/09/making-copyrightworkbetteronline.html>

162 Il convient de rappeler qu'en France, d'après l'article 6 I 5° de la loi du 21.06.2004, la connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les prestataires techniques lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :

- la date de la notification ;
- si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;
- les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;
- la description des faits litigieux et leur localisation précise ;
- les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;
- la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.

La loi ne prévoit pas de « déclaration sur l'honneur ». En revanche, l'abus de l'envoi d'une notification de retrait de contenus illicites, c'est-à-dire le fait de présenter aux prestataires techniques un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, en sachant cette information inexacte, est sanctionné pénalement par un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende en application de l'article 6.I.4. de la LCEN .

163 Comme permettre par exemple aux systèmes de marquages des œuvres de détecter les contenus illicites.

directive 2001/29 du 22 mai 2001 dans la loi HADOPI de juin 2009 selon lequel « En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à [l'article L. 321-1](#) du Code de la propriété intellectuelle ou des organismes de défense professionnelle visés à [l'article L. 331-1](#) du Code de la propriété intellectuelle, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier¹⁶⁴ ». Cette action n'est en rien spécifique aux moteurs de recherche et son régime fait aujourd'hui l'objet de discussion au sein des membres de la commission. A cet égard, Google fait observer à la commission que le champ et les modalités d'application de l'art. 8§3 de la Directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur les droits d'auteurs et les droits voisins, dont est issu l'art. L. 3362 du code de la propriété intellectuelle, restent un sujet ouvert notamment à raison de la question préjudicielle pendante devant la CJUE dans l'affaire *Telekabel*¹⁶⁵.

Contentieux Google Suggest. Un récent contentieux relatif au service « Suggest »¹⁶⁶ (Autocomplete) de Google qui propose des réponses en cours de frappe dans la barre de recherche a fourni l'occasion de réfléchir à une voie alternative d'implication des prestataires de référencement dans la lutte contre la contrefaçon en faisant usage de cette action en cessation/prévention. Afin de trouver un fondement juridique pour faire cesser les suggestions automatiques sur des liens contrefaisants, le SNEP s'est appuyé sur l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle. Après constats d'huissier, le SNEP s'est aperçu que, dans la grande majorité des cas, les liens étaient actifs et permettaient de télécharger l'œuvre de manière illégale. L'objectif du SNEP n'était pas d'engager la responsabilité du responsable de la contrefaçon mais de faire cesser les atteintes portées aux ayants droit, cette procédure s'adressant à « toute personne » susceptible de remédier à une atteinte occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne. selon lequel « *en présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance statuant le cas échéant en la forme des référés peut ordonner à la demande des titulaires de droit toute mesure propre à prévenir ou faire cesser une telle atteinte au droit d'auteur ou droit voisin à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier* ».

La procédure et la solution. Le SNEP, débouté en première et en deuxième instance, a formé un pourvoi devant la Cour de cassation. Dans sa décision du 12 juillet 2012, cette dernière a cassé l'arrêt d'appel qui avait débouté le SNEP et considéré « *qu'en se déterminant ainsi quand, d'une part, le service de communication au public en ligne des sociétés Google orientait systématiquement les internautes, par l'apparition des mots-clés suggérés en fonction du nombre de requêtes, vers des sites comportant des enregistrements mis à la disposition du public sans l'autorisation des artistes-interprètes ou des producteurs de phonogrammes, de sorte que ce service offrait les moyens de porter atteinte aux droits des auteurs ou aux droits voisins, et quand, d'autre part, les mesures sollicitées tendaient à*

164 Cette disposition remplace l'ancien article L.332-1, 4° du CPI qui prévoyait la possibilité par ordonnance sur requête le cas échéant (donc par le biais d'une procédure non contradictoire) « *la suspension par tous moyens d'un contenu d'un service de communication au public en ligne portant atteinte à l'un des droits d'auteur y compris en ordonnant de cesser de stocker ce contenu ou, à défaut de cesser d'en permettre l'accès* ».

165 Affaire C314/12, *Telekabel* ; la société Yahoo! souhaite par ailleurs que soit posée une question propre aux moteurs de recherche dans le cadre de l'affaire *Allostreaming* pendante en France.

166 Comme on l'a dit plus haut, le service Google Suggest (devenu Autocomplete) propose à l'internaute qui tape sa requête des propositions en lien avec la requête, la difficulté tenant à qu'il propose automatiquement des suggestions vers un contenu illicite en associant à la requête des mots comme « torrent », « megaupload », ou encore « rapidshare ».

prévenir ou à faire cesser cette atteinte par la suppression de l'association automatique des mots-clés avec les termes des requêtes, de la part des sociétés Google qui pouvaient ainsi contribuer à y remédier en rendant plus difficile la recherche des sites litigieux, sans, pour autant, qu'il y ait lieu d'en attendre une efficacité totale, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». En d'autres termes, la Cour de cassation valide le fondement de l'article L. 336-2 du CPI pour contraindre un moteur de recherche (ou plus largement un service de communication au public en ligne) à faire cesser le référencement d'un contenu illicite.

Autonomie de l'action. Il résulte de cette décision que la procédure de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle constitue une voie possible d'implication des prestataires de référencement dans la lutte contre la contrefaçon, sans occasionner d'atteinte systématique à la liberté d'expression et sans pour autant préjuger de leur responsabilité du point de vue des contenus litigieux¹⁶⁷. D'une part, la disposition s'applique bien à l'ensemble des intermédiaires techniques et non aux seuls fournisseurs d'accès et d'hébergement, ce qu'avait déjà reconnu la Cour d'appel. D'autre part, en cassant l'arrêt de la Cour d'appel, la Cour de cassation a retoqué l'argument selon lequel cette procédure n'était pas applicable en l'absence d'imputation possible des actes de contrefaçon à l'intermédiaire. Cette décision établit de manière claire que les deux actions sont totalement autonomes, ce qui est conforme à la genèse de ce texte et aux fondements du droit de l'Union qui l'ont inspiré¹⁶⁸. Cette jurisprudence s'inscrit en outre dans la lignée de la décision de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 13 mars 2007, selon laquelle « *le juge judiciaire peut prescrire en référé toute mesure propre à prévenir ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne, peu important à cet égard que les auteurs du texte litigieux ne soient pas les titulaires ou les exploitants du site mis en cause* ».

Preuve de l'atteinte. Prévention ? Reste que plusieurs questions de mise en œuvre demeurent ouvertes, comme celle de la preuve de l'atteinte. Certains membres de la commission tiennent à rappeler que la preuve est une question de fait qu'il appartient au juge saisi sur le fondement de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle d'examiner et de trancher au regard des éléments fournis par le demandeur. Elle peut être établie par le recours à des critères objectifs, en se fondant sur un échantillon raisonnable. Cette méthode est consacrée dans la directive 2004/48/CE dans son article 6.1[1] et permet de démontrer qu'un site est dédié à la contrefaçon.

Cependant, il a été relevé que l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle ne repose pas sur le critère du caractère manifeste du dommage. Serait-il opportun d'établir un standard permettant de « présumer » le caractère certain ou « quasiment certain » de l'atteinte au droit exclusif ? Faut-il apporter la preuve que les sites vers lesquels pointait le moteur n'avaient pas l'autorisation de communiquer au public les contenus pour démontrer le caractère certain du dommage et justifier l'injonction ?

167 Comme le rappelle d'ailleurs la Cour de cassation dans sa décision du 12 juillet 2012, selon laquelle « *le service de communication au public en ligne des sociétés Google orientait systématiquement les internautes, par l'apparition des mots clés suggérés en fonction du nombre de requêtes, vers des sites comportant des enregistrements mis à la disposition du public sans l'autorisation des artistes interprètes ou des producteurs de phonogrammes, de sorte que ce service offrait les moyens de porter atteinte aux droits des auteurs ou aux droits voisins* ». Comme évoqué plus avant dans ce rapport, la fourniture de moyens de réaliser une contrefaçon pourrait être constitutive de complicité de contrefaçon au plan pénal, ce qui occasionnerait l'application des sanctions de la contrefaçon envers celui qui offre des liens vers des sites où se trouvent des contenus contrefaisants, à condition de caractériser l'élément intentionnel de l'infraction.

168 À toutes fins utiles, il convient de préciser que l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle a une origine communautaire qui trouve son fondement dans l'article 14.3 de la directive commerce électronique, l'article 8.3 de la directive DADVSI et de l'article 11.3 de la directive IPRED. Or, dans chacune de ces directives, il est très clair que la possibilité de solliciter une injonction est distinguée du principe de responsabilité des intermédiaires.

La décision de la Cour d'appel, objet de la cassation, avait rejeté le recours du SNEP au motif que « *l'atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne n'est pas démontrée* ». Toutefois, la Cour de cassation du 12 juillet 2012 a cassé l'arrêt d'appel en retenant l'existence de l'atteinte requise par l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle dès lors qu'en l'espèce les suggestions de Google orientaient systématiquement vers des sites mettant à disposition du public les enregistrements sans autorisation. Or, pour le SNEP prévenir une atteinte implique que l'atteinte en question n'ait pas encore été réalisée.

L'arrêt de la CJUE du 12 juillet 2011¹⁶⁹, fondé sur l'article 11.3 de la directive IPRED de 2004 a considéré que les États membres avaient l'obligation de mettre en place, pour un service en ligne, indépendamment de sa propre responsabilité éventuelle dans les faits litigieux, des mesures aptes à prévenir de nouvelles atteintes de cette nature. Il est clair, selon le SNEP, à la lecture du considérant 131 de la décision qu'il ne s'agit pas d'une action en responsabilité et que la Cour distingue bien la responsabilité de l'injonction et que, dans le cadre de l'injonction, on distingue à nouveau la réparation d'une atteinte de la prévention. La Cour rappelle d'ailleurs qu'il faut prendre des mesures qui contribuent de façon effective non seulement à mettre fin aux atteintes mais aussi à prévenir de nouvelles atteintes quitte à obliger, sous astreinte, le moteur. Ainsi, on peut avancer que l'imminence du dommage (un clic) suffirait à justifier la mesure d'injonction. Cette interprétation ne fait pas l'unanimité et certains membres de la commission, tels qu'Orange et Google, tiennent à rappeler qu'un acte de contrefaçon ne doit jamais être présumé car il est susceptible d'engager la responsabilité civile ou pénale de tiers. Partant, selon eux, il ne doit pas l'être davantage pour mettre en œuvre l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle car rien ne justifie qu'il soit ici présumé pour permettre l'action en cessation, alors qu'il ne le serait pas pour engager la responsabilité de tiers. De plus, l'action en cessation n'est justifiée que lorsqu'il est démontré l'existence d'un acte de contrefaçon ou son imminence.

Mesures de prévention/cessation. L'une des difficultés majeures du mécanisme tient à trouver la mesure adéquate pour répondre à l'aspiration des ayants droit dès lors que celle-ci a été considérée comme légitime. Or, les moteurs de recherche mettent en avant un problème de faisabilité. Le moteur, à la différence de l'hébergeur, n'entretient aucune relation juridique avec les sites vers lesquels il dirige. Pas plus n'est-il en mesure d'influer sur leur stockage. Un levier est d'enjoindre au moteur de diminuer la visibilité du contenu illicite dans ses résultats. L'une des objections opposées par les moteurs de recherche à l'égard de la mise en place de procédures de prévention/cessation consiste à invoquer le caractère automatique de l'algorithme et sa « neutralité » qui serait mise à mal dans le cas où il leur faudrait changer les paramètres pour satisfaire aux requêtes des ayants droit. En outre, cette modification conduirait à réduire la pertinence de l'indice de popularité dans la recherche et donc à décorrélérer les résultats de l'atteinte raisonnable des utilisateurs. Il est en outre rappelé que toute injonction prise en application de cet article doit concilier impérativement la défense de la propriété intellectuelle avec le respect de la liberté d'expression. Or, cette liberté fondamentale permet de communiquer des informations, mais aussi d'en recevoir¹⁷⁰. Dans sa décision, sur la loi HADOPI, le Conseil Constitutionnel¹⁷¹ avait à cet égard émis une réserve d'interprétation à propos de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle considérant que toutes les mesures ordonnées doivent être « strictement nécessaires à la préservation » des droits concernés. En outre, la Cour de justice de l'Union européenne dans

169 CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09 - *L'Oréal e.a. / eBay*.

170 Déc. Cons. const., n° 2010-45, QPC, du 6 oct. 2010.

171 Déc. Cons. const., n° 2009 – 580 DC, du 10 juin 2009.

les décisions *SABAM*¹⁷², à propos de l'article 8.3 de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 (dont l'article L. 336- 2 est la transposition en droit français), décide que « la protection du droit fondamental de la propriété, dont font partie les droits liés à la propriété intellectuelle, doit être mise en balance avec celle d'autres droits fondamentaux », tout en soulignant que le droit d'auteur n'est ni « intangible », ni « absolu ».

Cette analyse n'est pas partagée par les ayants droit. Ces derniers considèrent que les moteurs entretiennent une opacité sur les modalités techniques de traitement et d'affichage des résultats de recherche et qu'ils n'ont pas apporté la preuve qu'ils ne seraient pas en mesure d'agir de manière efficace pour empêcher à titre préventif l'affichage de résultats. Ils estiment que les moteurs de recherche disposent de la capacité technique de paramétrer l'algorithme en excluant certains termes et qu'il convient donc de dépasser l'objection de la neutralité du moteur pour rechercher des solutions permettant la mise en œuvre de l'injonction. Ils s'appuient notamment sur la décision de la Cour d'appel du 14 décembre 2011 de Paris selon laquelle « *le fait de diffuser auprès de l'internaute l'expression "Lyonnaise de Garantie escroc" correspond à l'énonciation d'une pensée rendue possible uniquement par la mise en œuvre de la fonctionnalité en cause. Dénier cette caractéristique à ce message au motif qu'elle résulte de la mise en œuvre d'algorithmes, procède d'une analyse inexacte et controuvée en ce que : 1) l'objet de la société Google est la communication et la mise en circulation sur le net de pensées humaines, 2) le recours au procédé algorithmique n'est que le moyen d'organiser et de présenter lesdites pensées* »¹⁷³.

Mais cette décision a fait l'objet d'un pourvoi et la Cour de cassation dans un arrêt du 19 juin 2013¹⁷⁴ qui a cassé la décision de la Cour d'appel, au visa de la loi sur la presse, estime que « *Qu'en statuant ainsi, quand la fonctionnalité aboutissant au rapprochement critiqué est le fruit d'un processus purement automatique dans son fonctionnement et aléatoire dans ses résultats, de sorte que l'affichage des « mots clés » qui en résulte est exclusif de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche d'émettre les propos en cause ou de leur conférer une signification autonome au-delà de leur simple juxtaposition et de leur seule fonction d'aide à la recherche, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* » Par conséquent, en raison du caractère automatique du service, les juges ont estimé que le délit d'injure n'était pas constitué.

Est encore mise en exergue, à l'appui de l'argument de la faisabilité d'une désindexation intégrale¹⁷⁵, la solution adoptée par l'article 61 de la loi du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne selon laquelle « *le président de l'Autorité de régulation des jeux en ligne peut saisir le président du tribunal de grande instance de Paris aux fins de voir prescrire, en la forme des référés toute mesure destinée à faire cesser le référencement du site d'un opérateur...* »

Coordination nécessaire. Mots clés. Le constat de cette difficulté de purger totalement les mots-clés renvoyant à des contenus illicites est partagé avec les ayants droit. À cet égard, le SNEP en agissant contre le service Suggest avait établi une liste de sites communiquant des objets protégés en violation des règles de la propriété littéraire et artistique. Même si cette technique connaît des limites en ce sens que ces mots-clés ciblés peuvent rapidement être

172 CJUE, 24 nov. 2011 et CJUE, 16 févr. 2012, préc.

173 CA Paris, 14 décembre 2011, *Eric S. Google c/ Lyonnaise de garantie* : http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3303.

174 <http://juriscom.net/2013/06/cass-civ-1ere-google-c-lyonnaise-de-garantie-19-juin-2013>

175 Selon certains membres de la commission, il aurait été constaté par des agents assermentés que Bing, Yahoo et Google auraient pris des mesures au moins équivalentes à une telle désindexation pour les sites « *allostreaming.com* », « *alloshowtv.com* », « *allosshare.com* » et « *allomovies.com* », pour la presse belge en mesure de rétorsion, ou à la suite d'une erreur technique.

frappés d'obsolescence¹⁷⁶, le SNEP considère qu'il entre dans ses missions de contribuer à la mise à jour de cette liste. Au regard de cette analyse, on peut avancer que l'efficacité de la mesure d'injonction suppose une coordination entre les ayants droit et les moteurs, les premiers ayant la responsabilité d'actualiser les identifications des atteintes. Toutefois, cette solution ne règle pas toutes les difficultés pratiques puisque se pose la question de l'effet utile dans le temps de la décision d'injonction. Google a indiqué aux membres de la commission que l'initiative visant à renforcer la protection des ayants droit en supprimant certains termes pouvant avoir un lien avec la piraterie comme « torrent » ou « megaupload » de la liste des requêtes affichées aux internautes dans la barre de recherche avait été lancée avant l'arrêt *SNEP* du 12 juillet 2012 et que les termes litigieux évoqués dans le contentieux étaient déjà tous bloqués depuis 2011 lorsque l'arrêt a été rendu.

Par ailleurs, Orange rappelle que le droit positif impose que toute mesure, y compris d'actualisation, soit prononcée par l'autorité judiciaire. Etant donné que les injonctions prises sur le fondement de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle nécessitent d'instaurer une balance des intérêts entre, d'une part, le droit d'auteur et, d'autre part, les libertés fondamentales (liberté d'expression, liberté d'entreprendre), il est fondamental que, comme le précise expressément cette disposition que toute mesure, y compris d'actualisation, soit prise par un juge. Cette intervention judiciaire impérative a été soulignée par le Conseil constitutionnel¹⁷⁷ qui évoque « la juridiction saisie », par la Cour de cassation¹⁷⁸, par les juges du fond¹⁷⁹ et dans le récent Rapport Lescure¹⁸⁰.

