

DROIT D'AUTEUR ET ACCÈS À L'INFORMATION DE QUELQUES MALENTENDUS ET VRAIS PROBLÈMES À TRAVERS L'HISTOIRE ET LES DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

Alain Strowel [\[*\]](#)

Introduction

1 De quelques malentendus

1.1 Premier malentendu: aux sources du droit d'auteur

1.1.1 La consécration du droit d'auteur en France

1.1.2 Les finalités du copyright américain

1.2 Deuxième malentendu: le droit d'auteur sous le prisme (trompeur) de la société de l'information

1.3 Troisième malentendu: le droit d'auteur sous l'angle des règles en matière d'accès aux documents administratifs

2 De quelques vrais problèmes

2.1 La juste délimitation des exceptions légales

2.1.1 Survol des exceptions au regard de l'exigence d'accès

2.1.2 L'effet réflexe de la consécration des exceptions: faculté ou droit?

2.1.3 Les œuvres numériques et l'exception pour accès

2.1.4 Les hyperliens et la question de l'accès sur Internet

2.2 Les abus résiduels du droit d'auteur et la jurisprudence

2.3 Du droit d'auteur vers une réglementation de l'accès

Conclusions

Introduction

On peut lire dans le préambule du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (TODA) adopté par la Conférence diplomatique du 20 décembre 1996:

Les Parties contractantes [...]

Reconnaissant que l'évolution et la convergence des techniques de l'information et de la communication ont une incidence considérable sur la création et l'utilisation des œuvres littéraires et artistiques,

Soulignant l'importance exceptionnelle que revêt la protection au titre du droit d'auteur pour l'encouragement de la création littéraire et artistique,

Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne,

Sont convenues de ce qui suit [...]

Ce texte offre un remarquable condensé en trois temps des problèmes qui se posent à tout législateur dans le champ du droit d'auteur: premier temps, le constat que les nouvelles techniques de l'information et de la communication (NTIC) affectent les conditions à la fois de création et de réception des œuvres; deuxième temps, le rappel que le régime légal de protection vise à encourager la création d'œuvres; troisième temps, la reconnaissance que cette protection peut entrer en conflit avec d'autres intérêts publics, dont celui de l'enseignement et de la recherche, et plus généralement avec l'intérêt "en matière [...] d'accès à l'information".

La formule "accès à l'information" est ainsi utilisée, peut-être pour la première fois dans un texte officiel relatif au droit d'auteur; certains ont pu se réjouir de cette incursion de la problématique de l'accès à l'information sur le territoire du droit d'auteur; d'autres y ont vu une bombe à retardement susceptible de remettre en cause l'institution bicentenaire du droit d'auteur.

La question de l'accès à l'information semble ainsi polariser les critiques des détracteurs du droit d'auteur [1] et générer des réactions défensives de la part de ses partisans.

On peut se demander si ces réactions, parfois extrêmes, ne reposent pas sur quelques malentendus.

La première partie de la présente contribution entend revenir sur ces malentendus entourant la perception que l'on a du droit d'auteur. On en a retenu trois.

Lever du rideau sur l'histoire du droit d'auteur qui révèle que le souci d'élargir le public des œuvres est à l'origine de cette institution. C'est dire qu'il y aurait un malentendu à réduire le droit d'auteur à un mode de protection (de la rémunération) des auteurs et éditeurs.

Second épisode: la perception du droit d'auteur dans le cadre de la société de l'information risque d'introduire un autre malentendu, consistant à penser que le droit d'auteur porte par nature sur de l'information, alors que ce droit protège en réalité uniquement des formes personnelles et originales d'expression.

Troisième épisode: illustration du malentendu actuel qui règne autour du droit d'auteur à partir de la législation belge relative à la publicité de l'administration ou à l'accès aux documents administratifs.

Au-delà de ces malentendus qu'il convient de dissiper, la question de l'accès à l'information pose de vrais problèmes qui justifient ou ont justifié l'intervention des législateurs et des juges. C'est à une présentation succincte de ces problèmes -on en a identifié trois également- et des réponses qui y ont été apportées que la seconde partie de la présente contribution sera consacrée.

Premier terrain de démonstration: les exceptions au droit d'auteur que *les législateurs* ont introduites afin de tenir compte des exigences liées à l'accès et à l'usage de l'information.

Second point: démonstration qu'en dépit de la prise en compte des impératifs d'accès à l'information dans le détail des règles sur le droit d'auteur, et notamment sur les exceptions, des problèmes résiduels et ponctuels peuvent se poser et que *les juges* ont pu (et dû) établir des correctifs supplémentaires en faveur de l'impératif d'accès à l'information.

Troisième vrai problème: la problématique de l'accès aux œuvres dans le cadre des réseaux en ligne et de la société de l'information, qui conduit à analyser les nouvelles règles adoptées (ou en voie de l'être) en matière de protection des dispositifs de contrôle d'accès aux œuvres protégées.

1 De quelques malentendus

1.1 Premier malentendu: aux sources du droit d'auteur

Le premier malentendu à dissiper, le malentendu historique, est de croire que le droit d'auteur, tout comme le copyright [2], a été introduit dans le seul but de rémunérer les auteurs (et éditeurs) et qu'il s'agit en quelque sorte d'un prolongement des privilèges de librairies. En réalité, l'institution du droit d'auteur apparue à la fin du XVIIIème siècle entend non seulement protéger l'auteur, son œuvre et ses ayants droit, mais aussi assurer la plus large diffusion des idées dans le public [3]. Alors que les textes de l'époque invoquent le *progrès des Lumières* ou la *diffusion du savoir* (voir ci-après), aujourd'hui, l'on préfère parler d' *accès à l'information* ; la terminologie a changé, l'objectif reste en gros le même.

1.1.1 La consécration du droit d'auteur en France

Dans une étude des ressorts culturels de la Révolution française [4], l'historien Rogier Chartier a montré que les penseurs de l'époque ont bien aperçu le lien entre l'apparition d'une sphère publique, indispensable pour le développement de l'activité critique, et la circulation de l'imprimé. Ce n'est pas un hasard si Emmanuel Kant, auteur du célèbre article "*Réponse à la question: qu'est-ce que les Lumières?*" [5], a également rédigé un texte dénonçant la contrefaçon, "*De l'illégitimité de la contrefaçon des livres*" [6]. C'est que Kant associe "usage public de la raison" et production ou lecture de l'écrit [7]: pour Kant, chacun doit disposer de "la liberté de formuler des remarques sur les vices inhérents à l'institution actuelle, et de les formuler d'une façon publique, c'est-à-dire par des écrits". Le modèle de la République des Lettres (*Res Publica Litterarum*) , qui unit savants et érudits par la correspondance et l'imprimé, sert donc à Kant pour penser le domaine propre de l'usage public de la raison [8].

