

L'alliance de Google avec les éditeurs (1) : les enjeux, les accords

Le 11 juillet 2012, le Syndicat national de l'édition (SNE), après cinq ans de négociations, signait avec Google un accord-cadre dont les termes sont tenus secrets. Tout laisse à penser qu'il est très avantageux pour les deux signataires, mais qu'il l'est beaucoup moins pour les auteurs et les bibliothèques (c'est-à-dire, entre autres, les lecteurs les moins fortunés).

Le 4 octobre 2012, cinq membres éminents de l'Association of American Publishers (AAP) signaient à leur tour, après sept ans de négociations, un accord avec Google, également secret, mais dont le peu que nous en savons indique qu'il s'inspire largement de l'accord passé en France. Avec les mêmes probables effets.

Google numérise : des enjeux considérables

Pour bien comprendre l'importance de ces accords entre Google et les gros éditeurs, il faut remonter à l'année 2004 où Google se lance dans un immense projet de numérisation des livres à l'échelle mondiale. Pour réaliser ce projet, il a noué des accords, au départ, avec plusieurs grandes bibliothèques américaines et anglaises (accords étendus par la suite à de nombreuses grandes bibliothèques dans le monde et en France, depuis 2008, à la bibliothèque municipale de Lyon pour 500 000 livres) qui lui fournissent les livres à numériser ; ce qui permet à ces bibliothèques de proposer à leurs lecteurs des versions numériques de ces ouvrages sans avoir à supporter les frais de scannage, et à Google d'accéder à une part significative du patrimoine livresque mondial [1].

Dans un premier temps, il ne s'agissait pas, du moins pour les ouvrages protégés par les droits d'auteur, de diffuser une version numérique des livres : *« Google voulait ajouter les livres à ses résultats de recherche : tapez une requête et Google vous dira dans quels livres votre mot apparaît et où il apparaît à l'intérieur des ouvrages. Google ne vous donnera pas accès aux livres eux-mêmes. Mais Google pourra vous renseigner et à partir de là, vous pourrez trouver*

un moyen de remonter jusqu'au livre lui-même si vous souhaitez le lire. À l'origine du projet, il n'était donc question que d'indexation [2]. » Google affichait également des extraits d'ouvrages correspondant à la question posée, et indiquait, comme encore aujourd'hui, les bibliothèques et les librairies où les livres étaient disponibles.

Le problème, c'est que Google a numérisé pour ainsi dire « à la pelle », sans distinguer entre les livres libres de droits et ceux qui étaient encore redevables de droits d'auteur [3]. D'où les procès qui ont été intentés contre le moteur de recherche, d'abord par les associations d'éditeurs et d'auteurs américains fin 2005, puis par des éditeurs et auteurs français : La Martinière-Le Seuil en juin 2006, rejoint peu après par le Syndicat national de l'édition (SNE) et la Société des gens de lettres (SGDL, qui représente les auteurs), Gallimard, Flammarion et Albin Michel en mai 2011. Objet de ces procès : violation des droits patrimoniaux pour numérisation des livres sans autorisation des ayants droits, et contrefaçon pour publication d'extraits de livres sans autorisation des mêmes ayants droit.

Google a préféré prendre le risque de ces procès plutôt que perdre un temps incalculable et beaucoup d'argent à demander les autorisations aux auteurs et aux éditeurs. Il a ainsi devancé ses concurrents en numérisation (Microsoft, qui ne manque pourtant pas de moyens, a abandonné en mai 2008 après avoir scanné 300 000 ouvrages). En 2012, Google a ainsi scanné plus de 20 millions de livres sur un patrimoine mondial qu'il évalue à 130 millions de titres.

L'enjeu culturel du projet dont Google a pris l'initiative - la réalisation d'une base de données contenant la majeure partie du patrimoine livresque mondial - se double d'un enjeu juridique de taille, celui portant sur les droits d'auteur, c'est-à-dire la propriété intellectuelle, et d'un enjeu démocratique : qui aura accès à ce patrimoine et dans quelles conditions ? Lequel se confond largement avec un enjeu économique portant sur la gratuité ou la commercialisation de l'accès à ce patrimoine, et à l'intérieur de cette commercialisation, sur la place des divers prétendants aux prévisibles profits d'un tel commerce.

C'est qu'apparemment, le jeu en vaut la chandelle, le marché du livre numérique, stimulé par celui des tablettes et des liseuses, smartphones, etc., étant en pleine expansion [4]. D'autant plus que le projet Google ne se limite pas aux seuls livres qui sont dans le domaine public ou récemment publiés [5] mais concerne pour la plupart d'entre eux, les livres indisponibles, c'est-à-dire ceux que les éditeurs ne commercialisent plus, et parmi eux les livres dits

« orphelins », les plus nombreux, dont les ayants droit sont introuvables. La numérisation de ces œuvres encore sous droits (les livres tombent dans le domaine public 70 ans après la mort de leur auteur) leur donnerait en quelque sorte une seconde vie numérique alors qu'ils ne sont accessibles, quand ils le sont, que dans les bibliothèques et chez les libraires d'occasions.

