EXPERTISES DES SYSTÈMES D'INFORMATION

LE MENSUEL DU DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DU MULTIMÉDIA

INTERVIEW

OPEN DATA UN MOUVEMENT INÉLUCTABLE

PAR ANNE COUSIN

DOCTRINE

LIBRE-ÉCHANGE

Conséquences de la réglementation internationale du commerce sur l'internet

JURISPRUDENCE

MOTEUR DE RECHERCHE

Google suggest : vers un épilogue judiciaire



Moteur de recherche Google suggest : vers un épilogue judiciaire

L'arrêt de la Cour de cassation (voir p.398) du 19 juin 2013 (1) constitue un tournant dans cette saga judiciaire ayant donné lieu, ces cinq dernières années, à plus d'une quinzaine (2) de décisions (rendues en référé ou sur le fond) portant sur la responsabilité incombant à Google du fait du fonctionnement de sa fonction de « suggestion ».

n sait que le fonctionnement d'un moteur de recherche (de Google comme de ses concurrents) combine un logiciel d'exploration visitant en continu les pages web d'une part, et un système d'indexation de copies des pages visitées dans une base de données d'autre part, aboutissant à un référencement automatique des contenus accessibles sur le web.

Parallèlement à ce référencement dit « naturel » et à ses services de référencement payant (programme Adwords) Google Inc. (ci-après Google) offre à ses utilisateurs depuis 2004 un nouvel outil logiciel dit de « suggestion », mis en place par défaut sur la version francophone de Google en septembre 2008. Cette fonctionnalité permet à l'utilisateur de Google de se voir proposer (grâce aux algorithmes à l'œuvre dans la solution logicielle) sous forme de menu déroulant, des suggestions de requêtes dans le formulaire du moteur de recherche, au fur et à mesure de la saisie des mots clés. L'outil de suggestion présente ainsi une liste de 10 mots ou expressions se rapprochant de la recherche de l'utilisateur de Google. Le classement des mots et expressions suggérés est fonction, selon les explications données par Google, de la récurrence des recherches associées par les utilisateurs de Google au mot-clé. A cette fin, et tou-jours selon Google, le logiciel récupère et analyse un certain pourcentage des mots clés saisis par les internautes dans le formulaire du moteur de recherche, puis enregistre toutes ces données et organise les mots clés, les classant du plus souvent saisi au plus rarement recherché.

L'outil de suggestion de Google a très vite suscité des contentieux liés aux expressions, souvent injurieuses ou diffamatoires, associées avec l'identité de telle ou telle personne physique ou morale.

DIVERSITÉ DES FONDEMENTS DES ACTIONS ENGAGÉES À L'ENCONTRE DE GOOGLE

Schématiquement, les plaideurs ont choisi deux voies procédurales distinctes en agissant, soit sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle de droit commun, soit sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 relatif à la liberté de presse et réprimant notamment l'injure et la diffamation.

Le choix d'agir sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 présentait plusieurs avantages évidents. Les termes suggérés objets de ces litiges pouvaient souvent être qualifiés d'injurieux, sans que cela ne puisse être difficilement contesté. C'est le cas notamment des suggestions des termes « escroc » ou « arnaque », souvent rencontrées dans ces affaires. La possibilité d'agir tant sur le plan pénal que civil présentait également un effet dissuasif certain.

Les défauts d'agir sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 n'étaient pas moins nombreux. La loi du 29 juillet 1881 présente en premier lieu plusieurs écueils procéduraux propres au droit de la presse que sont, notamment, la prescription de trois mois à compter de la date à laquelle le message litigieux a été mis pour la première fois en ligne, la nécessité de qualifier l'épithète litigieuse d'injure ou de diffamatoire dans l'acte introductif d'instance, la possibilité pour le défendeur d'exciper, dans certains cas, de sa bonne foi (3) ou encore l'impossibilité de formuler une demande subsidiaire sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle de droit commun. D'autres difficultés rencontrées par les demandeurs tenaient à la nécessité de démontrer que le moteur de recherche opéré par Google et sa fonctionnalité litigieuse pouvaient être assimilés à une publication au sens de la loi de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et que, par extension, le représentant légal de Google pouvait être considéré comme le directeur de la publication. Dans ce cadre, le directeur de la publication pouvait être tenu pour responsable des propos injurieux ou diffamatoires prononcés sur cette « publication » d'un nouveau genre à la condition d'avoir fait l'objet d'une fixation préalable. Aucun de ces obstacles n'a paru insurmontable aux tribunaux si l'on considère le nombre de décisions ayant abouti à la condamnation de Google et/ou de son représentant légal es-qualités de « directeur de la publication ».

