

DROITS ET DEVOIRS DES MOTEURS DE RECHERCHE

Les moteurs de recherche sont régulièrement accusés par les éditeurs de « voler » le contenu. Cette accusation s'appuie sur le fait que les *crawlers* recopient et enregistrent le code HTML sur les serveurs du moteur [Peguera, 2009]. De surcroît, un moteur génère des pages où figurent des liens comprenant un titre et une accroche que le propriétaire du moteur n'a pas produits, qu'il n'a pas payés et pour la reprise desquels il n'a en général pas obtenu d'autorisation explicite de la part de l'éditeur. Finalement, il semblerait que l'activité d'un moteur « entre mécaniquement en conflit avec le droit d'auteur » [Manara, 2011, p. 147].

Le caractère international de l'activité des moteurs rend extrêmement compliquée la question du droit d'auteur. Dans le cas d'un conflit, le juge pourra se référer au droit états-unien dans le cas où les propriétaires des moteurs seraient des firmes californiennes, mais il pourra aussi se référer au droit du pays où se situent les serveurs de l'éditeur, ou encore au droit du pays où se situe l'internaute ayant effectué la requête. Cette triple possibilité pour le juge et l'absence d'unité jurisprudentielle rendent incertaine toute action intentée par un éditeur qui estimerait que son contenu a été repris illégalement par un moteur.

Les Etats-Unis et le *fair-use*

Dans le *Copyright Act* états-unien, le degré de créativité suffisant pour qu'un contenu puisse être protégé est relativement bas. Les titres et les accroches produits par les éditeurs, même factuels, peuvent théoriquement faire l'objet d'une protection. Dès lors, le propriétaire d'un moteur doit se prévaloir du « *fair use* » s'il veut avoir le droit de générer un lien hypertexte en reprenant une partie du contenu qui ne lui appartient pas. Le *fair use* est une exception au *Copyright* permettant à un tiers, à condition que certaines conditions soient remplies, d'utiliser un contenu ou une partie d'un contenu qui ne lui appartient pas. En cas de litige entre le propriétaire du contenu et le propriétaire d'un moteur de recherche ayant repris tout ou une partie de ce contenu, le juge examinera quatre questions afin de déterminer si le « *fair use* » peut ou non être invoqué. Celles-ci doivent être examinées ensemble, aucune d'entre elles ne suffisant *ipso facto* à décréter que l'action du moteur est constitutive d'un cas où le « *fair use* » peut en effet être appliqué [Isbell, 2010].

1) *L'usage des contenus effectué par le moteur est-il le même que l'usage qu'en font les sites des éditeurs ?* — Si l'usage est transformatif, le *fair use* est censé pouvoir s'appliquer. Ce fut le cas par exemple lors du procès opposant Google à la société d'images érotiques Perfect 10, où les juges de la Cour d'Appel du *Ninth Circuit* ont estimé que les photos étaient incorporées par Google à un service complémentaire et original.

2) *Le contenu est-il factuel et publié ?* — Le propriétaire d'un moteur de recherche a intérêt à ce que ne remontent dans les listes de résultats que des contenus factuels et déjà publiés par leurs auteurs.

3) *Quelle est la quantité et la substantialité du contenu repris ?* — La partie du contenu reprise ne doit pas être trop importante en termes de quantité (nombre de mots) et de substance (l'essentiel de l'information doit idéalement demeurer sur le site de l'éditeur).

4) *Quels peuvent être les effets de la reprise de contenu par un moteur de recherche sur le marché où l'éditeur opère et sur les marchés potentiels où il pourrait opérer ?* — Il s'agit de réussir à savoir si le moteur a une action bénéfique pour l'éditeur, ou au contraire s'il nuit à son activité. Quand on considère le trafic qu'un moteur peut apporter aux éditeurs, l'aspect bénéfique semble indéniable. En revanche, quand on considère que le moteur est un concurrent des éditeurs sur le marché de la publicité, un aspect néfaste peut également être considéré.

Hot news misappropriation

Une autre doctrine que le *fair use* existe en droit américain, appelée « *hot news misappropriation* », dont l'application obligerait le propriétaire d'un moteur à rémunérer les éditeurs dont le contenu est repris dans les listes de résultats [Isbell, 2010]. Cette doctrine concerne les informations dont la valeur décroît rapidement dans le temps, en particulier celles qui ont trait à l'actualité. D'après elle, même si des faits ou des idées ne peuvent théoriquement pas faire l'objet d'une protection, celui qui a investi pour récolter des informations dont la valeur est éphémère peut prétendre être le seul à les utiliser tant qu'elles auront de la valeur [McDonnell, 2012].

