

Le droit d'auteur et le droit *sui generis* sur les bases de données quinze ans plus tard: un succès ou un échec?

Estelle Derclaye*

Abstract : La directive harmonisant le droit d'auteur sur les bases de données et créant un nouveau droit (le droit *sui generis*) fut adoptée en 1996 et transposée dans les Etats Membres de l'Union Européenne en 1998. Cet article évalue quinze ans plus tard si elle fut un succès ou un échec. Même si la directive confirma le *statu quo* en ce qui concerne le droit d'auteur, elle ne prévoit pas beaucoup d'exceptions et admet le cumul de protection avec d'autres droits similaires. Le droit *sui generis* souffre des mêmes défauts et de bien d'autres. En ce sens, la directive est plutôt un échec. Néanmoins, au fil des années, la Cour de Justice de l'Union Européenne réduisit quelques aspects surprotecteurs du droit *sui generis* et clarifia la notion d'originalité en droit d'auteur. En ce sens, l'harmonisation est un succès. Toutefois, le droit *sui generis* fut introduit sans études empiriques et c'est avant tout ce qui manque toujours à présent pour déterminer si introduire celui-ci était bien nécessaire.

INTRODUCTION

Cela fait déjà plus de 20 ans depuis que le débat sur les bases de données a commencé en Europe et le débat continue. En effet, la Commission Européenne lança sa proposition initiale en 1992¹, qui devint la directive sur les bases de données en mars 1996.² Cependant, la Commission avait commencé à penser harmoniser la protection des bases de données dès 1986.³ La directive harmonise le droit d'auteur sur les bases de données, et prévoit seulement la protection de leur structure et uniquement si la sélection ou l'arrangement de la base reflète la création intellectuelle propre à son auteur. La directive créa également un nouveau droit *sui generis* qui protège l'investissement dans la collecte, vérification et/ou présentation du contenu de bases de données. Tant avant qu'après son adoption, le droit *sui generis* a été, et est toujours très critique pour sa force protectrice exagérée, qui n'est pas contrebalancée par des limites suffisantes.⁴ La plupart des Etats Membres ont transposé la directive à temps pour la date butoir du 1er janvier 1998. Dès la transposition, il y a eu un grand nombre de litiges pour contrefaçon du droit *sui generis* dans beaucoup d'Etats Membres, culminant en 2004 avec quatre décisions de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) dans les affaires *BHB* et *Fixtures Marketing*.⁵ Ces arrêts ont clarifié et limité de multiples façons l'étendue du droit *sui generis*, apaisant un tant soit peu les critiques initiales le concernant.⁶ Le premier rapport évaluant la Directive fut publié un peu plus tard que prévu, c'est-à-dire en 2005, la Commission tirant la conclusion générale que le droit *sui generis* n'a pas vraiment eu d'effet et proposant quatre options: le *statu quo*, abolir la totalité de la directive, abolir ou réviser le droit *sui generis*.⁷ Depuis, pas grand chose s'est passé en ce qui concerne les bases de données à part deux décisions de la CJUE en 2008 et 2009.⁸ Ces arrêts ont simplement confirmé l'interprétation du droit *sui generis* qu'elle donna dans ces décisions de 2004. Le deuxième rapport d'évaluation est maintenant du depuis bien longtemps et toujours attendu mais n'était pas à l'agenda du programme de travail de la Commission pour 2012. En fait, aucun aspect de la directive sur les bases de données ne l'était. Toutefois, en décembre 2010, l'affaire *Football Dataco v Yahoo!*⁹ fut référée à la CJUE et la décision de cette dernière le 1er mars 2012 fut décisive en cette matière.¹⁰

Cet article examine les échecs et succès du droit *sui generis* sur les bases de données (section 1) et du droit d'auteur sur les bases de données (section 2). Ensuite, il conclut en suggérant quels changements devraient être effectués et spéculé sur ce que le futur présage (section 3).

LE DROIT *SUI GENERIS* : UNE GAFFE REPARÉE EN PARTIE

C'est un euphémisme que le droit *sui generis* est en gros un échec. Certains sont même allés jusqu'à dire qu'adopter la directive était une erreur.¹¹ En effet, la directive sur les bases de données souffre d'un grand nombre de défauts de naissance qui ont été abondamment décriés et qui dès lors ne seront que résumés ici.¹² Le paradoxe du droit *sui generis* est qu'un effort moins créatif que celui qui consiste à créer une œuvre protégeable par le droit d'auteur est récompensé par davantage de protection.

En résumé, le droit *sui generis* souffre de trois défauts importants.¹³ Premièrement, non seulement les trois exceptions aux droits (pour usage privé, pour illustration de l'enseignement et recherche, pour raison de sécurité publique et aux fins de procédures administratives ou judiciaires¹⁴) sont à la fois trop restrictives et trop peu nombreuses, et de plus, elles sont toutes optionnelles. Cela rend le droit déjà trop fort (il comporte des droits économiques d'extraction et réutilisation très larges) très peu équilibré. Dès lors, davantage d'exceptions devraient être introduites, et à tout le moins, une exception de citation à des fins de critique et une exception à des fins informationnelles. Idéalement, les exceptions au droit *sui generis* devraient être alignées avec celles du droit d'auteur applicable aux bases de données.¹⁵ Des licences obligatoires devraient être imposées à certaines conditions aux producteurs de bases à source unique. Deuxièmement, la durée de protection du droit *sui generis* est indéfiniment renouvelable, du moment qu'un nouvel investissement substantiel peut être prouvé.¹⁶ Cependant, en tout cas pour les bases dynamiques, à moins que le producteur de la base ne l'indique, les utilisateurs ne peuvent pas identifier si la partie qu'ils proposent d'extraire ou réutiliser est une partie qui a nécessité un nouvel investissement substantiel, ce qui protège *de facto* toute la base de données et donc les éléments qui ne devraient plus bénéficier du droit. Enfin, le rapport entre le droit *sui generis* et les autres protections possibles, c'est-à-dire le droit des contrats, la concurrence déloyale et les mesures anti-contournement, n'est pas adressée de manière appropriée, ce qui donne bien trop de protection aux producteurs de bases de données.¹⁷ En plus de ces trois défauts principaux, un nombre de petits changements devraient être opérés à la définition de base de données et aux critères d'investissement substantiel et de partie substantielle, en plus de l'interprétation donnée par la CJUE dans les affaires *BHB*, *Fixtures Marketing*, *Directmedia* et *Apis*.¹⁸

