

# **Le droit d'auteur contre l'accès à l'information mondiale ?**

## **Le cas des moteurs de recherche**

Cédric Manara  
Professeur associé, EDHEC (LegalEDHEC Research Center), France<sup>1</sup>

**Résumé.** – Une grande partie de l'information accessible en ligne peut être trouvée au moyen des moteurs de recherche. Pour fonctionner, ces derniers procèdent à divers traitements qui entrent mécaniquement en conflit avec certaines dispositions du droit d'auteur. Dans plusieurs pays, des juridictions ont été amenées à statuer sur la légalité des pratiques d'indexation des moteurs. Elles les ont appréciées de manière très contrastée, utilisant pour les sanctionner ou non des fondements très hétérogènes. L'absence d'unité de la jurisprudence invite à chercher un moyen de remédier à l'insécurité juridique dans laquelle les outils de recherche exercent leurs activités, en raison du risque qu'elle fait peser sur la capacité pour tous à accéder aux informations. L'incertitude pouvant difficilement être levée, il est suggéré une intervention législative afin d'aménager un régime juridique en adéquation avec l'intérêt social et économique des moteurs de recherche.

### **1. Introduction : l'accès à l'information au moyen des moteurs de recherche**

### **2. Le fonctionnement des moteurs de recherche : le traitement d'informations tierces**

2.1. Modes opératoires des outils de recherche

2.2. Moyens de s'opposer à l'indexation des sites web

### **3. Sanctions judiciaires du fonctionnement des moteurs de recherche**

3.1. L'admission relative des pratiques des moteurs : le *fair use*

3.2. L'admission compromise du fonctionnement des moteurs dans l'Union Européenne

3.2.1. *Des textes communautaires rigoureux*

3.2.2. *Une jurisprudence erratique*

### **4. Insécurité juridique de l'accès aux informations au moyen des moteurs**

4.1. Risques effectivement encourus par les moteurs

4.2. Faiblesse du droit positif pour y remédier

### **5. Conclusion : une intervention législative nécessaire**

---

<sup>1</sup> L'auteur remercie l'IPR University Center (Helsinki, Finlande) où il était chercheur affilié lors de la rédaction de cette étude, ainsi que les participants aux séminaires de présentation de celle-ci à l'Université de Helsinki, le 27 octobre 2010 et à la Faculté de Droit de Higher School of Economics à Moscou, le 21 avril 2011. Il remercie également les professeurs Séverine Dusollier et Fabrice Siiriainen pour leur relecture et remarques. Cette étude a été soutenue par un Google Research Award. La société Google Inc. n'a toutefois pas de droit de regard sur le contenu ou le sens des travaux qu'elle encourage par ce programme.

## 1. Introduction: le rôle des moteurs de recherche dans l'accès à l'information

"The people who just simply pick up everything and run with it (...) That's Google, that's Microsoft, Ask.com... there are a lot of people". Invité à s'exprimer sur les moteurs de recherche,<sup>2</sup> le magnat de la presse Rupert Murdoch fustigeait ces acteurs qu'il appelle aussi « *content kleptomaniacs* ».<sup>3</sup> L'attaque est symbolique du conflit rampant existant entre deux types d'activités en ligne : la production de contenus destinés à être mis en ligne, et l'indexation de ces ressources. D'un côté on trouve des structures qui investissent pour fournir de l'information, de l'autre des sociétés qui ont développé des outils de recherche.

Plus de 113 milliards de requêtes ont été faites au moyen de ces derniers durant le seul mois de juillet 2009.<sup>4</sup> Le chiffre est impressionnant, qui témoigne de la popularité des moteurs de recherche. Ils ne sont toutefois pas les seuls moyens pour les internautes d'accéder aux ressources en ligne. Ainsi le Conseil de la Concurrence français avait-il souligné que « la fonction d'annuaire ou moteur de recherche sur internet ne peut être tenue pour indispensable à la rencontre de la demande émanant du consommateur et l'offre de produits et services vendus sur internet », évoquant d'autres moyens de se rendre sur des sites web<sup>5</sup> : informations dans la presse généraliste ou spécialisée, publicités, navigation directe (qui consiste à saisir un nom de domaine dans un navigateur), etc.

Les internautes sont amenés à utiliser ces procédés alternatifs en raison des contraintes de fonctionnement des moteurs de recherche traditionnels. Ces contraintes sont d'abord politiques, les moteurs pouvant être visés par des injonctions gouvernementales destinées à leur supprimer des résultats.<sup>6</sup> Ces contraintes peuvent aussi être techniques, les moteurs ne pouvant par hypothèse

---

<sup>2</sup> A. Arnold, *News Corp Sites May Be Removed From Google*, Sky News Online, 9 nov. 2009 ([news.sky.com/skynews/Home/Business/News-Corp-Boss-Rupert-Murdoch-Says-Online-Newspaper-Pages-Will-Be-Invisible-To-Google-Users/Article/200911215446006](http://news.sky.com/skynews/Home/Business/News-Corp-Boss-Rupert-Murdoch-Says-Online-Newspaper-Pages-Will-Be-Invisible-To-Google-Users/Article/200911215446006))

<sup>3</sup> A. Dawber, *Murdoch blasts search engine 'kleptomaniacs'*, 10 oct. 2009, ([www.independent.co.uk/news/media/online/murdoch-blasts-search-engine-kleptomaniacs-1800569.html](http://www.independent.co.uk/news/media/online/murdoch-blasts-search-engine-kleptomaniacs-1800569.html))

<sup>4</sup> ComScore, *Global Search Market Draws More than 100 Billion Searches per Month*, 31 août 2009 ([www.comscore.com/Press\\_Events/Press\\_Releases/2009/8/Global\\_Search\\_Market\\_Draws\\_More\\_than\\_100\\_Billion\\_Searches\\_per\\_Month](http://www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2009/8/Global_Search_Market_Draws_More_than_100_Billion_Searches_per_Month)) – dont 76,7 milliards sur Google, ce qui amènera à citer plus régulièrement cet acteur au long de cet article

<sup>5</sup> Décision n° 00-D-32 du 9 juin 2000, CCE 2000, comm. n° 119 par G. Decocq ; D. 2000, AJ, 391, obs. C. Manara.

<sup>6</sup> Ce phénomène est fort peu documenté, les moteurs ne livrant pas d'informations sur ces injonctions. V. toutefois l'outil mis en place par Google : *Transparency Reports: Government Requests* ([google.com/transparencyreport/governmentrequests](http://google.com/transparencyreport/governmentrequests)).

analyser et répertorier de l'information que si elle est accessible sans barrière.<sup>7</sup> C'est pourquoi les sites payants, ou les sites dont l'accès est conditionné par la détention d'un compte et la saisie d'un mot de passe, ne sont pas indexés dans les moteurs. Ainsi Facebook, qui compterait plus de 500 millions d'utilisateurs et fonctionne principalement sur un modèle économique fermé, ne voit son contenu que partiellement reflété par les outils de recherche qui lui sont extérieurs, ou avec lesquels il n'a pas passé d'accord.<sup>8</sup> Les contraintes peuvent enfin être légales : ponctuellement, les moteurs de recherche sont destinataires de mises en demeure de personnes physiques ou morales estimant qu'un ou plusieurs résultats de recherche portent atteinte à leur honneur ou à leur vie privée.<sup>9</sup> Plus souvent, de telles notifications visent des droits de propriété intellectuelle dont sont titulaires les expéditeurs : le site académique ChillingEffects.org recense, rien qu'aux Etats-Unis, plus de 25.000 lettres recommandées envoyées à Google,<sup>10</sup> dans lesquelles les titulaires invitent à supprimer un ou plusieurs résultats qui violeraient leurs droits de marque ou d'auteur.<sup>11</sup> Le sort fait à ces requêtes diffère selon leurs récipiendaires et les cas : dans une affaire française visant à la fois Yahoo et Google, par exemple, l'un avait déréférencé un site tiers et la critique concernant le demandeur, tandis que l'autre les avait maintenus.<sup>12</sup>

Les moteurs ne rencontrent ces contraintes que s'ils cherchent à indexer l'ensemble du web. Tel n'est pas le cas, par exemple, des outils de recherche thématiques ou spécialisés. De façon générale, ainsi que l'avait noté pour la France le Conseil de la Concurrence, les moteurs de recherche ne

---

<sup>7</sup> Cf. *Conclusions* de l'Avocat Général de la C.J.U.E., Aff. C-324/09, L'Oréal, note 52 : « les moteurs de recherche sur Internet n'exécutent pas (...) les opérations de recherche dans l'intégralité de l'Internet mais dans leurs bases de données de pages web stockées dans les serveurs de l'exploitant en question. Cela explique pourquoi le même mot clé peut conduire et conduit habituellement à une liste «naturelle» différente de liens figurant dans les différents moteurs de recherche ».