Une jurisprudence favorable aux moteurs

Les moteurs de recherche bénéficient d'une relative sécurité juridique aux Etats-Unis, même si la *hot news misappropriation* peut être invoquée, ce qui est plus difficile depuis le début des années 2010 [Calman et Balin, 2011 ; McDonnell, 2012]. L'influence du système juridique américain « autorise à dire que la même observation peut être formulée pour les territoires canadien, australien, néo-zélandais, israélien ou indien » [Manara, 2011, p.152]. Cependant, aucune conclusion définitive ne pouvait être avancée en 2015 avant qu'une juridiction en particulier n'ait tranché un cas particulier. La jurisprudence peinait encore à s'établir.

Est-il possible de se prévaloir systématiquement du fair-use ?

Selon l'article 5.2 de la Convention de Berne (traité international visant à établir les fondements de la protection des œuvres), la loi appliquée lors de la reprise d'un contenu est celle du pays où a lieu la reproduction finale. Dans le cas d'un moteur de recherche, ce serait donc le droit du pays où se trouve l'internaute, dès lors que c'est l'action de celui-ci qui permet à la liste de résultats d'apparaître à l'écran. Cependant, si les infrastructures du moteur se trouvent aux Etats-Unis, le juge peut décréter que le droit états-unien prévaut [Sookman, 2011]. Les concepteurs de moteurs de recherche auraient donc intérêt à faire en sorte que les contenus soient enregistrés aux Etats-Unis s'ils veulent se prévaloir du *fair-use*.

Comme le soulignait Jonathan Band en 2008 : « Ce n'est pas un accident si les plus importants moteurs du monde sont tous basés aux Etats-Unis ; le *fair-use* fournit à leurs innovations un environnement légal plus fertile que ne le font les régimes prévoyant une palette d'exceptions spécifiques. Cependant, au fur et à mesure que Google et ses concurrents américains étendent leurs activités à l'échelle du globe, ils s'exposent à la possibilité de commettre des effractions répressibles ailleurs qu'aux Etats-Unis. Et tandis que la doctrine *fair-use* a permis la croissance explosive des moteurs de *Google, Yahoo, Ask* et *MSN*, l'environnement légal de l'Union Européenne s'est montré plus hostile vis-à-vis des moteurs de recherche » [Band, 2008, p. 27].

Safe harbor

Que se passe-t-il quand un moteur pointe vers un site qui lui-même enfreint le droit d'auteur ? Là encore, le droit états-unien joue en faveur des moteurs davantage que le droit européen. En 1998, les Etats-Unis ont mis en œuvre le *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), dans le but d'adapter le *copyright* aux technologies numériques, ainsi qu'il en avait été décidé dans le cadre de la *World Intellectual Property Organization*. Le DMCA prévoit, selon un principe appelé « *safe harbor* », que les propriétaires des outils destinés à traiter

automatiquement une information qu'ils n'ont pas produite ne puissent pas être inquiétés dès lors qu'ils ont mis en place un système permettant de dénoncer la reprise illégale d'un contenu, et qu'ils se sont assurés de supprimer de leurs services toute référence aux contenus dont il leur a été indiqué qu'ils enfreignaient le *copyright*.

Un des points problématiques de l'application du « *safe harbor* » réside néanmoins dans le fait que les propriétaires des moteurs de recherche aient tendance à supprimer systématiquement les références aux contenus dont on les a prévenu qu'il étaient illégaux, sans s'être assurés que ces contenus contrevenaient effectivement au *copyright*. Ainsi ils s'assurent de minimiser les risques de procès mais ouvrent la voie à des formes de censure basée sur la dénonciation [Halavais, 2009, p. 128]. En février 2015, le site *ChillingEffects.org* recensait plus de deux millions de plaintes envoyées à Google en se réclamant du « *safe harbor* ».

