

Philippe Gilliéron Prof. à l'Université de Lausanne, J.S.M. (Stanford), Lausanne¹
gillieron@bcc.ch

Google Actualités: faux problème ou vrai danger pour les éditeurs de presse?

Zusammenfassung Die Zeitungsverleger bekommen vermehrt Konkurrenz durch die Presseschauen der Suchmaschinen. Die beachtliche Rolle, welche diese Maschinen heutzutage spielen, zeigt, dass nicht mehr die Beherrschung der Informationen wichtig ist, sondern dass es entscheidend ist, den Zugang der Internetbenutzer zum permanenten Informationsfluss sicherzustellen. Diese Machtverschiebung könnte zu einer Verschiebung der Werbeeinkünfte zugunsten von Suchmaschinen und anderen Anbietern, welche eine Lokalisierung und Verteilung von online erhältlichen Informationen ermöglichen, führen. Der vorliegende Artikel möchte anhand des Copiepresse-Falles die juristischen Probleme dieser Entwicklung aufzeigen und daraus resultierende Überlegungen darstellen.

Face à la baisse continue des revenus issus de canaux de distribution traditionnels, les éditeurs de presse ont investi de manière substantielle dans des éditions en ligne sous des formats les plus divers au cours des dernières années. Ils ont aujourd'hui à faire face à des concurrents de taille: les revues de presse offertes par les moteurs de recherche, en particulier par Google.

Champion incontesté du traitement massif de l'information, Google multiplie les services qui confèrent un accès gratuit à l'information, au grand dam de nombreux fournisseurs de contenus. Tel est en particulier le cas de Google Actualités, lancé en septembre 2002 et aujourd'hui disponible dans de nombreux pays dont la Suisse.

I. Le fonctionnement de Google Actualités

Google définit lui-même son service comme un site d'actualités généré par ordinateur, qui compile les titres d'actualités provenant de différentes sources d'information à travers le monde², précisant que ces «sources d'information» résident dans différents éditeurs de presse qui diffusent leurs articles en ligne.

L'internaute qui accède au site Google Actualités de sa provenance se trouve face à un écran composé de diverses rubriques qui regroupe des sources d'actualités sous forme de brèves. Chaque source est composée d'un titre (*headline*) proéminent sous forme de lien hypertexte; ce titre est identique à celui choisi par l'éditeur de presse dont provient l'information. En dessous de ce titre figurent l'information de la source ainsi que les deux premières lignes de l'article (*snippet*). L'internaute intéressé à en savoir plus est invité à cliquer sur le titre pour être renvoyé vers le site de l'éditeur en question, où il pourra lire l'article dans son intégralité. Sous chacune de ces brèves sont

indiquées deux à trois sources supplémentaires d'information pour cette même actualité, sous forme de titres représentés par un lien hypertexte précisant la source de l'information. A droite de chaque brève se trouve une photographie en miniature qui mentionne la source de l'information, figurée sous forme de lien hypertexte permettant à l'internaute d'accéder au site original de la photographie s'il souhaite y accéder.

En proposant à l'internaute différentes sources d'information possibles, Google Actualités est un agrégateur d'information qui offre aux internautes plusieurs sources pour chaque actualité, en compilant automatiquement au moyen d'un logiciel les titres de divers éditeurs de presse et en les formatant sous forme de lien hypertexte pour les mettre en page dans le format de Google Actualités. Chaque utilisateur peut ensuite personnaliser sa page suivant ses désirs et recevoir des alertes suivant certaines thématiques choisies.

Si le titre de l'information, la brève et la miniature sont ainsi hébergés sur les serveurs de Google, tel n'est en revanche le cas ni de l'article original ni de la photographie au format original, auxquels l'internaute peut accéder en cliquant sur les liens le renvoyant aux sites où ces contenus sont hébergés par les éditeurs de presse.

II. L'affaire Copiepresse

Apparu en Belgique en janvier 2006, Google Actualités a rapidement suscité l'intervention des éditeurs de presse. Considérant que la reproduction des titres, des brèves et des photographies en format miniature violaient les droits d'auteur de ces membres, Copiepresse³ est intervenue auprès de Google en lui enjoignant de cesser ces activités. Face à l'absence de toute réaction de la part de Google, Copiepresse a saisi le Tribunal de première instance de Bruxelles au mois d'août 2006⁴.

Par ordonnance du 5 septembre 2006, le Juge des référés a déclaré la demande recevable et condamné Google à retirer

1 Cette contribution fait suite à une présentation donnée le 29 octobre 2009 à Lausanne dans le cadre de la journée annuelle consacrée aux développements récents du droit de la presse.

