

JUGEMENT GOOGLE/LA MARTINIÈRE : ALEA JACTA EST ?

LE 20 DÉCEMBRE 2009 LIONEL MAUREL (CALIMAQ)

Le verdict du procès Google/La Martinière est donc tombé vendredi, mettant fin plusieurs années d'incertitude en condamnant le moteur de recherche pour contrefaçon du droit d'auteur...



” Il n’y a rien de certain, sinon le fait de mourir pour celui qui est né ” (Critias). Pour le reste, l’incertitude est universelle. L’aléatoire est la catégorie de l’incertitude. ” Aléatoire ” se dit de ce qui arrivera ou de ce qui arrive, mais n’est pas encore arrivé. Or, la réalité se réduit à ce qui arrivera, ce qui arrive et ce qui est arrivé. L’aléatoire est donc au cœur de la réalité.”



Citation extraite de l'ouvrage **L'aléatoire**, par **Marcel Conche**. PUF, 1999. Trouvée en deux clics grâce à Google Book Search (on verra plus loin que ce détail a son importance...).

Le verdict du procès Google/La Martinière **est donc tombé vendredi**, mettant fin plusieurs années d'incertitude en condamnant le moteur de recherche pour contrefaçon du droit d'auteur. Je ne vais pas me lancer dans une analyse détaillée de cette décision, **déjà largement commentée**, mais je voudrais montrer comment, de manière très surprenante, **l'aléatoire** justement est au cœur du jugement.

Mais cela ne veut pas dire que le juge s'est décidé au hasard, bien au contraire !

Les réactions commencent à affluer à propos de ce jugement (disponible en ligne **chez Juriscom.net**). Vous pouvez retrouver celles qui me paraissent les plus importantes en cliquant sur la perle ci-dessous :



Attention : terrain juridique glissant !

Google a perdu pour ne pas avoir réussi à convaincre le juge d'appliquer le droit américain à l'affaire, et notamment **la notion de fair use (usage équitable)**. J'avais essayé dans deux billets précédent (**ici** et **là**) de montrer à quel point cette question du droit applicable était centrale... et instable.

Je ne vais pas m'étendre très longuement sur ce point qui a déjà fait l'objet d'analyses très intéressantes **chez Jules de Diner's room** et **chez Jérôme Le Coeur de Décryptages**.

Ce qu'il faut retenir, c'est qu'une grande incertitude régnait en la matière, et que le TGI a fait un choix en optant pour le droit français, à partir d'une certaine interprétation de la notion de "fait générateur du dommage".

L'avocate de Google a tenté de faire appliquer **la jurisprudence de la Cour de Cassation, dite Lamore du 30 janvier 2007**, qui avait déjà permis à Google de s'en sortir en 2008 dans procès mettant en cause Google Images, en obtenant le bénéfice du droit américain et du *fair use* (**Affaire SAIF c. Google**). Dans ces décisions, la loi applicable était déterminée à partir du lieu où le fait générateur de la contrefaçon a été réalisé et non du lieu où le dommage a été subi. Dans l'affaire SAIF, la troisième chambre du TGI avait estimé que l'acte à l'origine de la contrefaçon résidait dans l'indexation et le stockage, réalisés à partir des serveurs américains de Google.

Une décision du TGI intervenue début octobre, avait cependant commencé à fragiliser cette position. Dans cette affaire, Google Images avait cette fois été condamné, sur la base du fait que le lieu générateur du dommage devait être apprécié par rapport à la diffusion des images qui s'effectue en France à partir d'un site en .fr.

C'est une approche similaire (mais pas tout à fait) qui a prévalu devant la troisième chambre du TGI vendredi. Les mêmes juges qui étaient à l'origine de la décision SAIF ont estimé un an plus tard que :



"[...] la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle en matière de délit complexe est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; que ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que de celui du lieu de réalisation de ce dernier ;"



Le juge est revenu à une approche mixte qui le conduit à procéder par le biais de collecte d'indices pour déterminer avec quel pays le litige a le plus de points de contacts. Et à ce jeu, les avocats français ont été les plus forts, puisqu'ils avaient relevé à l'audience pas moins de 11 points de contacts différents qui sont repris par le juge dans sa décision.