Responsabilité éditoriale

Un moteur de recherche peut faire remonter dans la liste de résultats des liens vers des informations jugées dégradantes ou calomnieuses par celui qui en est l'objet. Pour illustrer les questions d'ordre juridique qu'une telle situation est susceptible de soulever, le juriste James Grimmelman prend l'exemple fictif d'une requête effectuée sur un moteur par une dénommée Alice à propos d'un dénommé Bob [Grimmelmann, 2007a]. Dans le cas où le moteur générerait une liste de résultats dont les premiers liens conduiraient vers des pages sur lesquelles Bob serait qualifié de violeur, de voleur et d'assassin, Alice serait peut-être intéressée par ces résultats, mais Bob, qui ne connaît pas grand chose au web, s'offusquerait de ces propos qui ne sont selon lui que diffamations et dénigrements de sa personne de la part de journalistes et de blogueurs jaloux et méchants. Imaginons alors que Bob attaque en justice les différents sites web. La procédure risquerait d'être longue. Bob se demanderait comment faire pour que les utilisateurs des moteurs de recherche trouvent autre chose lorsqu'ils s'intéressent à lui que ces contenus médisants. Le juriste Frank Pasquale suggérerait alors à Bob de se prévaloir d'une sorte de droit de réponse auprès des propriétaires des moteurs [Pasquale, 2006]. Concrètement, Bob demanderait aux différents moteurs d'accoler une astérisque aux liens vers les contenus qu'il jugerait calomnieux, laquelle renverrait vers une page prévenant qu'une procédure est en cours et que les affirmations présentes sur ces sites sont contestées par Bob, qui pourrait se justifier sur cette même page en expliquant pourquoi il n'est ni un violeur, ni un voleur ni un assassin.

Une deuxième solution pourrait être envisagée, qui consisterait à étendre le principe du *safe harbor* à d'autres justifications qu'au seul droit d'auteur, de manière à permettre à Bob de prévenir qu'une procédure est en cours au sujet de ces contenus et qu'ils doivent par conséquent être ôtés des listes de résultats générées par le moteur jusqu'à ce que la procédure soit achevée. Si les contenus pointés par Bob ne sont pas désindexés, et s'ils sont effectivement reconnus par la Justice comme étant diffamatoires, le propriétaire du moteur serait coupable de diffamation au même titre que le producteur des contenus.

Une troisième solution pourrait être trouvée dans le cas où la justice obligerait les propriétaires des sites web sur lesquels se trouvent le contenu litigieux à utiliser le protocole d'exclusion *robots.txt* pour retirer du champ d'indexation des moteurs toute référence aux pages susceptibles d'enfreindre la loi — notamment les contenus qu'ils n'auraient pas rédigés eux-mêmes, par exemple les articles et les commentaires rédigés par des contributeurs anonymes, souvent injurieux ou diffamatoires mais dont normalement le propriétaire d'un site ne peut pas être tenu pour responsable s'il ne les a pas produits lui-même — à défaut de quoi ils seraient reconnus pleinement responsables en cas de préjudice avéré [Kerr, 2007].

Selon James Grimmelmann, chacune de ces trois solutions conduirait à des formes de censure non souhaitables [Grimmelmann, 2007a], le risque des deux premières étant de conduire les propriétaires des moteurs à désindexer tous les contenus qui auraient l'air suspicieux dans le but d'éviter les problèmes éventuels. Les listes de résultats ne pourraient alors plus prétendre refléter les informations, rumeurs ou faits, à propos de tel ou tel sujet pourtant susceptible d'intéresser l'internaute dans sa globalité. L'information consensuelle serait systématiquement préférée. La troisième solution mènerait quant à elle à exclure les très nombreuses pages web où se trouvent des contenus anonymes, sous le seul prétexte que l'anonymat peut être utilisé pour mettre en circulation des propos diffamatoires, calomnieux, injurieux, révisionnistes, etc. On finirait par « jeter avec l'eau du bain tous les bébés susceptibles de s'y trouver » [*ibid.*].

Finalement, aucune solution ne permet, sans risquer de conduire à une forme de censure, de satisfaire un individu ayant émis le désir de faire retirer un contenu de l'index d'un moteur de recherche sous prétexte que ce contenu est calomnieux. Le fait d'accoler une astérisque aux liens pointant vers des contenus dénoncés, de manière à prévenir l'utilisateur qu'une procédure est en cours sans pour autant désindexer les pages concernées tant que la justice ne s'est pas prononcée, est sans doute la solution la moins encline à la censure. Elle serait cependant difficile à mettre en œuvre et donnerait inévitablement lieu à des comportements malveillants.

