

Google face à la justice française et belge

Nouvelles décisions en matière de droit d'auteur

by Agnès Lucas-Schloetter,

Dr., Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht,
Karlsruher Institut für Technologie.

Abstract: Internet Service Providers' liability for copyright infringement is a debated issue in France and Belgium, particularly with respect to intermediaries such as providers of hyperlinks and location tool services for which the e-commerce directive does not set explicitly any exemption from liability. Thus, the question arises among other things whether the safe harbour provisions provided for in

respect of caching and hosting also could apply to search engines. French and Belgian Courts had recently to decide on this issue in several cases concerning Google's complementary tools such as Google Videos, Google Images, Google Suggest and Google News. This article seeks to give a summary of and to assess this recent case law.

© 2011 Agnès Lucas-Schloetter

Everybody may disseminate this article by electronic means and make it available for download under the terms and conditions of the Digital Peer Publishing Licence (DPPL). A copy of the license text may be obtained at <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-en8>.

Recommended citation: Agnès Lucas-Schloetter, Google face à la justice française et belge: Nouvelles décisions en matière de droit d'auteur, 2 (2011) JIPITEC 144, para. 1.

Introduction

Après Google Book¹ et Google Adwords,² c'est au tour des services Google Vidéos, Google Images et Google News d'être sur la sellette devant les juridictions françaises et belges. Les récentes décisions (janvier-mai 2011) rendues par les Cours d'appel de Paris et de Bruxelles à propos de ces nouvelles fonctionnalités du célèbre moteur de recherche font apparaître une différence d'approche et, dans l'ensemble, une plus grande sévérité, par rapport à la jurisprudence d'autres Etats européens.

l'origine comme une plate-forme communautaire permettant aux internautes de mettre à disposition (*upload*) et de télécharger (*download*) des images animées, associée à un service de référencement des vidéos disponibles sur le web. La possibilité pour les utilisateurs de mettre des contenus à disposition sur le site Google Vidéos fut supprimée en 2009 et Google a annoncé en mai 2011 la suppression de la fonction permettant aux internautes de télécharger les contenus stockés. Google Vidéos est ainsi amené à n'être à l'avenir qu'un service d'indexation et de référencement, sans activité de stockage.

A. Google Vidéos

1 CA Paris 14.01.2011, RG n° 09/11729, 09/11737, 09/11739, 09/11779 www.legalis.net

2 Par quatre arrêts rendus le même jour, la Cour d'appel de Paris retient la responsabilité de Google pour la mise à la disposition du public, sur Google Vidéos, de films et documentaires protégés par le droit d'auteur. Les différentes procédures ont été engagées à l'époque où le service Google Vidéos était à la fois un moteur de recherche et un site de partage de vidéos. Lancé en 2005, Google Vidéos était en effet conçu à

I. La qualification juridique du service Google Vidéos

3 Dans les quatre litiges ayant donné lieu aux arrêts commentés, les deux fonctions de Google Vidéo (moteur de recherche et hébergement) étaient cependant concernées. Les décisions, rendues en des termes quasiment identiques, sont toutes fondées sur la loi du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Economie Numérique, dite LCNE, transposant la directive e-commerce³ en droit français. La Cour y vérifie si Google Vidéos peut être qualifié d'hébergeur (*hosting provider*) et bénéficier ainsi du régime de respon-

sabilité allégée prévu à l'article 6.I.2 LCEN (transposant l'article 14 de la directive E-commerce). Pour ce faire, elle entreprend de rechercher si le rôle de Google Vidéos « est neutre par rapport aux informations » stockées.⁴

- 4 S'agissant de l'activité de stockage de vidéos, la Cour note l'absence d'une « capacité d'action du service Google Vidéos sur les contenus mis en ligne ». ⁵ Quant à l'activité de moteur de recherche, elle relève qu'il s'agit d'un « processus entièrement automatisé, sans aucune intervention ou révision par des personnes humaines » et qu'en raison de « l'automatisme de cette fonction », le service Google Vidéos n'exerce aucun « contrôle actif » sur les contenus mis en ligne, la rémunération de ce service de référencement étant sans incidence. La Cour en conclut que le rôle exercé par Google, aussi bien dans son activité de prestataire de service de stockage de vidéos reçues de tiers que dans son service de référencement, répond aux exigences de neutralité consacrées par la directive e-commerce et que Google peut donc se prévaloir du régime spécifique de responsabilité consacrée par cette dernière.