De plus, si on peut croire au rapport d'évaluation de 2005¹⁹, l'introduction du droit *sui generis* a bien pu être un effort pour rien ou même, de manière plus inquiétante, a pu faire empirer les choses.²⁰ Cependant, comme il a été noté, les données empiriques sont extrêmement minces²¹ et la corrélation entre le *statu quo* ou la diminution du nombre de bases de données dans l'Union Européenne – si, encore, il est correct qu'il y a eu un *statu quo* ou une diminution en fonction de l'Etat Membre en question car les données sont très partielles – et l'introduction du

droit *sui generis* right n'est pas entièrement claire.²² Ainsi, au mieux, l'effet du droit *sui generis* est encore incertain.

Malgré tous ces défauts de naissance, le droit *sui generis* a été assez bien domestiqué par la CJUE en 2004, même si la Cour était limitée par les questions posées. A ce sujet, on peut dire que dans une certaine mesure, ce fut un succès dans le sens où beaucoup d'aspects monopolistiques ou surprotecteurs du droit ont été abolis, anéantis ou sévèrement limités. Le point le plus important des arrêts *BHB* et *Fixtures Marketing* est l'interprétation du terme 'obtention'.²³ Obtenir des données veut seulement dire les collecter. Donc, un investissement dans la création de données ne peut jamais donner lieu à un droit *sui generis*. Les bases de données qui sont des sous-produits d'une activité principale sont donc exclues de la protection si aucun investissement distinct dans la collection, vérification ou présentation des données n'est prouvé. Cela laisse sans protection beaucoup de bases importantes telles que des listes d'événements sportifs, des listes de programmes télévision et des horaires.²⁴ Deuxièmement, la Cour établit aussi un lien nécessaire entre l'investissement substantiel et la partie substantielle, incluant une clarification de ce que veulent dire 'qualitatif' et 'quantitatif' et ajoute que les concepts de partie substantielle et non-substantielle sont mutuellement exclusifs. Enfin, la Cour clarifia un nombre d'autres points plus particulièrement la définition de base de données et l'étendue des droits d'extraction et de réutilisation, qui sont larges et incluent les actes indirects, mais non la simple consultation de la base.²⁵

En 2008, la CJUE clarifia que l'extraction n'est pas limitée à la copie physique de la base (càd copier/coller) mais que le terme 'transfert' est large.²⁶ Donc, il n'est pas pertinent que le transfert est basé sur un procédé technique de copiage du contenu, tels que les procédés électroniques, électromagnétiques, électro-optiques ou autre procédé similaire, ou un simple procédé manuel et que le transfert peut mener à un arrangement des éléments concernés différent de celui de la base de données initiale. L'année suivante, la CJUE réitéra de nouveau le concept large d'extraction et le lien. Principalement, elle clarifia que le type de système utilisé pour gérer la base, par exemple un programme d'ordinateur, n'est pas un facteur pertinent pour déterminer si une extraction est intervenue. Elle clarifia aussi que si une base de données est une poupée russe (càd comprenant plusieurs sous-bases de données plus petites), le niveau auquel la contrefaçon doit être examinée, est le niveau de la plus petite base protégeable. Ainsi les juridictions doivent d'abord déterminer si le module est une base lui-même et si elle est protégée. Dans l'affirmative, alors le volume d'éléments soi-disant extraits et/ou réutilisés de ce module doit être comparé uniquement avec le contenu total de ce module.²⁷ En résumé, ces deux décisions ont 'simplement' confirmé que les droits exclusifs doivent être interprétés largement et qu'il y a un lien nécessaire entre l'investissement substantiel et la partie substantielle.

Heureusement, la CJUE va continuer son travail dans des affaires futures et, surtout dans l'affaire *Innoweb c. Wegener ICT Media*.²⁸

LE DROIT D'AUTEUR: RIEN À RAPPORTER, OU PRESQUE

L'harmonisation du droit d'auteur sur les bases de données a été bien moins controversée et avait

en réalité l'intention de clarifier quelques aspects des lois sur le droit d'auteur dans les Etats Membres. Tout d'abord, les bases comprenant non des œuvres mais des données sont maintenant aussi protégées.²⁹ Deuxièmement, le niveau d'originalité est la création intellectuelle propre à son auteur.³⁰ Les dispositions sur la titularité, les droits et les exceptions ont simplement 'codifié' le *statu quo*.³¹ Bien sûr, pour les pays européens de common law (càd l'Irlande et le Royaume-Uni), une telle harmonisation était un changement en ce qui concerne le niveau d'originalité requis. Jusqu'à 2010, aucune juridiction au Royaume-Uni ne dut discuter ce nouveau concept d'originalité pour une base de données. Nous avons maintenant la décision *Football Dataco*, qui examine précisément cette notion et sur laquelle la CJUE s'est prononcée³², en plus de ce qu'elle juge dans ses arrêts *Infopaq*, *Bezpečnostní softwarová asociace*, *Painer* and *FAPL*.³³ Et vu le nombre élevé de questions posées à la Cour dans le domaine du droit d'auteur³⁴, il y aura sûrement encore davantage de développements qui affecteront probablement aussi le droit d'auteur sur les bases de données. Donc en ce qui concerne le droit d'auteur, on peut dire que la directive est un succès même si modéré puisqu'elle n'a fait que codifier le 'business as usual'. Probablement, comme pour le droit *sui generis*, les deux seuls défauts sont les exceptions étroites et peu nombreuses et le manque de dispositions appropriées quant à la relation entre droit d'auteur et les autres types de protection c'est-à-dire le droit des contrats, la concurrence déloyale et les mesures anti-contournement.