<sup>8</sup> Ce qui a amené un accord entre la plateforme et le moteur de recherche Bing, dont on pourrait s'interroger sur les effets concurrentiels : Le Monde, *Microsoft s'ouvre à la « recherche sociale » de Facebook*, 14 oct. 2010.

<sup>9</sup> Par ex. TGI Paris, 25 juin 2009, *Légipresse* 2009, n° 264, p. 215, note N. Mallet-Poujol.

<sup>10</sup> Une recherche effectuée le 1er mai 2011 sur le site ChillingEffects.org montre que Google a reçu 26008 demandes de retrait alléguant une violation du *Digital Millenium Copyright Act* (dont 977 relativement à son moteur de recherche), et Yahoo 532. ChillingEffects.org est un site conçu à des fins de recherche sur ces pratiques, qui publie les *cease & desist letters* qui lui sont volontairement retransmises par leurs destinataires.

<sup>11</sup> Que les moteurs soient tenus ou non s'exécuter à réception de telles demandes reste débattu : V. par ex. T. Verbiest, G. Spindler, G. M. Riccio et A. Van der Perre, *Study on the liability of internet intermediaries*, Markt/2006/09/E, 12 nov. 2007, *passim*.

<sup>12</sup> Paris, 19 mars 2009, D. 2009.1275, obs. C. Manara. *Adde* : *A French Court rules that search engines are not liable for the way a company is presented in their search results (Publison System v. Google France & Yahoo France)*, 19 March 2009, e-Competitions, n° 29362(www.concurrences.com).

procèdent pas « à un référencement exhaustif des sites existants ».<sup>13</sup> Quand ce juge avait utilisé ce terme de « référencement » à propos de l'inventaire des sites web, c'était en 2000, époque où le référencement ne concernait que l'indexation de ressources qui ont été mises en ligne par le fait des responsables de sites web, ou d'utilisateurs de ceux-ci. Une telle approche exclut le phénomène plus récent d'indexation du « monde physique », tels que les projets Gallica de la BNF, destiné à numériser un fonds documentaire existant sous forme papier, ou Google Books, plus ambitieux en ce qu'il ne se limite pas aux œuvres tombées dans le domaine public. Ces techniques de collecte d'information, qui sortent du champ des réseaux, n'entrent pas dans le cadre de la présente étude qui se limitera au web. Il en va de même des services du type Google Street View ou Navteq, qui consistent à fournir sous forme numérique des données récoltées au moyen de véhicules parcourant le territoire, et enregistrant des informations sous forme photographiques enrichies d'éléments de géolocalisation. Ces modalités de moisson des informations, ainsi que la nature de ces dernières et de leur traitement, sont substantiellement différentes de ce qui constitue l'activité de référencement dans sa définition « classique » – si l'on ose écrire, car il s'agit d'une activité qui n'existait pas il y a 15 ans – qui renvoie à l'inclusion d'une référence sur tout site sur des outils de recherche.<sup>14</sup> Elles n'entrent donc pas dans le cadre de la problématique.

Schématiquement, le référencement dont il sera question ici consiste d'abord à indexer les pages disponibles sur le web, puis à les classer, et enfin à présenter des résultats en fonction des requêtes effectuées sur les outils de recherche. Seules les deux dernières étapes sont visibles pour leurs utilisateurs. Cette activité de collecte et de traitement de l'information est au cœur du fonctionnement des moteurs de recherche, et consiste en une série d'opérations de traitement d'un gigantesque volume d'informations, dont nombreuses parmi ces dernières sont protégées au titre de la propriété intellectuelle. En conséquence, *l'activité même des moteurs de recherche entre*

---

<sup>13</sup> Plus généralement sur la question : C. Manara, La « *search neutrality* » : mythe ou réalité ?, *Concurrences*, n° 1-2011, pp. 52-57.

<sup>14</sup> M. Vivant, *Les contrats du commerce électronique*, Litec, 1999, n° 107, p. 129 ; P. le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 3ème éd., 2004, n° 11.2 ; V. aussi *Les contrats de référencement dans l'internet*, *Comm. Com. Elec.*, mars 2001, chron. n° 8 par A. Diméglio, et C. Manara, *Navigation sur internet : la pratique du référencement d'informations*, *D. Affaires*, 1999, 1274.

*mécaniquement en conflit avec le droit d'auteur*. Comment résoudre une telle tension, problème critique pour le maintien de l'accès à l'information au niveau mondial ? Après avoir explicité les aspects du fonctionnement des moteurs de recherche qui sont susceptibles de créer des frictions en droit d'auteur (2), la présente étude révèle le malaise jurisprudentiel dans la réception de ces mécanismes selon les ordres juridiques (3). Quoique diverses techniques juridiques pourraient permettre une approche plus uniforme des problèmes juridiques engendrés par le fonctionnement des moteurs de recherche (4), l'insécurité juridique découlant de leur mise en œuvre amène à formuler une proposition d'intervention législative, nécessaire pour des raisons économiques et sociales (5).

## **2. Le fonctionnement des moteurs de recherche : le traitement d'informations tierces**

Les outils de recherche utilisent des robots afin de collecter les informations (2.1). Les éditeurs de sites web disposent d'outils techniques leur permettant de s'opposer à ce que ces robots visitent ou indexent leurs pages (2.2).

### *2.1. Modes opératoires des outils de recherche*

Afin de pouvoir proposer des résultats aux recherches effectuées au moyen de leurs services, les moteurs de recherche doivent d'abord assembler des informations. Ils utilisent à cette fin des outils programmés pour parcourir (« *crawl* ») le web ouvert. Les robots mis en œuvre passent d'une page à une autre au moyen des liens qu'elles contiennent, ou exploitent les informations disponibles sur les serveurs de routage. Les informations collectées vont permettre de bâtir un index de ressources aussi diverses que du texte, des images, des vidéos...<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Synthèse rédigée à partir du fonctionnement décrit par les moteurs Yahoo, *Why search engines crawl your site*, 18 août 2010 ([help.yahoo.com/l/us/yahoo/search/indexing/slurp-01.html](http://help.yahoo.com/l/us/yahoo/search/indexing/slurp-01.html)) ; Bing, *How Bing delivers search results*, [onlinehelp.microsoft.com/en-us/bing/ff808447.aspx](http://onlinehelp.microsoft.com/en-us/bing/ff808447.aspx) ; Google, *How does Google collect and rank results*, ([www.google.com/librariancenter/articles/0512\\_01.html](http://www.google.com/librariancenter/articles/0512_01.html))

Ce mode opératoire permet de supputer que les informations détectées par les logiciels mis en œuvre sont aussi stockées par les moteurs, de façon à ce qu'ils puissent bâtir leur index. On peut toutefois imaginer que le processus permet de relier une page à un index existant sans qu'il y ait lieu à copie de cette page sur les serveurs des outils de recherche.<sup>16</sup> A ce stade, il n'est donc pas certain que les moteurs procèdent à la reproduction des contenus tiers. Les plus populaires des moteurs offrent toutefois une fonction dite de « copie cachée », qui passe par la reproduction d'informations mises en ligne par les tiers.

Le «  *caching*  » consiste à fournir à l'internaute un moyen d'accéder au contenu qu'il souhaitait consulter quand une page est inaccessible du fait d'un problème de serveur, quand le lien vers celle-ci ne fonctionne plus, ou éventuellement quand elle a été supprimée. Les moteurs Bing et Google, par exemple, permettent la consultation d'éléments qui seraient autrement inaccessibles, indiquant alors qu'ils proposent la visualisation de ces ressources altérées.<sup>17</sup>

S'agissant des images, le processus autorisant les internautes à en avoir un aperçu repose sur un mécanisme distinct. Les moteurs de recherche utilisent en général la technique d'inclusion dite «  *inline linking*  », décrite par le Forum des Droits sur l'Internet en ces termes : « présentation de la ressource liée dans un emplacement spécifique au sein de la ressource liante ».<sup>18</sup> Cela signifie donc *a priori* que ces images, contrairement au texte, ne sont pas copiées sur les serveurs des moteurs.<sup>19</sup>

## 2.2. Moyens de s'opposer à l'indexation des sites web

Les éditeurs de site web disposent de divers outils leur permettant d'empêcher que des pages pourtant accessibles à tous ne soient pas parcourues ou indexées par les outils de recherche. Pour ce faire, différents éléments de code peuvent être ajoutés à la source d'une page web ou d'un site en son entier. Ces balises, invisibles pour les utilisateurs, vont par exemple indiquer aux robots qu'ils

---

<sup>16</sup> Ainsi, certains des moteurs attribuent un numéro aux pages inventoriées.

