



Par Thomas BEAUGRAND

Avocat associé  
Staub & Associés

Et Jean-Baptiste BELIN

Avocat collaborateur  
Staub & Associés

→ RLDI 3306

## Nouvelle victoire de Google face aux auteurs américains dans l'affaire Google Books

Après des années de lutte acharnée, la justice américaine vient de se prononcer en faveur de la bibliothèque numérique de Google, pourtant accusé de contrefaçon par le syndicat des auteurs américains.

Cour fédérale de district pour le district sud de l'État de New York, 14 nov. 2013

Depuis 2004, Google met en œuvre un ambitieux programme ayant pour objectif la mise en place d'une bibliothèque universelle et virtuelle. Baptisée *Google Books*, ce projet marque ainsi une nouvelle étape dans la maîtrise de l'information par la firme californienne après les pages web, les vidéos, l'actualité, et les images... Loin d'être une simple bibliothèque, *Google Books* tire aussi profit du savoir-faire de Google en proposant des services inédits, notamment une indexation par mots clés du contenu des livres, un moteur de recherche dédié, ou encore des liens commerciaux vers des sites marchands.

Pour atteindre ce but, Google procède d'abord à la numérisation intégrale des livres à l'aide d'un scanner pour obtenir un exemplaire dématérialisé qui sera ensuite stocké sur ses serveurs avant d'être diffusé sur une plateforme accessible gratuitement par internet. Ainsi, *Google Books* concerne plusieurs types de livres : des livres tombés dans le domaine public, des livres toujours protégés par un *copyright* mais dont l'édition est épuisée, et enfin des livres sous *copyright* toujours édités.

La numérisation des livres par Google est toujours intégrale, mais leur communication au public est variable : les livres tombés dans le domaine public sont intégralement disponibles, alors que les livres sous *copyright* sont présentés soit sous forme de courts extraits de quelques lignes affichés en réponse à la recherche d'un internaute, soit par extraits de plusieurs pages dans le cas où il existe un accord entre Google et les titulaires du *copyright*.

Si la mise en ligne des livres élevés dans le domaine public n'a pas suscité d'opposition particulière, l'exploitation des livres encore protégés par un *copyright* s'est en revanche heurtée à une vive contestation des ayants droit américains qui n'avaient pas donné leur accord à *Google Books* (I). Pour autant, la décision rendue le 14 novembre 2013 par la Cour fédérale de district pour le district

sud de l'État de New York vient de reconnaître la légalité de *Google Books* en retenant l'application de l'exception de *fair use* (II), ce qui témoigne de la capacité du droit américain à prendre en compte l'intérêt du public dans la société de l'information (III).

### I. – LA CRÉATION DE GOOGLE BOOKS AU MÉPRIS DU COPYRIGHT

#### A. – L'utilisation de livres protégés sans autorisation des ayants droit

Compte tenu de sa dimension mondiale, le succès de la bibliothèque 2.0 imaginée par Google reposait sur la numérisation rapide et industrialisée d'un grand nombre de livres. À ce titre, l'essentiel des livres proposés par *Google Books* est fourni par des bibliothèques (*Harvard University Library, New York Public Library, University of Oxford...*) qui, ne disposant pas des ressources nécessaires, accordent à Google le droit de numériser tout ou partie de leurs collections en échange de la remise d'un exemplaire dématérialisé de chaque livre. Google encourage aussi la contribution volontaire des auteurs et des éditeurs, mais le nombre de titres transmis par ce biais reste marginal par rapport aux volumes obtenus grâce aux bibliothèques partenaires : sur les vingt millions de livres disponibles dans *Google Books*, seulement deux millions proviendraient directement des ayants droit.

En nouant des partenariats avec des bibliothèques du monde entier, Google s'est assuré un accès rapide à d'importants fonds documentaires, tout en évitant les contraintes du droit de la propriété intellectuelle qui, en principe, impose de recueillir l'autorisation préalable de l'auteur et de ses ayants droit (souvent l'éditeur) avant toute utilisation d'une œuvre littéraire. Faute pour ces bibliothèques de disposer des droits nécessaires, la numérisation



des livres par Google et leur communication au public via *Google Books* semblait donc nécessiter l'autorisation préalable de chaque ayant droit.