Même si la décision de la CJUE dans l'affaire anglaise *Football Dataco* n'a rien de surprenant pour le juriste continental, elle est quand même très importante pour les clarifications cruciales qu'elle apporte. Une discussion de l'affaire s'impose donc. Que se passe-t-il donc dans l'affaire *Football Dataco*?³⁵ Il s'agissait de savoir s'il y avait un droit d'auteur et/ou droit *sui generis* dans les listes de matches annuelles produites et publiées pour divers championnats de football. Les demandeurs organisent des matches de football professionnel et exploitent les données relatives à ces matches, en ce inclus les listes de matches. Les défendeurs exploitèrent lesdites listes sans licence des demandeurs. Pour concevoir ces listes, plusieurs règles doivent être suivies, par exemple, aucun des clubs ne doit avoir trois matches consécutifs à la maison ou à l'extérieur. D'autres contraintes sont le début et la fin de la saison, le nombre de matches qui doivent être joués et les dates des matches internationaux et les autres compétitions en dehors du championnat en question. Des questionnaires sont envoyés aux clubs qui envoient leurs requêtes, c'est-à-dire des requêtes de dates spécifiques, de dates non spécifiques et des requêtes de 'jumelage'. Avec toutes ces informations, un informaticien prépare les listes. Il suit les règles décrites ci-dessus et tente d'accommoder les requêtes de chaque club. Souvent, il doit rejeter la requête d'un club car l'accepter serait injuste envers un autre club. Pour certains clubs, il y a beaucoup de places où ils pourraient se trouver sur la grille que l'informaticien prépare mais pour d'autres clubs, il y a seulement une place. Quand la grille est complète, elle est passée en revue par les employés des championnats et l'informaticien essaie de trouver une solution aux matches problématiques.

En première instance, Floyd J décida que les listes de matches étaient protégées par le droit d'auteur mais pas le droit *sui generis* et aussi qu'il n'y avait pas d'autre droit d'auteur. La seule manière pour les listes de matches d'obtenir la protection du droit d'auteur est comme bases de données. Il n'y a pas d'autre protection par le droit d'auteur possible.³⁶ Le juge suivit à la lettre la décision *BHB* de la CJUE et décida qu'il n'y avait pas de droit *sui generis*: '[t]he separate work which goes into obtaining, verifying or presenting the data in the Fixture Lists is trivial'.³⁷

L'aspect intéressant de la décision est la détermination de l'originalité. Pour Floyd J, l'ancien test britannique (habileté, jugement et travail) semble être la même chose que le test de la création intellectuelle propre à son auteur mais le distingue du critère encore plus bas de la sueur du front. Pour Floyd J, la procédure pour faire les liste 'implique une habileté et un travail très significatifs'.³⁸ Tout le monde ne parviendrait pas à la même liste parce que 'des jugements doivent être faits concernant l'importance relative de certaines règles en comparaison avec d'autres'.³⁹ Donc établir des listes de matches n'implique pas simplement de la sueur du front. 'Unlike a "sweat of the brow" compilation, there are some solutions which will simply not work, and others which will be better'.⁴⁰ Après, le juge discute le critère de la création intellectuelle propre à son auteur. Pour le juge, la créativité individuelle de l'auteur est requise mais la directive n'est pas claire en ce qui concerne la qualité/le montant de la créativité. Cela variera au cas par cas. Ce qui est clair cependant, c'est que la sueur du front ne suffit pas; la créativité de l'auteur doit être imprimée dans la collection. Cela veut dire que 'the author must have exercised judgement, taste or discretion (good, bad or indifferent) in selecting or arranging the contents of the database'.⁴¹ Ainsi, une liste de toutes les lois adoptées dans les 100 dernières années ne pourrait donner lieu à un droit d'auteur par exemple mais une collection des 1000 poèmes favoris d'un auteur passerait le test.⁴² Ce test est à la fois qualitatif et quantitatif.⁴³ En effet, comme le considérant 19 de la directive bases de données le prévoit, une compilation sur CD n'est pas suffisante si de manière quantitative, même si elle pourrait l'être de manière qualitative. Mais le test qualitatif est bas. Un minimum de créativité suffit. Floyd J dit aussi clairement que la sélection ou l'arrangement requis pour que la collection obtienne le droit d'auteur n'est pas confinée à une telle sélection ou un tel arrangement fait après que les données sont créées mais aussi avant.⁴⁴ Il donne ensuite son test pour déterminer le droit d'auteur sur une base de données:

'(i) Identify the data which is collected and arranged in the database;

(ii) Analyse the work which goes into the creation of the database by collecting and arranging the data so identified, to isolate that work which is properly regarded as selection and arrangement;

(iii) Ask whether the work of selection and arrangement was the author's own intellectual creation and in particular whether it involved the author's judgement, taste or discretion;

*(iv) Finally, one should ask whether the work is quantitatively sufficient to attract copyright protection.*⁴⁵

Le juge applique ces facteurs aux faits et trouve qu'ils sont remplis; il y a un droit d'auteur sur les listes de matches comme des personnes différentes peuvent créer des listes différentes. Du jugement et de la discrétion sont exercés dans la sélection et l'arrangement des dates des matches.⁴⁶ Et c'est aussi suffisant de manière quantitative: 'The quantum of relevant work involved in producing the Lists for any of the Leagues is considerably greater and made more complex by the fact that no two fixtures can be freely interchanged without affecting others'.⁴⁷

