

La protection des bases de données en question : un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne

Bertrand WARUSFEL

Maître de conférences à la faculté de droit de l'Université Paris V
Avocat au barreau de Paris

L'intervention du législateur communautaire dans les différents domaines de la propriété intellectuelle a toujours suscité discussions et oppositions. Non que l'on remette généralement en cause le bien-fondé d'une harmonisation européenne dans ces domaines si étroitement liés aux flux économiques transnationaux et à la construction d'un marché et d'une société du savoir. Mais, pris individuellement, chaque droit concerné comporte de telles spécificités que l'émergence d'une règle ou d'un instrument commun perturbe les pratiques ou les traditions nationales. Il n'est donc pas anormal – même si le sujet occupe moins la première place de l'actualité juridique que le droit d'auteur ou la brevetabilité des inventions logicielles – que le droit des bases de données établi par la directive du 11 mars 1996 fasse l'objet de critiques vives et alimente aussi un débat transatlantique.

La mise en place d'un droit *sui generis* des producteurs de bases de données a en effet créé une « exception européenne » qui est fréquemment critiquée. Parmi les juristes, la question majeure concerne la conciliation de cette protection avec les exigences du droit de la concurrence. Tandis que les économistes et les milieux scientifiques manifestent surtout leur inquiétude quant aux effets d'un tel dispositif sur la libre circulation des données scientifiques et la vitalité de la recherche mondiale.

En rappelant comment l'exemple européen en la matière a été refusé en Amérique du Nord et quelles suites cela a engendré (I), on comprendra mieux les enjeux des critiques juridiques et économiques qui sont adressées aujourd'hui à ce modèle européen de la protection *sui generis* (II) et pourquoi – à notre sens – il convient de le réformer plutôt que de le révoquer (III).

I. La fracture transatlantique autour de la protection *sui generis* des bases de données

Le droit international des bases de données présente une face paradoxale, dans la mesure où un fort niveau d'harmonisation autour de l'application des règles du droit d'auteur dans ce domaine coexiste avec une divergence frontale et assumée sur le terrain de la protection *sui generis*, qui a été ouvertement refusée par les États-Unis alors qu'elle constitue la véritable innovation juridique européenne dans le domaine.

1.1. L'institution de la protection *sui generis* dans l'Union européenne

Rappelons que cette protection *sui generis* instituée par la directive du 11 mars 1996 donne au « producteur » d'une base de données des droits d'interdire l'extraction ou la réutilisation de

parties substantielles (voire l'extraction ou la réutilisation « répétées et systématiques » de parties non substantielles) de cette base, lorsqu'il peut justifier du fait que « l'obtention, la vérification ou la présentation (de son) contenu [...] attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif » (art. 7).

Elle fut conçue pour apporter un complément à la protection classique par le droit d'auteur, jugée insuffisante du fait de la rigueur du critère d'originalité¹. Mais plus profondément on peut retrouver l'origine intellectuelle de ces dispositions dans les travaux de différents juristes qui, dans les années 80, ont cherché à faire reconnaître de nouvelles formes de protection et de valorisation pour les « biens informationnels ». Parmi les précurseurs français, on citera au premier rang le Professeur P. Catala qui concluait en 1987 une conférence par ces réflexions anticipatrices : « Le droit d'auteur ayant été conçu en fonction des œuvres originales de l'esprit, il y a donc quelque artifice à l'utiliser pour protéger les entreprises de services dont l'investissement est d'ordre financier bien plus qu'intellectuel. Mais les protections subsidiaires déduites des contrats ou de la responsabilité civile se révèlent beaucoup moins efficaces que les monopoles d'exploitation. Cela étant, la solution d'avenir consistera sans doute à créer, pour les banques de données non originales, un régime adapté qui bénéficierait à l'entreprise et protégerait un investissement pendant une période de temps sensiblement plus brève que celle de la propriété littéraire »².

La protection instituée par la directive de 1996 a parfaitement répondu à cette définition. Il s'agit d'une protection distincte et autonome de celle qui peut être accordée au titre du droit d'auteur. Elle est acquise non à un créateur, mais à l'entité (généralement une personne morale) ayant financé et organisé la constitution de la base. Elle lui offre un monopole d'exploitation (sous la forme d'un « droit d'interdire », proche de celui acquis au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle) et vise essentiellement à préserver, pendant une période plus limitée (quinze années et non la durée beaucoup plus longue du droit d'auteur) un investissement (celui-là même dont l'existence et la « substantialité » doivent être démontrées pour pouvoir bénéficier de la protection).

1.2. Le refus nord-américain et ses suites

Face à cette situation européenne le refus de nombreux grands partenaires économiques de l'Europe n'en est que plus spectaculaire. S'agissant des États-Unis et du Japon, il s'est manifesté officiellement à l'occasion des négociations diplomatiques menées à Genève en décembre 1996.

Lors de cette session qui vit la signature du Traité sur le droit d'auteur et de celui consacré à la protection des droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes, était également présenté, un projet de traité en matière de bases de données. Ce texte établi sur la base de propositions parallèles émises par l'Union européenne et par les États-Unis, suggérait des dispositions proches de celles prévues dans la Directive européenne³.

¹ Sur les origines de cette protection, v. les remarques du Professeur P. B. Hugenholtz en juin 1996, qui souligne que les critiques sur les limites du droit d'auteur se sont exprimées lors du Congrès de l'ALAI de Québec en 1989 et ont été notamment renforcées par l'arrêt de la Cour suprême néerlandaise *Van Dale v. Romme*, 4 janv. 1991 (P. B. Hugenholtz, *op. cit.*, p. 491 sq.).

² P. Catala, La propriété intellectuelle des banques de données sur leurs données, 1987, reproduit in P. Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique – Jus ex Machina*, PUF, 1998, p. 304.

³ V. la proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur la propriété intellectuelle en matière de bases de données soumise à l'examen de la conférence diplomatique, OMPI, *Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins*, Genève, 20 déc. 1996, doc. n° CRNR/DC/6.

Bien que soutenu à l'origine par l'USPTO, ce projet fut finalement rejeté lorsque la position du gouvernement américain changea en dernière minute après que les Présidents des trois Académies scientifiques américaines aient exprimé dans une lettre ouverte au Secrétaire au commerce, M. Kantor, leurs inquiétudes quant aux effets d'un tel traité sur la recherche scientifique⁴. Plus discrètement, se rallièrent alors à cette opposition d'importants pays de l'OCDE tels que le Japon, le Canada et l'Australie, dont aucun ne se dota ensuite d'une législation spécifique instituant une protection *sui generis* pour les bases de données.

Et, jusqu'à ce jour, les différentes tentatives engagées aux États-Unis pour promouvoir une législation fédérale de protection des bases de données⁵ n'ont jamais recueilli un soutien politique suffisant et ont plutôt contribué à attiser les controverses qu'à rapprocher les points de vue autour de l'utilité ou de la légitimité d'une telle protection.

Avec le recul, cette « fracture » entre l'Union européenne et l'Amérique du Nord a eu pour effet de pousser les acteurs américains du marché des services d'information (qui sont les premières entreprises au monde dans leurs secteurs) à rechercher différents moyens obliques pour compenser l'absence d'une protection spécifique.

L'une de ces approches indirectes consisterait à assurer la protection des bases de données par application du concept de « *misappropriation* » (l'appropriation préjudiciable) qui correspond – peu ou prou – en *common law* à l'équivalent de notre notion de concurrence déloyale. Dès 1997, un rapport du *Copyright Office* a présenté en effet cette voie de la « *misappropriation* » comme la seule alternative à la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle en matière de protection des bases de données⁶. Et la délégation américaine au comité de l'OMPI sur les droits d'auteur a déclaré en 2001 que l'orientation de l'administration fédérale était désormais de privilégier en ce qui concerne une législation domestique « la promulgation de règles sur l'appropriation préjudiciable »⁷. Mais cette orientation ne paraît pas susceptible de débloquer à court terme la situation ni de clarifier le débat juridique. En effet, si l'idée originelle consistait plutôt à substituer une action de droit commun basée sur la seule jurisprudence⁸, à une protection législative il semble bien qu'elle serve aujourd'hui à justifier des propositions législatives qui viseraient à réprimer les actes de détournement de données. De fait, la plupart des propositions de loi déposées au Congrès (y compris la plus récente déposée en mars 2004) se rattachent, au moins formellement, à cette notion alors qu'elles visent généralement à créer l'équivalent américain de notre protection *sui generis*. Mais ce détour par une action en responsabilité paraît à son tour poser un problème constitutionnel

⁴ Sur l'ensemble des débats et des initiatives durant cette période analysés d'un point de vue américains, v. notamment J. H. Reichman et P. F. Uhlir, *A Contractually Reconstructed Research Commons For Scientific Data In A Highly Protectionist Intellectual Property Environment*, *Law & Contemporary Problems*, 66, Winter/Spring 2003, p. 372 et note 278.