Pourtant Google s'est volontairement abstenu d'une telle démarche en intégrant sans autorisation dans *Google Books* des livres protégés par le *copyright*, dont certains continuaient même d'être exploités par des ayants droit identifiables. Compte tenu de l'ampleur du projet, du nombre important de livres numérisés, de la diversité des régimes juridiques applicables ainsi que des difficultés pratiques relatives à l'identification des ayants droit, Google a ainsi probablement opté pour la stratégie la plus simple et la moins onéreuse, du moins à court terme.

## B. – Une stratégie assumée par Google

Aux États-Unis, ces pratiques ont logiquement donné naissance à un différend médiatique opposant Google à un grand nombre d'auteurs et d'éditeurs littéraires regroupés au sein d'une *class action*, selon lesquels la numérisation sans autorisation des livres par Google constituait une violation de leur *copyright*.

Pour sa défense, Google revendiquait principalement l'exception de *fair use* prévue par la loi américaine en insistant sur les nombreux avantages inédits offerts au public par *Google Books*. Exception au *copyright*, le *fair use* peut en effet autoriser la communication gratuite d'une œuvre au public sans l'autorisation des ayants droit dès lors qu'il existe un équilibre entre l'intérêt du public et celui des titulaires du *copyright*.

Plus précisément, la section 107 du *Copyright Act* de 1976<sup>(1)</sup> prévoit quatre facteurs pour identifier les cas dans lesquels l'utilisation non autorisée d'une œuvre peut être couverte par un *fair use* : (i) les buts et les caractéristiques de l'utilisation, et notamment sa nature commerciale ou non ; (ii) la nature de l'œuvre protégée ; (iii) le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ; (iv) l'incidence de l'utilisation sur le marché potentiel ou la valeur de l'œuvre protégée. Ainsi le juge américain doit-il vérifier au cas par cas si, compte tenu des caractéristiques de chaque espèce, l'analyse des quatre facteurs précités conduit ou non au *fair use*.

Si l'exception de *fair use* est considérée comme souple dès lors qu'elle permet au juge de mettre en balance les intérêts du public avec ceux des détenteurs du *copyright*, elle est aussi critiquée pour son manque de prévisibilité. C'est pourquoi Google, n'étant pas absolument certain de pouvoir bénéficier du *fair use*, a longtemps privilégié la recherche d'une solution amiable de manière à éviter qu'un juge ne se prononce sur l'application du *fair use*

à *Google Books*. En dépit de la signature d'un accord avec cinq éditeurs américains (Mc Graw-Hill, Pearson Education, Penguin, John Wiley & Sons, Simon & Schuster), Google dut finalement se résoudre à un dénouement judiciaire faute de régler amiablement l'intégralité du litige.

## II. – L'EXCEPTION DE FAIR USE AU SECOURS DE GOOGLE BOOKS

C'est donc dans ce cadre que la décision rendue par la Cour fédérale de district pour le district sud de l'État de New York, le 14 novembre 2013, se prononce clairement en faveur de l'application du *fair use* à *Google Books*. En synthèse, c'est donc considérer que la stratégie initiale déployée par Google était légale dans la mesure où *Google Books* confère au public des avantages supérieurs aux atteintes qu'il cause aux détenteurs du *copyright*. Le *fair use* étant ainsi caractérisé, Google peut donc être dispensé de rechercher l'autorisation préalable des ayants droit avant de numériser les livres.



*La décision rendue par la Cour fédérale de district pour le district sud de l'État de New York, le 14 novembre 2013, se prononce clairement en faveur de l'application du fair use à Google Books*

À l'issue de l'analyse détaillée des quatre critères de la section 107 du *Copyright Act* de 1976, le juge considère que l'application du *fair use* à *Google Books* repose sur plusieurs justifications.

