Copie - art. 792 C.J.
exempt du droit d'expédition
art. 280, 2° Cod. d'Enr.

La cour d'appel de Bruxelles, 9ème chambre,

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2007/AR/1730

R. n° : 2011/ 2999

N° : 817

Arrêt définitif
Réformation partielle

Droit d'auteur – droit international privé – application de la loi du pays d'origine

Droit d'auteur – reproduction dans le monde de l'information – liens « en cache » - contrefaçon

Droit d'auteur – panorama de presse – exceptions de citation et de compte rendu d'actualité (non)

Droit d'auteur – moteur de recherche – loi sur les services de la société de l'information – pas applicable

+ art. 18 § 2° LPCC

- 5 -05- 2011

EN CAUSE DE :

GOOGLE Inc., société de droit américain dont le siège social est établi à Mountain Vieuw, 1600 Amphitheatre Parkway, 94043 California (USA),

Appelante,
Intimée sur incident,

représentée par Maîtres Erik Valgaeren et Audry Stevenart, avocats à 1000 Bruxelles, rue de Loxum, 25,

plaideurs : Maîtres Erik Valgaeren, Audry Stevenart et Nicolas Roland,

CONTRE :

1.- COPIEPRESSE, société civile sous forme d'une société coopérative à responsabilité limitée dont le siège social est établi à 1070 Bruxelles, boulevard Paepsem, 22, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0471.612.218,

Intimée,

représentée par Maître Bernard Magrez, avocat à 1180 Bruxelles, avenue Winston Churchill, 149,

2.- SOCIETE DE DROIT D'AUTEUR DES JOURNALISTES (en abrégé SAJ), société civile sous forme d'une société coopérative à responsabilité limitée dont le siège social est établi à 1150 Bruxelles, avenue Roger Vandendriessche, 36, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0455.162.008,

3.- ASSUCOPIE, société civile sous forme d'une société coopérative à responsabilité limitée dont le siège social est établi à 1342 Ottignies-Louvain-la-Neuve, rue Charles Dubois, 4/003, inscrite à la banque

carrefour des entreprises sous le numéro 0466.710.748,

Intimées,
Appelantes sur incident,

représentées par Maître Carine Doutrelepont, avocat à 1030 Bruxelles, square Vergote, 20,

plaideurs : Maîtres Carine Doutrelepont et Jean-Roland Hubin.

****

I.- DECISION ENTREPRISE

L'appel est dirigé contre le jugement prononcé contradictoirement le 13 février 2007 par le président du tribunal de première instance, statuant comme en référé dans le cadre de la loi 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (ci-après « la LDA »).

Les parties ne produisent aucun acte de signification de ce jugement.

II.- PROCEDURE DEVANT LA COUR

L'appel est formé par requête, déposée par Google au greffe de la cour, le 22 juin 2007.

La mise en état judiciaire résulte d'une ordonnance rendue sur la base de l'article 747 § 2 du Code judiciaire du 17 juin 2007 et d'une ordonnance complémentaire du 23 octobre 2008, rendue sur la base de l'article 748 § 2 du Code judiciaire.

Par conclusions déposées le 14 décembre 2007, SAJ et Assucopie introduisent un appel incident.

- 5 -05- 2011

Par conclusions déposées le 28 avril 2008, Copiepresse introduit une demande nouvelle.

La procédure est contradictoire.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

III.- FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

1. Google est un moteur de recherche permettant aux utilisateurs de trouver des sites Internet sur le *Web*, au moyen de mots clés. Il leur suffit de taper un ou plusieurs mots dans le champ de recherche qu'ils estiment être contenus dans le site qu'ils recherchent et Google parcoure le *Web*, au moyen de robots informatiques, à la recherche d'un contenu correspondant à la requête. Apparaît alors sur l'écran un certain nombre de sites identifiés par un titre, quelques mots et une adresse URL (par exemple www.xyz.be) sur laquelle il suffit de cliquer pour être automatiquement dirigé vers le site concerné.

2. Une mention « en cache » apparaît également sur le résultat.

   Google donne sur son site la description suivante de la fonction « cache » :

   > « Lorsque Google explore le Web, il crée une copie de chaque page examinée et la stocke dans une mémoire cache, ce qui permet de consulter cette copie à tout moment, et en particulier dans le cas où la page originale (ou Internet) serait inaccessible. Lorsque vous cliquez sur le lien « copie cachée » d'une page Web, Google affiche celle-ci dans l'état où elle se trouvait lors de son indexation la plus récente. Par ailleurs, le contenu caché est celui sur lequel se base Google pour déterminer si une page est pertinente pour vos requêtes. Lorsqu'une page cachée est affichée, elle est précédée d'un en-tête encadré qui rappelle qu'il s'agit de la copie cachée de la page et non de la page originale, et qui cite les termes de la requête ayant entraîné son inclusion dans les résultats de recherche. Pour faciliter l'exploitation de cette page, les différentes occurrences des termes de recherche sont également surlignées dans des couleurs différentes. »

   Le lien « en cache » dirige l'internaute vers la copie archivée de la page enregistrée. L'avertissement contenu dans le bandeau supérieur est rédigé comme suit :

   > « Voici la version Google de la page mise en cache de http:// [...] extraite le [...] GMT.
   > La version « En cache » proposée par Google correspond à la page telle qu'elle se présente lors de la dernière consultation effectuée par Google.
   > Il se peut que la page ait été modifiée depuis cette date. Cliquez ici pour consulter la page actuelle (sans mise en valeur).
   > Cette page mise en cache peut renvoyer à des images qui ne sont plus disponibles. Cliquez ici pour obtenir uniquement le texte mis en cache.
   > Pour créer un lien avec cette page ou l'inclure dans vos favoris/signets, utilisez l'adresse suivante [...]
   > Les termes de recherche suivants ont été mis en valeur : [...]

   Lorsque la page « en cache » apparaît sur l'écran de l'internaute, les éléments graphiques qui ne concernent pas, à proprement parler, le texte recherché (comme par exemple des renvois à d'autres articles, la météo, la bourse et les bannières publicitaires éventuelles) ne sont

- 5 -05- 2011

pas ceux qui étaient affichés lors du premier référencement de cette page, mais ceux qui sont insérés, en temps réel, par le serveur du site référencé. Google ne conserve dans sa mémoire « cache » que les textes extraits de la page, convertis en langage HTML (pour *Hypertext Markup Language* qui est un format de données conçu pour représenter les pages web). Lorsque l'internaute clique sur le lien « en cache », il est dirigé vers une copie archivée de la page *Web*, enregistrée chez Google plutôt que vers le site *web* d'origine de la page. Mais, comme précisé plus haut, les éléments graphiques autres que le texte sont envoyés par le serveur de l'éditeur. Il n'est donc pas rare que le texte recherché soit daté de plusieurs jours qui précèdent les autres informations apparaissant sur la même page puisque le premier émane de la mémoire « cache » de Google, tandis que les seconds proviennent du serveur de l'éditeur.

3. Google propose également un service intitulé « *Google actualités* » ou « *Google News* ».

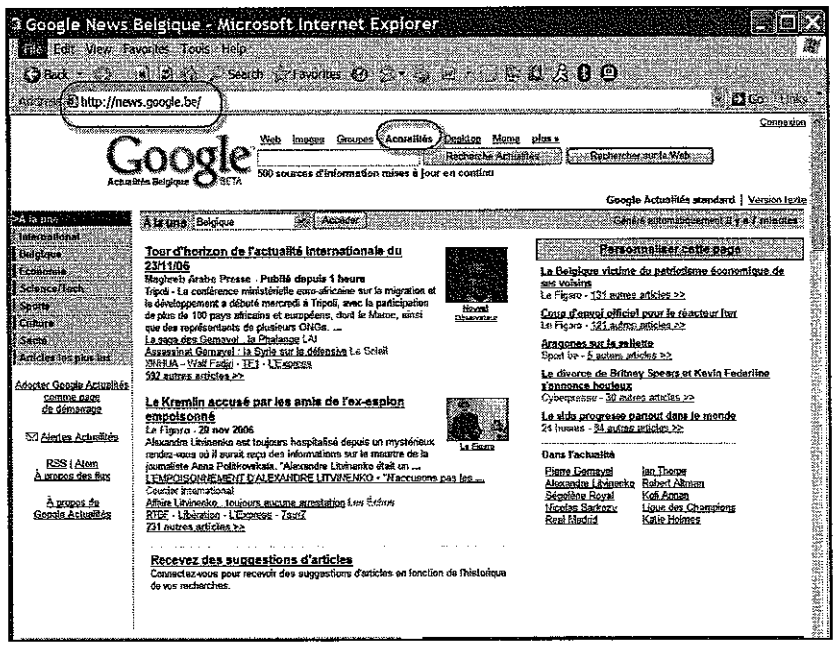
Celui-ci consiste en une compilation d'un très grand nombre d'articles émanant de divers media (presse écrite et radio télévisée).

Si l'internaute recherche des articles de presse concernant par exemple M. Verhofstadt, la page qui apparaît est la suivante :

Chaque résultat est ainsi composé du titre de l'article extrait du site du media, de l'identité de ce dernier, de la date de publication, des deux ou trois premières lignes de l'article et parfois d'une photographie. L'utilisateur qui clique sur le résultat est automatiquement renvoyé sur le site du media et sur la page concernée.

- 5 -05- 2011

Il est également possible d'ouvrir la page « *Google News* » sans utiliser le champ de recherche. Dans ce cas, elle se présente comme un recensement des articles du jour, sous la forme suivante :



4. Copiepresse est la société de gestion des droits intellectuels des éditeurs belges de la presse francophone et germanophone.

   Le 9 février 2006, elle dépose entre les mains du juge des saisies du tribunal de première instance de Bruxelles une requête en saisie-description. Elle considère que le service « *Google News* » reproduit sans autorisation une partie significative des articles publiés par ses membres sur leurs sites respectifs. Elle met également en cause le fait que Google conserve lesdits articles dans sa mémoire « cache », de telle sorte que ceux qui ont été retirés des sites des éditeurs sont toujours consultables via le site de Google. Dès lors que Google n'a jamais sollicité d'autorisation préalable pour de telles reproductions, Copiepresse soutient qu'il y a contrefaçon.

   Il est fait droit à cette demande par ordonnance du 27 mars 2006 qui désigne M. Luc Golvers en qualité d'expert en vue de procéder à une saisie-description à charge de Google. L'expert dépose son rapport le 6 juillet 2006.