En conclusion, pour Floyd J, le critère de l'originalité est très bas pour les bases de données. Même si tant la qualité que la quantité sont requises, seulement un minimum de créativité est nécessaire pour les bases de données. Cela semble s'accorder exactement avec la

décision *Feist* de la Cour Suprême des Etats-Unis en 1991.⁴⁸

La Cour d'Appel dans l'affaire *Football Dataco*, décida de poser deux questions préjudicielles à la CJUE. La première question (qui a trois sous-questions) demande ce que les termes '*databases which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute the author's own intellectual creation*' dans l'article 3(1) de la directive veulent dire et '*in particular: (a) should the intellectual effort and skill of creating data be excluded? (b) does "selection or arrangement" include adding important significance to a pre-existing item of data (as in fixing the date of a football match)*'.⁴⁹ En effet, les défendeurs prétendaient que les listes de matches ne sont pas protégées par le droit d'auteur. Leur argument est que le droit d'auteur n'existe que s'il y a sélection ou arrangement de *données préexistantes*. Donc, pour les défendeurs, *Football Dataco* n'a pas de droit d'auteur parce que donner une date à un match (par exemple Arsenal contre Chelsea le 26 avril 2011) consiste à créer des données, et non les sélectionner ou les arranger. Ils ont raison car si le droit d'auteur était déclaré exister dans les listes, les décisions *BHB* et *Fixtures Marketing* de 2004 sur le droit *sui generis* seraient complètement contournées. La Cour d'Appel se demande également ce que veut dire la création intellectuelle propre à son auteur (sous-question c). Est-ce que cela requiert plus que du travail significatif et de l'habileté de la part de l'auteur et si oui, quoi? Est-ce que cela requiert un aspect artistique ?

La deuxième question que la Cour d'Appel pose est si un droit d'auteur sur une base de données indépendant de celui harmonisé par la directive subsiste. C'est ce que les demandeurs revendiquent. Mais Jacob J, qui rend le jugement de la Cour d'Appel, n'est pas d'accord que les considérants pertinents signifient cela car si c'était le cas, '*harmonisation across the EU of laws as to the subsistence of rights in databases, would not have been achieved*'.⁵⁰ Mais comme la Cour d'Appel pense qu'il y a quand même un soupçon de doute sur ce point⁵¹, elle décide de poser cette question également.

Le 1er mars 2012, la CJUE rendit son verdict.⁵² Quant à la première sous-question de la première question, la Cour décide que les concepts de 'sélection et d'arrangement' dans la directive bases de données se réfèrent à la sélection et à l'arrangement des données à travers lesquels l'auteur de la base lui donne sa structure.⁵³ La sélection et l'arrangement ne s'étendent pas à la création des données contenues dans une base de données. Donc, l'effort intellectuel et l'habileté développés dans la création des données ne sont pas pertinentes pour déterminer l'éligibilité de la base qui les contient au titre de protection du droit d'auteur. La CJUE se base pour cela sur le but de la directive et les considérants 9, 10 et 12. En résumé, la directive a pour but de stimuler la création des bases de données. Son but n'est pas de protéger la création des données capables d'être collectées dans la base. La Cour se réfère ensuite à ses décisions *Infopaq*, *Bezpečnostní softwarová asociace*, *Football Premier League* et *Painer*⁵⁴ pour réitérer encore une fois son interprétation de la condition d'originalité, c'est-à-dire la création intellectuelle propre à son auteur. Appliqué aux bases de données, le '*critère de l'originalité est rempli lorsque, à travers le choix ou la disposition des données qu'elle contient, son auteur exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs [...] et imprime ainsi sa « touche personnelle »*'.⁵⁵ La Cour continue: '*ledit critère n'est pas rempli lorsque la constitution de la base de données est dictée par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative*'.⁵⁶

Ceci mène la CJUE à répondre à la deuxième sous-question de la manière suivante : pourvu que la sélection et l'arrangement des données dans le cas en question soient originaux, il n'est pas pertinent que la sélection et l'arrangement ajoutent une importance significative aux données. En effet, l'article 3(1) de la directive prévoit qu'aucun autre critère que celui de l'originalité ne doit être appliqué pour déterminer si la base de données est originale. Ajouter de l'importance aux données a à voir avec la création des données. Dès lors, ajouter de l'importance aux données en tant que telles n'est pas pertinent parce que c'est quelque chose qui est fait aux données et pas à la structure de la base de données. En conséquence, la Cour avait déjà, implicitement, donné une réponse à cette sous-question dans sa réponse à la sous-question précédente.

Le point crucial de la décision se trouve au paragraphe 42 quand la Cour dit clairement que l'effort et l'habileté dans la sélection ou l'arrangement des données, même s'ils sont importants, ne sont pas suffisants en tant que tels pour obtenir la protection du droit d'auteur. L'effort et l'habileté doivent exprimer l'originalité dans le sens défini par la Cour (càd de la créativité) pour que la base reçoive la protection du droit d'auteur. La CJUE laisse ensuite la juridiction nationale décider si c'est le cas. Cependant, elle semble se rétracter de cette marge de manœuvre donnée à la juridiction nationale dans le paragraphe suivant, ce qui probablement ne laisse à cette dernière aucune marge de manœuvre. En effet, la CJUE dit que les procédures de création des listes de matches, comme décrites par la juridiction nationale, ne sont pas originales. A moins que s'ajoute à ces procédures des éléments reflétant l'originalité en sélectionnant ou arrangeant les données continues dans les listes, la juridiction nationale sera forcée de décider que la base de données n'est pas originale et donc non protégée par le droit d'auteur.⁵⁷

