« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LE DROIT VOISIN DES ÉDITEURS DE PRESSE ET DES AGENCES DE PRESSE À L'ÉPREUVE DE LA PUISSANCE DES PLATEFORMES EN LIGNE : LA LONGUE MARCHE VERS L'EFFECTIVITÉ DU DROIT

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : Revue Lamy de la concurrence, Nº 106, 1er juin 2021

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,

contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE DROIT VOISIN DES ÉDITEURS DE PRESSE ET DES AGENCES DE PRESSE À L'ÉPREUVE DE LA PUISSANCE DES PLATEFORMES EN LIGNE : LA LONGUE MARCHE VERS L'EFFECTIVITÉ DU DROIT

Le droit voisin des éditeurs de presse et des agences de presse à l'épreuve de la puissance des plateformes en ligne la longue marche vers l'effectivité du droit

I. - Le recours au droit de la concurrence face à l'éviction du droit voisin A. - La négation de la loi : le refus originel d'appliquer le droit

I. - Le recours au droit de la concurrence face à l'éviction du droit voisin B. - La loi défiée par Google : une application concédée à ses propres conditions

II. - Un droit encore ineffectif : le droit de la concurrence, réel bouclier de protection du droit voisin ? A. - L'inefficacité du droit par la restriction de son périmètre : la limitation du contenu rémunéré

II. - Un droit encore ineffectif : le droit de la concurrence, réel bouclier de protection du droit voisin ? B. - À la recherche du dispositif efficace

Remarques conclusives

À la suite, il y a presque deux ans, de la transposition par la loi nº 2019-775 du 24 juillet 2019 (CPI, art. L. 218-1 et s.) et de l'adoption du droit voisin des éditeurs et des agences de presse, le bilan est très mitigé. Des résultats ont été laborieusement obtenus grâce au recours au droit de la concurrence pour forcer Google à entrer en négociation avec les éditeurs de presse. Des procédures sont pendantes et le non-respect par Google des mesures conservatoires prononcées par l'Autorité de la concurrence conduira très prochainement l'Autorité de la concurrence à prononcer d'importantes sanctions à l'encontre du moteur de recherche. Ce parcours chaotique du jeune droit voisin met en exergue la nécessité de compléter le régime juridique existant.

Confronté à une crise sans précédent, le secteur de la presse souffre de l'émergence de nouveaux modes de consommation de la presse en ligne qui profitent quasi-exclusivement aux plateformes et aux agrégateurs de contenus. En effet, pour répondre aux nouvelles aspirations du public, les titres de presse sont obligés de recourir à certains services en ligne, et notamment ceux du moteur de recherche de Google et de l'agrégateur de contenus Google News. Le trafic sur les sites internet des titres de presse est complètement tributaire de l'accès aux services d'agrégation de contenus imposé par les plateformes : il existe désormais une véritable dépendance de la presse à l'égard de plateformes en terme de visibilité sur internet et la crise de la Covid-19 a démultiplié leur puissance. Or le modèle économique des GAFAM repose sur la reprise des contenus sans rémunération des titulaires de droit. Ainsi, la valeur créée par les journalistes et les entreprises de presse est captée et confisquée par les plateformes à leur seul profit.

Ces pratiques posent donc clairement une question d'équité concurrentielle en l'absence de toute contrepartie financière pour les titulaires de droits, ce qui a conduit le législateur européen à la création d'un nouveau droit voisin réservé aux éditeurs de presse et aux agences de presse par le très controversé article 15 de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique. L'enjeu est à la fois de nature économique et démocratique : il s'agit tout d'abord d'assurer un meilleur partage des revenus issus de l'utilisation de contenus de presse sur internet au profit des éditeurs et des agences de presse et de protéger les investissements consentis, grâce à la mise en place de conditions de négociation équilibrée (considérant 55). L'autre objectif du texte est d'assurer la protection de la presse, cette dernière apportant « *une contribution fondamentale au débat public et au bon fonctionnement d'une société démocratique* », par les diverses valeurs qu'elle défend et par la qualité des informations qu'elle garantit (considérant 54).