En France, le nombre des livres indisponibles s'élève à 500-700 000, soit autant que les livres actuellement disponibles. On pourrait penser que ce marché de livres épuisés est d'un intérêt médiocre puisque précisément ils sont épuisés parce qu'ils ne se vendaient plus. Mais ce serait sous-estimer les nouvelles modalités de commercialisation de ces ouvrages constitués en banque de données mondialement accessible. Le concept économique de « longue traîne » leur est parfaitement applicable [6]. Il est bien évident que la plateforme qui offrira rapidement le plus large spectre de recherche et de bons outils d'interrogation aura un bel avantage sur les autres ; et Google a, de ce point de vue, une énorme avance sur ses concurrents.

Aux États-Unis : le Règlement Google-Livres

Aux États-Unis, le procès intenté par les associations d'auteurs et d'éditeurs n'a pas encore eu lieu car les parties ont préféré rechercher une conciliation. Après cinq ans de négociations, Google et les associations d'auteurs (Authors Guild) et d'éditeurs (AAP), sont enfin parvenus en novembre 2009 à un accord : le Google Books Settlement (le Règlement Google-Livres, ainsi que nous l'appellerons désormais). S'agissant d'une action en nom collectif (class action), l'accord entre les parties devait être accepté par le juge [7]. Or, ce règlement a été refusé par le juge Denny Chin, de New York, par une décision en date du 22 mars 2011.

Le Règlement Google-Livres fut le premier accord conclu entre Google et les éditeurs et auteurs américains et le seul qui ait été publié intégralement. D'où son intérêt, bien qu'il ait été rejeté et ne soit donc pas applicable, notamment comme élément d'interprétation des accords ultérieurs tenus secrets pour une large part [8].

Opt-out - (droit de retrait)

Le Règlement Google-Livres consacrait le principe juridique de l'opt-out. L'opt-out - en français, « droit de retrait » -, permet aux ayants droit qui ne veulent pas que leur livre soit numérisé de le faire retirer des listes de Google, mais après coup et à leur demande. L'opt-out s'oppose à l'opt-in - en français, « autorisation

préalable » -, qui est la règle générale en matière de droits d'auteur : un ouvrage ou une partie d'ouvrage ne peut être reproduit, y compris sous forme numérique, sans l'autorisation préalable des ayants droit (auteur ou héritiers de l'auteur et éditeur disposant des droits d'exploitation). Or, l'accord Google Books instaurait doublement le principe de l'opt-out :

- Sur le fond, le Règlement stipulait que Google continuait à numériser sans autorisation préalable et que les ayants droit disposaient d'un peu plus de deux ans (de novembre 2009 à mars 2012) pour demander que leur(s) ouvrage(s) soi(en)t retiré(s) du fichier. Au-delà de cette période, ces ouvrages étaient commercialisables par Google.
- Sur la forme, s'agissant d'une action en nom collectif (class action), tous les éditeurs et tous les auteurs de livres enregistrés aux États-Unis étaient liés par le Règlement Google-Livres, sauf s'ils décidaient de s'en retirer et en informaient Google (6 800 d'entre eux ont tout de même utilisé cette possibilité). C'est sans doute la raison pour laquelle le règlement a été publié.

On peut être étonné que les associations d'éditeurs et d'auteurs aient signé un tel accord contraire à tous les usages en matière de droits d'auteur et contradictoire avec leur action en justice contre Google. Sans doute le moteur de recherche avait-il des arguments très convaincants...

Ainsi Google avait mis sur la table quelque 125 millions de dollars destinés à dédommager les détenteurs de copyright des livres déjà numérisés à la date de l'accord. Ce qui a pu aider à réfléchir aux intérêts respectifs de l'opt-in et de l'opt-out. Les fonds de dédommagement, et la rémunération des ayants droit ainsi que leur recherche quand c'est nécessaire devaient être confiés à un organisme indépendant sans but lucratif, le Books Rights Register, dont la composition n'était pas précisée.