En France, des penseurs, tels que D. Diderot et Condorcet, ont jugé que la défense de la liberté d'opinion et de la presse passait par une réglementation de la librairie et de l'imprimerie, ce qu'on appelle aujourd'hui le droit d'auteur.

Le bonheur des hommes, écrit Condorcet dans ses Fragments sur la liberté de la presse , dépend en partie de leurs lumières, et le progrès des lumières dépend en partie de la législation de l'imprimerie. Cette législation n'eût-elle aucune influence sur la découverte des vérités utiles, elle en a une prodigieuse sur la manière dont les vérités se répandent. Elle est une des véritables causes de la différence qui existe entre les opinions des hommes éclairés, celles du public et les opinions des gens qui remplissent des places [9].

1.1.2 Les finalités du copyright américain

Cette volonté d'encourager la diffusion des idées et des vérités transparaît encore plus clairement à travers l'histoire du copyright américain.

Ainsi, au cours des années 1783 à 1786, donc antérieurement à la mise en place de la Constitution des États-Unis, douze États fédérés adoptèrent des lois sur le copyright qui semblent à la fois construites sur l'idée qu'il importe d'encourager le savoir et sur l'idée que l'auteur possède des droits naturels sur son travail [10]. Ces lois des États fédérés manquaient d'uniformité, ce qui poussa James Madison à se faire l'avocat de l'introduction d'une clause sur le copyright dans la Constitution. Rappelons que la célèbre clause constitutionnelle relative au droit d'auteur (et au droit des brevets) [11] énonce que:

Le Congrès est autorisé [...] à promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en garantissant [by securing], pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs un droit exclusif sur leurs œuvres écrites et inventions respectives.

Dans l'interprétation que les juges ont donné à cette disposition constitutionnelle inspirée par l'esprit de l' *Enlightenment*, il ressort que l'encouragement du travail ou l'incitation à créer n'est qu'un objectif intermédiaire ou un moyen en vue de réaliser une finalité publique supérieure [12]:

The limited scope of the copyright holder's statutory monopoly, like the limited duration required by the Constitution, reflects a balance of competing claims upon the public interest: Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the other arts . The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an "author's" creative labor. But the ultimate aim is by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good.

The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creativity of authors and inventors by the provision of special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired (nous soulignons).

L'échelle des finalités inscrite dans la clause constitutionnelle confère des pouvoirs au Congrès afin, non pas de "maximiser les revenus des auteurs et inventeurs", mais "de promouvoir [to promote] le progrès du savoir et des arts utiles" [13].

Comme on le voit, le droit d'auteur a été, à ses débuts, conçu tant en France qu'aux États-Unis, comme un instrument d'éducation du public et de diffusion du savoir, ce qui veut dire que droit d'auteur et accès (aux œuvres) allaient (en principe) de pair. Si le droit d'auteur a indéniablement contribué au développement de l'espace public en rendant accessible l'imprimé, dans le cyberspace ou espace public électronique, le droit d'auteur peut apparaître davantage comme un frein à la diffusion et à l'accès. Il faut revenir sur ce second malentendu.

1.2 Deuxième malentendu: le droit d'auteur sous le prisme (trompeur) de la société de l'information

Depuis toujours, le droit d'auteur repose sur un équilibre délicat entre l'intérêt des ayants droit et celui du public. La perspective de la "Société de l'Information" que nous chantent les décideurs à travers un discours à la fois mêlé d'utopie (rêve d'une société transparente) et de réalisme (les enjeux de la *new economy*) [14] risque de modifier la vision que l'on a du compromis sur lequel repose le droit d'auteur. Comme l'écrit André Lucas, dans la société de l'information, "le public aurait un droit fondamental d'accéder à l'information et de la faire circuler, droit qu'il pourrait opposer aux protections techniques restreignant l'accès aux œuvres et qui, de manière générale, fonderait la liberté de toute reproduction et de toute retransmission de ces œuvres, dès lors que cette reproduction ou cette retransmission relèverait d'un usage privé non lucratif" [15]. Dans cette perspective, les œuvres protégées ont tendance à être pensées en termes d'informations. "Or toutes les informations ne sont pas des œuvres et ce n'est que par une approche exagérément réductrice qu'on peut ramener les œuvres à des informations" [16]. Percevoir le droit d'auteur à travers la catégorie déformante des "œuvres d'information" risque de modifier les termes dans lesquels l'équation du droit d'auteur est pensée. L'approche communautaire récente, écrivait un autre commentateur français, "signifie que l'œuvre pourrait bien devenir aussi une information [...]" Ainsi l'œuvre, désacralisée, serait perçue par les utilisateurs comme un renseignement, une indication, une donnée, un élément de communication... autant de qualificatifs qui impliquent une libre communication à un public qui semble bénéficier de surcroît, depuis peu, d'un véritable droit subjectif à l'information" [17].

La confusion entretenue entre information et œuvre a pour conséquence que la question n'est plus tant de trouver un équilibre entre le point de vue des ayants droit et celui des usagers, mais, dit de manière un peu abrupte, "il s'agit tout simplement de savoir sur quelle base juridique les utilisateurs peuvent revendiquer le droit d'accéder aux œuvres" [18].

Le thème de la société de l'information fait donc apparaître le droit d'auteur sous un prisme dangereux, celui de l'information, alors que le droit d'auteur a davantage été conçu pour protéger les œuvres -de culture diront certains, je préfère dire les œuvres de divertissement, qu'elles soient d'ailleurs cultivées ou populaires-; à l'égard de ces œuvres, le plaider pour un libre accès perd (une partie) de sa force et de sa légitimité.

1.3 Troisième malentendu: le droit d'auteur sous l'angle des règles en matière d'accès aux documents administratifs

L'analyse des lois belges en matière de publicité de l'administration révèle un autre malentendu relatif au droit d'auteur: celui qui consiste à penser que, dans le monde analogique, le droit d'auteur est avant tout un instrument permettant de contrôler l'accès à l'information.

On peut par exemple repartir de l'article 10 de la loi belge du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et communes [19] selon lequel:

Lorsque la demande de publicité porte sur un document administratif d'une autorité administrative provinciale ou communale incluant une œuvre protégée par le droit d'auteur, l'autorisation de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits sur celui-ci ont été transmis n'est pas requise pour autoriser la consultation sur place du document ou pour fournir des explications à son propos.

Une communication sous forme de copie d'une œuvre protégée par le droit d'auteur n'est permise que moyennant l'autorisation préalable de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits de celui-ci ont été transmis.

Dans tous les cas, l'autorité spécifie que l'œuvre est protégée par le droit d'auteur.