II. La responsabilité de Google quant à son activité de stockage de vidéos

- 5 Alors pourtant que, dès réception de la notification de la part des ayants-droit, Google a procédé au retrait du contenu signalé, la Cour de Paris retient, dans deux des quatre espèces qui lui étaient soumises, la responsabilité de Google en sa qualité d'hébergeur au motif que les vidéos litigieuses ont été, par la suite, remises en ligne par des internautes. Il lui appartenait en effet, selon les juges parisiens, « de mettre en œuvre tous les moyens techniques en vue de rendre l'accès à ce contenu impossible, et ce, sans pouvoir exiger des ayants droit une intervention active ». La Cour estime que cette obligation mise à la charge de Google n'implique pas pour autant l'exercice d'un contrôle préalable des vidéos librement mises en ligne par les utilisateurs du site Google Vidéos, lequel serait incompatible avec l'article 6.I.7 LCEN (art. 15 directive e-commerce). « Faute pour elles d'avoir accompli les diligences nécessaires en vue de rendre impossible une nouvelle mise en ligne desdits documentaires déjà signalés comme illicites, les sociétés Google ne peuvent (donc pas) se prévaloir du régime instauré par l'article 6.I.2 LCEN et voient en conséquence leur responsabilité civile engagée de ce chef dans les termes du droit commun de la contrefaçon, sur le fondement des articles L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle ».

III. La responsabilité de Google quant à son activité de moteur de recherche

- 6 Dans les quatre décisions commentées, la Cour de Paris sanctionne également l'activité de référencement de Google Vidéos au titre de la contrefaçon. Alors pourtant que la fonction moteur de recherche du service Google Vidéos avait, en raison de son caractère automatisé, été considérée comme relevant en principe du régime de responsabilité de la directive e-commerce et de la LCEN, la Cour de Paris estime néanmoins que Google excède, dans son service de référencement, les limites de l'activité d'hébergement. Le moteur de recherche ne procède pas en effet à une simple indexation des liens hypertextes renvoyant l'internaute aux sites sur lesquels les vidéos peuvent être visionnées. Google offre bien plus à ses utilisateurs « la possibilité, par un simple clic à partir de ces liens, de visionner le film litigieux sur son propre site Google Vidéos grâce à l'ouverture d'une fenêtre ». Il s'agit là, selon la Cour, d'une « fonction active » qui, s'ajoutant aux liens hypertextes, permet à Google de « s'accaparer le contenu stocké sur des sites tiers afin d'en effectuer la représentation directe sur ses pages à l'intention de ses propres clients, distincts de ceux des sites tiers ». Google est donc condamné pour contrefaçon sur le fondement du Code de la propriété intellectuelle, la limitation de responsabilité consacrée par la directive e-commerce (transposée par la LCEN) n'étant finalement pas applicable en l'espèce.

B. Google Images

CA Paris 26.01.2011, SAIF c. Google, RG n° 08/13423, <http://www.juriscom.net/documents/caparis20110126.pdf> et CA Paris 04.02.2011, Google c. Au-feminin.com et al., RG n° 09/21941

- 7 Les deux arrêts commentés concernent l'activité de référencement d'images du moteur de recherche, c'est-à-dire le service Google Images qui permet aux internautes, par la saisie de mots clés, d'afficher sous forme de vignettes (*thumbnails*) des séries d'images en rapport avec leur recherche, visibles en format réduit, et dont chacune peut être isolée pour en faciliter la lisibilité et l'agrandir. Dans la première affaire, Google était poursuivi par une société d'auteurs, la SAIF, pour avoir ainsi reproduit et communiqué au public sans droit des œuvres de son répertoire. Dans la seconde, l'action était intentée par un photographe dont l'œuvre avait été mise en ligne sans son consentement sur le site d'un magazine puis référencée par le moteur de recherche.
- 8 Les deux décisions déclarent la loi française applicable au litige, infirmant pour l'une d'elles le juge-

ment de première instance qui avait admis l'application de la loi américaine et conclu à la légitimité de Google Images au titre du *fair use*.⁶ Ni l'une ni l'autre ne font à cet égard de distinction selon que l'atteinte alléguée porte sur le droit de reproduction ou de mise à disposition, contrairement à l'arrêt du *Bundesgerichtshof* du 29 avril 2010 dans l'affaire *Vorschaubilder*.⁷ Pour le reste, le mode de raisonnement des juges parisiens n'est pas identique dans les deux arrêts, rendus par deux chambres différentes de la Cour d'appel de Paris, ce qui justifie de les examiner séparément.