### A. – Google Books légitimé grâce à son caractère « transformatif »

L'examen du premier critère (« buts et caractéristiques de l'utilisation ») fait l'objet d'une étude approfondie dont le résultat est jugé nettement en faveur du *fair use*, principalement parce que l'utilisation des livres par *Google Books* est différente de leur utilisation habituelle.

En effet, il est de jurisprudence constante qu'une utilisation « transformatrice » d'une œuvre préexistante milite fortement en faveur du *fair use* dès lors qu'elle permet au public d'utiliser l'œuvre pour des finalités nouvelles. Par exemple, l'indexation de photographies protégées par le *copyright* dans un moteur de recherche a pu être couverte par le *fair use* dans la mesure où la finalité poursuivie (l'information du public) se distingue de la finalité esthétique première des photographies<sup>(2)</sup>.

En l'espèce, le juge considère que *Google Books* permet aux internautes d'utiliser les livres de manière inédite pour des finalités autres que la lecture traditionnelle, comme la recherche par mots clés à l'intérieur des livres, l'utilisation de *snippets*, ou encore la réalisation d'activités de *data mining* ou de *text mining*. En outre, la finalité commerciale de Google est considérée comme indiffé-

(1) 17 U.S.C. § 107 : « *The fair use of a copyrighted work (...) for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include 1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; 2) the nature of the copyrighted work; 3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and 4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.* »

(2) Voir à titre d'illustration, *Perfect 10, Inc. vs Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9<sup>th</sup> Cir. 2007) ; *Kelly vs Ariba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9<sup>th</sup> Cir. 2003) ; encore *Bill Graham Archives vs Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2<sup>d</sup> Cir. 2006).

rente dans la mesure où l'exploitation des livres ne procure à Google aucune contrepartie commerciale directe, faute de monnayer les copies numériques de livres et les *snippets* ou d'insérer de la publicité sur Google Books.

## B. – La finalité scientifique des livres de Google Books

Quant au second critère, la nature des œuvres utilisées est également jugée favorable au *fair use* puisque Google Books propose en majorité des ouvrages à caractère scientifique ayant déjà fait l'objet de publications. En effet, et même si Google rappelle que Google Books a vocation à accueillir tous les types de livres, le juge retient néanmoins que seuls 7 % des livres sont des œuvres artistiques.

En l'espèce, l'étude du deuxième critère par le juge n'a pas nécessité de longs développements. D'une part, la tendance de la jurisprudence américaine à être plus restrictive dans l'application du *fair use* à des œuvres artistiques est désormais acquise, dans la mesure où ces dernières forment le cœur de la protection par *copyright*<sup>(3)</sup>. D'autre part, le fait que les livres présents sur Google Books aient été publiés antérieurement constitue un élément supplémentaire en faveur du *fair use* dès lors qu'ils ont vocation à être communiqués au public.

En tout état de cause, il n'est pas certain que la solution aurait été différente dans l'hypothèse où la majorité des livres présents sur Google Books aurait présenté un caractère artistique. En effet, le deuxième critère est rarement considéré comme déterminant sur la qualification du *fair use*, comme en convenaient d'ailleurs le juge et les parties en l'espèce. Notamment, ce critère peut voir son importance diminuer en présence de l'utilisation d'une œuvre artistique dans une finalité nouvelle « *transformatrice* »<sup>(4)</sup>. Ainsi, dans une affaire similaire de bibliothèque numérique comprenant environ 76 % d'œuvres artistiques, le juge a considéré le critère de la nature de l'œuvre comme indifférent pour décider de l'application du *fair use*<sup>(5)</sup>.

## C. – La numérisation intégrale des livres

Le troisième critère conduit le juge à étudier si le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'intégralité du livre ne dépasse pas ce qui est nécessaire à l'utilisation de Google Books. Il s'agissait donc ici de déterminer si la numérisation de l'intégralité des livres par Google et leur publication sous forme de courts extraits était justifiée au regard des objectifs poursuivis par Google Books.

