Aspects juridiques du (not provided)

Retour au sommaire de la lettre

Domaine :	Recherche	Référencement
Niveau :	Pour tous	Avancé

On le sait, Google prévoit de chiffrer à terme toutes ses pages de résultats, faisant ainsi disparaître les mots-clés "referers" qui ne seront plus transmis aux sites distants. Mais on peut se poser la question de la validité de cette décision devant la loi : ne s'agit-il pas là d'un abus de position dominante ? Cet article répond à cette interrogation et indique que Google pourrait être plus qu'embarassé devant les conséquences d'un tel jugement. Mais la Commission européenne osera-t-elle affronter le géant américain sur ce terrain ?...

Le 18 octobre 2011 (soit il y a 2 ans presque jour pour jour), Google a pris le parti de chiffrer les données de référencement naturel et de ne fournir aux utilisateurs de Google Analytics qu'une petite partie des données réelles et utilisables alors qu'une partie importante est fournie sous forme de « not provided » (http://www.abondance.com/actualites/20111019-11116-google-commence-a-chiffrer-ses-recherches-catastrophe-pour-le-seo.html). Le site www.notprovidedcount.com (qui agrège les statistiques de Google Analytics pour 60 sites importants) relève qu'en moyenne, près de 75% des données sont actuellement en « not provided », avec une probabilité élevée qu'à la fin de l'année, 100% des données le deviennent. Il sera donc bientôt impossible d'obtenir les données « referer », sauf…. à passer par les publicités Adwords. Les conséquences techniques et économiques sont énormes car cette pratique permet à Google d'assurer un quasi-monopole sur ces mots-clés « referer ». Quelle est la marge de manœuvre juridique de Google dans cette pratique ?

(Not provided), de quoi s'agit-il ?

Le « not provided » semble être comme une maladie inquiétante touchant le SEO depuis peu. Pour simplifier l'explication, il convient de rappeler que les données « referer » permettent de comprendre le cheminement d'un internaute pour arriver sur ce site. Google Analytics fournit ces données de manière gracieuse. Or, depuis 2011, Google « crypte » les données de ses utilisateurs (et donc, ne les fournit plus aux utilisateurs d'Analytics) pour, soi-disant, des raisons de sécurité et de respect de la vie privée.

Ce cryptage effectué par le biais de la recherche sécurisée « Google Search Secure » (qui s'identifie facilement par le **s** dans le **https** (https://www.google.fr/search?q=abondance par exemple) s'opère de plusieurs manières, notamment :
- Lorsqu'un utilisateur a laissé ouvert une session d'un site de Google (Google, Gmail, Youtube, etc…),
- Lorsqu'un utilisateur a bien fermé sa session, mais a laissé une page Internet ouverte,
- Lorsqu'on utilise Firefox ou Chrome,
- Etc.

https://www.google.fr/search?q=abondance&oq=abondance&aqs=chrome..69i57j0l5.1006j0j8&sourceid=chrome&espv=210&es_sm=122&ie=UTF-8

Il semble d'avis général qu'il est compliqué, voire impossible, de contourner le système et de récupérer des données « not provided » si elles ont été cryptées, sauf, évidemment, en passant par Adwords.

Nous en resteront là pour cette présentation. En l'état, notre propos juridique ne peut porter que sur une présentation sommaire et surement perfectible du système mis en place.

Un abus de position dominante ?

Voilà des années que nous rappelons que l'abus de position dominante est un comportement abusif, sur un marché déterminé, de la part d'un acteur ayant une position dominante. Cette incrimination existe dans la plupart des pays, et notamment chez nous, au sein de l'Union européenne où elle peut être sanctionnée jusqu'à hauteur de 10% du chiffre d'affaire mondial.

Pour rappel, l'article 102 du Traité FUE (Traité de Rome, revisité par le Traité de Maastricht) dispose que :
« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.
Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:
a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
(…). »

Il existe ainsi plusieurs critères, à savoir :

- **Une position dominante** : il sera extrêmement difficile de soutenir que Google ne dispose d'une position dominante sur le search à l'heure actuelle.

- **Un marché** : la recherche sur le Web est évidemment un marché. De plusieurs milliards. La Commission européenne (à l'instar de son homologue américain) considère même qu'il existe plusieurs sous-marchés.

- **L'acte abusif, la faute** : c'est sur ce terrain qu'il peut exister une discussion : est-ce que Google commet une faute en cryptant ses données et ne les fournissant plus gratuitement ?

Il pourrait effectivement être soutenu que rien n'oblige Google à fournir gratuitement les données *referer* et que nous devons déjà nous estimer heureux de les avoir eu tant de temps gratuitement. On pourrait même dire que cette stratégie est intelligente car elle a permis aux acteurs de comprendre l'utilité et la puissance de ces données, ce qui permet aujourd'hui à ces mêmes acteurs de se ruer sur Adwords pour les avoir.

Mais ces mêmes arguments peuvent avoir une conséquence juridique défavorable à Google : effectivement, le fait de proposer un produit gratuit puis de le rendre payant n'est pas une faute en soi, mais cela peut le devenir lorsqu'on a une position dominante sur un marché et que ce changement de tarification induit une modification stratégique (et le mot est faible) pour tous les acteurs du marché qui utilisaient ces données.

Ne plus fournir gratuitement les données referer est-il un acte d'abus de position dominante ?

A ce stade, il est important de détailler la théorie des facilités essentielles, qui a été initialement développée pour des infrastructures en dur (les ponts, les routes, etc…) pour permettre l'utilisation par tous d'un objet nécessaire à un marché (pour la première fois avec un arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis de 1912 « United States c/ Terminal Railroad Association »). Cette théorie s'appuie sur l'idée que le détenteur d'une ressource doit obligatoirement rendre celle-ci disponible pour ses concurrents lorsque cet accès est indispensable à l'exercice de leur activité, sous peine d'abuser de sa position dominante.

La particularité de cette théorie est qu'elle permet à un Etat (Union européenne ou Etats-Unis, par ex), d'imposer à un opérateur l'ouverture de la facilité essentielle concernée. Dans notre cas, la facilité serait la donnée non cryptée.

Pour appliquer cette théorie, plusieurs éléments sont nécessaires :

- L'infrastructure essentielle doit être d'une *« utilisation indispensable et incontournable pour un opérateur qui souhaite offrir un produit ou un service déterminé »*, notamment pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités. Il ne doit donc exister aucune solution technique de substitution.

- L'infrastructure essentielle doit également être *« impossible à reproduire ou à dupliquer par des moyens raisonnables »* de telle sorte qu'il est très probable qu'elle reste unique sur le marché.

- L'abus de ne peut être caractérisé qu'en cas de refus de vente ou d'accès à cette facilité essentielle ou, à tout le moins, il est indispensable que le prix de vente soit « raisonnable ».

Ainsi, dans la mesure où Google permet d'accéder à ces données à un prix qui ne semble pas déraisonnable, il est possible que, intrinsèquement, le fait de ne plus fournir gratuitement les données referer ne soit pas un acte d'abus de position dominante.

Ne plus fournir gratuitement les données referer renforce-t-il une position dominante et ajoute-t-il un indice supplémentaire à un éventuel abus ?

Rares sont les personnes se souvenant que Google subit depuis maintenant 3 ans une enquête approfondie de la part de la Commission européenne pour… abus de position dominante (lettre R&R de janvier 2011 : http://recherche-referencement.abondance.com/2011/01/la-commission-europeenne-poursuit.html). En effet, plusieurs concurrents de Google avaient porté plainte pour, d'après eux, manipulation des résultats naturels, distorsion de concurrence, etc...

Cette procédure pourrait prendre en compte cette pratique de Google en ce qu'elle réduit fortement le marché pertinent, oblige les acteurs du marché à modifier leur propre comportement et, comme le décrit l'article 102 du Traité de Rome, à *« limiter les débouchés au préjudice des consommateurs »*.

Les premiers résultats de cette enquête semblaient accablants pour Google. Cette nouvelle affaire, cumulée aux points soulevés en 2010, pourrait s'analyser en un renforcement d'une position dominante. Pourtant, la Commission européenne a préféré la voie de la « négociation » avec la firme de Mountain View. Pis, Google ne cherche pas spécifiquement à améliorer son dossier, mais voit le Commissaire européen, Joaquin Almunia, annoncer il y a quelques jours : *« Je pense que la voie d'un accord amiable reste le meilleur choix »*.

Il est vrai que plus Google viole la loi (parfois en le reconnaissant comme c'est le cas dans le dossier devant la CNIL), plus les autorités européennes reculent et laissent faire. Pourquoi Google se priverait-il ?

Nous pensons donc qu'il existe une réelle possibilité que cette nouvelle politique de Google soit contraire à la loi européenne, mais nous pensons également qu'il est probable qu'aucune autorité européenne ne traite le dossier sous un angle coercitif afin que Google change sa politique…

Alexandre Diehl
Avocat à la Cour, cabinet Lawint (http://www.lawint.com/)