I. L'affaire Aufeminin.com

9 Contrairement à l'espèce soumise à la Cour Fédérale allemande dans l'affaire *Vorschaubilder*, l'auteur n'avait pas procédé lui-même ni consenti à la mise en ligne de l'œuvre indexée sous forme de *thumbnails*. La précision est importante car la solution ne pouvait pas être fondée sur un quelconque consentement tacite tel qu'il a été admis par la jurisprudence allemande.

10 Comme dans les quatre arrêts concernant Google Vidéos évoqués précédemment, la Cour recherche tout d'abord si Google peut se prévaloir de la qualité d'hébergeur, et donc de la limitation de responsabilité prévue par la LCEN, en ce qui concerne son activité de référencement d'images. Elle relève ici aussi le caractère entièrement automatisé du processus, l'absence de toute intervention humaine et en conclut que Google n'exerce aucun contrôle actif sur les contenus indexés.

11 Contrairement aux arrêts Google Vidéo, elle refuse en revanche de prendre en compte le fait que les utilisateurs du service ont la possibilité de visionner et télécharger la photographie litigieuse directement sur le site de Google Images. La Cour estime au contraire que « l'affichage des résultats ainsi réalisé ne saurait être considéré comme excédant la prestation technique adaptée à la fonctionnalité attendue d'un moteur de recherche d'images, tant il est vrai qu'une présentation des résultats sous la seule forme de références textuelles ne répondrait pas à la fonction d'un tel service dont la nécessité ne fait pas débat ». C'est peu dire que le raisonnement est pragmatique et qu'ont à l'évidence prévalu des considérations d'opportunité ! Reste qu'on ne voit pas très bien ce qui, sur le plan juridique, justifie cette différence de traitement entre Google Images et Google Vidéos et ce, d'autant moins que les décisions du 14 janvier et du 4 février ont été rendues par la même formation de la Cour d'appel de Paris...

12 L'activité de référencement de Google Images n'est pas pour autant déclarée licite. En effet, l'arrêt se contente de reconnaître à Google le bénéfice du régime spécifique de responsabilité consacré par la di-

rective e-commerce et la LCEN dont on sait qu'il subordonne l'exonération de l'hébergeur à la condition que ce dernier n'ait pas eu connaissance du caractère illicite des contenus stockés ou ait agi promptement pour les retirer une fois l'illicéité notifiée. La Cour considère en effet que Google n'est pas autorisé à maintenir l'indexation d'images dont le caractère contrefaisant lui aurait été notifié et qu'il lui incombait de prendre les mesures nécessaires pour en assurer le retrait et pour empêcher qu'elles soient à nouveau mises en ligne. Comme dans les affaires Google Vidéos, la Cour repousse expressément l'argument avancé par Google selon lequel « chaque remise en ligne, imputable au même utilisateur ou à des utilisateurs différents, commanderait une notification nouvelle sans laquelle la responsabilité du prestataire ne pourrait être engagée » et consacre une nouvelle fois le système du *notice and stay down* en droit français.⁸

13 Google est donc condamné pour contrefaçon sur le fondement du Code de la propriété intellectuelle, sans que soient précisées les prérogatives patrimoniales auxquelles il a été porté atteinte, ni évoquées d'éventuelles exceptions au droit d'auteur susceptibles de légitimer l'activité de référencement d'images de Google.

II. L'affaire SAIF

14 L'arrêt rendu le 26 janvier 2011 par une autre formation de la Cour d'appel de Paris à propos du même service d'indexation d'images va quant à lui beaucoup plus loin. Il déboute en effet la société d'auteurs SAIF de l'ensemble de ses prétentions, sans se prononcer néanmoins expressément en faveur de la licéité du service Google Images au regard du droit d'auteur. Plusieurs arguments sont invoqués péle-mêle par la Cour pour rejeter l'action de SAIF contre Google, sans que l'on sache cependant très bien s'il s'agit de justifier une limitation de responsabilité sur le fondement de la LCEN comme dans les affaires précédentes, ou d'exclure purement et simplement la contrefaçon.

15 La Cour reproche ainsi à la société d'auteurs de ne pas communiquer les adresses URL des images à retirer (ni d'ailleurs des sites qui seraient contrefacteurs) et de ne pas « fournir de données suffisamment déterminées pour que puisse être suffisamment (sic !) caractérisée une faute » à l'encontre de Google. Le rejet de l'action intentée par la SAIF semble donc reposer seulement sur l'absence de notification dans les formes prescrites par la LCEN,⁹ ce qui n'impliquerait aucunement que le service Google Images soit en tant que tel licite.