⁵ On citera notamment les propositions de loi présentées par le représentant H. Coble (en 1996, 1999 et 2003), par le sénateur R. Grams (en 1998) ou encore par le représentant T. Bliley (en 1999). À ce jour, deux projets sont encore à l'étude au Congrès, le *Database and Collections of Information Misappropriation Act* (HR 3261, déposé en octobre 2003 par le Représentant H. Coble précit.) et le *Consumer Access to Information Act* of 2004 (H.R. 3872, déposée en mars 2004 par le Représentant C Stearns).

⁶ *Report on Legal Protection for Databases*, U.S. Copyright Office, août 1997.

⁷ Citation et traduction in R. G. Howell, *Protection des bases de données et droit canadien*, 2^e éd., Ministère du Patrimoine canadien, mars 2002, p. 101.

⁸ Le recours en « appropriation préjudiciable » pour concurrence déloyale trouve sa source dans l'arrêt de 1918 de la Cour suprême des États-Unis concernant l'affaire *International News Service v. Associated Press* (d'ailleurs cité dans l'arrêt *Feist*).

particulier, comme cela avait été déjà souligné depuis plusieurs années par certains auteurs⁹. Ainsi, un récent arrêt *Dastar* de la Cour suprême (rendu en matière de *copyright* et de marques) pourrait être interprété comme empêchant le Congrès d'édicter une législation commerciale (c'est-à-dire prise en application de la section 8.3 de l'article 1^{er} de la Constitution fédérale) qui aurait indirectement pour conséquence de limiter les effets de la disposition constitutionnelle relative à la propriété intellectuelle (à savoir la section 8.8 du même article 1^{er})¹⁰.

Une autre voie de protection a été illustrée par plusieurs décisions de jurisprudence s'appuyant sur la théorie du *cyberpass* pour sanctionner certaines pratiques de détournement de données en ligne¹¹. À partir du concept ancien de *trespass to chattels* qui recouvre l'interférence avec la possession d'un bien meuble, des producteurs de données ont pu plaider que, dans certains cas, l'interaction avec des serveurs de données en vue de collecter le contenu de ceux-ci dans un but non spécifiquement autorisé pouvait constituer une « interférence » avec la possession d'un bien et ouvrir ainsi droit à réparation. Si ces décisions étaient reprises et confirmées, il serait alors possible par ce cheminement quelque peu tortueux, d'interdire à certains utilisateurs de bases en ligne d'extraire et de reprendre les contenus de celles-ci, et ce indépendamment de tout droit intellectuel.

Mais plus encore, on sait depuis l'arrêt *ProCD* de 1996¹² que les juridictions américaines peuvent parfois assurer la protection des intérêts du producteur d'une base de données non originale sur la simple base des dispositions contractuelles contenues dans une *shrinkwrap licence*. Cette décision fut vivement critiquée dans la mesure notamment où elle mettait largement à mal les effets de l'arrêt *Feist* de 1991¹³ (en permettant d'assurer au détenteur de données non originales une protection qu'il ne pouvait plus obtenir sur la base du *sweat of the brow*) mais malgré les réserves d'une grande partie de la doctrine, beaucoup d'espoirs ont été fondés par les producteurs d'information sur cette voie biaisée de défense de leurs prérogatives.

Cet intérêt marqué pour les voies contractuelles de protection des services d'information a trouvé son aboutissement dans les projets de rédaction de l'*Uniform Commercial Code* (destiné à servir de base à l'harmonisation des législations commerciales de chaque État) où fut introduit, après la décision *ProCD*, un projet d'article 2B sur les « licences » qui consacrerait – au nom de la liberté contractuelle – les droits du fournisseur d'un service d'information à imposer des restrictions d'accès ou d'usage importantes, et ce y compris par le biais de moyens implicites de consentement (tels que les « licences sous plastique » – que la simple ouverture du support suffit à valider – ou le « double clic »). Ce projet d'article 2B, lui aussi très critiqué¹⁴ a été finalement transformé en un projet autonome d'*Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA)¹⁵ qui demeure en discussion et dont l'adoption

⁹ V. notamment R. G. Howell, *op. cit.*, p. 89, citant notamment les Professeurs J. H. Reichman et P. Samuelson.

¹⁰ *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp., et al*, 123 S. Ct. 2041 (2003).

¹¹ V. note E. Logeais sous les décisions *eBay*, 12 déc. 2000, *Register.com*, 8 déc. 2000, *Oyster Software*, 6 déc. 2001 et *American Airlines*, 8 mars 2003 : *Propr. intell.* 2003, n° 8, p. 319 sq.

¹² *ProCD Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th cir. 1996).

¹³ *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U. S. 340 (1991).

¹⁴ Pour une critique politique et économique de ce projet, v. P. Baumard, L'article 2B du nouveau Code de commerce uniforme : Une prédation sur la plus grande industrie du XXI^e siècle : *Revue Française de Géographie*, févr. 1999, n° 8, p. 79 sq.

¹⁵ *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Computer Information Transactions Act, Last Revisions or Amendments Completed Year 2002* :

ouvrirait la voie à une régulation essentiellement contractuelle des droits d'accès et d'usage des données.

Si l'on ajoute à ces perspectives la possibilité d'utiliser des moyens technologiques (tels que la cryptographie et les systèmes de *digital rights management* – DRM¹⁶ dont l'utilisation est désormais protégée par le DMCA¹⁷) pour assurer l'effectivité des restrictions imposées par les contrats, on peut comprendre pourquoi certains praticiens américains ne s'inquiètent pas outre mesure de l'absence de protection *sui generis* en Amérique du Nord. Comme l'indiquait déjà un rapport du *National Research Council* américain en 1999 : « par rapport à ce qui prévalait avant l'arrêt *Feist*, l'utilisation de contrats de licence – de préférence à la vente – de bases et d'autres formes de données numériques, couplée avec la mise en place de moyens technologiques de coercition, devrait procurer un niveau de protection supérieur des intérêts des donneurs de licence vis-à-vis de leurs clients »¹⁸. Et, plus récemment, un avocat américain spécialisé indiquait tout simplement que « les contrats et la cryptographie nous procurent la protection que le copyright ne peut pas donner »¹⁹.

1.3. Un clivage politique sensible

En recherchant ainsi par des voies plus ou moins détournées à conserver une maîtrise suffisante de leurs ressources d'information, les entreprises nord-américaines et les milieux juridiques concernés (juridictions, experts, avocats, législateurs, [...]) s'écartent de plus en plus du modèle de protection adopté en Europe en 1996. Et en choisissant de rechercher une protection par la mise en œuvre de concepts et d'instruments juridiques propres à la *Common law*, cette pratique pourrait, à terme, rendre plus difficile aux entreprises européennes (moins aguerries à ces techniques et aux juridictions qui les appliquent d'obtenir le même niveau de protection tandis que les entreprises américaines n'ont que peu de difficultés, dès lors qu'elles possèdent des filiales implantées en Europe (ce qui est très fréquent), à réclamer le bénéfice des dispositions communautaires.

Par ailleurs, le choix de techniques contractuelles ou de la responsabilité civile, renforcées par la mise en œuvre de moyens de sécurité, s'apparente à une logique de « privatisation » du droit de l'information (c'est-à-dire, le choix d'un droit convenu et géré exclusivement au choix des parties, et plus particulièrement aux conditions du détenteur des données) alors que la démarche européenne était plus traditionnellement celle de la définition d'un droit *erga omnes* garanti par une loi de police.

< <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/2002final.htm> >). Sur ce projet, v. notamment J. H. Reichman et P. F. Uhlir, *op. cit.*, p. 381 *sq.* ; également, F. Diedrich, *A Law of the Internet ? Attempts to Regulate Electronic Commerce*, 2000(3) : *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*.

¹⁶ Sur ces technologies et systèmes et sur leurs conditions de mise en œuvre au profit de la protection des droits de propriété intellectuelle, v. notre rapport d'études avec le Professeur F. Leprévost, *Technologies de sécurité pour les médias digitaux*, doc. STOA, PE 296.705/FIN.ST, Bruxelles, mai 2001.