<sup>17</sup> Plus généralement sur le  *caching* : M. Peguera,  *When the Cached Link is the Weakest Link: Search Engine Caches Under the Digital Millennium Copyright Act* , Journal of the Copyright Society of the USA, 2009, Vol. 56, p. 589 et s.

<sup>18</sup> Forum des Droits sur l'Internet, Hyperliens : statut juridique, 2003, p. 13.

<sup>19</sup> V. ce sens, TGI Paris, 20 mai 2008, Juriscom.net : « les moteurs de recherche ne stockent pas les images ».

ne doivent visiter aucune des pages d'un site ou d'une partie de celui-ci.<sup>20</sup> Elles peuvent aussi permettre d'empêcher l'accès à un robot en particulier, ou n'autoriser l'indexation que par un seul d'entre eux. La variété des balises donnant des commandes aux outils de recherche est assez large. On se limitera à ajouter que l'une d'entre elles permet d'indiquer que le contenu d'une page ne doit pas être indexé, même si celle-ci peut être parcourue.<sup>21</sup>

Si ces balises sont des standards du web, elles ne constituent pas des barrières absolues. Les exploitants d'un moteur peuvent théoriquement concevoir un outil qui ignore ces balises. Il a par ailleurs été développé d'autres protocoles plus spécifiques pour les besoins de catégories d'acteurs, tel l'*Automated Content Access Protocol*,<sup>22</sup> initiative d'éditeurs en ligne qui souhaitent communiquer de cette manière les conditions contractuelles d'accès aux ressources qu'ils mettent ligne dans un langage qui puisse être lu, compris et interprété par des machines. Si ce système a été implémenté par ceux qui avaient exprimé le besoin d'un tel outil, ces derniers regrettent<sup>23</sup> que les agrégateurs de contenus et les plus importants des moteurs de recherche rechignent à l'adopter.

Les raisons pour lesquelles les éditeurs vont avoir recours à ces techniques sont diverses. Le plus souvent, il s'agit de tester un site en projet sans qu'il soit encore visible au plus grand nombre. Ces techniques ne sont pas un moyen de protéger des créations, le droit d'auteur assurant ce rôle dès leur divulgation. C'est ainsi que, chaque fois que les moteurs de recherche indexent une information originale,<sup>24</sup> leur activité entre en conflit avec le droit d'auteur, par son principe même. Il y a lieu en effet, selon les cas, à reproduction sur leurs serveurs et/ou représentation sous forme d'extraits de sites ou de miniatures d'images. Cela signifie que *l'activité des outils de recherche peut être, en tout ou partie, illégale*. Que des sites, qui figurent parmi les plus fréquentés de la planète, et sont

---

<sup>20</sup> La plus connue est la commande « robot.txt ». La commande « disallow » indique aux robots qu'ils ne doivent *visiter* aucune des pages du site ; si elle suivie de « /thispage/ », l'interdiction se circonscrit à cette page.

<sup>21</sup> Commande «noindex».

<sup>22</sup> ACAP ([www.the-acap.org](http://www.the-acap.org)).

<sup>23</sup> ACAP, *Answering ACAP's critics*, juin 2010 ([www.the-acap.org/Files/f5/f581873d-ffd7-42dc-8305-ad8b6b567d33.pdf](http://www.the-acap.org/Files/f5/f581873d-ffd7-42dc-8305-ad8b6b567d33.pdf)).

<sup>24</sup> Et n'est pas encore tombée dans le domaine public, ni mise à disposition en étant assortie d'une licence permissive, type Creative Commons.

aussi des points de passage habituels des navigations internet, puissent exercer leur activité en violation du droit d'auteur est une incongruité appréciée différemment par les juges.

### **3. Sanctions judiciaires du fonctionnement des moteurs de recherche**

Dans divers pays du monde, des tribunaux ont été saisis de la légalité du fonctionnement des outils de recherche. Une ligne de partage se dessine selon que le droit applicable a été le système de *copyright*, qui admet le *fair use* d'œuvres protégées (3.1), ou le droit européen dont la liste limitative d'exceptions ne prévoit pas de dérogation en faveur des outils de recherche (3.2).

#### *3.1. L'admission relative des pratiques des moteurs : le fair use*

Divers contentieux ont été portés devant les juridictions américaines, qui se sont tous terminés en faveur des outils de recherche défendeurs. Au nombre des fondements sur lesquels les juges se sont prononcés, se trouvent les *safe harbor principles*, disposition du *Digital Millenium Copyright Act*<sup>25</sup> en vertu de laquelle les fournisseurs de service internet sont exonérés de responsabilité à raison des informations publiées ou transmises par les utilisateurs de leurs services s'ils retirent ou empêchent rapidement l'accès à des éléments identifiés dans une réclamation émanant du titulaire de droits d'auteur sur ceux-ci.<sup>26</sup> Ces dispositions ont bénéficié aux Etats-Unis aux moteurs de recherche,<sup>27</sup> ce qui n'est pas le cas en Europe.<sup>28</sup> Alors que la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 prévoit un mécanisme similaire pour les intermédiaires, il ne bénéficie pas aux moteurs de recherche de ce côté de l'Atlantique, comme il sera montré plus loin.<sup>29</sup> Ce mécanisme particulier d'allègement de responsabilité n'existant que dans certains des systèmes juridiques dont les solutions

---

<sup>25</sup> United States Code, Section 512.

<sup>26</sup> Afin de bénéficier de ce régime, il doit être établi que le fournisseur de services n'a pas connaissance ni ne tire bénéfice de l'activité illégale se déroulant sur ses machines, a instauré une politique relative au droit d'auteur dont il informe efficacement ses utilisateurs, et dédie une personne à la gestion des réclamations.

<sup>27</sup> De façon critiquée toutefois. Ainsi M. Peguera, préc. note 17, considère-t-il que ces dispositions sont inapplicables au moteur, ce qui rend ces derniers vulnérables. L'auteur conclut qu'une extension de la portée de ces règles aux moteurs est nécessaire.

<sup>28</sup> T. Verbiest et al., préc. note 11.

<sup>29</sup> V. infra § 3.2.1.

jurisprudentielles seront comparées ici, il n'en sera pas fait cas, et les litiges ne seront donc envisagés qu'au crible du droit d'auteur.

La première affaire dans laquelle les juridictions américaines eurent se prononcer sur la licéité des pratiques d'indexation concernait des photographies visibles sous forme de vignettes sur un outil de recherche d'images appelé Arriba. L'auteur de ces œuvres visuelles lui reprochait la création de telles vignettes, et leur représentation sur les pages de résultat. La cour a estimé que les quatre conditions du *fair use* – finalité et caractère de l'usage, nature de l'œuvre, importance de l'usage et effet commercial de celui-ci – étaient remplies, aux motifs notamment que le moteur se servait de toutes images et pas seulement des photos du demandeur, qu'il s'en servait à des fins différentes de ce dernier, qu'il se contentait de les afficher en petit format, et qu'il améliorait l'accès à ces œuvres créatives, au bénéfice potentiel de leur auteur.<sup>30</sup>

La deuxième affaire engagée contre un moteur de recherche aux Etats-Unis était relative au service de « copie cachée » offert par Google. Une personne qui avait publié ses poèmes en ligne reprochait au moteur de recherche d'avoir, par l'effet de ce procédé, illicitement copié une cinquantaine de ses œuvres et les avoir illégalement distribuées. Il alléguait aussi que le défendeur créait une copie de l'œuvre sans le consentement de l'intéressé.<sup>31</sup> La cour constata que le demandeur était familier du fonctionnement de Google, qu'il connaissait l'existence du service de copies qu'il stigmatisait, ainsi que de moyens d'empêcher un robot d'indexer des contenus. Elle estima que c'est l'utilisateur d'un service de recherche qui crée une copie lorsqu'il décide de consulter une page au moyen de la fonction « cache », et que l'exécution de cette fonction par le moteur ne constitue pas une violation du droit d'auteur.<sup>32</sup> Elle jugea encore que les mécanismes techniques d'exclusion sont des standards notoires, au point que le fait de ne pas les utiliser revient à consentir une licence implicite aux

---

<sup>30</sup> US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 6 fév. 2002, *Kelly vs Arriba Soft*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002) (révisé le 7 juil. 2003: [www.eff.org/files/filenode/Kelly\\_v\\_Arriba\\_Soft/20030707\\_9th\\_revised\\_ruling.pdf](http://www.eff.org/files/filenode/Kelly_v_Arriba_Soft/20030707_9th_revised_ruling.pdf)) ; K. Donohue, *Court gives thumbs-up for use of thumbnail pictures online*, 2002 Duke L. & Tech. Rev. 0006 ; C. Roquilly, *Chronique de droit de l'internet*, Lexbase, mars 2002.