2 Voir: http://news.google.ch/intl/en_us/about_google_news.html.

3 Société de gestion de droits des éditeurs de presse quotidienne francophone et germanophone belge.

4 Les éditeurs belges et français (affaire transigée) n'ont pas été les seuls à réagir aux sites agrégateurs d'information. Ainsi un éditeur local a ouvert une action devant la *United States District Court in Massachusetts* contre le *New York Times* à la fin du mois de décembre 2008 pour les mêmes motifs (http://news.cnet.com/8301-1023_3-10128600-93.html).

de tous ses sites tous les articles, photographies et représentations graphiques des éditeurs représentés par Copiepresse, en particulier de Google Actualités.

Statuant sur opposition, le Tribunal de première instance de Bruxelles a confirmé l'ordonnance dans un arrêt du 13 février 2007. L'affaire portait sur deux volets. D'une part, elle avait trait aux reproductions figurant dans les mémoires caches des serveurs de Google; ces reproductions permettaient aux utilisateurs d'accéder gratuitement au moyen du moteur de recherche classique à des articles archivés dont l'accès était désormais rendu payant sur les sites des éditeurs de presse, leur faisant une concurrence manifeste aux dires de ces derniers. D'autre part, l'affaire avait trait à la reproduction des titres, brèves et reproductions en miniature des photographies sur le site de Google Actualités.

1. Les mémoires caches

Retenant que chaque page examinée par le robot utilisé par Google est copiée et stockée dans une mémoire cache, le Tribunal en a déduit avec raison qu'il y avait bien une reproduction au sens où l'entend le droit d'auteur.

Etonnamment, le Tribunal est en revanche resté muet sur l'éventuelle application de l'art. 13 de la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, qui exonère de toute responsabilité les prestataires techniques opérant un stockage d'informations dans leur mémoire cache pour en faciliter l'accès et améliorer le rendement du réseau. Le Tribunal s'est contenté de relever que ces reproductions ont pour véritable finalité de pouvoir être consultées par l'internaute via le lien en cache, même si le contenu n'est plus accessible sur le site original. Implicitement, le Tribunal semble en déduire que Google ne peut pour cette raison être qualifié de prestataire technique au sens de la Directive. Il en a conclu que Google se rend également coupable d'une mise à disposition de contenus protégés sans avoir requis l'autorisation préalable des titulaires.

La conclusion à laquelle aboutit le Tribunal peut étonner. L'art. 13 de la Directive retient en effet que le prestataire ne peut être tenu responsable des reproductions effectuées au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire ayant pour but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information. Or, tel est bien le cas des reproductions effectuées en mémoire cache par Google. Certes, la lettre e de l'art. 13 restreint la portée de cette exception, en exigeant du prestataire qu'il agisse promptement pour retirer l'information stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a connaissance du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible sur le site de l'ayant droit. L'application de la lettre e met toutefois à la charge des ayants droit l'obligation d'informer le prestataire sur le fait que l'accès à la page web en question est désormais impossible. C'est donc bien aux éditeurs de presse qu'il appartient d'informer Google de l'archivage de certains articles pour le contraindre à empêcher l'accès à ces pages. Dussolier s'efforce de souligner que l'art. 13 de la Directive ne vaudrait que pour les «*proxy caching*», non pour les caches effectués par un moteur de recherche comme Google⁵. S'il est vrai que l'évolution a montré que les caches pouvaient être utilisés à différen-

tes fins, rien dans le préambule de la Directive ni dans la for-

mulation de l'art. 13 ne permet d'opérer une telle distinction et d'exclure son application aux moteurs de recherche⁶. Une telle interprétation est du reste conforme à la situation qui prévaut aux Etats-Unis, où un tribunal a considéré dans un arrêt du 19 janvier 2006 que Google bénéficiait d'une licence implicite de copier temporairement des pages web dans le cas où l'opérateur du site web en est conscient et n'a pas paramétré son site de façon à éviter l'archivage par Google de ses pages⁷.

2. Google Actualités

Alors que les éditeurs de presse s'attachaient à démontrer que Google Actualités est un portail d'information, Google invoquait en guise de moyen de défense le fait que son site fonctionnait à l'image de n'importe quel autre moteur de recherche en opérant une indexation automatisée de certains éléments. Selon Google, aucune reproduction ni mise à disposition de contenus protégés ne pouvait être mise à sa charge, puisque l'internaute désireux de consulter l'article se trouve renvoyé au site original où le contenu est hébergé pour en prendre connaissance.