La loi nº 2019-775 du 24 juillet 2019 a rapidement transposé en droit français l'article 15 de la directive, mais la position adoptée par Google à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi le 24 octobre 2019 fut radicale. Refusant l'application de ce nouveau droit, Google prit des mesures pour contourner le dispositif légal et la création de ce nouveau droit voisin s'est avérée inefficace au point que le recours au droit de la concurrence a été le seul moyen permettant d'enjoindre Google à respecter la loi et à entrer en négociation avec les éditeurs de presse. Ces tensions sont révélatrices des lacunes de la directive et du texte de transposition concernant des aspects importants du régime juridique du droit, en particulier celui de la fixation de la rémunération et celui des sanctions en cas d'atteinte au droit voisin.

Ce recours au droit de la concurrence témoigne des carences du dispositif du droit voisin et illustre le besoin de compléter les dispositions juridiques actuelles. Dans l'attente, le soutien du droit de la concurrence rendra bientôt effectif la mise en œuvre du droit voisin grâce à l'effet dissuasif des sanctions financières qui seront prononcées. À ce stade, face à un droit voisin évincé, une certaine effectivité du droit n'est possible que grâce au droit de la concurrence. Mais pour l'heure, le droit de la concurrence n'a pas pleinement permis l'effectivité du droit, ce qui pose la question de son efficacité en terme de protection du droit voisin.

I. - Le recours au droit de la concurrence face à l'éviction du droit voisin

D'abord rejeté par Google, la menace du droit de la concurrence a conduit à une application laborieuse du droit voisin.

A. - La négation de la loi : le refus originel d'appliquer le droit

Le droit voisin, d'une durée de deux ans, est opposable aux services numériques qui doivent obtenir l'autorisation de l'agence de presse pour toute reproduction ou communication au public totale ou partielle de ses publications de presse sous une forme numérique. Lors de l'entrée en vigueur du droit voisin en France, Google a modifié l'affichage des actualités au sein de son moteur de recherche et a proposé aux seuls éditeurs qui acceptaient que leurs contenus soient repris gratuitement de continuer à bénéficier de l'affichage original.

Le refus d'une autorisation à titre gratuit conduisait les éditeurs concernés à devoir se contenter d'un affichage limité aux titres et au adresses URL des articles. Autrement dit, la plateforme a instauré une gradation dans la visibilité du titre de presse fondée sur la gratuité de l'utilisation. Pour cela, la stratégie de Google a reposé sur la possibilité offerte par le régime du droit de consentir des licences à titre gratuit sur ce droit de propriété intellectuelle et à brandir la menace d'un déclassement dans le référencement par le levier des exceptions au droit voisin. Les éditeurs et agences de presse ont donc renoncé de manière contrainte à l'exercice de leur droit (1) . Il s'agissait alors d'un consentement forcé à l'usage gratuit de leurs contenus : de manière paradoxale, et parce que le texte ne l'interdit pas, Google a exigé des titulaires du droit voisin qu'ils renoncent au caractère onéreux et donc à toute rétribution que le texte est supposé leur assurer.

Par ailleurs, pour éviter toute rétribution des titulaires de droits voisins, Google projetait un usage réduit des contenus non mis à disposition gratuitement : dans ce cas, l'autorisation n'est plus requise de la part du titulaire du droit, car il s'agit d'une exception au principe pour des actes liés aux hyperliens, ainsi que pour l'utilisation de mots isolés ou de très courts extraits d'une publication de presse, appelés *snippets* (2) . En visant un usage correspondant à l'exception légale des *snippets*, le droit est écarté et aucune obligation n'incombe alors à l'agrégateur de contenus.

Du fait de la dépendance des titres de presse à l'égard des services d'agrégation de contenus, la plupart des titulaires du droit voisin ont accepté l'utilisation gratuite de leurs contenus par Google afin de continuer à bénéficier d'un affichage normal de leurs contenus. Cette stratégie a permis à Google de conserver la maitrise de l'usage des contenus sans contrepartie. La position de Google a été largement critiquée (3) , mais elle n'était pas surprenante au vu des échecs passés en Allemagne et en Espagne de lois en faveur des éditeurs de presse, ou encore d'initiatives en France et en Belgique demeurées infructueuses en raison de compromis économiques qui avaient permis à Google d'éviter la création d'un droit voisin.