<sup>31</sup> US District Court of Nevada, 12 janv. 2006, *Field v. Google* ([w2.eff.org/IP/blake\\_v\\_google/google\\_nevada\\_order.pdf](http://w2.eff.org/IP/blake_v_google/google_nevada_order.pdf)).

<sup>32</sup> P. 10: “*The automated, non-volitional conduct by Google in response to a user's request does not constitute direct infringement under the Copyright Act*”.

moteurs. Dans ces conditions, poursuivre Google revenait à contredire l'accord précédemment donné au moteur d'utiliser ses œuvres.<sup>33</sup> La cour conclut que les quatre conditions du *fair use* étaient remplies en l'espèce.<sup>34</sup>

En raison de l'objet de cette étude, il est important de souligner qu'ici le demandeur ne reprochait pas au moteur la création de copies de son site au moment où les robots parcouraient ses pages.<sup>35</sup> Cela signifie que cette pratique n'a pas été appréciée en tant que telle par le juge, et qu'il demeure une incertitude sur sa régularité en droit d'auteur américain.<sup>36</sup>

Par l'effet du *stare decisis*, la dernière affaire dans l'ordre chronologique pouvait sembler favorable aux outils de recherche d'Amazon et Google, dont le fonctionnement était critiqué par la société Perfect 10, éditrice d'images pornographiques. Toutefois, comme elle proposait ces images au téléchargement payant en petit format, pour consultation sur des téléphones mobiles, il était possible que le juge considère que le dernier élément constitutif du *fair use*, savoir l'effet économique de l'usage des œuvres, n'était pas rempli : l'affichage de ces images sous forme de vignettes par les moteurs pouvait en effet venir concurrencer le marché sur lequel exerçait la demanderesse. La cour estima toutefois que la représentation de ces images par les moteurs ne relevait pas d'un usage artistique ou de divertissement, mais avait pour finalité la recherche d'information.<sup>37</sup> Ce même argument de la finalité commerciale de l'usage fut au cœur de la procédure engagée devant une cour du District de Columbia par l'Agence France Presse contre le

---

<sup>33</sup> P. 13: “*the Court finds that all four estoppel factors are present based on the undisputed facts* ».

<sup>34</sup> En résumé: avec la création des copies cachées, Google offrait plus de possibilité d'accès aux œuvres, en particulier quand elles étaient techniquement indisponibles (finalité et caractères de l'usage), que s'agissant d'œuvres créatives, il fallait encourager les initiatives destinées à y donner un accès plus important (nature des œuvres copiées), que l'auteur avait choisi de mettre ces œuvres à disposition de façon gratuite (volume et importance relative des copies), et qu'il n'existait pas de preuve que les copies incriminées avaient un effet sur le marché potentiel des œuvres du demandeur (effet de la copie sur la valeur des œuvres qui en sont l'objet) – pp. 13 à 21.

<sup>35</sup> P. 9 : « *Field does not allege that Google committed infringement when its “Googlebot,” like an ordinary Internet user, made the initial copies of the Web pages containing his copyrighted works and stores those copies in the Google cache* ».

<sup>36</sup> La décision a d'ailleurs été partiellement annulée et remplacée par une autre de la même juridiction datée du 7 juil., qui confirme que l'usage de vignettes relève du *fair use* mais censure la partie de la décision consacrée à l'usage des images dans leur format original pour des raisons de procédure ([images.chillingeffects.org/cases/Kelly\\_v\\_Arriba.pdf](http://images.chillingeffects.org/cases/Kelly_v_Arriba.pdf))

<sup>37</sup> 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

service Google News, qui critiquait l’affichage sur les pages de ce service de ses titres, photos, et introductions de dépêches.<sup>38</sup> Une transaction intervenue entre les parties mit fin au contentieux.<sup>39</sup> Sous la réserve relative à la deuxième décision judiciaire étudiée, les moteurs de recherche semblent pouvoir exercer leur activité dans une relative sécurité juridique aux Etats-Unis.<sup>40</sup> L’influence de ce système juridique sur les autres pays dans lesquels on trouve un régime de *fair use* autorise à dire que la même observation peut être formulée pour les territoires canadien,<sup>41</sup> australien, néo-zélandais, israélien ou indien. S’agissant de l’Inde, un auteur a conclu une analyse du système de « copie cache » en ces termes : “*Indian courts would see a reasonably clear transformative character in the act of caching*”.<sup>42</sup> Dans les pays de l’Union Européenne, en revanche, l’activité d’indexation des moteurs de recherche a été plusieurs fois sanctionnée.

### 3.2. L’admission compromise du fonctionnement des moteurs dans l’Union Européenne

Les textes communautaires proscrivent le fonctionnement actuel des moteurs de recherche (3.2.1) ; les juges nationaux en font une application plus ou moins rigoureuse (3.2.2).

#### 3.2.1. Des textes communautaires rigoureux

S’inspirant du régime juridique américain protecteur des intermédiaires<sup>43</sup>, la directive commerce électronique prise en 2000 a prévu l’aménagement de responsabilité des prestataires intermédiaires

---

<sup>38</sup> Texte de l’assignation mis en ligne par le prof. E. Goldman : [law.marquette.edu/goldman/afpgooglecomplaint.pdf](http://law.marquette.edu/goldman/afpgooglecomplaint.pdf). La société éditrice du New-York Times avait également critiqué les pratiques du même moteur : S. Olsen, *Google cache raises copyright concerns*, CNET News, 9 juil. 2003 ([news.com.com/Google+cache+raises+copyright+concerns/2100-1032\\_3-1024234.html](http://news.com.com/Google+cache+raises+copyright+concerns/2100-1032_3-1024234.html)).

<sup>39</sup> B. Pautrot, *Google et l’AFP trouvent un terrain d’entente*, Zorgloob, 12 avril 2007 ([www.zorgloob.com/2007/04/12/google-et-lafp-trouvent-un-terrain-dentente/](http://www.zorgloob.com/2007/04/12/google-et-lafp-trouvent-un-terrain-dentente/)).

<sup>40</sup> V. toutefois M. Peguera, préc. note 17.

<sup>41</sup> Un projet de loi avait pour objet de rendre illicites les copies caches : E. Mills, *In Canada : Cache a page, go to jail*, CNET News, [news.cnet.com/2100-1028\\_3-5793659.html](http://news.cnet.com/2100-1028_3-5793659.html).

<sup>42</sup> A. Mohanty, *Is Google’s Caching Copyright Infringement*, Spicy IP, 14 oct. 2010 ([spicyipindia.blogspot.com/2010/10/is-googles-caching-copyright.html](http://spicyipindia.blogspot.com/2010/10/is-googles-caching-copyright.html)).

<sup>43</sup> Qui trouve sa source dans plusieurs dispositions : U.S.C. § 1125 (d) (2) (D) (ii), US Copyright Act, Section 512 (c), Communications Decency Act, § 230 et Communications Decency Act, § 223.

assurant le simple transport, la forme de stockage dite « *caching* », et l'hébergement d'informations,<sup>44</sup> mais pas des moteurs de recherche comme aux Etats-Unis.

L'activité de ceux-ci ne consistant pas en la transmission d'informations sur un réseau de communication, ils n'assurent pas le transport d'un point à un autre, et ne peuvent entrer dans la première catégorie. Seuls les transporteurs d'informations pouvant être protégés au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de ces informations fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de celles-ci à la demande d'autres destinataires du service, les moteurs de recherche ne sont pas plus éligibles à jouir de l'aménagement de responsabilité créé relativement à l'activité de « *caching* ». Malgré l'identité terminologique, le service de « cache » fourni par les moteurs n'est pas de la même nature, en ce qu'il n'a pas pour objet d'améliorer la rapidité de la transmission. Enfin, à la lettre de la directive les moteurs ne sont pas des hébergeurs : l'activité de ceux-ci consiste en effet à stocker des informations fournies à *la demande* d'un destinataire du service, or les moteurs n'agissent pas à la demande des éditeurs de sites pour les référencer, ni ne passent de convention avec eux à cette fin. Ce mode opératoire distinct les exclut des dispositions prévues en faveur des prestataires d'hébergement. Si la Cour de Justice de l'Union Européenne a estimé que l'article 14 de la directive commerce électronique peut s'appliquer « au prestataire d'un service de référencement sur Internet », c'était à propos d'un référencement publicitaire et rémunéré, dans lequel le stockage était contractuel et concernait des mots-clef et non les contenus de sites tiers.<sup>45</sup> Quelques pays – l'Autriche, l'Espagne, la Hongrie et le Portugal – ont, à l'occasion de la transposition de la directive, étendu le bénéfice de l'allègement de responsabilité aux moteurs de recherche, mais pour aménager la responsabilité des moteurs à raison des liens qu'ils créent vers des sites tiers illicites, et non à raison de leur fonctionnement même au regard du

---

<sup>44</sup> Dir. 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, respectivement art. 12, 13 et 14.