4.3. Le déréférencement

Quid de la pratique unilatérale par Google de rétrogradation dans son *PageRank* ?

Google a mis en place dès l'origine une procédure de déréférencement de liens pointant vers des contenus portant atteinte aux droits d'auteur, procédure qui s'applique également aux vignettes qui s'affichent sur Google Images. Google a annoncé au mois d'août 2012 un changement important dans sa politique de référencement¹⁸¹ puisqu'il a intégré dans les paramètres de son *PageRank* le fait que certains sites ont été notifiés comme contrefaisants au regard de la procédure du DMCA (Digital Millennium Copyright Act) américain, même si le formulaire de notification précise que Google s'engage à répondre sur ce fondement ou sur le fondement de toute autre loi relative aux droits de propriété intellectuelle en vigueur¹⁸². L'existence et la réitération de telles notifications réalisées par des ayants droit « prioritaires » auraient désormais pour effet, au regard de leur volume, de faire descendre les contenus visés

176 Il est possible d'illustrer cela avec l'exemple du mot « torrent » qui n'est plus suggéré mais qui a en quelque sorte été « remplacé » par le terme « DDL » (Direct DownLoad).

177 Cons. const., n° 2009 – 580, DC, 10 juin 2009.

178 Cass. 1ère civ., 12 juillet 2012, n° 11-13.666 : le juge a « comme seule faculté d'ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause ».

179 TGI Paris, 10 févr. 2012 : « Il n'appartient pas à l'autorité judiciaire, gardienne constitutionnelle des libertés individuelles, de déléguer des prérogatives de son pouvoir juridictionnel sans qu'un texte législatif ne l'y autorise expressément »

180 Rapport Lescure, tome I, p. 35 : « il n'est pas concevable de laisser entre les mains des ayants droit » la mise en œuvre des injonctions prononcées par le juge

181 Procédure décrite sur la page suivante : <http://support.google.com/bin/static.py?hl=en&ts=1114905&page=ts.cs&ctx=go>

182 Engagement de Google sur le formulaire type de notification :

« Nous nous engageons à répondre aux notifications de violation de la loi de protection des droits d'auteur Digital Millennium Copyright Act (dont le texte peut être consulté, en anglais, sur le site Web de l'office américain des droits d'auteur (<http://www.copyright.gov>) et de toute autre loi relative aux droits de propriété intellectuelle en vigueur. »

Le formulaire type reprend l'intégralité des mentions prévues dans le DMCA classique et prévoit une volumétrie maximum de 1000 URL par jour.

par ces notifications dans le classement des résultats de Google, ce qui par marginalisation progressive conduirait à leur occultation (« *demotion*¹⁸³ »). Par ailleurs, Google a récemment annoncé la communication d'un rapport pour faire état des demandes formulées par les gouvernements pour retirer certains contenus. Le champ de ce *transparency report* a été étendu pour être transparent à la fois sur les demandes effectuées par les ayants droit et sur les retraits effectués. Google souhaite ainsi faire part tant de ses efforts quant à sa politique de retrait des contenus illicites que des progrès effectués sur le temps de retrait des contenus illicites¹⁸⁴. Alors qu'elle ne reçoit des notifications que pour moins d'1% de tout le contenu hébergé et indexé, cela représente 2,5 millions de demandes de retrait liées au droit d'auteur par semaine. Ces notifications sont en moyenne traitées en 6 heures. Google indique en outre, dans un autre registre, la mise en place de l'outil « Content ID¹⁸⁵ » sur le site de partage de vidéo YouTube qui permet aux ayants droit non seulement de protéger leur contenu en bloquant toute mise en ligne de contenu identique et non autorisée mais aussi de gérer leurs catalogues d'œuvres en autorisant par exemple leur diffusion dans certains pays (et en la "monétisant" grâce aux revenus publicitaires) et en la bloquant dans d'autres pays, en fonction des droits dont ils disposent.

Pratique des autres acteurs. Pour procéder au retrait des contenus litigieux, les moteurs de recherche appliquent un mécanisme de *notice and take down* classique. Par ailleurs, Bing a initié aux États-Unis des *principles for users generated contents services*. Concrètement, il s'agit d'une charte conclue par un certain nombre d'acteurs¹⁸⁶ dont la finalité est de mettre en œuvre une mécanique permettant d'établir de la façon la plus fluide possible cette procédure, de manière à éviter que les contenus retirés soient à nouveau communiqués au public. Il s'agit d'une démarche volontaire dans la mesure où, en France à tout le moins, il n'existe aucune procédure légale de ce type concernant les moteurs de recherche. Dans les cas les plus graves comme la pédophilie, le signalement est effectué par des associations ou agences gouvernementales et le moteur retire alors le lien de l'index¹⁸⁷. Il convient de préciser que les moteurs ne s'inscrivent pas dans une logique de filtrage *a priori*. La démarche est similaire concernant les contenus violant la propriété intellectuelle, à la réserve près que le contenu sera dénoncé par un titulaire de droit¹⁸⁸. Ainsi, les actions entreprises le sont sur un contenu précis et non sur un site dans sa globalité, ce qui suppose pour la personne agissant d'indiquer au moteur l'URL du contenu litigieux.

De manière générale, les moteurs, pour apprécier la légitimité de la requête, se fondent sur la « réputation » du demandeur ; certains ayants droit certifient agir en vertu d'un mandat tant spécial que général. Le risque de retirer un contenu violant la propriété intellectuelle qui ne serait pas illégal serait donc théorique. *A priori*, ce système fonctionne bien¹⁸⁹. Aucun des

183 La "demotion policy" pénalise les sites ayant fait l'objet d'un certain nombre de demandes de retraits pour violation de droits d'auteur en les "déclassant" de l'index, ce qui diminue ainsi leur visibilité sur le moteur de recherche et donc leur accessibilité. <http://insidesearch.blogspot.in/2012/08/anupdatetoursearchalgorithms.html>

184 La société Google précise qu'elle traite un nombre toujours croissant de notifications et plus rapidement que n'importe quel autre moteur de recherche. Pour trouver le transparency report, il convient de se reporter au lien suivant : <http://www.google.com/transparencyreport/removals/copyright/reporters/11759/StichtingBREIN/?p=2>

185 <http://youtubeglobal.blogspot.fr/2010/12/contentidturnsthree.html>

186 CBS, Fox, Dailymotion, Disney, Microsoft, Sony, Viacom...

187 Le moteur ne supprime pas la page sur laquelle est présent le contenu litigieux. Il ne supprime que le lien menant au contenu en question. En d'autres termes, lorsque plusieurs liens mènent au contenu litigieux, le titulaire de droit devra porter à la connaissance du moteur l'ensemble des liens dirigeants vers le contenu.

188 A titre d'exemple, Bing n'accède pas aux demandes tendant à ce qu'un filtrage généralisé soit opéré et dit s'entourer des mêmes précautions que celles prévues par l'article 6-I-5 de la LCEN relatif à la procédure de notification.

moteurs auditionnés ne mentionne avoir eu besoin de remettre en ligne un lien préalablement retiré suite à la requête d'un ayant droit.

Mécanisme juridiquement précaire. La commission du CSPLA s'est interrogée sur les modalités et la pertinence d'un tel mécanisme lors de la présentation qui en a été faite. En premier lieu, il faut souligner qu'il s'agit d'une pratique unilatérale prise à l'initiative des moteurs, sans qu'une loi ou une décision de jurisprudence ait à proprement parler instauré une obligation de ce type. Elle est donc de nature essentiellement commerciale et est contingente à la politique d'un acteur du marché à un moment précis. Il n'en découle aucune sécurité juridique pour les ayants droit s'agissant de la mise en jeu de cette procédure.

Respect du contradictoire ? En second lieu, cette rétrogradation s'appuie sur le droit américain et ne prend pas en considération les autres systèmes juridiques. Il convient donc, pour en bénéficier de procéder à une notification dans les termes de la loi américaine, et ce même si les contenus litigieux d'origine française par exemple sont présents sur des sites français, et accessibles depuis la France. Il n'est pour l'heure pas question de dupliquer ce système au niveau européen en s'appuyant sur les solutions prévues dans la directive e-commerce. Si certains membres de la commission estiment que la procédure à laquelle il est fait référence ne présente aucun caractère contradictoire, d'autres considèrent que cette garantie est assurée par le fait que les notifications rendues publiques. En effet, ils soulignent que chaque résultat déréférencé fait l'objet d'un message d'information sur la page de résultat sur laquelle l'URL figurait avant son déréférencement ; que ce message d'information comporte un lien de redirection vers le site Chilling Effects, qui a reproduit la notification (laquelle comprend notamment le nom du notifiant et de son pays). De plus, le formulaire de notification comprend 2 déclarations sur l'honneur : l'une selon laquelle le notifiant déclare en toute bonne foi que l'utilisation des œuvres protégées par des droits d'auteur mentionnées ci-dessus n'est pas autorisée par le propriétaire des droits d'auteur, son représentant ni la loi et l'autre, où il déclare sur l'honneur que les informations contenues dans la notification sont exactes et qu'il est le titulaire des droits d'auteur ou qu'il est autorisé à agir au nom du titulaire d'un droit exclusif faisant l'objet d'une violation présumée. Enfin, chaque notification publiée comprend un lien permettant à l'éditeur du contenu dont le retrait a été effectué de contester le déréférencement (*a DMCA counter-notice*¹⁹⁰).

Par ailleurs, le mécanisme s'appuierait sur l'idée selon laquelle certains ayants droit sont « plus égaux que d'autres » dans la mesure où ils bénéficient d'une présomption de ce que leur notification est bien fondée, notamment lorsqu'il s'agit d'ayants droit institutionnels tels que des sociétés de gestion collective. Bien qu'elle trouve une assise dans le Code de la propriété intellectuelle pour ces dernières et pour les organismes de défense professionnelle¹⁹¹ en raison de la spécificité de leurs missions, la mise en œuvre de cette présomption dans le système proposé par le moteur est pour l'heure fondée sur des assomptions floues et conduit à une discrimination de fait entre les titulaires présumés d'après les standards propres à ce système et les autres, qui devront démontrer leur qualité et le bien fondé de la notification. Si ces pratiques étaient vérifiées, il conviendrait que les modalités de traitement privilégié des demandes soient clairement identifiées¹⁹².

Lorsqu'il n'est pas instauré de mécanisme permettant à celui dont le contenu/site est dégradé dans le classement de contester le bien fondé de cette décision, il n'aura sans doute qu'une

189 Même s'il est fait état que certaines améliorations pourraient encore être apportées notamment en termes de délais de réponse. Aujourd'hui, les requêtes de retrait de liens sont traitées entre 24 et 48 h.

190 Description à la page suivante : http://support.google.com/bin/request.py?contact_type=lr_counternotice&product=websearch

191 Articles L. 321-1 et L. 331-24 du Code de la propriété intellectuelle.

192 Il semblerait, par exemple qu'en plus de la procédure habituelle, un programme particulier permette d'envoyer des demandes de suppression de manière groupée sans limitation de volume par jour.

connaissance accidentelle a posteriori. Or, on ne peut pas exclure qu'une notification inappropriée voire malicieuse précipite les contenus légitimes dans les tréfonds du classement, suscitant pour le site une baisse de trafic et d'activité qui lui fait grief. Bien qu'il n'existe pas de droit à être référencé en rang utile, il se peut que le comportement du moteur cause un préjudice.

Neutralité des moteurs ? Cette politique est susceptible de prêter le flan à certaines critiques déjà articulées à l'encontre de Google sur la neutralité de son moteur vis-à-vis de ses propres services. Il n'est pas exclu que la politique de dégradation du *PageRank* serve les intérêts du moteur pour les contenus qu'il souhaite mettre en avant. Plus généralement, le choix d'intégrer dans son algorithme de classement des considérations sur la licéité éventuelle des contenus référencés constitue un changement de paradigme par rapport au discours précédemment tenu par les moteurs de recherche.

La question du déréférencement. Précarité. Les discussions afférentes au déréférencement ont mis en exergue plusieurs difficultés pratiques et notamment le caractère temporaire de l'opération. À supposer que le prestataire de référencement supprime le contenu litigieux de la liste des objets référencés par son service, il ne peut le faire qu'à propos d'une URL spéciale. Si le contenu est à nouveau présent sur la toile sous une autre adresse, il pourra être à nouveau référencé sans que le prestataire de référencement ne soit nécessairement en mesure de savoir qu'il s'agit du « même » contenu. Par conséquent, une « injonction » de déréférencer, au sens d'une suppression totale de la référence, n'aura qu'un effet limité dans le temps. Il est en revanche possible, comme évoqué plus avant, de marginaliser la référence dans la liste des résultats.

Problème du « stay down » du déréférencement. Qu'en est-il de la mise à la charge des prestataires de référencement d'une obligation de « stay down », consistant à s'assurer que le contenu déréféréncé le reste ? Comme il a été dit, une première objection technique peut se faire jour dans la mesure où c'est une localisation qui est référencée et non un contenu en tant que tel. Que la localisation change, le contenu écarté ressurgira éventuellement dans les résultats, sauf à pouvoir « marquer » un contenu litigieux. En outre, comme il a été vu précédemment, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation résultant notamment des arrêts du 12 juillet 2012 se montre hostile à une obligation de *stay down* à la charge des fournisseurs d'hébergement. *Par analogie*, on peut penser que cette solution s'applique aux autres prestataires intermédiaires de la société de l'information tels que les moteurs de recherche. En effet, le contrôle d'un contenu est encore moins aisé pour un moteur de recherche que pour un hébergeur. Il est plus facile d'empêcher la réitération des contenus illicites sur un site comme Youtube avec la mise en place de technologies de type *content ID* que sur un moteur de recherche qui n'a pas nécessairement connaissance de lui-même de la création d'un nouveau site qui mettrait à nouveau en ligne un contenu illicite préalablement retiré. Toutefois, certains ayants droit considèrent qu'une telle opération d'identification des contenus illicites demeure possible, notamment par le biais des techniques de finger-print, notamment sur les images.

Possible filtrage local ? Un membre de la commission s'est interrogé sur le filtrage territorial et notamment sur le fait de savoir si celui-ci est organisé à partir du moteur de recherche ou ailleurs sur le réseau (par exemple par reconnaissance d'adresse IP). Il lui a été répondu par les spécialistes techniques qu'il serait impossible d'identifier la « nationalité » d'une page mais qu'on peut, en revanche, identifier la nationalité de l'hébergeur du contenu, *via* des bases de données qui associent les adresses IP avec des adresses physiques. Il est loisible de s'interroger sur l'efficacité des procédures de déréférencement dès lors que des liens peuvent rester actifs sur un autre site. D'autres leviers sont éventuellement possibles pour agir « localement » en coupant les remontées des ressources publicitaires de sites proposant des

contenus illicites (stratégie *follow the money* développée notamment dans le rapport Lescure¹⁹³).

4.4. Le référencement électif

La marginalisation de la contrefaçon par surexposition des contenus licites. Bien qu'elle ne relève pas directement d'une stratégie de lutte contre la contrefaçon, la possibilité pour les ayants droit de choisir ou de participer au choix du référencement de leurs contenus peut constituer un moyen de « marginaliser » les contenus contrefaisants et doit être étudiée notamment dans cette perspective. Ainsi, le référencement électif pourrait constituer le pendant positif du déréférencement, la mise à l'écart des sites contrefaisants se faisant de manière automatique lorsque le contenu licite apparaît en priorité ou est rendu plus visible.

Choix du service de référencement ? Les services de référencement enrichissent de plus en plus les résultats qu'ils proposent et ne se limitent plus à la présentation d'un simple lien hypertexte pointant vers le contenu référencé. La question du choix du référencement est donc double. Dans un premier temps, cela consiste à savoir s'il est possible pour un titulaire de droit de choisir d'être référencé sans que le moteur ne puisse enrichir avec ses œuvres les résultats qu'il propose à l'internaute. Dans un second temps, eu égard à l'évolution du secteur du référencement (notamment avec le développement des moteurs pair à pair ou des réseaux sociaux), cela consiste à s'interroger sur les possibilités de sélectionner le moteur sur lequel le fournisseur de contenu souhaite être référencé. En d'autres termes, existe-t-il des moyens juridiques et/ou techniques permettant aux titulaires de droit de « configurer » leur référencement ?

Les enjeux économiques peuvent être importants pour certains modèles d'affaires fondés sur la publicité. En effet, dans un tel cadre, le titulaire du site, qui souhaite que son site génère du trafic, préfère que l'œuvre contenue ne soit visible que depuis son site. Si elle est visible également depuis les résultats enrichis des moteurs de recherche, il est à craindre que l'internaute ne se dirige plus vers le site source qui perd éventuellement du trafic et des recettes publicitaires. En outre, il est possible de pointer d'autres difficultés liées « à l'oubli » sur Internet. En effet, ainsi qu'il a pu en être fait état, certains artistes, qui ont par exemple travaillé sur des projets ne correspondant plus à leur image, souhaiteraient que les contenus y afférents ne soient plus référencés. Le modèle d'affaires peut amener à varier sensiblement les positions. Le titulaire sera d'autant plus fondé à choisir les modalités de son référencement qu'on aura reconnu l'existence d'un droit exclusif à son bénéfice sur ces actes. À défaut, le titulaire ne peut plus que « subir » le référencement et chercher à limiter le caractère éventuellement nuisible de l'activité de référencement à son égard par d'autres outils juridiques (concurrence déloyale...).

Sur-référencement ? La commission s'est interrogée sur l'option prise par Google de faire descendre les contenus litigieux alors que le moteur s'oppose par ailleurs à toute solution de sur-référencement pour les sites « labellisés » licites¹⁹⁴. L'opérateur invoque une impossibilité technique et également les difficultés de classement issues d'un tel mécanisme. Un même contenu peut en effet se retrouver de manière licite sur des sites différents qui le proposent au public. Ces sites ont une égale vocation à être « labellisés » et il n'est pas du ressort du moteur d'établir un classement entre ces derniers. Les moteurs de recherche font en outre valoir un argument de liberté d'expression, considérant qu'il n'appartient pas aux ayants droit

193 Rapport Lescure, p. 35 et fiche C-7.

194 Aux techniques « in page » s'ajoutent les techniques « off page » qui sont des critères dits « au sujet du site » et qui prennent en compte la popularité (*PageRank*), la réputation (analyse des textes d'ancres des liens qui pointent vers la page) ou encore la confiance (par exemple Google aura plus confiance dans les vieux sites que dans les sites récents). Tout cela est basé sur le lien qui est donc au centre des algorithmes mis en place par les moteurs de recherche.

d'influencer la manière dont se réalise le référencement d'un contenu car une telle prétention pourrait s'apparenter à une forme de censure ou de promotion injustifiée.