Jusqu'alors, le parcours chaotique du droit voisin démontre la capacité des GAFAM à imposer leur « loi » et l'incapacité corrélative des États et de l'union européenne à imposer la leur. La puissance de la plateforme lui permet de dicter sa propre loi qui réside dans le contrat, en menaçant l'entreprise d'un référencement dégradé. Le droit voisin ne peut à lui seul assurer la protection des titulaires, en raison du rapport de force défavorable aux entreprises de presse : la plateforme détient une puissance économique lui conférant la capacité de rendre impuissante la loi sur les droits voisins. Le refus originel de se voir opposer le dispositif légal illustre la difficulté posée plus largement par les GAFAM qui doivent respecter et s'adapter à la régulation et non l'inverse. C'est finalement le droit de la concurrence que les éditeurs ont mobilisé pour pousser Google à entrer en négociation de bonne foi avec les éditeurs.

B. - La loi défiée par Google : une application concédée à ses propres conditions

Face à cette position radicale de Google, des plaintes ont été déposées en novembre 2019 devant l'Autorité de la concurrence pour abus de position dominante par l'Alliance de la Presse d'information politique

et générale (APIG), le Syndicat des éditeurs de presse magazine (SEPM) et l'Agence France-Presse (AFP). Selon les saisissants, les modalités de mise en œuvre par Google de la loi du 24 juillet 2019 constitueraient un abus de position dominante ainsi qu'un abus de dépendance économique. Outre la saisine au fond, les saisissants ont sollicité le prononcé de mesures conservatoires pour enjoindre Google à entrer en négociation de bonne foi concernant la rémunération de la reprise de leurs contenus.

Par une décision nº 20-MC-01 du 9 avril 2020, l'Autorité de la concurrence a fait droit aux demandes de mesures conservatoires : elle a retenu que les pratiques de Google étaient susceptibles de constituer un abus de position dominante sur le marché des services de recherche généraliste en imposant des conditions de transaction inéquitables aux éditeurs et agences de presse et qu'elles portaient une atteinte grave et immédiate au secteur de la presse. Aussi elle a ordonné des mesures d'urgence dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires : dans un délai de trois mois, Google devait conduire des négociations de bonne foi avec les éditeurs et agences de presse sur la rémunération de la reprise de leurs contenus protégés. Cette négociation devait couvrir, de façon rétroactive, les droits dus à compter de l'entrée en vigueur de la loi le 24 octobre 2019.

Après appel de Google, la décision de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2020 (4) était très attendue : elle a confirmé les mesures provisoires prononcées par l'Autorité de la concurrence et elle a écarté les arguments de Google sur l'absence de pratique anticoncurrentielle et l'absence d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale ou au secteur de la presse. Avec plus de 90 % de parts de marché sur la recherche généraliste en ligne, Google détient bien selon la cour d'appel de Paris une position dominante dont elle est susceptible d'abuser par l'imposition de conditions de transaction inéquitables et discriminatoires en refusant toute négociation sur la rémunération de la reprise du contenu. À ce stade de la procédure, l'abus de position dominante est susceptible d'exister, ce qui justifie le prononcé des mesures provisoires dans l'attente de la décision au fond sanctionnant l'existence d'un abus de position dominante. La cour d'appel de Paris a donc conforté l'essentiel de la décision de l'Autorité de la concurrence et en particulier l'obligation de négocier de bonne foi en proposant une « *offre de rémunération objective, transparente et non-discriminatoire* ».