<sup>45</sup> Aff. C-236/08, § 23 à 27 et § 106 à 120, CJUE 23 mars 2010, n° C-236/08, D. 2010.1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; CCE 2010, comm. n° 132 *par C. Caron* ; Com. 13 juil. 2010, n° 06-15.136, CCC 2010, n° 229, note M. Malaurie-Vignal ; D. 2010.2545, obs. Y. Picod ; Com. 13 juil. 2010, n° 08-13.944, D. 2010.1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; CCC 2010, n° 230, note M. Malaurie-Vignal ; L'Essentiel Droit de la propriété intellectuelle, 2010, n° 1, p. 1, obs. A. Lucas ; D. 2010.885, obs. C. Manara.

droit d'auteur. Ceci est corroboré par le fait qu'une procédure a été engagée en Espagne contre un moteur sur ce dernier fondement, procédure dont il sera question plus loin.

La directive relative au droit d'auteur dans la société de l'information n'a pas non plus prévu d'exception qui bénéficierait spécifiquement aux moteurs de recherche pour l'exercice de leur activité. Si certains actes de reproduction transitoires ou accessoires qui constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique sont exemptés du droit de reproduction, c'est quand ils ont pour unique finalité de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou une utilisation licite.<sup>46</sup> Non seulement le législateur communautaire n'avait en vue que les intermédiaires purement techniques – les fournisseurs d'accès à internet – quand il a adopté ce régime, mais en outre un arrêt de la Cour de Justice l'interprète de manière restrictive.<sup>47</sup> Cette juridiction a estimé qu'un acte qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée<sup>48</sup> ainsi qu'à imprimer cet extrait est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au sens de cette directive, et que l'acte d'impression d'un extrait<sup>49</sup> qui est effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données ne remplit pas la condition relative au caractère transitoire. En jugeant ainsi en à propos d'une activité de la veille et d'analyse de la presse écrite consistant à établir des synthèses d'une sélection d'articles effectuée par un procédé électronique d'acquisition de données, la Cour n'ouvre pas la porte à la réception juridique de l'activité des moteurs qui, *mutatis mutandis*, semble devoir relever du même régime. L'exception pour courte citation ne paraît pas non plus pouvoir bénéficier aux moteurs, car elle suppose l'incorporation à une œuvre, ce que ne constituent pas par hypothèse des pages de résultats. C'est ainsi d'une bien étrange situation, celle de moteurs de recherche d'usage quotidien dont le fonctionnement même paraît contraire au droit d'auteur, qu'ont eu à connaître diverses juridictions

---

<sup>46</sup> Art. 5.1 de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (sur laquelle RTDCom 2001.701, étude par A. Françon ; JCP 2001.I.331, étude par J. Passa ; Europe 2001, n° 8-9, chron. n° 7 par V.-L. Bénabou).

<sup>47</sup> Aff. C-5/08, Infopaq International, JCP 2009, n° 39.212, note L. Marino ; CCE 2009, comm. n° 97 par C. Caron.

<sup>48</sup> Composé de onze mots, précisait l'arrêt dans le contexte de l'espèce.

<sup>49</sup> Toujours composé de onze mots.

des Etats membres. Une singularité qui peut expliquer une jurisprudence divisée dans l'application des règles de la propriété intellectuelle à Google et aux autres.

### 3.2.1. Une jurisprudence erratique

Si c'est le moteur de recherche de la société Google qui a été principalement visé, il n'est pas le seul à avoir été attaqué. En Grande-Bretagne, l'outil Meltwater utilisait un robot afin d'indexer des informations parues sur des sites. Ses clients pouvaient ensuite chercher des articles à partir de mots-clef, et recevoir des alertes quotidiennes ou hebdomadaires. Celles-ci, accessibles par e-mail ou sur le site de Meltwater, comprenaient le titre de l'article sous forme de lien cliquable permettant d'accéder à l'intégralité de celui-ci, les premiers mots de cet article, et un extrait contextuel de 256 caractères incluant le mot recherché. Il fut jugé que, par son fonctionnement, ce service excédait les prévisions de ceux qui publiaient les informations indexées, et consistait en conséquence en la mise à disposition aux utilisateurs de matériaux contrefaisants.<sup>50</sup>

En Belgique, il a été jugé que le service Google News est doublement illégal en ce que le stockage de contenus en mémoire cache est une reproduction non autorisée, et que rendre possible l'accès des internautes à ces copies irrégulièrement réalisées est un acte de représentation prohibé.<sup>51</sup>

La Cour d'appel de Paris a tranché dans le même sens que les juridictions belges dans un contentieux portant sur la représentation d'une photographie protégée dans des résultats de recherche d'image.<sup>52</sup> Les juges ont estimé que Google aurait pu, « sous réserve de limiter [sa] prestation à la seule activité de référencement », « bénéficier du régime spécifique de responsabilité organisé par l'article 6.1.2 de la loi du 21 juin 2004 », mais que sa responsabilité doit être engagée, l'image litigieuse n'ayant pas été retirée promptly suite à une notification. Il est singulier de constater que la juridiction s'est fondée sur la directive de 2000 sur l'article de la loi française définissant ce qu'est un hébergeur, mais sans dire en quoi le moteur de recherche

---

<sup>50</sup> [2010] EWHC 3099 (Ch), 26 nov. 2010, *The Newspaper Licensing Agency Ltd & Ors v Meltwater Holding BV & Ors*.

<sup>51</sup> Bruxelles, 13 fév. 2007 ; S. Dusollier, *Le géant aux pieds d'argile : Google News et le droit d'auteur*, Revue Lamy droit de l'immatériel, 2007, pp. 70-75.

<sup>52</sup> Paris, 4 fév. 2011, inédit, confirmant TGI Paris, 9 oct. 2009, D. 2009.2926, obs. C. Manara.

d'images correspondait à cette définition. La Cour s'est contentée de dire « qu'en raison de la nature du service fourni et des faits tels qu'ils sont incriminés par [le titulaire des droits d'auteur], la responsabilité des sociétés Google doit être appréhendée au regard de l'article 6.1.2 de la loi du 21 juin 2004 et de la directive CE 2000/31 », sans plus de précision.

Paradoxalement, la même juridiction s'est prononcée de façon contraire dans une affaire similaire, qui pourtant ne concernait pas un cliché isolé mais cette fois de très nombreuses photographies, réalisées par des artistes célèbres et membres de la société de gestion collective SAIF.<sup>53</sup> A peine plus diserte, la Cour a estimé que « faute de régime spécifique concernant les moteurs de recherche, [la loi du 21 juin 2004 a] vocation à régir les différents acteurs de l'internet », ce qui l'a amenée à dire « qu'il doit donc être tenu compte des limitations de responsabilité prévues par la LCEN pour examiner les agissements incriminés ». Les juges ont donc procédé à une lecture extensive d'un texte qui ne devrait pourtant pas l'autoriser en ce qu'il crée une limitation de responsabilité, et donc une exception à un principe général ! Dans la même décision, la Cour a expressément fait référence aux balises « robot.txt » décrites précédemment, pour dire qu'elles donnent aux titulaires de droits des moyens de protéger leurs œuvres...<sup>54</sup> ce qui revient à faire prévaloir un outil technique sur le monopole qu'en droit français la loi confère automatiquement à l'auteur.

En première instance dans la même affaire, une décision favorable au moteur avait été rendue, mais sur un fondement complètement différent : relevant que les visualisations étaient possibles sur le territoire français, mais les copies précédemment effectuées sur les serveurs exploités par le défendeur aux Etats-Unis, le tribunal estima que la loi applicable au litige devait être la loi américaine.<sup>55</sup> Appliquant en conséquence le US Copyright Act de 1976, le juge français a considéré qu'étaient remplies les conditions du *fair use*. Que des décisions diamétralement opposées aient été

---

<sup>53</sup> Paris, 26 janv. 2011, L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle, 14 avril 2011, n° 4, p. 7, obs. A. Lucas.