Référencement payant. Une option simple pour « monter » dans les résultats d'un moteur de recherche est bien évidemment d'utiliser son système de référencement payant s'il en a élaboré un. De cette manière, en choisissant les mots clés idoines, le titulaire du site est assuré de jouir d'une visibilité accrue dans la page de résultats. Mais la solution n'est pas suffisante dans une situation où le référencement naturel prend l'ascendant sur le référencement payant comme indicateur de visibilité (voir supra partie 1).

Difficile optimisation par les titulaires. La tentation existe dans le chef des ayants droit à recourir à des mécanismes d'optimisation de la visibilité de leurs contenus. Ainsi, ils attestent utiliser de plus en plus les réseaux sociaux pour créer des communautés de fans¹⁹⁵ et faire connaître ainsi leurs œuvres. Mais cette voie est difficile en raison des réticences opposées par les prestataires de référencement qui veulent rester maîtres de la configuration de leurs résultats. Or, comme on l'a vu plus haut, le principal moteur demeure hostile à ces techniques et s'efforce de les déjouer. Mais les *guidelines* de Google¹⁹⁶ sont floues : le simple fait d'embaucher une agence ayant pour objet d'optimiser le site serait en soi contraire à ces prescriptions. Si le comportement est considéré comme violant ces préconisations, le moteur envoie un message pour informer de la pénalité (en général la rétrogradation du site dans le classement). Il est possible, pour mettre fin à cette pénalité, de remplir un formulaire de « reconsidération du site ».

Par ailleurs, la commission s'est interrogée sur l'harmonisation des règles en fonction des moteurs de recherche ; l'optimisation de son site pour Google produira-t-elle les mêmes effets chez Bing ? Dans la mesure où le poids que les moteurs accordent à chaque critère est différent, ceci est susceptible de faire varier sensiblement les résultats. Ainsi les coûts d'optimisation doivent être dupliqués et supposent une adaptation constante du contenu aux modifications permanentes des algorithmes. Seuls les ayants droit férus d'informatique ou fortunés peuvent s'assurer une visibilité importante par ces techniques.

Liberté d'expression. L'argument de la liberté d'expression est souvent avancé pour s'opposer aux demandes de sur-référencement. Il n'emporte cependant pas pleinement la conviction dans la mesure où Google en acceptant de procéder à la rétrogradation d'un contenu sur notification DMCA, agréé d'ores et déjà à ce que le *ranking* reflète l'influence de l'action des ayants droit. Pourquoi cet argument pourrait-il jouer dans un sens (occultation de certains contenus) et non dans un autre (promotion) ? Par ailleurs, l'évocation de la liberté d'expression mérite d'être davantage pesée en fonction des modalités de la prestation de référencement. Il n'est pas certain que le prestataire de référencement puisse toujours se prévaloir de cette liberté à son bénéfice. En effet, dans la mesure où les moteurs de recherche disent déterminer leurs systèmes de référencement selon des caractéristiques purement techniques, on peut se demander si de cette démarche mécanisée, résulte une « expression ». Dans ce cas, la liberté d'expression visée n'est pas celle du prestataire mais celle des sites répertoriés. De plus, il n'est pas acté que cette liberté serait plus obérée par un mécanisme de sur-référencement que par une technique de dé-référencement.

Si les critères retenus sont ceux de l'audience ou de la visibilité des sites, il est loisible de s'interroger sur le bénéfice de la liberté d'expression revendiquée par l'opérateur puisqu'il se contente de refléter un état technique, sans opérer de commentaire subjectif et sans délivrer un message signifiant. Si, au contraire, le prestataire de référencement revendique la subjectivité

195 Ceci permet notamment de faire connaître les œuvres en dehors des frontières françaises.

196 La commission s'interroge par la suite sur les modalités de prise de connaissance de ce qui est ou non permis par Google. Le spécialiste de SEO auditionné par la commission conseille de consulter son site : www.abondance.com.

de ses résultats, et opère un travail de tri, voire de commentaire, à propos des contenus qu'il répertorie, la prétention de libre expression semble alors légitime.

Par ailleurs, la logique de sur-référencement est déjà à l'œuvre dans le contenu même de certaines œuvres de presse à raison de l'importance du positionnement dans le moteur de recherche pour la survie du titre. En moyenne, les gros titres de presse génèrent environ 50% de leur trafic sur Google. Sur ces 50%, entre 45 et 50% de ce trafic provient de Google News. L'enjeu d'être bien référencé est devenu tel pour les sites de presse que les journalistes adaptent leur papier pour pouvoir répondre à cette exigence en procédant à la réécriture et/ou à l'actualisation d'un article. Ainsi, la liberté d'expression est elle-même menacée par la position dominante de certains prestataires de référencement.

Labellisation ? Concernant la possibilité de privilégier le contenu licite, une solution pourrait être trouvée en passant par la voie de la « labellisation »¹⁹⁷. Cette piste de la labellisation des contenus fait l'objet de travaux au sein de la HADOPI, laquelle a développé les labels et examine la possibilité de lier la détention de ce label avec un mécanisme de sur-référencement dans les moteurs. Cependant, cette démarche n'est pas sans susciter des difficultés, notamment quant à son étendue territoriale. La logique est, par exemple, difficilement transposable au territoire européen, sauf à créer une instance communautaire spécialement dédiée à ces questions. Toutefois, certains membres de la commission estiment que dans la mesure où les moteurs de recherche priorisent les résultats en fonction du territoire d'où émane la demande (ainsi Google France est un moteur spécifique), la démarche proposée apparaît tout à fait envisageable. Il faut cependant rappeler que la labellisation est relative à un site alors que le moteur va référencer des contenus. À cet égard, il faut prendre garde à ne pas confondre labellisation et promotion. L'idée d'un portail permet d'informer le consommateur sur la licéité du produit mais ne le fait pas nécessairement connaître.

Listes blanches. Une piste complémentaire serait de s'attacher à la création de listes blanches (à l'instar de ce qui existe pour la protection de la jeunesse). L'établissement d'une telle liste suppose de déterminer l'autorité en charge et la nature des obligations des intermédiaires techniques y afférentes. Ce type de listes pourrait être établi par des mécanismes de concertation entre prestataires et ayants droit dans une enceinte neutre. Le mécanisme pourrait instaurer une présomption de licéité des contenus qui figurent sur les sites intégrant la liste blanche, indépendamment d'une identification de chacun de ces contenus. Cela pourrait peut-être permettre de faire évoluer les partenariats entre les sites et les ayants droit. Le prestataire de référencement pourrait s'appuyer sur cette présomption « globale » de licéité du site.

Démarche volontaire des moteurs. Il est possible de citer une initiative de Google qui se rapproche de cette voie. Il s'agit du site *Music search* qui permet de cliquer sur le bouton « *download* » d'un site légal. Cette solution est le fruit d'accords entre Google et l'industrie musicale, d'une part, et Google et les plateformes en ligne, d'autre part. Ces différents services permettent de mieux mettre en avant l'offre légale. Il convient de réfléchir au processus consistant à demander aux moteurs d'éditorialiser des sites en privilégiant l'indexation des sites qui auraient le bon label. L'exemple existe déjà avec les contenus communiqués au public sous licences *creative commons*¹⁹⁸. Il n'est pas nécessaire de remettre en cause la nature des activités de référencement mais de trouver des solutions pragmatiques. Ainsi, on peut songer à préconiser l'ajout d'un onglet spécifique « offre légale ». On peut encore penser au développement de moteurs spécialisés qui, à l'heure actuelle, n'existent que dans le cadre de sites particuliers.

197 Cette voie a été empruntée par le cinéma sous l'impulsion du législateur qui a chargé le CNC de labelliser les sites légaux permettant d'accéder aux œuvres. *A priori*, pour le moment, les résultats concrets se font attendre.

198 Google est l'un de ceux qui permettent à l'internaute d'être dirigé exclusivement vers ce type de contenus.

Amélioration des métadonnées. Selon l'ADAGP, le service Google Images qui permet aux internautes de visualiser des images sans passer par le site source porte une atteinte à l'information sur le régime des droits¹⁹⁹. Pour éviter ce phénomène, il serait possible de réfléchir sur la mise en place d'une base de données²⁰⁰ qui donnerait des informations sur la titularité des œuvres. Cela permettrait aux prestataires techniques de fonctionner techniquement, tout en assurant aux ayants droit une possibilité d'identifier plus efficacement leurs œuvres. Cependant, la mise en place d'une telle base de données est difficilement applicable concernant l'image car dans ce domaine, il n'y a pas de normalisation commune. Il conviendrait en outre de réfléchir aux mécanismes visant à garantir l'opposabilité de ces métadonnées aux différents prestataires de référencement et en garantir la « portabilité ».

Objections. Selon certains ayants droit, une amélioration des métadonnées n'empêcherait pas la piraterie en matière musicale, à défaut de coupler l'instauration d'une telle base de données avec l'obligation pour le prestataire de vérifier si l'œuvre qu'il s'apprête à référencer est contenue ou non dans la base. Par ailleurs, la solution pose problème du point de vue de la convention de Berne qui mentionne que les œuvres de l'esprit ne sont pas soumises à des formalités pour être protégées. En effet, dans un tel cas de figure, l'ayant droit ne faisant pas l'effort de figurer dans la base de données ne recevrait pas effectivement la même protection de son droit. Bien qu'elle n'affecte pas l'existence du droit mais seulement son exercice, l'exigence de telles formalités reviendrait en pratique à compliquer l'accès effectif à la protection pour les titulaires qui ne s'en acquittent pas.

Mesures techniques de protection. Des mesures techniques permettent aux responsables de sites de maîtriser l'établissement des liens effectués vers leurs ressources ou de gérer l'accès à celles-ci. Il est possible de protéger l'accès à un site, à certaines de ses pages ou de ses fichiers, par une clé d'entrée (comprenant généralement un nom d'utilisateur et un mot de passe). Cette technique est couramment utilisée par les sites qui possèdent une partie réservée à leurs abonnés. Elle n'empêche pas, à proprement parler, l'établissement de liens vers les pages d'un site, mais seules les personnes ayant obtenu une clé pourront consulter le contenu référencé. Il appartient donc à ceux qui, acheminés vers les pages protégées mais ne disposent pas d'une telle clé, de s'en procurer une auprès du contact désigné sur la page bloquée.

Certains liens pourraient néanmoins être assortis d'une technologie destinée à contourner les mesures de protection. Cette situation, que la commission n'a pas étudiée, renvoie à la protection juridique des mesures techniques traitée par la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Si le lien réalise un contournement au sens de ce texte et des lois de transposition, il est passible de sanctions.

199 Voir article 12 du traité OMPI et 7 de la directive DADVSI de 2001.

200 Il pourrait s'agir d'un registre type « CNC » mentionnant la titularité et les chaînes de droits.

5. Les solutions alternatives à l'application des règles actuelles du Code de la propriété intellectuelle

Le refoulement partiel ou total des règles « classiques » de la PLA. Pour les tenants du refoulement des règles de la PLA, celles-ci sont en l'état partiellement inadaptées aux enjeux du référencement. Toutefois, un consensus semble se dégager, parmi les ayants droit tenants de cette approche, sur la nécessité d'opérer un partage de valeur équitable entre les titulaires de droits de propriété intellectuelle et ceux qui tirent des bénéfices du référencement des contenus protégés. Cela suppose d'établir des solutions juridiques alternatives telles que la création d'un droit voisin ou d'une action spéciale fondée sur la théorie de l'enrichissement sans cause. Ces options ne sont pas partagées par les acteurs du référencement qui considèrent que le référencement ne soustrait aucune valeur économique aux titulaires mais contribue au contraire à accroître leur volume d'affaires, en conférant aux contenus une plus grande visibilité sur les réseaux.

Plusieurs propositions se sont fait jour pour envisager de nouvelles modalités de partage de valeur entre les prestataires de services de référencement et certains acteurs de la culture et de l'information. Certaines de celles qui suivent reflètent les options poussées par différentes catégories de titulaires de droit, eu égard à certaines opérations de référencement, dont ils estiment qu'elles nécessitent l'adoption de règles ad hoc. On en dressera le schéma rapide ci-dessous avant de détailler certaines de ces options. La voie de la taxe affectée n'ayant pas fait l'objet des travaux au CSPLA²⁰¹, nous nous contentons de la citer ici comme option possible, sans l'approfondir. Par ailleurs, sera également envisagée la voie de « l'*opt out* » préconisée par certains acteurs du référencement comme contre-modèle souhaitable de l'autorisation préalable.

5.1. La création d'un droit voisin

La piste du nouveau droit voisin. Les éditeurs de presse dans plusieurs pays (Allemagne, Italie, Suisse, France, etc.) ont récemment poussé des projets de consécration d'un nouveau droit voisin à leur bénéfice permettant de monétiser l'utilisation des contenus de presse par les services de référencement ou d'agrégation. Cette initiative repose sur le constat selon lequel ces services sont généralement prestés à des fins commerciales et occasionnent des revenus auxquels la presse -par ailleurs en crise en raison de la mutation numérique - n'est pas associée. L'hypothèse de la création d'un droit voisin répond à diverses raisons selon les systèmes juridiques et les options politiques. L'une d'elles est la liberté des États au plan international ; si en effet l'initiative reposait sur le droit d'auteur ou les droits voisins, il conviendrait que le fait générateur du droit exclusif soit clairement identifié mais également qu'il réponde aux définitions internationales ou européennes des droits. Or, l'une des assertions sur lesquelles s'appuie ce projet de droit voisin tient précisément à ce que les actes de référencement ne rentreraient pas dans les catégories des droits existants. Une autre visée de ce projet consiste à gratifier une nouvelle catégorie d'opérateurs d'un droit spécial à leur activité, droit réclamé par la profession, notamment pour s'affranchir de son statut de simple cessionnaire des droits d'auteur dans un contexte de négociation parfois délicat avec les journalistes.

La voie française (provisoirement ?) délaissée. Bien qu'il ait été brièvement évoqué l'hypothèse d'un droit voisin sur l'hyperlien pointant vers les titres de presse, la proposition poussée par certains acteurs de la presse française était en fin de compte fondée sur les opérations de « *search* » à savoir le *crawl* régulier des contenus des titres de presse afin de « réchauffer » le moteur par l'information fraîche et pertinente. En passant plusieurs fois par jour sur ces contenus, les moteurs glanent des occurrences qui leur permettent de proposer des réponses plus riches à leurs clients. Les éditeurs français considéraient donc que cette

201 Voie explorée à d'autres destinations par le rapport Lescure, à propos de l'éventuelle création d'un compte de soutien à la transition numérique des industries culturelles. Fiche B-11.

opération, dont ils estimaient –sans autre démonstration- qu'elle ne relevait pas en soi des règles de la PLA actuelle, devait donner lieu à une rémunération par les moteurs. Bien que la commission n'ait pas eu accès au projet de texte soumis par les éditeurs, ces derniers lui en ont délivré les grandes lignes lors d'une audition en 2012. Ce nouveau droit devait être conféré aux seuls éditeurs de presse, à raison du travail d'éditorialisation des contenus de presse sous forme numérique. La création d'un droit voisin était finalement assise sur les opérations de *search*. Quant à sa structure, il devait être conféré sous la forme d'un droit exclusif se novant en droit à rémunération assis sur les susdites exploitations.

Cette proposition a reçu l'appui politique du président de la République qui a engagé Google à entrer en négociation avec les éditeurs de presse pour déterminer les modalités de rémunération des utilisations, sous la menace d'une législation consacrant un tel droit voisin. Il s'en est suivi une médiation sous les auspices de monsieur Schwartz, laquelle a débouché le 1^{er} février 2013 sur un accord qualifié d'historique entre Google et les éditeurs de presse. Google s'est engagé à verser 60 millions d'euros à un fonds d'aide à la presse pour accélérer la transition vers le numérique et à offrir un recours facilité des éditeurs de presse aux instruments commerciaux de Google (AdSense, AdMob, AdExchange...) pour mieux monétiser leurs audiences, en contrepartie de quoi la menace de la création d'un droit voisin brandie par les pouvoirs publics a été écartée. Le contenu de ce protocole est demeuré confidentiel et la commission n'a eu connaissance que des éléments relatés publiquement. Si la presse française s'est globalement félicitée de l'accord, la presse étrangère s'est montrée plus sévère, qualifiant le protocole d'économie de bazar²⁰². Angela Mills, directrice de l'*European Publisher Council* résume la position de son association poussant la création d'un droit voisin, mais hostile à cet accord, comme suit : *"Cet accord passé entre Google et un groupe d'éditeurs français ne traite pas le problème de fond de l'utilisation frauduleuse et de la monétisation des contenus, et ne donne pas à la presse en ligne des revenus financiers stables"*.

Limites du projet français. La démarche française initiale n'était pas sans poser de difficultés à la fois théoriques et pratiques. Théoriques, dans la mesure où la création d'un droit voisin est en principe un acte important qui suppose que l'on détermine la valeur produite par le titulaire justifiant qu'on lui accorde un monopole légal d'exploitation, dérogeant à la règle de la libre concurrence. Or, les éditeurs identifiaient difficilement ce qui, dans ce qui fait l'objet du référencement, relève d'un travail ou d'une création propre de leur part, distincte de la reprise des articles couverts par le droit d'auteur des journalistes. En outre, dans le projet français, il n'apparaissait pas clairement que les auteurs des articles seraient associés aux bénéfices retirés des opérations de référencement. Or, les éditeurs de presse sont en principe cessionnaires des droits d'auteur des journalistes et pourraient, à ce titre, se prévaloir de ces droits sur les œuvres. Lors de l'audition des éditeurs de presse devant la commission, il a été rappelé par certains membres qu'un principe cardinal de la propriété intellectuelle veut que la consécration d'un droit voisin ne se fasse pas au détriment de la reconnaissance des droits d'auteur. Par ailleurs, sur le plan pratique, le système proposé – dans la limite de ce que la commission a pu en connaître - souffrait d'une certaine imprécision, à la fois quant au fait générateur du droit voisin (quelle opération réalisée par l'éditeur justifie que le droit lui soit attribué), quant au champ d'application du droit (quelle opération de référencement est-elle soumise au droit ?), quant à la structure du droit (droit exclusif ou droit à rémunération ?) et quant à la répartition de la valeur économique découlant de son exercice entre les éditeurs et les journalistes. Ainsi, si elle devait éventuellement être réactivée au-delà de l'accord Google, la voie du droit voisin appellerait certaines clarifications.

