

# Une analyse économique de la protection contractuelle des bases de données

\*Dr Estelle Derclaye

INTRODUCTION.....	1
<b>1. UN APERÇU DU DROIT <i>SUI GENERIS</i> SUR LES BASES DE DONNEES EN EUROPE ET DE LA PROTECTION DES BASES DE DONNEES AUX ETATS-UNIS .....</b>	<b>3</b>
<b>2. ANALYSE ECONOMIQUE DE L'INVESTISSEMENT DANS LA CREATION DES BASES DE DONNEES .....</b>	<b>5</b>
2.1. L'ANALYSE ECONOMIQUE DES BIENS INFORMATIONNELS.....	5
2.2. L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT D'AUTEUR .....	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>
2.3. ANALYSE ECONOMIQUE DE L'INVESTISSEMENT DANS LA CREATION DES BASES DE DONNEES .....	8
<b>3. L'UNION EUROPEENNE.....</b>	<b>10</b>
3.1. LA PROTECTION CONTRACTUELLE DES BASES DE DONNEES PROTEGEES PAR LE DROIT <i>SUI GENERIS</i> .....	10
a. <i>Bases de données de source multiple</i> .....	12
b. <i>Bases de données de source unique</i> .....	14
3.2. LA PROTECTION CONTRACTUELLE DES BASES DE DONNEES QUI NE SONT PAS PROTEGEES PAR LE DROIT <i>SUI GENERIS</i> .....	17
a. <i>Les bases de données de source multiple</i> .....	17
b. <i>Les bases de données de source unique</i> .....	17
<b>4. LES ETATS-UNIS .....</b>	<b>19</b>
4.1. CONTRATS NEGOCIES .....	19
4.2. CONTRATS D'ADHESION .....	19
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>20</b>

## Introduction

Dans de nombreux secteurs de l'économie et dans notre vie de tous les jours, les bases de données ont une importance capitale. Tant les entreprises privées dans les domaines scientifiques, financiers, juridiques, du voyage et du divertissement pour n'en citer que quelques-uns, que le secteur public en ce compris la communauté académique, dépendent de plus en plus des bases de données pour faire des affaires ou de la recherche. Finalement, tout un chacun dans sa vie quotidienne en dépend : par exemple pour chercher un appartement, choisir un film ou planifier un voyage. Selon le Gale Directory of Databases<sup>1</sup>, le nombre de bases de données a augmenté pratiquement exponentiellement pendant les 20 dernières années (de 300 en 1979 à 6093 en 2000). La part de marché des producteurs de bases de données par rapport aux autres œuvres protégées par le droit d'auteur et les droit voisins est la plus élevée en Europe (1,7% par rapport aux autres industries liées au droit d'auteur qui possèdent 1,2 %

---

\* Chargée de cours en droit de la propriété intellectuelle, Université de Nottingham. Cet article est basé sur une contribution au Congrès Annuel du SERCI à Montréal les 7et 8 juillet 2005 et s'inspire d'un article publié dans *U. Ill. Journal of Law, Technology and Policy*, Issue 2, Fall 2005, p. 247-271. Les commentaires sont bienvenus et peuvent être envoyés à [estelle.derclaye@nottingham.ac.uk](mailto:estelle.derclaye@nottingham.ac.uk)

<sup>1</sup> M. Williams "The State of Databases Today: 2000" in M. Fauber (ed.), *Gale Directory of databases*, Gale Group: Farmington Hills, Mi., Vol. 1, 2000, p. xvii-xviii. V. aussi *Gale Directory of databases*, 2005, Vol 1., part. 2.

ou moins).<sup>2</sup> Des producteurs d'information dépensent des sommes considérables pour défendre leurs intérêts contre d'autres entreprises ayant copié l'entièreté ou d'importantes parties de leurs bases de données. On notera les affaires *Fixtures Marketing* et *British Horseracing Board*, dont la Cour de Justice des Communautés Européennes a eu à connaître en 2004, qui impliquaient des listes de courses de chevaux utilisées pour faire des paris. D'autres décisions ont impliqué des producteurs d'annuaires téléphoniques, de sites Web publiant des offres d'emploi ou des propriétés à vendre ou à louer, de programmes de cinéma ou encore de données financières.<sup>3</sup> Un exemple récent est le projet de Google de rassembler les livres (ou des extraits ou simplement les informations bibliographiques de livres) de nombreuses bibliothèques et éditeurs en une vaste base de données.<sup>4</sup> Les bases de données sont donc un élément essentiel de l'activité économique et scientifique de chaque pays. Comme la plupart des biens informationnels, elles coûtent cher à produire et sont faciles à piller. Leurs producteurs cherchent donc à les protéger le plus efficacement possible.

Cet article concerne la protection contractuelle des bases de données qui sont rendues disponibles publiquement par leurs producteurs et passe en revue la question dans l'Union Européenne et les Etats-Unis. Il est utile d'analyser la protection des bases de données<sup>5</sup> de cette manière, et particulièrement aux Etats-Unis, où la forme principale de protection juridique des bases de données est contractuelle.<sup>6</sup> Cet article se concentre d'abord sur la question dans l'Union Européenne<sup>7</sup> et ensuite extrapole le raisonnement à la situation aux Etats-Unis. L'article tente de répondre à deux questions dans un contexte européen. D'abord est-ce qu'un producteur de bases de données peut et devrait utiliser le contrat pour obtenir une protection additionnelle pour sa base de données déjà protégée par le droit *sui generis* ? En d'autres mots, la question est de savoir si l'on peut permettre à un producteur de base de données de passer outre les limites du droit *sui generis* par contrat. Deuxièmement, l'article examine si une base de données qui n'est pas protégée par le droit *sui generis* – soit parce qu'elle était protégée mais est maintenant tombée dans le domaine public ou parce qu'elle ne remplit les conditions de protection par le droit *sui generis* – peut, et dans ce cas, devrait, être protégée par contrat.<sup>8</sup>

Des questions similaires se posent aux Etats-Unis.<sup>5</sup> Même s'il n'y a pas de droit de propriété intellectuelle spécifique protégeant les bases de données aux Etats Unis, la raison économique derrière la protection des bases données par contrat est la même. La question centrale sous-jacente à ces deux questions est de savoir si un tel usage du contrat surprotège les bases de données. Ainsi, pour déterminer l'étendue d'une telle surprotection, une analyse économique

---

<sup>2</sup> V. DG Marché Intérieur Working paper, première évaluation de la Directive 96/9/EC relative à la protection juridique des bases de données.

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/copyright/docs/databases/evaluation\\_report\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf) citant « The contribution of copyright and related rights to the European Economy (2003) ».

<sup>3</sup> V. E. Derclaye, "Databases *sui generis* right: what is a substantial investment? A tentative definition" [2005] 36 IIC 2-30 ; E. Derclaye, « Databases *sui generis* right: should we adopt the spin-off theory?" [2004] 9 EIPR 402-412.

<sup>4</sup> V. <http://books.google.com/googleprint/library.html>

<sup>5</sup> Sauf indication contraire, l'expression « la protection des bases de données » sera utilisée pour se référer uniquement à la protection de l'investissement requis pour collecter, vérifier et/ou présenter le contenu d'une base de données plutôt que la protection de sa structure.

<sup>6</sup> En Europe, un droit de propriété intellectuelle *sui generis* protège les bases de données (voir infra section 2; voir aussi infra section 4.1).

<sup>7</sup> Les termes « Union Européenne », « Europe » et « Communauté européenne » sont utilisés de manière interchangeable.

<sup>8</sup> Voir infra section 4.2.

<sup>5</sup> Voir infra section 4.2.

est nécessaire.<sup>6</sup> La surprotection est la protection au-dessus de ce qui est économiquement efficace. Cela veut dire que la surprotection diminue le bien-être social. Si nécessaire, les droits de l'homme à l'information et à la vie privée seront aussi pris en considération.<sup>7</sup> Avant d'analyser la protection des bases de données d'un point de vue économique, cependant, un bref aperçu de la protection du contenu des bases de données en Europe et aux États-Unis, s'impose.<sup>8</sup>

Il n'y a pas d'étude sur la question centrale que cet article examine : c'est-à-dire outrepasser les limites du droit *sui generis* surprotège l'investissement d'un producteur de base de données dans la création de ses bases de données. Une étude essentiellement juridique de ce problème a été faite dans le champ du droit d'auteur ; cependant, elle se restreint aux exceptions et limitations en droit d'auteur.<sup>9</sup> Quand cette étude est pertinente à la présente analyse, elle sera utilisée. De plus, cet article s'occupe uniquement des bases de données que les protecteurs décident de rendre disponibles au public sans s'appuyer sur la protection des secrets, qui est aussi connue sous le nom de droit de l'information confidentielle. Ainsi, la protection des bases de données par le secret se trouve en dehors du champ du présent article.

## 1. Un aperçu du droit *sui generis* sur les bases de données en Europe et de la protection des bases de données aux États-Unis

Avant de discuter la protection contractuelle des bases de données en Europe et aux États-Unis, il faut brièvement exposer la protection juridique de l'investissement dans la création des bases de données dans les deux systèmes juridiques. En Europe, l'investissement dans la création des bases de données est protégé par un droit intellectuel spécifique : le droit *sui generis* sur les bases de données.<sup>10</sup> Une directive européenne de 1996 (la directive « bases de données »), qui requerrait sa transposition par les États Membres pour le 1<sup>er</sup> janvier 1998, a créé ce droit.<sup>11</sup> Le droit *sui generis* est très proche du droit d'auteur anglo-saxon connu sous le nom de « sweat of the brow » (littéralement, « la sueur du front »), qui existait au Royaume-Uni pour les bases de données avant la transposition de la directive base de données. La directive base de données a remplacé le droit d'auteur anglais « sweat of the brow » par le droit d'auteur basé sur la créativité. Après la transposition de la directive base de données dans les États Membres de l'Union Européenne, le droit d'auteur protège uniquement la

---

<sup>6</sup> Voir infra section 3.