Dans la présente affaire, la saisie de la dénomination de la société « Lyonnaise de Garantie » suggérait de l'associer avec l'épithète « escroc ». En première instance, puis en appel, Google France et sa maison-mère nord-américaine ainsi que le représentant légal de cette dernière, pris en sa qualité de directeur de la publication de la version francophone du moteur de recherche, avaient été condamnés pour injure. La cour d'appel de Paris considérait notamment que « le fait de diffuser auprès de l'internaute l'expression « lyonnaise de garantie, escroc » correspond à l'énonciation d'une pensée rendue possible uniquement par la mise en œuvre de la fonctionnalité en cause, qu'il est acquis aux débats que les suggestions proposées aux internautes procèdent des sociétés Google à partir d'une base de données qu'elles ont précisément constituée pour ce faire, lui appliquant des algorithmes de leur fabrication, que le recours à ce procédé n'est que le moyen d'organiser et de présenter les pensées que la société Google met en circulation sur le réseau internet ».

LA LOI DU 29 JUILLET 1881 N'EST PAS APPLICABLE

Ce raisonnement est vigoureusement condamné par la Cour suprême, qui casse l'arrêt d'appel en énonçant qu'en « statuant ainsi, quand la fonctionnalité aboutissant au rapprochement critiqué est le fruit d'un processus purement automatique dans son fonctionnement et aléatoire dans ses résultats, de sorte que l'affichage des « mots clés » qui en résulte est exclusif de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche d'émettre les propos en cause ou de leur conférer une signification autonome au-delà de leur simple juxtaposition et de leur seule fonction d'aide à la recherche, la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles 29 et 33 de la loi du 29 juillet 1881] ».

Cet attendu de principe prend le contrepied de l'analyse de la cour d'appel qui avait retenu qu'« invoquer le défaut d'expression d'une pensée humaine est inapproprié en ce qu'en droit, tout entrepreneur, mandataire social, ou chef d'entreprise, sauf à faire la preuve d'une délégation de ses pouvoirs, est personnellement responsable du contenu informatif que sa société, selon son objet social, délivre au public » et que « si M. S. n'est pas l'auteur de la requête, il est à son double titre de représentant légal de Google.fr et de Google Incorporated celui qui représente l'entreprise qui a fait le choix d'installer la fonctionnalité en cause et d'en assurer le fonctionnement ».

Avec cet arrêt, la Cour de cassation met ainsi fin, en pratique, à la possibilité d'agir à l'encontre du représentant légal de Google pris comme directeur de cette « publication » d'un nouveau genre que serait le moteur de recherche. Sauf à démontrer que ce dirigeant ait volontairement été à l'origine de la suggestion litigieuse (ce qui n'a jamais été prétendu), sa responsabilité pour injure ou diffamation ne saurait ainsi, pour la Cour de cassation, résulter de sa seule maîtrise d'une infrastructure technique. Dans une publication « traditionnelle », la responsabilité éditoriale attachée à des propos injurieux ou diffamatoires ramène nécessairement à une volonté humaine, celle de l'auteur - personne physique auteur des propos - ainsi qu'à celle du directeur de la publication qui a offert à l'auteur des propos incriminés la possibilité de les y tenir. Rien de tout cela en l'occurrence, puisque, par définition, les suggestions de Google ne sont pas le fruit de la volonté d'un homme en particulier mais le fruit d'un « processus purement automatique » généré par un algorithme.

En exigeant que l'élément intentionnel de l'infraction soit bien rigoureusement mis en évidence, la Cour de cassation ne fait en réalité qu'appliquer la notion dite de « dol général », bien connue en droit pénal, et selon laquelle l'élément intentionnel de l'infraction doit résulter d'une attitude psychologique qui révèle la volonté effective de commettre l'infraction. Commentant de manière critique l'arrêt d'appel, un auteur (4) remarquait déjà à juste titre qu' « Une pensée suppose une construction, investie d'un sens que veut lui donner celui dont elle émane. Le résultat de

la mise en œuvre de la fonctionnalité Google Suggest consiste en une juxtaposition de termes qui représentent un agrégat dépourvu de sens [...]. Les propos litigieux nous paraissent donc dépourvus de signification intrinsèque, ce en quoi ils se distinguent de propos tenus par une personne et dont le juge doit rechercher quel sens elle a voulu leur donner, et déterminer s'ils sont injurieux ou diffamatoires ».

