

# *Google Books: le risque du *private ordering* en l'absence de régulation*

**Les modèles économiques du livre et le numérique**  
*Conférence de la Chaire Innovation et Régulation des  
Services Numériques - Paris 15 juin 2010*

Alain Strowel

Professeur, Facultés Saint-Louis, Bruxelles, Université de Liège,  
Munich IP Centre, avocat, Covington & Burling LLP  
astrowel@fusl.ac.be

# Mon angle d'approche

Impact de la numérisation du patrimoine et de sa  
“régulation” pour le livre numérique de demain

## I. Le risque du *status quo* juridique

- “Private ordering” / “legislation by litigation”

## II. Le rôle des autorités publiques dans la promotion des bibliothèques et des livres numériques

- Nécessité d'utiliser le droit commun (droit d'auteur, de la concurrence, etc.) et éviter les approches sectorielles

I. Le risque du *status quo*  
= vide juridique pour les œuvres  
orphelines

# Le Google Book Settlement (GBS)

- Une transaction: **remplit le vide**
  - Contrat entre parties à un litige en vue d'y mettre fin
    - 2005 US: l'*Authors Guild* (8000 membres) , 5 éditeurs et l'*American Association of Publishers* assignent Google pour atteinte au droit d'auteur devant une District Court de New York
    - Questions de copyright:
      - « Fair use » ou pas selon l'article 107 du US Copyright Act?
      - Autorisation préalable (opt-in) ou opposition a posteriori (opt-out)?
    - En France: *La Martinière/Seuil c. Google* : pas couvert par le GBS
      - Décision du 18 déc. 2009 (TGI, Paris): atteinte (exception non applicable)
- Une transaction dans une class-action:
  - Dans une class-action, les demandeurs prétendent représenter une classe de personnes qui ont subi le même préjudice (si problèmes similaires + souhaitable que les questions soient réglées à travers un procès)
- Une transaction avec des effets considérables (temps + territoire):
  - US Department of Justice (DoJ): « *the most far-reaching class action settlement of which the United States is aware* » (sept. 2009)

# Le GBS en résumé

- Quelques centaines de pages (y compris les annexes) autorisant Google à (i) numériser et (ii) « monétiser » les livres en échange de paiements pour les ayants droit (auteurs et éditeurs)
  - Compromis: autorisation mais compensation
  - Possible à cause des incertitudes de l'exception de « fair use » (Art. 107 U.S. Copyright Act): « usage loyal » à déterminer en fonction de
    - L'objectif et les caractéristiques de l'usage;
    - La nature de l'oeuvre copiée;
    - La quantité et la substance de ce qui est utilisé;
    - L'effet sur le marché ou la valeur de l'oeuvre.
  - Google est gagnant: autorisation à numériser et « monétiser »
    - Avantages sur concurrents possibles (Yahoo! etc.): ne bénéficient pas du GBS (doivent assigner en justice puis signer des transactions similaires)
  - Les ayants droit y gagnent: compensation et contrôle
    - Touchent 63% des revenus pour usages futurs (+ \$ 125 millions aujourd'hui)
    - Peuvent contrôler les usages futurs des livres numériques

# Les livres couverts (US)

40m (in US Libraries)

>50 % = non US  
books

of the 32m under  
copyright:

- 7m-9m in print

- **23m-25m out-  
of-print = 55%**

8m out of  
copyright

32m covered  
by copyright

of the 23m-  
25m out-of-  
print:

2.5m – 5m  
orphan

works

6

Source: *FT*, 13 August  
2009

# Le GBS: où en est-on?

- 28 oct. 2008:
  - Projet de GBS soumis pour approbation à la District Court de New York (Juge Chin)
- Sept. 2009:
  - *amicus briefs* par le US DoJ (+ autres parties intéressées) demandant des amendements au projet de GBS
- 13 nov. 2009:
  - GBS amendé soumis pour approbation
- Autres remarques: près de 1000 (ex.: DoJ, 4 févr. 2010)
- 18 févr. 2010: « fairness hearing » (audience)
- 2010: approbation ou rejet du GBS ?

# GBS: chances et risques

- Point de vue US (+ UK, CA, AU?), aspects positifs:
  - pour les parties: Google, auteurs et éditeurs
  - pour usagers (US): possibilité de lire, acheter, faire des recherches dans des millions de livres indisponibles
    - Le GBS « *will breathe life into millions of works that are now effectively off limits for the public* » (US DoJ)
- Point de vue du reste du monde, effets difficilement acceptables:
  - Hors US, les bibliothèques et usagers ne peuvent en bénéficier
  - Les auteurs et éditeurs de livres enregistrés aux US ne vont sans doute pas bénéficier des mêmes avantages que les auteurs/éditeurs US (UK, CA, AU)
  - Risque de prix excessifs pour les bibliothèques et universités (US)
  - Risque de « pollution » par les publicités
  - Barrière à la concurrence
  - Risque que les usagers vendent leurs « unités de vie privée » sans protection (monitoring de la lecture et des annotations)
  - Autorités publiques sur la touche



# Le GBS = arrangement commercial en l'absence de règles juridiques

- US DoJ: le GBS « *implement(s) a forward-looking business arrangement rather than a settlement of past conduct* » (sept. 09, p. 2)
- Prof. Grimmelman: « *Control over the past will translate into control over the future of books* »
  - Les risques de mainmise ne sont pas liés au marché des livres épuisés numérisés = petit marché
    - Mais: avec les nouvelles possibilités d'accès, ce marché va grandir
  - Les risques résultent de l'acquisition d'une position dominante pour la livraison future des nouveaux livres numériques
    - Mais autres acteurs: éditeurs, Amazon, etc.