<sup>7</sup> Une analyse complète des raisons pour lesquelles ces deux droits de l'homme devraient être pris en considération se trouve en dehors du champ de cet article. Il est vrai que l'article se concentre plutôt sur la question de savoir pourquoi la protection contractuelle des bases de données est économiquement efficace. Cependant, l'auteur souhaite mentionner brièvement que l'approche des droits de l'homme à la protection des bases de données est aussi importante que l'approche économique. L'auteur explore cette question dans de plus amples détails dans une publication à venir. Voir E. Derclaye, "Database *sui generis* right: the need to take the public's right to information and freedom of expression into account", in F. Macmillan (ed.), *New directions in copyright law, Volume V*, Edward Elgar, forthcoming 2007.

<sup>8</sup> Voir infra section 2.

<sup>9</sup> Lucie Guibault, *Copyright limitations and contracts, An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Kluwer Law International, 2002, p. 14.

<sup>10</sup> Un examen exhaustif de la question normative générale de l'adéquation du droit *sui generis* comme droit pour protéger les bases de données est en dehors du champ de cet article. L'auteur explorera cette question dans une publication à venir. Comme telle, cette étude se concentrera principalement sur le droit positif.

<sup>11</sup> Directive 96/9/EC du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données, Journal Officiel des Communautés européennes, L 77/20, 27 mars 1996. Sur le droit *sui generis*, voir par exemple Mark Davison, *The legal protection of databases*, Cambridge University Press, 2003; Mark Schneider, "The European Union Database Directive" [1998] 13 Berkeley Tech. L.J. 551.

structure originale d'une base de données et non pas son contenu.<sup>14</sup> Inversement, le droit *sui generis* protège les investissements dans la création des bases de données et ainsi le contenu plutôt que la structure de la base de données.<sup>15</sup> Aussi longtemps que le producteur de base de données prouve qu'il a fait un investissement substantiel dans l'obtention (collection), la vérification ou la présentation des données contenues dans la base, il est protégé par le droit *sui generis* pour une période de 15 ans.<sup>16</sup> Cette protection permet à un producteur de base de données d'interdire aux autres d'extraire et de réutiliser (c'est à dire de rendre disponible au public) une partie substantielle du contenu de la base des données.<sup>17</sup> Implicitement cela veut dire que l'extraction ou la réutilisation de parties non-substantielles de la base n'est pas une contrefaçon.<sup>18</sup> Cependant, l'extraction ou la réutilisation de parties non-substantielles qui collectivement forment une partie substantielle du contenu de la base, contrefait le droit *sui generis* du producteur de bases de données.<sup>19</sup>

Des limitations à l'étude du droit sont applicables. Par exemple, ce n'est pas une contrefaçon d'extraire une partie substantielle d'une base de données non électronique à des fins privées, d'extraire une partie substantielle à des fins d'illustration pour l'enseignement ou la recherche scientifique, ou d'extraire ou de réutiliser une partie substantielle à des fins de sécurité publique ou pour des procédures judiciaires ou administratives.<sup>20</sup> Ces exceptions, cependant, sont optionnelles : les Etats Membres ne sont pas obligés de les transposer dans leurs droits nationaux.<sup>21</sup> En outre, comme pour les autres droits de propriété intellectuelle, une fois que le producteur de base de données met les copies de sa base sur le marché, le droit *sui generis* est épuisé.<sup>22</sup> Cela signifie que le producteur de base de données ne peut plus contrôler les ventes postérieures de copies des bases qu'il a mises sur le marché. Le droit *sui generis* est aussi un droit anti-copie comme le droit d'auteur ; dès lors quiconque peut collecter les mêmes données, créer exactement la même base de données de manière indépendante (c'est à dire sans copier les données de la base de données identique faite précédemment). En résumé, les limites au droit *sui generis* incluent la non protection des parties non-substantielles, certaines exceptions au droit, le principe de l'épuisement et la durée de protection.

Aux Etats-Unis, le problème de la protection des bases de données ne s'est pas posé jusqu'à récemment, parce que la plupart des juridictions protégeaient la « sueur du front » suée en les créant. Dans le cas *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.* concernant un annuaire téléphonique de pages blanches, la Cour Suprême renversa la jurisprudence antérieure et décida que le critère de l'originalité était un « minimum de créativité » et non pas simplement du travail.<sup>23</sup> *Feist* a donc laissé l'investissement dans la création des bases de données sans protection effective. L'adoption en 1996 de la directive base de données en Europe a provoqué une réaction aux Etats-Unis. Des projets de loi plus ou moins comparables au droit *sui generis* communautaire furent rédigés et présentés au Congrès pour permettre aux producteurs de base de données américains d'être protégés en Europe.<sup>24</sup> Ces essais législatifs

---

<sup>14</sup> Directive bases de données, supra, note 11, art. 3.

<sup>15</sup> Id. art. 7.

<sup>16</sup> Id. art. 7, 10.

<sup>17</sup> Id. art. 7.

<sup>18</sup> Id. art. 8.

<sup>19</sup> Id. art. 7(5).

<sup>20</sup> Id. art. 9.

<sup>21</sup> Id.

<sup>22</sup> Id. art. 7(2)(b).

<sup>23</sup> 499 U.S. 340 (1991).

<sup>24</sup> V. par exemple H.R. 3531 of 1996, Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act; H.R. 2652 of 1997, Collections of Information Antipiracy Act; H.R. 354 of 1999, Collections of Information Antipiracy

ont duré approximativement huit ans, mais aucun des projets de loi ne fut adopté. En conséquence, les producteurs de base de données américains, s'appuient principalement sur le contrat pour protéger le contenu de leurs bases de données.<sup>25</sup>

## 2. Analyse économique de l'investissement dans la création des bases de données

Les bases de données sont des biens informationnels. Traditionnellement, elles ont été classifiées comme des œuvres littéraires et protégées dans beaucoup de pays par le droit d'auteur. En fonction du pays, seulement la structure ou le contenu sont protégés par le droit d'auteur. Ainsi, l'analyse économique du droit d'auteur peut s'appliquer, avec quelques ajustements, aux bases de données. On ne répétera pas l'analyse faite dans l'introduction au numéro de ce journal qui passe en revue l'analyse économique de base des biens informationnels.<sup>26</sup> Toutefois la section 2.1. extrapolera brièvement cette analyse au droit d'auteur. La section 2.2. adapte ensuite cette analyse économique du droit d'auteur à l'investissement dans la création des bases de données.

### 2.1. L'analyse économique du droit d'auteur

Dans leur article-clé sur l'analyse économique du droit d'auteur, Landes et Posner utilisent l'analyse économique générale du droit de propriété intellectuelle pour examiner le droit d'auteur et tentent de déterminer son étendue optimale.<sup>44</sup> Même si Landes et Posner n'expliquent pas l'effet d'un contrat annulant les limites au droit d'auteur, ils expliquent pourquoi ces limites font du sens économiquement et quels effets se produisent quand ces limites n'existent pas.<sup>45</sup> Landes et Posner expliquent pourquoi, sans les limites au droit d'auteur, le bien-être social diminue.<sup>46</sup> Les conclusions de leur analyse peuvent être résumées comme suit.

La première limite est la non protection des idées.<sup>47</sup> Le monopole sur les idées crée une perte de bien-être.<sup>48</sup> Si chaque nouvel auteur doit trouver une idée originale par lui-même parce qu'il ne peut pas utiliser les idées des autres, il prend plus de temps et plus d'effort pour créer son œuvre ; dès lors le nombre d'œuvres est réduit<sup>49</sup> et le bien-être social diminue.<sup>50</sup> Ainsi il est économiquement efficace de protéger seulement l'expression des idées.

---

Act; H.R. 1858 of 1999, Consumer and Investor Access to Information Act; H.R. 3261 of 2003, Database and Collections of Information Misappropriation Act; H.R. 3872 of 2004, Consumer Access to Information Act. Tous ces projets de lois sont disponibles sur <http://thomas.loc.gov/>

<sup>25</sup> Les producteurs de bases de données utilisent aussi des mesures d'aide qu'ils implémentent eux-mêmes comme des mesures techniques de protection pour empêcher l'accès à ou la copie de bases de données. La protection contre la concurrence déloyale est aussi une option pour punir les copieurs mais elle est restreinte aux bases dont les données sont sensibles dans le temps et est donc seulement efficace pour celles-ci. De plus, ce droit n'est pas très fiable car il existe seulement dans quelques états et il est hautement probable qu'il soit préempté (la Cour Suprême ne s'est pas encore prononcée sur le sujet).

<sup>26</sup> Je choisis de suivre la Chicago School of Economics. Pour une explication, voir Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright - divergences et convergences*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1993, p. 192.

<sup>44</sup> William Landes & Richard Posner, "An economic analysis of copyright law" [1989] 18 J.Leg. Stud. 325.

<sup>45</sup> Landes & Posner, supra note 44, p. 347-361.

<sup>46</sup> Id.

<sup>47</sup> Id. p. 347.

<sup>48</sup> Id. p. 348.

<sup>49</sup> Id. ; v. aussi Ejan Mackaay, *An economic view of information law*, in Willem Korthals Altes, Egbert Dommering, P. Bernt Hugenholtz & Jan Kabel (eds), *Information Law Towards the 21<sup>st</sup> century*, Kluwer 1992, p. 56-57; Van Den Bergh, supra note 27, p. 26-27 ("the higher the degree of protection, the higher the cost of new works. Above a certain point copyright can become counterproductive, because of this increased cost. By copyrighting only the expression and not the underlying idea, the above-mentioned problem can be contained").

Les exceptions à l'étendue du droit d'auteur sont une seconde limite au droit d'auteur.<sup>51</sup> En général, si on interdit tout emprunt de l'expression d'une œuvre complètement, le nombre d'œuvres diminue.<sup>52</sup> Donc, certains emprunts ou utilisations de l'expression sont économiquement efficaces. Par exemple, les recensions de livres qui citent quelques brefs passages d'une œuvre peuvent être admis.<sup>53</sup> Même si les éditeurs étaient dans une meilleure position s'ils pouvaient agir contre des comptes-rendus défavorables, cela serait au détriment des lecteurs.<sup>54</sup> Landes et Posner distinguent aussi entre les utilisations productives et reproductives.<sup>55</sup> D'une part, une utilisation productive diminue les coûts d'expression et ainsi réduit le coût de création de nouvelles œuvres, augmentant par la même le nombre des œuvres.<sup>56</sup> D'autre part, une utilisation reproductrice réduit la demande pour l'œuvre protégée, « augmentant le nombre de copies de l'œuvre donnée, réduisant les profits bruts de l'auteur et réduisant l'encouragement à créer des œuvres. »<sup>57</sup> Par exemple, si une parodie réduit la demande pour l'œuvre originale, elle devrait être contrefaisante et non pas être une utilisation loyale.<sup>58</sup> Même s'il n'est pas certain que la loi a trouvé l'équilibre juste, au moins elle reconnaît le problème, puisque les idées ne sont pas protégeables juridiquement et la similarité « substantielle » plutôt que « simple » est requise pour qu'une contrefaçon soit prononcée.<sup>59</sup>

Une troisième limite à l'étendue du droit d'auteur est sa durée.<sup>60</sup> La raison économique pour la limitation de la durée du droit d'auteur est de réduire d'un côté le profit de monopole et de l'autre les coûts de recherche.<sup>61</sup> Comme Landes et Posner l'observent, « plus longue est la durée, plus le nombre d'œuvres qui sont dans le domaine public est réduit et ainsi plus les coûts d'expression sont grands. »<sup>62</sup> En conséquence, moins d'œuvres sont produites. De nouveau le bien-être social n'est pas promu.