Le dispositif légal en vue de concilier l'exigence fondamentale d'accès à l'information [20] administrative et le droit d'auteur comporte deux principes que l'on peut résumer comme suit: d'un côté, la consultation sur place (ainsi que la fourniture d'explications à propos) d'une œuvre protégée est libre; de l'autre côté, la copie demeure interdite et requiert une autorisation de l'auteur ou de l'ayant droit.

Le premier principe appelle immédiatement une observation.

La loi semble faire comme si elle accordait par l'effet de l'article 10, al. 1er une dispense d'autorisation pour consultation, ce qui laisse présupposer que les droits de l'auteur permettraient d'interdire la simple consultation. Or, il n'en est rien. Du moins aussi longtemps que l'on a affaire à des documents ou informations sur support papier ou, plus généralement, sous forme analogique.

En effet, faut-il rappeler que le droit d'auteur ne confère à son titulaire que le droit d'interdire (ou d'autoriser sous les conditions qu'il détermine) deux types d'actes permettant de mettre à la disposition du public une œuvre protégée: les actes de *reproduction* (au sens large [21]: voir en Belgique l'article 1er, §1er, al. 1er à 3 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (ci-après LDA), entendue comme mise à la disposition du public d'œuvres sous forme de copies sur support, ainsi que les actes de *communication au public*, entendue comme le fait de rendre l'œuvre accessible sans support durable (exécution sur scène, radiodiffusion, transmission par câble, etc.). Contrairement à ce que l'on a coutume de croire, le droit d'auteur ne

confère en revanche pas de droit d'interdire tout usage de l'œuvre: seuls les usages qui nécessitent soit une reproduction, soit une communication au public tombent dans le champ du monopole de l'auteur.

S'agissant des œuvres fixées sur un support analogique comme le papier, il est possible d'en prendre connaissance sans devoir faire de reproduction (ou de communication au public au sens du droit d'auteur), il suffit de lire le texte, de déchiffrer les notes de musique, d'examiner le plan d'architecture, etc. Par contre, l'accès à une œuvre numérisée, autrement dit traduite dans le langage binaire de l'informatique, nécessite la plupart du temps qu'il y ait une forme de reproduction, ne fût-ce que transitoire: ainsi, l'utilisation d'un logiciel nécessite la reproduction temporaire sur la mémoire-vive (RAM) de l'ordinateur (une telle reproduction a lieu lorsque l'ordinateur, au début d'une session de travail, "charge" le programme). Le titulaire du droit d'auteur sur un programme d'ordinateur peut sur pied de son droit de reproduction, qui s'étend à la reproduction temporaire [22], interdire l'accès au programme ou la consultation du logiciel.

En ce qui concerne les "documents administratifs" sur papier visés par les lois relatives à la publicité de l'administration, l'éventuel droit d'auteur existant sur une œuvre qui y est intégrée ne permettra pas d'interdire l'accès à ceux-ci.

Il faut donc s'étonner que le législateur belge ait cru nécessaire de consacrer une sorte d' *exception pour consultation* , alors que la consultation ne tombe pas dans le champ des prérogatives de l'auteur.

A plus forte raison, le droit d'auteur ne pourrait pas être utilisé en vue d'interdire que l'on donne des explications sur l'œuvre, ce que laisse à nouveau entendre le premier alinéa de l'article 10 de la loi relative à la publicité, selon lequel "*l'autorisation de l'auteur [...] n'est pas requise [...] pour fournir des explications à son propos [à propos de l'œuvre incluse dans le document administratif]*". Les travaux préparatoires à la loi de 1994 relative à la publicité de l'administration, dont la disposition relative au droit d'auteur est, rappelons-le, intégralement reprise dans la loi de 1997, témoignent de la même méprise sur le champ des prérogatives de l'auteur: ainsi, l'exposé des motifs [23] indique-t-il qu' "*il serait déraisonnable d'assujettir la publicité passive [à la demande d'un particulier] à la volonté de l'auteur du document. Dès lors, il faut accepter que la consultation sur place ou la fourniture d'explications ne doivent pas être considérées comme une atteinte au droit d'auteur.*" Ce raisonnement boiteux justifie l'introduction de l'exception, qui, on l'aura compris, ne se justifie nullement puisque l'on se trouve en dehors du champ du droit exclusif. Reste que l'on pourrait justifier pour partie l'insertion de cette exception incorrecte en invoquant les vertus pédagogiques de ce rappel à l'attention des fonctionnaires.

Il eût été plus correct de prévoir, comme l'a fait le législateur québécois dans la Loi sur l'accès, une exception libellée comme suit:

Le droit d'accès à un document s'exerce sous réserve des droits relatifs à la propriété intellectuelle.

Commentant cette disposition, un auteur canadien [24] rappelle à juste titre que:

Théoriquement, le droit d'auteur n'est pas susceptible de restreindre l'accès aux documents, mais bien uniquement d'en empêcher la reproduction à moins d'avoir obtenu le consentement de l'auteur.

Cette dernière formule, en tant qu'elle est prudente ("théoriquement", il n'y a pas de restriction d'accès), est correcte, mais on ne peut nier que de vrais problèmes d'accès aux documents protégés puissent se poser, et ceux-ci justifient l'intervention des législateurs ou des juges.

2 De quelques vrais problèmes

2.1 La juste délimitation des exceptions légales

Il n'a pas fallu attendre le développement des produits et services liés à l'information pour que naisse la tension entre les ayants droit et les tiers usagers (voir supra). Le développement de la société de l'information a toutefois pour effet d'exacerber quelque peu cette tension, par ailleurs indissociable du droit d'auteur. Les législateurs avaient autrefois introduit des exceptions au profit de certains usages qui pouvaient être qualifiés de reproduction ou de communication au public (pour reprendre les deux grandes catégories de droits distinguées depuis longtemps en droit français ou belge et depuis peu par les Traités OMPI de 1996) [25]. Aujourd'hui, dans un environnement numérique, "l'exploitation normale" d'une œuvre couvre potentiellement tout acte d'usage des œuvres. Au moment où les titulaires de droits s'efforcent donc d'étendre les droits existants (par exemple le droit de reproduction) pour couvrir ces usages (en ligne) très variés, qui peuvent se dématérialiser, à l'instar du simple survol (ou browsing), les usagers plaident en faveur (à tout le moins) de l'extension au numérique des exceptions conçues dans le domaine traditionnel du droit d'auteur.