Comme la Cour d'Appel d'Angleterre et du Pays de Galles l'avait bien pressenti dans sa décision, et comme l'Avocat Général, la CJUE répond assez rapidement à la deuxième question. Elle décide que la directive bases de données empêche une législation nationale qui donnerait un droit d'auteur aux bases de données à des conditions différentes de celles prévues à l'article 3(1), càd a des conditions autres que l'originalité, donc la créativité.⁵⁸ Pour la Cour, le but de la directive est d'enlever les différences dans les législations nationales en particulier en ce qui concerne l'étendue et les conditions de protection en droit d'auteur qui affectent négativement le fonctionnement du marché intérieur, la libre circulation des marchandises et le développement d'un marché de l'information dans l'Union Européenne. La Cour se base aussi sur le considérant 60 pour dire que l'article 3(1) procède à «*une harmonisation des critères appliqués pour déterminer si une base de données sera protégée par le droit d'auteur*». ⁵⁹ Elle rappelle que pour les bases de données créées avant le 27 mars 1996, les dispositions transitoires ont maintenu le *statu quo* ; ces bases restent protégées selon les dispositions précédentes et donc si les critères de protection sont différents, selon ces anciens critères. Toutefois, pour les « nouvelles bases de données », celles soumises au régime de la directive, aucune autre protection par le droit d'auteur ne peut exister que celle prévue par la directive.

Même si la décision de la CJUE dans l'affaire *Football Dataco* n'est pas surprenante, elle est bienvenue pour ces clarifications. A part la ferme affirmation de la définition de la condition d'originalité et l'abolition de la doctrine du 'skill and labour', la décision de la Cour signifie aussi que la *geschriftenberscherming* hollandaise et la règle nordique des catalogues ne protègent pas les 'nouvelles bases'. Néanmoins, la réponse à la deuxième question ne clarifie pas tout.

Qu'en est-il des protections 'comme le droit d'auteur' telles que la protection contre le parasitisme ou la copie servile, que beaucoup de droits nationaux prévoient dans leur droit de la responsabilité ou bien dans leur lois spéciales sur la concurrence déloyale ? La Cour d'Appel d'Angleterre et du Pays de Galles avait posé la question à la CJUE en ces termes bien précis en anglais (mais que la tradition française a perdu): '*Does the Directive preclude national rights in the nature of copyright in databases other than those provided for by [Directive 96/9]?*' (nous soulignons).⁶⁰ Peut-être la CJUE a présumé que puisque le Royaume-Uni n'a pas de droit de concurrence déloyale à part le 'tort of passing off', elle n'offre pas ce type de protection contre la copie servile, ce qui est bien juste. Néanmoins, la CJUE aurait pu interpréter la question de manière plus étendue puisqu'elle était posée dans des termes larges, c'est-à-dire capable de comprendre les lois de (type) concurrence déloyale. La réponse de la Cour n'est pas totalement claire sur ce point, mais en interprétant le paragraphe 49 de sa décision logiquement, on peut présumer que ce type de protection est aussi aboli. En effet, le fonctionnement du marché intérieur et la libre circulation des marchandises et des services seraient affectés négativement si les bases de données pouvaient obtenir une protection pratiquement identique au droit d'auteur par le biais des dispositions sur la concurrence déloyale.

UNE 'SUCCESS STORY' MODESTE, MAIS QUI GRANDIT?

Malgré le changement relativement minimal au droit d'auteur sur les bases de données effectué par la directive et les défauts du droit *sui generis*, le succès de la directive est toutefois indéniable car la directive, et la jurisprudence de la CJUE qui en découle, ont harmonisé tant le droit d'auteur que le droit *sui generis* dans le marché intérieur de l'UE.⁶¹ Cependant, ce succès est relatif. Tant que les juridictions nationales ne suivent pas la jurisprudence de la CJUE, l'harmonisation est lettre morte. Pour prendre juste trois Etats Membres comme exemples, il est clair que le franc (ou plutôt l'euro maintenant...) n'est pas encore tombé en ce qui concerne quelques notions sur lesquelles la CJUE s'est déjà prononcée. Par exemple, dans un cas belge⁶², la juridiction décida qu'il y avait une extraction de manière qualitative quand des informations importantes sont extraites de la base. Mais la valeur des informations n'est pas pertinente pour déterminer la contrefaçon. Ce qui est pertinent est la somme d'investissement dans la partie extraite par l'utilisateur. Dans un autre cas, le tribunal de grande instance de Paris décida que le droit *sui generis* existait dans une base de courses françaises de chevaux (établie par PMU, l'équivalent français du British Horseracing Board, et similaire à celle établies par ce dernier au Royaume-Uni) et donc était une 'base de données sous-produit' typique.⁶³ La juridiction française ne vérifia cependant pas s'il y avait un investissement substantiel distinct de la création des données. D'autre part, certaines juridictions françaises persistent encore à cumuler le parasitisme quand le droit *sui generis* est enfreint alors que le droit *sui generis* a remplacé le parasitisme.⁶⁴ Au Royaume-Uni, avec sa décision ambiguë *Newspaper Licensing Agency c. Meltwater*, la Cour d'Appel a totalement embrouillé la jurisprudence de la High Court qui applique correctement l'interprétation donnée par la CJUE dans *Infopaq* du critère d'originalité : d'une part, la Cour d'Appel est d'accord avec la High Court sur ce point, mais de l'autre, elle déclare que l'ancien droit (la doctrine du 'skill and labour') est toujours applicable, ce qui est totalement contradictoire.⁶⁵ Avec un peu de chance, la Cour d'Appel effacera cette confusion quand elle donnera son jugement final dans l'affaire *Football Dataco*.

CONCLUSION: DANS QUELLE DIRECTION ALLONS-NOUS ET QUE FAUT-IL FAIRE?

