HAL
open science

Google et le droit voisin des éditeurs de presse

Audrey Lebois

To cite this version:

Audrey Lebois. Google et le droit voisin des éditeurs de presse. Recueil Dalloz, 2019. hal-02435507

HAL Id: hal-02435507

https://hal.science/hal-02435507

Submitted on 22 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Google et le droit voisin des éditeurs de presse[1]

Audrey Lebois, maître de conférences HDR à l'université de Nantes
Directrice adjointe de l'IRDP (EA-1166)

Google refuse de rémunérer les éditeurs de presse au titre du nouveau droit voisin. Quelles solutions pour la presse ?

1. Un bras de fer s'est engagé entre Google et la presse française à propos du nouveau droit voisin des éditeurs et agences de presse. Ce dernier est une des innovations majeures de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique du 17 avril 2019. Il a fait l'objet d'une transposition en France par la loi du 24 juillet 2019 dont les dispositions entreront en vigueur le 25 octobre prochain. Ce nouveau droit de propriété intellectuelle devait permettre aux entreprises de presse de négocier avec les services de communication au public en ligne (Google et Facebook pour ne citer que les principaux) pour la reprise partielle de leur publication de presse en particulier sous la forme de snippets[2]. Or Google l'a annoncé : il ne payera pas les éditeurs de presse pour le référencement sur ses services Google News et Google Search. Ce refus de Google apparait conforme à la loi de transposition et à la directive de l'Union européenne (I) et il est fort probable que les éditeurs plieront en raison d'un rapport de force très déséquilibré entre les acteurs. Quelles solutions alors pour la presse (II) ?

I - Le refus de Google conforme à la loi sur le nouveau droit voisin

2. Google va modifier ses résultats de recherche en France. Pour ceux qui ne renonceront pas à leur droit voisin, Google se contentera de référencer que les titres des articles sous la forme d'hyperlien. Les éditeurs de presse français doivent donc décider individuellement si les snippets continueront d'apparaître avec les liens renvoyant vers leurs sites. Pour les éditeurs qui accepteront, ils doivent en faire la déclaration en modifiant la balise META de leur pages web : de nouveau attributs permettent d'indiquer la dose de contenu (image, texte) que Google peut récupérer : : de nouveau attributs permettent d'indiquer la dose de contenu que Google peut récupérer : la taille de l'extrait (nombre de caractères), la taille de l'image (résolution) et la durée de l'extrait (vidéo). En le faisant, Google considèrera que l'éditeur de presse ou l'agence de presse accepte l'usage de ces extraits qui donc s'afficheront, mais sans qu'ils soient rémunérés.

3. La réponse de Google n'est pas une surprise. Lorsque l'Allemagne, par la loi du 7 mai 2013, a adopté un droit voisin au profit des éditeurs de presse, la réaction de Google a été immédiate en refusant de négocier avec le puissant groupe Springer qui mis sur la touche par Google, a fini par concéder au géant américain des licences gratuites pour reprendre des extraits.

[1] Le présent article s'inscrit dans le prolongement d'une communication orale intitulée « La légitimité du nouveau droit voisin de l'éditeur de presse » donnée lors du 3e colloque des JUSPI sur « La légitimité de la propriété intellectuelle », le 10 octobre 2019 à l'université de Nantes (actes du colloque à paraître chez Legipresse).

[2] Il s'agit des résultats affichés par Google Search, Google Actualités ou Google Vidéos ou lorsqu'on navigue sur Facebook. Le snippet est constitué du titre de l'article ou de la dépêche de presse (lequel est en même temps un lien hypertexte vers la page web du site de presse source), des premières phrases de cet article ainsi que d'une image qui se retrouve mise en avant sous forme de vignette cliquable.

La même situation s'est produite en Espagne[3] avec la décision de Google de fermer son onglet actualité.