Mais ce qui intéressait aussi au premier chef les éditeurs et les auteurs, c'est que le Règlement Google-livres ne portait pas seulement sur la pratique initiale de numérisation, d'indexation et de publication d'extraits de Google, mais sur la commercialisation elle-même des livres numériques sous droits. Sur le plan financier, le projet d'accord prévoyait un partage des bénéfices des ventes de livres électroniques à raison de 37 % pour Google et 63 % pour les ayants droit. En cas de partage entre l'éditeur et l'auteur, ces 63 % étaient répartis à raison de 65 % pour l'auteur et 35 % pour l'éditeur. Par ailleurs, 37 % de la part de Google et 10 à 20 % de celle des ayants droit devaient être affectées au Books Rights Register. Dès lors, on ne voit plus en quoi le choix de l'opt-out aurait pu gêner, du moins

financièrement, des éditeurs et auteurs si fortement intéressés aux bénéfices de l'opération.

Si Google avait dû demander l'autorisation préalable des ayants droit avant de numériser les livres, il lui aurait fallu un temps incalculable et de fortes dépenses en recherches et tractations avant de parvenir à ses fins. D'où l'intérêt pratique de la numérisation en série avec possibilité de retrait des ayants droit (opt-out). Cela d'autant plus que certains ayants droit sont très difficiles, voire impossibles à trouver.

Le Règlement Google Books s'appliquait essentiellement aux livres indisponibles. Ces livres, édités pour la plupart au XXe siècle, se divisent en deux catégories :

- Les livres épuisés dont les ayants droit sont identifiés. L'opt-out les intégrait automatiquement dans les fichiers Google et nous avons vu que les ayants droit, ou du moins leurs représentants, n'y voyaient pas d'inconvénient (sauf à exercer leur droit de retrait), bien au contraire.

- Les livres épuisés dont les ayants droit ne sont pas identifiés et sont même introuvables. Ces « orphelins » sont les plus nombreux, plusieurs millions. La date à laquelle ils tombent dans le domaine public est problématique, puisque c'est 70 ans après la mort de l'auteur, et que l'on ne sait pas où se trouve l'auteur. Ces livres devaient être intégrés dans les fichiers de Google car il y a peu de probabilité que l'auteur ou ses héritiers ou l'éditeur manifeste son droit de retrait ; de plus, dans le cadre de l'action collective, dont il y a également peu de chances qu'ils se retirent, ils étaient liés par la signature de l'AAP et de l'Authors Guild. On peut donc dire avec James Grimmelman que « *Le recours collectif va englober automatiquement tous les livres dont les titulaires de droits ne se manifesteront pas. Mes félicitations, titulaires de droits d'œuvres orphelines, où que vous soyez : vous êtes sur le point d'entrer dans cet accord.* » (cf. note 2)

Le Règlement Google-Livres n'oubliait pas les bibliothèques. Se souvenant sans doute que sans elles et leurs fonds de livres, l'entreprise de Google aurait vite tourné court, le Règlement leur attribuait un poste de consultation, et un seul, gratuitement, quelle que soit leur dimension. Ce qui aurait été très intéressant pour des petites bibliothèques qui, de toute façon, n'auraient pas pu se payer une licence d'accès probablement assez coûteuse. Par contre, les grandes bibliothèques qui souhaitent plusieurs accès, les diverses institutions et collectivités, universités

et centres de recherche, ainsi que les particuliers, auraient dû payer des licences dont le montant était à la discrétion de Google. On voit ici poindre le modèle des éditeurs de revues scientifiques avec leurs prix exorbitants que nous avons déjà évoqués dans un article sur ce sujet. De plus, chaque impression aurait été facturée pour rémunérer les ayants droit, alors que le Books Rights Registry était censé régler cette question.

Nouveaux accords

« *Je conclus que l'accord n'est pas équitable, raisonnable et adéquat* » : c'est en ces mots que le juge Denny Chin a donc retoqué le Règlement Google Books le 22 mars 2011. Les raisons de ce refus ont été évoquées dans notre article sur l'ouvrage de Robert Darnton, *Apologie du livre*, qui est un plaidoyer contre la stratégie de Google. Dans sa décision, le juge Chin, parmi d'autres raisons, insiste particulièrement sur la nécessité pour Google et ses partenaires d'abandonner l'opt-out comme trop attentatoire aux droits d'auteur et sur le fait que le sort des livres « orphelins » ne saurait être livré à un accord entre partenaires privés, mais relève de la loi [9].

À la suite du jugement, le procès a donc repris, ou plutôt les négociations entre Google et l'Association des éditeurs américains (AAP) et celle des auteurs (Author's Guild), mais, cette fois séparément, et avec des résultats pour l'instant différents, sinon divergents.

Côté éditeurs, un accord avec Google a été signé le 4 octobre 2012, accord privé qui n'a pas besoin d'être ratifié par le juge, avec cette fois des clauses gardées secrètes, et qui n'engage que les parties signataires, cinq parmi les plus gros éditeurs américains (McGraw-Hill, Pearson Education, Penguin, John Wiley & Sons, et Simon & Schuster) ; l'action en nom collectif (class action) est donc abandonnée, mais les autres éditeurs de l'AAP pourront signer un accord dans les mêmes conditions. L'opt-out est maintenu dans cet accord qui s'inscrit assez bien dans la ligne du Règlement Google-Livres, à cette importante différence près qu'il n'implique pas les auteurs ni les non signataires. De ce fait, les livres « orphelins » restent apparemment en-dehors de cet accord (secret, rappelons-le).