¹⁷ L'une des particularités du *Digital Millennium Copyright Act* américain, par rapport à son équivalent communautaire (la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information du 22 mai 2001) en ce qui concerne la protection contre le contournement des mesures techniques, est qu'il peut être interprété comme assurant une protection juridique à des moyens techniques même lorsque ceux-ci ne sont pas utilisés pour faire respecter le seul droit d'auteur (mais par exemple, pour verrouiller un simple droit d'accès à une base de données non protégée par le *copyright*).

¹⁸ National Research Council, *A Question of Balance : Private Rights and the Public Interest in Scientific and Technical Databases*, National Academic Press, 1999, p. 74.

¹⁹ C. Bloom (Attorney at Law), *intervention à la Computer Law Association*, Paris, nov. 2002.

Il n'est donc pas excessif de considérer qu'en matière de droit des bases de données, une véritable fracture juridique et politique s'est creusée entre les deux rives de l'Atlantique (ou plus exactement entre l'Europe et le reste de l'OCDE). Et il faut replacer cette opposition dans la balance paradoxale des désaccords persistants qui existent entre les différents continents en matière de propriété intellectuelle²⁰. Car comme P. Vidon le faisait justement remarquer à partir de l'exemple des brevets, « l'influence peut traverser aussi l'Atlantique en sens inverse. [...] Il en résulte même un jeu de surenchères, où les États-Unis et l'Europe cherchent chacun à être les premiers à légiférer sur un nouveau sujet (la protection des bases de données via un droit *sui generis*, par exemple), pour tenter de fixer la norme internationale de protection dans les pays suiveurs »²¹.

En l'espèce, ce positionnement sur les bases de données apparaît politiquement comme l'image inversée de celui existant entre l'Europe et les États-Unis en matière de brevetabilité (concernant les inventions logicielles, mais surtout les inventions biotechnologiques et les méthodes commerciales). Alors que dans le domaine du brevet, l'Europe refuse la surenchère et recherche une position de compromis plus respectueuse du *statu quo* et d'un équilibre entre les droits, c'est l'Amérique du Nord qui, en matière de base de données, semble s'inquiéter de la volonté européenne d'étendre le champ de la protection et se montrer plus soucieuse du respect du « domaine public ». Et même si nous venons de voir que cette attitude cache – en réalité – de nombreuses pratiques obliques de protection, sa force politique réside en ce qu'elle permet de retourner à l'encontre de la position européenne une large part des critiques que les milieux économiques et scientifiques internationaux adressent depuis près de dix ans à l'ensemble du système de la propriété intellectuelle.

II. Le droit européen des bases de données sous le feu de la critique

Les premières interrogations suscitées par la mise en œuvre de la nouvelle protection des bases de données ont été le fait des juristes spécialisés en propriété intellectuelle, dont certains ont eu des difficultés à admettre le principe même de l'introduction à la périphérie du droit d'auteur de règles *sui generis* qui leur paraissaient être « une perversion » de ce droit²². Mais cette critique proprement doctrinale a fait place plus récemment à de sérieuses interrogations sur la portée et les limites des droits *sui generis*, alimentées par les premières jurisprudences, tandis que de manière indépendante chercheurs scientifiques et économistes intentent un lourd procès à charge contre le système européen de protection des bases de données, accusé d'être néfaste à la vitalité de l'information scientifique et technique et au développement d'une science ouverte (*open science*).

²⁰ On se réfèrera au tableau de synthèse établi par M. Vivant et A. Maffre-Baugé de l'état des lieux entre Europe, Japon et USA en matière de droits de propriété intellectuelle liés à la société de l'information (M. Vivant et A. Maffre-Baugé, *Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l'information et les réseaux*, Institut français des relations internationales, note n° 42, 2002, p. 40).

²¹ P. Vidon, Le chantier de la régulation internationale du commerce par le droit de la propriété intellectuelle, *Annuaire français de relations internationales*, vol. 1, éd. Bruylant, 2000, p. 639.

²² J'emprunte le terme à F. Sardain dans sa thèse où il l'applique à l'ensemble des règles *sui generis* introduites dans le Code de la propriété intellectuelle (y compris, le régime de la décompilation logicielle issue de la directive de 1991 sur les programmes d'ordinateur). V. F. Sardain, *La propriété intellectuelle à l'épreuve du logiciel – L'exemple des interfaces*, sous la direction de P. Gaudrat, Université de Poitiers, 5 juill. 2002, p. 289. À l'inverse, on citera en particulier parmi les juristes plus favorables au développement de droits voisins de la propriété intellectuelle pour la réservation de « quasi-créations », la thèse de M. Buydens, *La protection de la quasi-création*, Larcier, 1993 (sur les bases de données, v. notamment p. 110 *sq.*).

2.1. Des interrogations légitimes sur la portée du droit et sa conciliation avec les règles de concurrence

Sans prétendre résumer en quelques lignes l'ensemble des questions juridiques qui ont été soulevées depuis quelques années par la mise en œuvre du droit *sui generis*, on s'est d'abord beaucoup interrogé sur le contenu précis à donner aux critères définis par la directive et, en particulier, à la double exigence de « substantialité » imposée tant au niveau de l'accès à la protection (caractère substantiel de l'investissement) que des effets de celle-ci (interdiction d'extraire ou de réutiliser une partie substantielle du contenu de la base).

Apprécier le caractère substantiel de l'investissement de manière absolue favoriserait les grandes entreprises plus à même d'investir des sommes significatives²³ alors qu'inversement se livrer à une appréciation relative (au regard de la taille du producteur concerné) serait moins discriminant mais plus discutable du point de vue de l'égalité devant la loi. De même, certaines des premières décisions rendues ont alimenté un débat relatif à l'application de la théorie dite du *spin-off* (qui refuse de prendre en compte la part des investissements non directement liée à la base elle-même mais découlant du financement de prestations connexes)²⁴. Devant le manque de cohérence des jurisprudences rendues dans les différents pays sur ce sujet²⁵, la CJCE a été saisie d'une question préjudicielle sur ce point²⁶.

Tout aussi imprécis à l'usage est apparu le sens de l'adjectif « substantiel » appliqué aux extractions ou réutilisations interdites d'une partie de la base protégée. Là aussi, la fixation de la limite entre le substantiel et le non-substantiel accroît ou réduit en proportion la portée effective de la protection. Lorsque l'on ne considère comme substantiels que des emprunts quantitativement importants, on préserve bien le principe selon lequel l'information brute reste – si elle n'est pas porteuse d'originalité – individuellement non-appropriable²⁷. Mais si,

²³ V. notamment M. Buydens, Le projet de loi transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *Auteurs & Media* 1997, p. 347. Et pour une position favorable au caractère absolu de cette appréciation, v. A. Strowel, *op. cit.*, p. 207 (qui estimait néanmoins que pour éviter que les grandes entreprises soient alors seules favorisées, « le seuil de l'investissement substantiel ne doit pas nécessairement être fixé à un niveau élevé »).

²⁴ Les juridictions néerlandaises ont été en pointe dans ce débat, avec notamment deux décisions qui refusèrent nettement la protection dès lors que l'investissement allégué n'était qu'un *spin-off* d'autres activités du producteur (*Algemeen Dagblad a.o. v. Eureka*, décision du Président de la Cour de district de Rotterdam, 22 août 2000 ; *NOS v. De Telegraaf*, CA La Hague, 30 janv. 2001). Mais dans cette dernière affaire *De Telegraaf*, la Cour suprême prit finalement en 2002 une position opposée en refusant d'appliquer la théorie du *spin-off*, ce qui alimente depuis lors le débat sur le fait d'y voir ou non un arrêt de principe (*NVM v. De Telegraaf*, Cour suprême des Pays-Bas, 22 mars 2002 ; pour une discussion, v. le rapport néerlandais sur la question 182, *DataBase Protection at National and International Level*, AIPPI, 2004 : < www.aippi.org >).