   Par courrier du 13 juillet 2006, le conseil de Copiepresse met Google en demeure de supprimer dans « *Google News* » et dans le cache de Google les articles de presse de ses membres (dont la liste est annexée).

- 5 -05- 2011

5. Par exploit du 3 août 2006, Copiepresse fait citer Google en cessation devant le président du tribunal de première instance de Bruxelles.

   Elle demande de :

   - « constater que [Google] ne peut se prévaloir d'aucune exception prévue par les lois relatives au droit d'auteur et aux droits voisins (1994) et sur les bases de données (1998) ;

   - constater que les activités de Google News et l'utilisation du « cache » de Google violent notamment les lois relatives au droit d'auteur et aux droits voisins (1994) et sur les bases de données (1998) ;

   - condamner [Google] à retirer de tous ses sites (Google News et « cache » Google sous quelque dénomination que ce soit) tous les articles, photographies et représentations graphiques des éditeurs belges de presse quotidienne francophone et germanophone représentés par [elle] à dater de la signification de l'ordonnance, sous peine d'astreinte de deux millions d'Euros par jour de retard.

   - condamner, en outre, [Google] à publier de manière visible, claire et sans commentaire de sa part sur la home page de Google.be et de News.Google.be pendant une durée ininterrompue de 20 jours l'intégralité du jugement à intervenir à dater de la signification de l'ordonnance, sous peine d'astreinte de deux millions d'Euros par jour de retard ».

   Par jugement du 5 septembre 2006, rendu par défaut, il est fait droit à cette demande, sous l'émendation que les astreintes sont réduites à 1.000.000,00 € pour l'ordre de cessation et à 500.000,00 € pour la publication sur le site de Google, et que la durée de cette dernière est ramenée à cinq jours.

6. Google fait opposition à cette décision par exploit du 19 octobre 2006.

   SAJ et Assucopie interviennent volontairement. SAJ a pour objet la gestion collective des droits d'auteur des journalistes et Assucopie, celle des auteurs scolaires, scientifiques et universitaires. Elles demandent de :

- 5 -05- 2011

   - « constater que GOOGLE INC. ne peut se prévaloir d'aucune exception prévue par les lois relatives au droit d'auteur et aux droits voisins (1994) et sur les bases de données (1998) ;

   - constater que les activités de Google News et l'utilisation du « cache » de Google violent notamment les lois relatives au droit d'auteur (1994) et aux droits voisins (1998);

   - condamner GOOGLE INC. à retirer de tous ses sites (notamment Google News et « cache » Google sous quelque dénomination que ce soit) tous les articles, photographies et représentations graphiques [de leurs membres] à dater de la

signification de l'ordonnance, sous peine d'astreinte d'un million d'Euros par jour de retard ;

- condamner, en outre, la défenderesse originaire à publier de manière visible, claire et sans commentaire de sa part sur la home page de tous les sites francophones de Google et News Google, pendant une durée ininterrompue de 20 jours l'intégralité, du jugement à intervenir à dater de la signification de l'ordonnance, sous peine d'astreinte de 500.000 EUR par jour de retard ».

Par le jugement entrepris, le président du tribunal :

- « En ce qui concerne COPIEPRESSE

- confirme l'ordonnance dont opposition sous les seules émendations que

  - la demande originaire en ce qu'elle était fondée sur les lois sur les bases de données est irrecevable ;

  - le montant des astreintes est fixé à 25.000 € par jour de retard ;

- En ce qui concerne les intervenantes volontaires

- constate que GOOGLE ne pouvait se prévaloir d'aucune exception prévue par la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins ;

- constate que les activités de Google News (soit la reproduction et la communication au public de titres d'articles ainsi que de courts extraits d'articles) et l'utilisation du « cache » de Google (soit l'enregistrement accessible au public dans sa mémoire dite « cache » d'articles et documents) violent la loi relative au droit d'auteur ;

- condamne GOOGLE à retirer de tous ses sites (et plus particulièrement de Google News ainsi qu'en ce qui concerne le moteur de recherche Google web des liens en cache visible) tous les articles, photographies et représentations graphiques des auteurs dont les demanderesses en intervention justifieront qu'elles détiennent les droits ;

- dit qu'il appartiendra à cet égard aux demanderesses en intervention de communiquer à GOOGLE, par voie d'e-mail à l'adresse qui sera indiquée par GOOGLE, l'identification de l'œuvre en cause avec la preuve qu'elle appartient à son répertoire à charge pour GOOGLE de retirer cette œuvre dans les 24 heures de la notification sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour de retard ;

- 5 -05- 2011

- dit qu'il appartient à GOOGLE de communiquer, dans les 8 jours de la signification de l'ordonnance, l'adresse e-mail à laquelle les demanderesses en intervention devraient adresser ces notifications ».

7. Google interjette appel de cette décision qu'elle demande à la cour de mettre à néant.

   SAJ et Assucopie demandent à la cour, par la voie d'un appel incident de « modifier la décision dont appel et l'adapter aux mesures octroyées à Copiepresse ». Elles ne développent cependant pas cette demande dans leurs conclusions.

Copiepresse introduit une demande incidente tendant à ordonner « la saisie à titre conservatoire des biens mobiliers et immobiliers de Google, et le cas échéant le blocage des comptes bancaires et des autres avoirs de cette dernière à concurrence de 48.079.425,00 € », étant le préjudice qu'elle prétend avoir subi en raison des contrefaçons.

IV.- DISCUSSION

1.- Sur les questions de procédure

A.- SUR LA DEMANDE D'ECARTEMENT DU DOSSIER DE PIECES DE COPIEPRESSE

8. Au motif que les conclusions de Copiepresse ne contiennent pas d'inventaire des pièces déposées, comme l'exige l'article 743 du Code judiciaire, Google demande que le dossier de pièces produit par Copiepresse soit écarté des débats.

   Google ne conteste cependant pas que ces pièces lui ont été communiquées dans les délais fixés par la cour.

   L'article 743, alinéa 2, du Code judiciaire, disposant que l'inventaire des pièces est annexé aux conclusions, ne prévoit aucune sanction (Cass., 30 octobre 1997, C960060N).

   Il s'en déduit que le juge ne peut écarter des pièces produites par une partie qui n'aurait pas joint un inventaire sans constater que les pièces justificatives n'ont pas été communiquées ou qu'elles n'ont pas été communiquées en temps. La seule conséquence qui s'attache au défaut d'inventaire est d'ordre exclusivement probatoire. La partie qui aura joint un inventaire de ses pièces à son dossier n'aura pas à prouver la communication effective desdites pièces à son adversaire, et c'est à ce dernier qu'il appartient, le cas échéant, de signaler promptement – et sous peine d'inefficacité de l'incident – que telle ou telle pièce, quoique cotée dans l'inventaire, ne lui est pas parvenue (V. Pire, La procédure de droit commun ; L'instruction du dossier et l'audience de plaidoiries n° 20., in Droit judiciaire, Commentaire pratique, IV.2-1 - IV.2-23 ; voy. également Liège 21 février 1995, J.L.M.B.1995, 1328).

   Le moyen n'est pas fondé.

- 5 -05- 2011

B.- SUR LA DEMANDE D'ECARTEMENT DES DERNIERES PIECES DES INTIMÉES

9. Par conclusions déposées au greffe de la cour le 14 mars 2011, Google demande l'écartement des supports visuels (*slides*) sur lesquels les intimées comptaient s'appuyer au cours de leurs plaidoiries ainsi que la copie de décisions de jurisprudence européenne et française intervenues après l'expiration du délai pour conclure.

A l'audience du 14 mars 2011, les parties ont marqué leur accord pour considérer que l'incident pouvait être considéré comme clos par l'octroi d'un long droit de réplique à Google, à l'issue des plaidoiries.

Il n'y a donc plus d'utilité à rencontrer le moyen soulevé par Google.

C.- SUR LA TARDIVITE DU MOYEN TIRÉ DE L'APPLICATION DU DROIT AMERICAIN

10. SAJ et Assucopie soutiennent que Google, en invoquant que la loi applicable serait la loi américaine, introduirait « un fait nouveau [la] conduisant à formuler une demande nouvelle [violant] par conséquent les articles 807 à 810 et 1042 du Code judiciaire ». Elles sollicitent que cette « demande » soit écartée pour violation du double degré de juridiction.

Google n'introduit pas une demande mais soulève un moyen.

Au demeurant, par requête déposée au greffe de la cour le 26 août 2008, Google a sollicité l'autorisation de pouvoir déposer de nouvelles conclusions, notamment sur la résolution du conflit de lois en faveur de la loi américaine et sur l'incidence du droit de la concurrence, ce qui lui a été accordé par l'ordonnance rendue par la cour le 23 octobre 2008 sur la base de l'article 748 § 2 du Code judiciaire. De plus, Copiepresse, SAJ et Assucopie ont pu conclure les dernières et répondre ainsi aux moyens nouveaux développés par Google.

Il s'en déduit que le moyen n'est pas fondé.

- 5 -05- 2011

2.- Sur la recevabilité des demandes introduites par SAJ et Assucopie

11. Le premier juge a constaté que SAJ et Assucopie ne faisaient pas la démonstration d'une atteinte précise et concrète au droit d'auteur d'un de leurs membres, ce qui ne les empêchait cependant pas d'agir. C'est la raison pour laquelle l'ordre de cessation a été limité aux pages ou documents des auteurs dont SAJ et Assucopie justifieraient qu'elles détiennent les droits.

    Google reconnaît qu'au moins trois membres de SAJ sont concernés par les articles recensés par elle dans « *Google News* », mais soutient qu'il n'y en aurait aucun pour Assucopie, ce qui la conduit à conclure qu'à défaut de preuve d'une atteinte commise à l'égard de l'un de ses membres, la demande d'Assucopie doit être déclarée irrecevable.

12. Assucopie dépose à la pièce 13 de son dossier la liste des articles rédigés par ses membres, publiés dans les journaux membres de Copiepresse. A la pièce 18, elle dépose également la copie de trois articles rédigés par des membres qui sont répertoriés à la pièce 13 et qui ont été publiés sur le site Lalibre.be dont il n'est pas contesté qu'il a été référencé par Google.