Côté auteurs, les rapports avec Google sont beaucoup plus conflictuels. La Authors Guild réclame 750 \$ par livre numérisé par Google sans autorisation. Ce qui représente des milliards de dollars. Pour sa part, Google conteste la représentativité de la Authors Guild et par là sa qualité à intenter une action en nom collectif. Le 31 mai 2012, la Authors Guild se voit confirmer son droit de représentation des auteurs par le juge Chin,

mais le 15 août 2012, deux juges de New York autorisent Google à faire appel de cette décision. Si la cour d'appel tranche en faveur de Google, l'action en nom collectif tombera et il reviendra à chaque auteur qui le désire (et qui en a les moyens !) d'attaquer individuellement Google. Ce qui serait une catastrophe pour les auteurs.

Une situation américaine qui ressemble par bien des aspects à celle que nous connaissons en France. Nous y reviendrons dans l'article suivant.

Jean Pérès, le 16 octobre 2012.

Notes

[1] Il semble bien que cet échange de bons procédés n'ait pas été très équitable, si l'on en juge par ces deux articles : « Contrat californien et eugénisme documentaire », ou encore « Contrat Google/Bibliothèque de Lyon, l'ombre d'un doute ».

[2] James Grimmelman, « Google ou l'armée des zombies orphelins », conférence du 14 mars 2009, trad. Par Lionel Morel.

[3] Le moteur de recherche n'avancait tout de même pas complètement tête baissée. Il se prévalait de la conception américaine du « fair use », « usage loyal », qui autorise des exceptions à l'exclusivité des droits de l'auteur sur son œuvre pour certains usages jugés conformes à l'intérêt public.

[4] Autour de 1 % en France, mais 15 % des ventes aux États-Unis, 10 % en Angleterre (Centre d'analyse stratégique, mars 2012).

[5] Pour les livres qui sont dans le domaine public, soit 70 ans après la mort de l'auteur, ils sont libres de droits et peuvent être vendus ou diffusés gratuitement sans autorisation. Pour les livres commercialisés plus récemment, en gros depuis l'année 2000, ils existent généralement sous forme papier et numérique, avec les droits afférents. La question des droits d'exploitation porte donc sur les livres qui ne sont plus commercialisés, pour diverses raisons mais en général parce que l'éditeur ne les trouvait pas assez rentables, mais qui sont encore protégés par les droits d'auteur.

[6] On appelle « longue traîne » le fait qu'un bien est vendu en petit nombre mais régulièrement sur une longue période de temps, par opposition, par exemple, aux best-sellers qui sont vendus en grand nombre sur un court espace de temps.

[7] Dans les « class actions » qui sont plus habituelles dans les litiges relatifs à la consommation, la partie plaignante est censée représenter toutes les victimes d'une entreprise

généralement de grande taille (ce qui évite la multiplication des procès). Dans la mesure où un accord entre les parties engage l'ensemble des victimes, y compris celles qui n'ont pas la parole, l'arbitrage du juge est requis par la loi. Malgré quelques tentatives, les actions en nom collectif ou actions de groupe, équivalents des class actions américaines, n'existent pas en France.

[8] On pourra trouver symptomatique de cette saga juridique que le seul accord connu ne soit pas applicable, tandis que ceux qui sont applicables ne sont pas, pour une large part, connus.

[9] Pour plus de détails, on peut se référer à l'article de Lionel Morel sur S.I.lex, « Règlement Google Book, fin de partie ? ».

ACRIMED : LA CRITIQUE DES MEDIAS... EN ACTES !

Née du mouvement social de novembre-décembre 1995, Acrimed (Action-Critique-Médias) est une association qui réunit chercheurs et universitaires, journalistes et salariés des médias, acteurs et militants du mouvement social. Elle porte une critique des médias indépendante, rigoureuse et sans complaisance, prenant le mal à la racine : une critique radicale.

Pourquoi une association ? Pour mener collectivement les indispensables combats pour transformer l'ordre médiatique existant.

Pour y participer, nous soutenir, nous lire, nous contacter, vous informer sur les activités de l'association, rendez-vous sur le site :

www.acrimed.org

SI UN AUTRE MONDE EST POSSIBLE, D'AUTRES MÉDIAS LE SONT AUSSI. MAIS POUR QU'UN AUTRE MONDE SOIT POSSIBLE, D'AUTRES MÉDIAS SONT NÉCESSAIRES.