16 Il semble néanmoins que la Cour ait plutôt entendu valider le *business model* de Google Images du point de vue du droit d'auteur et par conséquent exclu

qu'un tel service soit contrefaisant. Elle conclut en effet ses développements par la formule selon laquelle « *l'analyse du fonctionnement des services en cause ne permet pas de retenir que la responsabilité (de Google) est engagée* ». Plusieurs arguments sont avancés à l'appui de cette solution, dont aucun ne convainc totalement.

- 17 Le premier consiste à rappeler que l'éditeur d'un site a « 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 (telles que) les fichiers d'exclusion robot.txt ». Contrairement à la Cour Fédérale allemande,¹⁰ la Cour de Paris n'en déduit cependant pas expressément un consentement implicite des ayants-droit au référencement de leurs œuvres par Google. L'argument est seulement avancé dans le cadre de la démonstration du caractère automatique de l'indexation par Google Images.
- 18 La Cour fait ensuite observer que l'affichage des images sous la forme de vignettes sur la page de résultats du site Google Images « ne fait que répondre à la fonctionnalité nécessaire » d'un moteur de recherche dans la mesure où « une référence purement textuelle ou toute autre représentation conceptuelle serait difficile à utiliser et peu appropriée à l'objectif d'un tel service ». Ce faisant, elle fait certes preuve de pragmatisme mais ne répond pas, en droit, à la question de savoir sur quel fondement une telle utilisation non autorisée d'œuvres protégées par le droit d'auteur pourrait être légitimée. Cet argument, comme le précédent, est d'ailleurs avancé pour dénier, non pas l'existence d'une contrefaçon, mais « la réalité d'un rôle actif au sens de la directive » e-commerce.
- 19 Les juges parisiens admettent ensuite que les images référencées par Google sont stockées dans une mémoire cache, ce qui permet aux internautes, pendant quelques jours voire quelques semaines, d'y avoir accès au-delà de leur présence sur le site cible. La cour estime cependant que « cette fonction n'a qu'un caractère *transitoire* » et que « cette reproduction *provisoire* permettant la circulation rapide de l'information à destination de l'internaute et partant le bon fonctionnement technique du procédé 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 ». Par ailleurs, il n'est pas contestable, selon la Cour, « que c'est à fin de fluidifier le réseau que les images (...) se trouvent ainsi stockées automatiquement pour une durée variable, mais *temporaire* ».
- 20 La référence au caractère transitoire des reproductions opérées par le moteur de recherche et l'affirmation que ces reproductions constituent « une partie intégrante et essentielle » du procédé témoignent de la volonté de la Cour de se placer sur le terrain des

exceptions au droit d'auteur. Ces termes sont en effet ceux de l'article 5 (1) de la directive InfoSoc de 2001 qui consacre l'exception dite de reproduction transitoire ou accessoire. Mais la Cour, qui ne vise pas expressément la disposition correspondante en droit français,¹¹ n'examine pas les deux autres conditions d'application de cette exception (l'absence de signification économique indépendante et la finalité de la reproduction), lesquelles n'étaient vraisemblablement pas remplies en l'espèce. Elle n'évoque pas non plus l'exception de citation dont la jurisprudence française donne traditionnellement une interprétation très restrictive.

- 21 La décision témoigne finalement de l'embarras des juges français, visiblement désireux de légitimer le service Google Images, mais incapables de trouver un fondement juridique adéquat. D'où l'accumulation d'observations pragmatiques qui, même mises bout à bout, ne suffisent pas à justifier la solution en droit.

C. Google Suggest

*CA Paris 03.05.2011, Snep c. Google, RG n°10/19845
www.legalis.net*

- 22 La décision concerne la fonctionnalité Google Suggest permettant d'afficher en temps réel et au fur à et mesure que l'internaute tape sa requête, des termes de recherche supplémentaires. L'action est intentée par le Syndicat National de l'Édition Phonographique, SNEP, qui reproche à Google d'orienter les internautes recherchant de la musique en ligne vers des sites de téléchargement éventuellement illégal en leur suggérant des mots-clés tels que « torrent », « megaupload » et « rapidshare » qui correspondent à trois modes de partage illégal de fichiers. La demande de suppression des termes incriminés est fondée sur l'article L. 336-2 CPI consacré par la loi du 12 juin 2009 dite loi Hadopi.¹² Cette disposition a créé une action en cessation spécifique en matière de droit d'auteur qui n'existait pas en tant que telle auparavant en droit français.¹³ L'article L. 336-2 CPI dispose en effet :
 - 23 *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 (...) peut ordonner à la demande des titulaires de droits (...) toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte (...) à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier.*
 - 24 L'intérêt pour le plaideur d'invoquer cette disposition est qu'il n'a pas en principe à prouver le caractère contrefaisant de l'activité de l'intermédiaire technique contre lequel il agit. L'action est en effet ouverte contre « toute personne susceptible de remédier » à la contrefaçon alléguée et peut donc être mise en œuvre par exemple à l'encontre de fournis-

seurs d'accès (FAI) pour leur demander de bloquer l'accès aux sites illégaux de P2P ou de streaming. L'article L. 336-2 CPI, très critiqué au moment de son adoption, a été validé par le Conseil constitutionnel français, à condition que les mesures ordonnées dans ce cadre le soient au terme d'une procédure contradictoire et que leur caractère soit proportionné.¹⁴