A la fin de l'analyse de Landes et Posner, il est clair que seulement les expressions (et pas les idées) devraient être protégées, que seulement les utilisations productives devraient être

---

<sup>50</sup> Landes et Posner pensent que ceci, plutôt qu'une augmentation du prix, est ce qui se produit ; dans les monopoles traditionnels, les deux effets (réduction du nombre de biens et augmentation du prix) se produisent (p. 348). Ils notent que dans un modèle plus complexe, le prix des œuvres augmenterait si les idées étaient protégées.

<sup>51</sup> Id. p. 357-360.

<sup>52</sup> Id. p. 360.

<sup>53</sup> Id. p. 358-359.

<sup>54</sup> Id. p. 359.

<sup>55</sup> Id. p. 360.

<sup>56</sup> Id. Les coûts d'expression peuvent être mis en contraste avec les coûts de production. Le premier inclut le coût de création de l'œuvre (le temps et l'effort de l'auteur) « plus le coût de l'éditeur pour éditer le manuscrit et le mettre en forme type. » Id., p. 327. Les coûts de production sont les coûts d'impression, de reliure et de distribution des copies individuelles. Id.

<sup>57</sup> Id., p. 360.

<sup>58</sup> Id.

<sup>59</sup> Id., p. 361.

<sup>60</sup> Id.

<sup>61</sup> Id.

<sup>62</sup> Id., p. 362. Dans un article plus récent, Landes et Posner ont changé d'avis et proposent une durée initialement limitée qui peut être renouvelée indéfiniment par le paiement d'un droit d'enregistrement initial et ensuite par des paiements renouvelés. William Landes & Richard Posner, "Indefinitely Renewable Copyright" [2003] 70 U. Chi. L. Rev. 471. Pour de multiples raisons (et les auteurs l'admettent eux-mêmes), cet article plus récent est argumenté d'une manière bien moins solide et le modèle y discuté est moins efficace économiquement que « An economic analysis of copyright law ». L'objet de cet article n'est pas de critiquer les positions plus récentes de ces auteurs. Il suffit de dire que je préfère leur raisonnement initial sur la durée du droit d'auteur et que je l'adopte ici.

permises et que même si l'on ne sait pas quelle est la durée exacte du droit d'auteur, elle ne devrait pas être trop longue et doit être limitée.<sup>63</sup> Quelles sont les utilisations productives permises dans l'analyse économique du droit d'auteur ? Les utilisations productives incluent la citation (courte) et jusqu'à un certain degré, la critique, comme il est démontré dans l'exemple de Landes et Posner concernant les recensions.<sup>64</sup> De telles exceptions en droit d'auteur sont efficaces économiquement. De la même manière, certaines parodies devraient être permises.<sup>65</sup> De manière incidente, ces trois utilisations permettent la liberté d'expression. Quelles sont alors les utilisations reproductives ? On peut citer les caricatures (parce qu'elles reproduisent l'œuvre et diminuent le nombre d'œuvres originales créées), les copies pour les comptes-rendus d'actualité et les utilisations éducationnelles et privées.<sup>66</sup> Dans ces cas, soit le titulaire du droit d'auteur peut refuser l'utilisation, soit il peut faire payer l'utilisateur pour cette utilisation.<sup>67</sup> Cette conclusion est aussi économiquement rationnelle.

Cependant, cette conclusion ne prend pas totalement en considération plusieurs intérêts supérieurs qui existent dans une société démocratique devant lesquelles le droit du créateur doit céder. Les comptes-rendus d'actualité, les utilisations éducationnelles et la copie privée peuvent être considérés comme des utilisations reproductives et donc selon une analyse économique pure doivent rester des utilisations contrefaisantes. Cependant, pour respecter la liberté d'expression (qui inclut le droit de communiquer et de recevoir de l'information<sup>68</sup>) et le droit à la vie privée<sup>69</sup> qui tous les deux sont sous-jacents à ces limites<sup>70</sup> et sont constitutionnellement reconnus en Europe et aux Etats-Unis, ces utilisations devraient être permises. Sinon le droit d'auteur ou le droit *sui generis* est simplement illégal, puisqu'il ne respecte pas les droits de l'homme. La dimension des droits de l'homme complète donc l'analyse économique. Les droits de l'homme sont aussi importants que l'analyse économique normative, qui assure une distribution efficace des ressources. La même analyse peut être faite et la même solution envisagée pour d'autres intérêts importants qui méritent d'être protégés

---

<sup>63</sup> Landes et Posner, supra note 44, p. 347-363.

<sup>64</sup> Id., p. 358-59.

<sup>65</sup> Id., p. 360.

<sup>66</sup> Selon une analyse des exceptions basée sur le coût des transactions élevés et sur une défaillance du marché, la copie privée devrait être permise. Id., p. 357. Cependant, ces utilisations peuvent parfois être payées selon un plan de licences et ceci peut être économiquement efficace. Id., p. 358. En outre, une fois que les coûts de transactions et la défaillance de marché disparaissent, ces utilisations deviennent commercialisables et, parce qu'elles sont reproductives, ces utilisations devraient être achetées. Id., p. 357-358.

<sup>67</sup> Id., p. 353-354. Par exemple, une caricature est une œuvre dérivée et le titulaire de l'œuvre sous-jacente a un droit exclusif sur de telles œuvres dérivées. Id., p. 3560.

<sup>68</sup> Article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ("CEDH") de 1950 et Premier Amendement de la Constitution américaine ("Congress shall make no law... abridging the freedom of speech"). En Europe, La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu le droit dans les affaires *Leander v. Sweden* [1987] 9 EHRR 433, paragraphe 74; *Gaskin v. United Kingdom* [1989] 12 EHRR 36, at paragraphe 52 (l'accès par un individu à l'information détenue par l'état pour comprendre son enfance a été permis mais sur base de l'article 8 CEDH) et *Guerra and Others v. Italy* [1998] 26 EHRR 357. Aux Etats-Unis, le droit à l'information a été reconnu dans différentes affaires v. par exemple *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943); *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 390 (1969); *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 564 (1969) (la Constitution protège le droit de recevoir de l'information et des idées).

<sup>69</sup> CEDH, supra note 68, art. 8. Aux Etats-unis, le droit à la vie privée est protégé par le droit de la responsabilité délictuelle et est un droit constitutionnel. V. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 598-9 n. 23 (1977).

<sup>70</sup> Très certainement les exceptions pour les comptes-rendus d'actualité et de critique et de revue sont basées sur la promotion de la libre circulation de l'information. V. Fiona Macmillan Patfield, "Towards a reconciliation of free speech and copyright", in Eric Barendt, Stephen Bate, Julian Dickens & Thomas Gibbons (eds), *Yearbook of media and entertainment law*, 1996, p. 213 citing Sam Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, Kluwer 1987, p. 501. Le droit à la copie privée est basé sur le droit à la vie privée.

dans une société démocratique, comme la dissémination du savoir et la facilitation de l'accès public à l'information et à la culture.<sup>71</sup> Certaines utilisations productives qui embrassent ces intérêts sont permises dans la législation sur le droit d'auteur (par exemple les utilisations par les bibliothèques, les archives, musées, personnes souffrant d'un handicap ainsi que les utilisations pour les besoins de la justice et de l'état) mais elles pourraient être vues comme inefficaces dans une analyse économique du droit d'auteur.<sup>72</sup> Toutefois, de telles utilisations reproductives doivent être permises pour respecter ces intérêts supérieurs parce que ces utilisations ont pour but de disséminer le savoir.<sup>73</sup> Comme certains l'ont mentionné : « les œuvres ne sont pas seulement des biens dont la création et la circulation doivent être facilitées par le droit, mais aussi des éléments du discours d'une société collective et de la constitution d'un espace public. La dissémination des œuvres et la richesse collective qu'elle génère ne sont pas réduites aux seules transactions visibles sur le marché ». <sup>74</sup> La création des œuvres permet aux personnes de bénéficier de celles-ci sans toujours contracter avec l'auteur. Certains auteurs américains incluent maintenant des considérations d'éthique et de justice à l'intérieur de l'analyse économique du droit qui est parfois vue comme trop rigide.<sup>75</sup>

L'intrusion des droits de l'homme et des intérêts supérieurs ne veut cependant pas dire que les reproductions doivent toujours être gratuites, sans compensation pour le titulaire du droit. En fait, l'analyse économique voudrait sûrement que de telles utilisations soient sujettes à compensation si elles ne peuvent pas être restreintes par le titulaire de droit. Plusieurs manières existent pour respecter la liberté d'expression, la vie privée et d'autres intérêts supérieurs. Par exemple, les législateurs peuvent prévoir une licence obligatoire ou une licence légale. Dans le premier cas, l'utilisateur n'a pas le droit d'utiliser l'œuvre sans l'autorisation préalable du titulaire du droit d'auteur, qui est obligé de contracter avec l'utilisateur (parce qu'il a un devoir d'octroyer une licence aux utilisateurs qui en demandent une) et le prix est déterminé à travers des négociations.<sup>76</sup> Si ces négociations n'aboutissent pas, un tiers résout le problème. Dans le schéma d'une licence légale, l'utilisateur est libre d'utiliser l'œuvre sans autorisation pourvu qu'il paie un prix généralement prédéterminé dans la loi (par exemple une redevance sur des supports d'enregistrement ou des connexions Internet pour la copie privée).<sup>77</sup> La question est de savoir si de telles utilisations doivent être permises à un prix ou gratuitement. Cette question est en dehors du champ de cet article. Celui-ci concerne seulement la question de savoir si les limites à la protection des bases des données peuvent être outrepassées par contrat.