<sup>54</sup> « un éditeur de site a les moyens d'effectuer des choix lui permettant d'être référencé tout en contrôlant l'indexation ; que cet éditeur a en particulier la possibilité de poser des règles spécifiques pour chacune de ses pages et d'exclure de l'indexation les images représentées par l'utilisation de consignes (fichiers d'exclusion "robot.txt" et intégration de balises <<Meta robots>> ) ; qu'ainsi les titulaires de droits disposent de moyens de protéger les visuels fixes, l'automate d'exploration n'ayant accès qu'aux informations disponibles sur internet, savoir en l'espèce les images pour lesquelles aucune disposition n'a été prise par l'éditeur du site pour éviter leur indexation ».

<sup>55</sup> TGI Paris, 20 mai 2008, préc. note 19.

rendues dans des affaires similaires illustre le malaise que peuvent éprouver les juges à devoir appliquer des règles européennes rigoureuses dont l'effet est de sanctionner des outils dont ils relèvent par ailleurs l'intérêt. Une procédure engagée en Espagne est à cet égard topique.

L'éditeur d'un site web soutenait devant la cour d'appel de Barcelone que la représentation d'extraits de son site sur des pages de résultats violait ses droits de propriété intellectuelle sur ces textes. Ses prétentions furent écartées par la cour qui jugea de tels usages éphémères, incidents, et minimes (ce qui revient, pourrait-on observer, à faire application de la règle *de minimis non curat praetor*). Il affirmait également que la reproduction du contenu de son site dans la mémoire cache est contraire à la loi espagnole sur le droit d'auteur, de même que l'affichage du contenu de cette mémoire. Pour la juridiction, « *il est indéniable que cette activité constitue une reproduction totale ou partielle des pages web, ce qui, en principe, constitue une violation des droits d'exploitation de leurs titulaires* ». <sup>56</sup> La cour devait donc logiquement entrer en condamnation... mais ne le fit pas ! <sup>57</sup> Elle estima que la loi sur le droit d'auteur « admet quelques nuances », pour ensuite se référer *explicitement* à la règle du *fair use*, qui n'existe pourtant pas en droit espagnol ou européen. <sup>58</sup> La cour critiqua le caractère absolu des droits de propriété intellectuelle, indiquant qu'il convient de tenir compte de la finalité et du caractère de l'usage, en l'occurrence faciliter les recherches aux internautes. Elle estima aussi que ceux qui publient en ligne ont consenti à l'exposition publique des œuvres concernées, et encore qu'il n'y a pas d'atteinte à l'exploitation économique de celles-ci : tous les critères du *fair use* furent ainsi estimés réunis par un juge qui ne pouvait pourtant pas se fonder sur cette norme étrangère. Qu'une juridiction dise ainsi le droit en le violant est révélateur du caractère extraordinaire des conflits qui sont l'objet de cette étude. L'activité des moteurs n'est

---

<sup>56</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, 30 mars 2007, Juriscom.net, note C. Manara.

<sup>57</sup> La cour considère aussi que cette activité ne peut être rangée parmi celles des prestataires de services d'intermédiation, pour lesquelles la loi espagnole transposant la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique a prévu une exonération de responsabilité, ce qui confirme ce qui a été dit plus haut sur le fait que les moteurs ne bénéficient pas de ce régime dans l'Union Européenne.

<sup>58</sup> Même si elle commence d'être théorisée : M. Senftleben, *Bridging the differences between copyright's legal traditions – The emerging EC fair use doctrine*, Journal of the Copyright Society of the USA, 2010, Vol. 57, No. 3, pp. 521-552.

sauvegardée en Espagne qu'à ce prix, et la procédure se poursuit devant la Cour de cassation du pays.<sup>59</sup>

Egalement partagées se sont montrées trois juridictions allemandes, en l'occurrence celles qui se sont tour à tour prononcées dans une procédure faisant suite à l'affichage d'œuvres visuelles d'une artiste dans des résultats de recherche d'images.<sup>60</sup> Si elles se sont prononcées en faveur du moteur, ce fut sur des fondements différents. A l'instar de son homologue espagnole, la cour d'appel allemande a estimé que Google violait les droits d'auteur de la requérante... pour ensuite la débouter malgré tout, cette fois au motif qu'elle abusait de ses droits au regard d'une disposition légale exigeant la bonne foi.<sup>61</sup> Le BGH a tranché de manière définitive en disant que l'artiste n'avait jamais accordé expressément ou implicitement au moteur le droit d'offrir la prévisualisation de ses œuvres, mais qu'un tel usage n'était toutefois pas illégal car le moteur pouvait déduire des actions de celle-ci qu'elle l'autorisait. Nouveau paradoxe ! La cour termina son analyse en soulignant que les contenus avaient été mis en ligne sans avoir recours aux outils techniques restreignant l'accès des moteurs.

Cinq Etats membres, et autant d'approches significativement différentes du sort juridique à réserver à l'indexation... Pourrait aussi être ajouté le cas de l'Italie,<sup>62</sup> où un groupe d'éditeurs de presse a demandé à l'autorité nationale de la concurrence d'ouvrir une enquête sur certaines pratiques du moteur relatives au fonctionnement de Google News, sans toutefois faire grief de ce que leurs contenus soient repris sur ce service, ce qui revient *a priori* à l'accepter.<sup>63</sup> A l'occasion de la clôture de ce dossier suite à l'acceptation des engagements de Google Inc., l'autorité italienne de la concurrence a observé que « les normes actuelles relatives au droit d'auteur ne semblent pas tenir

---

<sup>59</sup> La décision est attendue au plus tôt fin 2011.

<sup>60</sup> Bundesgerichtshof, 29 avr. 2010, I ZR 69/08, Vorschaubilder, L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle, 1<sup>er</sup> juil. 2010, n° 3, p. 1, obs. A. Lucas-Schloetter ; K. Lenz, *Germany Violating Berne Convention*, Lenz Blog, 29 avr. 2010, k.lenz.name/LB/?p=187; B. Clark, *BHG: Google's image search is no copyright infringement*, 29 avr. 2010 (IP Kat, ipkitten.blogspot.com/2010/04/bgh-googles-image-search-is-no.html).

<sup>61</sup> Art. 242 du code civil allemand (devoir de bonne foi).

<sup>62</sup> Sur la situation en République Tchèque et en Slovaquie : M. Husovec, *Právne aspekty internetových vyhľadávačov*, 2010 (www.scribd.com/full/29537581?access\_key=key-1i0ya1kc1zdwg4gzm2c0).

<sup>63</sup> Les griefs ne portaient que sur la perte de revenus publicitaires liés au mode de référencement : C. Manara, *The Italian Competition Authority examines commitments regarding the functioning of Google News*, e-Competitions, 13 mai 2010, n° 32135 (www.concurrences.com).

compte des caractéristiques technologiques et économiques de l'internet, ne formant pas un système de droit de la propriété intellectuelle adapté au contexte des nouveaux et multiples modes de reproduction et d'utilisation de contenus par des tiers ». <sup>64</sup>

Le paysage jurisprudentiel est donc chaotique : voici des outils de recherche utilisés en tous points du monde, mais dont le fonctionnement est ou non conforme au droit local. Dans les pays européens en particulier, l'activité des moteurs est potentiellement irrégulière, mais certains juges l'ont dite valable sur des fondements parfois contestables. L'absence d'unité jurisprudentielle est source d'insécurité juridique pour l'accès des internautes aux informations électroniques.

#### **4. Insécurité juridique de l'accès aux informations au moyen des moteurs**

Les risques effectivement encourus par les moteurs (4.1), combinés à l'incertitude sur l'existence en droit positif de moyens éventuels d'y répondre (4.2), est source d'insécurité juridique pour les moteurs, ce qui a un effet sur les conditions de l'accès des internautes aux informations.

##### *4.1. Evaluation des risques effectivement encourus par les moteurs*

Au regard des milliards de pages web, le nombre de procédures engagées contre les moteurs peut paraître limité. Faut-il alors vraiment faire cas de la situation des engins de recherche au regard du droit d'auteur ? Plusieurs éléments peuvent expliquer le faible rapport du nombre de contentieux effectif rapporté à leur volume théorique.

La première hypothèse est que les titulaires de droits seraient indifférents à la manière dont les moteurs utilisent les œuvres ou, même s'ils ne le sont point, ne veulent pas – ou pas encore <sup>65</sup> –

---

<sup>64</sup> Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, déc. du 22 déc. 2010, A420 – Federazione Italiana Editori Giornali / Google, *Provvedimento n. 21959*.