Un autre élément a pu jouer un rôle important, comme le note très bien Jérôme Le Coeur **dans son analyse** : les avocats français sont habilement parvenus à mettre en cause Google France, solidairement aux côtés de Google Inc., la maison mère américaine. Ils se sont notamment appuyés sur une lettre envoyée par Google France aux éditions La Martinière en 2006 pour lui présenter le programme Google Livres (et le fameux mécanisme de l'*opt-out*). Ce courrier dont il avait beaucoup été question à l'audience (et cela m'avait alors surpris) a visiblement pesé lourd dans la balance et a pu contribuer à faire basculer le fléau du côté du droit français.

Au final, on assiste donc à un véritable glissement de terrain juridique, du droit américain vers la loi française, qui a décidé du sort du litige, mais qui pourrait aussi s'avérer à l'avenir un terrain... glissant.

Tant Jules de Diner's room que Jérôme de Décryptages (qui va jusqu'à parler d' "**une jurisprudence incertaine**") estiment déjà que le fondement de cette décision est fragile, car elle s'oppose à la jurisprudence Lamore de la Cour de Cassation. Dès lors, **la décision de Google de se porter en appel** n'est pas une forfanterie et en présence d'une divergence des juridictions, la question du droit applicable reste ouverte

(voyez **chez Jules**)



“[...] les actes de reproduction reprochés à Google devraient, suivant cette jurisprudence, être soumis au droit américain et pouvoir bénéficier de l’exception de fair use. Et la firme de Moutain View peut raisonnablement espérer de l’appel qu’elle a formé contre le jugement du TGI de Paris.”



Néanmoins, il faudra deux ans de plus pour savoir ce qu’en pense la Cour d’Appel et on peut en ajouter trois si l’affaire va jusqu’en Cassation. A moyen terme, la victoire “tactique” des titulaires français est incontestable et la décision s’est faite sur le terrain du droit français qui leur était hautement favorable.

Mais je ne suis pas certain qu’il s’agisse d’une réelle victoire pour tout le monde et il y a beaucoup à dire sur la manière dont le juge a appliqué le droit français de la propriété intellectuelle.

Une victoire pour les auteurs, voire !

Google avait essayé d’appuyer sur un point qui fait très mal. Il avait tenté d’attaquer la recevabilité même de la requête de La Martinière en montrant que celui-ci ne pouvait pas apporter la preuve d’être détenteur des droits numériques sur les ouvrages en cause. C’était un argument redoutable, car on sait qu’en droit français, il faut que chaque usage fasse l’objet dans le contrat d’édition d’une cession explicite. Or les contrats qui lient les éditeurs et les auteurs ne prévoient que depuis une période relativement récente de manière explicite la question de l’exploitation numérique des oeuvres. Dès lors, il était difficile à La Martinière d’apporter cette preuve et on pouvait estimer que les droits numériques étaient restés aux auteurs, dont aucun n’était partie en tant que tel au procès.

Le TGI a rejeté cet argument par le biais d’une sorte de pirouette qui en dit très long sur sa conception des rapports entre auteurs et éditeurs et qui me paraît assez inquiétante pour l’avenir :



“en l’absence de revendication de ou des auteurs, la personne morale qui exploite sous son nom une oeuvre est présumée, à l’égard des tiers contrefacteurs, être titulaire sur cette oeuvre, quelque soit sa nature et de sa qualification, du droit de propriété incorporelle de l’auteur”



Il faut donc comprendre que le juge présume, du seul fait de l’existence d’un contrat, que les droits numériques appartiennent aux éditeurs et pour ce faire, il s’appuie sur les clauses générales indiquant que *“les auteurs ont cédé leurs droits pour toute utilisation et pour tout procédé actuel ou à venir”*. Il me semblait qu’il existait un débat très fort sur la validité de telles clauses, dans lequel le juge vient de prendre partie de manière surprenante.