### **2.3. Analyse économique de l'investissement dans la création des bases de données**

D'un point de vue économique, l'investissement dans la création des bases de données est largement similaire à la création des œuvres protégées par le droit d'auteur. Si quelqu'un crée

---

<sup>71</sup> V. Thomas Vinje, "Copyright Imperilled" [1999] EIPR p. 193; Mireille Buydens & Séverine Dusollier, "Les exceptions au droit d'auteur: évolutions dangereuses" [2001] Communication Commerce Electronique, p. 13

<sup>72</sup> V. Vinje, supra note 71, p. 192-193.

<sup>73</sup> V. id., p. 193.

<sup>74</sup> Séverine Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres*, Larcier: Bruxelles, 2005, p. 282.

<sup>75</sup> V. Yochai Benkler, "The law and economics of intellectual property rights: an unhurried view of private ordering in information transactions" [2000] 53 Vand. L. Rev. 2063; James Boyle "Cruel, mean or lavish? Economic analysis, price discrimination and digital intellectual property" [2000] 53 Vand. L. Rev. 2007; Julie Cohen "Lochner in Cyberspace" [1998] 97 Mich. L.Rev. 462; Neil Netanel "Copyright and a democratic civil society" [1996] 106 Yale L.J. 283.

<sup>76</sup> Guibault, supra note 9, p. 25.

<sup>77</sup> Id., p. 22-23.



une base de données qui implique un coût (investissement), cette personne doit être protégée contre la copie du contenu de la base (information). Sinon, parce que le contenu de la base de données (information) est un bien public, une sous-production des bases de données en résultera. Ainsi l'analyse économique du droit d'auteur peut être appliquée à l'investissement dans la création des bases de données. Premièrement, pour obtenir une protection, il doit y avoir un investissement. Si la production de bases de données ne génère pas de coût, il n'y a rien à protéger. Comme avec le droit d'auteur, l'utilisation productive des données constituant la base doit être permise tandis que les utilisations reproductives devraient être interdites,<sup>78</sup> exceptées celles qui protègent la liberté d'expression, la vie privée et d'autres intérêts supérieurs (par exemple : la copie privée, l'utilisation éducationnelle, l'utilisation par des bibliothèques, des archives, des musées, des personnes souffrant d'un handicap et des utilisations pour des besoins de justice et de l'état). Finalement, pour éviter les effets négatifs des monopoles, la protection doit être limitée dans le temps. Par ailleurs, après une certaine période de temps, l'investissement est normalement récupéré, il n'y a pas de raison de continuer de protéger le résultat de l'investissement (qui se reflète dans le contenu de la base de données). On n'encourage dès lors plus l'investissement mais on promeut plutôt le « rent-seeking ».<sup>79</sup>

Le droit *sui generis* présente cependant des différences majeures avec le droit d'auteur, et cela dépend du type de bases de données protégées. Examinons tout d'abord le droit d'auteur. Le droit d'auteur protège uniquement l'expression originale. Par définition, l'expression originale est unique parce qu'elle est créée par l'homme. Chaque roman, œuvre musicale, film ou autre œuvre a son expression originale unique. Il est extrêmement difficile, si pas impossible, pour quelqu'un d'autre d'inventer la même chanson ou histoire indépendamment. En d'autres termes, il sera très difficile pour un second créateur dont l'œuvre est identique ou très similaire à l'œuvre créée précédemment, de prouver qu'il a créé son œuvre indépendamment si l'œuvre initiale a été accessible au public préalablement. Ainsi chaque titulaire de droit d'auteur obtient un monopole économique sur sa création puisque chaque expression originale est, par définition, créée par l'homme et non pré-existante.<sup>80</sup> Avec ce monopole, un titulaire de droit d'auteur peut empêcher les autres de copier son expression originale mais pas les idées ni les expressions non originales sous-jacentes à son œuvre. Ce monopole n'est pas très puissant puisqu'il ne protège pas les idées, les informations, les faits ou les expressions non originales. Malgré ces limites, le monopole du droit d'auteur existe et peut entraîner des abus. De tels abus potentiels doivent dès lors être empêchés. Des solutions ont été proposées par L. Guibault, et j'en considérerai quelques-unes plus tard.<sup>81</sup>

Comment la protection de l'investissement dans la création d'une base de données diffère-t-elle du droit d'auteur ? Comme il a été mentionné ci-dessus, le droit d'auteur crée seulement une situation : le monopole économique. Avec le droit *sui generis*, deux situations différentes résultant de deux types de bases de données différentes peuvent être distinguées : les bases de données de source multiple et les bases de données de source unique. Examinons d'abord les bases de données de source multiple. Une base de données de source multiple est une base de données qui est constituée de données préexistantes qui sont dans le domaine public et que le

---

<sup>78</sup> Cf. la discussion supra section 3.2. Ceci inclurait l'utilisation des données pour des besoins de critique ou de parodie et l'utilisation de parties non-substantielles pour des motifs de citation.

<sup>79</sup> Le *rent-seeking* est « la recherche excessive par certains agents économiques de profits liés au monopole des (rentes économiques) ». V. Van den Bergh, supra note 27, p. 26.

<sup>80</sup> Bien sur, le monopole légal octroyé par le droit d'auteur facilite la réalisation de ce monopole économique.

<sup>81</sup> V. infra, section 4.2.b.

producteur de base de données collecte. Le producteur de base de données n'a pas de monopole économique. Quiconque peut constituer exactement la même base de données indépendamment en collectant les mêmes éléments dans le domaine public et il sera aisé pour le second producteur de bases de données de prouver qu'il a investi dans la création de sa base des données sans copier ; le deuxième producteur de bases de données doit seulement conserver des preuves de ses investissements dans la collecte, la vérification et/ou la présentation des données. Dans ce cas, la situation est donc totalement différente de la situation en droit d'auteur, et le raisonnement ainsi que les solutions trouvées en droit d'auteur ne peuvent pas s'appliquer dans leur entièreté. Dans l'analyse de Landes et Posner, les idées ne doivent pas être monopolisées parce qu'une telle monopolisation diminue le bien-être social.<sup>82</sup> Même s'ils ne font pas le même raisonnement pour l'information pure ou les faits, on peut extrapoler, par analogie et de manière sûre, qu'octroyer un monopole sur l'information et les faits diminue aussi le bien-être social. Dans le cas de la protection *sui generis* des bases de données de source multiple, cependant, la protection par la propriété intellectuelle ne confère pas un monopole sur l'information et sur les faits. Donc, il n'y a pas de problème de diminution du bien-être social. La protection devrait être octroyée au producteur de bases de données de source multiple aux mêmes conditions que pour le droit d'auteur.

La situation diffère sensiblement pour les bases de données de source unique. Dans ce cas, la base de données est constituée de données synthétiques (créées). Ces données ne sont pas préexistantes, elles sont produites par le producteur de bases de données lui-même. L'information de source unique, comme les idées, existe en un exemplaire unique : si quelqu'un crée une information, elle est unique, comme quand une idée nouvelle est créée par un individu. Dans ce cas, le producteur de bases de données a un monopole économique de fait sur l'information contenue dans sa base. Comme l'octroi d'un monopole sur l'information ou les faits diminue le bien-être social, un droit de propriété intellectuelle dans des informations prises en tant que telles, ne devrait pas être octroyé. Mais considérons cependant une collection de plusieurs informations individuelles. Il y a une tension entre la défaillance de marché et la perte de bien-être social. Dans certains cas, il peut être important d'octroyer un droit sur une base de données pour une courte période et à des conditions strictes pour induire la production d'informations. Une telle protection semble nécessaire pour induire la production de collection d'informations. Le droit de propriété intellectuelle (le monopole légal ou le droit exclusif) peut être conféré s'il y a eu un investissement dans la création de la base de données, mais il peut être régulé strictement s'il crée un monopole économique *de facto*. L'accès à l'information ne doit pas être empêché ; donc, les refus d'octroyer l'accès ou l'accès à des conditions abusives ou à des prix abusifs, doivent être interdits. Avec les résultats de cette analyse en tête, nous pouvons examiner si et à quelles conditions les producteurs de bases de données peuvent protéger le contenu de leurs bases de données par contrat au-delà de la protection juridique octroyée par le droit *sui generis* sur les bases de données.

### **3. L'Union Européenne**

#### **3.1. La protection contractuelle des bases de données protégées par le droit *sui generis***

L'article 13 de la directive bases de données prévoit que le titulaire du droit *sui generis* sur une base de données peut également protéger sa base de données par contrat.<sup>83</sup> Cependant, la

---

<sup>82</sup> Landes & Posner, *supra* note 44, p. 348.

