



L'Autorité de la concurrence au secours du droit voisin des éditeurs et agences de presse

Philippe MOURON

Maître de conférences HDR en droit privé

LID2MS – Aix-Marseille Université

La transposition en droit français de l'article 15 de la directive du 17 avril 2019 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le marché unique numérique a connu des débuts difficiles.

En application du droit européen, la loi française du 24 juillet 2019 a créé un nouveau droit voisin au profit des éditeurs et des agences de presse, figurant aux articles L 218-1 à L 218-5 du code de la propriété intellectuelle. Ce droit leur permet d'autoriser ou d'interdire toute reproduction ou représentation de leurs publications de presse par un nouveau procédé de communication au public. L'autorisation peut bien sûr être assortie d'une rémunération, ce qui constituait en fait l'objectif principal de la loi.

Outre la crise que traverse le secteur, les éditeurs et agences de presse se plaignent depuis plusieurs années de voir leurs contenus exploités par les moteurs de recherche et autres agrégateurs de presse. Il leur est reproché de capter indûment des revenus publicitaires à travers le référencement des articles et dépêches, et surtout de leurs contenus annexes (mots clés, photographies,...), sans que les éditeurs et agences ayant produit ces contenus soient associés à ces bénéfices. Google figure en tête de la liste des services accusés de contribuer ainsi au « value gap » dans le secteur de la presse écrite, avec son service « Google News ». La reprise, même partielle des contenus d'une publication de presse, devrait dès lors relever de ce nouveau droit voisin, les conditions de la rémunération devant être établies soit sur la base d'une gestion collective soit en fonction d'accords passés entre les services en ligne et les éditeurs ou agences de presse. Ces conditions sont censées tenir compte de différents critères établis par la loi : l'importance de l'utilisation des publications de presse ; l'étendue des investissements réalisés par les éditeurs et les agences de presse ; l'importance de la contribution des publications en cause à l'information politique et générale. Enfin, ce droit voisin souffre malgré tout de certaines exceptions. Outre les actes d'hyperliens et les utilisations privées ou non

commerciales, la reprise de très courts extraits ou de mots isolés échappe à son champ d'application.

Sitôt la loi nouvelle entrée en vigueur, le principal moteur de recherche visé par celle-ci a justement entendu profiter de ces ouvertures. Google a ainsi laissé une alternative aux éditeurs de presse : soit accepter la reprise de leurs contenus en renonçant à toute rémunération ; soit voir le référencement et l'affichage de leurs contenus réduits au strict minimum. La majorité des éditeurs de presse français s'est finalement pliée à ce « chantage » en accordant des licences gratuites d'utilisation à Google. Certains ont modifié les balises Meta pour définir l'étendue des contenus dont ils autorisent gratuitement la reprise (160 à 300 caractères pour les extraits, 3 à 10 secondes pour les séquences vidéos)ⁱ. L'attitude de Google a pu être (étrangement) qualifiée de « contournement légal » de la loi. « Légal », puisqu'il ne s'agit ni plus ni moins que de se prévaloir des exceptions précitées, le droit voisin n'ayant pas été dessiné comme un droit à rémunération ou une licence légaleⁱⁱ.

C'est de cette situation qu'a été saisie l'Autorité de la concurrence par le Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l'Alliance de la presse d'information générale et l'Agence France-Presse. L'Autorité a finalement constaté l'existence d'un abus de position dominante de la part de Google, ce pourquoi elle lui a ordonné des mesures conservatoires dans sa décision du 9 avril 2020. Elle tente ainsi d'apaiser le trouble généré par l'entrée en vigueur de ce droit voisinⁱⁱⁱ.

Le contexte troublé de l'entrée en vigueur du nouveau droit voisin

La création de ce nouveau dispositif a pu être fermement critiquée pour différentes raisons.

Sur le plan juridique, l'intérêt de ce droit voisin a été amplement remis en cause, tant pour son économie globale que pour ses effets potentiellement contre-productifs^{iv}. Cette prérogative semble en effet avoir été conçue « sur mesure » pour certains services numériques, dont Google reste le principal cœur de cible. De façon corrélative, elle satisfait des intérêts catégoriels propres aux seuls éditeurs du secteur de la presse écrite, les autres acteurs du monde de l'édition ayant été délaissés. Il en résulte une insertion incohérente dans le Code, le régime juridique de ce nouveau droit n'ayant que peu de choses en commun avec les autres droits voisins. Surtout, la directive comme la loi laissent des « portes ouvertes » dont la portée est mal définie, ce qui explique que les agrégateurs et les moteurs de recherche puissent s'y engouffrer si facilement.

