



MINISTÈRE DE LA CULTURE

*Liberté
Égalité
Fraternité*

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

NOTE D'ETAPE

MISSION SUR LA REFORME EUROPEENNE DU DROIT DES BASES DE DONNEES

Coprésidents de la mission :

Alexandra BENSAMOUN, professeure des universités,
Emmanuel GABLA, ingénieur général des mines, membre de l'ARCEP,
Personnalités qualifiées au CSPLA.

Rapporteur :

Guillaume LEFORESTIER, maître des requêtes au Conseil d'Etat.

- Note d'étape -

Son contenu n'engage que ses auteurs.

Avril 2021

**Mission sur la réforme européenne du droit des bases de données
(directive 96/9)**

NOTE D'ETAPE

Sommaire

| | |
|--|-----------|
| 1. Origines du droit <i>sui generis</i> et contexte de son évaluation | 3 |
| 1.1. <i>Origines de l'intervention communautaire</i> | 3 |
| 1.2. <i>Approche renouvelée de la stratégie européenne pour les données.....</i> | 3 |
| 2. Présentation générale du droit <i>sui generis</i> | 5 |
| 2.1. <i>Définition de la base de données.....</i> | 5 |
| 2.2. <i>Champ d'application.....</i> | 6 |
| 2.3. <i>Contours de la protection.....</i> | 6 |
| 2.4. <i>Droits et obligations des utilisateurs légitimes</i> | 10 |
| 2.5. <i>Exceptions/limitations</i> | 11 |
| 2.6. <i>Durée.....</i> | 12 |
| 2.7. <i>Sanctions</i> | 12 |
| 3. Premiers éléments d'évaluation | 13 |
| 3.1. <i>Des bénéfices plus évidents en termes d'harmonisation du cadre juridique que de stimulation de l'investissement dans la production de bases de données</i> | 13 |
| 3.2. <i>Un droit questionné par l'émergence de l'économie fondée sur les données</i> | 16 |
| 3.3. <i>Approche comparée.....</i> | 18 |
| 4. Conclusion et pistes | 21 |
| 5. Annexe 1 : lettre de mission | 23 |
| 6. Annexe 2 : liste des personnalités consultées..... | 25 |
| 7. Annexe 3 : questionnaire réalisé par la mission..... | 26 |

1. Origines du droit *sui generis* et contexte de son évaluation

1.1. Origines de l'intervention communautaire

Avant l'intervention de la directive 96/9/CE, les bases de données étaient protégées sur le fondement de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Les protections nationales instituées par les Etats membres étaient toutefois hétérogènes par leur nature et leur intensité, les pays de *common law* appliquant une protection aux bases répondant au critère, relativement peu exigeant, de l'effort intellectuel et des ressources consacrées (*sweat of the brow*), alors que les pays d'Europe continentale la conditionnaient au critère d'originalité propre au droit d'auteur. Selon la Commission¹, le Royaume-Uni bénéficiait alors d'un avantage compétitif significatif en matière de production de bases de données, en protégeant mieux les bases non originales mais dont la constitution nécessitait d'importantes ressources.

La [directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant le protection juridique des bases de données](#), transposée en France par la [loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998](#), poursuivait donc trois objectifs :

- (1) d'harmonisation de la protection des bases de données dans l'Union, en définissant un critère unique d'originalité pour la protection de la structure des bases de données et en instituant un droit *sui generis* propre à protéger le contenu des bases de données ne présentant aucune originalité au sens du droit d'auteur. Selon certains auteurs², l'introduction d'un droit *sui generis* présentait en outre l'avantage d'une relative simplicité, comparée à une aussi ambitieuse qu'hypothétique harmonisation des législations nationales sur la concurrence déloyale ;
- (2) d'encouragement de l'investissement dans ces bases afin de combler l'écart alors constaté avec les Etats-Unis ;
- (3) et de préservation de l'équilibre entre les droits et les intérêts des producteurs et des utilisateurs. Dès l'origine, la Commission souhaitait faciliter l'accès et la réutilisation des informations contenues dans les bases et éviter que le droit *sui generis* ne conduise à « verrouiller » cet accès. La directive a ainsi défini des exceptions et des droits spécifiques pour l'utilisateur dit légitime (*cf. infra*).