²⁵ Pour des décisions françaises ayant indirectement rejeté l'argument du *spin-off*, v. CA Paris 4^e ch., *Société Tyest SARL c/ Société Reed Exposition France et Société Salon français et internationaux Safi*, 12 sept. 2001 ; TGI Paris, *Sonacotra c/ Syndicat Sud Sonacotra*, 25 avr. 2003. Et l'on pourrait également considérer comme allant implicitement dans le même sens, les célèbres décisions ayant accordé la protection au répertoire Sirène de l'INSEE (Conseil d'État, 10 juill. 1996) ou à l'annuaire de France Telecom (T. com. Paris, 18 juin 1999, *SA France Télécom c/ SARL MA Éditions et la SA Fermi* ; CA Paris 1^{re} ch. 13 juin 2001, *Lectiel c/ France Telecom*), dès lors que les juridictions concernées n'ont pas pris en compte le fait que la création de ces bases résultait de la mise en œuvre d'activités de service public (tout au moins à l'origine) et non d'investissements qui leur étaient spécifiquement dédiés (dans ce sens – bien que n'évoquant pas la théorie du *spin-off* – S. Lemarchand, O. Fréger et F. Sardain, *Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence : Propr. intell.* 2003, n° 6, p. 20).

²⁶ Sur les conclusions de l'Avocat général dans cette affaire, v. *infra*.

²⁷ Comme le prévoit bien la directive elle-même dans son considérant 46 (qui précise que la protection *sui generis* ne donne pas lieu à la création d'un nouveau droit sur ces oeuvres, données ou éléments mêmes) et de

dans certains cas, l'on reconnaît également – comme le demande la directive dans son article 1^{er} – une substantialité « évaluée de façon qualitative », on risque alors d'interdire l'extraction ou la réutilisation de quelques éléments isolés de la base, considérés comme substantiels en eux-mêmes, et donc de permettre à ce titre l'appropriation indirecte d'une information brute non-originale²⁸. Par ailleurs, la possibilité d'interdire l'extraction ou la réutilisation répétées et systématiques de parties « non substantielles » de la base (art. 7.5) pourrait, elle aussi, être interprétée comme permettant une certaine protection d'informations individualisées²⁹. Et là encore, ces sujets ont fait l'objet de questions préjudicielles actuellement pendantes devant la Cour de justice.

Un troisième sujet de controverse – bien qu'il soit encore pratiquement d'une portée limitée – concerne les conditions dans lesquelles la durée initiale de protection pourra être prorogée comme le prévoit la directive dès lors que sera intervenue une « modification substantielle » qui « ferait considérer qu'il s'agit d'un nouvel investissement substantiel, évalué de façon qualitative ou quantitative » (art. 10.3). Certains y ont vu la possibilité d'une protection « perpétuelle » des bases de données, puisque beaucoup d'entre elles sont constamment mises à jour et font donc l'objet d'investissements réguliers nécessaires à leur enrichissement³⁰.

Enfin, et plus globalement, se pose depuis l'origine la question de la conciliation entre la nouvelle protection des bases de données et le droit de la concurrence. Et ce pour une double raison : d'une part, les incertitudes évoquées ci-dessus, s'agissant de la portée de la réservation des bases et de leurs contenus, pourraient faire craindre que se constituent sous le couvert de la directive des monopoles abusifs³¹ ; d'autre part, l'on sait que tous les droits de propriété intellectuelle sont désormais confrontés aux limitations qu'impose le droit de la concurrence (notamment depuis l'arrêt *Magill* de la CJCE de 1995).

À ces questions juridiques, il semblerait que l'actualité communautaire s'apprête à donner des réponses qui – à défaut d'apaiser toujours les inquiétudes – devrait permettre de clarifier le débat et d'envisager, si nécessaire, une éventuelle adaptation de certaines des dispositions de la directive au vu de l'expérience acquise. Il en va tout autrement en ce qui concerne l'autre front sur lequel l'existence même de la protection *sui generis* et le principe de la protection des bases de données sont attaqués. Car c'est moins sur le terrain du droit et plus sur celui de

son article 7.4 (qui spécifie – certes, dans une formule moins nette – qu'elle « s'applique indépendamment de la possibilité pour le contenu de cette base de données d'être protégé par le droit d'auteur ou par d'autres droits »).

²⁸ « On aperçoit néanmoins immédiatement qu'il est difficile de distinguer le droit sur l'ensemble ou une portion substantielle de celui-ci du droit sur les éléments individuels considérés en tant que tels, généralement des informations », A. Strowel, *op. cit.*, p. 210.

²⁹ En France, le doute a été permis après le jugement du Tribunal de commerce de Nanterre du 16 mai 2000 dans l'affaire *PRLLine* dans lequel l'extraction de quelques communiqués de presse avait été qualifiée de qualitativement substantielle dès lors que ceux-ci contribuaient nettement à l'enrichissement de la base au sein de laquelle ils étaient réutilisés. Mais cette appréciation extensive a été finalement infirmée en appel (CA Versailles 12^e ch., 11 avr. 2002, *Société News Invest c/ SA PRLLine*, note L. Tellier Loniewski, *Légipresse* 2002, n° 196, p. 190 sq.).

³⁰ Un économiste a même mis en garde contre le fait qu'une telle disposition pourrait engendrer des coûts improductifs en encourageant une mise à jour « excessive » dans le seul but de justifier la prolongation de la durée de protection (V. C. Koboldt, *The EU-Directive on the Legal Protection of Databases and the Incentives to Update : An Economic Analysis*, *International Review of Law and Economics*, vol. 17, 1997).

³¹ Crainte prise en compte par la directive elle-même, dont le considérant 47 indique que « la protection par le droit *sui generis* ne doit pas s'exercer de manière à faciliter les abus de position dominante, notamment en ce qui concerne la création et la diffusion de nouveaux produits et services présentant une valeur ajoutée d'ordre intellectuel, documentaire, technique, économique ou commercial ».

l'économie et de la technologie (au vrai sens de ce terme³²) que le modèle européen est mis en cause.

2.2. La remise en cause directe au nom des intérêts de la recherche scientifique

La recherche scientifique est une activité d'essence publique dont l'objet même des travaux (à savoir, les données et les lois scientifiques) ne peut donner lieu à aucune appropriation privative et se trouve donc explicitement exclu du champ de la propriété intellectuelle³³. Pour autant, les travaux scientifiques aboutis sont des réalisations formelles et qui peuvent donner lieu à des applications techniques protégeables par des droits de propriété intellectuelle (droit d'auteur sur les publications, brevet sur des applications)³⁴. Et dans le cadre de leurs activités, les chercheurs peuvent être amenés à rechercher et traiter des données protégées, d'autant plus qu'aujourd'hui la recherche scientifique fait un usage croissant des moyens de traitement de l'information pour collecter, exploiter et restituer les données et les résultats de la recherche, ce que l'on décrit désormais comme la « numérisation de la science », voire l'« e-science ».

C'est dans ce contexte qu'il faut apprécier l'importance et la portée des critiques très vives qu'une partie des économistes et des milieux scientifiques formulent à l'encontre de la protection des bases de données.

Selon certaines analyses, en effet, la numérisation des résultats de la science, mais aussi des outils de recherche favoriserait l'appropriation par des intérêts privés des retombées technologiques et commerciales de ces recherches³⁵. Et les droits de propriété intellectuelle sont souvent mis en cause comme constituant les instruments appropriés pour de tels « détournements » de la finalité des activités scientifiques³⁶. Parmi les techniques de propriété intellectuelle suspectées d'encourager ces déviations, on cite les brevets et l'essor récent en Amérique du Nord des pratiques de réservation des résultats futurs des recherches et de protection des outils de recherche³⁷. Mais c'est surtout la protection *sui generis* des bases de

³² C'est-à-dire celui du discours et de la réflexion sur les relations entre technique, science et société (sur la dérive et les contresens de l'usage du terme « technologie », v. notamment J. Ellul, *Le bluff technologique*, 1988, re-édition. Pluriel, 2004, p. 25).

³³ Les développements qui suivent sont largement inspirés des débats menés lors de la seconde conférence EPIP (European Policy for Intellectual Property) sur le thème *Copyright and database protection, patents and research tools, and other challenges to the intellectual property system* tenue à Maastricht les 24-25 nov. 2003, ainsi que d'une note établie pour le compte de l'OCDE, *L'environnement juridique de la protection des bases de données et son impact sur les bases de données scientifiques issues de la recherche publique* (doc. de travail DSTI/DOC(2004)9).

³⁴ Sur ces relations entre science et propriété intellectuelle, v. notamment C. Blaizot-Hazard, *Droit de la recherche scientifique*, PUF, 2003, p. 121 *sq.*, également la thèse de X. Strubel, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS-Droit, 1997.