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTUELLE DE DROIT COMMUN

Il va de soi que cet arrêt de cassation ne doit nullement être interprété comme la consécration d'un régime d'irresponsabilité dont bénéficieraient les moteurs de recherche (et Google au premier chef) pour ce qui est de leur fonction de suggestion. Cet arrêt met en réalité unique-ment un terme à la voie procdurale principalement utilisée par les plaideurs consistant à agir sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881, à l'encontre du représentant légal du moteur de recherche, pris comme directeur de cette « publication » d'un nouveau genre. Cet arrêt ne fait en revanche nullement obstacle à ce que les demandeurs agissent à l'encontre du moteur de recherche sur le fondement de sa responsabilité civile délictuelle de droit commun, comme cela a pu être déjà retenu dans quelques affaires (5).

Il n'est en effet guère contestable que la liberté d'un opérateur économique tel qu'un moteur de recherche (7) doive également trouver ses limites si elle cause préjudice à autrui et dès lors que la suggestion litigieuse est bien le fruit de son activité. Si un moteur de recherche offre au public des suggestions litigieuses, c'est bien en effet que la programmation de son algorithme conduit à un tel résultat, sans même qu'il puisse être pour autant établi que la fonction statistique serait le reflet réel d'une hypothétique « sagesse des foules », comme α pu le soutenir un dirigeant de Google.

La responsabilité attachée au fonctionnement des moteurs de recherche (ou a fortiori leurs fonctionnalités connexes, tel l'outil de suggestion Google Suggest) ne fait l'objet d'aucun cadre légal spécifique et s'appréhende dans les termes du droit commun de la responsabilité civile délictuelle. Une jurisprudence constante considère que l'exploitant et le concepteur d'un moteur de recherche tel que Google est responsable des dommages causés par le fonctionnement de celui-ci, fût-il automatisé, dès lors que son exploitant l'a lui-même mis en œuvre et en contrôle le fonctionnement. Et Google a d'ailleurs déjà ouvertement reconnu pouvoir être tenu pour responsable des informations qu'il met en évidence lorsque, ayant été préalablement informé du caractère potentiellement illicite du contenu litigieux, il s'est abstenu de rendre celui-ci inaccessible en déréférençant un lien litigieux par exemple. Bien que fondé sur le droit commun de la responsabilité civile délictuelle (articles 1382 et 1383 du code civil) le régime de responsabilité civile applicable aux moteurs de recherche s'apparente ainsi très largement, à celui applicable aux fournisseurs d'hébergement (8).

S'agissant de la fonction de suggestion, la responsabilité d'un moteur de recherche pourra ainsi être appréhendée sur le terrain de son abstention fautive dès lors que le moteur de recherche a été informé de l'existence de la suggestion litigieuse (et en règle générale sommé d'y mettre fin).

D'une manière générale, les moteurs de recherche ont d'ailleurs parfaitement conscience que leur outil de suggestion est susceptible de causer préjudice à autrui (9) et disposent de tous les moyens techniques pour mettre fin à une telle situation. Google a ainsi décidé que sa fonction de suggestion filtrerait d'eblée « les termes à caractère pornographique, les termes grossiers, ainsi que les termes incitant à la haine et à la violence ». Le filtrage a priori de ces seuls mots-clés est à l'évidence insuffisant si l'on se réfère à la multitude de contentieux nés de la mise en œuvre de la fonction de suggestion de Google. A l'instar de tout autre opérateur économique, et conformément aux principes de libre concurrence et de loyauté commerciale, tout moteur de recherche est cependant tenu de faire en sorte que son activité ne porte pas préjudice aux tiers. Ce principe fondamental est systématiquement rappelé par une jurisprudence constante (10) dans des termes qui s'appliquent en tous points à la situation créée par la fonction de suggestion d'un moteur de recherche : « les principes de loyauté et de libre concurrence, attachés à l'exercice de toutes activités commerciales, imposent à une entreprise intervenant sur le marché de s'assurer que son activité ne génère pas d'actes illicites au préjudice de tout autre opérateur économique ».