Quand on connaît l’enjeu que soulève cette question de la répartition des droits numériques entre auteurs et éditeurs pour les années à venir, avec le problème lancinant des oeuvres épuisées, on ne peut que s’interroger sur la manière dont le juge s’est décidé sur la base d’une simple présomption. Et on frémit à l’idée que la charge de la preuve des droits numériques puissent peser à l’avenir... sur les auteurs !

Il n’est peut-être pas anodin de relever que plusieurs voix d’auteurs se sont déjà élevées pour exprimer une position dubitative quant à cette décision, estimant que la condamnation de Google peut nuire au final à la visibilité de leurs oeuvres en ligne (**ici** ou **là**). Je vous recommande en particulier d’aller voir les réactions **de François Bon** et **d’Hubert Guillaud**, qui montrent que Google pourrait à présent porter le fer précisément à la charnière entre auteurs et éditeurs. Son nouveau service **Google Editions** en particulier lui ouvre la

possibilité justement de contourner les éditeurs pour atteindre directement les auteurs...
comme s'il avait déjà un coup d'avance...

Sur ce dossier, je ne dirais pas que le jugement du TGI apporte de solution ; bien au contraire il frotte le sel sur cette plaie qui divise le monde du Livre.

Google ne joue pas aux dés, mais le juge...

Venons-en maintenant au cœur même de la décision, à savoir la manière dont le juge a appliqué le droit français et voyons comment toute cette affaire s'est jouée... aux dés ! C'est le juge lui-même qui le dit !

Revenu sur le terrain du droit français, il fallait que le juge apprécie si le fonctionnement de Google Book Search mettait en cause les droits exclusifs de reproduction et de représentation des titulaires, ainsi que le droit moral des auteurs, représentés dans cette affaire par la SGDL.

En ce qui concerne le droit de reproduction, Google a tenté de faire valoir une étrange conception "téléologique" que le juge a écarté assez logiquement. Google soutenait qu'il n'y avait pas de reproduction sans intention de communiquer l'oeuvre au public, ce que Google Book Search ne permet pas autrement que sous forme de courts extraits. Mais il faut savoir qu'en droit français, l'acte de reproduction est interdit en lui-même, indépendamment de toute représentation ou communication au public. Le juge le rappelle avec force :



La numérisation d'une oeuvre, technique consistant à scanner l'intégralité des ouvrages dans un format informatique donné, constitue une reproduction de l'oeuvre qui requiert en tant, lorsque celle-ci est protégée, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants-droits.



Là dessus, pas grand chose à dire, si ce n'est que cela ferme la porte à toute forme de traitement des données et de stockage des oeuvres, y compris par exemple à des fins de recherche, de type text mining, analyse computationnelle, linguistique de corpus, etc. Mais le juge n'est pas là pour faire de la science-fiction, voyons !

Et il a visiblement une maîtrise assez limitée de ces aspects techniques comme le montre la suite...

C'est à propos de la représentation des oeuvres que cette décision entrera certainement dans les annales judiciaires. Le juge retient deux arguments pour écarter l'exception de courte citation qui aurait pu couvrir encore Google. Il estime en effet que l'exception n'est pas applicable, au motif que :



"les couvertures concernées sont communiquées dans leur intégralité, même en format réduit, et que l'aspect aléatoire du choix des extraits représentés dénie tout but d'information tel que prévu par l'article L. 122-5.3 du Code de Propriété Intellectuelle."



Nous y sommes : l'affichage des extraits de Google Book est jugé "aléatoire" par le TGI et cela suffirait en soit à faire tomber l'exception de courte citation qui (et on l'oublie trop souvent), nécessite que la citation soit bien courte, mais aussi **"justifiée par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elle est incorporée"**.