<sup>83</sup> Directive bases de données, *supra* note 11, art. 13.

directive base de données ne donne pas plus de détails.<sup>84</sup> La question est de savoir si le producteur de bases de données peut obtenir plus de protection par contrat que la protection octroyée par le droit *sui generis*. Les parties à un contrat ont une liberté complète en ce qui concerne le contenu de leur contrat<sup>85</sup> aussi longtemps que le contrat n'est pas abusif et ne viole pas le droit de la concurrence, le droit sur les conditions contractuelles abusives ou le droit constitutionnel.<sup>86</sup> Donc, pourvu qu'un producteur de bases de données remplisse ces conditions, il peut pour obtenir plus de protection que le droit *sui generis* ne lui donne, restreindre ou éliminer les limites de cette protection c'est-à-dire allonger la durée de protection ou restreindre ou éliminer l'extraction ou la réutilisation libre de parties non-substantielles, le principe de l'épuisement, et tout ou partie des exceptions. Les producteurs de base de données peuvent accomplir ceci par contrat d'adhésion ou par un contrat négocié.<sup>87</sup> Cependant, l'analyse ne se termine pas ici. Quand un contrat est négocié, les parties ont un pouvoir de négociation égale et elles acceptent généralement des restrictions à leur droit seulement si elles reçoivent une avantageuse contrepartie.<sup>88</sup> Le cas des contrats d'adhésion est différent. D'abord, de tels contrats sont généralement écrits d'une manière unilatérale par les producteurs et destinés à une partie plus faible, tel que le consommateur final d'un produit.<sup>89</sup> Ce sont des contrats « à prendre ou à laisser » dans le sens que le consommateur n'a pas de choix, il doit accepter les conditions du contrat en bloc ou alors ne pas contracter.<sup>90</sup> De plus, de tels contrats contiennent souvent des clauses qui lient les utilisateurs postérieurs du produit, et non seulement l'acquéreur original.<sup>91</sup> C'est ainsi, que les droits créés par ces contrats sont extrêmement similaires si pas identiques à des droits *erga omnes* et que l'on peut les considérer comme de la législation privée.<sup>92</sup> Les produits intellectuels, peu importe si un droit de propriété intellectuelle les protège, sont vendus de cette manière de plus en plus souvent. De tels contrats apparaissent souvent dans des licences sous plastique pour des produits « off-line », et « click-wrap » ou « click-through » pour des produits online. Non seulement de tels contrats sont très répandus mais ils sont souvent similaires, restreignant

---

<sup>84</sup> L'article 13 dispose dans son entièreté : « Maintien d'autres dispositions : La présente directive n'affecte pas les dispositions concernant notamment le droit d'auteur, les droits voisins ou d'autres droits ou obligations subsistant dans les données, les oeuvres ou les autres éléments incorporés dans une base de données, les brevets, les marques, les dessins et modèles, la protection des trésors nationaux, le droit des ententes et de la concurrence déloyale, le secret des affaires, la sécurité, la confidentialité, la protection des données personnelles et le respect de la vie privée, l'accès aux documents publics ou *le droit des contrats*. » (nous soulignons).

<sup>85</sup> Guibault, supra note 9, p. 114 (expliquant ce principe).

<sup>86</sup> Id., p. 194-196.

<sup>87</sup> Id., p. 112-120.

<sup>88</sup> Id., p. 198-199.

<sup>89</sup> Id., p. 120.

<sup>90</sup> Id.

<sup>91</sup> Niva Elkin-Koren, "Copyright policy and the limits of freedom of contract" [1997] 12 Berk. Tech. L.J., p. 103-104.

<sup>92</sup> V. id. ("In fact, a contract may be formed whenever the potential licensee acts in a way defined as an acceptance by the offeror (the master of the offer). If that method of acceptance is defined by ProCD to be the use of the software, then any stranger who finds the CD-ROM in the street and uses it would become a party to the license agreement. In other words, if the standard of assent necessary to form contractual relationships is minimal, then no unlicensed access to works will be possible. The outcome will be very similar to the effect of a right *in rem*."); Mark Lemley, "Intellectual property and shrinkwrap licences" [1995] 68 Southern Cal. L.R. p. 1239 (référéncé ci-dessous comme "Lemley, *IP and shrink-wrap licences*"); Mark Lemley, "Shrinkwrap in cyberspace" [1995] 35 Jurimetrics Journal, p. 320 (référéncé ci-dessous comme "Lemley, *Shrinkwraps in cyberspace*"); Jane Ginsburg, "Copyright, Common Law, and Sui Generis Protection of Databases in The United States and Abroad" [1997] 66 U. Cin. L. Rev., p. 167; Dennis Karjala, "Federal Preemption of Shrinkwrap and On-Line Licenses" [1997] 22 U. Dayton L. Rev., p. 540; David Nimmer, Elliot Brown & Gary Frischling, "The metamorphosis of contract into expand" [1999] 87 Cal.L.R. 1, p. 60; Garry Founds, "Shrinkwrap and clickwrap agreements: 2B or not 2B?" [2000] 52 Federal Communications Law Journal, p. 115.

donc par là même le choix potentiel du consommateur.<sup>93</sup> Donc de tels contrats peuvent être considérés comme aussi efficaces que des droits de propriété intellectuelle et même plus s'ils outrepassent les limites des droits de propriété intellectuelle. Par conséquent, une distinction doit être faite entre les contrats traditionnels et les contrats d'adhésion. L'article 15 de la directive base de données examine partiellement si les titulaires de droit *sui generis* peuvent utiliser les contrats pour obtenir une protection au-dessus de l'étendue du droit.<sup>94</sup> L'article 15 dispose que « [t]oute disposition contractuelle contraire à l'article 6 paragraphe 1 et à l'article 8 est nulle et non avenue. »<sup>95</sup>

L'article 15 rend donc impératif l'article 8 lequel prévoit le droit des utilisateurs légitimes d'extraire et de réutiliser des parties non-substantielles d'une base de données rendue disponible publiquement.<sup>96</sup> Cela veut dire que le producteur de base de données ne peut pas outrepasser l'article 8 par contrat, peu importe le type de contrat. En d'autres mots, le producteur de bases de données ne peut pas empêcher un utilisateur légitime d'extraire ou de réutiliser des parties non-substantielles de la base. Seulement quand l'utilisateur légitime extrait ou réutilise des parties non-substantielles qui collectivement constituent une partie substantielle ou l'entièreté de la base de données, le producteur de base de données peut exercer son droit. En résumé, l'article 15 rend absolument impossible pour le producteur de tout type de bases de données d'empêcher au moins les utilisateurs légitimes d'extraire ou de réutiliser des parties non-substantielles de la base aussi longtemps que la somme de parties non-substantielles (si plusieurs sont extraites ou réutilisées) ne constitue pas une partie substantielle. Il semblerait que cette question alors soit celle de savoir si cette disposition juridique est économiquement efficace. Cette question est abordée plus loin tant pour les bases de données de source multiple que de source unique.<sup>97</sup> On peut considérer cependant que l'article 15 permet implicitement aux producteurs de bases de données de passer outre les exceptions optionnelles et les autres limites (l'épuisement et la durée) par contrat comme ni l'article 15 ni un autre article de la directive bases de données ne rend ces exceptions ou ces limites impératives. Donc, la question est de savoir si ceci surprotège l'investissement du producteur de bases de données en créant sa base. Puisque la situation économique est différente pour les bases de données de source multiple ou de source unique, cette question est abordée pour celles-ci séparément.<sup>98</sup>

### **a. Bases de données de source multiple**

Si la base de données est de source multiple, par définition les données qui y sont contenues sont dans le domaine public et n'importe qui peut faire une base de données à partir de ces données de manière indépendante.<sup>99</sup> Le premier producteur de base de données qui fait une telle base de données subira une concurrence potentielle. Sachant qu'il peut subir cette concurrence, le producteur de la base de données n'inclura pas des conditions dans ses contrats qui restreignent indûment l'accès aux données. De manière similaire, le producteur de base de données ne demandera pas un prix au-dessus du coût de son investissement et d'un profit raisonnable, qui correspond au même investissement et profit que tout un chacun a besoin de faire pour mettre sur un marché la même base de données. Une approche différente

---

<sup>93</sup> Lemley, *Shrinkwraps in cyberspace*, supra note 92, p. 319.

<sup>94</sup> Directive bases de données, supra note 11, art. 15.

<sup>95</sup> Id.

<sup>96</sup> Id., art. 8.

<sup>97</sup> V. infra, section 4.1.a-b.

<sup>98</sup> V. infra, section 4.2.a-b.

<sup>99</sup> Laura D'Andrea Tyson & Edward Sherry "Statutory protection for databases: economic and public policy issues" 23.10.1997, n. 4.1. (non publié, l'auteur détient une copie).

soumettra le producteur de base de données à l'entrée sur le marché et à la concurrence. C'est vrai que cela peut être un avantage et que cela peut donner du pouvoir de marché d'être le premier producteur de données sur un marché spécifique mais cela n'enlève pas le fait que « une menace crédible d'un nouvel concurrent sur le marché est une contrainte puissante sur la capacité pour les entreprises d'exercer leur pouvoir de marché. »<sup>100</sup> Par exemple, si le producteur de base de données prévoit dans son contrat que des parties substantielles de la base ne peuvent pas être réutilisées du tout, pour toujours, l'utilisateur ne contractera pas avec lui mais contractera avec un autre producteur de bases de données qui n'empêche pas l'utilisation de parties non-substantielles et empêche seulement la réutilisation de parties substantielles de la base pour la durée de 15 ans. S'il n'y a pas de concurrent, l'utilisateur potentiel de base de données cherchera les données dans le domaine public. De la même manière si le producteur de bases de données ne permet pas l'extraction d'une partie substantielle de la base pour des fins privées, l'utilisateur ira voir ailleurs. Ceci est vrai que l'utilisateur soit un professionnel ou un individuel privé ; les gens sont habitués à faire leur marché. Dans le cas des bases de données analogues, par exemple les dictionnaires, une série de bases de données similaires peut être trouvée au même endroit, par exemple dans une librairie, et il sera facile de comparer les prix et les conditions. Avec les bases de données en ligne, il sera facile pour l'utilisateur, de trouver le meilleur marché. Quelques sites Web se consacrent maintenant tout entièrement à des comparaisons de prix (et cela peut inclure la comparaison des conditions d'utilisation) entre les produits aidant ainsi les utilisateurs à décider ce qui est le mieux pour eux.<sup>101</sup>

Bien sûr, l'existence de la concurrence n'empêche pas l'utilisation de clauses restrictives. Si un utilisateur souhaite seulement utiliser le contenu de la base de données pour une fin spécifique et est d'accord, par exemple, de ne pas critiquer les données ou même de ne pas réutiliser des parties non-substantielles afin d'obtenir les données pour un prix moindre, cela ne pose pas de problème. Comme la concurrence existe cela laisse ouverte la possibilité pour les autres utilisateurs d'obtenir les données à un prix raisonnable avec la garantie que les limites du droit *sui generis* sont respectées. Du moment que le consommateur a le choix, la concurrence est préservée. Donc si la base de données n'est pas d'une source unique, la concurrence existe au moins potentiellement ; cela signifie que les utilisateurs peuvent avoir accès potentiellement à d'autres bases de données similaires ou identiques. S'il y a seulement une seule base de données sur le marché, on peut présumer que le prix et les conditions d'utilisation sont concurrentielles puisque le producteur de bases de données sait qu'il sera confronté à la concurrence s'il rend son prix et ses conditions déraisonnables pour les utilisateurs. Dans ce scénario, les prix devraient être bas et les conditions d'accès raisonnables. Ainsi, la protection contractuelle des bases de données de source multiple déjà protégées par le droit *sui generis* ne devrait pas surprotéger les bases de données. Ceci est vrai quelque soit le type de contrat (négocié ou d'adhésion) parce que le marché est concurrentiel. L'article 15 de la directive bases de données est efficace économiquement même s'il n'est pas nécessaire. Une disposition juridique qui empêche d'outrepasser les limites du droit *sui generis* n'est pas nécessaire puisque le marché est efficace par lui-même (c'est-à-dire qu'il n'y a pas de défaillance du marché et l'intervention étatique n'est pas nécessaire). Un utilisateur est libre d'accepter un contrat qui outrepassé quelques limites si l'utilisateur le souhaite. Dans ce cas, l'utilisateur généralement demandera un avantage (par exemple un prix moindre) en échange d'une telle restriction. Toutefois, l'article 15 rend ceci impossible pour les parties

---

<sup>100</sup> Id., n. 4.1.