4. Mardi 1er oct., lors des questions au gouvernement, le 1er ministre Edouard Philippe a pris la défense des éditeurs de presse affirmant que la réponse de Google était contraire « à l'esprit et à la lettre » de la directive. Nous ne sommes pas des représentants de Google mais juridiquement, la position du Géant américain n'apparaît contraire ni à la directive ni à la loi française de transposition. Google ne fait qu'appliquer ces nouveaux textes. En ne référençant que les titres des articles sous forme d'hyperlien et non les snippets, il s'inscrira dans le champ des exceptions prévues par le nouvel article L. 211-3-1 CPI et échappera ainsi au droit exclusif. L'article L. 211-3-1 CPI dispose en effet que « Les bénéficiaires des droits ouverts à l'article L. 218-2 ne peuvent interdire :

1° Les actes d'hyperlien[4]

2° L'utilisation de mots isolés ou de très courts extraits d'une publication de presse. Cette exception ne peut affecter l'efficacité des droits ouverts au même article L. 218-2. Cette efficacité est notamment affectée lorsque l'utilisation de très courts extraits se substitue à la publication de presse elle-même ou dispense le lecteur de s'y référer. »[5]

5. De plus, rien dans la loi (ni dans la directive) n'empêche un éditeur d'autoriser gratuitement le référencement ou à renoncer à son droit voisin. Il était pourtant facile pour le législateur communautaire de préciser que ce droit ne peut faire l'objet d'une renonciation. Au contraire, il n'a pas souhaité imposer la gestion collective pour ce nouveau droit voisin[6] et laisse ainsi à chaque éditeur et agence de presse, individuellement, le soin de choisir la manière dont leurs contenus peuvent être utilisés. Le droit voisin est donc disponible[7]. Les éditeurs peuvent donner ou non leur accord à Google pour une utilisation qui dépasserait les exceptions prévues par le texte et continuer à être référencer sur le moteur de recherche comme avant. Ils sont également libres, en théorie, de demander ou non une rémunération pour les usages qu'il autoriseraient.

6. En consacrant un tel droit au niveau de l'Union européenne, les états membres pensaient donner aux éditeurs une force de négociation que ne peut avoir un seul pays. Or on voit bien, avec l'opposition de Google face à la loi française, que tel n'est pas le cas aujourd'hui[8] et on peut douter que le rapport de force sera plus favorable aux éditeurs quand (si ?) tous les états membres auront transposés[9].

---

[3] Une loi entrée en vigueur le 1er janvier 2015 a introduit une exception aux droits d'auteur pour la reprise d'extraits de presse, compensée par le versement d'une rémunération équitable.

[4] Cette exception est en phase avec la jurisprudence Svensson de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE 13 févr. 2014, C-466/12) selon laquelle la simple insertion d'un hyperlien pointant vers une œuvre/article contenu sur un site en libre accès n'est pas constitutive en elle-même d'un acte de communication au public.

[5] Ce n'est que si le titre est assimilé à un très court extrait dont la lecture est substituable à la lecture de l'article que le droit exclusif pourrait trouver à s'appliquer. On retrouve ici le critère de substituabilité de l'arrêt Microfor c/ Le Monde (Cass. ass. plén. 30 oct. 1987, n°86-11918) mais appliqué ici au droit voisin.

[6] V. le nouvel art. L. 218-3 CPI. On peut toutefois se demander si la gestion collective obligatoire n'aurait pas permis de garantir un rapport de force et de négociation plus favorable aux éditeurs face aux agrégateurs. Cette solution avait été choisie en Espagne en 2014 mais la réponse de Google avait été la fermeture de Google News…

[7] En ce sens également, J.-M. Bruguière, Le droit voisin des éditeurs de presse dans la directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique et sa transposition en droit français : Légipresse n° 371, mai 2019, p. 276, n° 23.

[8] La France est d'autant plus seule que le CJUE a récemment jugée inapplicable la loi allemande du 1er août 2013 sur le droit voisin de l'éditeur de presse inapplicable (CJUE 12 sept. 2019, *VG Média c/ Google LLC*, aff. C-299/17).

[9] Les Etats membres ont jusqu'au 7 juin 2021 pour se conformer à la directive.

7. Pourrait-on compter sur l'unité de la presse pour faire plier Google ? Rien n'est moins sûr. Malgré les appels à en ce sens[10], aucun dialogue intersyndical n'existe sur le sujet. Contrairement à d'autres organisations professionnelles de la presse, le syndicat de la presse indépendante d'information en ligne (Spiil) a d'ailleurs toujours considéré que ce droit voisin était une mauvaise solution[11].

8. Il est à craindre que les éditeurs acceptent d'accorder des autorisations gratuites. Il faut comprendre que le modèle économique des titres de presse en ligne étant axé sur le financement par la publicité facturée au coût par affichage, le trafic apporté par Google Search et Google actualités est nécessaire à leur viabilité.[12]. C'est particulièrement vrai pour les quotidiens régionaux pour lesquels Google news permet d'élargir leur audience en atteignant un lectorat national et non pas seulement régional[13] et pour les publications hebdomadaires en leur permettant de rompre avec la temporalité hebdomadaire. Mais c'est aussi vrai pour tous les titres car Google joue un rôle important dans l'allongement de la durée de vie d'un article : plus on s'éloigne de la date de publication d'un article, plus la part de trafic provenant du moteur de recherche vers cet article augmente. Les contenus vieillissants continuent ainsi d'être lus et de générer des bénéfices[14]. On comprend donc que certains éditeurs, notamment les plus petits, considèrent que leurs publications sont valorisées par ce référencement. Seules les grandes entreprises de presse pourraient se permettre de sacrifier ce trafic[15].

II – Quelles solutions pour la presse ?

9. Le **droit de la concurrence** mériterait peut-être d'être davantage mobilisé. On peut d'abord penser à l'abus de position dominante. Google est devenu un indispensable diffuseur de la presse. En refusant de négocier avec les éditeurs, n'aurait-il pas commis un abus de position dominante ? L'Autorité de la concurrence a indiqué, jeudi 3 octobre, avoir décidé de lancer une enquête « exploratoire » sur les nouvelles règles qu'il appliquera pour la présentation des contenus de la presse française dans son moteur de recherche. L'intervention de l'autorité de la concurrence rappelle la position très particulière de Google sur le web : Google est dans une position dominante puisque les médias ont un besoin existentiel d'être visibles sur ses services. Il est toutefois peu probable que cette enquête donne lieu à des poursuites sur le fondement de l'abus de position dominante. En effet, lorsque Google a par le passé contraint les éditeurs allemands à renoncer à leur droit de percevoir une rémunération pour l'indexation,

---

[10] V. « J'appelle tous les éditeurs de presse européens et américains à rester solidaires face à Google », dit Pierre Louette, Par Fabienne Schmitt, David Barroux, LesEchos.fr, 29 sept. 2019.

[11] V. la position du Spiil émise le 1er oct. 2019 : Les droits voisins sont une chimère : place à une régulation ambitieuse, 1er oct. 2019, https://www.spiil.org/s/news/les-droits-voisins-sont-une-chim-re-20Y2o000000LEoDEAW

[12] Que ce soient les dirigeants ou les journalistes, aucun ne songe à renoncer à ce référencement. V. les réponses des acteurs interrogés : G. Sire, Google, la presse et les journalistes, Institut de droit de la concurrence, coll. Concurrences, 2015, p. 236.

[13] V. en ce sens, G. Sire, op. cit. p. 237 et 238.

[14] Ibid, p. 239

[15] Heureusement, Google n'envisage pas de fermer son service Google News en France comme il a pu le faire en Espagne. Une étude commanditée par le secteur de l'édition espagnole a montré que le trafic Internet sur les sites des éditeurs avait diminué de 6% en moyenne et de 14% pour les petits éditeurs au cours des mois qui ont suivi l'introduction du nouveau droit et la décision de Google de fermé son service. Seuls les grands éditeurs de presse ont pu se permettre de sacrifier le trafic généré par les agrégateurs d'actualité. Les plus petits éditeurs ont été durement touchés par une baisse du trafic ou par un arrêt complet de celui-ci, ce qui a conduit à leur faillite ou les a empêchés de croître (V. Boletín Oficial De Las Cortes Generales (2016) Proposición De Ley De Derogación Del Artículo 32.2 Del Texto Refundido De La Ley De Propiedad Intelectual. Presentada Por El Grupo Parlamentario Podemos-En Comú Podemen Marea, 122/000021, Proposiciones De Ley, 1 April 2016, No 28-1 : http://www.congreso.es/public_oficiales/L11/CONG/BOCG/B/BOCG-11-B-28-1.PDF, consulté le 12 oct. 2019).

ces derniers avaient fait valoir devant l'autorité de la concurrence que Google abusait de sa position dominante en refusant d'afficher des contenus relevant de la législation allemande sur le droit voisin de l'éditeur de presse. Cette dernière puis le Tribunal de district de Berlin[16] les ont déboutés de leur action. Le tribunal de Berlin a considéré que le système mis en place par le moteur de recherche créait un système gagnant-gagnant car il offrait aux consommateurs la possibilité de bénéficier d'un contenu indexé et d'un accès rapide à l'information, tandis que les éditeurs de presse bénéficiaient du trafic, le moteur de recherche bénéficiant de son côté du contenu. Le tribunal a même ajouté que « ce système bien équilibré est perturbé par le droit voisin, en vertu duquel les éditeurs de presse exigent maintenant que le défendeur, en tant qu'exploitant du moteur de recherche, verse une rémunération pour quelque chose qui est également dans l'intérêt économique de l'exploitant de site Web ».

10. Une action sur le terrain du déséquilibre significatif au sens du **droit commercial** pourrait-elle être envisagée ? Selon l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, l'auteur d'un déséquilibre significatif engage sa responsabilité lorsque trois conditions cumulatives sont réunies : 1 - une relation avec un partenaire commercial ; 2 - une soumission ou d'une tentative de soumission ; 3 - des obligations créant un déséquilibre significatif entre les parties. La forte concentration qui caractérise l'activité des géants de l'internet conduit les entreprises clientes à être « soumises » à un déséquilibre au sens de cette disposition[17], déséquilibre qui repose sur la capacité des géants à imposer des dispositions contractuelles (considérées) particulièrement désavantageuses pour les éditeurs de presse autrement dit à « l'étouffement de la liberté contractuelle »[18] de entreprises de presse. Agissant au nom du marché, le ministère de l'Economie ou le président de l'Autorité de la concurrence[19] pourrait diriger l'action en direction des géants de l'internet[20] et chercher à obtenir leur condamnation au paiement d'une amende civile[21]. L'intérêt de ce fondement est que les Géants de l'internet ne pourraient pas chercher à y échapper en plaçant les contrats conclus sous l'égide d'une loi étrangère car ce texte appartient à la catégorie des lois de police[22]. Mais le risque là encore serait que Google préfère, plutôt que d'être condamné, fermer son service Google News en France.

11. Ne pourrait-on pas alors considérer les services Google News et Google Search comme des infrastructures essentielles et appliquer la fameuse (mais critiquée) **théorie des facilités essentielles**[23] ? Pour rappel, cette théorie consiste à caractériser le fait pour un agent (Google) de disposer d'un élément nécessaire (Google Search et Google News) pour que ses concurrents (éditeurs de presse) puissent faire affaire sur un marché (publicité en ligne). Dès lors qu'un

---

[16] LG Berlin 19 févr. 2016, 92 05/14 kart.

[17] En ce sens, G. Pillet, L'efficacité du droit français des contrats face aux géants de l'internet : RTDcom 2018, p. 273, n°26.

[18] Expression de Nils Monnerie, L'abus de domination sur le marché numérique : Pour une lecture juridique du déséquilibre économique à l'aune des oligopoles : Revue Concurrences N° 3-2019, sept. 2019, art. N° 91216, p.73.

[19] En plus de la victime et parce qu'elle pourrait se résigner à agir par peur de représailles de la part de son cocontractant, le législateur a ouvert cette action à trois autorités différentes : le ministère public, le ministre de l'économie et le président de l'Autorité de la concurrence.

[20] Comp. l'action intentée contre Expedia et ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 juin 2007 qui conclut à l'existence d'un déséquilibre significatif sur ce fondement (CA Paris, 21 juin 2007, n° 15/18784 : D. 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke).

[21] Les autres sanctions possibles (cessation des pratiques illicites, nullité des clauses ou contrats illicites, répétition de l'indu) nous paraissent sans objet ou contreproductives.

[22] La Cour de cassation l'a reconnu implicitement (Cass. civ. 22 oct. 2008, n° 07-15.823, Bull. civ. I, n° 233 ; Cass. com. 24 nov. 2015, n° 14-14.924, D. 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke).

[23] V. Marty F. et Pillot J., Le recours à la théorie des facilités essentielles dans la pratique décisionnelle des juridictions concurrentielles : Ambiguïté du droit et régulation de la concurrence, Document de travail OFCE, n° 2009-11, mai 2009.

élément se trouve qualifié d'infrastructure essentielle, son propriétaire peut être contraint de permettre à ses concurrents d'accéder à à cette ressource. Mais pour l'application de cette théorie, il faut que l'infrastructure soir essentielle, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas interchangeable. Or, il existe d'autres moteurs de recherche et agrégateur de contenus d'actualité que Google. Il est vrai que ce dernier (et Facebook) apparaît comme une plateforme incontournable au moins actuellement mais il faudrait alors tenir compte de ce critère d' « incontournabilité » et élargir la notion de facilité essentielle. Il faut en outre que le propriétaire de cette facilité essentielle refuse d'accorder l'accès à ces installations. Or, Google ne refuse pas l'accès à ces services de référencement ; il les offres même gratuitement. On voit que les réserves sont nombreuses et que l'application de cette théorie à Google News et Search paraît compromise[24].

12. La **fiscalité** serait également une piste à explorer. La loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 s'est engagée dans cette voie en créant une taxe sur les services numériques (taxe Gafa) qui s'élève à 3% du chiffre d'affaires généré par certaines activités numériques réalisé en France dont la publicité ciblée en ligne et la vente des données personnelles à des fins publicitaires[25]. L'instauration de cette taxe a un effet provisoire, en attendant que soit conclu un accord au sein de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la fiscalité internationale des géants du numérique, avant la fin de l'année 2020. Cette solution n'est pas sans effet pour les entreprises françaises : Amazon a décidé de ne pas absorber la taxation des géants du numérique et de la répercutant sur ses clients français qui depuis le 1er octobre ont vu la commission d'Amazon sur les ventes augmenter de 3%[26]. Il est à craindre que Google comme d'autres Géants de l'Internet fasse de même. Les pouvoirs publics pourraient également décider de réduire encore la TVA. La presse bénéficie d'un taux préférentiel de TVA de 2,1% qui s'applique depuis 2014 aux supports papier et numérique (art. 298 septies du Code général des impôts). On pourrait imaginer qu'un taux nul soit appliqué[27]. L'intérêt de telles mesures va au-delà de l'économique : un avantage fiscal au bénéfice de la presse permet de soutenir le pluralisme des médias nécessaire dans nos sociétés démocratiques.

13. Enfin, au-delà de ces pistes, la solution est certainement aussi dans une remise en cause par les éditeurs et agences de presse eux-mêmes de leur **stratégie et modèle économique**[28]. Ils doivent chercher à faire en sorte que leur dépendance envers les Géants de l'internet ne soit pas trop importante. Ils ont intérêt à déployer des stratégies pour garder le trafic, fidéliser le lecteur, transformer l'utilisateur des services de Google en un lecteur assidu et fidèle qui n'aura plus besoin du moteur ou d'agrégateur pour s'informer. Il faut aussi sans doute que les entreprises de presse trouvent le bon modèle économique. Les journaux ont d'abord tout offert gratuitement

---

[24] V. F. Marty, The Unspeakable One. De l'activation de la théorie des facilités essentielles dans l'économie numérique : https://pdfs.semanticscholar.org/5a1a/aede0b8fbb1d07c756b3a3ae253a59b63848.pdf consulté le 12 oct. 2019. Relevant plus globalement la difficulté d'appliquer à ces situations de positions dominantes, les concepts classiques du droit de la concurrence, V. Le numérique et les droits fondamentaux, Etude annuelle 2014 du conseil d'état, p. 106 : https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000541.pdf

[25] Sont visés les entreprises qui réalisent 750 millions d'euros de chiffres d'affaires au niveau mondial au titre de ces services, et 25 millions d'euros à l'échelle de la France. La taxe doit ainsi s'appliquer à une trentaine de groupes, dont Google, Amazon, Facebook et Apple, mais aussi Meetic ou Airbnb.

[26] V. Nicolas Boutin, Taxe Gafa : Amazon laisse ses clients la payer, Le journal de l'économie, 2 oct. 2019 : https://www.journaldeleconomie.fr/Taxe-Gafa-Amazon-laisse-ses-clients-la-payer_a7894.html, consulté le 9 oct. 2019)

[27] En octobre 2018, les 28 pays de l'Union européenne sont parvenus à un accord pour autoriser les États membres à appliquer des taux de TVA réduits ou même nuls aux publications numériques.

[28] En ce sens, Patrick Le Floch cité par Alice Vitard, Les éditeurs de presse peuvent-ils vraiment survivre sans Google, L'usine digitale, 4 oct. 2019 : https://www.usine-digitale.fr/article/les-editeurs-de-presse-peuvent-ils-reellement-survivre-sans-google.N891054

sur internet. Mais la difficulté rencontrée par de nombreux sites d'information, pour rentabiliser leur activité uniquement à partir de recettes publicitaires, pousse désormais les éditeurs à se tourner vers des modèles payants. En France, Médiapart a choisi cette voie avec un certain succès. La plupart des titres de presse proposent aujourd'hui un abonnement mobile ou un modèle premium, avec une partie gratuite et une partie payante. Même si les lecteurs ont été habitués à la gratuité, ils semblent de plus en plus disposés à payer pour du contenu en ligne et ces modèles payants commencent à compenser les pertes de revenus de la diffusion imprimée des journaux[29]. Le nouveau droit voisin qui pourra conduire Google à limiter le référencement des contenus de presse risque de ralentir voire remettre en cause ce nouveau modèle pourtant viable. On voit bien que la presse peut difficilement faire sans Google[30] et cette dépendance économique est de nature à poser un problème du pluralisme de la presse, au fondement de la démocratie.

[29] PwC (2016) Global entertainment and media outlook (Perspectives mondiales du spectacle et des médias) 2015-2019 : http://www.pwc.com/gx/en/industries/entertainment-media/outlook/data-insights.html. Ce basculement vers le payant peut apparaitre comme une solution à la domination de Google : si les journaux tirent des revenus importants grâce aux abonnements numériques, ils pourraient être moins dépendants de revenus publicitaires issus du trafic généré par Géant américain.

[30] En ce sens, Benjamin Lagues relève que « pour permettre une augmentation des abonnements, la presse a besoin de faire connaître sa production auprès de nouveaux lecteurs. De ce point de vue, Google, en particulier Google Actualités, reste indispensable » (La presse peut-elle faire sans Google ?*:* INA la revue des médias, 26 févr. 2019, https://larevuedesmedias.ina.fr/la-presse-peut-elle-faire-sans-google, consulté le 12 octobre 2019). On rappellera également que Google finance à hauteur de 10,2 millions d'euros les titres français de presse en ligne par la voie de Google News Initiative.