- 25 Reste néanmoins à vérifier que les conditions de mise en œuvre de cette action en cessation sont en l'espèce remplies. Or la Cour de Paris considère ici que, « pour être applicable, le texte précité suppose la présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu du service de communication au public en ligne ». Tel n'est cependant pas le cas selon elle puisque la suggestion des sites incriminés « ne constitue pas, en elle-même, une atteinte au droit d'auteur ». En effet, les sites ne sont pas illicites en tant que tels, mais seulement l'utilisation que peuvent en faire certains internautes lorsqu'ils procèdent, sans autorisation, à l'échange de fichiers contenant des œuvres protégées. Google ne saurait par conséquent, selon la Cour, être tenu pour responsable « du contenu éventuellement illicite des fichiers échangés figurant sur les sites incriminés ni des actes des internautes recourant au moteur de recherche ».
- 26 Le raisonnement a priori séduisant de la Cour de Paris n'est pas à l'abri de la critique. L'interprétation restrictive de l'article L. 336-2 CPI qu'elle consacre en refusant d'appliquer la disposition aux atteintes seulement potentielles peut certes se recommander du premier membre de la phrase (« en présence d'une atteinte à un droit d'auteur... ») qui semble effectivement exiger que la contrefaçon soit constatée. Une telle interprétation est cependant plus difficile à concilier avec la suite du texte de l'article L. 336-2 CPI visant les mesures propres « à prévenir » l'atteinte alléguée au droit d'auteur, laquelle inciterait au contraire à accueillir l'action en cessation dans toutes les hypothèses où la contrefaçon est vraisemblable. La précision figurant dans la version initiale du projet de loi selon laquelle l'action en cessation peut être engagée contre toute personne susceptible de contribuer à « éviter le renouvellement » de l'atteinte a en effet été supprimée au cours des débats parlementaires. Or il est permis d'en déduire que le législateur français a entendu étendre l'action en cessation aux hypothèses d'atteintes seulement potentielles.¹⁵
- 27 La Cour justifie par ailleurs le rejet de l'action par le constat que les suggestions incriminées ne sont pas en elles-mêmes contrefaisantes. Or, même si l'on tient pour acquis que l'article L. 336-2 CPI n'est applicable qu'aux hypothèses de contrefaçons avérées et dûment constatées, il n'exige néanmoins aucunement que la personne à l'encontre de laquelle la mesure de suppression est sollicitée soit elle-même l'auteur de l'atteinte alléguée. Par conséquent, peu

importe également que tous les fichiers figurant sur les sites suggérés par Google ne soient pas « nécessairement destinés à procéder à des téléchargements illégaux », donc que les sites incriminés ne soient pas en eux-mêmes illicites, dès lors que sont constatés des actes de contrefaçon réalisés par leurs utilisateurs, ce qui était le cas en l'espèce.

- 28 L'action consacrée à l'article L. 336-2 CPI est en réalité uniquement subordonnée à la condition que la personne attraitée devant le juge soit « susceptible de contribuer à remédier » à l'atteinte. Or l'interdiction faite à Google de suggérer des sites grâce auxquels les internautes commettent des contrefaçons serait tout à fait de nature à « remédier » (apporter un remède) aux contrefaçons réalisées par les utilisateurs de ces sites. Certes, comme le fait observer la Cour, une telle interdiction n'empêcherait pas que le contenu litigieux reste accessible sur les sites concernés en dépit de la suppression de la suggestion. Il nous semble néanmoins contestable d'en déduire, comme le fait la Cour, que la mesure de filtrage sollicitée serait par conséquent inefficace puisqu'elle ne permettrait pas d'empêcher le téléchargement illégal. Une telle mesure aurait en effet incontestablement pour effet, non pas certes d'empêcher, mais à tout le moins de limiter la fréquentation des sites litigieux et par là-même le volume des échanges illicites de fichiers.