Peine perdue relève le Tribunal, dans la mesure où ce n'est pas la possibilité d'accéder au moyen des liens hypertextes qui est mise en cause, mais les titres, brèves et photographies en miniature qui, eux, sont bien hébergés sur les serveurs de Google. Etant admis que la reproduction et la mise à disposition n'étaient pas contestables, deux questions restaient à trancher: (1) ces seuls éléments méritaient-ils la protection par le droit d'auteur et, dans l'affirmative, (2) Google pouvait-il se prévaloir de l'une des exceptions prévues par la loi?

S'agissant de la première question, le Tribunal admet que «si tous les titres d'articles de journaux ne peuvent être considérés comme originaux [...], il ne peut toutefois être estimé qu'aucun titre d'articles de presse ne présenterait une originalité suffisante pour pouvoir bénéficier de la protection de la Loi sur le droit d'auteur». Il considère qu'il en va de même des très courts extraits d'articles reproduits sur deux lignes. Sans procéder à un examen des titres sur lesquels des droits pouvaient être invoqués, le Tribunal en déduit apparemment de manière critiquable que tous méritent d'être protégés.

Quant à la seconde question, le Tribunal rejette tant l'application de l'exception de citation que celle tirée du compte rendu d'actualité. Le Tribunal commence par rappeler que les exceptions sont d'application stricte, et que leur application est soumise au test des trois étapes prévu par l'art. 9, al. 2, CB, repris à l'art. 5, al. 5 de la Directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur⁸.

5 S. Dussolier, Le géant aux pieds d'argile: Google News et le droit d'auteur, RLDI 2007 873, p. 71-72.

6 En ce sens également: A. Strowel, Google et les nouveaux services en ligne: quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle?, JDT 2007 n° 6278, p. 595; P. Van den Bulck, Copiepresse contre Google: les limites du «*caching*», RLDI 2007 872, p. 68.

7 *Field v. Google, Inc.*, D. Nev., n° CV-S-04-0413.

8 Ce test prévoit que des exceptions ne peuvent être prévues aux droits d'auteur que dans des cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.

Partant de cette approche restrictive, il retient que l'exception de citation n'est pas applicable au cas d'espèce, motif étant tiré du fait que l'indexation automatique ne peut être assimilée à l'insertion d'un extrait réalisé «dans un but de critique, de polémique, de revue, d'enseignement, ou dans des travaux scientifiques, conformément aux usages honnêtes de la profession et dans la mesure justifiée par le but poursuivi», comme le retient l'art. 21 § 1, al. 1 de la Loi belge sur le droit d'auteur. Bien que Google ait cherché à se prévaloir du fait que son utilisation correspondait à un «but de revue», le Tribunal rejette cet argument en soulignant le fait que «le but de revue» s'inscrit dans le cadre plus large voulu par l'exception de citation, qui commande que les articles cités le soient dans le cadre d'un commentaire cohérent dont ils constituent l'illustration. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque «le site Google News ne fait [...] qu'incorporer les «citations» et ne doit donc sa substance qu'aux extraits d'œuvres reproduites, ce qui est contraire à l'esprit même de l'institution du droit de citation».

Le Tribunal retient que l'exception de compte rendu d'actualité prévue à l'art. 22 de la Loi n'est pas applicable non plus. Introduite par le législateur pour permettre à la presse de réagir vite à l'information, son recours est subordonné à l'existence d'un commentaire qui doit demeurer le principal. Or, en l'espèce, le site se limite à regrouper des extraits d'articles par thème, sans commenter l'actualité de quelque manière que ce soit.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal de première instance de Bruxelles a admis que Google avait violé les droits d'auteur des éditeurs de presse au travers de son site Google Actualités⁹. Aux termes de la rédaction de cette contribution, la procédure de recours était toujours pendante. En irait-il de même en droit suisse?

III. La situation en droit suisse

1. Analyse sous l'angle du droit d'auteur

Les problèmes posés par la reproduction de pages web sous forme de caches dans les serveurs de Google et Google Actualités sont identiques à ceux rencontrés en Belgique. Il convient de distinguer l'une et l'autre hypothèses:

A. Les mémoires caches

Les reproductions des pages web ne font aucun doute. Le droit suisse ne disposant d'aucune réglementation équivalente à l'art. 13 de la Directive sur le commerce électronique, la question se pose de savoir si ces reproductions constituent des reproductions temporaires au sens où l'entend l'art. 24a LDA.