2.1.1 Survol des exceptions au regard de l'exigence d'accès

Quelles sont ces exceptions? Il serait fastidieux de les énumérer. Par ailleurs, il est difficile d'offrir une vision globale en cette matière [26], car ces exceptions varient sensiblement de pays à pays, ne fût-ce que parce que dans certains pays de tradition de common law, on préfère introduire une exception large libellée en termes généraux (voir l'exemple du *fair use* à l'article 107 du *Copyright Act* américain), alors qu'en Europe, les législateurs (y compris le législateur anglais) ont choisi d'établir une liste plus ou moins détaillée des exceptions, ce qui laisse à la jurisprudence une autonomie moins large dans la détermination de ces exceptions. Qu'il appartienne aux juges de délimiter l'étendue des exceptions ou que le législateur ait pris à charge de fixer des lignes directrices précises, le problème de la délimitation d'exceptions raisonnables demeure entier.

On se limitera à énoncer les cinq formes d'exceptions [27] les plus importantes, notamment dans le contexte de la société de l'information:

- la copie privée;
- la citation;
- le compte rendu d'actualité;
- les exceptions en faveur de l'enseignement et de la recherche;
- les exceptions pour les bibliothèques et les services d'archivage.

Ces cinq formes d'exceptions tiennent compte de trois finalités principales: respect de la sphère privée (copie privée), circulation de l'information (citation et compte rendu) et développement culturel et scientifique (exceptions pour l'enseignement, les bibliothèques, etc.). La problématique de l'accès aux œuvres entretient des liens avec ces cinq catégories d'exceptions (et les trois finalités sous-jacentes), même s'il n'existe pas d'exception conçue spécifiquement et exclusivement en faveur de l'accès. La question de l'accès apparaît un peu marginale pour les trois premières catégories d'exceptions, alors qu'elle est centrale pour les deux dernières. En effet, lorsque se pose la question de la copie privée ou de la reproduction pour citation par exemple, l'accès à l'œuvre est par hypothèse déjà assuré. Donc l'exception ne garantit pas l'accès. En matière de copie privée (sonore et audiovisuelle), on peut toutefois prétendre que l'exception permet en quelque sorte l'accès en cas, par exemple, de copie pour vision différée; c'est l'hypothèse du *time-*

shifting envisagée dans la célèbre affaire Betamax [28]. S'agissant des exceptions en faveur de l'enseignement et de la recherche ou en faveur des bibliothèques ou autres institutions de conservation de la mémoire, la *ratio legis* est davantage, mais pas exclusivement, liée à la préservation de l'accès (tout spécialement au profit de tiers: étudiants, utilisateurs de bibliothèques, etc.) [29].

2.1.2 L'effet réflexe de la consécration des exceptions: faculté ou droit?

En Europe, il semble, à suivre une certaine doctrine [30], que la consécration des exceptions ne fasse pas naître de *droits* (ou *libertés*) au profit de l'utilisateur. Comme l'écrit A. Lucas, "celui-ci n'est donc pas fondé par exemple à s'en prévaloir pour contester la mise en œuvre de dispositifs de protection technique [...] Si, par exemple, on devait admettre l'existence d'un véritable droit à la copie privée [...], les dispositifs de protection contre la copie n'auraient plus de raison d'être" [31]. Le raisonnement est correct aussi longtemps que l'aspect "accès" n'est pas dissocié de la question des exceptions. Mais, comme on le verra ci-après, la même conclusion ne peut plus toujours être tirée aujourd'hui; ainsi, aux Etats-Unis, la récente loi d'octobre 1998 reconnaît indirectement la possibilité (le droit? la liberté?) de déjouer les mesures techniques interdisant *la copie* en ne sanctionnant pas le contournement de ces mesures. Mais, en revanche, la même loi sanctionne le contournement des mesures techniques contrôlant *l'accès*, ce qui suggère qu'il n'existe pas de droit d'accès (alors qu'il existerait un droit de copie privée reconnu à travers l'exception générale de *fair use* et confirmé en tant que véritable droit par l'absence de sanction pour contournement des mesures techniques anti-copie).

2.1.3 Les œuvres numériques et l'exception pour accès

Il est significatif de constater que les deux directives communautaires de 1991 et de 1996 qui ont harmonisé le régime de protection applicable à des objets de l'ère numérique, à savoir respectivement le logiciel et la base de données (que l'on peut considérer comme des œuvres d'information), ont prévu une forme d'exception explicite en faveur de l'accès et/ou de l'usage. Dans la mesure où le droit de reproduction du créateur de logiciel lui permet de s'opposer à "toute reproduction permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur" (art. 4 de la directive du 14 mai 1991), et que le simple usage d'un programme implique des reproductions (ne fût-ce que sur la mémoire vive), il a fallu reconnaître une exception nouvelle (inconnue pour les œuvres traditionnelles) pour les actes (de reproduction) qui "sont nécessaires pour permettre à l'acquéreur légitime d'utiliser le programme d'ordinateur d'une manière conforme à sa destination" (art. 5 de la directive) [32]. La même démarche exemptant l'usage légitime de l'emprise du droit de reproduction a été reprise par la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, qui va plus loin en garantissant explicitement l'accès: en effet, l'article 6 de cette directive autorise l'utilisateur légitime à effectuer les actes tombant en principe sous le coup des droits exclusifs, notamment les reproductions permanentes ou provisoires, dès lors que ces actes sont nécessaires "à l'accès au contenu de la base de données et à son utilisation normale par lui-même". La reconnaissance légale de ces exceptions inédites pour des œuvres numériques et/ou de la société de l'information indique bien que la question de l'accès se pose en des termes nouveaux.

2.1.4 Les hyperliens et la question de l'accès sur Internet

Sur le Web, l'on sait que l'accès à l'information pertinente dépend très largement de la faculté de créer des hyperliens (ainsi que des méthodes d'indexation des sites utilisées par les moteurs de recherche). L'hyperlien, contrairement à une note de bas de page, offre un accès à une source, pas simplement une information relative à cette source. Il est clair que la référence infra-paginale tombe en dehors du champ du droit d'auteur et qu'aucune autorisation ne doit être demandée pour citer une source. Le même raisonnement doit être tenu à propos des hyperliens [33]: le simple fait d'utiliser comme pointeur l'adresse d'un site Web (URL pour Uniform Resource Locator) ne peut

constituer une forme de reproduction, puisque le contenu du site référencé n'est pas repris, même en partie, sur le site créateur du lien. Seule la reprise d'éléments protégés (par exemple un titre ou une image) dans le pointeur ou la partie visible de l'hyperlien (qui ne se présente pas nécessairement sous la forme d'un URL) peut constituer une atteinte au droit de reproduction de l'auteur [34]. Encore faudra-t-il se demander chaque fois si l'une des exceptions au droit de reproduction n'est pas applicable. On ne peut davantage considérer l'établissement d'un lien simple comme une forme de communication au public qui exigerait une autorisation préalable de la part de l'ayant droit.