<sup>101</sup> V. par exemple [www.froogle.google.co.uk](http://www.froogle.google.co.uk); [www.pricescan.com](http://www.pricescan.com); [www.pricerunner.co.uk](http://www.pricerunner.co.uk) (visités pour la dernière fois le 23.05.2006).

non-substantielles. Ceci n'est pas nécessaire et est même trop restrictif de la liberté contractuelle des parties.

Il reste néanmoins un problème de concurrence potentielle qui a besoin d'être examiné. Plusieurs producteurs de bases de données similaires peuvent parfois se mettre d'accord ensemble pour fixer les prix ou les conditions. Pour cette hypothèse il y a déjà un remède : l'article 81 du traité de la Communauté Européenne.<sup>102</sup> Cette disposition de droit de la concurrence interdit les accords et les pratiques concertées entre entreprises qui peuvent affecter le commerce entre les états membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher ou fausser la concurrence dans l'Union Européenne.<sup>103</sup> De tels accords et pratiques incluent la fixation des prix ou d'autres conditions commerciales.<sup>104</sup> L'article 81 rend de tels accords et pratiques automatiquement nuls.<sup>105</sup>

## **b. Bases de données de source unique**

Pour les bases de données de source unique, il y a un monopole tant juridique qu'économique. L'utilisateur n'a pas vraiment de choix : étant incapable d'obtenir l'information ailleurs, l'utilisateur doit négocier avec le seul producteur de données sur le marché et soit accepter le prix et les conditions soit ne pas avoir accès à l'information. Dans ce cas d'un tel monopole sur les données, la situation est en même temps similaire et dissimilaire à celle du droit d'auteur : similaire en ce qu'il existe un monopole économique, dissimilaire en ce que l'objet du monopole est différent. Le monopole du droit d'auteur existe sur l'expression originale, tandis que celui du droit *sui generis* existe sur l'information. Si une œuvre (un livre sur le droit d'auteur) est protégé par le droit d'auteur, le monopole juridique protège seulement l'expression originale et quiconque peut créer un autre livre sur le droit d'auteur en utilisant une expression originale différente. Un tel monopole n'est pas aussi puissant qu'un monopole sur l'information brute, comme celui que donne le droit *sui generis*. L'utilisateur qui trouve un livre sur le droit d'auteur trop cher pourra acheter un livre similaire à un prix moins élevé ; parce qu'il y a une certaine substituabilité entre les œuvres, il y a une certaine concurrence (concurrence monopolistique). Une telle substituabilité n'existe pas dans le cas d'une base de données de source unique protégée par le droit *sui generis*. Ainsi, la solution dans ce cas doit être au moins identique ou même plus radicale que celle en droit d'auteur.

Examinons chaque limite. En ce qui concerne la limite de la non protection des parties non-substantielles, l'impérativité de cette limite prévue par l'article 15 est économiquement efficace et dans ce cas tant utile que nécessaire. Ceci est vrai tant pour les contrats négociés que ceux d'adhésion, comme l'utilisateur n'a pas de choix dans les deux cas, et cela étant dû au monopole. Tout utilisateur qu'il soit un professionnel ou une partie privée, a un pouvoir de négociation faible puisque, par définition, il n'y a pas de concurrence sur le marché. Ainsi, tout contrat, en ce compris les contrats négociés, sera à prendre ou à laisser, privant potentiellement les utilisateurs de leurs droits prévus par le droit *sui generis*. En ce qui concerne les exceptions au droit *sui generis*, l'analyse de L. Guibault sur le fait d'outrepasser contractuellement les exceptions au droit exclusif du titulaire de droit d'auteur est utile.<sup>106</sup> L'analyse développée dans sa thèse montre que ni le droit d'auteur lui-même, ni les autres droits externes qui peuvent le réguler (par exemple le droit civil (l'abus de droit), le droit de la

---

<sup>102</sup> Traité établissant la Communauté Européenne, 10.11.1997, O.J., C 340/3, disponible sur [http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/C\\_2002325EN.003301.html](http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/C_2002325EN.003301.html)

<sup>103</sup> Id.

<sup>104</sup> Id.

<sup>105</sup> Id.

<sup>106</sup> Guibault, supra note 9.

protection des consommateurs, le droit de la concurrence et le droit constitutionnel) ne prévoient un moyen adéquat pour s'assurer que le titulaire de droit d'auteur qui outrepassé les limites du droit d'auteur doit respecter les buts du droit d'auteur.<sup>107</sup> Même si le droit *sui generis* est trop récent pour être envisagé par ces droits, cette conclusion peut être tirée de la même manière et *a fortiori* pour le droit *sui generis*. L. Guibault explique que les contrats qui restreignent les limites du droit d'auteur, perturbent la balance faite par chaque régime de droit d'auteur entre les droits des utilisateurs et des créateurs.<sup>108</sup> Ceci s'applique pour le droit *sui generis* également. L. Guibault distingue ensuite entre les contrats d'adhésion et les contrats négociés qui restreignent les exceptions en droit d'auteur.<sup>109</sup> Comme il a été expliqué ci-dessus, parce qu'il n'y a pas de concurrence dans le cas d'un monopole sur l'information, cette distinction n'est pas valide ; tous les contrats étant à prendre ou à laisser. Ainsi, l'analyse de L. Guibault concernant seulement les contrats d'adhésion est applicable ici.

L. Guibault propose deux solutions au problème des contrats d'adhésion restrictifs. Une solution est de rendre impérative les limites les plus importantes au droit d'auteur, c'est-à-dire celles qui préservent la libre concurrence et la liberté d'expression des utilisateurs.<sup>110</sup> Ces limites incluent le droit de faire des reproductions à des fins de critique, de revue, de recherche et de parodie.<sup>111</sup> Une autre solution serait d'« étendre les réglementations concernant les conditions contractuelles abusives des droits des consommateurs pour couvrir les problèmes de droit d'auteur. »<sup>112</sup> Selon la seconde solution, les conditions d'un contrat type seraient présumées injustes ou abusives si elles s'éloignent de dispositions du droit d'auteur pertinent.<sup>113</sup> Cette seconde solution, cependant, semble moins certaine juridiquement parlant. Une disposition rendant certaines limites impératives comme la première solution préconisée par L. Guibault, est plus claire : dans chaque cas, la condition du contrat est illégale. Ainsi la sécurité juridique est augmentée et il n'y a pas besoin d'agir en justice ; un défendeur qui est sûr de perdre n'engagera pas d'action en justice. Si la seconde solution est suivie, cependant, des litiges peuvent être nécessaires, comme il reviendra toujours au juge de décider si la condition est effectivement injuste dans chaque cas. Cette solution pourrait être mieux adaptée au droit d'auteur qu'au droit *sui generis*. Dans le cas des bases de données de source unique protégées par le droit *sui generis*, on se trouve face à des monopoles sur l'information. De tels monopoles donnent bien plus de pouvoir qu'un monopole sur l'expression originale. Donc, la première solution (l'impérativité des limites) semble préférable.

Si on applique la première solution dégagée de L. Guibault aux conditions des contrats qui gouvernent l'utilisation des bases de données de source unique cela a pour conséquence de rendre l'exception à des fins de recherche et d'enseignement impérative. De plus, l'exception de copie à des fins privées devrait être aussi rendue impérative pour respecter le droit de l'homme à la vie privée. La troisième exception qui permet l'extraction et la réutilisation à des fins de sécurité publique ou d'une procédure administrative ou judiciaire, devrait aussi être rendue impérative parce qu'elle protège les intérêts supérieurs de l'état. Ceci a été fait dans un seul état membre de l'Union Européenne, la Belgique, et s'applique à toutes les bases de données (c'est-à-dire que la disposition ne distingue pas entre les bases de données de source

---

<sup>107</sup> Id., p. 302-303.

<sup>108</sup> Id., p. 194-196.

<sup>109</sup> Id., p. 198-213.

<sup>110</sup> Id., p. 304. Ce sont les deux seules exceptions que L. Guibault pense devoir être impératives.

<sup>111</sup> Id.

<sup>112</sup> Id.

<sup>113</sup> Id.

multiple et source unique).<sup>114</sup> De plus, la directive base de données devrait être révisée pour inclure des exceptions tant pour la critique que pour les revues ainsi que pour les comptes-rendus d'actualité pour respecter le droit de l'homme à la liberté d'expression. Pour s'assurer que ce droit est bien protégé, les exceptions devraient être rendues impératives dans le cas des bases de données de source unique. Cette impérativité veut dire que le producteur d'une base de données de source unique ne peut pas refuser l'accès à une partie substantielle des contenus de la base de données quand les exceptions s'appliquent mais cela ne veut pas dire que dans chaque cas les données doivent être disponibles gratuitement. L'exigence d'un prix est plus justifiée économiquement quand l'utilisation est reproductive que quand elle est productive. Parce que l'analyse économique ne peut pas encore fournir de réponse plus précise à cette question, ceci reste une question de choix pour le législateur.

L'analyse ci-dessus répond à la question en ce qui concerne les exceptions en droit *sui generis* quand le producteur de bases de données est un monopoleur. Parce que les commentateurs sur le droit d'auteur ont limité leurs analyses aux exceptions au droit des auteurs,<sup>115</sup> il n'y a pas jusqu'à présent d'examen détaillé en ce qui concerne les autres limites (l'épuisement et la durée). Nous sommes d'avis que l'analyse économique du droit d'auteur fournit une réponse à la question de savoir si ces autres limites au droit d'auteur, qui existent également dans le droit *sui generis*, peuvent être outrepassées. Cet argument basé sur l'analyse économique du droit d'auteur peut être appliqué par analogie au droit *sui generis*.