1.2. Approche renouvelée de la stratégie européenne pour les données

La *Stratégie européenne pour les données*³, publiée par la Commission européenne le 19 février 2020, postule que l'exploitation des volumes croissants de données produites est un puissant vecteur de progrès technologique et d'innovation, de prospérité économique et de bien-être pour les citoyens de l'Union. Elle vise à mettre en place un environnement attractif pour le développement d'une économie fondée sur les données au cours des cinq prochaines années, par la création d'un « *espace européen unique des données, (...) véritable marché unique des données, ouvert aux données provenant du monde entier, où les données à caractère personnel*

¹ *Résumé de l'évaluation de la directive 96/9/CE concernant la protection des bases de données*, SWD (2018) 146 final.

² V. notamment E. Derclaye, « The Database Directive », in Stamatoudi & Torremans, *EU Copyright Law : A Commentary*.

³ *Une stratégie européenne pour les données*, COM(2020) 66 final, 19/2/2020.

et non personnel (...) soient en sécurité et dans lequel les entreprises aient facilement accès à une quantité quasi infinie de données industrielles de haute qualité »⁴.

Parmi les obstacles au déploiement de cet espace, la Commission identifie le « *manque de clarté juridique* » quant aux conditions d'utilisation des données, qui freine leur partage entre acteurs, et prévoit notamment « *l'évaluation du cadre des droits de propriété intellectuelle en vue d'améliorer encore l'accès aux données et leur utilisation* »⁵.

Ces préoccupations se retrouvent par conséquent dans le plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle⁶ publié le 25 novembre 2020, dont un des volets consiste à adapter les modes de protection des actifs incorporels aux enjeux de la révolution numérique. Sans renoncer à la préservation des intérêts légitimes, le plan d'action entend faciliter l'accès à ces actifs et leur partage en clarifiant certaines dispositions de la directive sur les secrets d'affaires⁷ et en procédant au réexamen de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. Selon la Commission, ce réexamen aura notamment pour objet de « *faciliter le partage et le commerce des données produites par des machines et des données générées dans le cadre du déploiement de l'internet des objets. (Il) se fera parallèlement à la loi sur les données et prendra en considération les initiatives de partage des données dans le domaine du droit des pratiques anticoncurrentielles* »⁸.

Dans ce cadre, la présente mission vise à évaluer l'impact, notamment économique, de la protection instituée par la directive du 11 mars 1996 sur les acteurs français et à recenser et analyser les demandes de modification du droit *sui generis* émanant tant de ses titulaires que des utilisateurs de bases de données ou résultant de la jurisprudence. La présente note d'étape décrit l'économie générale du droit *sui generis* et en dresse un premier bilan, tiré des travaux d'évaluation réalisés par la Commission européenne et d'une première série d'auditions conduites par la mission.

⁴ *Ibid.* p. 5.

⁵ *Ibid.* p. 16.

⁶ *Exploiter au mieux le potentiel d'innovation de l'Union européenne. Un plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle afin de soutenir la reprise et la résilience dans l'Union européenne*, COM(2020) 760 final, 25/11/2020.

⁷ Directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

⁸ COM(2020) 760 final, 25/11/2020, p. 16.

2. Présentation générale du droit *sui generis*

L'originalité du droit *sui generis* et son caractère relativement méconnu justifient qu'on s'attarde sur son économie générale. La lettre de la directive a très peu évolué depuis son origine, une unique retouche lui ayant été apportée par la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, afin de transposer au droit des bases de données les nouvelles exceptions qu'elle définit (*cf. infra* point 2.5)

Les auteurs qualifient la plupart du temps le droit *sui generis* de droit de propriété intellectuelle et, plus précisément, de droit voisin du droit d'auteur, tout en reconnaissant qu'il s'apparente à une « *mutation du parasitisme en droit réel subjectif* »⁹. Ce droit protège en effet un producteur qui a investi ; il peut faire l'objet d'une licence et être transféré. Le principe d'épuisement s'y applique, des exceptions y sont prévues et il a un terme. Le législateur français¹⁰ a toutefois tenu à consacrer la spécificité de ce droit en ne faisant pas figurer le droit *sui generis* parmi les droits voisins du droit d'auteur énumérés au livre II, mais en lui consacrant un titre IV spécifique « *Droit des producteurs des bases de données* » ([art. L. 341-1 à L. 343-7](#)) au sein du Livre III consacré aux « *Dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données* ». Le caractère peu soluble du droit *sui generis* dans l'architecture globale du code est indiscutablement un signe de sa forte spécificité. Le droit *sui generis* est en outre considéré par certains auteurs comme l'un des plus puissants et aisés à obtenir du droit de la propriété intellectuelle¹¹.