Sur le plan économique, la création du droit voisin a mis en lumière les relations paradoxales qu'entretiennent les éditeurs et agences de presse avec les services en ligne, dont notamment les moteurs de recherche et les agrégateurs de presse. Ceux-ci jouent en effet un rôle d'« infomédiaires », qui les place en situation de « coopétition » avec les producteurs de contenus^v. Cette situation traduit des relations paradoxales, qui sont à la fois de coopération et de compétition : coopération parce que le référencement des contenus de presse leur donne une plus grande visibilité et accessibilité, le moteur de recherche centralisant les requêtes des internautes en fonction des mots clés liés à l'actualité ; compétition parce que ce même moteur de recherche est concurrent des éditeurs et agences de presse sur le marché de la publicité en ligne, et bénéficierait de revenus publicitaires substantiels sur la base du référencement.

Dans la pratique, ces deux dimensions semblent se confirmer au moins partiellement, sans que l'on sache vraiment si l'une est plus importante que l'autre. Le rapport du CSPLA rendu sur la création de ce droit voisin a ainsi mis en évidence que le marché des webcrawlers et autres agrégateurs de presse représenterait 163 millions d'euros, dont 13 % seulement reviendraient aux éditeurs^{vi}. Inversement, il est souvent mis en avant que 30 à 40 % de l'audience des sites de presse en ligne seraient en fait drainés par les moteurs de recherche et les agrégateurs de presse. Ces chiffres seraient néanmoins perturbés par l'attitude des lecteurs, dont une grande partie se limiterait à consulter les titres agrégés par les moteurs de recherche, sans forcément cliquer sur le lien hypertexte associé^{vii}. La captation de valeur serait dès lors plus importante qu'il n'y paraît. Il semble néanmoins difficile de quantifier exactement les revenus ainsi conférés aux moteurs de recherche, ainsi que la perte d'audience potentielle des sites de presses en ligne. Enfin, on soulignera malgré tout l'effet bénéfique du référencement pour les lecteurs, qui bénéficient d'un panel complet de publications de tendances et de caractères différents en fonction du sujet recherché. Cela concourt certainement à l'objectif de pluralisme, la mise en œuvre du droit voisin pouvant *a contrario* réduire la visibilité des plus petits éditeurs^{viii}.

Pour remédier à cette situation, et mieux partager les revenus publicitaires, un accord avait été conclu en 2013 entre Google et les principaux éditeurs de presse français^{ix}. Celui-ci a permis de créer un Fonds pour l'innovation numérique de la presse (FINP), dont la dotation initiale était de 60 millions d'euros, ce montant ayant par la suite été rehaussé à 76 millions d'euros dans le cadre de la Digital News Initiative. Les résultats n'ont cependant pas été à la hauteur selon les éditeurs, tant au regard des montants avancés par Google qu'en raison des choix

effectués par ce dernier quant aux projets à financer (voir *La Rem*, n° 53, p. 86). Une fois encore, la propriété intellectuelle est apparue comme le modèle ultime à mettre en œuvre pour mieux répartir la manne financière tirée du référencement des publications de presse.

L'existence d'un abus de position dominante de la part de Google

Si l'idée de faire évoluer le dispositif a été un temps envisagée au niveau politique^x, le droit de la concurrence a également été appelé « au secours » du droit voisin, afin de faire plier Google. La solution avait déjà été recherchée en Allemagne, pays qui s'est doté dudit droit voisin dès 2013, sans attendre la directive du 14 avril 2019 (voir *La Rem*, n° 52, p. 10). L'autorité de la concurrence allemande avait néanmoins rejeté les prétentions des éditeurs, estimant que le système mis en œuvre par Google était « gagnant-gagnant »^{xi}. La position de l'autorité française était donc attendue avec une certaine impatience, d'autant plus au regard de l'urgence de la situation.

Dans leur saisine, les éditeurs faisaient valoir la position dominante de Google sur les marchés des moteurs de recherche et de la publicité en ligne liée aux recherches. Son comportement constituerait un détournement de l'objet de la loi du 24 juillet 2019 dans le but de leur imposer des conditions de transaction inéquitables. Après avoir délimité le marché pertinent, en l'occurrence celui des services de recherche généraliste français, l'Autorité a logiquement confirmé l'existence d'une position dominante de Google^{xii}, au sens des articles L 420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE. Celle-ci se mesure tant au regard des parts de marché détenues par le moteur de recherche dans le marché pertinent (dans lequel il capterait 93 % des requêtes des internautes en France) que des barrières à l'entrée et à l'expansion. Le développement d'un service de recherche suppose en effet des investissements substantiels dans l'algorithmie ainsi qu'un volume suffisant de données exploitables pour la publicité. Comme elle l'avait déjà relevé^{xiii}, l'Autorité rappelle que le choix de proposer des services gratuits aux internautes est contrebalancé par l'exploitation publicitaire de leurs données, celle-ci gagnant en précision grâce à l'effet de réseau existant entre le service de recherche et les services de publicité liés aux recherches.