202 <http://www.lesechos.fr/entreprises-secteurs/tech-medias/actu/0202610222742-lex-google-l-allemande-critique-la-methode-francaise-543781.php>

La piste du nouveau droit voisin. La voie allemande consacrée. L'idée de la consécration d'un droit voisin pour les éditeurs de presse lié au référencement des contenus a également été poussée dans d'autres pays européens dont l'Italie et la Suisse. Répondant aux revendications des principaux éditeurs, le gouvernement allemand (coalition des partis démocrate-chrétien – CDU-CSU – et libéral – FDP –) a présenté un projet de loi introduisant dans le droit d'auteur allemand un droit voisin au profit des éditeurs de presse pour la mise à disposition du public à des fins commerciales (*gewerblich*, professionnel, industriel) de « produits de presse » (*Presseerzeugnis*²⁰³). Le projet de loi a été voté par les deux chambres, le 1er mars par le Bundestag, le 22 mars 2013 par le Bundesrat, malgré de vives oppositions²⁰⁴. Les éditeurs de presse se voient reconnaître le droit exclusif d'autoriser la mise à disposition de produits de presse ou de parties de ces produits (§ 87f (1) UrhG), sauf des « *mots isolés ou du plus petit extrait de texte* ». Cet ajout résultant d'un amendement final notamment pour écarter l'emprise du droit sur le service Google search. Ce droit est transmissible (§ 87g (1) UrhG). Il s'éteint un an après la publication du produit de presse (§ 87g (2) UrhG). Le § 87g (3) UrhG précise que l'exercice de ce droit ne peut se faire au détriment des auteurs des contributions visées ; que la mise à disposition de produits de presse, ou de parties de ces derniers, est autorisée tant qu'elle n'est pas faite par « un fournisseur commercial de moteur de recherche ou un fournisseur commercial de service » et que les limitations de la loi sur le droit d'auteur s'appliquent (§ 87g (4) UrhG). Enfin, l'auteur doit participer équitablement à la rémunération. De l'avis des premiers commentaires, la notion de courts extraits n'est pas définie par la loi et laisse augurer de batailles juridiques homériques si elle n'est pas davantage précisée.

Généralisation en matière de presse ? Comme il a été dit, l'initiative de créer un droit voisin pour la reprise des contenus de presse prospère dans le monde entier et est à l'origine de projets de lois ou interventions politiques variées. Bien que Google, principalement intéressé, s'y montre hostile, une volonté semble désormais affichée dans de nombreux pays de procurer aux éditeurs de presse des moyens de négociation efficaces pour leur permettre de monétiser l'utilisation des contenus des journaux qui, pour l'heure, se fait sans accord préalable et sans paiement. Une des difficultés de cette situation vient de l'absence de démarche commune des éditeurs, en dépit de la création d'alliances internationales. En effet, la multiplication des initiatives est susceptible de conduire à une complexification du paysage juridique pour les opérateurs du référencement qui devront jongler simultanément avec des règles différentes pour proposer le même service. Ainsi la proposition allemande conduit à des résultats inverses à ceux que visait la démarche française puisque la première vise essentiellement les services d'agrégation de presse et non les opérations de référencement proposées par les moteurs, alors que l'initiative hexagonale était essentiellement orientée vers les services de *search* de Google.

Or, bien qu'en matière de presse, la contrainte linguistique permette, dans une certaine mesure, de « territorialiser » les services de référencement ou d'agrégation de contenus, il appert que ceux-ci peuvent également comporter intrinsèquement une dimension internationale, notamment lorsqu'ils visent des contenus écrits en langue anglaise ou encore des images. Partant, si elles ne sont pas coordonnées, ces initiatives de création d'un droit

203 Merci à Sylvie Nérissou pour sa retranscription de l'essence de la loi. On entend au sens de la loi nouvelle par Produit de presse la « fixation rédactionnelle et technique de contributions journalistiques dans le cadre d'un recueil publié périodiquement sous un titre et sur tout type de support, qu'il convient de considérer comme essentiellement éditoriale et qui ne sert pas essentiellement à l'autopromotion » (§ 87f (2) UrhG).

204 Le Bundesrat a ainsi voté le projet voté par le Bundestag, mais il a aussi le même jour voté une résolution appelant à légiférer de nouveau afin de « fixer les règles du jeu dont les auteurs, les éditeurs et les opérateurs de plateformes ont besoin et qui permettent une juste pondération de leurs intérêts, pour garantir la liberté numérique ». [Lien vers la résolution : http://www.bundesrat.de/cln_320/nr_2372724/SharedDocs/Drucksachen/2013/0101-200/162-13_28B_29.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/162-13%28B%29.pdf]

voisin risquent assez vite de s'apparenter à un maquis juridique inextricable, susceptible de nuire au développement des services de référencement et à la visibilité des sites de presse. En outre, si certains acteurs du référencement sont susceptibles de composer avec une telle complexité juridique et avec les coûts occasionnés en raison de leur stature, les petits opérateurs risquent d'être évincés, au détriment de la diversité des sources d'information.

Opportunité de la création d'un droit voisin pour la presse seulement ? Une autre difficulté suscitée par la proposition de création d'un droit voisin est liée à la limitation du système au domaine de la presse. Certains membres de la commission ont fait valoir que les spécificités avancées par la presse pour justifier la création d'un droit voisin limité à ce secteur (importance stratégique des contenus pour le réchauffement du moteur, etc.) n'étaient pas déterminantes et que la *ratio legis* d'un nécessaire partage de valeurs se retrouvait également pour d'autres catégories de contenus. En outre, en l'absence d'identification claire des actes occasionnant le déclenchement d'un éventuel droit voisin, la ligne de démarcation avec les règles existantes demeure floue.

Ainsi, la commission s'est interrogée sur le fait de savoir si la revendication des éditeurs ne pouvait pas s'appuyer sur les droits d'auteur dont ils sont cessionnaires pour contrôler l'indexation des articles. À également été discutée l'opportunité de la création d'un droit voisin alors que le droit *sui generis* sur les bases de données était susceptible de couvrir les actes d'extraction qualitativement ou quantitativement substantiels opérés par les acteurs du référencement. Il a été notamment suggéré que le travail d'éditorialisation numérique et d'indexation des contenus réalisé par les éditeurs était susceptible de leur conférer, en raison des investissements substantiels réalisés, le statut de producteur de base de données et par conséquent, la possibilité de monétiser ces extractions. En outre, la jurisprudence de la Cour de Justice, dans son arrêt *Direct média*²⁰⁵, a précisé que l'extraction pouvait n'être qu'intellectuelle et qu'il n'était pas nécessaire de prouver l'existence d'une copie « physique » de la base pour faire jouer le droit *sui generis*. Par conséquent, il n'est nul besoin de démontrer l'extraction effective des informations, il suffit de prouver que l'opérateur de référencement a profité d'icelles pour développer son service.

Conclusion intérimaire. Bien qu'elle ait permis de faire valoir les intérêts des éditeurs de presse dans la négociation engagée avec Google, la proposition française de création d'un droit voisin, pour l'heure semble-t-il écartée par la survenance de l'accord, n'apparaissait pas comme suffisamment aboutie dans son contenu²⁰⁶. Si une telle initiative devait voir le jour, notamment au stade de l'Union en raison de la multiplication des initiatives variées des Etats membres en ce domaine, il conviendrait de préciser : le fait constitutif de la création d'un droit voisin au bénéfice de ses titulaires ; le champ d'application des objets visés ; les actes relevant du droit voisin ; la structure du droit conféré – droit exclusif, droit à rémunération- ; les modalités de son exercice – gestion individuelle, gestion collective obligatoire - ; sa durée et les éventuelles exceptions qui l'entourent. Par ailleurs, il conviendrait que le système instauré ne crée par une charge exorbitante pour les acteurs du référencement, laquelle pourrait avoir pour effet d'écarter les plus petits et de renforcer la position dominante des plus gros, au détriment de la pluralité des sources d'information.

205 CJCE, 9 octobre 2008, aff. C-304/07, *Directmedia Publishing GmbH*.

206 C'est également la position exprimée dans le rapport Lescure qui émet des doutes sur la faisabilité et l'efficacité d'un tel projet et indique que de telles solutions "conduiraient à remettre en cause l'un des fondements de l'Internet et créeraient un précédent dont d'autres secteurs économiques pourraient se prévaloir; les dommages collatéraux sur la liberté de référencer ou sur le droit de citation pourraient s'élever importants. La négociation contractuelle avec les acteurs dominants du marché peut offrir des réponses transitoires qui tiennent compte des spécificités sectorielles, comme l'a montré la récente mission de médiation entre les éditeurs de presse d'information politique et générale et Google ». Rapport Lescure, p. 24 et plus généralement fiche B-8 du rapport.

5.2. La voie d'un texte fondé sur la théorie de l'enrichissement sans cause

L'enrichissement sans cause. Une voie alternative a été proposée durant les travaux de la commission notamment par la voie d'une consultation²⁰⁷ produite le 18 décembre 2012, à la demande de la SSCP et soumise notamment aux travaux de la commission Lescure. Le point de départ du raisonnement porté par les commanditaires de cette consultation repose sur l'idée que les actes de référencement occasionnent au profit des opérateurs un enrichissement sans cause, au détriment des titulaires de droit²⁰⁸ par un transfert objectif de valeurs. L'action d'enrichissement sans cause peut, selon la consultation, *« être définie comme celle en vertu de laquelle une personne, qui s'est injustement appauvrie au profit d'une autre, corrélativement enrichie, sans qu'il existe un motif contractuel ou légal à ce transfert de valeur économique d'un patrimoine à un autre, jouit du droit de percevoir une indemnité objective de la part de cette dernière, afin de compenser la perte. »*

Action subsidiaire. L'action de *in rem verso* est subsidiaire. La Cour de cassation a précisé que l'action est ouverte à l'appauvri parce qu'il ne jouit d'aucune action contractuelle ou légale, que son débiteur ne peut être utilement condamné²⁰⁹. Par conséquent, la proposition repose sur l'idée que certaines pratiques de référencement²⁰⁹ consomment un déséquilibre entre les patrimoines qui relève du droit civil.

Faits générateurs de l'enrichissement sans cause. La construction repose sur le fondement de l'équité et est étrangère à l'idée de faute. Elle suppose la réunion de trois conditions : un enrichissement, un appauvrissement corrélatif et une absence de cause. S'agissant de l'appauvrissement, il peut s'agir d'une perte éprouvée mais aussi d'un manque à gagner tel que la non-rémunération d'un bien ou d'un service, qui aurait normalement dû l'être²¹⁰. L'appauvrissement doit être prouvé, conformément au droit commun (point 7 de la consultation). Ici il reposerait sur le manque à gagner résultant du défaut d'association aux revenus des moteurs de recherche qui créent des flux considérables à partir de la facilité d'accès aux contenus culturels. C'est donc l'absence de participation aux profits découlant de l'exploitation du fonds de commerce du moteur de recherche qui constituerait l'appauvrissement. Quant à l'enrichissement, il vient de ce que l'enrichi profite indirectement d'un service qu'il aurait dû payer, alors qu'il n'a rien déboursé. Selon l'approche défendue par les promoteurs du mécanisme, s'agissant du moteur, *« le référencement (et non la simple indexation) enrichit son fonds de commerce. »* et l'enrichissement est bien corrélé à l'appauvrissement, car *« c'est parce qu'ils peuvent s'adosser sur des contenus culturels à succès que les moteurs produisent de la richesse économique, qu'ils ne partagent pas avec ceux sans lesquels ils n'auraient rien d'attractif à proposer. »* Relativement à l'absence de cause, elle serait constituée dans la mesure où *« le référencement portant accès direct à un contenu, le moteur s'approprie une valeur économique préexistante, il profite du contenu auquel il livre facilement l'accès et crée ainsi une valeur qu'il capte pour lui et dont il ne*

207 Consultation signée par le professeur Pierre-Yves Gautier.

208 Selon la consultation : *« Etant souligné qu'il ne s'agit pas de mettre en cause la liberté du moteur d'effectuer un référencement, mais de compenser le manque à gagner résultant de l'enrichissement injuste dont les principaux moteurs ont profité depuis l'origine et jusqu'à ce jour, sans bourse délier, en faisant des profits considérables pour son fonds de commerce, que ce soit sur la publicité ou les opérations de cession d'entreprise, ou de mise sur le marché financier. »*

209 Voir note 17 de la consultation : Cour de cassation, Chambre civile du 2 mars 1915 : l'action *« ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. »* V. égal. Flour, Aubert et E. Savaux, n° 53 : l'exercice de l'action *« en est subordonné à l'absence de toute autre voie de droit ouverte au demandeur contre le même défendeur. »*

210 La consultation cite à cet égard, p. 3, le Traité pratique de droit civil de Planiol et Ripert, 2^{ème} ed., tome VII, n° 754 *« C'est le fait qu'un autre a, sans votre assentiment, usé d'une chose « créée ou entretenue par vous ».*

partage pas les fruits. » « Le moteur utilise en s'y adossant, sans paiement ni accord, le travail et le succès économique de producteurs qui n'ont aucune raison de travailler pour enrichir son fonds de commerce. »

Proposition de loi. Grâce à l'appui théorique de l'enrichissement sans cause, il est proposé d'adopter un texte de loi reprenant ce principe, à l'instar de ce qui existe déjà au sein de quelques textes spéciaux en droit civil²¹¹. Cette loi aurait pour objet de fixer une indemnité déterminée par *« des critères objectifs permettant de compenser le transfert de valeur entre les patrimoines et non d'une redevance, encore moins d'une taxe affectée de nature étatique. »* Les appauvris sont les titulaires de droit sur les contenus auxquels un accès direct est offert aux Internautes, à titre d'élément attractif pour l'exploitant du moteur ; les enrichis, les moteurs de recherche qui le proposent à leur clientèle. Les règles de perception et de répartition devront en tenir compte. Le calcul de l'indemnité devra notamment prendre en considération le taux de fréquentation des moteurs de recherche. Un pourcentage serait accordé sur les recettes brutes du moteur dédiées à la France, au titre du trafic intéressant les Internautes s'y trouvant, de sorte que même s'il appartient à un groupe international, les risques de flux financiers à destination de l'étranger se trouveraient neutralisés. Le montant, le calcul, la périodicité et les modalités de recouvrement, la répartition par types d'œuvres, peuvent être fixées par décret ou par une commission administrative paritaire. Une gestion collective pourrait être mise en place.

Autonomie de la proposition. L'avantage de la proposition consiste notamment à intervenir sur un terrain qui ne fait pas l'objet d'une harmonisation communautaire, laissant ainsi les coudées franches aux Etats membres pour pouvoir édicter une norme sans craindre une contrariété avec le droit de l'Union. Dans la mesure où l'enrichissement sans cause ne relève pas d'un champ harmonisé, les ayants droit défendant cette position considèrent que le principe de subsidiarité conduirait à faire prévaloir ici la norme interne. Ils estiment par ailleurs, que l'enrichissement sans cause ne relevant pas d'un régime de responsabilité, il n'y a pas à redouter de télescopage avec la directive commerce électronique. Enfin, ils considèrent que la proposition est indépendante de la qualification d'acte de reproduction ou de communication au public au sens de la directive du 22 mai 2001 sur les droits d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ; *« Il n'est pas question de la reproduction ou de la représentation des œuvres et interprétations mais de leur référencement à titre d'élément d'attraction du fonds de commerce des moteurs de recherche »*²¹².

Champ d'application de la proposition. La logique d'enrichissement sans cause qui sous-tend certaines revendications actuelles des ayants droit sur le déficit dans le partage de la valeur produite par les services de référencement trouve ici son écho dans une analyse civiliste classique. La proposition ne vise pas l'ensemble des services de référencement mais, seulement ceux qui portent accès direct à un contenu, par lequel le *« moteur s'approprie une valeur économique préexistante »* et *« dépasse largement le simple fait de fournir un lien à l'Internaute »*. Le référencement est donc entendu de manière précise comme consistant *« d'une part à profiter des contenus relatifs aux œuvres pour en donner par divers procédés de texte et/ou d'images, un aperçu à celui qui effectue la recherche et d'autre part, et surtout à fournir un accès direct aux œuvres et aux interprétations, telles qu'elles sont disponibles en*

211 Suggérés dans la consultation, l'article 555 c. civ., à propos du profit pour le propriétaire en matière d'accession immobilière, les articles 1433 et 1437 c. civ. Sur les récompenses entre époux dans les régimes matrimoniaux, ou l'article L. 411-69 du code rural et de la pêche maritime.

212 L'auteur estime que « dans ces conditions, le point – qui fait l'objet d'un examen de la part de la CJUE à l'occasion d'une question préjudicielle – de savoir si le référencement serait une forme de reproduction et de communication au public, ou si le droit exclusif devrait s'étendre par voie jurisprudentielle ou normative, d'une autre manière à cet acte, est à nouveau hors du sujet. On est ici dans une discussion sur l'enrichissement d'un fonds de commerce par l'attraction exercée auprès des Internautes par le référencement des données culturelles. »

ligne, sans avoir à passer par les pages d'accueil et intermédiaires de ceux qui les proposent au public. » Par ailleurs, le raisonnement a été limité au référencement des sites licites et non contrefaisants, d'accès non payant individuellement. Il est en effet considéré que « *la suggestion des sites illicites constitue en soi un acte blâmable, quelle qu'en soit la qualification civile ou pénale et ne saurait donner lieu à une action fondée sur un mécanisme licite.* » En outre, le mécanisme n'a pas vocation à s'appliquer aux sites dont l'accès est payant puisque l'absence d'indemnisation directe des titulaires de droits est l'une des sources de l'enrichissement injuste, laquelle ferait défaut dans cette hypothèse.