    Il est ainsi établi que des membres d'Assucopie sont également concernés par les actes dénoncés par elle. Elle a dès lors intérêt et qualité pour introduire une action en cessation.

    Le moyen d'irrecevabilité de Google n'est pas fondé.

3.- Sur la loi applicable

- 5 -05- 2011

13. Le litige met en présence, d'une part, des éditeurs de presse belges, leurs auteurs et journalistes belges (représentés par leurs sociétés belges de gestion de droits) qui ont publié des articles de presse sur des sites exploités en Belgique, dont l'adresse électronique se termine par « *.be* », à destination de lecteurs ou utilisateurs établis en Belgique et, d'autre part, une société américaine qui exploite un moteur de recherche.

    Il lui est reproché d'avoir copié et publié sur le site Internet *Google.be* des articles ou extraits d'articles sans avoir obtenu l'autorisation préalable des éditeurs et des auteurs.

Google soutient que la loi américaine serait d'application au motif que c'est aux Etats-Unis qu'elle a inséré, sur ses serveurs, les pages publiées sur les sites belges des éditeurs de journaux.

14. A supposer que la localisation physique de l'insertion des pages éditées par les membres de Copiepresse dans le moteur de recherche *Google* soit pertinente pour déterminer la loi applicable, il convient d'emblée de constater que Google ne dépose aucune pièce tendant à démontrer qu'elle a lieu aux Etats-Unis.

Elle est donc susceptible d'intervenir dans différents pays du monde.

15. La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 a été promulguée en vue de protéger d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques. Elle dispose en son article 5 que :

« Article 5
Droits garantis:
1. et 2. En dehors du pays d'origine; 3. Dans le pays d'origine; 4. «Pays d'origine»

(1) Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention.

(2) La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

(3) La protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux.

(4) Est considéré comme pays d'origine:

(a) pour les œuvres publiées pour la première fois dans l'un des pays de l'Union, ce dernier pays; toutefois, s'il s'agit d'œuvres publiées simultanément dans plusieurs pays de l'Union admettant des durées de protection différentes, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue;

(b) pour les œuvres publiées simultanément dans un pays étranger à l'Union et dans un pays de l'Union, ce dernier pays;

(c) pour les œuvres non publiées ou pour les œuvres publiées pour la première fois dans un pays étranger à l'Union, sans publication simultanée dans un pays de l'Union, le pays de l'Union dont l'auteur est ressortissant; toutefois,

- 5 -05- 2011

(i) s'il s'agit d'œuvres cinématographiques dont le producteur a son siège ou sa résidence habituelle dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays, et

(ii) s'il s'agit d'œuvres d'architecture édifiées dans un pays de l'Union ou d'œuvres des arts graphiques et plastiques faisant corps avec un immeuble situé dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays ».

Aux termes de l'article 5 (4) (a) de la Convention, le pays d'origine des œuvres en cause est la Belgique puisque les articles de presse ont été publiés pour la première fois en Belgique.

La Convention n'entend pas s'appliquer dans le pays d'origine de l'œuvre sauf au cas où l'auteur n'est pas ressortissant de ce pays, un élément d'extranéité apparaissant alors, faute duquel les auteurs de la convention ne voulaient pas intervenir dans le pays d'origine (F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur*, Bruylant, 2000, p. 609).

Il s'en déduit que, conformément à l'article 5 (3) de la Convention, la protection en Belgique est régie par la loi belge.

16. S'appuyant sur un arrêt du 30 janvier 2007 de la Cour de cassation française (en cause de *Lamore*, n°03-12354), Google soutient que le conflit de lois doit être réglé sur la base de l'article 5 (2) de la Convention et que la loi du pays où la protection est réclamée n'est pas celle du pays où le dommage est subi mais celle de l'Etat sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux, en l'espèce les Etats-Unis.

Cet arrêt n'est pas pertinent et ne s'applique pas aux faits de la cause.

- 5 -05- 2011

Comme le souligne le professeur Jane C. Ginsburg de l'Université de Columbia aux Etats-Unis, laquelle a commenté la jurisprudence française relative au scannage de livres par Google (Conflit de lois dans *Google Book Search,* une vue de l'étranger, 2 juin 2010, http://www.mediainstitute.org/new_site/IPI/2010/060210_ConflictofLaws.php) et celle en rapport avec la publication sur *Google Images* de photographies pour lesquelles les droits d'auteur n'avaient pas été payés (Note d'observations sous TGI Paris 20 mai 2008, R.D.T.I n° 33/208, p. 508 à 520), la disposition pertinente en la matière est l'article 5 (3) et pas l'article 5 (2) de la Convention.

Tout comme dans les affaires *Google Book Search* et *Google Images*, où des auteurs français réclamaient une protection en France pour une atteinte commise en France, Copiepresse et SAJ et Assucopie réclament la protection de leurs œuvres initialement publiées en Belgique contre leur diffusion illégale en Belgique. Or, dans l'affaire *Lamore*, il s'agissait d'un auteur américain qui

réclamait en France la protection d'une œuvre qui avait été conçue et publiée aux Etats-Unis. Les situations en fait n'étant pas de même nature, aucun enseignement ne peut être tiré de l'arrêt *Lamore*.

Au contraire, l'intitulé de l'article 5 de la Convention est très clair et précise que le paragraphe (2) traite de la protection des droits garantis aux auteurs en dehors du pays d'origine (ce qui n'est pas le cas en l'espèce), alors que le paragraphe (3) concerne les droits garantis dans le pays d'origine.

17. En tout état de cause, l'acte illicite est commis lorsque les œuvres protégées sont diffusées en Belgique sur le site *Google.be*, peu importe si elles ont été « injectées » automatiquement par des robots, prétendument situés à l'étranger.

Comme le rappelle le professeur Ginsburg (Note d'observations sous TGI Paris, *loc. cit*) :

> « ce qui importe, quel que soit le moyen de diffusion, c'est la réception par le consommateur local d'une copie ou d'une représentation (…). La localisation découle des actes d'exploitation : l'opérateur du site web a-t-il une volonté de viser le public de France [ici le public belge] ? La localisation doit se calquer sur l'existence (ou non) d'un marché local (…). Lorsque le site vise le public de France, l'atteinte se localise en France. La question serait donc de savoir si Google propose ses services de moteur de recherche aux internautes français. La réponse doit être affirmative, aussi bien pour *Google.com* que pour *Google.fr*. En plus Google sollicite de la publicité des annonceurs français, ce qui confirme l'existence d'un marché français pour les activités de Google. La diffusion d'images [ici d'articles de presse] vers ce marché est donc bien un acte qui s'accomplit en France. Une fois que le comportement incriminé se localise en France, il n'y a pas lieu de dévier l'analyse vers la compétence d'une loi étrangère du fait du déclenchement dans ce pays tiers d'une série d'actes préalables à la contrefaçon localisée en France ».

Par ailleurs, il convient d'observer que dans son arrêt du 26 janvier 2011 (en cause de *S.A.I.F.* n° 08/13423), la cour d'appel de Paris, statuant sur la détermination du pays où la protection est demandée, en application de l'article 5 (2) de la Convention, a réformé le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 20 mai 2008 sur lequel Google s'appuyait et a dit pour droit que :

- 5 -05- 2011

> « Il est certain que dans le contexte d'internet le lieu du fait générateur n'est pas nécessairement le même que celui du dommage ; en l'espèce la loi française correspond à celle du juge saisi, loi du pays où la protection est demandée et celle pour lequel elle est réclamée, qui peut être celle du lieu où sont subis les agissements reprochés.
> Il ne peut être retenu que le rattachement au territoire français serait insuffisant au seul motif que les faits reprochés trouvent pour l'essentiel leur origine hors de France, étant observé qu'il n'est pas réellement contesté que la loi du lieu du dommage est susceptible de s'appliquer en cas de proximité manifestement plus étroite avec le litige.
> A cet égard si les services incriminés peuvent être consultés par un public francophone il n'en demeure pas moins que le litige qui porte sur le fonctionnement de *Google Images* concerne des services en français

accessibles au public français et est principalement destiné à ce public en ce qu'il est en particulier accessible par des adresses URL en ".fr" (google.fr et images.google. fr) ; le territoire français s'avère incontestablement délibérément visé comme le pays où les images peuvent être visualisées et choisi en toute connaissance de cause.
Le lieu de connexion et de réception voulu par le titulaire du moteur de recherche constitue un critère de proximité substantiel alors que les services mis en place tendent à produire leurs effets en France et que leur objet tel que revendiqué par [Google] est « de faciliter l'accès des Internautes à l'information et à la connaissance ».
Il est ainsi suffisamment établi que le pays de réception constitue un lien de proximité manifestement plus pertinent que celui de faits générateurs pour apprécier le présent litige ».

Le même raisonnement peut être fait dans la présente cause puisque les situations en fait sont ressemblantes.

18. Enfin, à supposer que la Convention de Berne ne contiendrait pas de références suffisamment claires pour résoudre le conflit de loi dans le cadre d'une situation complexe où le lieu de la faute et du dommage seraient situés dans deux pays différents, il s'imposerait à la cour d'appliquer sa loi nationale.

Dans ce cas, il faut se référer à la règle générale contenue à l'article 4.1 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") qui dispose :

« Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent ».

Il ne convient en effet pas d'avoir égard à l'article 8 traitant des atteintes aux droits de propriété intellectuelle ni à l'article 93 du Code de droit international privé puisque ces dispositions reprennent les mêmes termes que ceux de la Convention de Berne, à savoir « la législation du pays où [interprété par « pour lequel »] la protection est réclamée ».

- 5 -05- 2011

A supposer que les actes préparatoires à la contrefaçon, à savoir l'injection des données dans les serveurs de Google, doivent entrer en ligne de compte pour la détermination du lieu du fait dommageable, il conviendrait alors de constater que le délit est formé par un ensemble de faits complexes situés dans des pays différents (les Etats-Unis pour l'injection et la Belgique pour la diffusion) et qu'il y a lieu de se référer à la loi du pays avec lesquels le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits (cf. article 4 (3) du Règlement 864/2007). Ainsi que cela a été dit plus haut, il s'agit de la Belgique, pays vers lequel les œuvres protégées sont diffusées sur le site *Google.be*.

Privilégier la loi de l'injection peut conduire à décerner un brevet d'impunité au contrefacteur puisqu'il lui suffirait de localiser ses serveurs dans des pays à faible protection en matière de droits d'auteur, ce qui est manifestement contraire au but recherché par la Convention de Berne.