Sur cette base, il importait donc d'établir si Google s'était bien rendu coupable d'un abus de position dominante, notamment en ayant imposé des « conditions de transaction non équitables » aux éditeurs et agences de presse quant à la reprise de leurs contenus. Pour sa

défense, l'entreprise renvoyait à la lettre de la loi. Celle-ci n'impose nullement que cette reprise soit rémunérée et ne lui interdit pas de se prévaloir des exceptions. L'Autorité, en revanche, s'en tient à l'esprit de la loi, tel qu'éclairé par les travaux parlementaires et le préambule de la directive. Sans prendre position sur la légitimité du dispositif, qui relève de la seule compétence du législateur (§ 207), elle rappelle ainsi que l'objectif de la loi du 24 juillet 2019 tient moins à établir un nouveau droit à rémunération qu'à fournir un outil de négociation adapté quant aux conditions de reproduction et de communication des contenus de presse. A ce titre, il s'avère que Google n'a nullement cherché à négocier avec les éditeurs et les agences de presse, son offre ayant été faite de façon unilatérale et sans discussions possibles (§§ 196-199).

L'alternative proposée par le moteur de recherche entre une reprise gratuite et conditionnée et l'absence d'affichage des contenus est en vérité dénuée de portée pratique car elle a contraint les éditeurs et agences à accepter massivement la première option. L'autre solution a conduit à des baisses de trafic significative sur les sites des éditeurs ayant refusé l'offre de Google. Cela s'explique par l'importance que revêtent les contenus associés aux liens hypertextes (snippets, images, vidéos,...) qui sont référencés par le moteur de recherche. En l'absence de tels contenus, l'internaute serait moins enclin à cliquer sur le lien pour consulter l'intégralité de la publication. Et cela peut entraîner une baisse de trafic substantielle pour les éditeurs, étant donné que 26 à 90 % du trafic redirigé proviendrait justement des moteurs de recherche (§ 222). Les éditeurs n'auraient donc pas d'autre choix que de se tourner vers la première offre de Google pour conserver une visibilité suffisante (§ 235), tout en lui accordant l'exclusivité des revenus publicitaires générés par le référencement des contenus de presse. A ce niveau, les arguments avancés par Google sont jugés peu probants. Quand bien même le référencement des contenus de presse ne constituerait qu'une part minimale des revenus publicitaires de l'entreprise, celle-ci n'est guère étayée par les éléments qu'elle produit. Par ailleurs, on sait que l'internaute utilisant un service de Google peut plus facilement devenir « captif » des autres, de par leur complémentarité et les effets de réseaux. La pratique de Google apparaît dès lors inéquitable pour l'Autorité, qui relève également son caractère discriminatoire. En adoptant une pratique aussi générale, l'entreprise a privé les éditeurs de toute possibilité de négociation et d'adaptation des conditions de reprise des contenus en fonction de leurs besoins et de leur situation (§§ 238-241). Là encore, si la rémunération est *a priori* facultative, elle doit pouvoir

être débattue au cas par cas par les éditeurs et le moteur de recherche, tout comme la portée des exceptions.

In fine, l'Autorité estime que cette mesure constitue bien un contournement de la loi du 24 juillet 2019, dont les finalités ont été détournées au seul profit de Google sans justifications objectives. Elle est susceptible d'avoir des effets préjudiciables sur la situation des éditeurs, dont la situation économique est fragilisée de façon structurelle (§§ 273-286), ainsi que des effets anticoncurrentiels à l'égard des autres moteurs de recherche qui s'acquittent d'une rémunération aux éditeurs.

Les mesures conservatoires ordonnées par l'Autorité de la concurrence

Pour prévenir les risques liés à cet abus de position dominante, l'Autorité émet plusieurs injonctions à l'égard de Google afin de rétablir de saines conditions de négociation avec les éditeurs et agences de presse. Elle précise à ce titre que ces mesures préserveront la faculté pour tout éditeur ou agence de ne pas entrer en discussion avec Google tout comme celle de lui accorder une licence gratuite d'utilisation. Par ailleurs, elles ne sauraient consister en une obligation d'achat pour le moteur de recherche, les offres présentées devant être conformes aux critères prévus par la loi du 24 juillet 2019.