Frontières du système. La proposition n'envisage pas d'appréhender le simple lien hypertexte vers une page mais s'intéresse aux services qui fournissent un aperçu et un accès direct aux objets protégés, sans passer par la page d'accueil des sites. Ainsi, le fait d'indiquer seulement la localisation d'un objet « culturel » ne constitue pas en soi un enrichissement sans cause. Par ailleurs, la proposition ne prend pas parti sur la qualification de la suggestion à l'internaute d'un lien vers un contenu illicite mais écarte dans cette hypothèse l'action *de in rem verso*. Elle vise donc essentiellement les services des moteurs de recherche qui mènent aux contenus protégés.

Questions suscitées par la proposition. Identification des bénéficiaires. Le mécanisme proposé laisse, en son état, quelques interrogations en suspens et a suscité des réserves dans le rapport Lescure²¹³, même si ce dernier admet que l'analyse juridique n'est pas suffisamment mûre. Les promoteurs de la proposition considèrent que les bénéficiaires de l'indemnisation sont les producteurs de contenus culturels, c'est-à-dire d'un point de vue juridique, les titulaires de droits d'auteur et voisins. Cependant, ils n'excluent pas que le bénéfice de l'enrichissement sans cause pourrait être étendu à l'ensemble des personnes mettant en ligne des contenus culturels attractifs, sans que cette notion ne recouvre nécessairement celle d'œuvre ou de prestation protégée par le Code de la propriété intellectuelle. Il en résulterait alors une dilution possible du bénéfice de l'action au profit de l'ensemble des contenus disponibles sur les réseaux. Or, les moteurs ne puisent pas l'ensemble de leur trafic sur des œuvres ou des prestations protégées par le droit de la propriété intellectuelle. On pense par exemple aux sites de recettes de cuisine, dont le caractère protégeable par le droit d'auteur est pour le moins sujet à caution ou aux sites de ventes. D'autre part, à supposer que l'on puisse isoler une partie seulement des sites offrant des contenus attractifs comme sources de l'action indemnitaire, encore faudrait-il déterminer qui parmi les personnes « responsables » de ces contenus doit bénéficier de cette compensation.

Questions suscitées par la proposition. Conditions de mise en œuvre. Par ailleurs, il est loisible de s'interroger sur les notions d'appauvrissement et d'enrichissement sans cause. On pourrait objecter que le référencement d'un site ne peut être réduit à un simple appauvrissement des titulaires de droit ou qu'il manquerait le lien de causalité avec l'enrichissement dans la mesure où il permet également une augmentation de l'exposition de leurs contenus et occasionne un accroissement de trafic, ceci grâce à un service presté à titre

213 Rapport Lescure, Fiche B-8, p. 298 : « S'agissant de l'enrichissement sans cause, le lien de causalité requis par la doctrine et la jurisprudence est ici difficile à caractériser. S'il ne fait guère de doute que les moteurs de recherche s'enrichissent en référençant les contenus, notamment culturels, il est tout aussi certain que les producteurs de contenus ont intérêt à être bien référencés, et recourent d'ailleurs souvent à des solutions techniques d'optimisation (...) pour y parvenir ; il est donc difficile de démontrer en quoi l'activité de référencement causerait un appauvrissement des fournisseurs de contenus. Si appauvrissement il y a, il tient certainement davantage à la diminution des ventes (volumes et prix), liée à la dématérialisation et la pression du piratage.

L'argument de la gratuité est également ambigu : si les contenus gratuits sont mis à disposition de manière illicite la réponse réside dans les mécanismes de la LCEN qui permettent d'en obtenir le retrait ; s'ils sont mis à disposition de manière licite, c'est-à-dire à l'initiative des titulaires de droits ou avec leur accord, il paraît difficile de reconnaître l'existence d'un droit à indemnisation. »

gratuit pour le site par le moteur, lorsqu'il s'agit de référencement naturel. Même si le lien court-circuite la navigation au sein du site et mène directement à la page sur laquelle figure le contenu référencé, il ne conduirait donc pas nécessairement à une perte de revenus publicitaires liés à ce contenu. En outre, on pourrait opposer que l'appauvrissement ne saurait se limiter au manque à gagner lié à l'absence de partage des revenus du moteur de recherche puisqu'il n'est pas démontré qu'un contenu particulier occasionne un tel revenu. Ainsi, en l'absence d'identification de ce lien, le mécanisme correctif devrait être collectif et l'appauvrissement appréhendé dans une telle perspective et non individuel.

En outre, l'enrichissement du moteur provient d'un modèle d'affaires complexe fondé sur les systèmes de placement d'espaces publicitaires et sur la vente d'*Adwords*. Bien que la présence des contenus pertinents sur le moteur constitue le pré-requis à ces recettes, il est difficile d'opérer une relation immédiate entre la fréquentation du moteur et ces recettes. Ainsi, certains services proposés par *Google*, tels que *Google Images* ne comportent pas de système de référencement payant. Le trafic des pages vues en France sur ce service ne génère pas directement de revenus ; c'est sur d'autres services que *Google* se rémunère. Faut-il dans cette hypothèse considérer que l'enrichissement est lié à un service particulier ou à l'économie générale du moteur ? *Google* considère qu'il n'y a aucun lien de cause à effet entre le prétendu « appauvrissement » des ayants droit sur le moteur de recherche et « l'enrichissement » de *Google* au titre des liens sponsorisés qui rémunèrent un service proposé aux annonceurs en vertu d'un contrat publicitaire uniquement en cas de clic sur les sites de ces derniers et non sur les liens dits « naturels ». Le moteur rappelle par ailleurs, qu'en tout état de cause, il n'existe pas de système de référencement « *Adwords* » dans le service *Google Images*, de sorte que cette théorie si tant est qu'elle puisse avoir un quelconque fondement est totalement dénuée de pertinence pour ce service.

Selon les ayants droit défendant cette proposition, enrichissant le « fonds de commerce » des exploitants des moteurs, dont l'activité même est de conduire directement au contenu qui l'intéresse, les titulaires de droits permettent à ceux-ci de jouir de l'économie et de les faire profiter pécuniairement de l'accroissement du trafic et de l'usage qui en est fait par le public. Ils estiment que cet enrichissement ne se limite pas aux recettes publicitaires de ces nouveaux entrepreneurs en ligne et concerne toutes leurs rentrées, ainsi que la capitalisation même de leur entreprise directement liée à son usage par le public des internautes. La SACEM considère en outre qu'il n'y a pas de raison d'exclure le référencement des contenus illicites du mécanisme d'indemnisation puisqu'on ne se place pas sur le terrain de la responsabilité. L'enrichissement dont profitent les moteurs de recherche ne dépendrait nullement du caractère licite ou illicite du contenu mais du référencement de ces contenus²¹⁴. Enfin, demeure posée la question de l'assiette de l'indemnisation ; toutes les recettes brutes, quelle que soit leur source ou celles qui sont limitées au trafic rattaché à la France²¹⁵ ?

Questions suscitées par la proposition. Caractère subsidiaire. Une autre interrogation est liée au caractère subsidiaire de l'action de *in rem verso*. Il est en effet rappelé que cette dernière ne peut s'appliquer que si le créancier n'a pas d'autre action sur laquelle fonder sa

214 Cette position n'est pas identique à celle figurant dans la consultation du professeur Gautier qui précise en exergue « qu'il sera raisonné sur le référencement des sites licites et non contrefaisants, d'accès non payant individuellement. En effet, d'une part, la suggestion de sites illicites constitue en soi un acte blâmable, quelle qu'en soit la qualification civile ou pénale et ne saurait donner lieu à une action fondée sur un mécanisme licite ; d'autre part, l'absence d'indemnisation directe des titulaires de droits par le véritable débiteur est l'une des sources de l'enrichissement injuste. » p.1-2.

215 Cette difficulté est également relevée dans le rapport Lescure, Fiche B-8, p. 299 : l'assiette de la rémunération : l'identification du chiffre d'affaires généré par le référencement et son rattachement territorial soulèvent des questions d'une complexité redoutable, comme l'a montré le récent rapport de la mission d'expertise sur la fiscalité numérique de MM. Colin et Collin. S'ajouterait à ces difficultés générales une question spécifique relative à l'identification, au sein du chiffre d'affaires global, des recettes liées au référencement des contenus culturels protégés.

prétention. La consultation souligne qu'il s'agit d'une action indépendante de la propriété intellectuelle, en l'absence, du moins pour les principaux contenus culturels – musique et films – d'actes de reproduction ou de représentation²¹⁶. Or, on ne peut exclure, en l'état actuel du droit que les opérations de référencement visées par la proposition (utilisation des aperçus et/ou accès direct à l'œuvre ou la prestation protégées) puissent être considérées comme relevant du champ d'application du droit d'auteur et des droits voisins (voir supra partie 2.). Si tel devait être le cas, à savoir si ces droits couvriraient les mêmes actes, l'action *de in rem verso* devrait être écartée à raison de son caractère subsidiaire. Ce n'est que s'il est possible d'isoler clairement des actes relevant seulement de cette action, à l'exclusion de toute autre que les actions en contrefaçon ou en concurrence déloyale pourraient, le cas échéant, coexister avec l'indemnisation liée à l'enrichissement sans cause.

Pareillement, on ne peut pas écarter le fait qu'une action en responsabilité puisse être entreprise à l'encontre d'un acteur de référencement, notamment au regard de la jurisprudence française dite *Keljob* dans laquelle les juridictions françaises avaient considéré que le fait d'extraire des éléments d'une base de données de recherche d'emploi en les faisant apparaître au sein d'un *frame* constituait un acte de concurrence déloyale (voir *infra*). Ainsi, il ne peut être exclu que l'ampleur de l'emprunt ou la présentation des résultats conduise à une telle condamnation. Là encore, en vertu du principe de subsidiarité, l'action *de in rem verso* devrait être écartée.

La SACEM souligne toutefois son utilité lorsque la jurisprudence écarte la qualification de contrefaçon à l'encontre des prestataires de référencement en faisant jouer le régime de responsabilité allégée de l'hébergeur. Elle estime qu'une telle solution retenue lorsque le prestataire n'a pas de rôle actif a pour conséquence d'empêcher l'exercice contractuel des droits patrimoniaux dont bénéficient les titulaires de droits d'auteur et voisins car, en s'abritant derrière un régime de responsabilité atténué, le moteur de recherche pourra s'exonérer d'une responsabilité *prima facie* vis-à-vis des ayants droit. Dans ce cas, l'enrichissement sans cause présenterait une solution alternative permettant de percevoir une rémunération pour l'utilisation de leurs œuvres et objets protégés, utilisation qui profite aux moteurs de recherche.

5.3. L'opt out

« **L'opt out** ». L'*opt out* constitue une des solutions alternatives au droit exclusif, pour l'heure seulement technique, préconisée par certains acteurs du référencement. L'*opt out* consiste à mettre à la charge du titulaire des droits l'initiative de demander que le contenu dont il est maître ne soit pas référencé. Par défaut, tout le sera sauf opposition manifestée. Ainsi, le choix du titulaire de voir son contenu référencé ou non devrait s'accompagner d'une action positive mettant en œuvre une solution technique. Les moteurs de recherche font remarquer qu'il est loisible au titulaire de droit qui ne souhaite pas que son contenu soit référencé de mettre en place un système dit « robot txt » qui bloque la reprise des pages concernées par la balise par le *crawler*, système qui est conforme à l'état de l'art et accessible aux professionnels de

216 D'après la consultation, « ceux qui sont à l'origine des données culturelles auxquelles les moteurs livrent un accès direct, n'ont pas d'autre moyen de faire valoir leur créance : le référencement n'est pas un acte de communication publique directe d'une œuvre ou d'une interprétation, il ne porte pas accaparement des contenus et ne relève donc pas a priori du droit exclusif de propriété intellectuelle. Certes, il y a des débats sur ce point et la Cour de Justice de Luxembourg devrait prochainement se prononcer, toutefois ce sont des conceptions assez extensives. Il ne s'agit pas plus d'esquiver l'absence de droit exclusif dans le domaine de la propriété intellectuelle, car la question de l'enrichissement du fonds de commerce par le référencement de contenus attractifs ne relève pas de ce domaine. *On ne contourne que ce qui relève du même champ normatif*. », p. 5 ou encore « En toute hypothèse, il est clair que les « producteurs de contenus » n'ont à ce jour par d'autre moyen de se faire indemniser par les moteurs de recherche, ni en propriété intellectuelle (pas de droit de communication au public au titre de l'indexation), ni sur un autre fondement, tel celui de la responsabilité civile. Ce qui correspond à la condition de subsidiarité. », p. 5-6.

l'Internet. Partant, ils proposent que la reprise du contenu soit considérée comme licite, par défaut, dès lors que les ayants droit n'ont pas manifesté positivement leur intention de ne pas être référencés (*opt out*) en installant cette balise. Cette proposition consiste à renverser le mécanisme traditionnel du droit de la propriété intellectuelle qui suppose qu'un acte d'exploitation soit soumis à l'autorisation préalable des titulaires²¹⁷.

Mécanisme « d'occultation » par le robot txt. Le mécanisme fonctionne sur la base de l'expression de la volonté des deux parties : le gestionnaire du moteur de recherche s'engage à ne pas référencer le contenu dès lors que le gestionnaire d'un site a pris la peine d'exprimer sa volonté qu'un contenu en particulier ou, de manière générale, les contenus d'un site, ne soient pas référencés. En d'autres termes, le standard « robot.txt » n'empêche pas que le contenu soit référencé mais le moteur de recherche accepte, dès lors que ce signal est envoyé à ses *crawlers*, de ne pas référencer. Il n'est pas apparu de manière claire, lors des travaux de la commission, quelle était l'origine du mécanisme évoqué, ni son éventuelle opposabilité. Tout particulièrement, les témoignages n'ont pas permis de déterminer si ce standard technique était opposable de facto à l'ensemble des acteurs du référencement ou s'il pouvait, le cas échéant, être ignoré, contourné voire si d'autres mécanismes similaires étaient susceptibles de remplir la même fonction d'évitement. Lors des travaux, il a été dit que le standard a été tacitement mis en place par les industriels²¹⁸. Ainsi, il semble dans une première approche, que le respect de la consigne figurant dans la balise repose essentiellement sur un processus technique dont l'acceptation dépend des acteurs. Par ailleurs, l'intégration des balises dans les pages à ne pas référencer suppose un minimum de maîtrise technique des outils qui en rend la manipulation compliquée par un néophyte, notamment à mesure que l'on souhaite raffiner les indications de référencement au sein des différents contenus présents sur un site. Ainsi, rien n'assure que ce système soit efficace, pérenne et opposable.

Flou de la qualification. La nature du pouvoir du titulaire de s'opposer à la reprise de son contenu par le mécanisme de la balise n'est pas non plus ressortie clairement des débats. En effet, cette option technique n'est pas réservée aux seuls titulaires de droit mais réside dans la maîtrise opérationnelle du site sur lequel les contenus sont accessibles. Ainsi, la réponse semble partiellement adaptée à l'interrogation qui est celle du CSPLA. Dans le processus technique, la nature des contenus importe peu, ce qui signifie que le mécanisme est en principe applicable quelle que soit la protection juridique des contenus. Elle excède notablement le périmètre des objets couverts par le droit de la propriété littéraire et artistique. Il ne s'agit donc pas d'une inversion du droit exclusif mais tout simplement d'un mécanisme totalement indifférent à l'existence d'un droit de propriété intellectuelle. En outre, si le mécanisme d'*opt out* était fonction de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, la solution serait également extrêmement complexe car elle devrait engendrer un contrôle du caractère protégeable des éléments et de la titularité de celui qui opère l'*opt out*, ce qui ne reflète pas la pratique.

Liberté de référencement/robot txt. Paradoxe. Cette remarque amène à se demander comment s'articule juridiquement la possibilité de s'écarter du référencement par le jeu de la

217 Cette logique, on l'a vu n'a été retenue ni dans l'affaire belge *Copiepresse*, ni dans l'arrêt du BundesGerichtshof, *Onglets*). La cour fédérale suprême a rendu deux décisions en 2010 et 2011. Les juges ont pris le soin de mentionner qu'il n'y avait pas d'autorisation implicite alors que Google prétendait que le non usage des balises valait consentement implicite.

218 Selon l'encyclopédie collaborative « wikipédia », « there is no official standards body or RFC for the robots.txt protocol. It was created by consensus in June 1994 by members of the robots mailing list (robots-request@nexor.co.uk). The information specifying the parts that should not be accessed is specified in a file called **robots.txt** in the top-level directory of the website. The robots.txt patterns are matched by simple substring comparisons, so care should be taken to make sure that patterns matching directories have the final '/' character appended, otherwise all files with names starting with that substring will match, rather than just those in the directory intended » : http://en.wikipedia.org/wiki/Robots_exclusion_standard#About_the_standard.

technique avec l'argument de la liberté d'expression. En effet, si le contenu n'est pas protégé par un droit particulier (propriété intellectuelle, protection des données personnelles), il n'est pas justifié d'entraver la liberté d'expression et/ ou la liberté d'entreprise qui permet à l'acteur qui s'en prévaut de l'évoquer pour reprendre un tel contenu. L'approbation par les moteurs de recherche du mécanisme de l'*opt out* semble, en creux, accréditer qu'il n'existe pas de « droit à » référencer ou que ces derniers renoncent de facto à se prévaloir des libertés fondamentales pour répertorier les contenus qui ont été « occultés » par le robot txt sur simple manifestation d'une volonté de ne pas être référencé.