La responsabilité des moteurs de recherche ayant développé une telle fonction de suggestion pourrait être enfin également envisagée sur le terrain de la responsabilité du fait des choses prévue par l'article 1384 alinéa ler du code civil, du seul fait de leur maîtrise de la solution logicielle de suggestion et de la survenance du dommage subi par la personne (morale ou physique) se voyant associée à un épithète litigieux. On sait que les tribunaux ont jusqu'à présent toujours refusé d'appliquer aux choses immatérielles ce régime de responsabilité sans faute. Ces affaires à venir pourraient être une (bonne) occasion de voir la jurisprudence évoluer sur ce point.

Damien CHALLAMEL Avocat à la Cour HBC AVOCATS

(1) Cour de cassation, première chambre civile, 19 juin 2013 Google Inc. et autre / Lyonnaise de garantie. Décision disponible sur www.legalis. net, ainsi que les autres décisions citées dans l'article

(2) Décisions rendues au visa des dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil : Tribunal de com-merce de Paris – Ordonnance de référé du 10 avril 2009 - Cortix / Google Inc. ;Tribunal de commerce de Paris – Ordonnance de référé du 7 mai 2009 - Direct Energie / Google Inc. ; Cour d'appel de Paris – Pôle 1, 2ème chambre -Arrêt du 9 décembre 2009 - Google Inc. / Direct Energie ;Tribunal de commerce de Paris Ordonnance de ré-féré du 2 mars 2010 - Rivalis / Google France et Inc. ;Tribunal de Grande Instance de Paris – Ordonnance de référé du 22 inillet 2010 - Omnium Finance / Google Inc., JFG Networks et autres ;Tribunal de commerce de Paris - Ordonnance de référé du 8 avril 2011 - Rivalis / Google ;

Décisions rendues sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 :Tribunal de Grande Instance de Paris – Ordonnance de référé du 10 juillet 2009 - Groupe JPL - CNFDI / Eric S., Google Inc.; Tribunal de Grande Instance de Paris – 17ème Chambre – Jugement du 4 décembre 2009 - JPL - CNFDI / Google Inc.; Tribunal de Grande Instance de Paris – 17ème Chambre – Jugement du 8 septembre 2010 - M. X... / Google Inc. Eric S. et Google France ; Cour d'appel de Paris – Pôle 1, Chambre 3 – Arrêt du 8 mars 2011 Google, Eric S. / Adomos ; Cour d'appel de Paris - Pôle 2, chambre 7 - Arrêt du 14 décembre 2011 - Eric S., Google / Lyonnaise de garantie ; Cour d'appel de Paris - Pôle 2, chambre 7 – Arrêt du 14 décembre 2011 - Google Inc., Eric S., Google France / Pierre B.; Tribunal de Grande Instance de Paris - 17ème Chambre - Jugement du 15 février 2012 - Kriss Laure / Larry P., Google Inc.; Tribunal de Grande Instance de Paris – 17ème Chambre – Jugement du 31 octobre 2012 - Antonino M. / Google Inc. et autres; Cour de cassation - lère Chambre civile – Arrêt du 19 février 2013 - Pierre B. / Google Inc., Eric S., Google France; Cour d'appel de Paris – Pôle 2, chambre 7 – Arrêt du 15 mai 2013 - Google / Groupe JPL ; Tribunal de Grande Instance de Paris – 17ème Chambre civile – Jugement du 12 juin 2013 - Les Editions R. / Google France, Google Inc. (3) Pour un exemple de prise en considération de la bonne foi en matière de diffamation : Cour de cassation – lère Chambre civile – Arrêt du 19 février 2013 - Pierre B. / Google Inc., Eric S., Google France

(4) Communication commerce électronique n°4, avril 2012, comm.42 Google suggest et la loi du 29 juillet 1881, commentaire du professeur Agathe Lepage.

(5) Voir les six premières décisions précitées en

(6) Il en va de même, mutatis mutandis, pour les moteurs de recherches concurrents, « Yahoo » et « Bing » en particulier, édités par Microsoft et incorporés à tous les sites de ce groupe. (7) Voir notamment, pour les condamnations intervenues sur le seul fondement de l'article 1382 du Code civil : GIFAM et autres c. Google France TGI Paris 3ème ch. 3ème section 12 juillet 2006 ; Voyageurs du Monde et autres c. Google France et autres TGI Paris 3ème ch. 3ème section 7 janvier 2009; Promovacances et autres c. Google France TGI Paris 3ème ch. 2ème section 9 mars 2006; Tribunal de commerce de Paris 15ème ch. 24 novembre 2006 One Tel c. Google France et

(8) L'article 6 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 dite « pour la confiance dans l'économie numérique » prévoit que le prestataire d'hébergement est civilement responsable du fait des contenus stockés par ses soins dès lors que, ayant eu connaissance de « faits ou de circonstances faisant apparaître le caractère illicite » du contenu litigieux, il s'est abstenu de retirer celui-ci.