Autrement dit, fournir l'accès à un site Web est un acte qui tombe en dehors du champ du droit d'auteur, ce qui montre que la question de l'accès est indépendante de celle du droit d'auteur. Mais dire que l'on se situe en dehors du droit d'auteur n'exclut pas pour autant l'obligation pour celui qui crée le lien de solliciter une autorisation à un autre titre. En effet, le concepteur d'un site peut choisir de contrôler (voire d'interdire) l'accès, mais s'il choisit de ne pas conditionner l'accès par un système de mot de passe ou d'abonnement gratuit ou payant, le concepteur de ce site a implicitement octroyé une forme d'autorisation d'établissement du lien hypertexte (en tout cas sous la forme d'un lien simple [35]).

2.2 Les abus résiduels du droit d'auteur et la jurisprudence

Nonobstant les limitations légales introduites, dont certaines ont pour objectif sous-jacent de faciliter l'accès à des œuvres traditionnelles (exception en faveur des bibliothèques par exemple) ou pour objet explicite de préserver l'accès à des œuvres numériques au profit des utilisateurs légitimes (en matière de bases de données par exemple), l'exercice particulier du droit d'auteur peut créer dans certaines circonstances exceptionnelles une forme d'obstacle illégitime à l'accès que la jurisprudence sanctionnera le cas échéant au titre d'un abus de droit (principe ou théorie générale de droit civil) ou de position dominante (par application des dispositions communautaires ou nationales en matière de libre concurrence [36]).

Il se peut par exemple que l'exigence tout à fait légitime d'avoir accès à un document administratif protégé (par exemple un plan d'architecture annexé à une demande de permis de bâtir) se heurte au droit du tiers d'interdire la copie de l'élément protégé inséré dans ce document. L'application des règles belges ci-dessus présentées en matière de transparence administrative ne permet en principe pas de passer outre l'autorisation de l'ayant droit (l'architecte), mais il n'est pas exclu qu'un tel refus de copie constitue une forme d'abus du droit d'auteur [37]. Lorsque l'on constatera une disproportion manifeste entre l'utilité pour le titulaire du droit d'auteur d'interdire la reproduction du document protégé et l'inconvénient pour l'autre partie de ne pouvoir recevoir une communication du document sous forme de copie, il y aura abus de droit. D'autres exemples d'abus de droit mériteraient d'être passés en revue [38].

S'agissant des limites que les juges de la concurrence peuvent imposer en cas d'abus d'une position dominante liée à un contrôle de l'accès à l'information, tout le monde connaît l'affaire exemplaire tranchée par la Cour de justice des Communautés européennes, l'affaire *Magill* [39]. On se permettra donc d'être très succinct ici, et de relire le litige à la lumière de la problématique de l'accès. Rappelons tout d'abord que cette affaire concerne des grilles de programmes de télévision, c'est-à-dire non les programmes eux-mêmes (films, actualité, etc.) mais l'information "brute" (le terme apparaît à plusieurs reprises dans l'arrêt de la Cour notamment aux attendus n° 54 et 56) que représentent les dates, heures et contenus des émissions diffusées, telles que publiées dans les pages télévision des quotidiens; il s'agit donc clairement d'une oeuvre d'information, non d'une oeuvre de divertissement, et cette circonstance explique largement le problème d'accès soulevé par cette affaire (voir supra sur le malentendu causé par la confusion entre oeuvre et information). Il est en effet clair que la spécificité de *Magill* tient à ce que les titulaires du droit (les chaînes de télévision) disposaient à la fois d'un monopole de droit (le copyright) [40] sur les grilles de

programmes télévisés et un monopole de fait résultant de ce que ces chaînes étaient maîtres de la programmation et donc seules à même d'avoir accès aux informations sollicitées par l'éditeur du guide hebdomadaire de télévision. La position dominante résultait donc d'une situation particulière où le titulaire du droit d'auteur disposait en outre et surtout d'une forme de contrôle de fait sur l'accès à l'information (il était la source unique de celle-ci) [41]. En outre, le marché des guides de programmes de télévision constituait un "marché dérivé" (attendu n° 56 de l'arrêt) par rapport au marché principal des émissions et la doctrine des "facilités essentielles" (*essential facility* [42]) a pu donc s'appliquer pour forcer l'entreprise en position dominante sur un marché principal (émissions) à offrir l'accès à l'information y afférente mettre à un nouvel entrant potentiel de faire concurrence sur le marché dérivé (guides de télévision) [43].

La reconnaissance en l'espèce de l'abus de position dominante dans l'exercice du droit d'auteur se justifie donc avant tout par le fait que le titulaire du droit est l'unique source d'une information inaccessible par ailleurs et que ce dernier jouit donc de la possibilité de bloquer l'accès à un marché dérivé. Autrement dit, ce n'est pas tant l'exercice du droit d'auteur qui est au centre et en cause dans ce litige, mais la limitation *de facto* de l'accès à l'information et à un marché dérivé. La question de l'accès justifiait un traitement particulier de cette affaire du point de vue du droit de la concurrence.

2.3 Du droit d'auteur vers une réglementation de l'accès

Les nouveaux développements, notamment aux États-Unis, relatifs à la protection des œuvres sur les réseaux sont particulièrement intéressants en ce qu'ils montrent en quoi la problématique de l'accès appelle un traitement législatif particulier, en marge des règles relatives au droit d'auteur.

Le *Digital Millenium Copyright Act* (ci-après DMCA [44]), qui a reçu la signature du Président Clinton le 28 octobre 1998 (et dont les principales dispositions sont entrées en vigueur à cette date), comporte un titre I, qui entend rendre la législation américaine conforme aux obligations prévues par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (TODA) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (TOIEPH), tous deux adoptés fin 1996. Ce titre I comprend lui-même une section 103 intitulée "Les systèmes de protection du droit d'auteur et l'information sur le régime des droits" [45].

La première norme reprise dans les Traités de l'OMPI (art. 11 TODA et 18 TOIEPH intitulés "Obligations relatives aux mesures techniques") impose aux Parties contractantes l'obligation de

prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent Traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.

Le Congrès américain a considéré qu'afin de mettre en œuvre cette disposition, il fallait à la fois prévoir une protection contre les personnes qui offrent un service de neutralisation et contre les fabricants, importateurs et distributeurs de dispositifs conçus à des fins de neutralisation. La proposition de directive communautaire sur *l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* [46] entend également obliger les États membres à prévoir "une protection juridique appropriée contre toutes les activités, y compris la fabrication et la distribution de dispositifs ou la prestation de service, qui n'ont qu'une raison commerciale ou utilisation limitée autre que la neutralisation des dispositifs techniques..." (art. 6, 1; nous soulignons).