³⁵ On cite généralement l'adoption du *Bayh-Dole Act* (aujourd'hui codifié sous la référence *37 CFR Part 401*) en décembre 1980 comme le point de départ aux États-Unis du processus de marchandisation (voire de "privatisation") des résultats scientifiques (v. notamment, F. Strasser, *Transfert de technologie et propriété industrielle : l'exception américaine : Technologies Internationales* nov. 2003, n° 99, p. 11). Mais on connaît également en Europe une évolution en direction d'une valorisation accrue des résultats de la recherche, notamment, en France, depuis les décrets du 2 octobre 1996 modifiant le Code de la propriété intellectuelle – eux-mêmes modifiés le 13 février 2001 – et la loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche.

³⁶ V. par exemple, A. R. Chapman, *La propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme* (obligations découlant de l'article 15 (1) (c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), UNESCO : *Bulletin du droit d'auteur*, vol. XXXV, n° 3, 2001, p. 28.

³⁷ Sur ce sujet, v. P. Véron et O. Moussa, *La protection du résultat de recherches futures : Les Reach-Through Claims dans les droits européens et américain : Propr. intell.* 2003, n° 8, p. 278 *sq.*

données en Europe qui a retenu l'attention de nombreux auteurs et qui fait l'objet d'une remise en cause fondamentale.

En premier lieu, il est intéressant de citer le point de vue publié dans la revue *Science* en 2001 par S. M. Maurer, P. B. Hugenholtz et J. Onsrud sur le thème de l'expérience européenne en matière de bases de données³⁸. Rédigé conjointement par des auteurs américains proches des milieux de la recherche scientifique (et notamment des Académies qui était intervenues en 1996 contre le projet de traité) et par l'une des figures du droit européen de la propriété intellectuelle, le Professeur P. B. Hugenholtz (qui exprimait pourtant à l'origine une position assez favorable à la directive communautaire³⁹), l'article exprime le point de vue selon lequel la directive communautaire est politiquement nuisible et économiquement inutile et qu'il conviendrait que le Congrès américain refuse de s'engager dans la même voie. L'argument principal en faveur de cette thèse est tiré d'un graphique montrant le nombre de nouvelles entreprises entrant sur le marché des bases de données dans la période 1994-2000 et où l'on peut constater qu'après un « pic » en 1998-1999, ce nombre avait plus fléchi en 2000 en Europe (France, Royaume-Uni et Allemagne) qu'aux États-Unis (où l'année 2000 marquait une nouvelle remontée de la courbe). Les auteurs en tirent la conséquence que la directive n'a fait que donner au secteur économique concerné un *one-time boost* sans lendemains+ alors que la vitalité américaine montrerait qu'il est économiquement possible de se passer d'une telle protection légale.

Mais si ce point de vue publié dans un média très lu dans les milieux scientifiques a eu un certain retentissement, ce sont surtout les articles du Professeur Paul David de Stanford qui ont le mieux exprimé la remise en cause du choix européen au nom de la liberté scientifique et de la protection des « *publics commons* »⁴⁰. À partir de l'observation – faite par de nombreux économistes et sociologues de la science – selon laquelle le développement scientifique est principalement basé sur la diffusion et la circulation rapide des résultats des recherches, il considère qu'un des objectifs majeurs de la politique publique doit être de maintenir le plus possible « les espaces de l'information librement ouverts aux voyages de la découverte »⁴¹ et s'inquiète, de ce point de vue, du renforcement des droits de propriété intellectuelle et de ses effets dans le domaine de la recherche scientifique publique. Il y aurait une réelle contradiction entre l'extension récente des droits de propriété intellectuelle dans différents domaines technologiques (logiciel, génétique, bases de données, [...]) et les effets économiques de la numérisation des activités scientifiques et techniques (dont les coûts d'accès à l'information et de diffusion des résultats tendraient vers un coût marginal)⁴². Et

³⁸ S. M. Maurer, P. B. Hugenholtz, et Harlan J. Onsrud, Europe's Database Experiment : *Science* oct. 2001, vol. 294, p. 789 sq.

³⁹ V. notamment son point de vue dans le rapport qu'il rédigea en 1996 pour l'ALAI sur la situation néerlandaise, P. B. Hugenholtz, *op. cit.*, p. 492.

⁴⁰ On lira notamment P. David, A Tragedy of the public knowledge « commons » ? Global science, intellectual property and the digital technology boomerang, Paris, 6-7 mai 1999 (mis à jour en 2000 et publié comme Working Paper in *MERIT-Infonomics Memorandum Series*, 2001) ; également The Consequences for Internet-Mediated Research Collaborations of Broadening IPR Protections : Will Building « Good Fences » Really Make « Good Neighbors » in *Science?*, janv.-mai 2001 ; The Economic Logic of « Open Science » and the Balance between Private Property Rights and the Public Domain in Scientific Data and Information : A Primer, in *The Role of the Public Domain in Scientific and Technical Data and Information*, Washington, DC : National Academies Press, 2003. Tous ces articles sont accessibles sur : < <http://ideas.repec.org/e/pda76.html> >.

⁴¹ P. David, 2001, précit.

⁴² Il s'agit d'un argument essentiel sous-tendant les critiques sur le renforcement des droits de propriété intellectuelle dans le monde numérique, qu'il s'agisse de la protection des droits d'auteur en ligne ou de la brevetabilité des inventions logicielles. V. en particulier, le livre de référence du Professeur L. Lessig, *The future of ideas – The Fate of the Commons in a connected World*, Vintage Books, 2001. Et pour une rapide synthèse

parmi les exemples les plus caractéristiques – selon lui – de ces impacts négatifs des droits de propriété intellectuelle sur le développement scientifique, il place les droits *sui generis* reconnus aux producteurs de base de données :

« Une innovation juridique radicale en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle a été introduite par la peu remarquée directive de mars 1996. Cette initiative, qui s'inscrit dans le contexte plus large de transformations institutionnelles induites par les ramifications économiques du rapide progrès des technologies numériques, posent de litigieux problèmes d'économie du droit. Elle devrait créer des ambiguïtés entre les activités commerciales et non lucratives dans ce secteur dans les années à venir et la manière dont ces difficultés seront résolues affectera profondément les coûts et la faisabilité organisationnelle de projets scientifiques ayant une importance mondiale. Ce sera en particulier le cas dans des domaines comme la géologie, l'océanographie et la climatologie, qui dépendent lourdement du recueil, du traitement et de l'analyse d'importants volumes de données expérimentales qui ne peuvent pas être re-générées. Plus largement, la conduite d'une science ouverte et collaborative – dont les bénéfices devraient être importants tant pour les pays développés que pour ceux en développement – pourrait être gravement affectée par les conséquences de ces nouvelles protections des bases de données »⁴³.

Cette critique est largement reprise dans de nombreux travaux récents sur le sujet⁴⁴. Et elle trouve un écho dans les différents domaines de recherche ayant une forte intensité des moyens informatiques, comme en particulier les sciences de la terre (géologie, océanographie, climatologie) ou, plus encore, le domaine des recherches génétiques pour lequel l'outil informatique est devenu essentiel (notamment pour le séquençage automatisé), à tel point que l'on parle désormais de la « bio-informatique »⁴⁵. Dans ce dernier domaine – par ailleurs très concerné par l'extension du champ de la brevetabilité, notamment aux États-Unis – plusieurs cas d'école ont confronté les chercheurs aux nouvelles pratiques de commercialisation de certaines bases de données importantes, qu'il s'agisse des conditions qu'impose la société privée américaine Celera Genomics Corporation⁴⁶ ou du changement de politique de l'Institut suisse de bio-informatique concernant l'accès à sa base SwissProt⁴⁷. Mais il n'est pas certain, pour autant, que cette sensibilité accrue (et parfaitement légitime) des milieux scientifiques dans ces domaines sensibles doive conduire à condamner le principe même d'une protection autonome de la production des bases de données.

Outre le fait que les difficultés mises en avant par la communauté des chercheurs en la matière (accroissement des dépôts de brevet, conditions financières ou restrictions des droits

francophone de cette approche, C. Vandendorpe, Pour une bibliothèque virtuelle universelle : *Le Débat* nov. 2001, n° 117, p. 31 *sq.*

⁴³ P. David, intervention 1999 précit. (dans sa version révisée du 10 sept. 2000), traduction par nos soins.