<sup>65</sup> Dans l'interview de R. Murdoch citée à la note 2, celui-ci laissait entendre que le groupe qu'il dirige pourrait le moment venu contester que l'activité des moteurs relève bel et bien du *fair use*.

supporter les coûts d'une action judiciaire.<sup>66</sup> Une autre explication plausible est que les titulaires ont réussi à négocier les conditions dans lesquelles les moteurs indexent les contenus qu'ils publient,<sup>67</sup> ou sont en train de le faire<sup>68</sup> et pourraient choisir l'approche contentieuse si l'issue de ces négociations ne leur était pas favorable.

Les titulaires de droit qui sont résolument opposés aux opérations des moteurs de recherche n'ont pas tous encore porté leurs prétentions en justice. Quand ils ont formulé des objections en justice, les réponses qu'ils ont reçues ont été très diverses. Large est la palette des fondements retenus par les juridictions – ce qui, comme souvent en droit, signifie qu'on se trouve face à une question majeure et épineuse : afin de valider la pratique des moteurs, le juge espagnol a pris en conscience une décision contraire au droit positif, pendant qu'une juridiction allemande est allée jusqu'à estimer que l'artiste qui attaque un moteur abuse de son droit. Ces errements, qui sont visiblement destinés à sauvegarder les outils de recherche en raison de l'intérêt social qu'ils présentent, ne sont pas de bonne justice.

Le fonctionnement des outils de recherche au regard du droit d'auteur dans l'Union conduit donc à des situations diversement appréciées, et à un contexte juridique incertain. Cela amène à se demander s'il peut exister un moyen juridique de résoudre un problème qui se pose théoriquement à chaque requête... soit plus d'un milliard de fois par jour.<sup>69</sup>

#### *4.2. Faiblesse du droit positif pour y remédier*

En tant qu'œuvre, une création est propriété privée de son auteur, mais n'en véhicule pas moins une information publique. Les outils de recherche ayant pour objet de permettre l'accès aux informations utilisent ces œuvres afin que les utilisateurs de leurs services puissent les connaître, les identifier ou les localiser. Il s'agit en droit européen d'auteur, appliqué dans toute sa rigueur, d'une utilisation illicite de la part des moteurs, par communication au public d'œuvres. S'ils réalisent une

---

<sup>66</sup> Ou peut-être seraient irrecevables s'ils le faisaient, dans l'hypothèse où les faits reprochés seraient de très faible ampleur ? (*de minimis non curat praetor*)

<sup>67</sup> C'est a priori le cas de l'AFP, et du New-York Times cités notes 38 et 39.

<sup>68</sup> Cf. WAN – ACAP, note 23.

<sup>69</sup> Cf. ComScore cité note 4.

copie de l'œuvre, c'est pour en extraire des éléments qui vont concourir à la fourniture de résultats aux recherches des internautes. En regardant sous cet angle les faits dont ils doivent connaître, les juges pourraient les qualifier différemment, en considérant que les actes d'utilisation ne portent pas sur l'œuvre en tant que telle, mais sur le substrat d'informations qu'elle constitue aussi. En France, le fameux arrêt *Microfor*<sup>70</sup> avait ainsi permis la reproduction de titres pour la constitution d'une base de données : il a été jugé que 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. S'agissant des moteurs, l'indexation ne se limite toutefois pas aux noms des sites, mais s'étend à leur contenu.

Cette présomption que toute œuvre véhiculerait par hypothèse une information sur ce qu'elle est invite à se demander si le droit à l'information ne pourrait venir contrebalancer le droit de la propriété intellectuelle. Tous deux sont des droits fondamentaux,<sup>71</sup> dont l'articulation a parfois été jugée favorable au fonctionnement des moteurs de recherche.<sup>72</sup> Le fait qu'il n'est pas été fait cas du droit à l'information dans les décisions passées en revue autorise à être sceptique sur la possibilité de soulever un tel argument. En France, par exemple, la Cour de cassation a estimé qu'une information peut être délivrée sans nécessairement y inclure des œuvres protégées, ou à la condition de solliciter l'autorisation nécessaire, écartant l'application de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.<sup>73</sup>

Une autre perspective serait de s'interroger sur l'existence, et partant la nature, des relations juridiques existant entre ceux qui publient sur le web et les moteurs qui y exercent. Il est des

---

<sup>70</sup> Cass. Ass. Plén., 30 oct. 1987, RTD com., 1988.57, note A. Françon; JCP 1988.II.20932, note J. Huet.

<sup>71</sup> V. abordant la question : CEDH, *Association Ekin c/ France*, 17 juillet 2001, notamment § 56 ; M. Haralambon, *L'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'homme et le droit à l'information : question vue sous l'angle du droit d'auteur*, in P. Bloch (dir.), *Image et droit*, L'Harmattan, 2002, pp. 109-115, et N. Mallet-Poujol, *L'image et le libre accès par la Convention Européenne des droits de l'homme*, loc. cit., pp. 117-126 ; C. Geiger, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law ?*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2004, p. 268 et *Droit d'auteur et droit du public à l'information. Pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux*, D. 2005.2683. Plus généralement sur la question : C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Paris, Litec, 2004 ; *La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle*, D. 2010.510.

<sup>72</sup> V. par ex. en France à propos de Google Suggest, service accessoire à son moteur de recherche : Paris, 2 déc. 2009, Legalis.net.

<sup>73</sup> Cass. civ. 1re, 13 nov. 2003, D. 2004.200, obs. Vincent Varet ; Légipresse, n° 209, mars 2004, III, pp. 23-27.

éditeurs de sites web qui demandent expressément leur inclusion ou ré-inclusion dans les outils de recherche, ou dans certains services spécifiques – requête qui révèle leur consentement au référencement opéré par les moteurs. Dans l’affaire Google News tranchée en Belgique, par exemple il fut révélé, aux premiers stades de la procédure que certains journaux avaient demandé à être référencés dans ce service. De telles démarches positives restent par hypothèse limitées si on les rapporte au nombre de personnes publiant en ligne. Elles amènent à se demander si elles révèlent par contraste l’existence d’un consentement implicite de la part de ces dernières. Acceptent-elles tacitement que les contenus qu’elles mettent à disposition sur internet soient repris dans les moteurs de recherche, dont elles connaissent par hypothèse l’existence pour les utiliser ? Est-il à cet égard neutre de publier en ligne ?

Certaines juridictions se sont prononcées en ce sens, comme on l’a vu, estimant qu’il était possible d’inférer de la mise en ligne de contenus une licence implicite d’utilisation au profit des moteurs. Le raisonnement se tient... sauf précisément à l’égard de ceux à qui les juridictions ont opposé ces licences : les personnes qui ont attaqué, et donc manifestaient ainsi clairement qu’elles ne consentaient pas aux usages qu’elles incriminaient, se sont vues dire qu’elles étaient en réalité d’accord. C’est une aporie. Ce n’en est toutefois peut-être plus une si l’on observe que les plaideurs en question n’ont attaqué qu’un seul moteur qui, s’il était dominant à l’époque des faits, n’est toutefois pas en situation de monopole. Leur cause paraît moins recevable dès lors qu’elle n’est pas dirigée contre l’ensemble des outils de recherche qui réutilisent leurs œuvres de la même manière que Google le fait.

Au-delà du débats rhétorique sur l’existence implicite d’une licence, il paraît sensé d’avancer que le choix de mettre en ligne des œuvres – qu’elles y soient publiées pour la première fois, ou qu’elles aient été divulguées ailleurs auparavant – est un acte qui n’est pas neutre sur le plan juridique. Il s’agit en effet d’une action positive de placer l’œuvre dans un environnement qui, s’il est privé, est ouvert au public. Dans cette perspective, la mise en ligne n’est pas différente de l’affichage d’une

publicité sur un espace physique – mur, panneau... –<sup>74</sup> à partir duquel il pourra être vu des passants. On imagine mal, de la part de l’annonceur ayant les droits sur une affiche, une action en justice qui serait dirigée contre des journaux qui la reprendrait en tout ou partie, à des fins d’information.<sup>75</sup> Le fait d’exposer une création au sein d’un espace public aux fins qu’elle y soit vue devrait logiquement aller de pair avec l’acceptation des conséquences découlant normalement de cette exposition : prise de photo ou film, par exemple. *Mutatis mutandis*, la publication de créations en ligne, soit dans des espaces privés ouvert au public, cette qualification ayant été donnée en jurisprudence des sites web,<sup>76</sup> suppose l’adhésion à son économie, dont participent les moteurs de recherche.<sup>77</sup>

Admettre l’existence, au profit des moteurs de recherche, de licences implicites de réutilisation spécifique à des fins d’indexation des contenus mis en ligne de la part des personnes qui les y déposent aurait pour effet de rejeter toute action judiciaire qui serait dirigée contre ces moteurs – sauf à admettre l’*estoppel*, interdiction de se contredire au détriment d’autrui :<sup>78</sup> si l’éditeur d’un site web est sensé avoir donné son accord pour la référencement de celui-ci, il ne pourrait ensuite déclarer qu’il refuse l’inclusion. Les standards du web seraient alors considérés comme si répandus et connus qu’ils en seraient socialement acceptés, et que le fonctionnement des moteurs serait un usage social toléré,<sup>79</sup> en accord avec la volonté implicite de l’auteur. Quoique la notion d’espace puisse s’appliquer à internet, une telle approche reste essentiellement métaphorique<sup>80</sup> et peu

---

<sup>74</sup> Dont il importe peu qu’il relève du domaine public ou soit exploité privativement par une régie publicitaire, car dans les deux cas il s’agit d’une diffusion destinée à atteindre le public.