En ce qui concerne la durée, le producteur d'une base de données de source unique, protégé par le droit *sui generis*, ne devrait pas pouvoir étendre la durée de protection par contrat. Ce ne serait pas économiquement efficace. Ceci est vrai tant pour une extension limitée dans le temps (par exemple 50 ans au lieu de 15 ans) et une extension illimitée dans le temps (une protection perpétuelle). De plus, en droit d'auteur, on peut dire aussi que la durée est basée sur le droit à la liberté d'expression, et donc, on ne devrait pas pouvoir l'outrepasser. Ces raisons sont les mêmes que pour le droit *sui generis*. Dès lors, la limite de la durée de protection du droit *sui generis* devrait être rendue impérative dans le cas de bases de données de source unique.

Quid du principe de l'épuisement ? Landes et Posner n'ont pas analysé la question de l'épuisement. Cependant, on peut dire que la restriction ou l'élimination des transferts bloquerait le commerce et serait économiquement inefficace. La prévention de l'application du principe de l'épuisement à travers les contrats engendrerait un gel de l'activité économique. Si l'on ne pouvait plus transférer des copies, la liberté de commerce en serait profondément affectée. Cela signifierait la fin des magasins de seconde main, une interdiction d'offrir des cadeaux et dans certains cas, même la fin des transactions commerciales (pensez seulement au marché des peintures et des sculptures). En tout cas, il semble qu'il est illégal d'outrepasser ce principe de la propriété intellectuelle au moins de deux manières. Premièrement certaines juridictions nationales ont décidé qu'il était illégal de l'outrepasser. Par exemple, la Cour Suprême néerlandaise a décidé qu'une restriction qui empêche la redistribution d'une œuvre est en contradiction avec le principe de l'épuisement et est non efficace.<sup>9</sup> Des juridictions allemandes ont rendu des décisions similaires sur la base d'un

---

<sup>114</sup> Loi transposant en droit belge la directive bases de données, art. 11, Moniteur Belge, 11.11.1998, p. 36913.

<sup>115</sup> Guibault, supra note 9, p. 6 ; Buydens & Dusollier, supra note 71, p. 13 ; Vinje, supra note 71, p. 192-194.

<sup>116</sup> Hoge Raad, 25 January 1952, 1952 Nederlandse Jurisprudentie 95 (*De N.V. Drukkerij "de Spaarnestad" v. Leesinrichting 'Favoriet' – l'affaire Leesportefeuille*); Hoge Raad, 20 November 1987, 1988 Nederlandse Jurisprudentie, 280 (*Stemar v Free Record Shop – la couverture du CD contenait une notice qui interdisait aux acheteurs de le transférer à d'autres*). V. Guibault, supra note 9, p. 222-223.



principe plus élevé établi dans la Constitution fédérale.<sup>117</sup> Deuxièmement, il semble que des restrictions concernant le principe de l'épuisement de tout droit de propriété intellectuelle seraient contraires au principe de la libre circulation des biens et des services qui est établie aux articles 28 et 29 du Traité de la Communauté Européenne.<sup>118</sup>

En conclusion, le producteur d'une base de données de source unique ne devrait pas pouvoir étendre le champ de la protection du droit *sui generis* ni éliminer ou restreindre le principe de l'épuisement. Ces limites doivent être rendues impératives dans la législation et la directive bases de données devrait être révisée à cet effet.

### **3.2. La protection contractuelle des bases de données qui ne sont pas protégées par le droit *sui generis***

La deuxième question à laquelle cet article tente de répondre est de savoir s'il est économiquement efficace, et donc pas surprotecteur, qu'il soit permis à un producteur de bases de données de protéger contractuellement une base de données qui n'est pas protégée par le droit *sui generis*, soit parce qu'elle était protégée mais est maintenant tombée dans le domaine public, soit parce qu'elle ne remplit pas les conditions pour être protégée par le droit *sui generis*. La même distinction entre les bases de données de source multiple et de source unique doit être faite.

#### **a. Les bases de données de source multiple**

Un producteur de base de données protégeant une base de source multiple par tout type de contrat rencontrera la concurrence parce que ces données restent disponibles librement. La situation sera exactement la même pour les bases de données qui sont tombées dans le domaine public que celles qui ne sont pas protégées par le droit *sui generis*. La concurrence poussera les prix vers le bas et les conditions seront raisonnables. De nouveau, il pourrait y avoir des collusions entre producteurs de bases de données similaires pour fixer les prix ou les conditions, mais ceci est régulé par l'article 81 du Traité de la Communauté Européenne.<sup>119</sup> Il n'y aura donc pas de surprotection.

#### **b. Les bases de données de source unique**

Si une base de données de source unique était protégée mais est tombée dans le domaine public, elle est, par définition, disponible à quiconque et la situation est similaire à celle d'une base de données de source multiple décrite ci-dessus. Mais si une base de données de source unique ne peut pas être protégée par le droit *sui generis*, le producteur de base de données est un monopoleur. Deux situations peuvent être identifiées. Premièrement, une base de données peut avoir requis quelque investissement mais pas suffisamment pour générer la protection du

---

<sup>117</sup> Landgericht München, 9 juin 1983, 1985 GRUR 763, 1983. Plus tard, d'autres juridictions ont confirmé cette décision qui concernait une notice empêchant les gens de louer un phonogramme. Le tribunal de Première Instance a décidé que le titulaire de droit d'auteur ne pouvait pas empêcher la location d'une œuvre mise sur le marché par lui ou avec son consentement. Id., p.764. Selon l'art. 27(1) du droit d'auteur allemand, cependant, les titulaires du droit d'auteur ont le droit de recevoir une rémunération pour la location. La Cour Suprême Fédérale confirma que si un titulaire de droit d'auteur était capable d'empêcher la distribution subséquente de ses œuvres, cela entraverait la libre circulation des biens d'une manière inacceptable. Id. L'exposé des motifs de la loi allemande sur le droit d'auteur de 1965 prévoyait que le législateur n'avait pas l'intention de restreindre le droit de distribution. Le droit de distribution ne permet pas au titulaire de droit d'auteur de contrôler l'utilisation de son œuvre une fois qu'elle est mise légalement sur le marché. Id.

<sup>118</sup> Traité CE, supra note 102, art. 28-29.

<sup>119</sup> Id., art. 81.

droit *sui generis*. Cette situation sera rare même si elle n'est pas impossible, parce que le niveau requis d'investissement est assez bas.<sup>120</sup> Deuxièmement, la base de données peut n'avoir requis aucun investissement. C'est le cas pour la plupart des bases de données spin-off qui sont des sous-produits d'une activité principale. Des exemples bien connus de telles bases de données incluent des dates de match de football et de courses de chevaux, comme celles en cause dans les affaires *Fixtures Marketing* et *British Horseracing Board*.<sup>121</sup> D'autres exemples incluent des horaires de télévision, des calendriers d'évènements et des horaires de trains ou d'avions. Dans ces cas, une distinction doit être faite entre des contrats d'adhésion et des contrats négociés. Dans le cas d'un contrat négocié, le producteur de base de données de source unique ne peut pas lier les tierces parties, dont il n'est pas adéquatement protégé. Quiconque peut reproduire l'information, excepté la partie qui a contracté, et donc il n'y a pas de risque de surprotection. Par contre, l'utilisation d'un contrat d'adhésion revient à une législation privée aussi forte qu'un droit de propriété intellectuelle. Donc, si un tel contrat outrepassé les limites du droit *sui generis*, il sera surprotecteur.

Il faut noter, cependant, qu'il semble contraire à l'analyse économique des biens informationnels combinée à l'approche des droits de l'homme, de permettre au producteur de base de données qui n'ont requis aucun investissement, d'obtenir une protection similaire au droit de propriété intellectuelle à travers des contrats d'adhésion. Parce que le producteur de données n'a pas investi, il ne mérite pas de protection pour être encouragé à créer une base de données. La base est un pur sous-produit d'une activité pour laquelle le producteur reçoit une compensation. Par exemple, le but d'une chaîne de télévision est d'organiser des programmes, c'est-à-dire de décider quel programme sera montré et à quel moment. Les horaires des programmes sont le résultat de cette activité. La chaîne de télévision reçoit une compensation financière pour montrer ces programmes, par exemple à travers des licences de télévision et de la publicité. Donc l'investissement est récupéré. Permettre à de tels producteurs de base de données d'obtenir une protection proche de celle du droit *sui generis* pour leurs données, c'est les récompenser pour un effort qu'ils n'ont pas fait. C'est donc les surprotéger et cela empêche le public d'avoir accès à ces données. La conclusion respecte l'analyse économique des biens informationnels et la directive base de données, dont le but est de promouvoir et de protéger l'investissement. Si une base de données de source unique n'a requis aucun investissement, elle ne mérite pas d'être protégée, que ce soit par un droit de la propriété ou par une protection contractuelle qui effectivement équivaut ce droit.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> Pour une discussion, v. Estelle Derclaye, "Databases *sui generis* right: what is a substantial investment? A tentative definition" [2005] IIC 2-30.

<sup>121</sup> Cases C-46/02 (*Fixtures Marketing v. Veikkaus*), C-444/02 (*Fixtures Marketing v. OPAP*), C-338/02 (*Fixtures Marketing v. Svenska Spel*), C-203/02 (*The British Horseracing Board v. William Hill*) (Cour de Justice des Communautés européennes). Les quatre décisions, qui datent toutes du 9 novembre 2004, sont disponibles sur [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int). Pour des commentaires, v. Tanya Aplin, "The ECJ Elucidates the Database Right" [2005] IPQ, p. 204-221; Mark Davison & P. Bernt Hugenholtz, "Football fixtures, horseraces and spin offs: the ECJ domesticates the database right" [2005] EIPR, p. 113-118; Estelle Derclaye, "The Court of Justice interprets the database *sui generis* right for the first time" [2005] ELR, p. 420-430. Dans ces quatre cas similaires, la Cour de Justice décida qu'un investissement substantiel dans la création de données ne déclenche pas le droit *sui generis*. Il doit y avoir un investissement substantiel séparé dans la collection, la présentation ou la vérification des données. *Cela laisse beaucoup de bases de données sous-produits d'activités principales non protégeables par le droit sui generis*. Pour une explication de la théorie des sous-produits, v. P. Bernt Hugenholtz, "Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings under the Database Directive - The 'Spin-Off' Doctrine in the Netherlands and elsewhere in Europe" [2003] Paper presented at 11th Annual Conference on International Intellectual Property Law & Policy, Fordham University School of Law, New York, 14-25 April 2003; Estelle Derclaye, "Databases *sui generis* right: should we adopt the spin-off theory?" [2004] EIPR, p. 402-412.