⁴⁴ V. par exemple, B. Dumont et P. Holmes, Quelles alternatives au mouvement d'enclosures de la propriété intellectuelle ? : *Droit d'auteur et numérique* 2001, Réseaux, vol. 19, n° 110, p. 80 *sq.*

⁴⁵ Sur l'ensemble de la problématique des échanges de données scientifiques et de l'*open science*, v. notamment P. Wouters et P. Schröder (eds.), *Promise and Practice in Data Sharing*, Nardi – Networked Research and Digital Information, Amsterdam, March 2003. Et sur le cas particulier de la bio-informatique, v. *Workshop report on managing IPR in a knowledge-based economy – bioinformatics and the influence of public policy*, Final report – November 2001, p. 9 *sq.*

⁴⁶ V. par exemple, D. Butler et P. Smaglik, Celera Genome Licensing Terms Spark Concerns over « Monopoly » : *Nature* janv. 2000, vol. 403, p. 231.

⁴⁷ V. notamment M. P. Skupski et ALII, *The Genome Sequence Database : Towards an Integrated Functional Genomics Resource*, *Nucleic Acids Research*, 1999, vol. 27, n° 1, p. 35 *sq.* ; également les explications du responsable de SwissProt, A. Bairoch, « Should the model proposed by Swiss-Prot be considered by other databases ? », June 25, 1998 : < <http://www.isb-sib.ch> >.

de reproduction de certaines bases commerciales) sont généralement sans rapport avec l'application de la directive de 1996⁴⁸, l'analyse juridique montre plutôt que dans la plupart des cas de figure, les droits conférés au producteur en Europe ne peuvent avoir concrètement qu'un impact limité sur les conditions d'exercice des activités de recherche. L'émotion compréhensible devant l'abolition de certaines frontières entre les activités scientifiques et les pratiques commerciales cache donc, pour partie, un faux procès. Ce qui n'exclut pas d'envisager une adaptation possible de certaines dispositions adoptées en 1996.

III. Un système à réformer plutôt qu'à révoquer

A l'analyse, la plupart des craintes ou des critiques exprimées par les milieux scientifiques apparaissent excessives ou témoignent d'une méconnaissance des mécanismes de la protection *sui generis* des bases de données. Ce qui ne veut pas dire que certains de ces mécanismes ne devraient pas être revus ou adaptés pour prévenir certains risques d'abus,

3.1 La protection des bases de données ne crée pas d'obstacles nouveaux pour les chercheurs

Pour valider ou réfuter les critiques formulées contre la protection des bases de données au nom des intérêts de la recherche, il convient de rechercher dans quelles situations, les droits du producteur de la base pourraient constituer un obstacle illégitime aux activités du chercheur. Schématiquement, on doit distinguer trois étapes : l'accès à des données contenues dans une base protégée, l'exploitation scientifique et le traitement de celles-ci, puis la diffusion des résultats du travail de recherche.

a) L'impact sur l'accès aux données

S'agissant de l'accès du chercheur aux données nécessaires à son travail, il importe peu de distinguer (contrairement à ce que l'on pourrait croire) selon que ces données sont ou non individuellement protégées par le droit d'auteur ou selon qu'elles sont ou non stockées dans une base de données dont le producteur profite de la protection *sui generis*.

Lorsque le chercheur souhaite accéder à ces données stockées dans une base constituée par un tiers, ce dernier – en tant que propriétaire de l'objet physique que constitue la base - détient toujours le droit de lui en autoriser l'accès sous certaines conditions (sauf si ces conditions sont discriminatoires ou constituent un abus au regard du droit de la concurrence). Dès lors, la reconnaissance de droits particuliers au profit du producteur ne change pas la situation du chercheur qui doit négocier les conditions d'accès à la base en question⁴⁹. Tout au plus, peut-on penser que les éventuels droits intellectuels sur la base auraient plutôt pour effet d'assurer au chercheur une certaine protection légale, alors que le simple jeu de la liberté contractuelle donnera au producteur plus de latitude pour imposer ses conditions.

⁴⁸ Notons que ni la base américaine Celera ni la base helvétique SwissProt ne sont exploitées sous la protection du droit communautaire, ce qui ne les empêche pas de comporter des conditions restrictives d'accès ou d'usage pour certains de leurs utilisateurs.

⁴⁹ « La protection privative des données et des bases de données n'empêche assurément pas qu'il y soit accédé » dit justement N. Mallet-Poujol à propos des bases utilisées en génétique (N. Mallet-Poujol, Les bases de données génétiques : des créations intellectuelles sous sujétion bioéthique, in M. Becerra Ramírez et R. Ovilla Bueno (dir.), *El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 173).

b) L'impact sur le traitement des données

Le chercheur souhaite souvent réutiliser, dans le cadre de son travail, certaines des données auxquelles il a accédé. Ce traitement peut notamment consister en l'intégration de données provenant de différentes origines dans une nouvelle base constituée pour les besoins de sa recherche. Là aussi, d'éventuels droits de propriété intellectuelle ne peuvent pas constituer un réel obstacle au traitement des données extraites. En effet, ni la propriété intellectuelle, ni la protection *sui generis* européenne ne confèrent, en elles-mêmes, au producteur de la base ou à d'autres ayants droit, la possibilité d'imposer des restrictions à l'usage intellectuel et scientifique de données.

Du point de vue de la propriété intellectuelle, seule la reproduction (autre qu'à des fins privées) d'une donnée ou sa représentation sont soumises à l'autorisation préalable de l'auteur, ce qui n'affecte donc généralement pas l'utilisation personnelle qu'un chercheur peut faire des données extraites. Et lorsque s'applique le droit *sui generis* du producteur, ce dernier ne peut interdire que l'extraction ou la ré-utilisation d'une partie substantielle de sa base. Or la définition de la « ré-utilisation » que donne l'article 7 de la directive (à savoir « toute forme de mise à la disposition du public ») ne peut pas s'appliquer à des actes de traitement intellectuels ou techniques à des fins de recherche.

Les droits du producteur ne pourraient s'opposer qu'à des traitements scientifiques qui seraient considérés comme constituant l'extraction d'une partie substantielle d'une base de données. Cela paraît peu fréquent. Tout au plus, peut-on penser à certains travaux scientifiques impliquant un traitement numérique (par exemple statistique) sur l'ensemble des données d'une base (ou à une sélection importante du contenu de celle-ci)⁵⁰. Et même dans ce cas, l'application de l'exception relative à la recherche (qui – bien que non retenue par la loi française à ce jour – existe dans de nombreuses législations en Europe) paraît alors pouvoir lever l'obstacle.

c) L'impact sur la diffusion des résultats obtenus

Une fois la recherche menée à bien, peut-on imaginer que les droits du producteur d'une base dont des données ont été utilisées ou retraitées pour ce faire, puissent entraver la diffusion des résultats obtenus ? Si ces résultats prennent la forme de la publication d'un article, l'incidence des droits sur la base dont ont été extraites certaines des données utilisées sera nulle ou extrêmement mince (tout au plus peut-on imaginer que dans des cas limites, des extraits de la base qui seraient reproduits à titre d'illustration, constitueraient la reproduction de sa structure originale ou une extraction substantielle de son contenu).

Si, en revanche, les résultats publiés prennent la forme d'une nouvelle base de données, l'exploitation de celle-ci ne sera dépendante des droits du producteur de la base d'origine que dans la mesure où elle reprendrait une partie substantielle de ses données ou si elle reproduisait la structure de cette base d'origine et que cette structure était suffisamment particulière pour être qualifiée de structure originale. Dans ces deux cas (dont seul le premier est spécifique à l'application de la protection *sui generis*), la diffusion de la base-résultat

⁵⁰ P. Wouters et C. Reddy confirme dans leur étude sur les bases de données du CERN et de l'Institut européen de bio-informatique que pour l'essentiel « la nouvelle directive communautaire sur la protection juridique des bases de données n'a pas restreint l'accès aux bases de données du CERN ou de l'EBI » et que les droits de propriété intellectuelle ne jouent un rôle que dans les cas où des données sont enrichies ou au niveau de « l'interface entre les données de recherche elles-mêmes et les outils logiciels nécessaires pour les lire » (P. Wouters et C. Reddy, *Big science data policies in P. Wouters et P. Schröder (eds.), Promise and Practice in Data Sharing, Networked Research and Digital Information (Nerdi), Amsterdam, March 2003, p. 34 sq.*).

devrait obtenir l'accord du producteur de la base-source, ce qui pourrait alors constituer une limitation pour la liberté du chercheur concerné.

Mais notons qu'en contrepartie, l'application de la protection *sui generis* comporte aussi un aspect utile et profitable pour les chercheurs, puisque ceux-ci (ou leur laboratoire) pourront à leur tour être considérés comme producteurs de la base-résultat, ce qui leur donnera toute prérogative pour notamment s'assurer de la pérennité et de l'intégrité de leurs résultats et par exemple interdire leur reprise non autorisée par des utilisateurs commerciaux.