<sup>75</sup> Les titres de presse bénéficient dans certains cas d’une exception (pour « la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d’une œuvre d’art graphique, plastique ou architecturale », « dans un but exclusif d’information immédiate et en relation directe avec cette dernière » - art. L. 122-5 9°), mais seulement depuis la loi du 1<sup>er</sup> août 2006. La remarque est valable tant pour ce que les journaux ne peuvent faire aujourd’hui que pour ce qu’ils ne pouvaient faire autrefois.

<sup>76</sup> TGI Melun, 8 nov. 2005, CCE 2006, comm. n° 31 par A. Lepage.

<sup>77</sup> En poussant le raisonnement, il faudrait observer qu’une évolution sensible du mode de fonctionnement de cet espace – tel un changement drastique du mode d’indexation d’un moteur de recherche – pourrait être de nature à affecter l’assentiment donné, sauf à ce que soient maintenues en ligne les créations.

<sup>78</sup> Sur la lente réception de la notion en France : F.-X. Train, *L’estoppel à la française : une définition plus précise mais un domaine toujours incertain*, Gaz. Pal. 2010, n° 148, pp. 39 et s.

<sup>79</sup> sur la question C. Manara, *Référencement et droit d’auteur*, Propriétés intellectuelles, avril 2006, pp. 147-154.

<sup>80</sup> Sur la question: A. Yen, *Western Frontier or Feudal Society?: Metaphors and Perceptions of Cyberspace*, Berkeley Technology Law Journal, 2002, Vol. 17, p. 1207 ; D. Hunter, *Cyberspace as a Place, and the Tragedy of the Anticommons*, California Law Review, 2003, Vol. 91, p. 439 ; M. Lemley, *Place and cyberspace*, California Law Review, 2003, Vol. 91, p. 521 ; J. Cohen, *Cyberspace As/And Space*, Columbia Law Review, 2007, Vol. 107, p. 210

susceptible à ce titre de constituer une fondation solide pour la sécurité juridique du fonctionnement des moteurs de recherche, et partant l'accès à l'information sur internet.

## **5. Conclusion : une intervention législative nécessaire**

Un tel conflit doit-il être tranché par les juges, dans chaque Etat membre de l'Union Européenne ? Il s'agit d'une question cruciale sur les plans économique et social, qu'il serait dommage de voir réglée cas par cas sur des fondements pas nécessairement légitimes.

Ce ne sont pas seulement les milliards de requêtes effectuées mensuellement sur les services de recherche qui rendent cette question politique : il suffit de se demander ce que serait un internet sans ces services pour saisir la nécessité d'intervenir.<sup>81</sup> En France par exemple, le Conseil Constitutionnel a souligné par deux fois l'importance prise par les services de communication au public en ligne dans la vie économique et sociale.<sup>82</sup> Un rapport de l'O.C.D.E. démontre l'importance économique des intermédiaires techniques, dont les moteurs de recherche.<sup>83</sup>

Du fait de l'importance des recherches en ligne pour les activités économiques et dans la vie dans la vie quotidienne, il paraît aller de l'intérêt général<sup>84</sup> de modifier, en faveur des outils qui les permettent, l'actuel équilibre entre les intérêts des ayants droit et ceux du public. L'Union Européenne suivrait alors l'exemple du Japon ou de l'Inde, qui sont en train de modifier leur droit en ce sens.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Y. Chen, G. Youngjoo Jeon, Y.-M. Kim, *A Day Without Search: An experimental study of online and offline search*, 15 nov. 2010 ([yanchen.people.si.umich.edu/papers/VOS\\_20101115.pdf](http://yanchen.people.si.umich.edu/papers/VOS_20101115.pdf)).

<sup>82</sup> Cons. const., déc., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, B. Mathieu et M. Verpeaux, *Chron. de droit constitutionnel* : JCP G 2007, I, 134, n° 5, 7 et déc., 6 oct. 2010, n° 2010-45 QPC, RLDI 2010/65, étude 2130 par E. Gillet.

<sup>83</sup> OECD, *The economic and social role of internet intermediaries*, avril 2010. DSTI/ICCP(2009)9/FINAL.

<sup>84</sup> Sur la notion en droit de la propriété intellectuelle M. Buydens & S. Dusollier (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruylant, 2008.

<sup>85</sup> Japon : 平成21年通常国会 著作権法改正等について (réforme du droit d'auteur en date du 1<sup>er</sup> janv. 2010, [www.bunka.go.jp/chosakuken/21\\_houkaisei.html](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/21_houkaisei.html)) ; Inde : *Copyright Bill 2010* ([prindia.org/uploads/media/Copyright Act/Copyright Bill 2010.pdf](http://prindia.org/uploads/media/Copyright Act/Copyright Bill 2010.pdf)).

Une première possibilité serait de profiter de l'actuelle révision de la directive sur le commerce électronique<sup>86</sup> pour ajouter à ses dispositions excluant ou allégeant la responsabilité des intermédiaires techniques un mécanisme qui bénéficierait sans ambiguïté aux outils de recherche à raison des services qu'ils proposent. Une autre possibilité serait de prendre une exception nouvelle, qui pourrait venir s'ajouter aux vingt-et-une existant actuellement dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information (et qu'il serait obligatoire de transposer, nombre d'exceptions y figurant actuellement étant facultatives). Une telle modification serait d'ailleurs compatible avec les Accords ADPIC, en ce qu'il n'y aurait pas d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni de préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes du détenteur du droit.<sup>87</sup>

En tout état de cause, quelles que soient les modalités choisies, une évolution du droit d'auteur qui bénéficierait aux moteurs de recherche serait légère, et pas de nature à en affecter l'équilibre. Un aménagement législatif serait la reconnaissance des services rendus par les moteurs de recherche.

---

<sup>86</sup> Commission Européenne, *Consultation publique sur l'avenir du commerce électronique dans le marché intérieur et la mise en œuvre de la directive commerce électronique*, [ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2010/e-commerce\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/e-commerce_en.htm). Une recommandation lui avait été faite en ce sens par T. Verbiest *et al.*, préc. note 11, p. 19

<sup>87</sup> Art. 13 des Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1 C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 15 avril 1994.

**Abstract.** – The web is a gigantic space with one trillion webpages. In such a space where it is critical to find information, search tools offer internet users a way to dig into most of the available online materials. So that they can provide their services, search engines need to process information from third websites (which can choose not to be included in search index, though they rarely do so). As such, the search tools' core activity comes into contradiction with intellectual property provisions according to which unauthorized copies or displays of information subject to copyright are unlawful. In the USA, search tools operations have been under scrutiny of courts, which have ruled that they may pursue their activities. In other countries (India, Japan), legislators have created a copyright exception in favor of search engines. In the European Union, there is no general liability exemption that would benefit search engines in the EC Directive on electronic commerce. Courts of Belgium, France, England, Germany, Italy and Spain have had to decide whether or not indexing by search engines complied with local copyright laws, and issued strikingly diverging opinions. As certain aspects of copyright in the information society have been harmonized in 2001 in the EU, one would not have expected to hear dissonant judicial voices in this field. Decisions span from strict application of copyright regime and heavy sanctions against search tools to references to foreign law to exclude the application of local rules and conclude that a search tool is immune from copyright liability. The comparative analysis of these decisions shows that courts are not at ease applying copyright rules to search tools practices. Both the assessment of the grounds of these rulings, and the study of other legal provisions under which the practices of search tools can be looked at, do not allow to conclude that search tools operate with legal certainty. Such a situation is not satisfactory, as it directly or indirectly jeopardizes access to information to internet users worldwide. For the information society to run smoothly, and given the social and economic role of search tools as internet intermediaries, there should be a legal safeguard for their operations. The article concludes that a legislative change is as justified as necessary.

Accès à l'information / Information en ligne / Droit d'auteur / Moteurs de recherche / Reproduction, représentation et communication

*Information access / Online information / Search engines / Copyright law / Copy and display*