Compte tenu de la rédaction de la section 107 du *Copyright Act* de 1976 faisant référence au « *volume et [à] l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée* », le *fair use* semble à première vue incompatible avec la reproduction

intégrale de l'œuvre, comme en l'espèce. Néanmoins, la jurisprudence américaine se montre parfois tolérante lorsque la reprise intégrale d'une œuvre est indispensable aux finalités poursuivies par le défendeur<sup>(6)</sup>. Dans une telle situation, l'importance du troisième critère peut alors être minorée, voire neutralisée, par le juge.

En l'occurrence, la décision rendue, le 14 novembre 2013, par la Cour fédérale de district pour le district sud de l'État de New York note que le troisième facteur penchait légèrement en défaveur du *fair use*. En effet, le juge considère que la reproduction intégrale des livres sur les serveurs de Google joue pleinement à l'encontre du *fair use*, mais que son caractère indispensable au bon fonctionnement de Google Books, qui, de surcroît, ne propose qu'un affichage par extraits des livres sous *copyright*, rétablit partiellement l'équilibre en faveur du *fair use*. Par conséquent, la reproduction intégrale des livres par Google n'est que « légèrement » défavorable au bénéfice du *fair use*.

## D. – L'absence d'atteintes au marché du livre

Concernant l'impact potentiel de Google Books sur le marché littéraire, l'étude du quatrième critère milite fortement en faveur de l'application du *fair use*. Ainsi pour le juge, Google Books ne peut pas porter atteinte au marché du livre puisqu'il offre des services complémentaires.

Il est vrai que, dans la mesure où Google Books envisage chaque livre comme une base d'information sans se préoccuper de la cohérence de l'ensemble, l'affichage de courts extraits en réponse à une recherche déterminée ne peut pas remplacer la lecture complète d'un livre. D'ailleurs, Google Books ne permet pas aux internautes de lire l'intégralité des livres numérisés, et la lecture complète est toujours subordonnée à l'achat d'un livre, qui peut être facilité au travers des liens commerciaux présents sur Google Books.

En outre, le juge considère même que Google Books accroît la visibilité des livres en proposant un outil de référencement efficace, facilite le choix d'un livre en fournissant au lecteur une information transparente sur le contenu du livre, et donc *in fine* améliore les ventes de livres.

En conclusion, l'absence d'atteinte économique avérée au marché du livre conjuguée aux multiples avantages procurés au public conduisent le juge à se prononcer en faveur de l'exception de *fair use*, après une mise en balance des intérêts du public et des titulaires du *copyright*.

## III. – GOOGLE BOOKS FAVORABLE AUX INTÉRÊTS DU PUBLIC

En accordant le bénéfice du *fair use*, la décision rendue le 14 novembre 2013 par la Cour fédérale de district pour le district sud de l'État de New York consacre sans ambiguïté la conformité de Google Books aux règles du *copyright* au regard des avantages accordés au public, qui dispose notamment d'un accès facilité aux informations contenues dans les livres.

(3) *Stewart vs Abend*, 495 U.S. 207, 237 (1990) ; *Blanch vs Koons*, 467 F.3d 244, 256 (2<sup>d</sup> Cir. 2006) ; *Campbell vs Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 586 (1993).

(4) *Bill Graham Archives v Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d at 612.

(5) Décision rendue le 10 octobre 2012 par la Cour fédérale de district pour le district sud de l'État de New York dans l'affaire *Hathitrust vs The Authors Guild*, appel en cours.

(6) Voir, à titre d'illustration, *Bill Graham Archives vs Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2<sup>d</sup> Cir. 2006) ; *Kelly vs Ariba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9<sup>th</sup> Cir. 2003).



### A. – Google Books et l'approche informationnelle du livre

À suivre le juge américain, *Google Books* améliore l'accès du public au contenu informationnel des livres en poursuivant une utilisation « transformatrice » des livres militant en faveur de l'application du *fair use*.