Que l'on se situe ainsi à chacun des niveaux du processus de recherche, on constate bien que – sauf dans des cas limites – l'impact du droit des bases de données, et plus particulièrement de la protection européenne des droits des producteurs, paraît faible sur la liberté du chercheur à mener sa recherche ou à diffuser ses travaux. On peut donc penser que, par méconnaissance des mécanismes juridiques particuliers de ce droit, beaucoup d'auteurs qui s'inquiètent légitimement des risques sur la liberté scientifique, se trompent de cible et imputent à la directive du 11 mars 1996 des effets dont elle n'est aucunement responsable.

Ce que redoutent en réalité de nombreux chercheurs c'est la « marchandisation » des activités de recherche⁵¹. C'est la raison des réflexions critiques sur le grand mouvement de « valorisation des résultats de la recherche publique » que les différents États européens avaient engagé depuis une dizaine d'années⁵². Mais, s'il est indéniable que ce mouvement a entraîné une mobilisation accrue par tous les acteurs (laboratoires publics et partenaires privés) des instruments de propriété intellectuelle, il est loin d'être prouvé que ces droits soient eux-mêmes responsables des dérives que pourrait entraîner une trop forte irruption des logiques marchandes dans le champ de la science. En particulier, s'agissant du droit européen des bases de données, il nous semble que le procès est largement mal-fondé et que l'essentiel des risques de « verrouillage » des bases scientifiques réside dans la volonté de certains détenteurs de données de monnayer contractuellement (sur la seule base du droit commun) l'accès à celles-ci à des conditions excessives.

Mieux encore, on peut émettre l'hypothèse que, dans certains cas, la focalisation des critiques à l'encontre du seul modèle européen (supposé, à première vue, être nécessairement plus restrictif que la situation nord-américaine) détourne le débat de cette autre réalité – qui, paradoxalement, se développe beaucoup en Amérique du Nord – à savoir le remplacement progressif d'un droit de la propriété intellectuelle par une simple économie de l'accès, régie par la seule liberté contractuelle et dont la police (l'« *enforcement* ») sera de plus en plus assurée par la mise en œuvre de moyens techniques⁵³.

Cela ne justifie par pour autant que l'on se satisfasse des incertitudes ou des insuffisances que comporte actuellement le droit européen des bases de données, et notamment des risques de

⁵¹ V. par exemple, les travaux de Maurice Cassier dont notamment, *Propriété intellectuelle et construction de nouveaux marchés médicaux : l'essor du marché des tests génétiques in Approche critiques de la nouvelle économie*, sous la direction de B. Bellon et A. Rallet, Economica, Paris, 2002. Et pour une approche tout aussi critique mais étendue à l'ensemble du champ du « capitalisme cognitif » : Y. Moulner Boutang, *Richesse, propriété, liberté et revenu dans le « capitalisme cognitif »* : *Multitudes* mai 2001, n° 5.

⁵² Pour un reflet caractéristique d'une attitude interrogative vis-à-vis de ce mouvement, v. la note établie par le groupe de travail PIETA (Prospective de la propriété intellectuelle pour l'État stratège) du Commissariat au Plan sur le thème « *La propriété intellectuelle au service de la recherche publique : jusqu'à quel point ?* » : *Quatre Pages* 15 juin 2003, n° 2.

⁵³ Sur les enjeux et les risques de cet « âge de l'accès » (pour reprendre le titre du livre de J. Rifkin, v. certains de nos développements, B. Warusfel, *La propriété intellectuelle et l'Internet*, Flammarion, 2001, p. 103 sq.

distorsion de concurrence qu'une application extrême de ses dispositions pourrait faire courir sur des marchés aussi sensibles que ceux des technologies et des services d'information. Certaines évolutions récentes du droit communautaire pourraient nous fournir l'occasion d'en donner une meilleure interprétation, voire d'en envisager la réforme sur certains aspects discutables.

3.2. Protéger le modèle européen contre ses possibles excès

S'agissant de la conciliation entre le droit des bases de données et les règles de concurrence, il semble qu'il n'y ait plus aujourd'hui aucun doute à avoir sur le fait que le droit de la concurrence a – comme dans d'autres domaines de la propriété intellectuelle – vocation à intervenir à l'encontre de toute application d'une protection des bases de données qui justifierait des actes restrictifs de concurrence ou créerait un abus de position dominante.

On connaît déjà en France les positions de principe arrêtées en ce sens par nos deux juridictions suprêmes : la Cour de cassation en 2001 dans son arrêt *France Telecom c/ Lectiel*⁵⁴ et le Conseil d'État en 2002 dans son arrêt *Cegedim*⁵⁵. Ces arrêts sont d'autant plus intéressants qu'ils viennent limiter, en l'espèce, les prérogatives des producteurs de deux bases majeures dont on a dit précédemment que la protection – par ailleurs consacrée – avait parfois été discutée au nom des conditions monopolistiques dans lesquels elles avaient été constituées⁵⁶. On est ainsi en face de ce « correctif du droit de la concurrence » dont parle le Professeur A. Lucas et qui lui paraît restreindre considérablement les dangers de l'application du droit européen des bases de données⁵⁷. De plus, ces deux arrêts font application de la théorie des « facilités essentielles », laquelle devient chaque jour un peu plus l'un des piliers du droit communautaire et international de la concurrence.

Mais la tendance en ce sens vient d'être confirmée encore plus fortement par le très récent arrêt de la Cour de justice, *IMS Health*⁵⁸. Certes, en l'espèce le propriétaire de la base de données concernée n'invoquait que le droit d'auteur (puisqu'il s'agissait de se réserver l'exclusivité d'une structure de base de données). Mais cet arrêt consacre nettement d'une part que les solutions de l'arrêt *Magill* valent également pour une base de données (ce qui était logique, étant donné que ce premier arrêt portait sur une grille de programmes, c'est-à-dire sur une création proche par nature des compilations de données) et d'autre part qu'une telle base puisse constituer une « facilité essentielle » justifiant, dans certaines conditions particulières, que l'exercice des droits intellectuels la protégeant soit fortement restreint pour en permettre l'accès à des conditions équitables par un concurrent.

⁵⁴ Cass. com., 4 déc. 2001, *France Télécom c/ Lectiel et Groupadress* : *Bull. civ.*, n° 193 ; *Prop. intell.* 2002, n° 3, p. 62, note A. Lucas.

⁵⁵ Conseil d'État, 29 juill. 2002, n° 200886, Société Cegedim, note de Boisse : *Expertises des systèmes d'information* janv. 2003, n° 266, p. 23 sq.

⁵⁶ V. S. Lemarchand, O. Fréger et F. Sardain, *op. cit.*, cité *supra*.

⁵⁷ « [...] on ne voit pas très bien où est le danger, et encore moins si l'on tient compte du correctif du droit de la concurrence » (A. Lucas, in André Lucas, Jean Devèze et Jean Fressinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, PUF, 2001, p. 380).

⁵⁸ CJCE 5^e ch., 29 avr. 2004, aff. C-418-01, *IMS Health*, note F. Sardain, *Dalloz*, 2004, n° 32, p. 2366 sq. Sur les épisodes précédents de cette affaire à rebondissement, v. la chronique du Professeur V.-L. Benabou : *Prop. intell.* 2002, n° 3, p.117 sq.

Même si certains auteurs ont éprouvé une répugnance à voir la théorie des « facilités essentielles » prendre de l'ampleur et s'appliquer notamment aux droits intellectuels⁵⁹, il faut reconnaître qu'au moins en ce qui concerne les droits *sui generis* sur les bases de données, une telle jurisprudence présente une certaine cohérence et paraît de nature à apaiser certaines des craintes que l'on formule parfois à son encontre. S'il est vrai qu'un droit *sui generis* trop largement interprété pourrait conduire des producteurs à rechercher des « monopoles informationnels » directement contraires à la liberté d'information, il ne serait pas absurde de pouvoir leur faire échec en prouvant le caractère « essentiel » des données concernées (ce qui peut être, notamment, le cas de certaines collections de données scientifiques ou techniques impossibles à régénérer et indispensables à un secteur économique ou à une activité de recherche). De même, si certains s'inquiètent de voir la notion de « facilité essentielle » s'attaquer aux créations intellectuelles classiques⁶⁰, on peut ne pas avoir de telles craintes lorsqu'elle s'applique à un dispositif *sui generis* qui n'a pas vocation à être empreint de la même dignité qu'un véritable droit de propriété intellectuelle.