En premier lieu, il lui est ordonné de négocier de bonne foi avec tout éditeur ou agence de presse dans les conditions fixées par l'article L 218-4 du Code de la propriété intellectuelle. Cette injonction vise tous les services de Google susceptibles de reprendre des contenus issus d'une publication de presse et elle doit être respectée dès lors qu'une entreprise éditrice ou une agence sollicite le moteur de recherche. La négociation doit effectivement aboutir à une offre de rémunération, sachant qu'elle est dotée d'un effet rétroactif, à compter de l'entrée en vigueur de la loi (24 octobre 2019). La rétroactivité était demandée par les auteurs de la saisine au vu de l'urgence de la situation, celle-ci n'ayant pas été démentie par l'Autorité, tant au vu de la crise du secteur de la presse que des arguments présentés lors des travaux parlementaires.

En second lieu, des mesures complémentaires devront être respectées par Google, à la fois au titre des négociations et afin de sauvegarder la situation des éditeurs. Il est ainsi ordonné à l'entreprise d'entrer en négociation dans les trois mois suivant toute sollicitation émanant d'un éditeur, d'une agence ou d'un organisme de gestion collective. Le moteur de recherche devra aussi communiquer toute information pertinente pour procéder à une évaluation transparente

de la rémunération qui leur sera due. Il devra également respecter un double principe de neutralité au niveau des modalités d'indexation, de classement et de présentation des contenus issus d'une publication de presse et au niveau de ses relations existantes avec les éditeurs et agences qui le solliciteront au titre du droit voisin. La mesure vise à éviter que Google ne cherche à compenser la rémunération en s'appuyant sur d'autres accords, ou ne contraigne les éditeurs et agences à recourir à d'autres de ses services. Enfin, il lui est ordonné de maintenir l'affichage des contenus associés aux liens hypertextes, dans les conditions prévues par les éditeurs et agences, et ce pendant toute la durée des négociations.

Le respect de ces injonctions donnera lieu à un contrôle de l'Autorité sous la forme de rapports périodiques envoyés par Google dans le délai de 4 semaines à compter de l'ouverture d'une négociation avec un éditeur ou une agence, puis le 5 de chaque mois. Ces rapports devront faire état des éléments avancés au titre de la rémunération due, et de leur conformité aux critères de la loi du 24 juillet 2019, ainsi que de toute difficulté rencontrée au cours de la négociation. Enfin, l'Autorité rappelle que ces injonctions demeureront en vigueur jusqu'à la date de sa décision au fond.

Dans l'attente, espérons que ces mesures produisent un effet concret, et que le droit voisin cesse d'être ce « vieux dossier » dont la consécration puis la mise en œuvre n'ont cessé d'être retardées.

ⁱ JAIMES N. et TASSET M., « Droit voisin pour la presse : les éditeurs français plient devant Google », *JDN*, 24 octobre 2019

ⁱⁱ LEBOIS A., « Google et le droit voisin des éditeurs de presse », *D.*, 2019, p. 2053

ⁱⁱⁱ Décision 20-MC-01 du 09 avril 2020 relative à des demandes de mesures conservatoires présentées par le Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l'Alliance de la presse d'information générale e.a. et l'Agence France-Press

^{iv} AZZI T., « Le droit voisin des éditeurs de publications de presse ou l'avènement d'une propriété intellectuelle catégorielle », *Dalloz IP/IT*, n° 270, mai 2019, p. 297 ; BRUGUIERE J.-M., « 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 », *LP*, n° 371, mai 2019, pp. 267-276 ; POLLAUD-DULIAN F., « Un nouveau venu, le droit voisin des éditeurs de presse », *RTD-Com.*, 2019, p. 661

^v SMYRNAIOS N. et REBILLARD F., « L'actualité selon Google – L'emprise du principal moteur de recherche sur l'information en ligne », *Communication & Langages*, 2009/2, n° 160, pp. 95-109

^{vi} FRANCESCHINI L. et BONNAUD-LE-ROUX S., *Rapport de la mission de réflexion sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse*, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, juillet 2016, p. 3

^{vii} *Rapport n° 243 fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la proposition de loi tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse*, par M. David Assouline, enregistré au Sénat le 16 janvier 2019, p. 18

^{viii} ZULEEG F. et TASHEVA I., « Rewarding quality journalism or distorting the Digital Single Market? The case for and against neighbouring rights for press publishers – Economic analysis », *European Policy Center*, 29 May 2017, pp. 5-9

^{ix} COSTES L., « Accord à l'arraché entre Google et les éditeurs de presse français », *RLDI*, n° 90, février 2013, p. 97

^x « Réaction de Franck Riester, ministre de la Culture, sur la non-application de la loi relative au droit voisin par Google », Communiqué de presse du 24 octobre 2019, Ministère de la Culture et de la Communication

^{xi} *Bundeskartellamt*, 6th Decision Division, B6-126/14, Google Inc. vs. Third Parties, 8 September 2015

^{xii} Voir également la décision n° 19-D-26 de l'Autorité de la concurrence, du 19 décembre 2019, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches (§ 321°)

^{xiii} Avis 18-A-03 du 06 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet