

Capsule

**Analyse du règlement
Google Books et son rejet par
un tribunal de New York**

James Plotkin*

1. Le projet de bibliothèque numérique Google Books
et le recours collectif 1429
2. Le projet de règlement 1430
3. Rejet du projet de règlement par la Cour de district
du sud de New York 1432
4. Un avenir incertain 1435

© James Plotkin et Mistrale Goudreau, 2011.

* L'auteur, musicien et journaliste pigiste, est étudiant à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Texte publié en anglais le 2011-07-31 sous le titre « Analysis of the Google Books settlement and its judicial rejection » à The Mark <<http://jamesplotkin.blogspot.com/2011/07/analysis-of-google-books-settlement-and.html>>. Traduction en français par Mistrale Goudreau, professeure titulaire à la Faculté de droit (section de droit civil) de l'université d'Ottawa.

1. LE PROJET DE BIBLIOTHÈQUE NUMÉRIQUE GOOGLE BOOKS ET LE RECOURS COLLECTIF

En 2004, Google a conçu le projet gigantesque de numériser un nombre colossal de livres. En collaboration avec quatre bibliothèques universitaires et une bibliothèque publique, Google a commencé à scanner et à cataloguer des millions de livres et de volumes. Dans la décision où il rejette le projet de règlement, le juge évalue le nombre de livres scannés à 12 millions (quoiqu'une estimation récente avance plutôt un chiffre de près de 15 millions).

En vertu de l'entente proposée, Google aurait donné aux bibliothèques une copie numérique de leur propre répertoire et aurait créé un catalogue principal qui aurait constitué le premier Corpus de Google Books. Fidèle au modèle d'affaire caractéristique de Google, ce Corpus aurait été équipé d'un moteur de recherche accessible au public. Pour les œuvres protégées par le droit d'auteur, les internautes n'auraient pu voir que des bribes du livre contenant le texte recherché. Pour les œuvres du domaine public, l'œuvre entière aurait été affichable.

Pour un observateur objectif, la situation semblait profitable à tous. Google pouvait faire augmenter sa valeur tout en s'engageant dans une entreprise louable ; le public profitait de la mise à sa disposition d'un patrimoine culturel et documentaire qui aurait été autrement perdu ou inaccessible ; les personnes atteintes de déficience visuelle auraient pu soudainement consulter des millions d'œuvres dont l'accès leur avait toujours été refusé ; les auteurs de livres imprimés auraient bénéficié des puissants algorithmes de recherche de Google pour atteindre des marchés inexploités et inciter les lecteurs à acheter leurs livres (une fois les lecteurs mis en appétit par la lecture de l'extrait trouvé par le moteur de recherche) ; finalement les auteurs de livres aux éditions épuisées auraient pu à nouveau encaisser des gains pour un matériel qui jusqu'à présent demeurait non disponible. En fait, il semblait que le projet Google Books allait rapprocher l'humanité du Shangri-La et du merveilleux « savoir libre ». Tous n'ont pas vu les choses de cette manière.

En septembre 2005, deux poursuites ont été intentées contre Google : l'une, sous la forme d'un recours collectif, a été déclenchée par la Authors Guild (*Authors Guild v. Google*) et l'autre par cinq éditeurs importants (*McGraw Hill v. Google*). Les éditeurs se sont finalement joints au recours collectif.

Les titulaires de droit alléguaient des « violations massives de droit d'auteur » par Google. Google rétorquait que ses activités étaient couvertes par la doctrine du « fair use »¹. Alors que les œuvres du domaine public devaient être rendues disponibles en totalité, seules des bribes des œuvres protégées par le droit d'auteur devaient pouvoir être visionnées gratuitement. De plus, Google avait expressément garanti que le service Google Book serait exempt de toute réclame publicitaire, de sorte que nul ne pourrait prétendre qu'il se livrait à des activités commerciales, de telles activités compromettant normalement les chances de plaider avec succès une défense de « fair use »².

Jusqu'à présent, les deux antagonistes ont maintenu leurs positions sur cette question de contrefaçon/fair use, bien que le tout ait cessé d'être pertinent (dans cette affaire en tout cas). Le 28 octobre 2009, une entente est intervenue entre les parties.

2. LE PROJET DE RÈGLEMENT

L'entente a pris la forme d'un document imposant de 166 pages³, avec annexes, détaillant les droits et obligations de Google et

1. Le « fair use » est un concept utilisé par la loi américaine de droit d'auteur, qui réfère à une liste non exhaustive d'usages d'une œuvre qui ne constituent pas des violations du droit d'auteur parce qu'on les considère comme des utilisations raisonnables de l'œuvre originale. Il existe en droit canadien un concept similaire mais non identique, connu sous le nom d'« utilisation équitable ». Ces notions ne doivent pas être considérées comme de simples défenses, mais plutôt comme des parties intégrantes du régime du droit d'auteur qui limitent la portée des droits exclusifs accordés aux titulaires de droit. Voir la déclaration de la juge en chef McLachlin dans la décision de la Cour suprême du Canada *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 48 : « il est peut-être plus juste de considérer cette exception [de l'utilisation équitable] comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense ».
2. Le but et la nature de l'utilisation est l'un des facteurs à prendre en considération dans l'analyse du « fair use ». Il est difficile de plaider avec succès une défense de fair use si l'utilisation faite par le défendeur lui est très profitable. Cependant l'utilisation commerciale d'une œuvre n'est pas automatiquement exclue du « fair use ». La Cour suprême américaine a même indiqué que ce facteur n'est pas le plus important des facteurs à considérer.
3. Voir la page web <<http://books.google.com/googlebooks/agreement/press.html>>.

des demandeurs⁴. L'entente devait originellement couvrir tous les auteurs (incluant leurs héritiers, représentants et ayants droit) et tous les éditeurs ayant un intérêt dans un droit d'auteur américain au 5 janvier 2009 (la portée de l'entente a subséquentement été modifiée – voir la section Droit international ci-dessous).

Google devait aussi tenir un « Registre des droits des livres », sur lequel les titulaires de droit pouvaient s'inscrire pour recevoir des redevances pour leurs œuvres incluses dans le Corpus. Google s'engageait à verser 34,5 millions US \$ pour la mise sur pied et la tenue du Registre.

De plus, Google devait verser 45 millions US \$ dans un fonds de règlement pour indemniser les titulaires dont les œuvres avaient, au 5 mai 2009, déjà été numérisées sans autorisation par Google. En réalité, le règlement exigeait que chaque auteur ayant présenté une réclamation soit payé à même le fonds, le 45 millions US \$ n'étant que la somme de départ. Toutes les réclamations étaient payables par Google et si le montant global des réclamations demeurait inférieur au 45 millions US \$, le reliquat devait être partagé entre les titulaires au lieu d'être retourné à Google.

En plus de ces « sanctions », l'entente donnait à Google des droits étendus. Le projet de règlement en énumérait cinq :

1. Google devait continuer à accroître le Corpus en numérisant d'autres livres et en les intégrant.
2. Google pouvait offrir des souscriptions pour l'accès au Corpus (par exemple des souscriptions institutionnelles comme celles offertes aux universités).
3. Google pouvait vendre des droits d'accès à des livres déterminés à des utilisateurs par le biais d'un magasin virtuel.
4. Google pouvait vendre des espaces publicitaires sur des pages de livres.
5. Autres usages déterminés.

4. Google a mis la dernière version de l'entente et une Foire aux questions (FAQ) en ligne : <<http://books.google.com/googlebooks/agreement/press.html>>.

Le projet d'entente prévoyait expressément que ces droits étaient non exclusifs et pouvaient faire l'objet de licences accordées par les détenteurs de droit à toute autre personne, y compris aux concurrents directs de Google.

Google devait partager les revenus tirés de ces utilisations, accordant jusqu'à 63 % de ceux-ci aux détenteurs de droit pour les œuvres publiées avant le 5 janvier 2009. Pour les œuvres postérieures, Google devait restituer plus de 70 % des revenus de toutes les ventes (souscriptions et paiements à l'utilisation) et les revenus de publicité tirés du Corpus – moins une déduction de 10 % pour les frais d'opération de Google.

Le projet de règlement comportait une distinction importante entre deux classes de livres du Corpus : les livres imprimés et les livres aux éditions épuisées. Les livres imprimés sont ceux encore vendus dans le commerce. Par opposition, les livres aux éditions épuisées ne sont plus produits et ne sont pas disponibles sur le marché. Une question intéressante se pose lorsqu'un éditeur offre des versions numériques en ligne de livres dont les versions papier ne sont plus en vente. Est-ce encore un livre sous impression ? Il est disponible mais seulement en version numérique.

Il est intéressant de noter que le projet d'entente prévoyait que les frais payables aux avocats représentant le groupe des demandeurs s'élevaient à 45,5 millions US \$. Bien que cet élément soit étranger au nœud du litige, il est quelque peu déconcertant de constater que les avocats dont les services ont été retenus pour l'action ont reçu plus que la somme fixée pour mettre sur pied et maintenir le registre des auteurs qui, aux dires de certains, vise près de 15 millions de livres et augmente sans cesse.

3. REJET DU PROJET DE RÈGLEMENT PAR LA COUR DE DISTRICT DU SUD DE NEW YORK

Le 22 mars 2011, le juge Chin de la Cour de district du sud de New York a rejeté le projet de règlement qui avait pourtant reçu une approbation préliminaire cinq mois plus tôt⁵. Le juge Chin est en désaccord avec le juge John E. Sprizzo quant au caractère raisonnable du règlement proposé. Il faut toutefois noter que le juge Chin a

5. Le texte complet de la décision est disponible en ligne <<http://www.openbookalliance.org/wp-content/uploads/2011/03/JudgeChinGBSCourtOrder.pdf>>.

eu l'avantage de lire les centaines de mémoires d'opposition qui ont été déposés à la cour entre la décision préliminaire et sa décision.

Avant de préciser ses motifs pour rejeter le règlement, le juge Chin a admis deux facteurs qui pesaient en faveur de l'approbation du projet. En premier lieu, il a souligné que la négociation entre les parties avait eu lieu sans lien de dépendance, entre des conseillers compétents et expérimentés, avec la collaboration du Département de la Justice (DOJ -Department Of Justice). En second lieu, il a, avec raison, signalé qu'un procès entier (avec l'inévitable processus d'appel) serait long et excessivement coûteux.

Cela étant dit, le juge Chin a énoncé une série de motifs valables pour rejeter l'entente :

- **Une représentation inadéquate des membres du groupe : Le groupe des demandeurs est dans ce cas-ci extrêmement large.** Google a envoyé 1,26 millions d'avis dans 36 langues aux détenteurs de droit d'auteur ainsi qu'aux éditeurs et aux sociétés de gestion de droit d'auteur. Par ailleurs, tous ne publient pas pour les mêmes raisons. Ainsi, les universitaires et les chercheurs publient pour des considérations différentes de celles des écrivains dans le marché de l'édition. Pourtant les deux sont traités sur le même pied dans le groupe représenté. On peut même raisonnablement prétendre que les éditeurs ont des intérêts à défendre différents de ceux des auteurs et des sociétés de gestion.
- **Empiètement du tribunal sur les pouvoirs du Congrès :** en vertu de l'entente proposée, Google aurait obtenu les droits sur toutes les œuvres orphelines⁶ sans aucune autorisation préalable (un titulaire de droit ne peut réagir qu'après le fait et produire sa réclamation). Le juge Chin a pris note de la décision *Sony Corp. Of America v. Universal City Studios Inc.*⁷ dans laquelle la Cour suprême a indiqué qu'il revient au Congrès de suivre les avancées technologiques et de veiller à leurs effets sur le droit d'auteur. Il a aussi cité la décision *Eldred v. Ashcroft*⁸ où la Cour suprême

6. Une œuvre orpheline est une œuvre encore protégée par le droit d'auteur dont le titulaire est inconnu ou introuvable. Si une personne utilise une œuvre orpheline sans libérer les droits, elle risque de voir le titulaire des droits surgir brusquement de nulle part et lui intenter une action en contrefaçon.

7. 464 U.S. 417 (1984). Voir le texte complet de la décision en ligne : <<http://supreme.justia.com/us/464/417/case.html>>.

8. 537 U.S. 186 (2003). Voir le texte complet de la décision en ligne : <<http://case-law.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=01-618>>.

déclare : « It is generally for Congress, not the courts, to decide how best to pursue the Copyright Clause's objectives ».

- **Google ne devrait pas être autorisée à prendre un « raccourci »** : au lieu de s'engager dans un processus long et laborieux, aux coûts prohibitifs, pour retracer les titulaires et obtenir des licences, Google a décidé d'adopter la politique du raccourci « poursuis-moi ». En violant le droit d'auteur à grande échelle, il espère s'épargner le temps et les coûts associés au scénario de la recherche des autorisations nécessaires. Ironiquement, sept ans plus tard, avec des millions d'heures payables en honoraires professionnels, il n'y a toujours pas de conclusion à l'action, ni de règlement. Comme l'a expliqué avec éloquence la professeure Pamela Samuelson de la Stanford Law School, « [we]'re giving Google a blank check to essentially engage in activity that would be considered clearly infringing activity but for the settlement ».
- **Des préoccupations au niveau du droit de la concurrence** : l'entente proposée aurait eu l'effet de donner à Google un monopole sur toutes les œuvres orphelines. Cela aurait signifié que toute institution ou concurrent qui aurait voulu faire une offre ou utiliser n'importe laquelle des millions d'œuvres orphelines du Corpus n'aurait pu le faire sans payer des redevances à Google. Pis, Google aurait pu à sa guise refuser d'octroyer une licence à quiconque. C'est précisément le type de comportement que le droit de la concurrence est censé prévenir – les agissements anti-concurrentiels et monopolistiques. C'est porter l'insulte à son comble que d'approuver un règlement hors cour aux effets encore plus anticoncurrentiels que la pratique qui a été à la source de l'action en justice. En plus, il n'y a pas, en droit de la concurrence, de défense de « fair use » derrière laquelle Google aurait pu se cacher.
- **Des préoccupations quant à la vie privée** : personne n'est passé plus maître de la collecte de données que Google. Sa collecte des données personnelles allait-elle s'étendre aux livres que les gens lisent ? Non seulement Google aurait su ce que vous lisez et quand, mais il aurait su combien de pages, quelles pages et combien de temps vous avez lu. Ce ne sont pas les genres de données que les gens veulent voir compiler et leur collecte aurait été clairement une violation de la vie privée. Il est aussi à craindre que cette information soit requisitionnée par les autorités gouvernementales en vertu du vieil *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA). Si le projet Google Books est mis sur pied, ne soyez pas

surpris que le F.B.I ou le Department of Homeland Security forcent Google à transmettre les données sur les habitudes de lecture de certains souscripteurs⁹. Les forces de l'ordre sont équipées comme jamais auparavant de techniques facilement accessibles pour envahir la vie privée des citoyens (surveillance des courriels, profilage des internautes et même collecte des données de géolocalisation des appels téléphoniques). Les données sur les habitudes de lecture des souscripteurs n'auraient été qu'un outil de surveillance de plus. Le juge Chin dit avoir conscience des aspects inquiétants de l'entente à cet égard, mais il indique qu'il ne croit pas qu'ils soient suffisants pour rejeter l'entente.

- **Les aspects de droit international :** au départ, l'entente était libellée de façon à couvrir tous les livres visés par un intérêt de droit d'auteur américain. Cela aurait compris quasiment tous les livres publiés dans le monde. Les États-Unis sont membres de la Convention de Berne, ce qui signifie que les États-Unis doivent, pour tous les auteurs étrangers dont le pays d'origine est membre de la Convention de Berne, offrir une protection égale à la protection nationale. Suite aux oppositions exprimées à cet égard, la portée de l'entente a été restreinte de manière à exclure toutes les œuvres non américaines qui ne seraient pas nommément enregistrées auprès du Bureau américain du droit d'auteur. Cependant, les œuvres canadiennes, britanniques et australiennes demeuraient couvertes par le Règlement, indépendamment de leur enregistrement auprès du Bureau américain. En dépit de cette modification, le juge Chin a estimé que les préoccupations exprimées par les opposants étrangers fournissaient un motif supplémentaire pour préférer référer la question au Congrès.

4. UN AVENIR INCERTAIN

Avec le rejet de l'entente, c'est le retour à la case départ pour les parties. Bien que l'opposition au règlement projeté ait été impressionnante, il n'est pas certain que le projet sera abandonné entièrement.

Le juge a émis l'opinion que ce type de règlement relevait du Congrès et non des tribunaux. La question se pose : est-ce que le Congrès pourra faire mieux ? Il existe plusieurs opinions nuancées à ce

9. Pour plus d'informations sur la Electronic Communications Privacy Act et ses répercussions sur la vie privée des internautes, voir <<http://jamesplotkin.blogspot.com/2011/07/digital-due-process-bid-to-modify-ecpa.html>>.

sujet. Mais que l'on croie ou non que le Congrès pourra faire mieux, on peut avancer qu'en fait, c'est son devoir d'agir.