Il est clair que le problème principal avec les bases de données est le droit *sui generis*. Des recherches empiriques pour établir l'utilité de son introduction manquaient avant celle-ci et manquent toujours. Il est tout à fait évidemment qu'il faut ces données empiriques avant de faire quoi que ce soit concernant le droit *sui generis*.⁶⁶ La Commission européenne serait bien avisée de baser son deuxième rapport d'évaluation sur des données empiriques. Certains ont suggéré que puisque le droit *sui generis* est un droit purement économique, une analyse coût/bénéfice devrait gouverner son sort.⁶⁷ Entretemps, les économistes, qui jusqu'à présent ne semblent pas être très intéressés par ce problème⁶⁸, devraient faire ces études empiriques sur l'effet de l'introduction du droit *sui generis* en Europe, maintenant que plusieurs années se sont écoulées et que nous pouvons probablement avoir une vue plus globale et plus précise, enfin s'ils peuvent en effet trouver ces données... La Commission devrait aussi commencer à agir sur sa suggestion dans son rapport d'évaluation de 2005. Pendant que l'on attend ces recherches empiriques, les institutions européennes peuvent quand même redresser un des défauts majeurs 'permis' par l'article 13 de la directive c'est-à-dire la possibilité de cumuler le droit d'auteur, le droit *sui generis* et les autres droits, comme le parasitisme, protégeant les mêmes efforts.

Finalement, pour les problèmes restants, on devra attendre les décisions futures de la CJUE et espérer qu'elles feront autant de sens que ces décisions précédentes sur les bases de données, contrairement à d'autres décisions comme *Bezpečnostní softwarová asociace*.⁶⁹ En effet, malgré leur considérable compétence, les juges de la Cour de Justice de l'UE sont fréquemment seulement éduqués dans un seul système (de droit civil ou de common law) et rarement experts en propriété intellectuelle et encore moins en droit d'auteur en particulier. Les académiques devraient donc donner des avis à la CJUE dans les questions pendantes devant elle peut-être de manière similaire au système américain d'opinions *amici curiae*⁷⁰ ou proposer des cours de propriété intellectuelle à la Cour. Des conférences, comme celle organisée en janvier 2012 par le Centre de Recherche en Propriété Intellectuelle d'Oxford⁷¹, qui invita des juges de la CJUE, des Avocats Généraux et des juges nationaux comme intervenants en plus des académiques, est une excellente initiative pour tenter d'établir un dialogue entre le pouvoir judiciaire et les académiques en vue d'assurer une jurisprudence cohérente.

* Professeur de Propriété Intellectuelle, Université de Nottingham, Faculté de droit. <http://nottingham.ac.uk/law/people/estelle.derclaye> © E. Derclaye 2012. L'auteure peut être jointe à ederclaye@hotmail.com ou estelle.derclaye@nottingham.ac.uk Cet article a été publié en décembre 2012 et est disponible sur <http://www.abd-bvd.be/index.php?page=cah/rc-2012-4&lang=fr> dans les Cahiers de Documentation. Une version de cet article « Database rights: success or failure? The chequered yet exciting journey of database protection in Europe » est publiée en anglais dans C. Geiger (ed.), *Constructing EU Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, Elgar Publishing, 2013. L'auteure tient à remercier C. Geiger et E. Elgar pour avoir accepté la publication en français dans les Cahiers de Documentation.

¹ Proposition de directive sur la protection juridique des bases de données, COM (92) 24 final – SYN 393 Bruxelles, 13 mai 1992, JO C156, 23 juin 1992.

² Directive 96/9/EC du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 sur la sur la protection juridique des bases de données, JO L77/20, 27 mars 1996, ci-après 'la directive'.

³ Commission des Communautés Européennes, Questionnaire relative aux dispositions des lois nationale sur le droit d'auteur d'importance spécifique pour les Operations des systèmes d'information par ordinateur, soumise au DGXIII Legal Advisory Board (1986). Voir ensuite, le Papier Vert de la Commission sur le droit d'auteur et le défi technologique: questions de droit d'auteur requérant une action immédiate, COM (1988) 172 final (7 juin 1988) et le Follow-up Papier Vert, Working Programme of the Commission in the Field of Copyright and Neighbouring Rights, COM (1990) 584 final.

⁴ Pour ne citer que quelques commentateurs qui ont critiqué le droit *sui generis*: Davison, Mark, *The Legal Protection of Databases*, Cambridge University Press, 2003; Reichman, Jerome ; Samuelson, Pamela, 'Intellectual Property Rights in Data?', *Vanderbilt Law Review*, 1997, Vol. 50, p. 51; Mallet-Poujol, Nathalie, 'La directive concernant la protection juridique des bases de données: la gageure de la protection privative', 1996, *DIT*, Vol. 1, p. 6; Hugenholtz, Bernt, 'De databankrichtlijn eindelijk aanvaard: een zeer kritisch commentaar', 1996, *Computerrecht*, p. 131.

⁵ Aff. C-203/02 *The British Horseracing Board Ltd c. William Hill Organisation Ltd* [2005] 1 CMLR 15; C-444/02 *Fixtures Marketing Ltd c. Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou* (OPAP) [2005] 1 CMLR 16; C-46/02 *Fixtures Marketing Ltd c. Oy Veikkaus AB* [2005] ECDR 2; C-338/02 *Fixtures Marketing Ltd c. Svenska Spel AB* [2005] ECDR 4.

⁶ Aplin, Tanya, 'The ECJ Elucidates the Database Right', 2005, *Intellectual Property Quarterly*, 204; Davison Mark; Hugenholtz, Bernt, 'Football Fixtures, Horseraces and Spin Offs: the ECJ Domesticates the Database Right', 2005, *European Intellectual Property Review*, 113; Derclaye, Estelle, 'The ECJ Interprets the Database *Sui Generis* Right for the First Time', 2005, *European Law Review*, Vol. 30, p. 420–30.

⁷ DG Marché Intérieur, Working Paper, Première Evaluation de la Directive 96/9/EC sur la sur la protection juridique des bases de données, 12 décembre 2005, disponible sur http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/prot-databases/prot-databases_en.htm.

⁸ Aff. C-304/07 *Directmedia Publishing GmbH c. Albert-Ludwigs-Universitat Freiburg* [2008] ECR I-7565 et C-545/07 *Apis-Hristovich EOOD c. Lakorda AD* [2009] ECR I-1627.