D. Google News

CA Bruxelles 05.05.2011, Google c. Copiepresse et al., RG n° 2007/AR/1730 www.copiepresse.be/Copiepresse5mai2011.pdf

- 29 L'arrêt commenté confirme le jugement rendu par le Tribunal de première instance de Bruxelles le 13 février 2007¹⁶ dans une affaire opposant Google à la société de gestion collective des éditeurs belges de la presse francophone et germanophone Copiepresse. Cette dernière invoquait deux atteintes distinctes au droit d'auteur de ses membres, du fait de la fonction « cache » de Google Web d'une part, du service Google News d'autre part. La Cour de Bruxelles lui donne gain de cause sur les deux fondements au terme d'un raisonnement minutieux et argumenté qui emporte la conviction.
- 30 Sur le premier point, la Cour considère que la pratique de Google qui consiste à enregistrer sur ses propres serveurs, dans sa mémoire « cache », des articles de presse protégés par le droit d'auteur et de permettre aux internautes d'accéder à cette copie, et non à la page originale, c'est-à-dire sans être renvoyés sur le site d'origine, constitue un acte de reproduction et de communication au public. Il convient en effet selon la Cour de ne pas confondre « la recherche instantanée d'une page toujours publiée sur Internet au moyen du service normal *Google Web* où Google ne joue qu'un rôle de moteur de re-

cherche et celle d'une ancienne page, telle qu'elle existait au moment où elle a été visitée par les robots informatiques de Google qui offre ainsi un service supplémentaire ». Ayant refusé l'application de l'exception de copie transitoire, la Cour conclut au caractère contrefaisant de la fonction « cache » de Google.

- 31 Quant au service Google News reproduisant le titre et les premières lignes d'un très grand nombre d'articles de presse et renvoyant l'utilisateur à la page d'origine du site du média concerné, la Cour estime qu'il s'agit de « la reproduction servile de la partie significative des articles référencés ». Visant l'arrêt Infopaq de la CJCE,¹⁷ la Cour considère que les titres et extraits des articles publiés par les éditeurs belges sont protégés par le droit d'auteur et que Google ne pouvait donc pas les reproduire ni les communiquer au public sans autorisation. Elle rejette ensuite l'exception de citation au motif que les extraits ne sont pas reproduits « pour illustrer un propos, défendre une opinion ou réaliser une synthèse sur un point particulier ». Enfin, le service Google News porte également atteinte au droit de paternité des journalistes dont le nom n'est pas mentionné, et à leur droit au respect de l'intégrité de l'œuvre puisqu'ils n'ont pas consenti à ce que leurs articles soient publiés en extraits.
- 32 Ces considérations, au demeurant fort classiques, ne constituent pas néanmoins le cœur de l'arrêt. L'intérêt de la décision réside en effet dans les développements subséquents relatifs au triple test, à l'existence d'une autorisation implicite de reproduction et à l'application de la loi belge transposant la directive e-commerce. Tout en énonçant que le test des trois étapes de l'article 5.5 de la directive Info-Soc constitue « davantage un outil à destination du législateur qu'un mécanisme permettant au juge de restreindre l'exercice d'une exception », la Cour estime tout d'abord que la solution qu'elle retient est conforme aux exigences de ce test puisque tant la reproduction « en cache » que le service Google News portent atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et sont de nature à causer aux éditeurs un préjudice injustifié.¹⁸ Les internautes peuvent en effet avoir accès, grâce à la fonction « cache », à une page qui soit a été supprimée du site des éditeurs, soit n'est accessible que moyennant paiement. Les auteurs sont en droit quant à eux de réclamer une rémunération pour une nouvelle publication de leur œuvre sous la forme d'un extrait substantiel telle qu'elle est réalisée par Google News.
- 33 La Cour se penche ensuite sur l'argument décisif invoqué par Google pour sa défense et tenant à l'existence d'un consentement implicite des éditeurs à la reproduction des articles publiés sur leur site dès lors qu'ils n'ont pas activé les moyens techniques permettant d'interdire aux robots de Google de les référencer. On se souvient que cet argument avait

été considéré comme déterminant par la Cour Fédérale allemande à propos du service Google Images.¹⁹ Tel n'est pas en revanche l'opinion de la Cour d'appel de Bruxelles pour qui « cette thèse est incompatible avec l'exigence d'autorisation explicite qui caractérise le droit d'auteur ». Le droit de reproduction étant selon elle « exclusif et absolu », on ne saurait admettre « qu'un titulaire soit privé de ses droits par le simple fait qu'il a omis de mettre en œuvre un procédé technique ». La Cour condamne ainsi fermement le principe de l'opt-out et conclut qu'une « autorisation expresse, certaine et préalable des auteurs est indispensable pour l'exploitation des articles par Google ».