Certes, une page diffusée sur un site ayant un nom de domaine se terminant par « *.be* » peut être lue dans le monde entier. Elle n'est cependant susceptible que d'intéresser des belges résidant à l'étranger ou des étrangers souhaitant être informés de ce qui se passe en Belgique. Leur nombre est dérisoire par rapport à tous les internautes résidant en Belgique. Cette seule circonstance ne suffit pas pour soutenir, comme le fait Google, que « les points de contact avec la Belgique sont manifestement insuffisants ».

Par ailleurs, la référence faite par Google à la règle inscrite à l'article 1.2.b de la Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1997 « câble et satellite » n'est pas pertinente dans la mesure où les situations ne sont pas comparables, notamment au niveau du risque de délocalisation.

19. Il se déduit de tout ce qui précède qu'il convient d'appliquer la loi belge.

Le moyen n'est pas fondé.

20. Afin de respecter le caractère territorial de l'injonction et de la limiter au pays d'origine, dès lors que la loi belge n'a pas vocation à régir des infractions commises dans tous les pays du monde, il conviendra, le cas échéant, de circonscrire l'ordre de cessation aux sites *Google.be* et *Google.com*.

- 5 -05- 2011

4.- Sur la fonction « cache »

A. SUR LA REPRODUCTION ET LA COMMUNICATION AU PUBLIC

21. Il est constant que Google enregistre sur ses serveurs une copie des pages qui sont régulièrement visitées par ses robots informatiques à l'occasion du référencement de celles-ci dans le cadre du service « *Google Web* ». Il est également établi que lorsque l'internaute clique sur le lien « en cache », Google lui transmet cette copie.

Pour décider s'il y a eu reproduction et communication au public

dans le chef de Google, il importe peu que les éléments graphiques annexes (publicité, météo, bourse et renvois à d'autres articles) soient transmis par le serveur de l'éditeur, puisque le droit d'auteur en cause porte sur l'article rédigé par les journalistes et les auteurs scientifiques, et pas sur les autres composants de la page extraite du site Internet.

Il importe peu également que l'article soit envoyé par Google en langage HTML et ensuite transformé par l'ordinateur de l'internaute en page lisible, puisque les serveurs de Google copient les pages en langage HTLM, telles qu'elles sont émises dans ce langage par le serveur de l'éditeur. C'est donc bien une copie du même article, écrit dans la même forme, qui est transmise par Google à l'internaute.

Google soutient cependant que ce n'est pas elle qui reproduit et communique l'œuvre au sens de la LDA, mais bien l'internaute lorsqu'il clique sur le lien « en cache » et la télécharge sur son ordinateur. Google ne ferait que mettre à disposition de l'internaute une « installation » lui permettant de faire une copie.

22. Il n'est pas contesté que les articles de la presse quotidienne bénéficient de la protection mise en place par la LDA au titre d'œuvre littéraire ou artistique.

Aux termes de l'article 1er de la LDA, l'auteur a seul le droit de reproduire son œuvre ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière ou sous quelque forme que ce soit, qu'elle soit directe ou indirecte, provisoire ou permanente, en tout ou en partie. De même, l'auteur a seul le droit de la communiquer au public par un procédé quelconque, y compris par la mise à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

- 5 -05- 2011

Il se déduit de cette disposition que l'enregistrement par Google sur ses propres serveurs d'une page publiée par un éditeur constitue un acte matériel de reproduction. Par ailleurs, le fait pour Google de permettre aux internautes de prendre connaissance de cette copie – à ne pas confondre avec la page originale – en cliquant sur le lien « en cache » constitue une communication au public. Dans le domaine numérique, il y a reproduction dès le moment où il y a fixation, ce qui rend le téléchargement justifiable du droit de reproduction (F. De Visscher & B. Michaux, *op. cit.* , p. 71, n° 88).

Sans l'intervention nécessaire de Google, l'internaute ne pourrait avoir accès à cette page puisque, s'agissant d'une copie de la page telle qu'elle se présentait au moment où le site a été visité par les robots, elle n'existe plus au niveau temporel lorsque l'internaute adresse sa requête ; dans certains cas, elle n'existe même plus

matériellement lorsqu'elle a été retirée du site Internet par l'éditeur.

C'est donc à tort que Google soutient que c'est l'internaute qui reproduit les articles « en cache » des journalistes et autres auteurs scientifiques publiés par les éditeurs.

23. Contrairement à ce que soutient Google, l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 ne précise pas que le service « en cache » proposé par elle n'est pas une communication au public. Il est d'ailleurs totalement muet sur ce point.

De même, le service qui consiste à permettre de prendre connaissance d'une page archivée ne peut être assimilé à « une simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication » telle qu'elle est visée au considérant 27 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. En effet, il ne convient pas de confondre la recherche instantanée d'une page toujours publiée sur Internet au moyen du service normal « *Google Web* » où Google ne joue qu'un rôle de moteur de recherche et celle d'une ancienne page, telle qu'elle existait au moment où elle a été visitée par les robots informatiques de Google qui offre ainsi un service supplémentaire.

Enfin, il n'y a pas lieu d'assimiler le moteur de recherche Google à un simple *copy-center* mettant des photocopieurs à disposition d'étudiants pour leur permettre de copier des pages extraites de livres ou de revues scientifiques. En effet, dans le cas d'espèce, ce ne sont pas les internautes qui copient, comme le feraient des étudiants, mais Google qui met ensuite à leur disposition la copie qu'elle a réalisée.

- 5 -05- 2011

B. SUR L'EXCEPTION DE COPIE PROVISOIRE

24. Google soutient qu'elle est en droit de bénéficier de l'exception de copie provisoire instaurée par l'article 21 § 3 de la LDA qui dispose que :

> « L'auteur ne peut pas interdire les actes de reproduction provisoires qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre :
>
> - une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire; ou
> - une utilisation licite, d'une œuvre protégée, et qui n'ont pas de signification économique indépendante ».

Google invoque également le considérant 33 de la directive 2001/29 qui prévoit que :

> « Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre soit une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (*browsing*), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (*caching*), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi ».

25. Le *caching* ou mémoire cache ou antémémoire est, en informatique, une mémoire qui enregistre temporairement des copies de données provenant d'une autre source de données, afin de diminuer le temps d'accès (en lecture ou en écriture) d'un matériel informatique (en général, un processeur) à ces données. La mémoire cache est plus rapide et plus proche du matériel informatique qui demande la donnée. Les données mises en cache peuvent être par exemple un programme, un bloc d'images à traiter. (http://fr.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9moire_cache).

Le service « en cache » de Google ne peut être assimilé au simple *caching* informatique dont il est question dans la directive 2001/19. Google reconnaît elle-même que le cache qu'elle propose a pour finalité de «consulter [une] copie à tout moment, et en particulier dans le cas où la page originale (ou Internet) serait inaccessible».

- 5 -05- 2011

Au demeurant, Google ne démontre pas que la mise « en cache » des articles en cause et surtout la communication au public de ces pages archivées est nécessaire sur le plan technique pour assurer une transmission efficace de l'œuvre, notamment en influençant la performance et la vitesse de traitement des requêtes.

Il n'est donc pas établi que le service en cause constitue « une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique permettant une transmission entre tiers [l'éditeur, propriétaire du site, et l'internaute] par un intermédiaire [Google] ».

26. De plus, une des conditions pour bénéficier de l'exception de copie provisoire est que celle-ci soit « transitoire ou accessoire ».

Un acte de reproduction ne peut être qualifié de « transitoire » au

sens de la deuxième condition énoncée à l'article 5, § 1 de la directive 2001/29 que si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée (C.J.U.E., 16 juillet 2009, C-5/08, *Infopaq*, point 64).

Or, il n'est pas contesté que la copie « en cache » reste accessible tant que l'éditeur conserve son article sur son site, ce qui peut durer plusieurs jours, semaines, mois ou années. Par ailleurs, elle reste accessible gratuitement, même lorsque l'éditeur a conditionné son téléchargement au paiement d'une redevance et ne la publie plus sur son site. De plus, il est démontré par l'exécution provisoire du jugement entrepris qu'il est possible de supprimer la fonction « en cache » de certains articles par une intervention humaine.

Il s'en déduit que Google ne peut revendiquer le bénéfice de l'exception de copie provisoire dès lors que la copie « en cache » ne saurait être qualifiée de transitoire.

5.- Sur le service « *Google News* »

A.- SUR LA REPRODUCTION DANS UN BUT LEGITIME

27. Google soutient que la reproduction qui lui est reprochée répond à un but légitime, à savoir celui de l'accès à l'information et ce, même en dehors de l'application des exceptions prévues par la LDA qui n'auraient aucun caractère exhaustif.

- 5 -05- 2011

Elle affirme que la sélection des articles dont les titres et un court extrait sont reproduits dans son service *"Google News"* répond à un but d'indexation documentaire, exclusif d'un exposé substantiel du contenu de l'œuvre et que cette sélection ne permet pas à l'internaute de se dispenser de recourir à l'œuvre elle-même.

Au demeurant, selon elle, la reproduction des titres ne constituerait rien d'autre qu'une « note de bas de page », simple référence à une œuvre qui n'équivaudrait pas à un nouvel acte de mise à disposition.

28. Si le champ de recherche permettant de cibler celle-ci sur quelques mots clés n'est pas activé, la page *"Google News"* comprend la recension de trois à quatre propositions groupées chacune dans

différents thèmes, tels que « A la une », « International », « Belgique », « Economie », « Sciences/Technologies », « Sports », « Culture », « Santé », soit +/- une trentaine de courts extraits d'articles. Ainsi, comme le montre la reproduction de la page du 23 novembre 2006, reproduite au point 3 du présent arrêt, chaque rubrique reprend :

- en caractère gras, un titre d'article extrait d'un organe de presse;
- la reproduction intégrale des trois premières lignes de cet article ;
- deux autres titres sur le même sujet, en caractère normal, ne reprenant cette fois que le titre et l'indication de l'éditeur ;
- et enfin l'indication du nombre d'articles traitant du même sujet.

Si l'internaute clique sur cette dernière proposition, il a accès à une autre page de *"Google News"* sur laquelle sont reproduits, les uns après les autres, tous les articles concernés, dans la même présentation que le premier extrait, à savoir le titre en gras et les trois premières lignes.