↳ À suivre le juge américain, *Google Books* améliore l'accès du public au contenu informationnel des livres en poursuivant une utilisation « transformatrice » des livres militant en faveur de l'application du *fair use*.

En effet, le juge ayant considéré que les livres étaient ici utilisés dans un but différent de celui pour lequel la protection initiale du *copyright* avait été accordée, il faudrait considérer que *Google Books* n'appréhende pas le livre numérique conformément à sa finalité première (la lecture d'un ensemble littéraire cohérent), mais au contraire comme un recueil d'informations autonomes les unes des autres, consultables séparément et indépendamment du contexte dans lequel elles s'inscrivent. Cela correspond d'ailleurs aux technologies de recherche spatiale de l'information développées par Google : les livres sont ici conçus comme des bases de données.

Dans cette logique, *Google Books* peut donc s'affranchir de l'autorisation préalable des éditeurs puisqu'il n'utilise pas les livres dans un but de lecture, même partielle, au sens traditionnel du terme. Au contraire, la finalité de *Google Books* vise plutôt à offrir au public un accès automatisé aux informations contenues à l'intérieur des livres, en fonction d'une requête personnalisée émise par l'internaute. De plus, et à l'inverse des éditeurs, Google ne commercialise aucun exemplaire de livre numérique et se contente d'indiquer des liens vers des sites de commerce en ligne.

S'agissant des livres sous *copyright*, l'impossibilité d'une lecture complète a sans aucun doute été l'une des conditions déterminantes de l'application du *fair use* à *Google Books*, où les livres sont uniquement consultables sous forme de courts extraits correspondant aux résultats de la recherche effectuée par l'internaute. C'est donc la preuve de la primauté du caractère informationnel des livres par rapport à leur finalité initiale, autant que celle de l'évolution de la conception traditionnelle du livre face aux usages numériques.

### B. – Google Books, la démocratisation du livre ?

En outre, un autre élément important de cette décision est la prise en compte par le juge des effets concrets de *Google Books* sur l'utilisation des livres numériques par le public. En effet, à l'inverse du droit français où le caractère limitatif des exceptions ne prévoit pas d'exception générale en faveur des droits du public, le modèle du *fair use* américain donne au juge le pouvoir de mettre en balance le *copyright* avec l'intérêt du public afin d'autoriser, le cas échéant, certaines utilisations d'œuvres protégées sans l'accord des ayants droit.

En l'espèce, la (longue) énumération par le juge des avantages offerts au public par *Google Books* illustre probablement la valeur accordée à la satisfaction des intérêts du public. En plus des avan-

tages liés au caractère « transformatif » de *Google Books* (moteur de recherche à l'intérieur des livres) et des nouvelles possibilités ouvertes aux bibliothèques et aux universitaires (*data mining* et *text mining*), le juge se montre ainsi particulièrement sensible au fait que *Google Books* permette une meilleure diffusion des livres grâce au numérique et à internet, notamment en faveur des personnes atteintes de troubles de la vue ou encore en offrant une seconde vie aux livres épuisés.

Par conséquent, le *fair use* peut donc avoir un rôle incitatif et permettre le développement de nouveaux usages à partir d'œuvres préexistantes, notamment en présence d'une demande publique non prise en compte par les modes d'exploitation définis par les titulaires du *copyright*. Plus qu'une exception au *copyright*, le *fair use* serait alors une manière d'en conserver la légitimité en encourageant le développement de certains usages demeurer insuffisamment pris en compte par les titulaires du *copyright*.

### C. – Google Books, précurseur de l'exploitation numérique du livre ?

En affirmant la légalité de *Google Books*, la décision commentée s'inscrit donc dans un mouvement plus général en faveur d'une large utilisation des livres numériques pour le bénéfice du public, voire dans une démarche encore plus large d'indexation des connaissances.