Ainsi, Google a été poussé à négocier dans le cadre déterminé par l'Autorité de la concurrence. De longues et mouvementées négociations s'en sont suivies avec certains éditeurs et c'est tout d'abord une première série d'accords individuels qui auraient été conclus en novembre 2020 avec quelques titres de presse, puis un accord-cadre signé par l'alliance de la presse d'information générale (APIG) et Google a été annoncé le 21 janvier 2021. La plus grande opacité règne concernant les contrats de licence, tout comme s'agissant de l'accord-cadre : l'accord-cadre déterminerait le cadre des négociations à venir entre Google et les membres de l'alliance pour la conclusion des accords individuels de licence. L'objet de ces négociations serait double, à la fois le droit voisin et également l'accès à *News Showcase*, un nouveau produit de Google récemment lancé dans certains États accueillant des contenus de médias dans un nouvel onglet du moteur de recherche d'actualités.

La conclusion de cet accord a été saluée par certains comme constituant une étape importante dans la reconnaissance effective du droit voisin des éditeurs de presse, avec le début de rémunération des éditeurs de presse par les plateformes numériques pour l'utilisation de leurs publications en ligne. Le droit de la concurrence pourrait donc apporter aux éditeurs une reconnaissance de leur rôle d'investisseurs au-delà de leur rôle éditorial (5) . Toutefois, de nombreuses interrogations restent posées par la mise en œuvre du dispositif bien délicate du droit voisin des éditeurs et des agences de presse.

II. - Un droit encore ineffectif : le droit de la concurrence, réel bouclier de protection du droit voisin ?

Le droit de la concurrence venu à la rescousse du droit voisin n'a abouti pour l'heure qu'à une application partielle du droit en raison de la restriction de son périmètre, ce qui conduit encore à rechercher un dispositif efficace.

A. - L'inefficacité du droit par la restriction de son périmètre : la limitation du contenu rémunéré

À la suite du prononcé des mesures provisoires, la position adoptée par Google n'apparait pas conforme aux exigences posées par l'Autorité de la concurrence.

Tout d'abord, la réaction de Google ne semble pas adaptée à l'injonction d'entrer en négociation imposée dans un délai de trois mois. Certains se sont interrogés sur la nécessité de l'accord préalable à la conclusion de contrats de licences individuels (6) et sur la portée de cet accord-cadre : vaut-il entrée en négociation avec les éditeurs dans les trois mois de la décision de l'Autorité de la concurrence ? On peut en effet douter du respect de l'injonction dans la mesure où l'accord-cadre ne parait pas fixer la rémunération des éditeurs et se limiterait à établir un cadre de négociation : la rémunération n'est pas immédiate et reste conditionnée à la conclusion postérieure de contrats de licences de droits voisins avec chaque éditeur.

Plus encore, les négociations en vue de la conclusion de licences en application du droit voisin ont été délimitées aux seuls éditeurs bénéficiant de la certification d'information politique et générale (IPG). En imposant une catégorie de contenus éligibles pour l'entrée en négociation, une importante restriction des interlocuteurs est opérée : le choix des titulaires éligibles est réduit aux publications certifiées d'information politique et générale. Dans ces conditions, seule l'alliance de la presse d'information générale (APIG) est entrée en négociation avec Google, mais le reste de la presse a été écarté des négociations. En particulier, le Syndicat des éditeurs de presse magazine (SEPM) a maintenu sa plainte devant l'Autorité de la concurrence. Une scission est ainsi apparue parmi les entreprises de presse traduisant une désunion générée par la notion d'information politique et générale. Ce critère qui n'existe qu'en France a surgi lors de l'adoption de la loi de transposition de la directive : il ne s'agit que d'un critère de calcul de la rémunération parmi d'autres (7) et non d'une condition d'éligibilité du droit voisin. L'application faite de cette notion franco-française conduit à une interprétation très réductrice du champ d'application de la directive qui parait peu compatible avec le droit européen et l'interprétation que pourrait réaliser la CJUE de la directive 2019/790.

Or les éditeurs qui ne relèvent pas de cette notion ne se voit pas proposer de rémunération pour leurs contenus : leurs contenus n'ont-ils aucune valeur ? Doivent-ils se satisfaire de la visibilité que leur offre la plateforme en échange de leurs contenus ? Cette distinction créée au sein des contenus de presse pourrait constituer une distorsion concurrentielle sanctionnée au titre des pratiques anticoncurrentielles par l'annulation des accords ainsi conclus (8) .