<sup>122</sup> Bien sûr, cela laisse intacte la protection contractuelle par des contrats de confidentialité (ou la protection des secrets d'affaires.)

## 4. Les Etats-Unis

Comme on l'a introduit plus haut, les producteurs américains de bases de données qui ne peuvent pas être protégés par le droit d'auteur recourent souvent au contrat pour s'assurer une protection de leurs efforts de compilation. Les parties à un contrat ont une liberté complète en ce qui concerne le contenu de leur contrat du moment qu'elles ne violent pas le droit de la concurrence, le droit des conditions contractuelles abusives et les droits constitutionnels et qu'il n'est pas abusif.<sup>123</sup> Donc du moment que (et ceci est présumé ici) que les producteurs de base de données américains ne violent aucun de ces droits, ils peuvent se réserver une protection absolue de leurs bases de données. Les producteurs, par exemple, peuvent protéger une base qui n'a requis aucun investissement ; interdire l'utilisation de parties non-substantielles; interdire l'utilisation de parties substantielles à des fins d'enseignement, de recherche ou à d'autres fins ; interdire des transferts subséquents de leurs bases ; ou s'assurer une protection indéfinie. Les contrats qui prévoient de telles protections peuvent être appelés restrictifs puisqu'ils outrepassent les limites d'un droit de propriété intellectuel américain hypothétique comparable au droit *sui generis* européen. La question est de savoir si un de tels contrats restrictifs surprotègent les producteurs de base de données américains. La même distinction faite dans la partie IV entre les contrats négociés et les contrats d'adhésion doit être retenue ici.

### 4.1. Contrats négociés

Les contrats négociés, même s'ils sont restrictifs, ne seront jamais surprotecteurs. En fait, ils seront toujours sous-protecteurs. A cause du principe de la relativité des contrats, de tels contrats ne lient pas les tiers. Contrairement aux droits de propriété intellectuelle, ils n'ont pas de force *erga omnes*. Puisque de tels contrats ne lient pas les utilisateurs postérieurs, ils sous-protègent les producteurs de base de données parce qu'ils ne leur permettent pas d'agir contre les tiers qui reproduisent ou rendent disponible l'entièreté ou des parties substantielles de leurs bases de données protégées. Ceci est valide tant pour les bases de données de source unique que de source multiple.

### 4.2. Contrats d'adhésion

Comme on l'a observé dans la partie 4.1, les contrats d'adhésion sont très proches, si pas identiques, à des droits *erga omnes*. On peut dire qu'ils constituent une législation privée similaire au droit étatique.<sup>124</sup> Ils sont aussi efficaces que les droits de propriété intellectuelle et plus même s'ils outrepassent les limites du droit de propriété intellectuelle. Aussi longtemps que les producteurs de bases de données n'outrepassent pas les limites d'un droit potentiel similaire au droit *sui generis* par leurs contrats d'adhésion, de tels contrats peuvent, à ce stade, être vus comme une bonne alternative à une législation spécifique pour les bases de données. Une distinction doit maintenant être faite entre les producteurs de base de données de source unique et celles de source multiple. Dans le cas des bases de données de source multiple, par définition il y aura de la concurrence sur le marché et le contrat d'adhésion n'outrepassera pas les limites d'une protection adéquate des bases de données. Dans le cas des bases de données de source unique, les chances sont grandes de voir le contrat outrepasser ces limites. Les

---

<sup>123</sup> Guibault, supra note 9, p. 194-196.

<sup>124</sup> Ryk J. dans l'affaire *Bowers v. Baystate Technologies, Inc.*, 320 F.3d 1317, 1337 (Fed. Cir. Mass. 2003), p. 1337; Nimmer, Brown & Frischling, supra note 92, p. 60; Founds, supra note 92, p. 115; Ginsburg, supra note 92, p. 167; Karjala, supra note 92, p. 540; Elkin-Koren, supra note 91, p. 103-104; Lemley, *Shrinkwrap in cyberspace*, supra note 92, p. 320.

producteurs de bases de données dans des positions de monopole savent que les consommateurs finaux n'ont pas le choix et qu'ils doivent accepter les conditions parce qu'il n'y a pas de produit substituable. Dans ce cas, la protection contractuelle sera surprotectrice.

Dans chaque cas, cependant, les contrats d'adhésion qui fournissent une protection des bases de données équivalente au droit d'auteur et, *a fortiori*, celles qui fournissent même plus de protection ont de grandes chances d'être préemptés par l'article 301 de la loi américaine sur le droit d'auteur. Les juridictions sont en désaccord sur ce point<sup>125</sup> ce qui rend la disponibilité du droit des contrats comme moyen de protéger les bases de données très peu certaine. De plus, même si de tels contrats survivent à la préemption de l'article 301, ils doivent aussi survivre à la préemption de la clause de suprématie.<sup>126</sup> Jusqu'à ce que la Cour Suprême se prononce sur ces questions, le droit est incertain.<sup>127</sup> Donc les contrats négociés sous-protègent les bases de données tandis que la plupart de contrats d'adhésion les surprotègent, même si la validité fédérale et constitutionnelle de ces contrats d'adhésion outrepassant les limites du droit d'auteur aux Etats-Unis reste incertaine.

## Conclusion

Parce que la concurrence existera (au moins potentiellement) sur les marchés pour des données préexistantes, il n'y aura pas de problème de surprotection pour les bases de données protégées ou non protégées par le droit *sui generis* (ou un droit équivalent potentiel aux Etats-Unis), les données étant préexistantes. La raison est que de telles données sont disponibles pour quiconque : tout un chacun peut créer une base de données à partir de ces données. Donc, la loi n'a pas besoin de prévoir spécifiquement que les limites au droit *sui generis* doivent être rendues impératives pour des bases de données de source multiple. Le marché se régule lui-même. Ainsi, l'article 15 de la directive base de données devrait être révisé pour s'appliquer uniquement aux bases de données de source unique protégées par le droit *sui generis*. Une disposition formulée de la même manière devrait être incluse dans une proposition de loi américaine future sur la protection des bases de données.

---

<sup>125</sup> Il y a deux principales affaires qui se contredisent. V. *Vault v. Quaid*, 847 F. 2d 255 (5<sup>th</sup> Cir. 1988) (le droit étatique qui outrepassa les limites du droit d'auteur et une licence sous plastique base sur ce droit sont préemptés) et *ProCD v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7<sup>th</sup> Cir. 1996) (une licence sous plastique protégeant une base de données non protégeable par le droit d'auteur restreignant l'utilisation de la base à des fins non commerciales n'est pas préemptée parce que les contrats sont différents des droits octroyés par la loi sur le droit d'auteur, ils ne sont pas des droits exclusifs) suivi de *Bowers*, supra note 142 (une licence sous plastique interdisant la décompilation d'un programme d'ordinateur protégé par le droit d'auteur n'est pas préemptée). V. aussi Lemley, *IP and shrink-wrap licences*, supra note 92, p. 1256.

<sup>126</sup> Dans l'affaire *ProCD*, la Cour n'a pas analysé cette question. Si l'analyse faite dans l'affaire *Vault* avait été appliquée au faits de *ProCD*, le contrat aurait bien été préempté sous la clause de suprématie. Guibault, supra note 9, p. 235. C'est parce que *ProCD* restreignait l'utilisation de faits que tant la Cour Suprême (dans le cas *Feist*) et le Congrès (dans la loi sur le droit d'auteur) ont décidé de les laisser non protégés. Id.

<sup>127</sup> *ProCD* a influencé la rédaction du Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA). Guibault, supra note 9, p. 233. Cette loi uniforme qui était proposée permettait de mettre en œuvre des contrats d'adhésion, y compris des licences sous plastique comme celles utilisées par *ProCD*. En ce qui concerne la question de la préemption, l'article 105(A) de l'UCITA prévoyait simplement que « une disposition de cette loi qui est préemptée par le droit fédéral ne pourra pas être mise en œuvre dans la mesure de la préemption » et laissait donc aux cours et tribunaux de soin de régler cette question de la préemption dans les cas de rupture de contrat concernant les droits de propriété intellectuelle. Id., p. 233. Seulement deux états ont adopté l'UCITA, qui depuis lors a été abandonné par ses sponsors. Une nouvelle proposition est en considération, mais la question de la préemption n'est pas claire. V. P. Maggs "The Effect of Proposed Amendments to Uniform Commercial Code Article 2" [2002] *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* 311.

En ce qui concerne les bases de données de source unique, trois situations doivent être distinguées. Si la base de données est tombée dans le domaine public, aucun problème de surprotection ne devrait se produire puisqu'il y a de la concurrence sur le marché. Si le droit *sui generis* protège la base de données, tout contrat qui outrepassse les limites de ce droit devrait être illégal.<sup>128</sup> Dans ce cas, la directive des bases de données doit être amendée pour rendre toutes ses limites impératives. De la même manière, une proposition de loi américaine potentielle sur la protection des bases de données devrait rendre de telles limites impératives. Si la base de données ne peut pas être protégée par le droit *sui generis* (ou un droit équivalent potentiel aux Etats-Unis), soit parce que l'investissement n'est pas substantiel, soit qu'il n'y ait pas d'investissement, seulement des contrats d'adhésion outrepassant les limites du droit *sui generis* seront surprotecteurs. La directive base de données et toute proposition de loi américaine potentielle sur la protection des bases de données devraient inclure une disposition pour éviter ce scénario.

---

<sup>128</sup> De telles limites comprennent aussi les exceptions additionnelles de comptes-rendus d'actualité, de critique ou de revue, que la directive base de données telle que révisée devrait aussi inclure. Voir supra partie 3.2.