On constate parfois que le titre est légèrement modifié ou qu'une ligne de l'article est omise, mais sans que cela n'altère le sens de ce dernier.

Contrairement à ce que soutient Google, *"Google News"* n'est pas un « poteau indicateur » permettant aux internautes de rechercher plus efficacement un article de presse sur un sujet déterminé, mais la reproduction servile de la partie significative des articles référencés. Ainsi, un des extraits sur la page susdite est rédigé comme suit :

> **« Le Kremlin accusé par les amis de l'ex-espion empoisonné**
> Le Figaro 20 nov 2006
> Alexandre Litvinenko est toujours hospitalisé depuis un mystérieux rendez-vous où il aurait reçu des informations sur le meurtre de la journaliste Anna Politkovskaïa. Alexandre Litvinenko était un … »

- 5 -05- 2011

Cet extrait permet au lecteur de prendre connaissance des informations essentielles que l'éditeur et son journaliste souhaitent communiquer, soit, en l'espèce, l'accusation qui pèse sur le Kremlin, la poursuite de l'hospitalisation de Litvinenko et le rappel des raisons pour lesquelles il aurait été empoisonné. Pour comprendre l'information qui est proposée, il n'est pas nécessaire pour le lecteur de prendre connaissance de l'article entier, en cliquant sur l'extrait, sauf s'il souhaite obtenir des informations plus précises. Tout se trouve en effet résumé dans le titre et les premières phrases qui constituent l'accroche de tout article de presse, supposés capter immédiatement l'attention du lecteur.

Il est même possible de modifier la page d'accueil de *"Google*

News" et de la personnaliser afin que n'apparaissent que des extraits relatifs à des rubriques préalablement sélectionnées, ce qui a pour effet de supprimer ce qui n'intéresse pas l'internaute et de lui permettre de concentrer son attention sur ses centres d'intérêt.

29. En ce qui concerne les parties d'une œuvre, il y a lieu de constater que rien dans la directive 2001/29 ou dans une autre directive applicable en la matière n'indique que ces parties sont soumises à un régime différent de celui de l'œuvre entière. Il s'ensuit qu'elles sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre toute entière et qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur lui-même (C.J.U.E., 16 juillet 2009, *loc. cit.* n° 38 et 39), ce qui est le cas en l'espèce.

Quelles que soient ses intentions, il est constant que Google a reproduit *in extenso* une partie d'œuvres protégées par la LDA. Eu égard à la portée large qu'il convient de donner à la notion de droit de reproduction, tel qu'il a été défini à l'article 2 de la directive 2001/29, il convient de conclure que Google ne pouvait reproduire les titres et les extraits des articles publiés par les éditeurs, sans avoir préalablement obtenu leur autorisation.

Dès lors que le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction et la communication au public est exclusif, les exceptions et les limitations à ce droit doivent s'interpréter restrictivement et être expressément prévues. Le considérant 32 de la directive 2001/29 prévoit d'ailleurs que cette dernière « contient une liste exhaustive des exceptions et limitations ». Or, ni dans la LDA ni dans la directive il n'est prévu d'exception générale de communication « dans un but légitime » sur laquelle Google s'appuie. Seules peuvent être prises en compte les exceptions prévues aux articles 21 et suivants de la LDA qui seront examinées ci-après.

- 5 -05- 2011

B.- SUR LA COMMUNICATION AU PUBLIC

30. Google soutient que, dans le cadre du service *"Google News"*, elle ne communiquerait pas au public l'œuvre protégée, mais qu'elle se bornerait à placer des références permettant aux internautes d'avoir accès aux sites des éditeurs.

Une fois encore, Google confond les services *« Google Web »* et *"Google News"*.

Ainsi que cela a été démontré plus haut, *"Google News"* ne se limite pas à placer des hyperliens mais reproduit des parties

significatives des articles des éditeurs.

Il y a donc bien communication au public.

C.- SUR L'EXCEPTION DE CITATION

31. Google soutient qu'elle doit pouvoir bénéficier, dans le cadre d'une revue de presse, de l'exception de citation prévue à l'article 21, § 1er de la LDA qui dispose :

> « Les citations, tirées d'une œuvre licitement publiée, effectuées 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, ne portent pas atteinte au droit d'auteur. Les citations visées à l'alinéa précédent devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, à moins que cela ne s'avère impossible ».

Depuis la modification de la LDA par la loi du 22 mai 2005, une citation peut être insérée dans une revue de presse (A. Berenboom, Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins, Larcier, 2008, page 172, n° 93). Il convient donc de vérifier, d'une part, si *"Google News"* est une revue de presse et, d'autre part, si les autres conditions prévues par la loi, qui sont cumulatives, sont respectées.

32. La revue de presse n'est pas définie dans la LDA. Toutefois, par analogie avec le droit français (Cass. fr., 30 janvier 1978), il peut être admis qu'une revue de presse consiste en « une présentation conjointe et comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même événement ». A ce titre, elle peut bénéficier de l'exception de citation, si elle remplit les conditions suivantes :

- 5 -05- 2011

- élaboration par un organe de presse, qui ne saurait s'opposer à l'utilisation réciproque de ses propres articles par les autres organes de presse cités pour leurs propres revues de presse;
- regroupement organisé par thème ou événement: la revue de presse doit faire montre d'un effort de compilation témoignant d'un travail de classement;
- respect du droit moral et patrimonial des auteurs: citations courtes qui ne devraient pas dispenser le lecteur de lire l'article original, mention complète de l'auteur et de l'organe source permettant au lecteur de s'y reporter aisément.

Or, il a été démontré plus haut qu'un internaute qui consulte *"Google News"* est parfaitement informé de l'essentiel de ce qui est publié dans la presse, sans qu'il soit nécessaire de consulter les articles eux-mêmes. *"Google News"* a donc vocation, dans une

certaine mesure, a se substituer aux sites des éditeurs.

"Google News" – qui n'est pas publié par un organe de presse – peut ainsi être qualifié de « panorama » de la presse, à distinguer d'une revue de presse (sur la différence entre ces deux notions, voy. http://fr.wikipedia.org/wiki/Revue_de_presse).

"Google News" ne constitue qu'une reproduction de parties d'articles de presse, classés par rubriques, sans aucun commentaire ni lien entre eux. Il est même affirmé qu'il serait automatisé, en dehors de toute intervention humaine. Il s'en déduit que ces extraits ne sont pas reproduits pour illustrer un propos, défendre une opinion ou réaliser une synthèse sur un point particulier.

Or, l'exception de citation ne se justifie que dans la mesure justifiée par le but poursuivi. La citation ne doit rester qu'un accessoire, notamment pour illustrer un commentaire (A. Berenboom, *op. cit.* p. 172, n° 93.). Tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

Il ne peut donc être soutenu que *"Google News"* puisse être assimilé à une revue de presse. En tout cas, ce service ne correspond pas à un usage loyal et conforme à ce que pratiquent les organes de presse, lorsqu'ils procèdent à une revue de presse.

33. Le considérant 44 de la directive 2001/29 précise que :

> « Lorsque les exceptions et les limitations prévues par la présente directive sont appliquées, ce doit être dans le respect des obligations internationales. Ces exceptions et limitations ne sauraient être appliquées d'une manière qui cause un préjudice aux intérêts légitimes du titulaire de droits ou qui porte atteinte à l'exploitation normale de son œuvre ou autre objet. Lorsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations, il y a lieu, en particulier, de tenir dûment compte de l'incidence économique accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique. En conséquence, il pourrait être nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés ».

- 5 -05- 2011

Dès lors qu'un internaute qui consulte *"Google News"* est parfaitement informé de l'essentiel de ce qui est publié dans la presse, sans qu'il soit nécessaire de consulter les articles eux-mêmes, il ne peut être contesté que les éditeurs, les journalistes et les auteurs scientifiques subissent un préjudice dans le cadre de l'exploitation normale de leur œuvre, dans la mesure où les internautes ne sont pas nécessairement dirigés vers la page originale sur laquelle l'article est publié.

Les éditeurs risquent ainsi de subir un préjudice financier puisque leurs revenus publicitaires sont directement liés au nombre de visiteurs de leur site et les auteurs pourraient se plaindre d'une

violation de l'intégrité de leur œuvre. Les conditions prévues par la loi (respect des usages honnêtes et absence d'atteinte aux droits d'auteur) ne sont donc pas respectées.

34. Enfin, le nom de l'auteur de l'article n'est pas mentionné dans *"Google News"*. Le fait que ce panorama de presse serait réalisé automatiquement n'exonère pas Google de l'obligation contenue dans l'article 21, § 1er de la LDA. En tout cas, elle ne prouve pas que cela s'avère impossible : s'il est possible, sur le plan informatique, de copier un titre d'article et les premières lignes de celui-ci – et parfois en les modifiant légèrement – pourquoi les robots ne seraient-ils pas capables d'enregistrer la signature qui se trouve soit en début soit en fin d'article ?

35. Il se déduit de tout ce qui précède que Google ne peut revendiquer l'exception de citation prévue dans la LDA.

D.- SUR L'EXCEPTION DE COMPTE-RENDU D'ACTUALITE

36. Google invoque également le bénéfice de l'exception fondée sur le compte rendu d'actualité prévu à l'article 22, §1er, 1° de la LDA qui dispose que :

> « Lorsque l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire: 1° la reproduction et la communication au public, dans un but d'information, de courts fragments d'œuvres ou d'œuvres plastiques dans leur intégralité à l'occasion de comptes rendus d'événements de l'actualité ».

37. Le but du législateur était, non d'étendre le droit de citation, mais d'introduire une exception en faveur des médias d'information qui n'ont pas le temps matériel de demander l'autorisation des auteurs. Cette disposition doit donc être interprétée restrictivement, seules se justifient les citations qui, en raison de la nécessité d'une information rapide, n'ont pu faire l'objet d'un consentement de l'auteur (A. Berenboom, op. cit., p. 173, n° 94).

- 5 -05- 2011

Or, Google reconnaît que les articles restent référencés pendant 30 jours.

Il s'en déduit que l'exception ne peut s'appliquer.