Par conséquent, l'injonction de négocier est restée lettre de morte à l'égard de nombreux acteurs éligibles, à savoir une importante partie des éditeurs de presse et les agences de presse, pour lesquels le droit est toujours ineffectif.

Ainsi, Google n'aurait pas engagé des négociations de bonne foi avec les entreprises de presse dans le délai fixé dans le respect d'un principe de neutralité et en fournissant l'ensemble des données, notamment financières, que l'Autorité jugeait nécessaires aux éditeurs (9) . S'agissant du contenu des accords, le secret conservé sur les négociations ne permet pas de connaitre l'étendue de l'engagement de Google, notamment en terme financier, et de déterminer s'il existe un partage équitable de la valeur au regard des contenus repris. Le risque est qu'après avoir forcé le consentement des éditeurs par le recours aux licences gratuites, Google n'impose ses conditions contractuelles au sein des licences conclues à titre onéreux, notamment s'agissant de la rémunération des titulaires de droit. Pour sanctionner les manquements de Google aux mesures provisoires, l'Autorité de la concurrence envisagerait une sanction dissuasive pour l'avenir dont le montant pourrait être considérable, Google étant exposé au paiement d'une amende dont le montant peut atteindre jusqu'à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes.

Le non-respect des mesures provisoires est un échec supplémentaire de la mise en œuvre du droit : Google continue de dicter ses règles contractuelles en imposant sa méthodologie de négociation et sa temporalité, renvoyant encore à l'inefficacité du dispositif légal.

B. - À la recherche du dispositif efficace

Par le recours au droit de la concurrence, une certaine mise en œuvre du droit voisin des éditeurs de presse a été obtenue (10) . Mais le droit de la concurrence n'a pas démontré une efficacité rapide et suffisante s'agissant des mesures provisoires et sur le fond du contentieux, l'Autorité de la concurrence devra encore déterminer si l'abus de position dominante est constitué, ce qui implique un contrôle approfondi pour déterminer si l'abus est caractérisé par le contournement de la loi réalisé par Google. Toutefois, l'efficacité du droit de la concurrence contre les GAFAM devrait être renforcée avec l'adoption de règles plus contraignantes à l'égard des plateformes, comme le prévoient les projets de règlements de la Commission européenne, le *Digital Services Act* (DSA) et le *Digital Market Act* (DMA), présentés le 15 décembre 2020 qui pourraient influer sur le droit voisin. En particulier, le futur règlement du *Digital Market Act* (DMA) va imposer en amont des obligations aux *gatekeepers*, cette nouvelle catégorie d'opérateurs traduite comme étant les contrôleurs d'accès à un marché (11) . Jusqu'à présent, le droit de la concurrence intervient surtout *a posteriori* pour

sanctionner les GAFAM et cette future régulation en amont pourrait avoir un impact décisif sur les pratiques des plateformes (12) . Mais le DMA prévoit une procédure lourde relevant de la compétence exclusive de la Commission européenne, ce qui risque de réduire son efficacité (13) .

Dans l'attente de l'adoption de ces textes qui pourraient contraindre réellement Google, Facebook et les autres acteurs, comment rendre le droit voisin effectif ? Bien sûr, les sanctions financières à venir du droit de la concurrence sont susceptibles d'avoir un impact majeur sur la position des plateformes et en France, l'Autorité de la concurrence devrait apporter de nouveaux développements très prochainement, alors que les autres États membres de l'union européenne doivent transposer au plus tard le nouveau droit voisin le 7 juin 2021. Ailleurs dans le monde, des fronts sont ouverts dans plusieurs États car il s'agit d'une problématique mondiale concernant tous les médias. C'est le cas de l'Australie qui a adopté en février 2021 une législation intégrant un code de conduite des plateformes. En particulier, un arbitrage obligatoire est prévu en cas de désaccord des parties ou en cas de défaut de transparence des plateformes sur leurs changements d'algorithmes. Cette clause d'arbitrage, appelée *baseball arbitration*, permet de nommer un expert indépendant si les éditeurs et les plateformes n'arrivent pas à s'accorder sur un juste prix ; des pénalités financières très lourdes, plusieurs millions d'euros, peuvent être prononcées en cas de non-respect de la législation. À la suite de négociations avec Google, des modifications ont cependant été apportées au texte de loi qui vont rendre le code difficile à mettre en œuvre, notamment lorsque les plateformes auront produit une contribution significative à la pérennité de l'industrie des médias *via* des accords commerciaux.