Limites du système de l'*opt out*. Le système proposé n'est pas forcément protecteur des intérêts des ayants droit. En effet, c'est celui qui a la maîtrise des pages du site qui est en mesure d'assurer la mise en œuvre du « blocage ». Or, il se peut que cette personne ne soit pas le titulaire des droits ou ne soit pas en lien avec lui. Il est possible que le titulaire des droits ne soit pas dans une relation contractuelle qui lui permettra d'imposer à l'éditeur du site un mécanisme visant à occulter son référencement, notamment lorsque la page contient plusieurs éléments appartenant à des titulaires de droits différents dont certains souhaitent être visibles et d'autres non. Le caractère « global » du système ne permet pas de raffiner l'occultation sur une seule œuvre, à moins de pouvoir l'isoler « numériquement ».

Effet pervers. Enfin, à supposer que le titulaire des droits puisse juridiquement imposer à ses partenaires une obligation de mettre un *robot txt* sur les pages du site concernant son contenu, cela devrait en principe réduire sa visibilité dans les moteurs de recherche, ce qui est le but escompté. Mais, dans la mesure où l'outil se rapporte à des pages et non à un contenu identifié en tant que tel, rien n'empêche que ce même contenu visible sur un autre site, éventuellement contrefaisant, soit quand même répertorié dans le moteur. Ainsi, il peut y avoir un effet paradoxal d'amplification de la visibilité de la contrefaçon en raison de l'utilisation des robot txt par les titulaires de droit, dans la mesure où le moteur continue à recenser les objets figurant sur d'autres sites que ceux qui sont contrôlés par les titulaires. Par ailleurs, la mise en place de ce mécanisme n'empêche nullement le référencement des pages par d'autres méthodes et ne résout donc pas la question du respect de la volonté des ayants droit de ne pas voir leurs contenus repris dans les outils de référencement²¹⁹.

Référencement électif. (voir supra) Enfin, la solution peut également rebuter par son aspect radical. Certains ayants droit souhaitent voir leurs sites référencés par exemple dans des moteurs généraux mais non dans des moteurs spéciaux, notamment lorsque ces derniers reprennent en outre tout ou partie des éléments. Ainsi certains éditeurs de presse ont fait valoir qu'ils souhaitaient demeurer visibles sur Google mais non sur le service Google News. La simple solution du robot txt ne permet pas de ciseler la solution de référencement pour l'adosser aux vœux des titulaires de droit. Il existe, à ce titre, toute une gamme de possibilités avec d'autres outils d'exclusion, plus précis (« no index », « no follow ») permettant d'éviter la politique du tout ou rien : déréférencer les pages de façon granulaire ; une partie d'un site ou sur un site entier ; choisir ses services ; être référencé dans le moteur généraliste sans l'être dans un service spécifique du moteur tel que Google Actualités. Ce constat appelle à s'interroger sur l'usage ou le non usage des métabalisés notamment celles dites « ACAP » (Automated Content Access Protocol) qui permettent de limiter dans le temps, de déterminer la longueur du *snippet*, de spécifier l'usage ou encore de distinguer selon les moteurs (web

219 Concernant les suites de l'affaire *Copiepresse c. Google* il est à noter qu'elle n'a donné lieu à aucune transaction entre les parties. Cependant, il faut néanmoins souligner qu'il y a une procédure parallèle en dommages et intérêts. La demande s'élèverait à 61 millions d'euros. En outre, dans le cadre de l'action en cessation, un pourvoi a été formé devant la Cour de cassation.

général, spécifique images²²⁰...). Ce modèle de métabalises est notamment proposé par les éditeurs de presse mais n'est pas nécessairement accepté par les moteurs de recherche.

Face aux difficultés soulevées par les difficultés d'utilisation des robots txt, certaines initiatives se sont également fait jour (Exelead) pour dépasser ce mécanisme et associer à chacune des œuvres crawlées des métadonnées de sécurité ou de propriété intellectuelle permettant de prévenir l'utilisateur de la légalité de ce qu'il était en train de faire. Le problème est que les principaux moteurs de recherche n'ont pas donné suite à ces travaux et ne les ont pas implémentés dans leur algorithme. L'apparition de différentes normes de référencement électif pose le problème de leur opposabilité technique et juridique aux prestataires de référencement.

Résumé : l'opt out par robot txt, une solution purement technique. Bien qu'elle semble séduisante dans l'absolu pour conférer aux titulaires un contrôle sur le référencement de leurs contenus, la solution du robot txt s'avère en réalité d'un intérêt limité. C'est une solution purement technique qui ne relève nullement de la mise en œuvre d'un droit mais illustre seulement le pouvoir de celui qui a la maîtrise technique des pages référencées. Ainsi, l'ayant droit n'est souvent pas en mesure de l'imposer. En outre, elle ne permet pas de procéder à un référencement électif sur certains services des moteurs de recherche, et in fine n'empêche nullement la reprise du contenu par une autre méthode que celle qui est empêchée par le robot txt. Elle repose essentiellement sur le bon vouloir du prestataire de référencement. Elle n'est de surcroît d'aucune utilité dans la lutte contre la contrefaçon.

Un opt out juridique ? Si la solution purement technique présente les limites sus-décrites, peut-on extrapoler pour proposer une solution d'opt out juridique²²¹, laquelle consisterait en un mécanisme d'information opposable au prestataire de référencement lui permettant de savoir que l'ayant droit ne souhaite pas, par exemple, que son contenu soit mis en avant dans les pages de résultat d'une recherche. Une telle solution permettrait aux ayants droit de conserver une forme de maîtrise sur le cheminement de l'internaute au sein du site sur lequel se trouve le contenu et d'assurer ainsi le contrôle de son modèle d'affaires, sans craindre de se trouver court-circuité par un outil de référencement. Cette option n'a pas été discutée au sein de la commission et engendre des difficultés de mise en œuvre considérables mais elle pourrait faire l'objet d'une réflexion utile. Elle permettrait de créer une opposabilité *erga omnes* de la décision du titulaire d'occulter tout ou partie de ses contenus à l'égard des moteurs de recherche, ou encore d'empêcher les liens profonds vers des contenus protégés. Elle est à rapprocher des suggestions relatives à la consécration légale d'une licence implicite (voir supra partie 1.).

5.4. L'action en concurrence déloyale

L'action en concurrence déloyale. La voie étroite. La question de l'application des règles de la concurrence déloyale à l'activité des prestataires de référencement a été posée il y a déjà longtemps en droit français. Dans une affaire *Cadremploi c. Keljob*, les juges de première instance²²² avaient estimé que l'établissement de liens simples n'est pas interdit, même s'il vaut mieux prévenir le propriétaire du site cible mais qu'en revanche, les liens profonds peuvent constituer des pratiques déloyales dans certains cas, notamment s'il y a dénaturation ou appropriation du contenu du site. Toutefois, cette solution a été infirmée par la Cour

220 Par exemple, le site Pinterest propose d'insérer une ligne de code avec un tag « ne pas épinglez » qui permet d'éviter les atteintes au droit d'auteur.

221 Ce qui n'est pas sans rappeler le mécanisme mis en place par la loi française pour l'exploitation numérique des œuvres indisponibles du 1^{er} mars 2012 où à défaut d'opposition (le silence vaut acceptation) ou d'exploitation par l'éditeur dans le délai imparti, les droits numériques du livre indisponible sont transférés à une société de gestion collective.

222 Ordonnance du 8 janvier 2001 rendue par le président du tribunal de grande instance de Paris statuant en la forme des référés.

d'appel estimant que le demandeur n'établissait en rien que Keljob "*ne se contente pas de renvoyer les internautes vers les sites d'offres d'emploi en fonction des critères recherchés ; qu'en réalité elle "liste" sur son site les offres d'emploi dont elle récupère ainsi, sans bourse délier, les éléments tirés de la base de données créée par Cadremploi et donc les investissements réalisés par cette société, ce pour le développement de sa propre image et de son entreprise commerciale en fait directement concurrente de Cadremploi ; qu'il apparaît, au contraire, que la société Keljob limite son activité à celle d'un moteur de recherche facilitant l'accès des internautes, dans le domaine extrêmement fourni des offres d'emploi présentées sur internet, à celles répondant aux critères de leur choix*²²³. »

223 Cour d'appel de Paris, 14^e chambre, section B, 25 mai 2001. Dans le même sens, à propos d'un moteur de recherche d'annonces immobilières, v. Tribunal de grande instance de Paris 3^eme chambre, 1^{er} février 2011, *Adenclassifieds / Solus'immo* rejetant l'extraction de la base de données et l'action en parasitisme, au motif que « le fait d'indexer par le biais de robots automatisés des références immobilières présentes sur le site internet explorimmo.com sous forme de liens hypertextes permettant d'accéder directement à ce site internet et à son contenu ne caractérise pas la volonté de copier le travail de la société Adenclassifieds mais constitue uniquement un moteur de recherche amenant du trafic vers le site internet explorimmo.com.

La société Solus'immo n'a pas voulu tirer profit du travail de la société Adenclassifieds et se dispenser par là-même de toute recherche créative mais créer un nouveau service pour faciliter la recherche de logements par les internautes en les redirigeant vers les sites internet contenant les annonces sans tirer profit, de façon injustifiée, du travail de la société Adenclassifieds, voire de se substituer à son site d'annonces immobilières de sorte que le parasitisme n'est pas établi.

6. Eléments de synthèse et pistes de réflexion

Au terme des travaux de la commission, il est loisible de dégager trois pistes essentielles de réflexion ; la première concerne les choix des ayants droit en matière de référencement de leurs contenus (6.1.), la seconde la faculté d'implication des prestataires dans la lutte contre la contrefaçon (6.2.). La dernière question a trait aux possibilités offertes par le référencement afin de mieux valoriser les contenus licites sur les réseaux (6.3.).

6.1. Quels choix des ayants droit sur le référencement de leurs contenus ?

La liberté de référencer. Il convient de rappeler que le présent rapport n'entend pas remettre en question la liberté de référencer qui peut se réclamer de plusieurs libertés fondamentales telles que la liberté d'expression, le droit du public à l'information ou encore la liberté d'entreprise. Toutefois, cette liberté doit se concilier avec des droits d'égale valeur dans la hiérarchie des normes, comme le sont les droits de propriété littéraire et artistique, assimilés au droit de propriété dont la protection est constitutionnellement réaffirmée. Partant, à l'instar des conclusions du Forum des droits dans sa Recommandation, la commission s'accorde à reconnaître une liberté de lier dans le respect et la mesure des droits des titulaires. *De lege lata*, ce n'est bien évidemment que si l'opération de référencement concerne un objet protégé (une œuvre originale, une prestation, ou une base de données relevant du droit *sui generis*) qu'il convient d'envisager l'éventuelle application de la protection y afférente. Toutefois, certains acteurs ont fait valoir que le champ de la protection pouvait paraître insuffisant en ce qu'il ne couvre pas des objets et/ou des opérations et qu'il conviendrait, par conséquent de les gratifier d'un droit ad hoc. L'initiative de consacrer un nouveau droit voisin en matière de presse, finalement abandonnée en France (mais non en Allemagne) au profit d'un accord passé avec un moteur de recherche, a fait l'objet de nombreuses interrogations au sein de la commission, tant sur son opportunité que sur les modalités de mise en œuvre éventuelles. Les membres de la commission, dans leur majorité, semblent d'avis de privilégier les voies existantes plutôt que de créer des droits nouveaux, sans avoir préalablement discuté des raisons justifiant l'extension du champ de la propriété intellectuelle.

La capacité d'influence tirée des droits exclusifs. Le droit d'autoriser ou d'interdire. Les travaux menés ont pu mettre en lumière que certains actes entrant dans le processus de référencement sont susceptibles d'être qualifiés d'actes de reproduction ou de représentation. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine demeurent divisées sur ces qualifications, ce qui témoigne d'un certain malaise au regard des catégories existantes. Par ailleurs, à supposer que les droits aient vocation à couvrir certains des actes en question, demeure posée la question de la mise en œuvre des exceptions, susceptibles de faire échapper le prestataire de service de référencement à l'obligation d'autorisation préalable. Là encore la jurisprudence notamment internationale n'est pas limpide sur l'applicabilité de l'exception de copie provisoire transitoire aux opérations de *crawl* ou à la pratique du *caching* réalisée pour optimiser la rapidité des services des moteurs. Si plusieurs ayants droit entendent contrôler les pratiques de reprises d'extraits ou d'affichage d'aperçus au titre de leurs droits exclusifs, la jurisprudence y est pour l'heure, sauf exception, assez rétive n'hésitant pas, le cas échéant, à forcer les qualifications pour exempter les prestataires de l'autorisation au-delà du cadre traditionnel des exceptions. Toutefois, certaines décisions retiennent des positions plus favorables aux ayants droit en admettant le jeu des droits exclusifs à l'égard de certaines opérations de référencement.

Une question centrale, soumise, mais non encore tranchée par la Cour de Justice de l'Union européenne consiste à se demander si l'opération de référencement d'un contenu protégé équivaut à un acte de communication au public de ce contenu, nonobstant le fait que l'acte est opéré sur le site cible. Les opinions divergent essentiellement sur cette question ; les uns retenant une approche technique de la notion de communication au public, tandis que les autres s'attachent à l'existence d'une exploitation appuyée sur la communication au public de

l'objet protégé, indépendamment de celui qui opère cette dernière. Le caractère évolutif de la jurisprudence européenne sur les critères de qualification de la communication au public tels que le caractère lucratif ou l'existence d'un public nouveau ne contribue pas à clarifier les esprits et il conviendra sur ce point de se reporter à la future décision *Svensson*, le juge se prononçant à la fois sur la possibilité d'une qualification *de lege lata* mais également sur la possibilité laissée aux États membres d'étendre la définition du droit de communication au public, afin de couvrir de tels actes s'ils n'entrent pas dans le périmètre actuel.

À supposer que la Cour estime qu'un lien, ou qu'un *frame* ressortissent du droit de communication au public, ou encore que les copies cache relèvent du droit de reproduction, reste à examiner l'opportunité économique d'une telle solution. En effet, lorsqu'une juridiction nationale, comme dans l'affaire *Copiepresse*, a consacré le jeu du droit exclusif, les titulaires de droit ne s'en sont pas trouvés nécessairement satisfaits lorsqu'ils ont subi une mesure de rétorsion immédiate. Outre les difficultés pratiques pour que les prestataires de référencement s'acquittent d'une autorisation préalable à chaque établissement d'un lien (quid du lien qui pointe vers un autre lien ?), la mise en jeu du droit exclusif est susceptible de mener à une impasse pratique, en l'absence d'obligation de référencer. Ainsi de la victoire à la Pyrrhus des éditeurs de presse belges après que la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que le service Google News enfreignait leurs droits d'auteur, ce qui a provoqué le déréférencement presque immédiat des titres de presse en litige dans les services du moteur. Cependant, certains membres de la commission sont d'avis que ces objections ne sont pas dirimantes et que l'opportunité économique de la mise en œuvre des droits doit être appréciée à l'aune des dégâts occasionnés par le piratage. Ils estiment que le droit exclusif peut s'exercer selon différentes formes, à la fois en termes de modalités de gestion et/ou de modalités contractuelles aptes à prendre en compte la réalité des différentes situations.

La capacité d'influence tirée du droit de la concurrence. Au regard de la présence d'un acteur dominant sur le marché des moteurs de recherche, cette mesure de rétorsion équivaut à réduire la visibilité des journaux en question à une peau de chagrin. Les éditeurs n'ont d'autre choix que de rentrer dans le rang, en espérant que la décision de condamnation serve seulement à négocier des conditions de présence moins défavorables. La résolution de ce type de difficultés ne passe pas par le jeu du droit de la propriété intellectuelle mais est susceptible de se manifester par le droit de la concurrence. C'est tout particulièrement en considération de la position dominante de tel ou tel acteur que le refus ou l'éviction du moteur peut être éventuellement contesté. C'est en utilisant le levier du droit de la concurrence que les éditeurs de presse italiens sont parvenus à aiguiller leur référencement en le limitant au seul moteur généraliste, à l'exclusion du moteur spécialisé, et à lever le voile d'opacité sur la répartition des recettes publicitaires. Sur ce point, les travaux de la commission n'ont pas permis de déterminer les stratégies des différentes parties prenantes, notamment au regard de la procédure en cours devant la Commission européenne sur les pratiques de Google.

Solution légale. L'idée d'une licence implicite est régulièrement avancée dans les prétoires, avec plus ou moins de succès. Elle consiste à considérer que la mise en circulation volontaire par le titulaire des droits sur les réseaux, sans restrictions techniques ou contractuelles d'accès équivaut à une autorisation implicite de référencer le contenu protégé. Cette logique - qui n'est pas sans rappeler par certains aspects celle de l'épuisement des droits ou des réponses légales proposées pour les œuvres orphelines ou indisponibles - n'est inscrite dans aucun texte mais a été indirectement mise en œuvre par les juges, en actionnant les mécanismes d'allégement de la responsabilité réservés aux fournisseurs de cache. La solution est cependant insatisfaisante sur le plan de la cohérence des textes dans la mesure où elle confond la réalisation directe d'un acte relevant éventuellement du droit exclusif et les mécanismes de responsabilité aménagés pour des intermédiaires techniques. Or, dans l'hypothèse où le référencement n'est pas réalisé à la demande des sites mais de manière active par le

prestataire, celui-ci ne peut se réclamer du statut de prestataire technique, faute de répondre aux conditions de mise en œuvre de l'article 6 paragraphe 2 de la LCEN. Il ne peut donc pas se retrancher derrière ce statut pour couvrir des actes de reproduction ou de représentation relevant du droit de la propriété littéraire et artistique. Si l'idée d'une licence implicite devait prospérer, il conviendrait qu'elle fasse l'objet d'une intervention légale pour en préciser les modalités d'exercice (silence gardé, indication de feu vert...) et les contours (Quels actes ? Crawl ? Utilisation de courts extraits ? Analyse fonctionnelle des œuvres ?). À supposer qu'un tel dispositif soit adopté, il se ferait sans préjudice de l'éventuelle application des droits exclusifs pour les actes non visés dans la licence implicite.

Insuffisance de l'opt out. En l'absence d'une telle solution, la question du choix du référencement doit, pour l'heure, s'envisager dans le cadre d'un rapport de force économique déséquilibré. La faculté « *d'opt out* » offerte par les moteurs de recherche qui permet aux éditeurs de site de refuser le *crawl* par la pose de robot txt apparaît en effet insuffisante. En premier lieu, elle n'est en rien spécifique à la problématique de la propriété intellectuelle, étant applicable à l'ensemble des sites sans distinguer selon que le contenu est ou non protégeable. Elle est par ailleurs décidée par le maître du site, qui n'est pas nécessairement en lien factuel ou juridique avec les ayants droit. Ainsi, les contenus contrefaisants demeurent référencés tant que l'éditeur du site ne pose pas de telles balises ; or, il n'a aucune raison de le faire, ce qui est susceptible de conduire à une sur-visibilité de la contrefaçon. En second lieu, elle ne permet pas de « raffiner » le choix du référencement et s'apparente à une politique du tout ou rien qui limite la possibilité de ciseler l'offre de contenus sur Internet. En outre, il s'agit d'une norme technique, qui si son application est généralement admise, relève de la seule volonté des maîtres des outils de référencement. Dépourvue de juridicité, elle n'est pas opposable à ceux qui l'ignorent. Enfin, l'*opt out* conduit à imposer aux ayants droit des solutions techniques au maniement délicat, introduisant une discrimination de fait entre ceux qui les maîtrisent et les autres. Si des outils plus précis de référencement se font jour permettant de s'orienter vers un référencement électif, leur utilisation n'en est pas plus facile. La reconnaissance embryonnaire de cette pratique par la jurisprudence fait peu de cas de ces objections et invite à privilégier d'autres solutions.

La solution de « l'opt out » pose également la question de la neutralité du moteur. En effet, bien que cet argument soit régulièrement avancé pour refuser toute capacité d'influence des sites cibles sur le travail de référencement, notamment au vu de la liberté d'expression, il se heurte à la logique de « courtoisie » résultant du respect de l'*opt out*. Or, si c'est la liberté qui prospère, notamment à l'égard de l'intérêt supérieur d'acheminer l'information vers les internautes, on ne comprend pas pourquoi les moteurs acceptent de respecter une barrière technique empêchant d'effectuer le travail d'amplificateur de visibilité qui est le leur. En outre, l'argument de la neutralité s'accommode mal avec les politiques de déréférencement volontaire mises en place par certains prestataires en dehors de toute contrainte légale ou au regard d'une application extraterritoriale du DMCA américain. La définition des politiques de référencement repose donc pour l'heure davantage sur le choix des opérateurs que sur une mise en balance des intérêts fondée sur la conciliation des libertés fondamentales.

Au regard de ce constat, il convient de sortir de la politique binaire du tout ou rien imposée par le marché pour déterminer une capacité de définition des ayants droit sur la visibilité de leurs contenus. A cet égard, chaque fois que le référencement implique une utilisation de l'œuvre ou de l'objet protégé, il convient de réfléchir à la mise en œuvre du choix du titulaire relativement aux modalités de référencement de ses œuvres. Certaines opérations de référencement sont susceptibles de relever des exceptions existantes et il conviendrait d'en clarifier l'application. D'autres sont couvertes par le droit exclusif. Si la voie d'une autorisation préalable individuelle semble peu réaliste, notamment lorsqu'il s'agit de prestataires proposant des traitements de masse des sites, il n'est pas exclu d'envisager des

mécanismes d'accords collectifs (voir infra). *De lege ferenda*, on peut également s'orienter vers des mécanismes d'exceptions pour certains actes de référencement ou de licence implicite légale afin d'asseoir une plus grande sécurité juridique et une égalité de traitement respectivement entre types de créations, titulaires de droits et prestataires de référencement.

6.2. L'implication des prestataires de référencement dans la lutte contre la contrefaçon

Une voie explorée par le présent rapport consiste à réfléchir aux moyens d'associer les prestataires de référencement à la lutte contre la contrefaçon sur Internet. Plusieurs outils sont susceptibles d'être mobilisés. L'objectif n'est pas ici d'éradiquer totalement le référencement des offres illicites mais de le maintenir à un niveau soutenable pour les industries culturelles. Or les prestataires peuvent contribuer à marginaliser la présence de contenus illicites sur les réseaux (6.2.1.). Ils peuvent également contribuer à la cessation des comportements illicites (6.2.2.) ou entreprendre des démarches volontaires de déréférencement (6.2.3).

6.2.1. La contribution à la marginalisation des contenus illicites

Pas de régime d'exonération de responsabilité pour les prestataires de référencement.

Les discussions menées dans le cadre de la commission ont pu montrer que les prestataires de référencement ne bénéficiaient, dans la loi, d'aucun régime spécifique de responsabilité comparable à celui des autres prestataires de services de l'information. Cependant, tant la pratique judiciaire que celle des acteurs dévoile que certaines opérations de ces prestataires sont appréhendées à travers le prisme d'une activité relevant de tels régimes. Ainsi, la jurisprudence a pu, dans certaines décisions, analyser les services des moteurs de recherche comme des services de fournisseur de cache et a, par conséquent, appliqué à certaines reproductions litigieuses, un régime de responsabilité allégée. Par ailleurs, s'agissant de la qualification de fournisseur d'hébergement, une pratique notamment de notification/retrait similaire à celle qui existe à propos de ces derniers a été largement appliquée par les moteurs de recherche alors même que cette qualification ne fait pas consensus.

Ce mécanisme de responsabilité allégée par « emprunt » d'autres régimes ou par référence à un régime *sui generis* ne semble pas satisfaisant. En effet, les systèmes prévus par la loi sur la confiance dans l'économie numérique sont déroatoires du droit commun et ils ne sauraient être étendus, sans intervention légale, par analogie à des activités différentes de celles qui avaient été visées par le législateur. Par conséquent, si un régime spécifique pour tout ou partie des prestataires de référencement devait être aménagé, il devrait être l'objet d'une disposition législative *ad hoc*. En outre, l'application d'un mécanisme de responsabilité allégée ne peut s'entendre que lorsque le prestataire intervient en tant qu'intermédiaire au sens de la LCEN et non comme acteur principal d'une transmission de contenus. Dès lors, un allègement de responsabilité ne saurait constituer une réponse adéquate à la demande des ayants droit lorsque l'opération principale relève du périmètre de leurs droits et qu'elle est réalisée de manière autonome et active par le prestataire de référencement, pour son propre compte.

Notification et retrait. À cet égard, les travaux de la commission ont relevé que la procédure de notification/retrait développée par certains moteurs depuis quelques mois s'appuie sur les dispositions du *DMCA* américain, essentiellement en raison de la nationalité de ces prestataires. Cette situation n'est, là encore, pas satisfaisante, tant au plan des principes que des modalités. Il n'est pas souhaitable qu'une procédure prévue par le droit américain régitte des situations dont les éléments de rattachement principaux ramènent au territoire français. La question de la loi applicable à l'activité des moteurs de recherche a fait l'objet de plusieurs décisions de justice qui ont, finalement, récusé l'application de la loi américaine pour les actes de référencement. Celle-ci ne doit pas davantage s'imposer systématiquement pour les procédures de notification et retrait. En outre, si le système de notification prévu par ce dispositif présente cet avantage pour les ayants droit de ne pas passer par le juge judiciaire, et donc d'alléger substantiellement la lourdeur de la procédure, il n'offre pas toutes les garanties

du contradictoire, en dépit de certains aménagements (*counter notice, transparency report*). Or, le déréférencement d'un site peut avoir des conséquences importantes sur la survie de l'activité économique de l'opérateur. Il n'est donc pas souhaitable que celui-ci ne soit pas d'une manière ou d'une autre impliqué dans cette procédure. Si une procédure de notification spécifique, non judiciaire, devait être mise en place, dans le cadre des discussions relatives à un éventuel projet de directive à l'étude à la Commission européenne, il conviendrait de songer aux droits de la personne dont les contenus sont retirés/déréférencés/ ou les résultats de recherche dégradés à la suite de la demande d'un ayant droit.

Partenaires de confiance. Le présent rapport souligne l'intérêt de la logique de « *trusted partners* » mise en place par certains moteurs de recherche qui permet à des ayants droit de bénéficier d'une priorité de traitement dans leur demande de déréférencement. Ainsi, les sociétés de gestion collective ou syndicats peuvent utiliser cette procédure de notification en bénéficiant d'une présomption de titularité et d'illicéité des contenus notifiés. Les moteurs remarquent que le déréférencement n'est d'ailleurs en pratique pas ou peu contesté par les sites ciblés, en raison de l'illicéité manifeste des activités poursuivies (les sites visés proposant souvent des contrefaçons massives d'œuvres protégées). En outre, Google a récemment mis en place une politique de transparence des procédures de notification qui permet une régulation douce des pratiques. Cette logique de partenaires de confiance pourrait être développée pour faciliter le travail des ayants droit dans la lutte contre l'illicite. Certains membres de la commission proposent de conférer à une instance administrative un rôle actif dans le signalement des contenus illicites.

Stay down. Une difficulté majeure vient de la réapparition constante de ces contenus et de la possibilité d'imposer le maintien du retrait (*stay down*). À cet égard, il faut rappeler que, à la différence des fournisseurs d'hébergement, les prestataires de référencement n'ont pas de contrôle physique sur le contenu des pages qu'ils référencent, sauf dans l'hypothèse où ils mettent à disposition les pages reproduites dans leurs services au titre du cache. Par conséquent, leur contribution à la lutte contre la contrefaçon se limite à un mécanisme de déréférencement et/ou de rétrogradation des sites dans les listes de résultats. L'effet escompté est certain mais il ne conduit pas à la cessation de l'illicite sur le site où se produisent les actes de contrefaçon, lequel continue à être accessible directement. La différence tient à la marginalisation qui résulte de sa mise à l'écart par les moteurs qui ne rendront plus les pages litigieuses apparentes. Il s'agit d'une première limite à l'action des prestataires de référencement. Par voie de conséquence, ils sont dans l'impossibilité de maintenir l'occultation des contenus illicites si les pages sur lesquels ces derniers se trouvent sont modifiées, la notification pointant nécessairement des Url spécifiques. Quelle que soit la qualification retenue du point de vue de leur responsabilité, il ne semble pas devoir être astreints à un devoir général de surveillance spontané pour guetter l'éventuelle réapparition des contenus illicites. Ainsi, un contenu qui avait été écarté des résultats du moteur peut se retrouver à nouveau dans ceux-ci en raison de sa mobilité physique.

Il convient donc de réfléchir à cette contrainte pour mesurer l'étendue de la coopération possible des prestataires de référencement et d'identifier le besoin d'actualiser l'information relative à la présence de l'illicite et les personnes en charge de le faire. Tout particulièrement, il s'agit de réfléchir à l'application dans le temps de la procédure de notification et de retrait au vu de ce renouvellement de l'information fournie par les ayants droit quant à la présence de contenus illicites.

6.2.2. La contribution à la cessation des comportements illicites

Le contentieux Google Suggest/SNEP, examiné par la commission a fourni l'occasion de réfléchir à une voie alternative d'implication des prestataires de référencement dans la lutte contre la contrefaçon en faisant usage d'une action en cessation/prévention. En effet, l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle adopté par la loi HADOPI de juin 2009 dispose

que « en présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance statuant le cas échéant en la forme des référés peut ordonner à la demande des titulaires de droit toute mesure propre à prévenir ou faire cesser une telle atteinte au droit d'auteur ou droit voisin à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier²²⁴ ». Dans cette affaire, la Cour de cassation, dans sa décision du 12 juillet 2012, a validé le fondement de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle pour contraindre un moteur de recherche à faire cesser le référencement d'un contenu illicite.

L'intérêt de cette action réside dans son autonomie. Il résulte de cette décision que la procédure de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle constitue une voie possible d'implication des prestataires de référencement dans la lutte contre la contrefaçon, sans atteinte systématique à la liberté d'expression et sans pour autant préjuger de leur responsabilité du point de vue des contenus litigieux. La Cour de cassation a clairement précisé que les actions menées au titre de cette disposition n'interféraient aucunement avec la responsabilité principale éventuelle du prestataire dans la réalisation de l'acte litigieux. Il s'agit d'une procédure permettant au juge de demander à celui qui est en capacité technique de limiter la contrefaçon de le faire, même s'il est totalement étranger à la réalisation des actes contrefaisants. Reste que cette procédure pose encore des questions quant à sa mise en œuvre pratique. Ainsi de la charge probatoire : en l'absence de standard du caractère manifeste du dommage, il peut sembler difficile d'établir la preuve de cette atteinte qui doit être établie par tous moyens. Cette preuve est d'autant plus difficile à établir que l'action est susceptible d'intervenir au stade de la prévention et non de la seule cessation. Certains membres de la commission ont défendu l'idée que, dans cette hypothèse, l'imminence du dommage (un clic de distance) devrait suffire à justifier la mesure d'injonction ou encore soulignent la possibilité de prouver par voie d'échantillonnage mais d'autres estiment qu'on ne peut présumer une contrefaçon non intervenue. Par ailleurs, l'exécution de la décision demeure délicate. Les moteurs avancent l'argument selon lequel l'établissement de listes noires de mots clés constituerait une atteinte à la neutralité de leur algorithme. Cette analyse n'est pas partagée par les ayants droit qui estiment que les moteurs de recherche disposent de la capacité technique de paramétrer l'algorithme en excluant certains termes et qu'ils doivent, de ce fait se conformer à l'injonction judiciaire qui leur est faite. Cependant, certains membres de la commission s'accordent sur la nécessité pour les ayants droit de contribuer positivement à l'actualisation des mots clés « noirs » pour éviter que les références initiales soient rapidement obsolètes. Cette analyse n'est pas sans poser des difficultés sur les effets dans le temps de la décision d'injonction.

6.2.3. Les démarches volontaires de déréférencement des contenus illicites

Action volontaire des moteurs. L'une des objections longtemps opposées par les moteurs de recherche pour mettre en place des listes noires et diminuer la visibilité des contenus illicites consistait à invoquer le caractère automatique de l'algorithme et sa « neutralité » qui serait mise à mal dans le cas où il leur faudrait changer les paramètres pour satisfaire aux requêtes des ayants droit. Or Google a annoncé au mois d'août 2012 un changement important dans sa politique de référencement puisqu'il a intégré dans les paramètres de son *page rank* le fait que certains sites ont été notifiés comme contrefaisants au regard de la procédure du DMCA américain. Google exclut cependant de supprimer des pages de résultats de recherche à moins d'avoir reçu une demande de retrait de la part des ayants droit. Cette solution négociée avec les moteurs consiste à introduire les questions de propriété intellectuelle en amont afin

224 Cette disposition remplace l'ancien article L.332-1, 4° du CPI qui prévoyait la possibilité par ordonnance sur requête le cas échéant (donc par le biais d'une procédure non contradictoire) « la suspension par tous moyens d'un contenu d'un service de communication au public en ligne portant atteinte à l'un des droits d'auteur y compris en ordonnant de cesser de stocker ce contenu ou, à défaut de cesser d'en permettre l'accès ».

d'amender les résultats naturels des moteurs de recherche. Le choix d'intégrer dans son algorithme de classement des considérations sur la licéité éventuelle des contenus référencés constitue donc un changement majeur de paradigme par rapport au discours de neutralité précédemment tenu. Il ne peut cependant faire abstraction du fait que le référencement obéit à une logique de demande plus que d'offre et que si un moteur de recherche ne répond plus aux attentes des internautes (en bloquant par exemple les termes Bittorrent dans ses résultats), ceux-ci pourront toujours satisfaire leur recherche d'offre illégale ailleurs.

6.3. Développer les opportunités de référencement des contenus licites

La capacité des ayants droit à se saisir des opportunités du référencement des contenus dépend en premier lieu des possibilités de développer la visibilité des offres licites sur les réseaux (6.3.1.). Elle est également fonction de la mise en place de solutions de monétisation leur permettant d'être associés au partage de la valeur (6.3.2.).

6.3.1. Accroître la visibilité des offres licites

Les pratiques volontaires de référencement électif. Agir sur le référencement peut relever d'un ensemble de bonnes pratiques sur lesquelles un accord est susceptible de se dégager. La première voie envisagée est celle du recours à des services d'optimisation permettant d'accroître la place des sites dans la présentation des résultats des moteurs. Cette solution, déjà en partie à l'œuvre se heurte à la détermination unilatérale des politiques de référencement des prestataires de service de référencement. Ainsi, certaines pratiques défendues par ces acteurs peuvent provoquer des mesures de rétorsion par rétrogradation du contenu dans les pages de résultats. Or, la frontière du permis et de l'interdit s'avère opaque et instable. La modification permanente de l'algorithme par les moteurs conduit à une course en avant pour placer les contenus, sans garantie d'efficacité. La mise en place d'un référencement naturel « intelligent » grâce à l'établissement de **standards de métadonnées**, techniquement possible mais refusée par les acteurs du marché, devrait être encouragée.

Une autre voie ayant également comme objectif de mettre en avant les offres licites consiste à s'inspirer des pratiques de « **listes blanches** » existant, par exemple, en matière de contenus adressés à la jeunesse. Cette proposition se heurte à une vive opposition des moteurs, comme étant contraire aux exigences d'exhaustivité et de neutralité nécessaires à la qualité de leurs outils de recherche. Elle soulève également des objections quant à la détermination de ces listes (qui, quels critères, qui en supporte les coûts, etc). La commission s'est cependant interrogée sur l'option prise par Google de faire descendre les contenus litigieux alors que le moteur s'oppose par ailleurs à toute solution de sur-référencement pour les sites « labellisés » licites. L'opérateur invoque une impossibilité technique et également les difficultés de classement issues d'un tel mécanisme. Il serait envisageable de trouver des solutions de compromis permettant de distinguer l'offre légale sans nécessairement influencer sur les résultats de recherche généraux en ajoutant des **onglets spécifiques à l'outil pour proposer ce service d'offre légale, en sus des autres**.