En France, on n'a pas le droit de citer pour s'amuser ou de citer pour citer : il faut viser un de ces buts définis par la loi. Or si Google fonctionne au hasard, impossible de revendiquer une

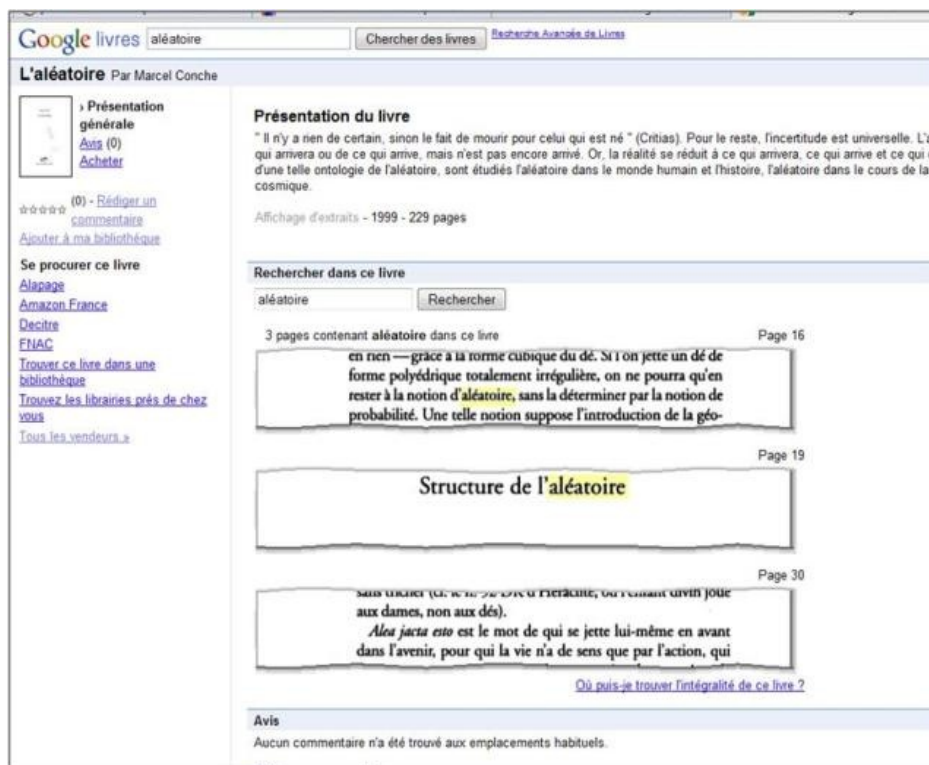
quelconque fonction d'information.

L'avocate de Google avait bien pris soin d'argumenter en ce sens à l'audience, en s'appuyant même sur **la jurisprudence Microfor c. le Monde** qui consacre la notion d'oeuvre d'information. A l'inverse, les avocats français ont tout fait pour présenter Google Book comme une machine à démolir les textes, en dépit de toute logique. C'était habilement joué et cela à même convaincu le juge. Mais qu'en est-il réellement ?

Faisons un petit test **en tapant par exemple "aléatoire" dans Google Book** : on aboutit à une liste d'ouvrages portant (et le hasard fait bien les choses, vous en conviendrez) dans leur plus grande majorité sur les statistiques ou la science des nombres. Si j'épluche cette liste, je me rends compte qu'il faut arriver aux alentours de la vingtième page pour aboutir à des résultats moins cohérents.

Cette liste n'est pas établie de manière aléatoire, mais par le biais d'un algorithme qui évalue la pertinence des résultats à partir des données fournies par le recherche en plein texte au coeur des ouvrages. Si les algorithmes de Google fonctionnaient uniquement au hasard, on peut dire que leur réussite relève d'un sacré coup de bol, vous ne trouvez pas ?

Allons plus loin et sélectionnons un ouvrage, le premier de la liste : **L'aléatoire, par Marcel Conche. PUF, 1999.**



The screenshot shows a Google Books search result for the book "L'aléatoire" by Marcel Conche. The search term "aléatoire" is entered in the search bar. The page displays the book's title, author, and a search bar with "aléatoire" entered. Three excerpts are shown, each with the word "aléatoire" highlighted in yellow. The excerpts are from pages 16, 19, and 30 of the book.