L'Union européenne et le droit d'auteur

En Union européenne, il existe depuis mai 2001 une directive concernant le droit d'auteur (*EU Copyright directive*), dont l'article 5.5 introduit ce qu'on appelle le « triple test ». Ce dernier, dont l'interprétation est largement débattue par les juristes, stipule que des exceptions peuvent être faites : 1) dans certains cas spéciaux 2) à condition de ne pas être en conflit avec l'exploitation normale du travail concerné 3) à condition de ne pas porter de préjudice injustifié aux intérêts de l'auteur et du propriétaire du contenu. Comme le droit états-unien, le triple test plaide en faveur d'une utilisation des contenus par le moteur qui compléterait la production des éditeurs sans nuire à leurs intérêts.

La mise en mémoire cache et l'absence de toute compensation versée par le propriétaire d'un moteur aux éditeurs pose particulièrement problème dans le cas du triple test. Les exceptions prévues ne semblent en effet pas pouvoir être rencontrées dans la mesure où le « cache » interfère avec l'exploitation du contenu par l'éditeur, cela car les internautes peuvent accéder grâce au moteur à des articles qui ont été dépubliés par leurs propriétaires ou bien qui sont accessibles seulement après un paiement effectué par l'internaute [Sookman, 2011].

Le flou nimbant l'application du triple test a permis aux différents états signataires de transposer la directive selon leurs particularités nationales. Mais au final, il semblerait que la directive européenne et ses transpositions, ainsi que les directives concernant le commerce électronique et les bases de données, aboutissent pour les moteurs de recherche à des juridictions moins souples en matière d'exception au droit à la propriété intellectuelle que ne l'est la loi américaine [Band, 2008, p.27]. Du point de vue de la jurisprudence européenne, l'activité des moteurs porterait atteinte « tant au droit de reproduction qu'au droit de communication au public des titulaires d'un droit d'auteur » [Strowel, 2011, p. 69].

Droit d'auteur : particularités françaises

La directive européenne de 2001 relative au droit d'auteur a été transposée en France par la loi du 1^{er} août 2006. Cette transposition ayant été relativement tardive, le texte était selon certains experts décalé par rapport à ce que le web était devenu [Lucas et Sirinelli, 2006]. La transposition donne une place centrale au juge qui doit trancher au cas par cas en appliquant le triple test. Ce dernier jouit par conséquent d'un pouvoir d'interprétation très large et peut refuser la protection d'une exception prévue par la loi dans un cas où il considérerait qu'il y a atteinte au titulaire du droit. Ce pouvoir est contesté par certains auteurs qui se demandent si le triple test ne donnerait pas au juge une forme de pouvoir discrétionnaire lui permettant de remettre en cause toutes les exceptions sur le fondement de son sentiment de l'équité [Gaudrat, 2007].

D'autre part, en France, la reproduction, selon l'article L. 122-3 du Code de la Propriété Intellectuelle, « consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Il s'agit bien de ce qu'un moteur fait lorsqu'il enregistre la totalité d'une page web sur ses propres serveurs et la rend disponible en cache [Peguera, 2009]. Le propriétaire d'un moteur pourrait par conséquent être accusé de reproduction illicite.

Interrogés en juillet 2012 par la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (Hadopi) dans le cadre d'une étude concernant les exceptions au droit d'auteur, les porte-parole de l'entreprise Google ont plaidé pour l'application en France d'une doctrine semblable au *fair-use*, et milité pour l'adoption d'un « texte court permettant d'introduire une certaine dose de flexibilité au droit d'auteur français ». Ils ont également indiqué que, selon eux, toute législation sur la protection du droit d'auteur devait comporter « un certain degré de flexibilité, notamment en prévoyant des exceptions en faveur de l'innovation, afin de ne pas devenir un frein à l'émergence éventuelle de nouveaux services ».