Cette disposition prévoit que les reproductions provisoires sont autorisées pour autant que (a) elles présentent un caractère transitoire ou accessoire, (b) elles constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, (c) leur unique finalité réside dans la transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite de l'œuvre, et (d) ces reproductions n'ont pas de signification économique indépendante.

Miroir fidèle de l'art. 5, al. 1 de la Directive sur le droit d'auteur, l'art. 24a LDA peut être interprété au regard des consi-

dérations émises en rapport avec la Directive. Le considérant 33 du préambule relève que les actes de prélecture dans un support rapide (*caching*) sont visés par l'art. 5, al. 1 de la Directive, pour autant qu'ils satisfassent aux conditions précitées. Le Conseil fédéral va également dans ce sens, mais relève contrairement au texte de la Loi que les copies devraient être transitoires *et* accessoires¹⁰. Or, les termes clairs de la Loi soulignent que les copies doivent être transitoires *ou* accessoires, un point souligné par le considérant 33 du préambule de la Directive. A partir du moment où l'on considère qu'une copie est accessoire lorsqu'elle sert uniquement à faciliter un autre procédé d'utilisation, par exemple le *browsing* ou le *caching* pour accélérer la consultation des données¹¹, les reproductions effectuées par Google en mémoire cache satisfont à cette condition. On peut en revanche douter que ces reproductions n'aient aucune signification économique indépendante. Cette exigence doit être mise en rapport avec le test des trois étapes ancré aux art. 9 al. 2 CB et 13 ADPIC, qui requiert que les exceptions prévues par le législateur «ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit». Cette exigence doit à notre avis être interprétée largement. Une reproduction peut avoir une signification économique indépendante non seulement lorsqu'elle permet à celui qui l'effectue d'accroître ses revenus, mais aussi lorsqu'elle empêche les ayants droit d'en réaliser. A supposer que les articles soient librement accessibles sur les sites des éditeurs de presse, leurs reproductions provisoires en cache devraient donc permettre à Google de se prévaloir de l'art. 24a LDA. Tel n'est en revanche pas le cas lorsque les reproductions d'articles de presse en mémoire cache confèrent un accès gratuit aux utilisateurs à des articles désormais archivés par les titulaires qui n'y donnent accès que moyennant paiement.

Il résulte de ce qui précède que l'art. 24a LDA n'est pas applicable aux reproductions effectuées par Google dans ses mémoires caches d'articles de presse qui ne sont rendus accessibles que moyennant paiement sur le site original des éditeurs concernés¹².

B. Google Actualités

Si la reproduction et la mise à disposition des titres, des brèves et des photographies en miniature ne font aucun doute, autre est la question de savoir si les titres et brèves font preuve d'une individualité suffisante pour être protégées en droit suisse par le droit d'auteur. L'examen de nombreux titres à plusieurs jours d'intervalle tend à démontrer que rares sont ceux qui disposent d'une individualité suffisante pour satisfaire aux conditions posées par l'art. 2 LDA. Si la réponse à cette question peut sembler plus évidente pour les photographies reproduites sous

9 L'arrêt retient également une violation du droit moral de paternité que je renonce à détailler ici.

10 FF 2006 3303.

11 D. Barrelet/W. Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, 3^e éd., Berne 2008, *ad art.* 24a N 4.

12 Voir dans ce sens déjà sous l'empire de l'ancien droit: J. de Werra, *La protection juridique des contenus numériques et ses limites*, in: *Quelques facettes du droit de l'Internet* (Tissot éd.), vol. 3 et 4, Neuchâtel 2003, p. 66.

forme de miniature, on ne saurait oublier les arrêts *Meili*¹³ et *Bob Marley*¹⁴, où le Tribunal fédéral a rappelé qu'une photographie ne pouvait être protégée que si elle présentait un caractère individuel suffisant, ce qui n'est pas forcément le cas de n'importe quelle photographie. C'est au détenteur du droit qu'il appartiendra de prouver que les titres, brèves ou reproductions en miniature sont protégés par le droit d'auteur, et l'on ne saurait établir une présomption de protection comme semble à tort le retenir le Tribunal de première instance de Bruxelles dans l'arrêt *Copiepresse*.

A supposer que le détenteur du droit ait réussi à démontrer que l'un ou l'autre de ces éléments présente une individualité suffisante pour être protégé, la question se pose de savoir si le prestataire peut se prévaloir de l'une des exceptions prévues par la loi, qu'il s'agisse de l'exception de citation ou de comptes rendus d'actualités.