⁹ *Football Dataco c. Britten Pools* [2010] EWHC 841; [2010] 3 CMLR 25 (première instance); *Football Dataco et al. c. Yahoo UK! et al.* [2010] EWCA Civ 1380 (cour d'appel).

¹⁰ Aff. C-604/10 *Football Dataco & Others c. Yahoo UK! & Others*, 1 mars 2012, disponible sur www.curia.europa.eu

¹¹ Davison, Mark, 'Database Protection: Lessons from Europe, Congress, and WIPO', 2007, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 57, p. 829.

¹² Pour des exposés détaillés, v. e.g. Bensinger, Viola, *Sui Generis Schutz für Datenbanken: Die E.G.-Datenbankrichtlinie vor dem Hintergrund des Nordischen Rechts*, C.H. Beck, 1999; Leistner, Matthias, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im Deutschen und Europäischen Recht, Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das Deutsche Urheberrechtsgesetz*, C.H. Beck, 2000; Davison *supra* note 4; Derclaye, Estelle, *The Legal Protection of Databases, A Comparative Analysis*, Edward Elgar, 2008, Ch. 10.

¹³ Pour plus de détails sur ces trios défauts, v. Derclaye, *ibid*.

¹⁴ V. article 9 de la directive.

¹⁵ Hilty, Reto et al., 'European Commission: Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy – Comments by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law', 2009, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, p. 309, at 317:

Only coherence between the different bodies of law guarantees a free and unobstructed flow of scientific information. Therefore, limitations should also apply to the *sui generis* right in unoriginal databases, which has been stipulated by Directive 96/9/EC on the legal protection of databases. This would avoid disparities between the two most relevant protection regimes that are closely linked in the information society.

V. aussi *ibid*, 319.

¹⁶ See article 10 of the Directive.

¹⁷ Une seule 'exception' - le droit de l'utilisateur d'extraire ou réutiliser des parties non substantielles (article 8(1)) - est impératif.

¹⁸ Pour ces suggestions, v. Derclaye, *supra* note 12.

¹⁹ *Supra* note 7. Le rapport est difficile à croire car il se base uniquement sur une seule source, le catalogue des bases de données Gale et quelques réponses isolées de l'industrie des bases de données.

²⁰ Block, Matt, ‘The Empirical Basis for Statutory Database Protection after the European Database Directive’, pp. 6, 14–15, disponible sur www.law.duke.edu/cspd/papers/empirical.doc.

²¹ Block, *ibid.*, p. 5; Reichman, Jerome, ‘Mondialisation et Propriété Intellectuelle’, 2002, *Revue Internationale De Droit Économique*, Vol. 16, pp. 455, 463–64; Scotchmer, Suzanne, ‘Innovation and Incentives’, 2004, p. 82 (‘there is little or no evidence that lack of protection has impeded the creation of new databases’), cited by Gervais, Daniel, ‘The Protection of Databases’, 2007, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 82, p. 1109, à la page 1166.

²² Block, *supra* note 20, pp. 7, 11–12 remarquant à la page 12 que:

That said, it would be premature to conclude from the evidence that database protection simply does not work to spur new production. Other explanations cannot be ruled out, including the simplest that complex database protection schemes will take a long time to have any appreciable effect. Thus, if there is a problem then database protection might be a way to solve it.

²³ *BHB*, *supra* note 5, paras 30–32.

²⁴ Néanmoins, la décision a peut-être la conséquence non intentionnelle de forcer les producteurs de bases de données à faire des investissements non nécessaires dans la présentation ou des efforts artificiels pour sélectionner et arranger des textes pour générer la protection du droit d’auteur. Gervais, *supra* note 21, pp. 1164–5.

²⁵ Pour plus de détails, v. Derclaye, ‘The Court of Justice Interprets the Database *Sui generis* Right for the First Time’, 2005, *European Law Review*, 30 (3), 420–30.

²⁶ *Directmedia*, *supra* note 8. Pour des commentaires de ces décisions, v. Christopher, Anne; Freeman, Kate, ‘Case Comment on Directmedia’, 2009, *European Intellectual Property Review*, p. 151 et Koo, Anna, ‘Database Right Decoded’, 2010, *European Intellectual Property Review*, p. 313.

²⁷ *Apis*, *supra* note 8, paras 62–3.

²⁸ Tribunal de première instance de La Haye, 15 février 2011, HA ZA 08-300, rapportée sur <http://www.ie-forum.nl/index.php?/Voornemens+vragen+te+stellen////27930/> – le tribunal hollandais pose plusieurs questions préjudicielles sur l’interprétation d’extraction et de réutilisation et pose aussi une question sur le sens de l’article 8(2). A l’heure de l’écriture de cet article, les questions n’étaient pas encore disponibles sur le site de la CJUE.

²⁹ Suivant les dispositions de l’accord ADPIC et du traité de l’OMPI sur le droit d’auteur.

³⁰ Article 3(1) de la Directive.

³¹ Les droits moraux ne sont pas affectés, comme dans aucune des autres directives dans le domaine du droit d’auteur jusqu’à présent.

³² Aff. C-604/10 *Football Dataco & Others c. Yahoo UK! & Others*, 1 mars 2012, disponible sur www.curia.europa.eu

³³ Aff. C-5/08 *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, [2009] ECDR 259; C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury* [2011] ECDR 70; aff. jointes C-403/08 and C-429/08 *Football Association Premier League and others c. QC Leisure and others and Karen Murphy c. Media Protection Services* [2012] FSR 1; C-145/10 *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH and others* [2011] ECR disponible sur www.curia.europa.eu.

³⁴ Il n’y a pas moins de 20 questions préjudicielles pour le moment. Pour une liste plus ou moins complète, v. <http://www.ipo.gov.uk/pro-policy/policy-information/ecj.htm>.

³⁵ *Football Dataco c. Britten Pools* [2010] EWHC 841 (ChD); *Football Dataco et al. c. Yahoo! UK et al.* [2010] EWCA Civ 1380 (CA).