- 34 Google revendiquait par ailleurs le bénéfice de l'exonération de responsabilité relative aux prestataires de l'internet consacrée par la directive e-commerce, transposée en droit belge par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information. Contrairement à la Cour de Paris qui, dans les décisions évoquées précédemment, avait assimilé Google à un hébergeur au motif que son rôle, quant aux services Google Vidéos et Google Image, était purement passif et le processus entièrement automatisé, la Cour de Bruxelles refuse quant à elle le principe d'une telle analogie. Elle fait observer que le législateur européen a expressément choisi « de ne pas inclure les moteurs de recherche dans les prestataires de services intermédiaires bénéficiant d'une exonération de responsabilité » et que c'est donc le droit commun qui s'applique. L'impossibilité d'assimiler Google aux prestataires de services visés par la directive e-commerce tient selon elle à ce que les agissements incriminés ne relèvent pas du contenu des sites auxquels Google permet l'accès.
- 35 Ayant ainsi repoussé le principe même d'une exonération de responsabilité de Google sur le fondement de la directive e-commerce, la Cour de Bruxelles entreprend malgré tout de démontrer que les conditions d'application ne sont en tout état de cause pas remplies en l'espèce. Elle fait tout d'abord observer que le stockage « en cache » effectué systématiquement par Google ne constitue pas réellement une activité liée à la transmission des contenus sur les réseaux comparable au *proxy-caching* visé par l'article 13 de la directive, mais s'apparente davantage à une copie d'archivage des sites consultés par le moteur de recherche. Or ce type de copies n'est, selon elle, pas couvert par le régime d'exonération. Quant à Google News, il ne se limite pas à transmettre un hyperlien à l'internaute et ne peut être assimilé à un simple référencement. Google ne saurait être assimilé à un simple hébergeur puisqu'il ne se contente pas de stocker des informations, mais « les sélectionne, les classe dans un ordre et selon une méthode qui lui sont propres, en reproduit une partie et même parfois, en modifie le contenu », de sorte qu'il ne peut être qualifié d'intermédiaire passif.

Conclusion

Les décisions commentées témoignent de l'embaras de la jurisprudence européenne pour appréhender, du point de vue du droit d'auteur, les nouvelles fonctionnalités offertes par Google. Si les juridictions allemandes et espagnoles²⁰ ont accepté de légitimer la fonction « cache » du célèbre moteur de recherche ou son service Google Images, leurs homologues francophones²¹ apparaissent dans l'ensemble plus réticents pour admettre le principe d'un consentement implicite à l'indexation des œuvres mises en ligne ou une justification tirée du triple test. Le recours à l'exception de citation n'est pas plus prometteur, eu égard aux conditions restrictives des droits français et belge quant à sa mise en œuvre.²²

L'articulation des dispositions de la directive e-commerce (et des lois nationales l'ayant transposée) avec les règles du droit d'auteur soulève également de nombreuses difficultés. L'assimilation de Google, dans son activité de moteur de recherche, à un hébergeur de contenus s'avère notamment problématique et les solutions consacrées par la jurisprudence des différents Etats européens radicalement opposées. En attendant une opportune révision des directives e-commerce et InfoSoc fixant les règles applicables aux moteurs de recherche, c'est au juge national qu'il appartient de rechercher, dans chaque cas, une solution équilibrée mais respectueuse des droits d'auteur.