L'Article 1, Section 8, Clause 8, de la Constitution américaine donne au Congrès le pouvoir de promouvoir « the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries »¹⁰.

Le projet de règlement avait des conséquences majeures pour une catégorie entière d'œuvres soumises au *Copyright Act*, soit les œuvres orphelines. Ce fait en soi devrait inciter le Congrès à agir, plutôt que d'attendre une solution judiciaire.

À première vue, le règlement ne semble pas cadrer avec le mécanisme du recours collectif. En général, un recours collectif est intenté pour compenser les victimes ayant subi des dommages causés par les défendeurs. Bien que le règlement proposé ici comportait des aspects de réparation des dommages, il mettait en place un régime permanent de licences et de paiement de redevances, affectant des millions de personnes qui, selon certains, n'étaient pas adéquatement représentées par ceux qui avaient été désignés pour agir au nom du groupe.

Lors d'un débat à la Faculté de droit de l'University of Richmond¹¹, le professeur James Grimmelman de la New York Law School a fait une analogie particulièrement éclairante. Imaginez, dit-il, qu'il y a cinq ans, BP commence ses opérations de forage dans le Golfe du Mexique et un accident provoque une fuite de quelques centaines de gallons de pétrole. Un recours collectif est intenté contre BP au nom de tous les résidents des États du Golfe pour obtenir une compensation. Après avoir négocié, les parties arrivent à un arrangement. Au lieu de procéder de façon fragmentaire par une série de recours, on va régler le tout d'une manière globale en créant un régime d'indemnisation. BP va constituer un fonds garanti pour payer tous les dommages découlant à l'avenir de leurs fuites de pétrole dans le Golfe. On va créer une procédure de paiement accéléré, facile, avec peu d'éléments à prouver. Au lieu de poursuivre BP, les gens pourront réclamer de ce fonds et BP, afin de s'assurer de cou-

10. Le texte est disponible en ligne <<http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>>.

11. Le vidéo du débat est disponible en ligne <<http://www.youtube.com/watch?v=uWd2O6jNJZY>>.

vrir toutes les réclamations futures, accepte de verser 500 millions de dollars. Cela sera sûrement suffisant pour couvrir tous les dommages possibles. Le règlement est signé, approuvé et le régime d'indemnisation est mis en place. Maintenant avançons dans le temps jusqu'aux événements de l'an dernier, pensons au déversement de pétrole sans précédent qui a eu lieu, et on voit tout de suite comment le fonds d'indemnisation était clairement une solution inadéquate¹². Ce scénario illustre exactement les défauts de ce type de règlement qui se projette dans le temps.

La professeure Pamela Samuelson du Berkeley Law School & School of Information soulève aussi un point intéressant quant aux conséquences futures de l'entente sur le Corpus lui-même. Que se passera-t-il si, dans 10, 15 ou 20 ans, Google ferme, ou fait faillite, ou autrement disparaît ? Nous serons tous devenus si dépendants de Google Books que sa disparition sera tout à fait inacceptable. Ce service, qui constitue en réalité un bien public, doit être protégé. C'est une situation du genre « too big to fail » devant laquelle le gouvernement n'aura peut-être pas d'autre choix que d'intervenir.

Google a aussi le droit de vendre le Corpus à n'importe qui. Certains craignent que Google, étant la seule source pour une large part du Corpus, n'ait carte blanche pour s'embarquer dans une « flambée des prix ». Même si nous présumons que Google n'abusera pas de ses droits, qui peut dire qu'un successeur ne le fera pas ? Comme le suggère la professeure Samuelson, ceux qui n'ont pas peur aujourd'hui d'une augmentation drastique des prix par Google réévalueront peut-être leur position si la banque de données est vendue plus tard.

Cette saga a débuté lorsque Google a tenté de faire ce que Google fait de mieux : cataloguer et indexer des données en y jumelant un moteur de recherche. Elle a donné naissance à une des causes les plus significatives et importantes de l'histoire du droit d'auteur. Pendant que les experts poursuivent leurs débats sur les issues possibles ou souhaitables du litige, les personnes concernées par la propriété littéraire partout dans le monde continuent de surveiller attentivement la lente évolution de la situation.

12. *Ibid.*