En tout état de cause, dès lors que les sociétés de gestion des droits sont habilitées à conclure avec certains utilisateurs des contrats généraux relatifs à l'exploitation des droits d'auteur - ce qui dispense ceux-ci de recueillir préalablement l'autorisation des

ayants droit – Google ne peut soutenir qu'elle serait dans l'impossibilité matérielle d'obtenir l'autorisation des éditeurs, journalistes et auteurs scientifiques : il lui suffit en effet de conclure avec les intimées des contrats généraux autorisant la reproduction d'extraits d'articles dans *"Google News"*.

E.- SUR L'ATTEINTE AUX DROITS MORAUX

38. SAJ et Assucopie soutenaient devant le premier juge que le service *"Google News"* portait atteinte aux droits moraux des auteurs dont elles sont les mandataires, en ce que leurs droits de divulgation, de paternité et d'intégrité étaient violés.

39. La recevabilité des demandes introduites par les sociétés de gestion n'est plus contestée en appel. En tout état de cause, les intimées produisent des mandats spéciaux de leurs membres en vue de leur confier la gestion de leurs droits moraux.

40. C'est à bon droit que le premier juge a constaté qu'il n'y avait, en l'espèce, pas d'atteinte au droit de divulgation, dès lors que les articles en cause avaient été préalablement publiés sur les sites Internet des éditeurs. Google est donc en droit de se prévaloir de la règle de l'épuisement puisque le droit de divulgation ne peut s'exercer qu'une fois.

41. Il a déjà été dit pour droit plus haut que le service *"Google News"* portait atteinte au droit de paternité puisque le nom de l'auteur n'est pas mentionné.

- 5 -05- 2011

42. Quant au droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, c'est à bon droit également que le premier juge a constaté que, dès lors que seul un extrait est reproduit, l'œuvre est modifiée.

Le simple fait que l'internaute sait ou doit savoir que ce qu'il voit sur l'écran n'est qu'un extrait de l'article et qu'il a la possibilité de prendre connaissance de celui-ci dans son entièreté en cliquant sur l'hyperlien, n'implique pas que l'auteur a donné son consentement à ce que son œuvre ne soit publiée qu'en extraits.

6.- Sur l'extension de la demande au service « *Google News Archive* »

43. SAJ et Assucopie demandent, dans le dispositif de leurs conclusions, d'étendre l'injonction de cessation au service « *Google News Archive Search* ».

Google affirme cependant, sans être contredite, que ce service n'existe pas en Belgique.

Il convient dès lors de dire cette demande non fondée ou, en tout cas, prématurée, dès lors qu'aucune atteinte par ce service au droit d'auteur n'a pu encore être constatée en Belgique.

7.- Sur le « test des trois étapes »

44. L'article 5.5 de la directive 2001/29 contenant le « test des trois étapes » dispose que :

> « Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ».

Encore que lors de la transposition en droit belge de la directive, le législateur a préféré ne pas inscrire *expressis verbis* le « test des trois étapes » dans la loi, considérant qu'il s'agissait davantage d'un outil à destination du législateur qu'un mécanisme permettant au juge de restreindre l'exercice d'une exception (S. Dussolier, « Le géant aux pieds d'argile : Google News et le droit d'auteur » R.L.D.I. 2007, n° 26, p. 74), il suit des considérations qui précèdent qu'il a bien été procédé au « test des trois étapes ».

- 5 -05- 2011

En effet, il a été dit plus haut qu'en l'espèce, la reproduction «en cache » portait atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre dans la mesure où les internautes pouvaient avoir accès à une page qui était soit supprimée du site des éditeurs soit n'était accessible que moyennant paiement et était de nature à leur causer un préjudice injustifié.

Il en est de même pour le service *"Google News"*, dans la mesure où les auteurs sont en droit de réclamer une rémunération raisonnable pour une nouvelle publication de leur œuvre sous la forme d'un extrait substantiel, laquelle est par ailleurs de nature à porter préjudice à l'intégrité de l'œuvre.

Il a également été constaté que Google ne pouvait se prévaloir d'aucune exception au droit de reproduction et que, partant, il n'a pas été porté atteinte à ses droits. A cet égard, il convient de constater que le litige n'existe que parce que Google se refuse à conclure un accord raisonnable avec les sociétés de gestion collective, alors qu'elle en a largement les moyens financiers.

45. Quant aux nouvelles limitations et exceptions au droit d'auteur, non prévues par la loi, auxquelles Google invite la cour à procéder, il suffit de rappeler que, dès lors que le droit de reproduction est exclusif, toute exception ne peut être interprétée que restrictivement et qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de se substituer au législateur en cette matière.

Il sera cependant répondu plus amplement à Google sur le respect des intérêts légitimes des tiers lorsque la cour abordera les moyens invoquant l'abus de droit et la violation des droits de l'Homme et du principe de la libre concurrence.

8.- Sur l'existence d'une autorisation de reproduction

46. Google soutient qu'elle a obtenu du journal L'Echo une autorisation expresse de reproduction de ses articles et que, d'une manière générale, elle peut se prévaloir d'une autorisation explicite ou à tout le moins implicite de tous les éditeurs de reproduire tout ou partie des articles publiés sur leur site ou de les mettre « en cache », dès lors qu'ils n'ont pas activé sur leur site les « méta-balises » de robots ainsi que les fichiers */robot.txt* qui permettent d'interdire aux robots de Google de les référencer.

- 5 -05- 2011

47. Il résulte effectivement d'un mail adressé à Google, le 7 mai 2004, par le quotidien L'Echo, membre de Copiepresse, qu'il sollicitait « l'ajout du site www.lecho.be dans « Google actualités ». De même, dans un mail du 26 janvier 2006, un délégué de L'Echo écrivait: « je pense que nos informations, spécialement belges, enrichiraient vraiment votre site belge de news ».

Il s'en déduit que L'Echo a donné son autorisation pour la reproduction de ses articles sur *"Google News"*.

Ne disposant pas de plus de droits que ceux de ses membres, Copiepresse ne pouvait donc solliciter pour L'Echo une interdiction de reproduction des articles dans *"Google News"*.

L'autorisation ne concerne cependant pas le service « en cache », et

ce d'autant plus que L'Echo publie sur son site des articles dont la consultation est payante et qui pourraient être consultables gratuitement par le lien « en cache ».

Il convient donc de réformer le jugement entrepris sur ce point, étant cependant précisé que cette autorisation est toujours révocable moyennant un préavis raisonnable et exprès, puisqu'il s'agit d'un accord portant sur une durée indéterminée. L'intentement de l'action par Copiepresse ne peut être considéré comme l'expression de L'Echo de mettre fin à cette autorisation.

48. Les méta-balises (ou *meta tags*) sont des balises spéciales situées dans l'en-tête d'un document HTML afin de fournir notamment des informations permettant aux moteurs de recherche d'indexer une page web.

Ainsi, si la balise « *no archive* » est activée, le robot du moteur de recherche est, en principe, incapable de garder la page dans son « cache ». Le fichier « robot.txt » permet, quant à lui de donner des instructions aux robots en les autorisant ou en leur interdisant de référencer tout ou partie des pages d'un site Internet.

En 2006, lors de l'intentement de l'action, les éditeurs n'avaient pas actionné ces balises, ce qui a permis à Google de référencer toutes leurs pages, notamment « en cache ». Depuis le prononcé du jugement entrepris et afin d'en assurer l'exécution provisoire, elles le font, ce qui permet à Google de ne référencer les pages que sur son service ordinaire *"Google Web"* et pas « en cache ». Les parties n'expliquent cependant pas comment il serait possible techniquement, au moyen de ces balises, d'empêcher Google de reproduire les titres et les trois premières lignes des articles dans le service *"Google News"*.

- 5 -05- 2011

49. Google revendique le bénéfice des techniques modernes de marketing qui ont développé le concept de permission implicite de collecter des données, dénommée « *Opt-in* » (pour « option d'adhésion ») et « *Opt-out* » (pour « option de retrait »).

Il s'agit de la manière dont sont collectées les données personnelles (en particulier les adresses électroniques) des internautes. On distingue quatre possibilités d'inscription d'un internaute à une liste de diffusion. Dans la liste qui suit, la liberté de choix de l'internaute est de plus en plus réduite :

1/ L'opt-in actif: l'internaute doit volontairement cocher une case ou faire défiler un menu déroulant pour que son adresse (ou d'autres données qui lui sont propres) soient utilisées ultérieurement à des fins commerciales.

2/ L'opt-in passif: une case est déjà précochée ou un menu déroulant déjà positionné sur oui (à la question voulez-vous recevoir des sollicitations ultérieures ?). Avec l'opt-in, l'accord de l'internaute est explicite.
3/ L'opt-out actif: Il faut cocher une case ou sélectionner un menu déroulant pour ne pas recevoir de message ultérieurement. On considère l'accord de l'internaute comme acquis par défaut, comme implicite.
4/ L'opt-out passif: en s'inscrivant à un service, l'internaute est automatiquement inscrit à une liste de diffusion sans qu'il ait la possibilité de changer cela au moment de l'inscription. La désinscription ne peut se faire qu'après l'inscription.
L'accord de l'internaute est demandé a posteriori (http://www.journaldunet.com/encyclopedie/definition/286/33/21/opt-in_opt-out.shtml).

Dès lors qu'elle avait la possibilité technique d'explorer l'entièreté des sites des éditeurs, Google en déduit que ceux-ci lui avaient donné l'autorisation de reproduire leur contenu. En résumé, sa thèse consiste à soutenir que tout ce qui n'est pas interdit est autorisé, ce qui implique que ses relations avec les propriétaires des sites s'inscriraient dans un régime *opt-out*.

50. Cette thèse est incompatible avec l'exigence d'autorisation explicite qui caractérise le droit d'auteur.

Le droit de reproduction est exclusif et absolu. L'émergence d'une société de l'information n'empêche pas que les auteurs ne puissent pas bénéficier d'un niveau élevé de protection (considérant 9 de la directive 2001/29), efficace et rigoureux (considérant 11) et d'une portée large (Arrêt *Infopaq*, point 43).

- 5 -05- 2011

Dès lors que la propriété intellectuelle est reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété (considérant 9), il ne peut être admis qu'un titulaire soit privé de ses droits par le simple fait qu'il a omis de mettre en œuvre un procédé technique ou, comme le dit d'une manière imagée SAJ, qu'il serait « légal de dérober le contenu d'une maison dont une porte est ouverte !».