L'art. 25 LDA retient que «les citations tirées d'œuvres divulguées sont licites dans la mesure où elles servent de commentaire, de référence ou de démonstration et pour autant que leur emploi en justifie l'étendue». A supposer que les titres et brèves repris par Google soient protégés par le droit d'auteur ce qui devrait être rare, leur reprise ne satisfait pas aux conditions posées pour qu'un tiers puisse se prévaloir de l'exception de citation. L'argumentation du Tribunal de première instance de Bruxelles vaut également pour l'art. 25 LDA. Les références sont utilisées pour elles-mêmes, sans être destinées à accompagner un commentaire ou une démonstration. Elles constituent l'entier du site, de sorte que l'étendue de ces reprises n'apparaît nullement justifiée par leur emploi. Quant aux photographies, suivant en cela le *Message*¹⁵, la doctrine majoritaire considère que l'exception de citation ne leur est pas applicable¹⁶. Leur reproduction et leur mise à disposition violent donc les droits exclusifs des titulaires¹⁷, sans oublier l'éventuelle violation du droit à l'intégrité étant donné la perte de qualité subie en raison du formatage réduit des reproductions¹⁸.

L'art. 28, al. 2, LDA dispose quant à lui que «à des fins d'information sur des questions d'actualité, il est licite de reproduire, de mettre en circulation, de diffuser ou de retransmettre de courts extraits d'articles de presse et de reportages radiophoniques ou télévisés; l'extrait doit être indiqué; la source et, pour autant qu'il y soit désigné, l'auteur, doivent être mentionnés». En dépit du texte de cette disposition, tous les actes d'exploitation prévus par l'art. 10, al. 2, LDA sont couverts¹⁹; tel doit ainsi également être le cas de la mise à disposition visée à l'art. 10, al. 2, lit. c LDA. Le compte rendu doit toutefois porter sur un texte écrit à l'exclusion des représentations graphiques, comme des photographies ou des caricatures²⁰. Les conditions posées par cette disposition sont très largement remplies. Les reproductions de courts extraits ont lieu à des fins d'information sur des questions d'actualité, et la source de l'extrait est systématiquement indiquée. Seule l'indication de l'auteur, passible d'une amende²¹, fait défaut, à supposer que le nom de l'auteur soit indiqué sur le site référencé, ce qui est loin d'être toujours le cas suivant la source liée.

On peut en conclure que la responsabilité de Google peut être engagée sous l'angle du droit d'auteur en ce qui concerne les reproductions de photographies sous forme de miniature. La question est beaucoup plus délicate pour les titres et brèves. Le plus souvent, ces derniers ne seront pas protégés par le droit

d'auteur faute d'individualité suffisante. A supposer qu'ils le soient, l'exception de citation ne peut certes être invoquée, mais celle de comptes rendus d'actualités pourra l'être. Le droit d'auteur ne devrait donc pas être d'un grand secours aux éditeurs de presse. La Loi fédérale contre la concurrence déloyale apporte cependant une aide bienvenue.

2. Analyse sous l'angle du droit de la concurrence déloyale

L'art. 5 lit. c LCD prévoit qu'agit de façon déloyale celui qui, notamment: «reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat de travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel».

Il ne fait aucun doute que le travail des éditeurs de presse, d'ores et déjà sur le marché, est ici repris par un procédé technique de reproduction. Toute la question consiste à savoir s'il est exploité «comme tel» d'une part, et s'il l'est «sans sacrifice correspondant» d'autre part.

Peut-on considérer que Google exploite le résultat du travail des éditeurs de presse «comme tel»? La réponse est affirmative. La doctrine admet en effet que la reprise «comme tel» n'implique pas que le repreneur exploite le résultat du travail sans aucune modification, mais uniquement qu'il s'en serve comme d'un moule pour ses activités²². Le simple formatage des données et leur mise en forme doit donc être considérée comme une exploitation «comme tel» des données reprises, qui ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 5 lit. c LCD.

13 TF, sic! 2005, p. 14, où le Tribunal fédéral a refusé la protection du droit d'auteur faute d'individualité suffisante.

14 TF, sic! 2004, p. 394, où le Tribunal fédéral a admis une telle protection.

15 FF 1989 III 529.

16 Barrelet/Egloff, *ad art. 25 N 2*; F. Dessemontet, *Le droit d'auteur*, vol. CEDIDAC 39, Lausanne 1999, N 491. *Contra*: I. Cherpillod, *Schranken des Urheberrechts*, in: *SIWR II/1* (von Büren/David éd.), 2^e éd., Bâle 2006, p. 296. Cette situation prévaut en France, où la Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 7 novembre 2006 relatif aux photographies reproduites sous forme de miniatures que le droit de courte citation prévu à l'art. L. 122-5, al. 3 lit. a CPI ne pouvait être appliqué qu'aux œuvres littéraires. Le *Landgericht* de Hambourg est allé dans le même sens, en reconnaissant la violation des droits d'auteur par Google dans le cadre de son moteur de recherche Google Images (27.2.08, 308 O 42/06). Il en est en revanche allé différemment aux Etats-Unis, où la Cour d'appel du 9^e Circuit a considéré le 17 mai 2007 dans l'affaire *Perfect10* que le recours à des photographies en miniature dans le cadre de Google Images constituait un «*fair use*» excluant toute violation des droits d'auteur, renversant du même coup l'arrêt de première instance (487 F.3d 701, 9th Cir. 2007; pour l'arrêt de première instance: 416 F.Supp. 2d 828, C.D. Cal. 2006).

17 Art. 10, al. 2, lit. a et c LDA.

18 Art. 11, al. 2, LDA.

19 Barrelet/Egloff, *ad art. 28 N 13 et 22*, qui cite le *Message ad FF 1989 III 531*.

20 Barrelet/Egloff, *ad art. 28 N 16*.

21 Art. 68 LDA.

22 P. Ducor, *Protection des bases de données et concurrence déloyale*, in: *Internet 2003* (Ragueneau éd.), vol. CEDIDAC 57, p. 174.

La question de savoir si la reprise du travail a eu lieu «sans sacrifice correspondant» est plus délicate. Elle exige que les investissements consentis pour réaliser le travail soient comparés à ceux engagés par le repreneur pour réaliser la reproduction²³. Encore faut-il savoir quels sont ces investissements. Selon Ducor, seuls les investissements consentis pour reprendre le travail doivent entrer en ligne de compte, à l'exclusion des développements ultérieurs effectués par le repreneur pour améliorer le produit²⁴. Pedrazzini considère en revanche que l'intégralité des coûts doivent être pris en considération²⁵. Dans l'arrêt *Twixtel* rendu le 27 octobre 1999, l'autorité de première instance avait considéré que le développement d'une application propre à permettre l'extraction de données d'un annuaire impliquait des coûts qui excluaient l'art. 5 lit. c LCD²⁶. Deux ans plus tard, la Cour d'appel du Canton de Berne avait considéré dans l'affaire *Elektronischer Pressespiegel* que le recours à un procédé de scanning et le travail d'employés pour sélectionner et compiler les informations représentaient certes un investissement, cependant insuffisant une fois comparé à ceux consentis par les journalistes pour exclure l'application de l'art. 5 lit. c LCD²⁷. Dans l'ATF 131 III 384, le Tribunal fédéral a considéré que les coûts liés au développement d'une application informatique permettant de sillonner le web afin d'extraire des annonces immobilières permettant au repreneur de mettre sur pied sa propre base de données devaient être pris en considération; compte tenu du fait que l'agence immobilière n'avait pas divulgué ses propres coûts de fonctionnement, elle avait été déboutée de son action, toute comparaison entre ces coûts étant impossible.

Les coûts liés au développement de l'algorithme permettant à Google de reprendre les données qui l'intéressent, de les reformater et de les mettre en page sur Google Actualités constituent-ils un investissement permettant d'exclure l'application de l'art. 5 lit. c LCD? Si l'on suit la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral, les frais liés au développement du logiciel de Google devraient être comparés aux frais engagés par les éditeurs de presse pour constituer leurs journaux. Il faudrait alors tenir compte du fait que les coûts liés au développement du logiciel peuvent être amortis, alors que les articles, constamment renouvelés, engendrent des coûts qui ne peuvent l'être.

Etant donné le développement pris par internet et les possibilités technologiques qu'offre cet outil, permettre la reprise du travail d'un tiers au motif que le développement de l'outil propre à permettre cette reproduction aurait exigé des frais de développements substantiels me semble une solution guère défendable, puisqu'elle revient à permettre sinon encourager des comportements parasitaires. Seuls les coûts faisant suite à la reprise automatisée de données pour améliorer ou façonner ces données et supposant un effort créatif allant au-delà de la reprise des données et de leur simple formatage devraient être pris en compte lors de la comparaison avec les frais consentis pour créer le «résultat du travail».

Ainsi interprétée, la mise en balance des investissements consentis et les termes «sans sacrifice correspondant» devraient aboutir à des résultats satisfaisants pour deux raisons. Premièrement, dans bien des cas, le recours à des applications informatiques d'extraction de données ne présente d'intérêt qu'en raison du fait que ces données sont constamment mises à jour. A partir du moment où cette mise à jour empêche tout amor-

tissement de l'exploitation de la base de données, au contraire du logiciel du repreneur dont les coûts de développement peuvent être amortis, la balance devrait à mon avis pencher en faveur des créateurs originaires de ces données²⁸. Secondement, l'intérêt de ces applications réside justement dans le fait que la reprise et le formatage se font de manière automatisée, sans exiger d'effort créatif quel qu'il soit de la part du repreneur allant au-delà de cette seule reprise. Suivant une ligne moins favorable aux parasitaires que les résultats auxquels l'actuelle jurisprudence du Tribunal fédéral peut conduire, l'*Obergericht* de Berne a considéré que le fait de s'épargner des coûts de production par la reprise du travail d'autrui tombe sous le coup de l'art. 2 LCD lorsque l'application de l'art. 5 lit. c LCD aurait été possible si la reprise avait eu lieu au moyen d'un procédé technique de reproduction²⁹. Cette jurisprudence va dans le bon sens, en permettant la répression de comportements parasitaires qu'il n'y a pas lieu d'encourager.

Les difficultés d'interprétation posées par l'art. 5 lit. c LCD soulignent l'intérêt qu'aurait la Suisse à se doter d'une législation conférant un droit *sui generis* sur l'investissement consenti pour réaliser une base de données, comme le permet l'art. 7 de la Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données. Etant donné les possibilités techniques aujourd'hui conférées par les applications informatiques sur internet, l'art. 5 lit. c LCD devrait être interprété plus largement pour décourager les comportements parasitaires³⁰, en considérant qu'il n'y a de «sacrifice correspondant» que si le repreneur a consenti en dehors de la seule reprise des éléments des frais pour reformater et aménager le travail repris, frais qui devraient être continus et qui ne devraient pas pouvoir être amortis lorsque la reprise réside dans l'extraction de données constamment mises à jour qui, elles, ne permettent aucun amortissement. En se fondant sur une telle interprétation, les éditeurs de presse devraient avoir de bonnes chances de succès sous l'angle des art. 2 et 5 lit. c LCD.

3. Conclusion

En définitive, les éditeurs de presse peuvent agir sous l'angle du droit d'auteur pour interdire la reproduction de leurs articles dans les mémoires caches des serveurs de Google, à la condition toutefois que les articles en question ne soient accessibles que contre paiement sur leurs sites. A supposer que les photographies en miniature soient protégées par le droit d'auteur, les titulaires pourront également invoquer une viola-

23 Ducor, p. 174. M.-M. Pedrazzini/F.-A. Pedrazzini, *Unlauterer Wettbewerb*, 2^e éd., Berne 2002, N 9.32-9.34.

24 Ducor, p. 174. *Contra*: Pedrazzini/Pedrazzini, N 9.32.

25 Pedrazzini/Pedrazzini, N 9.32 et 9.33.

26 *Bezirksanwaltschaft Winterthur*, sic! 2000, p. 98 c. 4.

27 *AH BE*, sic! 2001, p. 613 c. 9.

28 Le Tribunal fédéral considère en effet que l'art. 5 lit. c LCD ne peut être invoqué qu'aussi longtemps que les frais consentis n'ont pas été amortis: sic! 2008, p. 462, suivi d'une note de Laux, traduit au *JdT* 2008 I 399. Cette idée d'amortissement était déjà en filigrane dans l'ATF 131 III 384 précité.

29 *OG BE*, sic! 2009, p. 244 c. 3h.

30 En ce sens également: Pedrazzini/Pedrazzini, N 9.40.

tion des droits d'auteur. La situation est plus délicate en ce qui concerne la reprise des titres et des brèves, dont l'individualité fera fréquemment défaut pour être protégées sous l'angle du droit d'auteur et qui, quand bien même elles le serait, semble autorisée sous l'angle de l'art. 28 LDA. C'est en revanche sous l'angle du droit de la concurrence déloyale, plus particulièrement des art. 2 et 5 lit. c LCD que les éditeurs de presse devraient avoir de bonnes chances de succès.

De telles actions présentent-elles toutefois un quelconque intérêt?