Les dispositions précitées des Traités de l'OMPI n'entendent protéger que les mesures techniques qui "restreignent l'accomplissement [...] d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi". Par conséquent, il demeure autorisé de contourner ou neutraliser une mesure

technique qui viserait à limiter l'accomplissement d'actes exonérés par application d'une exception au droit d'auteur (voir supra). Toute la difficulté du système à mettre en place est de concilier la préservation de ces exceptions tout en assurant une protection efficace contre la neutralisation des mesures techniques [47].

A cette fin, la nouvelle section 1201 du *Copyright Act* américain distingue trois catégories de violations:

- 1) la neutralisation des mesures de protection qui contrôlent l'accès aux oeuvres protégées;
- 2) la fabrication, la distribution, la mise à disposition, etc., -ce que nous appellerons, pour faire bref, la "commercialisation"-, de dispositifs ou services qui neutralisent les systèmes de contrôle d'accès et
- 3) la fabrication, la distribution, la mise à disposition, etc., -donc la "commercialisation"-, de dispositifs ou de services qui neutralisent une mesure technique qui *"protège efficacement un droit reconnu au titulaire du droit d'auteur"* .

Quelques remarques à ce propos.

Tout d'abord, ces formes de violations (même la troisième) sont indépendantes de l'existence d'une atteinte à un droit d'auteur. Aux formes d'atteintes aux prérogatives de l'auteur s'ajoutent simplement des violations des mesures techniques de contrôle et de protection.

Deuxièmement, parmi ces formes de violations, il faut distinguer celles qui sont en rapport avec des mesures techniques contrôlant l'accès (deux premières catégories) et celle qui concerne les mesures techniques protégeant un droit d'auteur (troisième catégorie). Il est donc intéressant de constater que désormais, la question de l'accès fait l'objet d'un traitement juridique particulier, alors même qu'il n'y a pas interférence du droit d'auteur. La distinction ainsi opérée entre la question de l'accès et celle du droit d'auteur se justifie par la nécessité d'établir un équilibre différent, selon que l'accès est offert à des usagers auxquels le titulaire du droit d'auteur peut imposer des termes et conditions (contrat en ligne) ou que, l'accès ayant été obtenu de manière licite, d'autres membres du public cherchent à reproduire, adapter, distribuer, communiquer au public les œuvres et commettent donc des actes tombant sous le coup d'une des prérogatives conférées par la loi sur le droit d'auteur [48].

Troisièmement, la partie la plus importante de cette réglementation concerne les mesures touchant à l'accès, mais, en revanche, à l'égard de ces mesures, aucune obligation n'existe en vertu des Traités de l'OMPI, et c'est normal, puisque l'on quitte avec ce type de mesure le champ du droit d'auteur. L'absence de toute obligation internationale à cet égard signifie aussi que beaucoup de pays risquent de ne pas introduire les mêmes normes. La Communauté européenne entend toutefois suivre la voie tracée par les États-Unis.

Quatrièmement, s'agissant des mesures techniques protégeant un droit d'auteur, et, pour plus de facilité, on peut les désigner comme les mesures techniques interdisant la copie (dès lors que la reproduction est l'acte potentiellement illicite qui sera le plus souvent accompli), on interdit la commercialisation du dispositif ou du service conçu ou produit dans le but de neutraliser, mais on ne prohibe pas le contournement de la mesure technique (contra pour les mesures techniques contrôlant l'accès). Pourquoi? Parce que l'on a estimé qu'il fallait préserver la possibilité pour les usagers d'invoquer les exceptions au droit d'auteur, qui, quand elles sont applicables, autorisent les usagers à contourner cette forme de mesures techniques de protection. Autrement dit, on tolère davantage que l'utilisateur final contourne des mesures interdisant la copie après que l'accès ait été accordé, alors qu'il lui est interdit de contourner les mesures de contrôle d'accès, en invoquant par

exemple l'exception de citation pour exiger et forcer l'accès. En ce sens, on a vu (voir supra) qu'il existait une forme de droit de copie, mais pas de droit d'(avoir) accès.

Toutefois, et c'est un cinquième point, des exceptions ont finalement été introduites, par exemple en faveur des bibliothèques et établissements d'enseignement, en ce qui concerne l'interdiction de principe de neutralisation des mesures de contrôle d'accès. De plus, le Congrès a prévu de suspendre l'entrée en vigueur de cette interdiction de neutralisation des mesures de contrôle d'accès et a chargé la Bibliothèque du Congrès d'identifier des classes d'œuvres dont les usagers ne pourraient se voir interdire l'accès et donc la possibilité d'en faire des usages non-contrefacteurs.

Comme le souligne J. Ginsburg dans son remarquable article de synthèse sur la nouvelle loi américaine, le législateur américain a consacré par l'article 1201(a) un droit de contrôler l'accès, un droit inédit dont on ne trouve pas d'équivalent dans la Convention de Berne ou dans le TODA. Qui plus est, comme le souligne J. Ginsburg:

en accordant au titulaire du droit d'auteur un droit d'empêcher la neutralisation des systèmes techniques qui contrôlent "l'accès", [le Congrès] a peut-être élargi le champ du droit d'auteur à "l'usage" des œuvres de l'esprit [...] En théorie, le droit d'auteur ne s'étend pas à l'usage; il interdit les actes de reproduction, d'adaptation, de distribution, d'exécution publique ou d'exposition en public (communication au public) non autorisés. Tous les "usages" ne correspondent pas à ces actes. Mais parce que "l'accès" constitue une condition préalable à "l'usage", il est bien possible qu'en contrôlant le premier, le titulaire du droit finisse par empêcher ou limiter le second [49].

Conclusions

Il semble donc qu'adapté à l'univers numérique, le droit d'auteur soit amené à donner naissance à un droit nouveau d'accès et/ou d'usage. "L'accès, continue J. Ginsburg, deviendra probablement le droit le plus important pour les œuvres numérisées et la reconnaissance de ce droit, que ce soit par le détour de dispositions interdisant la neutralisation de systèmes de contrôle d'accès ou par sa mention expresse dans l'énumération des droits exclusifs de l'auteur, pourra s'avérer inévitable". Bien entendu, ce droit *sur* l'accès entrera directement en conflit avec la revendication (le droit?) à l'accès, qui, on l'a vu, a accompagné et marqué les développements du droit d'auteur et a contribué à justifier certaines exceptions au droit d'auteur (voir supra). Il faudra sans doute modeler de manière cohérente les exceptions au droit d'auteur mais surtout au nouveau droit sur l'accès pour tenir explicitement compte de l'exigence d'accès à l'information. La tâche s'annonce ardue. Par ailleurs, on peut également s'attendre à ce que se multiplient les décisions jurisprudentielles qui utiliseront les principes généraux ou le droit de la concurrence afin de limiter l'exercice abusif de ce droit de contrôler l'accès. Bref, la question de l'accès devient indiscutablement une question centrale en droit d'auteur.