La cour partage l'opinion du professeur Carine Bernault de l'Université de Nantes qui écrit que : « soumettre le droit d'auteur à la technique revient à créer une situation de dépendance à l'égard de systèmes qui – on le sait – ne seront jamais infaillibles. Enfin, et peut-être surtout, il faut mesurer l'impact de cette évolution sur la nature même du droit d'auteur. S'il est légitime de profiter de la technique et d'encadrer son utilisation, dès lors qu'elle est conçue comme un outil pour assurer le respect des droits, il semble en revanche excessif d'y voir la condition de cette effectivité. Il faut donc résister à la tentation d'imposer le recours à ces mesures

techniques, faute de quoi on pourrait aller jusqu'à considérer que l'ayant droit qui n'a pas utilisé la solution technique à sa disposition pour empêcher une exploitation de son œuvre est privé de tout recours contre le contrefacteur. Il faut donc que ces mesures techniques restent au service de la règle sociale (juridique si l'on veut), de la règle choisie par le corps social. Il ne serait pas acceptable que les logiciels devinssent en quelque sorte l'instrument de normalisation de la société dite de l'information, une 'loi' technique qui s'imposerait subrepticement ! » (C. BERNAULT, "La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur", *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, avril 2006, p. 61 ; voy. à cet égard l'opinion concordante du professeur Séverine Dusollier de l'Université de Namur, « Le géant aux pieds d'argile : Google News et le droit d'auteur », même revue, avril 2007, pp. 70 et sv.).

51. Pour les mêmes motifs, c'est en vain que Google se prévaut d'une licence implicite. Au demeurant, l'article 3, §1er,alinéa 3 de la LDA dispose que les dispositions contractuelles relatives au droit d'auteur et à ses modes d'exploitation sont de stricte interprétation.

Il s'en déduit qu'une autorisation expresse, certaine et préalable des auteurs est indispensable pour l'exploitation des articles par Google, laquelle est inexistante, sauf pour L'Echo dans le cadre de *"Google News"*.

9.- Sur l'application de la loi du 11 mars 2003 sur les services de l'information

- 5 -05- 2011

52. Google revendique le bénéfice de l'exonération de responsabilité relative aux prestataires de l'Internet, telle que visée dans la section 4 de la directive européenne n° 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, ainsi que dans la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information transposant cette directive en droit belge.

Les articles 12, 13 et 14 de la directive invoqués par Google disposent que :

« Article 12

Simple transport ("Mere conduit")

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire:

a) ne soit pas à l'origine de la transmission;

b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission

et

c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation.

Article 13

Forme de stockage dite "caching"

1. Les Etats membre veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que:

a) le prestataire ne modifie pas l'information;

b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information;

c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;

d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information

et

- 5 -05- 2011

e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

2. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation.

Article 14

Hébergement

1. Les Etats membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente

ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible ».

53. Comme le souligne à bon droit le premier juge, en l'espèce, c'est le comportement de Google qui est incriminé et non le contenu des sites auxquels Google permet l'accès.

Il n'est pas reproché à Google « de ne pas avoir vérifié la licéité des contenus ciblés par les hyperliens indexés sur ses services », mais de copier elle-même sur ses serveurs des articles publiés par les éditeurs et de communiquer ces copies aux internautes (service « en cache ») et de reproduire, par insertion dans *"Google News"*, des extraits significatifs de ces articles, sans autorisation et en dehors des exceptions prévues par la loi.

Au demeurant, il convient de rappeler que le choix du législateur européen était de ne pas inclure les moteurs de recherche dans les prestataires de services intermédiaires bénéficiant d'une exonération de responsabilité. L'article 21, 2 de la directive confirme expressément ce choix du législateur européen en ce qu'il prévoit que la Commission devra examiner la nécessité d'adapter la directive et de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteur de recherche.

- 5 -05- 2011

Dès lors que les moteurs de recherche ne bénéficient pas du régime juridique spécifique à la catégorie des intermédiaires techniques bénéficiant d'une immunité de principe, c'est le droit commun qui s'applique, lequel veut que le droit d'auteur soit respecté par tous, y compris les moteurs de recherche (A. Berenboom, *op. cit.* p.313, n° 201).

54. En tout état de cause, en ce qui concerne le service « en cache », il n'est nullement établi que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que

sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Google reconnaît que ce service a d'autres fonctions, notamment de permettre à l'internaute de consulter une (ancienne) page lorsque que celle-ci n'est plus accessible. Comme dit plus haut, ce service ne s'apparente pas au « *caching* », tel qu'il est compris en informatique.

De plus, ce qui est cause, n'est pas tant le fait de garder un article en mémoire interne – encore qu'il s'agisse incontestablement d'une reproduction par fixation – mais surtout de communiquer au public cette copie et pas l'hyperlien qui aurait permis d'avoir accès au site de l'éditeur.

Enfin, il a été établi que les pages pouvaient rester « en cache » pendant une très longue durée, ce qui n'est pas conforme avec l'exigence légale de transitivité éphémère.

Il s'en déduit que « le stockage « en cache » effectué systématiquement par Google ne constitue pas réellement une activité liée à la transmission des contenus sur les réseaux, soit à un "*proxy caching*" visé par la directive sur le commerce électronique, mais s'apparente davantage à une copie d'archivage ou une copie miroir des sites consultés par le moteur de recherche. Que ce type de copies soit couvert par le régime d'exonération ne peut être défendu » (S. DUSSOLIER, op. cit., p. 71).

55. Quant à *"Google News"*, il a été dit plus haut que ce service ne peut être assimilé à un simple référencement comme *"Google Web"* et qu'il ne se limite pas à transmettre un hyperlien à l'internaute.

- 5 -05- 2011

A cet égard, Google ne peut être assimilée à un simple « hébergeur ». Elle ne se contente pas de stocker les informations. Elle les sélectionne, les classe dans un ordre et selon une méthode qui lui est propre, notamment en privilégiant tel article plutôt qu'un autre en le mettant en caractères gras, en reproduit une partie et même, parfois, en modifie le contenu.

Google n'est donc pas un « intermédiaire passif ».

10.- Sur l'application de l'article 10 de la CEDH

56. Google soutient que la LDA, telle qu'interprétée par les parties intimées, viole l'article 10 de la CEDH et revendique pour elle le droit « de communiquer librement des informations ».

57. L'article 10, § 2 de la CEDH dispose que :

> « L'exercice de ces libertés [liberté d'opinion et liberté de recevoir ou de communiquer des informations] comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

En l'espèce, il n'est pas question d'empêcher le public d'accéder à une quantité de plus en plus grande d'informations, mais de vérifier si un opérateur économique peut reprendre à son compte et reproduire sans autorisation préalable des informations qui ont déjà été communiquées au public par un organe de presse. Par ailleurs, comme cela a déjà été rappelé à plusieurs reprises, dans le cadre des services « en cache » et *"Google News"*, Google ne se limite pas à référencer des hyperliens vers des articles, comme elle le fait dans *"Google Web"* ; la balance des intérêts en présence à laquelle elle demande à la cour de procéder ne concerne donc pas la liberté de communiquer cet hyper lien pour avoir accès à l'information sous-jacente.

58. A supposer que les services en cause de Google doivent être qualifiés de « communication d'informations » - ce que les intimées contestent – il convient de rappeler que l'article 10, § 2 de la CEDH dispose que la protection des droits d'autrui [en l'espèce la propriété intellectuelle qu'il y a lieu de ranger parmi les droits de propriété] peut justifier la stipulation d'une formalité, condition, restriction ou sanction au libre exercice du droit de communiquer une information.

- 5 -05- 2011

Le législateur européen a bien pris en considération les libertés fondamentales, puisqu'il énonce dans le 3ème considérant de la directive 2001/29 que :

> « L'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété intellectuelle et de la liberté d'expression et de l'intérêt général ».

Par ailleurs, il ne peut être contesté que le respect du droit de propriété constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique. Il est d'ailleurs garanti par le 1er protocole additionnel de la CEDH.

Les cours de cassation française et belge admettent que le droit à l'information puisse trouver sa limite dans les droits garantis aux

auteurs. Ainsi, la liberté de défendre son opinion et la liberté d'écouter ou de transmettre toute information ou idée, sans crainte de l'ingérence de l'Etat et sans restrictions, ne font pas obstacle à la protection de l'originalité de la manière suivant laquelle l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique exprime ses idées et concepts (Cass., 25 septembre 2003, C.03.0026.N) ; « [il n'y a pas] d'atteinte au droit public à l'information et à la culture [en raison] du monopole légal de l'auteur sur son œuvre [qui] est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même Code » (Cass. fr., 13 novembre 2003, n° 01-14.385, Bull., 2003, I, n° 229, p. 181) ; le droit à l'information du public consacré par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales trouve ses limites dans le respect des autres droits identiquement protégés ; il en est ainsi des droits de propriété intellectuelle, biens au sens de l'article 1 du Protocole additionnel (Cass. fr., 2 octobre 2007, n° 05-14.928, www.legifrance.gouv.fr).

Enfin, et contrairement à ce que soutient Google, son service n'est pas paralysé par le droit d'auteur, dans la mesure où il lui est loisible de conclure des contrats généraux avec les sociétés de gestion collective, la dispensant de recueillir l'autorisation préalable de chaque éditeur, ce qui assurera à ces derniers et aux auteurs la rémunération raisonnable à laquelle ils ont droit. Certes, le service *"Google News"* est gratuit et ne comporte, en Belgique, aucune publicité ; cette circonstance n'implique cependant pas que la balance économique des intérêts en présence penche en faveur de Google, puisqu'il faut tenir compte que cette gratuité n'est possible qu'en raison des recettes très importantes que Google engrange par l'attractivité de tous ses services et des glissements horizontaux de revenus que cette interactivité permet.

- 5 -05- 2011

Il s'en déduit que la LDA, qui a transposé la directive, n'est pas contraire à l'article 10 de la CEDH.

11.- Sur l'abus de droit

59. Google se dit victime d'un abus de droit, dans la mesure où les éditeurs, les journalistes et les auteurs scientifiques exerceraient leurs droits d'auteur dans un but purement économique, soit d'une manière détournée de leur finalité. Elle soutient qu'il n'existe guère de différence entre les services *"Google Web"* et *"Google News"* et que, partant, les éditeurs devraient adopter la même attitude vis-à-vis de ces deux services. Enfin, elle affirme que l'exercice du droit d'auteur entraîne un désavantage disproportionné dans le chef de

Google et procède d'une intention de nuire dans le chef des auteurs.