IV. Réflexions

Sur le plan économique, les intervenants ne partagent pas le même point de vue sur cette question. Selon Google, les attaques subies par son service Google Actualités sont injustifiées pour ne pas dire incompréhensibles. En référant ces données, Google ne ferait que promouvoir et faciliter la consultation des sites des éditeurs, en favorisant du même coup l'accroissement de leurs revenus publicitaires. Selon les éditeurs, la situation est toute autre. Ils craignent que les internautes ne se contentent des brèves indiquées, sans éprouver le besoin de consulter les sources originales pour lire l'intégralité des articles référencés. Il en résulterait une baisse d'accès aux sites des éditeurs et, du même coup, une attractivité nettement moindre pour les annonceurs avec pour corollaire une baisse du chiffre d'affaires résultant des revenus publicitaires.

Techniquement, Google offre toutefois aux éditeurs qui ne souhaitent pas être référencés la possibilité d'insérer dans le code HTML de leur site web deux lignes qui excluent leur indexation³¹. Il est aussi possible de le demander par une simple notification³². On peut dès lors s'interroger sur l'intérêt de telles actions.

Deux raisons justifient pourtant que les titulaires de droit fassent preuve d'une attention accrue par rapport à Google. Tout d'abord, loin d'empêcher la continuation du service de Google, l'exclusion volontaire d'un éditeur déterminé risque de l'isoler davantage et de conduire à un effet inverse à celui recherché. En effet, ce n'est plus l'information elle-même qui importe aujourd'hui – elle est devenue une commodité – mais la gestion des flux et le contrôle du trafic; cette constatation a pour conséquence que les entreprises qui gèrent la navigation deviennent des géants, tandis que celles qui fournissent le contenu deviennent des nains perdus dans un océan d'informations³³. Seul un effort concerté pourrait donc être efficace. D'un point de vue plus juridique ensuite, il est devenu usuel pour Google de considérer qu'étant donné le traitement massif de l'information auquel il procède, il lui est impossible de solliciter l'autorisation de chaque ayant droit et que, partant, c'est à ces derniers qu'il convient de signaler leur volonté de s'exclure des services de Google s'ils ne souhaitent pas en faire partie. Ce faisant, Google reverse toutefois la logique propre aux droits de propriété intellectuelle, qui commande que ce soit aux utilisateurs qu'il incombe d'obtenir l'autorisation préalable des ayants droit, non l'inverse³⁴. Toute la question consiste donc à savoir qui de Google ou des ayant droits doit supporter les coûts résultant de l'exploitation de leurs biens intangibles dans un marché de masse.

Ces quelques pistes de réflexion démontrent que si les outils juridiques existent, il n'est pas certain que leurs recours soient opportuns, sauf à s'exclure d'un système où l'omniprésence de Google rend cette société désormais indispensable pour les fournisseurs de contenus. Seules une réaction et une réflexion concertées sur un plan national pour ne pas dire mondial par les parties visées à l'encontre des différents services de Google pourraient peser d'un véritable poids face à un géant qui, bénéficiant d'interventions isolées et éclatées, continue son chemin en remaniant profondément tant les modèles économiques que les instruments juridiques censés les régler. En l'absence d'efforts concertés sur un plan transnational, il y a fort à parier que Google continuera son chemin pour le pire, mais aussi pour le meilleur...

Résumé Les éditeurs de presse se voient aujourd'hui concurrencer par les revues de presse proposées par les moteurs de recherche. Le rôle considérable joué par ces moteurs tend à démontrer que l'importance n'est plus la maîtrise de l'information, devenue commodité, mais la maîtrise des flux permettant à l'internaute d'y accéder. Ce déplacement de pouvoir pourrait conduire à terme à un déplacement des revenus publicitaires au profit des moteurs de recherche et d'autres fournisseurs de localisation et de distribution de l'information en ligne. L'article se propose de mettre en lumière au travers de l'affaire Copiepresse les enjeux juridiques posés par ces développements et les réflexions que cette analyse suscite.

Summary Publishers now have to fight against new competitors: search engines. The significant role played by these engines in the digital age underlines the fact that the added value is no longer contained in the command of information itself, which is relegated to a mere commodity, but in the control of the flows that enable users to access that information. This shift of power could ultimately lead to a shift of advertising revenues in favor of search engines or other providers enabling users to locate that information. Through the Copiepresse case, this article offers to put under scrutiny the legal implications of these developments and the reflections resulting therefrom.

31 <http://www.google.fr/intl/fr/remove.html#uncache>.

32 http://www.google.com/support/news_pub/bin/answer.py?hl=fr&answer=94003.

33 Strowel, p. 590.

34 J'avais déjà dénoncé le renversement opéré par Google dans cette même revue dans un autre contexte, celui de *Google Book Settlement*, voir: P. Gilliéron, *Google Book: un nouveau modèle de gestion des droits d'auteur?*, *Medialex 2/09*, p. 68.