(9) Dans ses conditions générales Google invite ainsi ses utilisateurs à la contacter s'ils trouvaient « des requêtes qui ne devraient pas être suggérées ».

(10) Tribunal de grande instance de Paris 3ème chambre, 2ème section 23 septembre 2005 Sedo GmbH / Hô-tels Méridien, Stéphane ; pour l'arrêt confirmatif, Cour d'appel de Paris 4ème chambre, section A Arrêt du 7 mars 2007, et pour l'arrêt de rejet de la Cour de cassation : C. cass. Ch. Com. 21 octobre 2008.

GOOGLE INCORPORATED / LYONNAISE DE GARANTIE

COUR DE CASSATION PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE ARRÊT DU 19 JUIN 2013

VOIR LA PRÉSENTATION PAGE 393

DISCUSSION

Sur le premier moyen

Vu les articles 29 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Lyonnaise de garantie a assigné la société Google Inc., M. X... pris en qualité de directeur de la publication du site internet www.google. fr ainsi que la société Google France du chef d'injure publique à la suite de l'apparition, lors de la saisie des termes "Lyonnaise de g" sur les moteurs de recherche accessibles aux adresses google.fr, google.be, google.uk, google. es, google.it et google.ca des mots ou propositions de requêtes: « lyonnaise de garantie escroc » au troisième rang des suggestions proposées;

Attendu que pour ordonner sous astreinte à M. X... en sa qualité de directeur de publication et à la société Google Inc. en sa qualité de civilement responsable des sites internet précités de prendre toute mesure pour supprimer des suggestions apparaissant sur le service « Prévisions

de recherche » ou « service de saisie semi-automatique », à la saisie sur le moteur de recherche Google par les internautes des lettres « lyonnaise de g » ou « lyonnaise de garantie », l'expression « lyonnaise de garantie escroc » et les condamner à payer des dommages-intérêts à la société Lyonnaise de garantie, la cour d'appel énonce que le fait de diffuser auprès de l'internaute l'expression « lyonnaise de garantie, escroc » correspond à l'énonciation d'une pensée rendue possible uniquement par la mise en œuvre de la fonctionnalité en cause, qu'il est acquis aux débats que les suggestions proposées aux internautes procèdent des sociétés Google à partir d'une base de données qu'elles ont précisément constituée pour ce faire, lui appliquant des algorithmes de leur fabrication, que le recours à ce procédé n'est que le moyen d'organiser et de présenter les pensées que la société Google met en circulation sur le réseau internet;

Qu'en statuant ainsi, quand la fonctionnalité aboutissant au rapprochement critiqué est le fruit d'un processus purement automatique dans son fonctionnement et aléatoire dans ses résultats, de sorte que l'affichage des « mots clés » qui en résulte est exclusif de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche d'émettre les propos en cause ou de leur conférer une signification autonome au-delà de leur simple juxtaposition et de leur seule fonction d'aide à la recherche, la cour d'appel a violé les textes susvisés;

DÉCISION

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen:

. Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 décembre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

La Cour : M. Charruault (président), Mme Crédeville (conseiller)

Avocats: SCP Waquet, Farge et Hazan; SCP Hémery et Thomas-Raquin

SFR / BOUYGUES TÉLÉCOM

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS ORDONNANCE DE RÉFÉRÉ 11 OCTOBRE 2013

VOIR LE COMMENTAIRE PAGE 368

(Extraits)

DISCUSSION

Sur la recevabilité

Attendu que la société Bouygues Télécom soulève l'absence d'intérêt à agir de la société SFR soutenant qu'une société ne peut se prévaloir d'une prétendue violation d'une règle de droit alors qu'elle-même viole cette règle ;

Mais attendu que la présente demande se fondant sur le code de la consommation, l'intérêt du consommateur justifie que le juge des référés étudie cette question; En conséquence, nous dirons la demande de la Société Française du Radiotéléphone - SFR recevable.

Sur l'existence du trouble manifestement illicite allégué

Attendu que pour qu'il y ait trouble manifestement illicite, il convient qu'il