60. Il a déjà été répondu à tous ces arguments dans les développements qui précèdent.

La cour rappelle que les services *"Google Web"* et *"Google News"* ne sont pas identiques, que la reproduction d'extraits d'articles dans *"Google News"* est de nature à porter préjudice aux éditeurs et aux journalistes et viole leurs droits d'auteur en les privant, notamment, d'une juste rémunération.

Le fait de réclamer une compensation financière en contrepartie d'une autorisation de reproduction ne peut être qualifié de détournement du droit d'auteur puisque la loi elle-même a prévu l'existence de droits patrimoniaux, cessibles et transmissibles conformément aux règles du Code civil.

Il a également été rappelé qu'il n'existe aucun désavantage disproportionné au détriment de Google qui a toujours la possibilité de conclure des contrats généraux et qui devrait être capable, techniquement, de mentionner le nom des auteurs, si ceux-ci apparaissent, sur la page d'origine.

Enfin, les éditeurs étaient en droit de considérer que leurs relations avec les moteurs de recherche ne s'inscrivaient pas dans un régime *opt-out*. Partant, le fait de mettre en œuvre les procédures de protection prévues par la LDA ne constitue pas la preuve d'une « intention de nuire », au seul motif qu'ils n'avaient pas activé, en son temps, les balises adéquates. A cet égard, il est symptomatique de constater que Google reproche aux éditeurs de ne pas avoir pris les dispositions techniques pour éviter le référencement de certaines pages de leurs sites, mais ne s'est jamais inquiétée d'obtenir leur accord pour reproduire des extraits de celles-ci dans *"Google News"*.

- 5 -05- 2011

L'abus de droit n'est pas établi.

12.- Sur le comportement anticoncurrentiel de Copiepresse

61. Google soutient que l'action collective de Copiepresse est contraire à l'article 2 de la loi sur la protection économique [coordonnée le 15 septembre 2006] (en abrégé LPCE) ainsi qu'à l'article 81, §1 du Traité des communautés européennes [lire 101, §1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, abrégé TFUE] et qu'elle abuse de sa position dominante, ce qui est contraire à l'article 3 de la LPCE et 82 du Traité CE [lire 102 du TFUE) en ce qu'elle

poursuit un objectif anticoncurrentiel.

Les griefs de Google sont les suivants :

- en ce qui concerne les accords entre entreprises :
  - l'action fondée sur le droit d'auteur n'est qu'un prétexte pour freiner les activités de Google, perçue comme concurrente (point 234 de ses conclusions) ;
  - les membres de Copiepresse auraient, d'une part, pris une décision collective préalable de ne pas paramétrer correctement leurs sites respectifs de manière à éviter leur référencement dans les liens « en cache » de *"Google Web"* et dans *"Google News"*, et, d'autre part, instrumentalisé une action collective aux fins de limiter la concurrence (point 234) ;
  - les membres de Copiepresse ont, par leur comportement collectif et artificiel, placé Google dans une situation prétendument illicite, en ne lui donnant pas la possibilité de connaître les parties du site qu'ils ne souhaitaient pas voir référencées, l'obligeant, après le prononcé du jugement entrepris, à déréférencer complètement tous les sites, réduisant ainsi la qualité du service *"Google Web"* (point 239 de ses conclusions) ;
  - le *leitmotiv* de l'action de Copiepresse est avant tout financier et protectionniste, dans la mesure où elle tente de freiner l'arrivée d'un nouveau service sur le marché et d'obtenir des revenus additionnels que les membres n'auraient pu obtenir individuellement (point 240) ;

- en ce qui concerne l'abus de position dominante :
  - Copiepresse place artificiellement Google dans une situation illicite pour utiliser ensuite le droit d'auteur afin de restreindre l'accès au marché d'un nouvel acteur, perçu comme un concurrent et de lui soutirer des conditions commerciales déraisonnables (point 248) ;
  - les membres de Copiepresse se sont concertés pour permettre le référencement de leurs sites afin de pouvoir ensuite éliminer la concurrence provenant de *"Google News"* en introduisant une action collective en cessation (point 251).

- 5 -05- 2011

62. Sans entrer dans les méandres du droit de la concurrence, notamment la définition préalable des marchés à laquelle Google ne procède pas et la remise en cause de l'existence même des sociétés de gestion collective pourtant reconnues par la C.J.U.E. (cf. arrêts *Sperziebonen* du 27 mars 1974 et *Greenwich* du 25 octobre 1979), il convient d'emblée d'observer que tous ces griefs participent d'une

seule et même prémisse erronée : ils supposent que les éditeurs auraient volontairement fait croire à Google qu'ils adhéraient à un régime *opt-out* de référencement en n'activant pas les balises adéquates, pour l'inciter ainsi à commettre un acte illicite et se positionner ensuite en victime, ce qui leur permettait de réclamer d'importants dommages et intérêts.

Ce procès d'intention, fondé sur une concertation malveillante, ne repose sur aucune pièce et est dénué de toute pertinence.

Au contraire, la lettre de mise en demeure du conseil de Copiepresse du 13 juillet 2006 ne réclame aucune indemnisation ; elle se borne à invoquer le respect du droit d'auteur et à demander de supprimer dans *"Google News"* et dans le cache de Google les articles de ses membres. Elle ne tend pas et n'a pas pour effet d'écarter Google d'un quelconque marché, sur lequel, à défaut de définition des marchés en cause, il n'est pas possible de dire si les parties sont concurrentes.

Quant à Google, elle ne s'est jamais inquiétée que ses pratiques pouvaient être en contradiction avec la protection des droits intellectuels, alors qu'elle faisait déjà l'objet de procès à cet égard, notamment en France. Si elle avait pris contact avec les éditeurs pour solliciter leur autorisation, elle aurait pu conclure un contrat général avec les sociétés de gestion collective et éviter ainsi de s'exposer aux conséquences d'une procédure judiciaire en contrefaçon.

De plus, c'est aux cours et tribunaux et pas à Copiepresse qu'il reviendra de déterminer l'éventuelle indemnisation due aux auteurs pour les actes de contrefaçon commis par Google. En ce qui concerne l'avenir, il appartiendra aux parties de négocier éventuellement un contrat général qui n'est pas obligatoire, car rien n'empêche, à défaut d'autorisation - ce qui est l'essence même du droit d'auteur - que les quotidiens de la presse francophone belge ne soient pas référencés s'ils ne le désirent pas. Cette circonstance ne porte pas préjudice à une entreprise de taille mondiale comme Google et n'est pas de nature à l'empêcher de se développer sur le marché des moteurs de recherche. En tout état de cause, il appartiendra toujours aux cours et tribunaux d'apprécier si, à cette occasion, Copiepresse ne commettrait pas un abus de position dominante en réclamant un tarif abusif, ce qui ne fait pas l'objet du présent débat.

- 5 -05- 2011

63. Il s'en déduit qu'aucune preuve factuelle n'est rapportée que les membres de Copiepresse auraient conclu un accord ou adopté des pratiques concertées en vue d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ou auraient abusé de leur éventuelle position dominante en tentant d'imposer des tarifs non équitables ou

de limiter les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs.

Le moyen n'est pas fondé.

13.- Sur de la demande de saisie conservatoire

64. Craignant l'insolvabilité de Google, Copiepresse introduit une demande nouvelle tendant à l'autoriser à pratiquer une saisie conservatoire de ses biens mobiliers et immobiliers.

Cette demande n'est pas fondée.

Copiepresse ne démontre pas que le recouvrement des dommages et intérêts qu'elle entend réclamer à Google serait compromis par la situation financière de celle-ci.

Le seul fait que le cours de l'action ait chuté à l'occasion de la crise financière de 2008 – comme ce fut le cas pour toutes les entreprises – ne suffit pas à rencontrer l'exigence de célérité stipulée à l'article 584, 5° du Code judiciaire. Au contraire, le graphique du cours de l'action repris à la page 54 des conclusions de Copiepresse démontre que cette action a entrepris une nette remontée à partir du mois de mars 2008.

14.- Sur les dépens

- 5 -05- 2011

65. Eu égard à la complexité de la cause, dans laquelle les parties ont échangé 290 pages de conclusions, il y a lieu de fixer le montant de l'indemnité de procédure réclamée par SAJ et Assucopie au montant maximal sollicité, soit 10.000,00 €, entretemps indexé à 11.000,00 €. Celles-ci étant représentées par un même avocat, elles n'ont droit qu'à une seule indemnité de procédure.

Quant à Copiepresse, à défaut de demande spécifique, il y a lieu de lui allouer le montant de base de 1.320,00 €.

V.- DISPOSITIF

Pour ces motifs, la cour,

1. **Reçoit les appels et la demande incidente de Copiepresse.**

2. **Dit l'appel de Google très partiellement fondé dans la mesure précisée ci-après.**

3. **Réforme le jugement entrepris en ce qu'il a condamné « Google à retirer de tous ses sites (...) tous les articles, photographiques et représentations graphiques (...) »;**

   Statuant à nouveau sur ce seul point, reformule comme suit l'ordre de cessation :

   > **Condamne Google à retirer des sites *Google.be* et *Google.com*, plus particulièrement des liens « en cache » visibles sur *"Google Web"* et du service *"Google News"*, tous les articles, photographies et représentations graphiques des éditeurs belges de presse quotidienne francophone et germanophone, représentés par Copiepresse, et des auteurs dont SAJ et Assucopie justifieront qu'elles détiennent les droits, sous peine d'une astreinte de 25.000,00 € par jour de retard, sauf en ce qui concerne le quotidien L'Echo pour le seul service *"Google News"*.**

   Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

- 5 -05- 2011

4. **Dit l'appel incident de SAJ et Assucopie non fondé et les en déboute.**

5. **Dit la demande nouvelle de Copiepresse non fondée et l'en déboute.**

6. **Délaisse les dépens d'appel à Google et la condamne à payer à SAJ et Assucopie 11.000,00 € d'indemnité de procédure et 1.320,00 € à Copiepresse.**

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le - 5 -05- 2011

où étaient présents :

Henry MACKELBERT, conseiller ff. président,
Marie-Françoise CARLIER, conseiller,
Marc VAN DER HAEGEN, conseiller suppléant
Patricia DELGUSTE, greffier.

P. DELGUSTE M. VAN DER HAEGEN

M.-F. CARLIER H. MACKELBERT

- 5 -05- 2011