Contrairement à la jurisprudence états-unienne, et même si aucune des deux n'est très claire, il semblerait que la jurisprudence européenne penche du côté des éditeurs dans le cas où ces derniers accuseraient un moteur de recherche de reprendre leurs contenus sans autorisation. Dans un procès emblématique l'opposant aux éditeurs de presse belges, Google a tenté de se prévaloir de « l'accord tacite » en mettant en avant le fait qu'il était possible pour un éditeur de désindexer ses contenus n'importe quand grâce au protocole d'exclusion *robots.txt*. Du moment que les éditeurs n'avaient pas recours à ce protocole, il s'agissait selon Google de l'équivalent d'une autorisation de reprise des contenus. Le Tribunal de première instance de Bruxelles n'a pas rejoint cet avis, et a statué en 2006 que le droit d'auteur n'était pas en Europe un droit de ne pas être repris par un tiers, mais un droit qui interdisait à un tiers de reprendre un contenu sans une autorisation explicite de la part du propriétaire et de l'auteur du contenu en question [Van Asbroeck et Cock, 2007, p. 466].

En 2011, dans cette même affaire, la Cour d'Appel belge a confirmé qu'une partie — même infime — du contenu ne pouvait être reprise par un moteur de recherche sans enfreindre le droit d'auteur. L'utilisation par Google des contenus avait empêché selon la Cour d'Appel les éditeurs d'en faire un usage normal, notamment lorsque des documents payants (archives) avaient été rendus disponibles gratuitement via la mémoire cache de *Google*. En outre, la Cour souligna que les droits moraux de l'auteur en matière d'intégrité et de paternité étaient violés : « Le service [...] enfreint le droit de paternité parce que le nom des auteurs ne figure pas dans les résultats. Le droit d'intégrité a quant à lui été enfreint dans la mesure où seuls des extraits sont reproduits et le travail est modifié. La Cour a statué que même dans la mesure où un internaute sait, ou devrait savoir, que ce qu'il ou elle voit est seulement un extrait et qu'il est possible de le lire dans son intégralité en cliquant sur le lien hypertexte, cela n'implique pas que l'auteur ait consenti à ce qu'un extrait de son travail puisse être publié » [Sookman, 2011].

Responsabilité en UE

Le droit en Union européenne concernant la responsabilité du moteur de recherche quand un site vers lequel il pointe enfreint le droit d'auteur semble lui-aussi être moins clément vis-à-vis des moteurs de recherche que ne l'est le droit états-unien. Même si la directive relative au e-commerce, adoptée en 2000, prévoit dans son article 14 une déresponsabilisation des prestataires techniques, ces derniers ne désignent que les seuls acteurs assurant le transport, le stockage ou l'hébergement ; trois services auxquels les moteurs de recherche ne peuvent être apparentés [Manara, 2011, p. 153]. Même si le moteur stocke l'information, elle est aussi, et d'abord, stockée sur les serveurs de l'éditeur, et le stockage ne peut donc pas être considéré comme un service rendu par le moteur à l'éditeur.

A l'occasion de la transposition de la directive relative au e-commerce dans certains pays de l'UE – Autriche, Espagne, Hongrie, Portugal – l'allègement de responsabilité a été explicitement étendu aux moteurs de recherche [*ibid*]. Cependant, il est clair que la responsabilité du moteur vis-à-vis du contenu reste moindre aux Etats-Unis, notamment lorsqu'il s'agit de pointer vers des contenus enfreignant le *copyright*, dès lors que le propriétaire du moteur s'est conformé scrupuleusement aux dispositions prévues par le DMCA.

Statut d'hébergeur en France

En France, la notion d'hébergeur est définie par la Loi pour la Confiance en l'Économie Numérique (LCEN) du 21 juin 2004 : « personne, physique ou morale, qui assure, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services » (Article 6-1-2). A ce titre, l'acteur considéré comme hébergeur bénéficie d'un régime de responsabilité diminué. La responsabilité de l'hébergeur peut toutefois être décrétée dans le cas où il aurait été averti de l'illégalité du contenu d'un site, et qu'il n'en aurait pas suspendu aussitôt la diffusion. Comme pour le DMCA, un mécanisme de présomption par notification existe. N'importe quel utilisateur peut s'en prévaloir afin d'avertir l'hébergeur de la présence d'un contenu illicite. Une fois l'alerte donnée, la responsabilité de l'hébergeur sera engagée si et seulement si le contenu est effectivement illicite et qu'il n'a pas été désindexé. La LCEN a été précisée par trois arrêts rendus par la Cour de Cassation en 2011 - arrêts *DailyMotion*, *Fuzz* et *Amen* – lesquels ont permis de clarifier le statut d'hébergeur défini comme un « intermédiaire informatique qui effectue des prestations purement techniques en vue de faciliter l'usage du site internet par le public » [*ibid*].

S'il n'effectue que des opérations purement techniques (ré-encodage, classification par mots-clés, formatage), à des fins commerciales ou non (ce facteur n'est pas déterminant), un moteur de recherche peut donc théoriquement se prévaloir en France du statut d'hébergeur et ne pas être tenu pour responsable en cas d'illégalité des contenus vers lesquels il pointe.

Le robots.txt peut-il avoir une valeur juridique ?

Le protocole d'exclusion *robots.txt* est censé permettre aux éditeurs de réguler le passage des moteurs de recherche sur leurs pages ; mais a-t-il une valeur juridique ? Dans le cas où un moteur ne respecterait pas les commandes inscrites par un éditeur dans le *robots.txt*,

tomberait-il sous le coup de la loi ? La question mérite d'être posée, notamment en France où, lors d'une affaire opposant Google à la Société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe, « la Cour a expressément fait référence aux balises robots.txt [...] pour dire qu'elles donnent aux titulaires de droits des moyens de protéger leurs œuvres... ce qui revient à faire prévaloir un outil technique sur le monopole qu'en droit français la loi confère automatiquement à l'auteur » [Manara, 2011, p. 155].

Intéressé par cette question, Nicklas Lundblad explique que le débat est loin d'être tranché et propose de comparer la valeur juridique du *robots.txt* à celle des conditions d'utilisation des sites web [Lundblad, 2007]. Dans de nombreux cas, les cours de justice américaines et européennes ont sanctionné le non-respect par un tiers des conditions générales d'utilisation (CGU) d'un site web. Ces décisions ont renforcé la doctrine selon laquelle un individu pouvait se rendre coupable d'une violation de propriété en visitant un site web. Tout en exposant l'argument *ex analogia* selon lequel le *robots.txt* pourrait éventuellement être considéré comme des CGU adressées aux moteurs de recherche, Nicklas Lundblad indique que sa comparaison est rendue hasardeuse par le fait que les CGU s'adressent aux individus alors que les commandes du *robots.txt* s'adressent à des agents logiciels. Difficile de savoir si oui ou non un *crawler* peut être coupable de violation de propriété au même titre qu'un individu. « Est-ce qu'un train par exemple peut violer la propriété privée ? s'interroge l'auteur. Une voiture ? Qu'en est-il, du coup, d'un logiciel ? »

Si le propriétaire d'un moteur de recherche publiait un document officiel indiquant que son moteur respectera désormais les commandes du *robots.txt*, Niklas Lundblad explique que cela peut éventuellement doter le protocole d'exclusion d'une valeur juridique. Autrement dit, les lignes de code informatique du *robots.txt* auraient une valeur contractuelle dans le cas où le concepteur d'un moteur aurait annoncé publiquement que ses *crawlers* respectent le protocole.

Tant que le propriétaire du moteur ne se prononce pas, le rôle du *robots.txt* n'est donc ni celui d'un contrat qui définirait théoriquement les frontières d'un espace protégé ni celui d'une barrière qui les bloquerait techniquement [Sire, 2015b].

Malgré cela, en France comme ailleurs, la jurisprudence concernant la responsabilité du propriétaire du moteur dans le cas où la liste de résultats pointerait vers un contenu enfreignant la loi n'est pas claire. Il existe certains cas où l'absence de responsabilité accordée aux hébergeurs a été refusée à des moteurs. Par exemple, la justice française a donné raison à une institutrice filmée dans un document à caractère pornographique diffusé sur la toile sans son autorisation, présent sur plusieurs sites indexés sur Google. L'institutrice avait demandé en 2009 à Google la désindexation des pages contenant ce document, sans succès, puis attaqué en 2010, et gagné son procès en première puis en seconde instance, la Cour d'appel de Montpellier ayant décrété que l'activité de Google était « loin d'être une activité technique purement automatique de transmission de données » [Chambre 5, section A, 29/09/2011].