Page 16: en rien — grâce à la forme cubique du dé. Si l'on jette un dé de forme polyédrique totalement irrégulière, on ne pourra qu'en rester à la notion d'aléatoire, sans la déterminer par la notion de probabilité. Une telle notion suppose l'introduction de la géo-

Page 19: Structure de l'aléatoire

Page 30: sans doute (ce n'est pas une éternité, on ne peut jouer aux dames, non aux dés). *Alia jacta esto* est le mot de qui se jette lui-même en avant dans l'avenir, pour qui la vie n'a de sens que par l'action, qui

(Notons au passage que c'est vraiment une chance incroyable que sur les 10 millions de livres que comptent Google Book, le hasard me fasse tomber pile sur un tel livre quand je tape "aléatoire". Et en plus, j'y retombe à chaque fois que je renouvelle la requête !).

Voilà donc trois extraits, sous forme d'entrefilets qui seraient générés aléatoirement. Bigre quelle chance ! Ils comportent le mot aléatoire qui apparaît surligné en jaune.

Et tout ça est tellement aléatoire que chaque fois que je reviens sur cette page, ce sont les trois mêmes extraits qui s'affichent !

Nous fera-t-on vraiment croire que Google joue aux dés ? C'est manifestement faux, quand on possède un minimum de connaissance de cet outil.

Je dirais plutôt que le juge a pris pour argent comptant l'argumentation des avocats français qui se sont plu à caricaturer le fonctionnement de Google Book.

Et cela va très loin, car c'est aussi ce caractère aléatoire de l'affichage des extraits que le juge retient pour condamner Google sur le terrain du droit moral :



"l'affichage sur le site Internet incriminé d'extraits d'oeuvres que la

société Google Inc reconnaît tronqués de façon aléatoire et sous forme de bandeaux de papier déchirés portent atteinte à l'intégrité des œuvres”



En fait, ce qui est aléatoire (et Google le reconnaît), ce n'est pas en soi l'affichage des extraits, mais la manière dont les entrefilets sont taillés automatiquement dans le texte (on imagine qu'il doit y avoir un calcul du nombre de mots).

Et vous savez pourquoi il en est ainsi ? Parce que c'est la seule façon pour Google de faire en sorte que ces extraits restent bien courts...

Peut-on assimiler tout système automatique à un mécanisme aléatoire ? Ce n'est pas l'impression que me donne ma montre !

Je passe sur la question des couvertures : oui, notre droit d'auteur n'admet pas la citation graphique et les juges rejettent (en général) l'idée que l'on puisse utiliser l'exception de courte citation à propos des images, même lorsque celles-ci sont reprises en taille réduite. **D'autres que moi** ont dit à quel point cela pouvait constituer un obstacle pour l'accès à l'information. Profitez bien des derniers moments de Google Images et de toutes les fonctionnalités de recherche d'images du web, car si on va par là, plus rien ne sera bientôt possible...

[Pour en finir avec ce point, je me souviens à quel point j'avais été interloqué lors de l'audience de voir qu'il n'y avait aucun écran dans la salle. L'avocate de Google a expliqué le fonctionnement de Google Book à partir de simples copies d'écran sur papier...]

En faire un principe pour mieux éviter l'essentiel...

Je pense que le paragraphe ci-dessus montre bien ce que cette décision comporte de téléologique (et je dirais même d'idéologique). La fin justifie les moyens... même lorsque ceux-ci prêtent le flanc à la critique. Il s'agissait manifestement moins de satisfaire à la cohérence jurisprudentielle que de réaffirmer avec force les grands principes de notre droit d'auteur. Sur ce point, la décision du TGI est exemplaire, mais va-t-elle vraiment au fond des choses, j'en doute.

Il y a avait en effet d'autres arguments soulevés par les avocats français qui auraient mérités à mon sens tout autant d'attention, et notamment **l'accusation de parasitisme** :



“les sociétés demanderesses invoquent par ailleurs des actes de parasitisme à l'encontre de Google en faisant valoir sans distinction que le service recherche de livres incriminé consiste à utiliser, dans un but lucratif, les fruits des travaux des éditeurs sans leur verser de contrepartie, ce qui engendrerait pour eux un trouble commercial important”.



Voilà une vraie question qui interroge le modèle économique de Google : **cette fausse gratuité** au coeur même de la stratégie du moteur de recherche. C'est cette question qui revient de manière lancinante chaque fois que Google est en conflit avec des producteurs de contenus que ce soit pour la vidéo avec Youtube ou la presse avec Google News (cf. **Affaire Murdoch aux Etats-Unis** et **ici pour la France**). Ce procès aurait pu être l'occasion d'examiner la conformité du modèle publicitaire de Google avec notre droit, mais le juge a écarté le parasitisme sans s'y attarder et il faut bien dire que les avocats français n'avaient que mollement étayé leurs arguments sur ce point.

Mais qu'importe puisque la statue de Beaumarchais est toujours debout ?

Le sort en est-il jeté ?

Je ne vais pas me lancer pour finir dans un exercice de futurologie. Mais je voudrais citer deux réactions qui me paraissent très justes.

Celle d'Olivier Ertzscheid tout d'abord qui nous donne sur Affordance une synthèse de sa position sur l'ensemble de l'affaire Google Book Search (à laquelle je souscris sur tous les points) :



J'ai dit et je maintiens :

- 1. que la législation sur le droit d'auteur est, aujourd'hui (de territorialisation massive oblige) un anachronisme contre-productif pour les premiers concernés (les auteurs)**
- 2. qu'il fallait en urgence OUVRIRE l'accès aux oeuvres « orphelines » [...], et que cela impliquait une décision législative (et donc politique)**



Celle de Jules sur Diner's room



Le plus satisfaisant, peut-être, serait que le législateur français ou européen s'aligne sur l'exception de "fair use". Elle n'est certes pas conforme à la tradition absolutiste — et un peu crispée — du droit d'auteur à la française. Mais elle n'en méconnaît pas la nécessité et en respecte l'éminence.



Google Book pose de manière frontale la question de l'adaptation des règles du droit d'auteur au contexte de l'environnement numérique. La décision du TGI vient de les retremper dans la rigueur la plus stricte et conforter les titulaires de droit français dans l'idée que rien ne doit changer au pays des droits d'auteur. On peut s'attendre à ce que l'hiver législatif de la propriété intellectuelle ne prenne pas fin de sitôt.

Nous verrons bien ce qui adviendra au fil de l'appel et de la cassation...

Le sort n'en est peut-être pas complètement jeté, mais ce jugement pourrait bien nous jeter un mauvais sort.

—

» Article initialement publié sur S.I.Lex

DEENOX

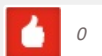
le 25 janvier 2010 - 21:24 • SIGNALER UN ABUS - PERMALINK



Google fait ce qui lui plait et ensuite voie dans quelle sans souffle le vent, de toute façon avec les milliard de dollars qu'il encaisse ils peuvent se permettent se que bon leur semble ont dirais.

[WORDPRESS HASHCASH] The poster sent us '0 which is not a hashcash value.

VOUS AIMEZ



0

VOUS N'AIMEZ PAS



0

LUI RÉPONDRE

AGUIREFAYE19

le 12 mars 2010 - 10:14 • SIGNALER UN ABUS - PERMALINK



Don't you know that it is correct time to receive the credit loans, which would make your dreams come true.

VOUS AIMEZ



0

VOUS N'AIMEZ PAS



0

LUI RÉPONDRE

2 pings

Les tweets qui mentionnent Jugement Google/La Martinière : Alea jacta est ? | Owni.fr -- Topsy.com le 20 décembre 2009 - 20:11

[...] Ce billet était mentionné sur Twitter par damien douani, Owni. Owni a dit: #Owni Jugement Google/La Martinière : Alea jacta est ? <http://bit.ly/8OOhyS> [...]

La part d'ombre de Google Livres « Le fil de la médiathèque le 16 juin 2012 - 21:30

[...][...]