[© Alain Strowel, 1999. *] Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis,

avocat au barreau de Bruxelles, cabinet Nauta Dutilh

[1] Pour simplifier, et compte tenu de la généralité de notre propos, nous considérons ici que le terme "droit d'auteur" couvre également, là où ils sont consacrés, les droits voisins, par exemple le droit des producteurs de bases de données (ce droit qualifié de droit sui generis dans la directive communautaire 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (JOCE, 27.3.96, n° L 77/20) est explicitement considéré dans certaines législations comme un droit voisin du droit d'auteur; voir pour la Belgique, A. STROWEL, *La loi du 31 août 1998 concernant la protection des bases de données*, J.T. , 1999, p. 297).

[2] Dans la mesure où les deux grandes traditions en matière de protection des oeuvres littéraires et artistiques se rejoignent largement sur les questions ici envisagées, il n'est pas nécessaire de distinguer pour notre propos le droit d'auteur du droit de copyright.

[3] En ce sens, le droit d'auteur participe à la constitution d'un espace public de discussion. Pour une analyse plus approfondie du socle culturel sur lequel l'institution du droit d'auteur (et du copyright) repose, voir A. STROWEL, *Convergences entre droit d'auteur et copyright dans la société de l'information*, in INTERGU (ed.), *Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 59 et s.

[4] R. CHARTIER, *Les origines culturelles de la Révolution française*, Paris, Seuil, 1990.

[5] Pour la traduction française de cet article paru en 1784 sous le titre "*Beantwortung der Frage: Was Ist Aufklärung?*" : voir E. KANT, "Réponse à la question: Qu'est-ce que "les Lumières"?", in *La philosophie de l'histoire*, Paris, Denoël-Gonthier, 1983, p. 46-55.

[6] Paru originairement en 1785 in *Berlinische Monatschrift*, 5 sous le titre "*Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*" et reproduit in *UFITA*, 1987, vol. 106, p. 137-144.

[7] R. CHARTIER, *op. cit.*, p. 39.

[8] E. KANT, "Réponse à la question: Qu'est-ce que "les Lumières"?", *op. cit.*, p. 48.

[9] M. J. C. CONDORCET, *Oeuvres*, Paris, Firmin Didot Frères, 1847, t. 11, p. 312.

[10] A ce sujet, voir: F. CRAWFORD, *Pre-constitutional Copyright Statutes*, *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.*, 1975, 23, p. 14-16. Dans ce sens encore: G. KAUFFMAN, *Exposing the Suspicious Foundation of Society's Primacy in Copyright Law: Five Accidents*, *op. cit.*, p. 403-408. Voir *Copyright Enactments of the United States, 1783-1906*, in *Copyright Office Bulletin*, 1906, n° 3, p. 14; reproduit in F. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 14.

[11] U.S. Constitution, art. 1, section 8, clause 8. Pour rappel en voici le texte anglais:

"The Congress shall have Power [...] 8. To promote 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".

[12] Les deux citations bien connues sont respectivement tirées de: *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156, 45 L. Ed. 2d. 84, 89 (1975); *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429, 78 L. Ed. 2d. 574, 584 (1984).

[13] R. S. BROWN (*Eligibility for Copyright Protection: A Search for Principled Standards*, *Minnesota L. Rev.*, 1985, 70, p. 592) attire l'attention sur ce point.

[14] Pour une présentation critique de cette thématique, voir A. STROWEL, *Les avatars de la culture et la place d'une politique culturelle dans la société de l'information*, in H. DUMONT et A. STROWEL (sous la dir.), *Politique culturelle et droit de la radio-télévision*, Bruxelles, Publ. des FUSL, 1998, p. 183-213.

[15] A. LUCAS, *Les exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins à l'ère de l'information*, Rapport pour le Conseil de l'Europe, Comité directeur sur les moyens de communication de masse, Groupe de spécialistes sur la protection des ayants droit dans le secteur des media, Strasbourg, 24 oct. 1996, p. 19, n° 65.

[16] *Ibidem*, p. 20, n° 70 qui cite F.W. GROSHEIDE, *Paradigms in Copyright Law*, in B. SHERMAN et A. STROWEL (ed.), *Of Authors and Origins*, Clarendon Press Oxford, 1994, p. 203.

[17] Chr. CARON, Note sous TGI Paris, 14 août 1996, *RIDA*, 1997, n° 171, p. 377-378.

[18] A. LUCAS, *Les exceptions et limitations au droit d'auteur ...*, *op. cit.*, p. 20, n° 70. C'est dire que le droit d'auteur trouve des adversaires plus nombreux et acharnés, là où l'accent est davantage mis sur la transparence et l'accès à l'information, ce qui est le cas aux États-Unis et sans doute plus généralement en Amérique du Nord. La mise en avant de l'exigence d'accès à l'information a déjà posé des problèmes aux États-Unis, comme en témoignent la controverse sur le droit de survol (ou "browsing") et les discussions provoquées depuis par les divers projets de loi en matière de protection des bases de données. En Europe, la directive communautaire du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données a été adoptée sans soulever un débat public similaire.

[19] Mon. belge, 19.12.1997, p. 34255. On pourrait tout aussi bien repartir de l'article 9 de la loi sur la publicité de l'administration fédérale du 11 avril 1994, disposition qui est libellée dans les mêmes termes, sous réserve de ce qu'elle s'applique à l'administration fédérale. Pour un commentaire, voir A. STROWEL, *Publicité de l'administration et droit d'auteur*, *Revue de droit communal*, 1999, 1/2, p. 63-70.

[20] Voir à ce propos les développements en droit constitutionnel et en droit international dans l'article de J. SAMBON, *L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental*, *Aménagement-Environnement*, 1996, n° spécial, p. 237-245.

[21] Ce droit comprend en fait le droit exclusif d'interdire l'adaptation, la traduction, parfois conçues comme des reproductions intellectuelles de l'oeuvre, ainsi que la location, le prêt et la distribution des exemplaires (sur ce point, voir A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Story-scientia et Bruylant, 1997, p. 30 et s.).

[22] Ainsi, en vertu de l'article 5 de la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, "les droits patrimoniaux comprennent : a) la reproduction permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit. Lorsque le chargement, l'affichage, le passage, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une telle reproduction du programme, ces actes seront soumis à l'autorisation du titulaire du droit."

[23] Chambre, *Doc. parl.*, n° 1112/1, s. o. 1992-1993, p. 21-22.

[24] S. HEIN, *L'information gouvernementale: vers un droit d'accès sur l'inforoute*, Thémis et Université de Montréal, 1997, p. 229.