Plateformes : le chantier français et européen

Le Conseil National du Numérique (CNNum), organisme consultatif français créé en 2011, a publié un rapport en mai 2014 sur « la neutralité des plateformes ». Il y appelle de ses vœux la mise en place d'un appareil juridique cohérent grâce auquel toutes les plateformes d'intermédiation, moteurs de recherche y compris, seraient sujettes à un principe de neutralité matérialisé par : 1) la transparence et la loyauté des modes de collecte, de traitement et de restitution de l'information ; 2) la non-discrimination entre les formes d'expression et de contenus partagés ; 3) la non-discrimination des conditions économiques d'accès aux

plateformes ; 4) la non-discrimination des conditions d'interopérabilité avec les plateformes ; 5) la non-appropriation de l'information.

Le CNNum a également recommandé que la neutralité des algorithmes soit soumise au contrôle d'agences de notation, que les changements significatifs soit annoncés par les opérateurs des plateformes en respectant un délai minimal, que soit ouvert pour les internautes un droit effectif de regard, de contrôle et d'usage sur les données à caractère personnel, que la portabilité et l'interopérabilité des données soit imposée aux plateformes, et que les différents mécanismes de classement et d'éditorialisation soient présentés en toute transparence, notamment ceux qui conduisent à écarter spécifiquement certains contenus et à en privilégier d'autres.

L'avis du CNNum demandait à ce que soit clarifiée la jurisprudence concernant la concurrence, le droit d'auteur, les données, et les incitations au biais informationnel. Toutes les principales controverses dont les moteurs de recherche sont l'objet aux Etats-Unis comme en Europe étaient ainsi visées.

Dans la ligne du CNNum, le Conseil d'Etat a quant à lui publié un rapport en septembre 2014 sur « le numérique et le droits fondamentaux » selon lequel une nouvelle catégorie juridique devrait être créée — les plateformes, « dont la définition ne reposerait plus sur le caractère technique et passif de leur rôle, mais sur le fait qu'elles proposent des services de classement ou de référencement de contenus, biens ou services mis en ligne par des tiers » — à laquelle appartiendraient les moteurs de recherche. Selon le Conseil d'Etat, lesdites plateformes devraient être soumises à une obligation de loyauté, consistant à assumer leur rôle sans chercher à altérer ou à détourner le classement des contenus à des fins étrangères à l'intérêt de leurs utilisateurs. Le rapport proposait également que les algorithmes puissent être contrôlés, notamment par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) dont les moyens humains devraient être renforcés à cet effet, de sorte que d'éventuelles discriminations illicites puissent être détectées.

Cet avis et ce rapport ont été suivis par deux lettres adressées à la Commission européenne, l'une signée en novembre 2014 par la secrétaire d'Etat au numérique française, Axelle Lemaire, et par la députée allemande Brigitte Zypries, l'autre signée conjointement par les ministres de l'économie allemand et français, Sigmar Gabriel et Emmanuel Macron, fin avril 2015. La Commission a pris acte de ces courriers et a annoncé, en mai 2015, lors de la publication de sa stratégie numérique, que le rôle des plateformes ferait l'objet d'une analyse détaillée dans le courant de l'année 2015.

La troisième voie

Aux Etats-Unis comme en Union européenne, il semble que, dès lors que le rôle joué par un moteur de recherche vis-à-vis du contenu est observé par l'appareil judiciaire, il existe deux points de vue opposés, et que, selon qu'un juge adopte l'un ou l'autre de ces points de vue, son verdict puisse changer du tout au tout.

La théorie du tuyau

Un premier point de vue consiste à considérer que le moteur est un objet technique passif [Pasquale, 2006 ; Chandler, 2007]. Il s'agit de ce que le juriste James Grimmelman nomme « la théorie du tuyau » [Grimmelman, 2014], selon laquelle le moteur est un outil neutre et objectif, qui aurait le devoir de laisser passer tous les documents et toutes les opinions sans discrimination.

Un problème de taille se pose toutefois aussitôt qu'un tel point de vue est adopté : les moteurs de recherche servent à hiérarchiser l'information, et donc à mettre en avant certains contenus et certaines opinions par rapport à d'autres. Par nature, donc, ils ne peuvent pas ne pas discriminer.

La théorie de l'éditeur

Le deuxième point de vue consiste à considérer le moteur comme un éditeur actif, subjectif, responsable de la liste de résultats qu'il a produite de la même façon que les organes de presse sont responsables des articles qu'ils ont publiés, et protégé comme eux aux Etats-Unis par le premier amendement de la Constitution [Goldman, 2010 ; Volokh et Falk, 2012]. La liste de résultats exprimerait dans ce cas l'opinion des concepteurs du moteur, en conséquence de quoi ces derniers, libres de s'exprimer, ne pourraient pas être attaqués sous prétexte qu'un site web aurait été préféré à un autre.