- 1 TGI Paris 18.12.2009, La Martinière c. Google, www.juriscom.net. V. A. Lucas-Schloetter, Digital Libraries and Copyright Issues, in I. Iglezakis, T. Synodinou, S. Kapidakis (eds.), E-Publishing and Digital Libraries, 2011, pp.165-168.
- 2 Cass. com. 13.7.2010, n°08-13944, www.legifrance.gouv.fr et CA Paris 19.11.2010, n°08-00620, http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3024.
- 3 Directive 2001/31/CE du 8 juin 2000 **relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur**.
- 4 V. le considérant 42 de la directive e-commerce et CJCE 23.03.2010, Google c. Louis Vuitton, aff. C-236/08, C-237/08 et C-238/08 à propos de Google Adwords.
- 5 Comp. Cass. 1re civ. 17.2.2011, n°09-667896, www.legifrance.gouv.fr, sur la qualification d'hébergeur du site *Dailymotion* auquel s'applique le régime de responsabilité des intermédiaires techniques de la LCEN.
- 6 V. TGI Paris 20.05.2008, SAIF c. Google, www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1067.
- 7 BGH 29.04.2010, I ZR 69/98, 1 (2010) JIPITEC 190, with an English Introduction by P. Zimbehl.
- 8 Comp. les conclusions de l'avocat général dans l'affaire L'Oréal et al. c. eBay, C-324-09, 9.12.2010, <http://curia.europa.eu> estimant, en matière de marques, que l'injonction faite à l'intermédiaire technique ne doit imposer « aucune obligation impossible, disproportionnée ou illicite telle qu'une obligation générale de contrôle », mais qu'elle peut avoir pour objet « d'empêcher la répétition d'une atteinte à une marque donnée par un utilisateur donné ».
- 9 L'art. 6.I.5 LCEN énonce les éléments qui doivent être notifiés pour que la connaissance des faits litigieux soit présumée acquise.
- 10 BGH 29.04.2010, I ZR 69/98, 1 (2010) JIPITEC 190, with an English Introduction by P. Zimbehl.
- 11 Art.L. 122-5 6° Code de la Propriété Intellectuelle (CPI).
- 12 Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.
- 13 Le Code français de la propriété intellectuelle ne comportait en effet, jusqu'à la LCEN de 2004, aucune disposition spécifique consacrée à l'action en cessation (*Unterlassungsanspruch*), ce qui n'empêchait pas les tribunaux saisis d'une action en contrefaçon d'ordonner les mesures propres à faire cesser l'atteinte aux droits d'auteur, une fois celle-ci constatée, en application des principes généraux de la responsabilité civile selon lesquels la cessation de l'atteinte est assimilée en droit français à un mode de réparation du préjudice. La LCEN du 21 juin 2004 avait inséré un 4° à l'art. L. 332-1 CPI relatif à la procédure de saisie-contrefaçon qui prévoyait la possibilité pour le Président du TGI d'ordonner « la suspension, par tout moyen, du contenu d'un service de communication au public en ligne portant atteinte à l'un des droits de l'auteur ». Le nouvel art. L. 336-2 CPI créé par la loi Hadopi procède à une réécriture de cette disposition qu'il remplace.
- 14 Conseil constitutionnel, Décision n°2009-580 du 12 juin 2009, www.conseil-constitutionnel.fr.
- 15 Une telle interprétation se justifie d'autant plus que l'action ouverte par l'art. L. 336-2 CPI est une application particulière, en matière de droit d'auteur, de l'action en cessation consacrée de façon générale par l'art. 14.3 de la directive e-commerce (transposé à l'art. 6 I 8 LCEN en droit français) selon lequel l'exonération de responsabilité des hébergeurs prévue à l'art. 14.1 n'affecte pas la possibilité pour une juridiction « d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation » (et non pas seulement son renouvellement).
- 16 TPI de Bruxelles 13.02.2007, Copiepresse c. Google, RG n°06/10.928/C, <http://www.copiepresse.be/13-02-07-jugement-en.pdf>.
- 17 CJCE 16.7.2009, C-5/08, Infopaq.
- 18 V. *contra* Audiencia Provincial de Barcelona 17.09.2008, Aleix Pedragosa Llauredó c. Google (Megakini.com case), estimant que la fonction cache de Google Web est socialement tolérée et qu'elle ne porte pas atteinte aux intérêts du titulaire des droits dans la mesure où elle facilite la diffusion de la page web. Sur cette décision, v. M. Peguera, Internet Service Provider's Liability in Spain : Recent Case Law and Future Perspectives, 1 (2010) JIPITEC, pp. 155-156.
- 19 BGH 29.04.2010, I ZR 69/98, 1 (2010) JIPITEC 190, with an English Introduction by P. Zimbehl; Audiencia Provincial de Barcelona 17.09.2008, Aleix Pedragosa Llauredó c. Google (Megakini.com case) préc.
- 20 BGH 29.04.2010, I ZR 69/98, *Vorschaubilder* 1 (2010) JIPITEC 190, with an English Introduction by P. Zimbehl; Audiencia Provincial de Barcelona 17.09.2008, Aleix Pedragosa Llauredó c. Google (Megakini.com case), commenté in M. Peguera, Internet Service Providers' Liability in Spain: Recent Case Law and Future Perspectives, 1 (2010) JIPITEC, pp. 155-156.
- 21 V. aussi England and Wales High Court, Chancery Division, 26.11.2010 [2010] EWHC 3099: The Newspaper Licensing Agency (NLA) and others v/ Meltwater Holding BV and others, jugeant dans le même sens à propos d'un service comparable à Google News, mais qui ne s'adresse qu'à des clients professionnels et moyennant paiement.

- 22 V. cependant TGI Nancy 6.12.2010, Le Bien Public et al. C. Dijonscope, n°10/04160, http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3099.