[25] Si le catalogue des droits est plus étoffé, comme c'est le cas dans de nombreux pays (par exemple dans les pays de common law), des exceptions spécifiques peuvent bien entendu être introduites pour les autres prérogatives légalement reconnues.

[26] On se contentera (pour l'Europe essentiellement) de renvoyer aux études et recherches suivantes: P.B. HUGENHOLTZ et D.J.G. VISSER, *Copyright problems of electronic document delivery: a comparative analysis*, Report to the Commission of the European Communities, Luxembourg, 1995; A. et B. STROWEL, *Limitations and exceptions to the rights applicable to the exploitation of works and related matter in the context of on-line services*, Report to the

Commission of the European Communities, Bruxelles, 1997; Actes des journées d'études de l'ALAI, Cambridge (14-17 septembre 1998), à paraître.

[27] Cette subdivision en cinq catégories est bien entendu quelque peu arbitraire (comp. P.B. HUGENHOLTZ, *Adapting Copyright to the Information Superhighway*, in P. B. HUGENHOLTZ (ed.) *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer, La Haye, Londres, Boston, 1996, p. 93 où une sixième catégorie, l'exception pour reprographie, apparaît).

[28] *Sony Corp. v. Universal City Studios Inc.*, 464 US 417, 78 L Ed 2d 574, 104 S Ct 774.

[29] En ce sens par exemple: D. VISSER, *Copyright Exemptions Old and New: Learning from Old Media Experiences*, in P. B. HUGENHOLTZ (ed.) *The Future of Copyright in a Digital Environment*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer, 1996, p. 52: "Library privileges also have quite a different foundation. Home copying exemptions are mainly introduced in the interest of privacy, whereas library privileges are based on a public interest: *access for all*".

[30] A. LUCAS, *Les exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins ...*, *op. cit.*, p. 8, n° 21. Selon P. B. Hugenholtz (*Adapting Copyright to the Information Superhighway*, *op. cit.*, p. 95), ce sont les titulaires de droits qui défendent l'idée que la reconnaissance des exceptions ne confère pas de droit aux usagers.

[31] A. LUCAS, *Les exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins ...*, *op. cit.*, p. 8 n° 21.

[32] Qu'il suffise encore de rappeler qu'en vue d'assurer l'interopérabilité des logiciels, le législateur communautaire a introduit une exception pour la décompilation garantissant l'accès au code-source d'un programme (voir l'article 6 de la directive de 1991).

[33] Nous considérons ici le mode le plus commun d'établissement d'un lien, soit le lien HREF simple qui renvoie à la page d'accueil d'un site (par opposition au "deep linking", au framing ou à l'inlining).

[34] Sur cette question, voir: A. STROWEL, *Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des liens hypertextes*, *A&M*, 1998.4, p. 296-308.

[35] Voir A. STROWEL, *Liaisons dangereuses ...*, *op. cit.*, p. 301.

[36] Ainsi, en Belgique, l'article 3 de la loi du 5 août 1991 sur la concurrence économique revêt une portée mutatis mutandis similaire à l'article 82 (ex-art. 86) du Traité de Rome en matière d'abus de position dominante.

[37] Pour une illustration, voir A. STROWEL, *Publicité...*, *op. cit.*, p. 69.

[38] Voir plus généralement l'ouvrage de Chr. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Paris, Litec, 1998.

[39] C.J.C.E., 6 avril 1995, affaires jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.*, 1995, I, p. 808 et s.; T.P.I.C.E., 10 juillet 1991, affaires T-69, 70 et 76-89, *RTE, BBC et ITP (respectivement) c. Commission*, *Rec.*, 1991, II, p. 485 et s., et p. 575 et s.

[40] L'existence même de cette protection a pu paraître critiquable pour la Cour, même si, contrairement à la Commission, la Cour n'a pas voulu se prononcer sur ce point qui relève de la compétence des Etats membres, et a donc dû se rabattre sur la question de l'exercice du droit

exclusif qu'elle a jugé abusif (en ce sens, par ex.: I. GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1996, p. 155-156).

[41] Voir F. de VISSCHER ET B. MICHAUX, *Observations* sous C.J.C.E., 6 avril 1995, *J.T.*, 1996, p. 777, qui notent: "A la réflexion, les hypothèses sont rares où l'objet protégé se constitue d'une information dont toute la valeur est d'émaner à bref délai de son détenteur et qui n'est pas utilement accessible aux tiers sans son bon vouloir. En dehors de ces hypothèses, le titulaire du droit ne puise la faculté de s'opposer à l'accès à des tiers à l'objet protégé et à son exploitation que dans le droit lui-même". Ces hypothèses sont toutefois susceptibles de se multiplier lorsque l'on a affaire aux produits et services offerts par la société de l'information.

[42] On peut dire qu'une facilité est essentielle si elle est indispensable pour la capacité concurrentielle, et si les concurrents ne peuvent pas agir sur le marché sans y avoir accès (voir L. IDOT, *Rapport général sur la question n° III: Dans quelle mesure le droit de la concurrence (déloyale) impose-t-il à d'autres opérateurs économiques de donner accès à des infrastructures, services ou informations que l'on détient?*, RIDC-IRCL, 1997.2, p. 16 et s. notamment p. 20; voir encore D. RIDYARD, *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law*, ECLR, 1996, p. 438).

[43] Voir A. REINDL, *The Magic of Magill: Program Guides as a Limit of Copyright Law*, IIC, 1993, 24, p. 79-80: "This doctrine [the "essential facility" doctrine] has been invoked when a firm derived market power from the control over a product or service, the "essential facility", and refused to grant a third party access to this facility where the third party needed access in order to compete with the dominant firm. The major concern in this situation is a possible transfer of market power, i. e. the dominant firm's ability to extend its market power to the adjacent market and prevent competition by new market entrants in vertically-related markets. In such a case, competition law may oblige the dominant firm that controls the facility to grant access to third parties".

[44] Il s'agit du Public Law n°. 105-304, 112 Stat. 2860 (28 oct. 1998).

[45] Pour une première présentation de cette législation, voir The Digital Millennium Copyright Act of 1998, U.S. Copyright Office Summary, déc. 1998, p. 3 et s.; pour une analyse plus approfondie dont nous nous inspirons très largement: voir J. GINSBURG, *News from the U.S. (I)*, RIDA, 1999, n° 179, p. 143 et s.

[46] COM(97) 628 final du 10.12.1997. Le Parlement européen a voté les amendements lors de la séance plénière du 11 février 1999 et, à la suite de cela, la Commission a présenté le 25 mai 1999 une proposition modifiée, tenant en partie compte des amendements du Parlement.

[47] J. GINSBURG, *op. cit.*, p. 151.

[48] *Ibidem*, p. 153.

[49] *Ibidem*, p. 169-171.