James Grimmelman nomme ce point de vue « la théorie de l'éditeur » [Grimmelmman, 2014]. Le problème réside cette fois dans le fait que même si les résultats fournis par un moteur dépendent des actions des ingénieurs qui ont paramétré l'algorithme, ils ne dépendent pas que de leurs seules actions, mais aussi des actions des éditeurs et des internautes. Dire que le concepteur du moteur est « l'auteur » de la liste de résultats, en comparant la production de celle-ci à la production d'un article de presse, semble donc irrecevable.

Deux théories inconciliables

Tandis que la théorie du tuyau s'appuie sur la dimension technique du fonctionnement du moteur, la théorie de l'éditeur s'appuie sur sa dimension sociale, aucune des deux ne prenant en considération le dispositif sociotechnique dans son ensemble. La théorie du tuyau se concentre sur ce que le moteur de recherche *fait*, tandis que la théorie de l'éditeur s'intéresse à ce qu'il *dit* [Grimmelmman, 2014, p. 889].

Les deux théories présentent de surcroît deux points de vues différents concernant le marché des moteurs de recherche et la critique qu'on peut faire de la situation qu'y occupe Google. La théorie du tuyau met en avant le fait que le marché est concentré et que Google est seul à décider à propos de ce qui sera mis en avant et de ce qui sera relégué dans les coulisses de l'espace numérique. La théorie de l'éditeur, au contraire, considère qu'il y a d'autres moyens de trouver l'information (d'autres moteurs, réseaux sociaux, agrégateurs), et que, par conséquent, si les utilisateurs sont nombreux à choisir *Google*, c'est avant tout parce qu'ils trouvent qu'il s'agit du meilleur.

Finalement, le caractère inconciliable des deux théories tient essentiellement au fait que la théorie du tuyau prétend défendre les intérêts des producteurs de contenus tandis que la théorie de l'éditeur cherche à protéger ceux du concepteur du moteur. Tout en remarquant cela, James Grimmelman s'étonne du fait que l'utilisateur du moteur ne soit, lui, jamais, ou pas assez, considéré, et propose de partir de ses intérêts pour forger une théorie qui permettrait de compléter et de concilier les deux premières, et éventuellement d'aboutir à des clarifications jurisprudentielles.

La théorie du conseiller

Du point de vue de l'utilisateur, le moteur de recherche ne doit être vu ni comme un

tuyau ni comme un éditeur, mais plutôt comme un conseiller censé écouter ses besoins et y répondre en lui donnant le choix entre plusieurs solutions. Le moteur ne ferait alors rien d'autre que de créer une liste de choix (et non pas « imposer les choix de quelqu'un », comme le suggère la théorie de l'éditeur, ou « proposer tous les choix possibles », comme le suggère celle du tuyau).

James Grimmelman nomme ce point de vue : « théorie du conseiller ». En se plaçant du côté de l'utilisateur, celle-ci, orientée récepteur, fait la synthèse des deux autres, orientées émetteurs. Elle suggère que le juge et le législateur prêtent attention d'une part à *l'accès* à l'information — et plus particulièrement à la capacité du moteur de fluidifier l'accès à l'information — et d'autre part à la *loyauté* du moteur, qui par nature connaît mieux que l'internaute quelles sont les informations disponibles sur le web et doit par conséquent chercher à faire remonter celles qui sont les plus pertinentes sans faire entrer dans le calcul algorithmique la prise en considération d'autres intérêts que ceux de l'internaute. Cela rejoint la proposition faite en France par le Conseil d'Etat qui, dans son rapport de septembre 2014, préconisait que les moteurs soient soumis à une obligation de loyauté consistant à assurer de bonne foi le service de classement ou de référencement, sans chercher à l'altérer ou à le détourner à des fins étrangères à l'intérêt de l'utilisateur (proposition n°3).

La théorie du conseiller permettrait de clarifier la jurisprudence concernant le statut du moteur vis-à-vis des contenus. Des décisions plus claires pourraient être rendues, et l'on sortirait de l'impasse liée à l'incompatibilité de la théorie du tuyau et de la théorie de l'éditeur [Grimmelmman, 2014].