Sur ce point, l'évolution de nos Cours suprêmes et du droit communautaire peut donc nous rassurer ainsi que ceux qui critiquent la directive de 1996 au nom de ses supposés effets anti-concurrentiels. En revanche, on peut être plus inquiet des possibles avancées de la Cour de Luxembourg lorsque l'on prend connaissance des récentes conclusions de l'Avocat général Stix Hackl dans les différentes affaires *Fixtures Marketing* et *British Horseracing Board*⁶¹. La CJCE devrait profiter de l'occasion pour apporter des réponses de principe à la plupart des incertitudes que nous avons évoquées concernant les conditions et la portée de la protection *sui generis*. Et l'on souhaiterait que ces réponses consacrent une interprétation raisonnable de la directive qui ferait disparaître tout risque d'abus et lui assurerait ainsi la légitimité que certains lui refusent encore. Mais force est de constater que Madame Stix Hackl ne fait pas beaucoup de chemin en cette direction.

Certaines de ses positions sont, certes, conformes à une interprétation logique du texte de la directive. C'est le cas lorsqu'elle estime que ne peuvent être interdites les extractions non substantielles que si celles-ci sont à la fois répétées et systématiques (les deux conditions ne seraient donc pas alternatives mais cumulatives) et que celles-ci aboutissent à ce que leur auteur ait réalisé, au final, l'extraction d'une partie substantielle. De même, on peut s'accorder avec elle sur le fait que l'obtention au sens de l'article 7.1 de la directive ne couvre pas la simple saisie des données et qu'en conséquence la phase préparatoire à la constitution de la base n'est pas, sauf cas particuliers, à prendre en compte pour évaluer les investissements substantiels.

En revanche, d'autres positions de l'Avocat général sont pour le moins contestables, voire préoccupantes pour l'équilibre du dispositif *sui generis*. Ainsi, peut-on discuter son refus de voir pris en compte le préjudice subi par le producteur dans l'appréciation du caractère

⁵⁹ Par exemple, V.-L. Benabou, précit., qui voit dans cette évolution « la mort annoncée du droit exclusif » qui se commuerait en « un simple droit à rémunération » (*op. cit.*, p. 118 et 121) ; également mais à partir d'une autre optique : Laurent Richer, *Le droit à la paresse ? « Essential facilities »*, version française, *Dalloz*, 1999, p. 523 ; et citant l'un et l'autre, F. Sardain, *Dalloz, op. cit.*, p. 2369.

⁶⁰ V. les réserves manifestées en matière d'application au logiciel, par S. Lemarchand suite à l'arrêt *NMPP*, CA Paris, 12 févr. 2004 : *Propriétés Intellectuelles*, 2004, n° 11, p. 627.

⁶¹ *Fixtures Marketing Ltd v. Svenska Spel Ab* (Aff. C-338/02 sur renvoi préjudiciel suédois), *Fixtures Marketing Ltd v. OPAP* (aff. C-444/02 sur renvoi préjudiciel grec), *Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus Ab* (aff. C-46/02 sur renvoi préjudiciel finlandais) et *The British Horseracing Board Ltd and Others v William Hill Organization Ltd* (aff. C-203/02 sur renvoi préjudiciel de la Cour d'appel d'Angleterre). Sur les conclusions de l'Avocat général dans ces quatre dossiers, v. obs. S. Lemarchand, dans cette revue..

substantiel des actes prohibés. On pourrait, au contraire, penser qu'établir l'existence d'un préjudice est l'un des seuls moyens de prouver objectivement en quoi une extraction ou une réutilisation peut être « qualitativement » substantielle⁶². De même, il ne suffit pas comme le fait l'Avocat général d'indiquer que la directive ne prévoit pas de critère de finalité de l'investissement pour écarter aussi nettement toute application de la théorie du *spin-off* alors qu'une application appropriée de celle-ci éviterait que la protection ne soit assurée au profit de bases pour lesquelles le producteur n'a pris aucun des risques qui la justifierait.

A fortiori, il faut regretter que ces conclusions prennent des positions intransigeantes sur d'autres sujets particulièrement sensibles. C'est le cas lorsqu'elles considèrent qu'un investissement peut être substantiel tout en n'étant pas important dans l'absolu. Il en va de même lorsqu'elles n'émettent aucune forme de réserve à l'application d'une protection illimitée pour les bases de données dynamiques (au motif que celles-ci se renouvellent en permanence). Enfin, en refusant de limiter le droit d'interdiction du producteur aux actes qui auraient pour effet de conserver la structure de la base d'origine, l'Avocat général lui reconnaît une prérogative qui pourrait empêcher des utilisateurs légitimes de reprendre et de ré-assembler différemment des données extraites de la base protégée.

L'addition de toutes ces interprétations consacrerait finalement un système de protection *sui generis* dont il serait facile de revendiquer le bénéfice, qui permettrait d'interdire largement toute reprise de données même détachée de sa structure et qui pourrait se perpétuer à l'infini dès lors que l'on procéderait à un minimum de mise à jour de la base. On en viendrait alors à justifier une partie des craintes qu'expriment les opposants à toute protection légale des bases de données au nom de la liberté d'information et de la concurrence. Alors que sur la plupart des questions posées, une interprétation prétorienne, prenant mieux en compte l'équilibre des droits en présence et la conciliation avec les règles de concurrence préserverait le dispositif *sui generis* des critiques auxquels il fait face.

On se dira peut-être que les interprétations de l'Avocat général, pour brutales qu'elles soient, étaient les seules que permettait le texte de la directive de 1996. On peut en douter vu les marges d'incertitude relevées dans ce texte par tous les commentateurs. Mais à supposer que la Cour les confirme, il ne resterait sans doute plus alors qu'à emprunter la route de la révision de la directive. C'est d'ores et déjà à cette révision que certains auteurs appellent, estimant que le moment est venu de tirer les leçons de ces premières années d'application⁶³.

Quelques principes simples pourraient guider cette adaptation de la directive de 1996 sans en altérer profondément la logique. Tout d'abord, il ne serait pas illégitime de lier le bénéfice de la protection à la preuve d'investissements économiques significatifs et directement liés à la création et l'exploitation de la base concernée. Ensuite, on pourrait établir (plus nettement que dans le texte de la directive de 1996) que le droit d'interdire reconnu au producteur ne peut pas conduire à monopoliser l'usage de données individuelles non originales. Enfin, il serait certainement judicieux de rendre obligatoire certaines des exceptions facultatives

⁶² Le rapport du groupe français de l'AIPPI sur la question 182 (auquel nous participions) indique dans ce sens qu'il serait « souhaitable de proposer un critère plus strict et de limiter l'interdiction à des actes qui porteraient réellement atteinte aux intérêts économiques du producteur. La conséquence en serait sans doute d'obliger le producteur à rapporter la preuve et de quantifier une forme de préjudice ».

⁶³ V. C. Colston, *Sui Generis Database Right: Ripe for Review ?* : *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, 2001(3) : < <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-3/colston.html> >.

actuellement prévues par la directive, et notamment celles relatives à l'enseignement et la recherche⁶⁴.

Comme le dit très bien A. Lucas, « dans son principe, la démarche de la directive mérite l'approbation en ce qu'elle attaque le problème à sa racine en permettant l'appropriation de la valeur économique que constitue l'information » et « les critiques adressées à la directive sur le terrain de la liberté d'information, et qui ont un fort impact outre-Atlantique, ne nous paraissent pas davantage fondées ».⁶⁵ Mais il ajoute aussi « malgré tout, l'appréciation ne peut être positive à cause de la complexité du dispositif mis en place ». Plutôt que de céder à la facilité dangereuse d'une interprétation large de cette directive à la fois complexe et imprécise, il serait donc temps d'en préparer la réforme. En procédant ainsi, les Européens défendraient leur droit à rester une référence mondiale en matière de propriété intellectuelle tout en prenant en compte les aspects légitimes des critiques et des inquiétudes que le droit européen des bases de données a suscité.

B. WARUSFEL

⁶⁴ C'est l'une des recommandations votées lors du dernier Congrès international de l'AIPPI à Genève en juin 2004. Et c'est également l'une des demandes qu'avait formulé l'organisation Codata en 2001 (v. J. Rumble, *The EU Database Directive : The Response of the International Scientific Community : Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*, avr. 2001, vol. 27, n° 4.).

⁶⁵ A. Lucas, in A. Lucas, *op. cit.*, p. 380.