En effet, de nombreux projets concurrents à *Google Books* se sont maintenant développés, signe de l'évolution des mentalités sur le sujet de la diffusion des exemplaires numériques de livres. Dans ce domaine, les États-Unis font donc figure de précurseurs grâce notamment à la souplesse du *fair use*, qui permet de satisfaire les aspirations du public à bénéficier d'une plus grande accessibilité des livres numériques sous *copyright* lorsque cette accessibilité n'est pas assurée par les titulaires du *copyright*.

Ainsi, une décision similaire a été rendue dans un litige opposant un collectif d'auteurs et d'éditeurs à plusieurs universités qui avaient constitué une bibliothèque numérique rassemblant une dizaine de millions de titres (dont une partie avait été numérisée par Google)<sup>(7)</sup>. Plus récemment encore, l'Administration américaine a aussi mis en ligne une bibliothèque numérique contenant des millions de pièces provenant des musées, des bibliothèques de recherche et des archives américaines accessibles gratuitement sur internet, dont une partie était sous *copyright* mais n'était plus exploitée par les ayants droit.

À ce stade, la situation américaine se distingue nettement de la situation française, où les règles du droit d'auteur ont longtemps paralysé le développement d'une offre numérique en matière littéraire.

En effet, la primauté du droit d'auteur sur les droits du public explique en partie les difficultés suscitées en France par les différents projets de bibliothèques numériques. Par exemple, les projets de bibliothèques numériques initiés par les autorités publiques (comme le projet « Gallica » sous l'égide de la Bibliothèque na-

(7) Décision rendue le 10 octobre 2012 par la Cour fédérale de district pour le district sud de l'État de New York dans l'affaire *Hathitrust vs The Authors Guild*, appel en cours.



## Nouvelle victoire de Google face aux auteurs américains dans l'affaire Google Books

<http://lamyline.lamy.fr>

tionale de France) se sont longtemps limités aux seuls livres élevés dans le domaine public, tandis que l'exploitation numérique des livres sous droits d'auteur mais épuisés demeurait quasi inexistante. De même le Tribunal de grande instance de Paris avait-il, par jugement en date du 19 décembre 2009<sup>(8)</sup>, condamné Google au paiement de 300 000 € de dommages et intérêts au titre de la contrefaçon des livres présents sur Google Books.

Néanmoins, la distribution dématérialisée des livres s'est progressivement développée ces dernières années en France, notamment par le biais de l'intervention du législateur pour les livres indisponibles (loi n° 2012-287 du 1<sup>er</sup> mars 2012) ou par la conclusion d'accords entre éditeurs et les bibliothèques numériques (Google, et la BNF dont le dispositif « ReLire » ne fait toutefois pas l'unanimité...). À ce titre, il est intéressant de noter que la rigueur du droit français aura finalement permis la conclusion d'accords permettant aux ayants droit de contrôler l'exploitation de leurs œuvres et d'assurer dans une certaine mesure, comme aux États-Unis, l'accessibilité gratuite des livres numériques sur internet.

### CONCLUSION

Si l'on peut aujourd'hui saluer le caractère incitatif de Google Books sur le développement du marché du livre numérique, tant de manière négociée avec les ayants droit qu'en application du *fair use*, il faudra encore plusieurs années (voire des décennies) avant de stabiliser les nouveaux équilibres issus de la diffusion numérique des livres.

À l'heure actuelle, Google Books se présente davantage comme une « œuvre philanthropique » permettant de faciliter la diffusion gratuite d'un patrimoine littéraire au plus grand nombre, et c'est en tenant compte de cette logique désintéressée que le bénéfice du *fair use* lui a été accordé par un juge américain.

On peut toutefois s'interroger sur la contrepartie que Google pourrait un jour rechercher à ses investissements actuels dans la numérisation des livres : il paraît en effet souhaitable d'éviter que la constitution d'une gigantesque base de connaissance puisse aboutir, avec le temps, à la reconstitution d'une forme de monopole de fait sur le patrimoine culturel mondial aux mains d'une seule entité. ■

(8) TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., sect. 2, 18 déc. 2009.