Aux États-Unis, un projet de loi « *Journalism Competition and Preservation Act of 2021* » (JCPA) conduirait les plateformes à un partage de la valeur avec les éditeurs qui auraient la possibilité de négocier collectivement pour l'utilisation de leurs contenus. Ainsi, plusieurs pays tentent d'obtenir un partage des revenus publicitaires numériques avec les grandes plateformes pour leur utilisation des contenus de presse, même si des dissonances existent (par exemple, en mars 2021, Google aurait directement signé avec les éditeurs de presse italiens des accords purement commerciaux concernant son service d'actualités *News Showcase* sans prise en compte du droit voisin).

Face à l'incomplétude du dispositif européen et français, l'adoption de mesures complémentaires au sein du régime juridique du droit voisin pourrait répondre à certaines difficultés rencontrées. À l'image du code de conduite australien, le dispositif pourrait inclure un mécanisme d'arbitrage garantissant la recherche rapide d'accords équitables pour assurer aux éditeurs d'être payés pour l'utilisation de leurs contenus par les plateformes.

Remarques conclusives

En conclusion, les avancées réalisées pour la mise en œuvre du droit voisin sont laborieuses et il faudrait que la directive soit rapidement transposée par tous les États membres de l'union européenne afin de parvenir à une convergence des droits nationaux en faveur d'un partage de valeur. Toutefois, la reconnaissance

d'un droit effectif au profit de l'ensemble des entreprises de presse supposerait peut-être une nouvelle intervention législative pour ne pas laisser les plateformes dicter leurs conditions d'utilisation des contenus de presse, ce qu'elles font actuellement en précipitant la conclusion d'accords commerciaux dans plusieurs pays. La construction d'un nouveau modèle de partage des revenus numériques est loin d'être achevée et prendra encore du temps, plusieurs années. Espérons que le secteur de la presse pourra attendre ce dispositif opérationnel que l'union européenne doit encore finaliser : il en va de la souveraineté de l'union européenne et des libertés et valeurs attachées à la presse.

(1)

A. Lebois, La légitimité du nouveau droit voisin de l'éditeur et de l'agence de presse, Legipresse 2019, p. 127 ; du même auteur, Google et le droit voisin des éditeurs de presse, D. 2019, p. 2053.

(2)

CPI, art. L. 211-3-1.

(3)

Évoquant un « *mépris du consensus démocratique* » devant interpeller la Commission européenne : Sénat, Droits voisins des agences de presse et des éditeurs de presse : le Sénat dénonce la décision de Google de contourner délibérément la législation en vigueur, 26 sept. 2019, www.senat.fr/presse.

(4)

CA Paris, 8 oct. 2020, nº 20/08071.

(5)

L. Franceschini, Le droit voisin des éditeurs de presse face aux GAFA, David contre Goliath ?, JCP G nº 4, 27 janv. 2020, doctr. 109, spéc. nºs 7 et s.

(6)

F. Masmi-Dazi, Droits voisins, DSA, DMA : innovant, le nouvel ordre de contrainte européen sera-t-il efficace ?, Dalloz actualité, 8 janv. 2021.

(7)

CPI, art. L. 218-4 CPI.

(8)

C. com., art. L. 420-3.

(9)

CPI, art. L. 218-4, al. 3.

(10)

S'interrogeant sur le fait que le contentieux devrait relever du droit de la propriété intellectuelle : A.-S. Choné-Grimaldi, note sous CA Paris, Legipresse 2020, p. 605.

(11)

Prop. de règlement, art. 1, § 6 ; pour les obligations, art. 5, § 1, et art. 6.

(12)

L. Arcelin, La régulation des gatekeepers par la proposition de Digital Markets Act (DMA), RLC 2021/104, nº 4015.

(13)

F. Masmi-Dazi, précité.