La voie d'un **portail numérique** visant à procéder à un référencement public des offres légales est parfois évoquée par les pouvoirs publics comme une alternative à l'hostilité des moteurs à accompagner une politique de sur-référencement des contenus licites. Il s'agirait de référencer les œuvres disponibles tout en renvoyant vers les sites de commercialisation. L'indexation réalisée permettrait de favoriser l'exposition des plateformes légales tout en proposant une éditorialisation spécifique, à l'image d'une cinémathèque numérique. Elle supposerait en amont une politique de labellisation des sites d'offre légale. En dépit de son intérêt, la proposition reçoit un accueil sceptique des acteurs, notamment au regard du caractère délicat de sa mise en œuvre pratique. À supposer qu'une politique de labellisation efficace puisse être mise en place, l'idée d'un portail public ne règle pas le problème de la prescription dans la mesure où la visibilité du portail même continue de dépendre des mécanismes de référencement des prestataires. En outre, l'offre légale ne pourra être

valablement mise en lumière que si elle répond à la demande du public ; c'est la qualité de l'offre qui doit assurer sa visibilité et non l'inverse.

6.3.2. Monétiser le référencement de contenus licites et partager la valeur

Jeu du droit exclusif. Le présent rapport entend rappeler la possibilité de fonder le partage de valeur sur la mise en jeu des droits exclusifs existants. Lorsqu'un acte de référencement répond aux conditions de la qualification des droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur, droits voisins, droit *sui generis* sur les bases de données), il est normal que sa mise en œuvre requière l'autorisation des ayants droit. Par conséquent, *de lege lata*, si les titulaires sont en mesure d'établir la démonstration de ce que l'acte en question entre dans le périmètre de leurs prérogatives, ils peuvent en conditionner l'exercice à une autorisation préalable et au paiement d'une redevance. Les discussions de la commission ont fait valoir que les tentatives amorcées de négocier des accords de représentation généraux avec les sociétés de gestion collective pour permettre aux prestataires un accès global au répertoire, par exemple pour utiliser les œuvres sous forme d'aperçus ou d'extrait n'ont pour l'heure pas abouti, alors que des accords sont par ailleurs conclus entre ayants droit et agrégateurs de contenus.

Bien que certains accords aient pu être signés, notamment dans le cadre de la presse, leur teneur demeure, à ce jour, inconnue et leur existence ne témoigne nullement, aux dires des moteurs de recherche, d'une reconnaissance de la soumission de leur activité aux règles de la propriété littéraire et artistique. Les raisons qui ont conduit les prestataires de référencement à conclure de tels accords sont essentiellement de nature politique. Ainsi, l'accord signé avec la presse française et les sommes prévues pour son exécution ne constituent nullement une redevance pour l'exploitation par Google des fonds de la presse dans les opérations de *crawl*, ou des extraits utilisés dans le service Google Actualités.

Gestion collective. Dans ce contexte, et eu égard aux utilisations massives d'œuvres, certains ayants droit²²⁵ militent pour la consécration d'une gestion collective obligatoire étendue, à l'instar du mécanisme de la reprographie, relative aux usages des œuvres nécessaires au référencement, notamment lorsque l'œuvre sert de pointeur. De cette manière, les prestataires de référencement pourraient exercer leur activité sans craindre les actions en contrefaçon en contrepartie d'une juste rémunération effectuée entre les mains de la/des sociétés de gestion collective désignée(s). Une telle solution supposerait une intervention législative habilitant une société de gestion collective à délivrer pour le compte de tous les auteurs relevant d'un secteur de création, des autorisations d'exploitation et à percevoir en contrepartie une rémunération fixée correspondant à ces exploitations. La commission ne s'est pas prononcée sur la suggestion de gestion collective étendue y compris à des non-membres dans la mesure où cette forme de gestion collective demeure limitée en France et pose la question de la liberté de choix des ayants droit quant à l'exercice de leurs prérogatives.

La création d'un droit voisin. Certains pays ont entrepris une voie différente en choisissant de consacrer un nouveau droit voisin. Si la proposition en a été faite en France, elle est pour l'heure écartée des options politiques. La récente loi allemande vise à soumettre les prestataires de référencement de presse à un nouveau droit exclusif des éditeurs de presse pour les exploitations des « produits de presse ». Toutefois ce droit ne couvre pas les « *mots isolés ou du plus petit extrait de texte* », ce qui pour l'heure suscite la perplexité des commentateurs en raison de la difficulté de déterminer le ratio d'application du droit. En outre, la loi allemande demeure évasive sur la répartition de la valeur entre les moteurs et les éditeurs mais aussi avec les auteurs. Or, conformément aux règles établies au plan

225 C'est notamment la position de la SAIF qui propose plus précisément que la rémunération perçue par la ou les sociétés d'auteurs devrait être assise sur le chiffre d'affaires des moteurs de recherche d'images, fixée par voie d'accords ou à défaut par une commission administrative (sur le modèle de la copie privée, par exemple) et répartie notamment en fonction du nombre d'images, des données de requêtes réalisées par les internautes et des données de résultats communiquées par les services de recherches, et le cas échéant sur la base de sondages et statistiques.

international, la création d'un droit voisin ne doit pas se faire au détriment des droits des auteurs. Par conséquent, si la France devait entreprendre un dispositif législatif de cette nature, elle devrait établir un juste équilibre de la répartition de valeur entre l'ensemble des ayants droit.

L'enrichissement sans cause. D'autres suggestions pour fonder une intervention législative visant à provoquer un partage de valeur entre les prestataires de référencement et les ayants droit ont été formulées. Notamment l'une repose sur la notion d'enrichissement sans cause qui justifierait un rééquilibrage en faveur de certains bénéficiaires dont la définition n'est pas arrêtée avec précision. Toutefois, cette proposition, qui soulève des réserves, n'a pu être discutée suffisamment devant la commission pour dégager une position commune.

Les exceptions. Une autre voie pourrait consister à établir un *crescendo* entre les exceptions et le droit exclusif. Le présent rapport a pu mettre en lumière que plusieurs exceptions étaient susceptibles de couvrir certaines opérations de référencement (copie provisoire, citation...). Toutefois les périmètres d'application ne sont pas toujours clairement déterminés. Ainsi, il serait loisible de refondre la logique des exceptions en s'appuyant sur les ratios du triple test. Certains actes de référencement relèvent d'une exception gratuite ; d'autres en raison de l'ampleur de l'emprunt réalisé pourraient faire l'objet d'une rémunération tout en restant dans le champ de l'exception (licence légale) et lorsque l'usage correspond à une exploitation pleine de l'œuvre, le droit exclusif joue dans le cadre d'une négociation contractuelle des tarifs. Une telle logique s'applique en matière d'usage des œuvres dans le cadre de l'exception d'enseignement et de recherche en France et de manière plus précise en Australie. Ce type de solution nécessiterait une remise en chantier de certaines exceptions pour en préciser le périmètre et les modalités d'exercice, voire la création d'exceptions nouvelles dédiées.

Annexe 1 : Lettre de mission



Paris, le 20 DEC. 2011



Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone 01 40 15 82 16
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr
www.culture.gouv.fr/cspla

Professeur Valérie-Laure Benabou
Professeur Joëlle Farchy

Mesdames,

Les outils de navigation et de référencement sont inhérents à la société de l'information. A mesure que la quantité d'informations disponibles croît, la possibilité d'identifier les plus utiles à l'utilisateur devient difficile et nécessite l'assistance d'instruments de repérage. Sur Internet, l'hypertextualité constitue l'essence de la communication, les sites se renvoyant les uns aux autres, de manière plus ou moins précise, par des liens plus ou moins profonds.

Les formes sophistiquées qu'ont pu prendre dernièrement les systèmes de référencement suscitent cependant des interrogations à la fois juridiques et économiques. Ces mécanismes vertueux dans leur principe ont en effet des conséquences multiples, qu'il s'agit de préciser lorsque le référencement touche des objets protégés par les droits de propriété intellectuelle.

Sur le plan juridique, les outils de référencement recensent d'abord des contenus licites. Ils ne se contentent plus de préciser la destination des contenus vers lesquels ils pointent à travers un lien hypertexte, ils enrichissent leurs outils par des extraits, des reproductions miniatures ou vignettes permettant à l'internaute d'accéder à un panorama immédiat des contenus recherchés. Ce faisant, ils reproduisent en tout ou partie les éléments des œuvres vers lesquels l'internaute est susceptible de s'acheminer et les mettent à disposition sur leurs propres sites. La question de l'autorisation préalable des titulaires sur ces actes de reproduction et de communication au public – versus opt out – réalisés par les prestataires de référencement mêmes mérite d'être débattue.

Il convient également d'étudier les effets des outils de référencement lorsqu'ils conduisent à pointer vers des contenus illicites. Pour l'heure, cette dimension par laquelle l'opérateur de référence contribue à véhiculer l'œuvre contrefaite est encore mal appréhendée par le droit français et la jurisprudence en cette matière ne donne pas d'indication claire des éventuelles possibilités d'impliquer ces prestataires de référencement dans la lutte contre la contrefaçon.

Sur le plan économique, ces outils participent à des changements sur le marché de l'exploitation des œuvres soit de manière positive soit de manière négative selon des modalités qu'il vous appartiendra de préciser en fonction des secteurs concernés. La question de l'articulation entre

économie de la concurrence et qualité du référencement devra également être posée.

Sur le plan des usages, il sera intéressant de prendre en compte la pluralité des types de référencement et de les distinguer en fonction des univers qu'ils mettent en relation, de la valeur des liens établis, des entités qu'ils désignent et des types de relations qu'ils établissent (référencement naturel versus sponsorisé). Il faudra également prendre en compte la multiplicité des acteurs impliqués : aux algorithmes et dispositifs mis en place par les outils de référencement répondent les stratégies des acteurs qui tentent de s'imposer avec des techniques de placement, des balises, des mots-clefs, des stratégies relationnelles. La question du poids des différents acteurs dans cette course au référencement devra donc être soulevée.

C'est dans ce contexte que je vous propose de présider une commission spécialisée du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique qui restera libre de se saisir de toute question sur le sujet dont la nécessité aura été révélée lors des travaux. Afin de compléter vos analyses juridiques et économiques, vous pourrez associer à vos travaux des personnes ayant travaillé sur la question des usages dans les Labs Hadopi et plus particulièrement Madame Cécile Méadel, sociologue, professeur à Mines ParisTech. Au sein du Conseil, vous pourrez vous appuyer sur la participation active de Madame Josée – Anne Benazeraf. Vous serez assisté dans votre travail par un auditeur au Conseil d'Etat que je nommerai très prochainement, et qui assurera les fonctions de rapporteur.

Il serait souhaitable que la commission ait achevé ses travaux en juillet 2012.



Sylvie Hubac

Annexe 2 : Composition de la commission « référencement »

Valérie-Laure BENABOU et Joëlle FARCHY, professeurs : co-présidentes

Cécile MÉADEL, Professeur Ecole des Mines-ParisTech, Labs HADOPI

Josée-Anne BENAZERAF

Auteurs

Jean-Claude BOLOGNE (SGDL)

Geoffroy PELLETIER (SGDL)

Olivier BRILLANCEAU (SAIF)

Agnès DEFAUX (SAIF)

Jérôme DECHESNE (SACD)

Thierry DESURMONT (SACEM)

Caroline BONIN (SACEM)

Marie-Anne FERRY-FALL (ADAGP)

Thierry MAILLARD (ADAGP)

Sylvie DUMAS (ADAGP)

Marie-Christine LECLERC-SENOVA (SCAM)

Hervé RONY (SCAM)

Nicolas MAZARS (SCAM)

Florence-Marie PIRIOU (SOFIA)

Artistes-interprètes

Isabelle FELDMAN (ADAMI)

Logiciels et bases de données

Bernard LANG (AFUL)

Marc MOSSE (BSA)

Quang-Minh LEPESCHEUX (BSA)

Editeurs de presse

Patrick SERGEANT (SPM)

Editeurs de musique

Caroline FAGET (CSDEM)

Philippine GIRARD-LEDUC (CEMF)

Producteurs de phonogrammes

Karine COLIN (SPPF)

Marc GUEZ (SCPP)

Laurence MARCOS (SCPP)

David EL SAYEGH (SNEP)

Alexandre LASCH (SNEP)

Radiodiffuseurs

Emmanuel BOUTTERIN (SNRL)

François-Xavier FARASSE (Le bureau de la radio)

Maryam SALEHI (SRN) (NRJ Group)

Lyne TOULOTTE (SRN)

Aurélie BREVAN-MASSET (NRJ Group)

Télédiffuseurs

Pascaline GINESTE (Canal +)

Séverine FAUTRELLE (Canal +)

Jean-Michel ORION (France Télévisions)

Représentants des producteurs audiovisuels

Juliette PRISSARD-ELTEJAYE (SPI)

Cyril SMET (SPI)

Nolwenn BESCHER (SPI)

Producteurs de cinéma

Frédéric GOLDSMITH (APC)

Bénédicte BOUBEE (APC)

Idzard VAN DER PUYL (PROCIREP)

Services en ligne

Alexandra LAFERRIERE (Google)

Benoît TABAKA (ACSEL)

Représentants des fournisseurs d'accès à internet

David GROSZ (Orange et FFT)

Virginie NUNES (Orange)

Jérôme FLAMENT (Orange)

Organismes et personnalités qualifiées non membres du CSPLA

Laetitia FACON (CNC)

Christelle FOUCAULT (CNC)

Marion FONTAINE (doctorante en cifre ORANGE et CSI)

Bruno SPIQUEL (expert Hadopi)

Alain STROWEL (Professeur à l'Université de Liège)

Annexe 3 : Personnes auditionnées

Serge ABITEBOUL, Chercheur à l'INRIA, Saclay

Olivier ANDRIEU, Abondance, consultant SEO

Carole BENICHOU et Marc MOSSE, Bing

Denis BOUCHEZ, Syndicat de la Presse Quotidienne Nationale (SPQN)

François BOUDONCLE, Exalead

Nathalie COLLIN, Association de la Presse d'Information Politique (APIG)

Marion FONTAINE (doctorante ORANGE et CSI)

Lionel THOUMYRE²²⁶, ancien chargé de mission au forum des droits sur l'Internet

Maxime TIRAN, ingénieur Google

Sébastien SORIANO, Conseiller au Conseil de la concurrence

Bruno SPIQUEL, HADOPI Labs

Alain STROWEL, Professeur, Facultés Saint-Louis, Bruxelles, Université de Liège, Munich
IP Center et avocat

Gilles VERCKEN, avocat

Jean VERONIS, Professeur de linguistique et d'informatique, Université de Provence

Fred VON LOHMANN, Senior Copyright Counsel, Google

226 Monsieur Thoumyre a précisé qu'il intervenait en tant qu'ancien chargé de mission du Forum des droits sur l'Internet.

Table des matières

Précision liminaire.....	2
Introduction	3
1. Typologie du référencement.....	6
1.1. Le modèle Annuaire.....	6
1.2. Le modèle Moteur.....	7
1.3. L'évolution des formes de référencement.....	8
1.3.1. Vers de nouveaux dispositifs.....	8
1.3.2. Vers la personnalisation des résultats par les moteurs.....	11
2. Qualification juridique des opérations de référencement.....	13
2.1. Existence et portée de la liberté de « référencer ».....	13
2.2. Application des règles du Code de la propriété intellectuelle aux opérations de référencement.....	15
2.2.1. Le caractère protégeable des éléments sujets au référencement.....	16
2.2.1.1 L'opération de référencement doit porter sur une œuvre ou un objet protégé. .	16
2.2.1.2. La reprise des éléments doit porter sur une œuvre originale.....	17
2.2.1.3. La reprise des éléments au prisme de la « fonction » du droit d'auteur	18
2.2.2. Identification de la mise en jeu d'un droit exclusif.....	22
2.2.2.1. Questions préalables.....	22
2.2.2.2. Mise en jeu du droit de reproduction.....	24
2.2.2.2.1. Actes de reproduction identifiables	25
2.2.2.2.2. Bénéfice de l'exception de copie provisoire transitoire ?	25
2.2.2.2.3. Jeu des autres exceptions au droit de reproduction?	32
2.2.2.3. Mise en jeu du droit de représentation/communication au public ?.....	35
2.2.2.3.1. Éléments de définition du droit de communication au public.....	35
2.2.2.3.2. Arguments défavorables à la qualification de communication au public. .	38
2.2.2.3.3. Éléments favorables à la qualification de communication au public.....	43
2.2.2.4. Mise en jeu du droit d'interdire l'extraction substantielle d'une base de données.....	48
2.2.3. Application du droit moral.....	50
3. L'économie du référencement.....	52
3.1. Le modèle économique des moteurs de recherche.....	52
3.2. Référencement et positionnement, la question clé de la qualité du référencement.....	53

3.3. Les conséquences économiques du référencement.....	56
3.3.1. Les effets concurrence.....	56
3.3.1.1. L'existence d'une position dominante.....	56
3.3.1.2. Le risque d'abus.....	57
3.3.1.3. Le risque d'exclusivité des indexations.....	59
3.3.2. Les effets revenus : des risques de substitution de ressources publicitaires.....	61
4. L'implication des prestataires de référencement dans la lutte contre les contenus illicites.....	64
4.1. Le non régime de responsabilité spécifique des prestataires de référencement.....	64
4.1.1. Les régimes applicables par extension.....	65
4.1.2. L'intervention judiciaire /la procédure de notification.....	68
4.2. Les injonctions/actions en cessation.....	70
4.3. Le déréférencement.....	75
4.4. Le référencement électif.....	79
5. Les solutions alternatives à l'application des règles actuelles du Code de la propriété intellectuelle.....	83
5.1. La création d'un droit voisin.....	83
5.2. La voie d'un texte fondé sur la théorie de l'enrichissement sans cause.....	87
5.3. L'opt out.....	91
5.4. L'action en concurrence déloyale	94
6. Eléments de synthèse et pistes de réflexion	96
6.1. Quels choix des ayants droit sur le référencement de leurs contenus ?	96
6.2. L'implication des prestataires de référencement dans la lutte contre la contrefaçon.....	99
6.2.1. La contribution à la marginalisation des contenus illicites	99
6.2.2. La contribution à la cessation des comportements illicites.....	100
6.2.3. Les démarches volontaires de déréférencement des contenus illicites	101
6.3. Développer les opportunités de référencement des contenus licites	102
6.3.1. Accroître la visibilité des offres licites	102
6.3.2. Monétiser le référencement de contenus licites et partager la valeur.....	103