# Risque: « private ordering »

- Une question d'intérêt public (accès aux livres/à connaissance) est réglée à travers un jeu de contrats privés:
  - Le GBS entre Google et les auteurs/éditeurs US pour les livres épuisés
    - Mais: interventions d'autorités publiques: US DoJ, France, Allemagne
  - Les contrats entre Google et les bibliothèques pour le scanning des livres dans le domaine public ou pas (Google Library Program)
    - Google profite des investissements réalisés par les bibliothèques au cours des années (acquisition, préservation des livres)
    - Disposition interdisant aux bibliothèques de remettre une copie numérique pour indexation par un tiers (Europeana...) même pour les livres dans le domaine public
  - Les contrats entre Google et les éditeurs pour les livres non épuisés (Google Partner Program)
- Voir EU Council information note (24 nov. 09): « *Commercial projects alone cannot cover the public interest dimension of the digitization of cultural objects* » (p. 11)

## II. Le rôle des autorités publiques dans la promotion des bibliothèques et livres numériques

# Le rôle des autorités publiques

- Mesures non législatives pour les bibliothèques numériques:
  - Soutenir les partenariats public-privé pour accélérer la numérisation du patrimoine
- Mesures législatives:
  - Faut-il revoir en profondeur le droit d'auteur ou le retoucher?

# Soutenir les partenariats public-privé

- Définir un cadre pour garantir des partenariats équilibrés (cf. rapport Tessier)
  - Entre bibliothèques et parties privées, y compris les éditeurs
- Points à définir:
  - Conditions minimales pour les partenariats (par ex. respect du droit d'auteur et de la vie privée)
  - Inclusion de documents protégés (accords avec ayants droit)
  - La valeur ajoutée résulte des nouveaux outils (pour la recherche, etc. dans les fichiers numériques)
  - Pas d'exclusivité pour une longue période
  - Qualité des fichiers et services ajoutés

# Faut-il revoir en profondeur le droit d'auteur ou le retoucher?

- Une institution dépassée (?):
  - 7 mai 2010: “Le droit d’auteur empêtré dans la Toile” (P. Assouline, *Le Monde*)
  - 28 avril 2010: “Le droit d’auteur est-il une notion périmée?” (G. De Lacoste Lareymondie sur *nonfiction.fr*)
  - 20 mai 2010: “Le droit d’auteur, vraiment, c’est pas possible. Un auteur n’a aucun droit. Je n’ai aucun droit. Je n’ai que des devoirs. Je suis contre Hadopi, bien sûr” (Jean-Luc Godard, *Les Inrockuptibles* et *Libération*)
- Un ingrédient indispensable (?):
  - 12 mai 2010: “Le piratage détruit les emplois” (P. Geoffron et P. Hardouin, *Libération*)

# “Industries créatives” (UE): le droit d’auteur est indispensable (= € & jobs)

Etude: “*Building a Digital Economy: The Importance of Saving Jobs in the EU’s Creative Industries*”  
(BASCAP/CCI, mars 2010)

**Table A – Economic weight of the creative industries in EU27 (2008)**

		VALUE ADDED		EMPLOYMENT	
Creative Industries		VA 2008 (billion €)	% of EU VA	Jobs (million)	% of EU employment
	Core	558	4.5%	8.5	3.8%
Non Core	Interdependent	213	1.7%	4.2	1.9%
	Non dedicated support	90	0.7%	1.7	0.8%
<b>TOTAL creative industries</b>		<b>862</b>	<b>6.9%</b>	<b>14.4</b>	<b>6.5%</b>

Source – TERA Consultants analysis

# “Fair use Industries” (US): l’exception de “fair use” fait vivre (= \$ & jobs)

Etude: « *Fair Use in the US Economy* » (Capital Trade/CCIA, 2010)

- Poids économique: 16,2 % du PNB des US:
  - Fabricants d’appareils permettant la copie d’oeuvres
  - Institutions éducatives
  - Développeurs de logiciels
  - Moteurs de recherche
  - Hébergeurs

QuickTime™ et un décompresseur sont requis pour visionner cette image.



# Adapter le droit d'auteur (UE)

- A court terme, éviter la réouverture de l'art. 5 de la Dir. 2001/29 sur les exceptions (pour résoudre le problème des livres orphelins)
  - Tout changement d'une directive requiert des années
  - Se concentrer sur les questions avec effet à court terme
- Possibles voies au niveau européen:
  - Promouvoir l'adoption d'une exception pour la préservation (cf. art. 5(2)(c) Dir. 2001/29) au niveau national
    - Pas besoin de changer le cadre européen
  - Harmoniser les exigences/effets d'une "recherche diligente" ("diligent search")
    - Extension à l'UE des effets d'un "diligent search" à travers un mécanisme de reconnaissance mutuelle
  - Faciliter la mise à disposition en ligne d'oeuvres orphelines:
    - Envisager un mécanisme de gestion collective étendue pour les oeuvres orphelines ou mesures alternatives (+reconnaissance mutuelle)

# Conclusions: quelle régulation?

- Risque: régulation par les acteurs privés
  - *Google Books Settlement*: le risque que la règle du opt-out liée à une class-action aux US condamne les auteurs/éditeurs du monde entier (y compris d'oeuvres orphelines) à passer par un opérateur pour les usages futurs des livres
  - *Google Books* (en général): le risque du *private ordering* par un jeu de contrats
- Nécessité: régulation par les autorités publiques et le droit commun

# Merci

Pour continuer la  
réflexion:

[astrowel@fusl.ac.be](mailto:astrowel@fusl.ac.be)