³⁶ Para. 100 de la décision de première instance.

³⁷ [2010] EWHC 841, para. 92.

³⁸ *Ibid.*, para. 41.

³⁹ Para. 42.

⁴⁰ Para. 43.

⁴¹ Para. 86.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Para. 90.

⁴⁴ Paras 81–82.

⁴⁵ Para. 91.

⁴⁶ Para. 97.

⁴⁷ Para. 98.

⁴⁸ *Feist Publications c. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

⁴⁹ [2010] EWCA Civ 1380, para. 22.

⁵⁰ Para. 14.

⁵¹ Para. 15.

⁵² Aff. C-604/10 *Football Dataco & Others c. Yahoo UK! & Others*, disponible sur www.curia.europa.eu

⁵³ *Ibid.*, para. 32.

⁵⁴ Pour ces décisions, v. *supra* note 33. Dans ces affaires, la Cour décida que la création intellectuelle propre à son auteur signifie la créativité. A propos des œuvres littéraires, dans l'affaire *Infopaq*, la Cour décida que c'est seulement à travers le choix, la séquence et la combinaison de mots que l'auteur peut exprimer sa créativité' (para. 45). Pour des commentaires, v. e.g. Derclaye, Estelle, 'Wonderful or Worrysome? The Impact of the ECJ Ruling in *Infopaq* on UK Copyright law', 2010, *European Intellectual Property Review*, Vol. 32 (5), p. 247–51 et Derclaye, Estelle, 'L'arrêt *Softwarová*: une révolution en droit d'auteur ou une « erreur de jugement »?', 2011, *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, Vol. 43, pp. 57–62. Dans l'affaire *Painer*, la Cour décida que durant la phase de préparation, le photographe peut choisir l'arrière-plan, la pose, la lumière, le cadrage, l'angle et l'atmosphère. Quand le photographe sélectionne le cliché, l'auteur peut choisir plusieurs techniques de développement en ce inclus le programme d'ordinateur. Donc, ces choix peuvent donner à l'œuvre l'empreinte personnelle de l'auteur.

⁵⁵ Case C-604/10, para. 38.

⁵⁶ *Ibid.*, para. 39.

⁵⁷ Para. 44.

⁵⁸ Para. 52.

⁵⁹ Para. 49.

⁶⁰ La question dans la décision de la CJUE traduite en français est rédigée ainsi: « 2) La directive fait-elle obstacle aux droits d'auteur nationaux sur les bases de données, autres que ceux prévus par la directive [96/9]? »

⁶¹ Gervais, *supra* note 21, p. 1159.

⁶² CA Anvers, 19 décembre 2005, *Omni Whittington c. East-West Debt* [2007] *Auteurs & Média* 85-96.

⁶³ TGI Paris, 20 juin 2007, *PMU c. Eurf*, available on http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1973.

⁶⁴ V. Trib. Com. Paris, 8 décembre 2006, *Motor Presse France c. Jean Marc R.-M.*, disponible sur http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=1889; CA Paris, 14e ch B, 23 janvier 2009, *Sté IIEESS, Ditel c. Société*, confirmant Trib. Com. Paris (réf), 18 juin 2008, disponible sur www.legalis.net (dans une affaire dans laquelle un demandeur agit en concurrence déloyale pour extraction de données d'une base de données, le tribunal commercial de Paris et la Cour d'appel de Paris ont encore accepté leur compétence sans se poser la question de savoir si un droit *sui generis* existait et s'il était enfreint). Plus récemment TGI Paris, 1 février 2011, *Adenclassifieds c. Solus'immo*, disponible sur http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3092 (alors que le tribunal décide en faveur du défendeur – en déclarant qu'un moteur de recherche n'extrait ni ne réutilise de données – le tribunal ajoute cependant que l'action en parasitisme peut être ajoutée à celle en contrefaçon du droit *sui generis* même si le parasitisme n'était pas établi en l'affaire). Pour un aperçu de la jurisprudence française récente interprétant le droit *sui generis* et la concurrence déloyale, v. Derclaye, Estelle, 'Recent French Decisions on Database Protection: Towards a More Consistent and Compliant Approach with the Court of Justice's Case Law?', 2012, *European Journal of Law and Technology*, No. 2, à paraître.

⁶⁵ [2011] EWCA 890, disponible sur www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2011/890.html

⁶⁶ Gervais, *supra* note 21, pp. 1160 et 1165, prônant des études empiriques et aussi des perspectives non juridiques; Yu, Peter, 'The Political Economy of Data Protection', 2010, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 84, p. 777, à la page 793:

before intellectual property protection is strengthened or new *sui generis* rights are created, policymakers need to conduct impact studies to ensure a holistic evaluation of the ramifications of the proposed new standards. Those studies have been widely endorsed in the areas of human rights, public health, and biological diversity and within the WIPO Development Agenda.

Et page 801: 'The decision to introduce data protection laws needs to be guided not by faith or speculation, but by empirical data'.

⁶⁷ Gervais, *supra* note 21, pp. 1165–6.

⁶⁸ Comme illustré par la disette d'études en sciences économiques, tant théoriques qu'empiriques, sur le sujet. Cela m'a été aussi confirmé par les économistes Richard Watt et Ruth Towse.

⁶⁹ La décision de la Cour sur la question de la communication au public d'une interface graphique d'utilisateur a attiré beaucoup de critiques. See e.g. Derclaye, *supra* note 54.

⁷⁰ Comme expliqué par l'Avocat General Niilo Jääskinen durant la conférence 'European Methods and Interactions in the Field of Intellectual Property Law' à Oxford en janvier 2012, ces opinions *amici curiae* peuvent être contre-productives parce qu'elles s'ajoutent à la charge de travail de la Cour.

⁷¹ V. 'European Methods and Interactions in the Field of Intellectual Property Law', disponible sur <http://www.law.ox.ac.uk/news.php?id=353>