2.1. Définition de la base de données

Les bases de données sont définies par la directive (art. 1^{er}, repris à l'[art. L. 112-3, al. 2](#) du code de la propriété intellectuelle) comme « *un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière* », à l'exclusion des programmes d'ordinateurs « *utilisés dans la fabrication ou le fonctionnement* » des bases de données électroniques.

La portée de cette définition a notamment été précisée par l'[arrêt](#) de grande chambre de la CJUE du 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd*, n° C-444/02. Elle est, conformément à la convention de Berne, indifférente au support, même si la protection s'adresse avant tout aux bases de données électroniques, pouvant plus facilement faire l'objet d'extractions ou de réutilisations massives. Elle inclut donc notamment les bases de données sous forme de papier, sur support électronique (CD-ROM) ou en ligne. La base doit en revanche être fixée, d'une manière ou d'une autre, par opposition, par exemple, à des données simplement diffusées.

Aucune obligation ne s'attache à la volumétrie des données recueillies, mais celles-ci doivent être indépendantes, ce que la jurisprudence¹² interprète comme la possibilité pour elles d'être séparées les unes des autres sans perdre leur valeur informative ou artistique. Corollairement, un élément doit pouvoir être retiré ou ajouté sans que la base de données perde son utilité ou

⁹ C. Caron, *Droit de la propriété intellectuelle*, LexisNexis, 6^e éd., 2020, p. 664.

¹⁰ A. Lucas *et al.*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 5^e éd, 2017. Les auteurs évoquent « le parti affiché par le législateur ».

¹¹ Caron, *op. cit.* p. 663-664.

¹² CJCE, *Fixtures Marketing Ltd*..., aff. C-444/02, pts 29, 32.

son sens, ce qui la distingue par exemple d'une œuvre artistique. Il en va ainsi, par exemple, de données géographiques extraites d'une carte¹³ ou d'annonces immobilières. La directive n'exclut en outre pas que certaines des données soient produites par l'auteur de la base de données lui-même¹⁴.

Le contenu de la base peut consister en des « *œuvres littéraires, artistiques, musicales ou autres, ou de(s) matières telles que textes, sons, images, chiffres, faits et données* » (directive, cons. 17), ce qui semble désigner tout élément doté d'une valeur informative.

La condition tenant à l'arrangement systématique et méthodique n'implique pas l'existence d'un stockage physique organisé et visible (cons. 21), mais seulement qu'il existe un ou plusieurs moyens techniques de récupération d'un élément indépendant dans la base, tels qu'un moteur de recherche, un index, un plan ou toute autre méthode de classification. En d'autres termes, l'information contenue dans la base doit pouvoir être *traitée*¹⁵.

2.2. *Champ d'application*

La protection instituée par la directive s'exerce sans préjudice des dispositions relatives à la protection juridique des programmes d'ordinateur, au droit de location et de prêt, à certains droits voisins du droit d'auteur et à la durée de protection du droit d'auteur et de ses droits voisins (art. 2). Les protections instituées en vertu de ces dispositions ne sont donc pas affectées par la directive 96/9/CE.

2.3. *Contours de la protection*

La directive 96/9/CE institue deux régimes de protection des bases de données, que sont le droit d'auteur, portant sur la structure de la base sous réserve qu'elle soit une création originale (art. 3 à 6 de la directive et art. [L. 112-3, al. 1^{er}](#) CPI), et le droit *sui generis*, portant sur son contenu et susceptible de s'appliquer même si la base de données n'est pas protégeable par le droit d'auteur¹⁶. Seul le droit *sui generis* fait l'objet des présents développements.

Aux termes de l'article 7, paragraphe 1 de la directive : « *Les États membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif* ». Le droit *sui generis* ne protège donc pas un contenu original mais un investissement qui peut être financier, matériel ou humain. Il est sans préjudice des droits qui pourraient exister sur le contenu¹⁷.

*

Investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif. – Le caractère substantiel de l'investissement, apprécié « *d'un point de vue qualitatif ou quantitatif* », n'est pas précisément défini par la directive, ce qui rend le seuil de la protection privative

¹³ Cour de justice, 29 oct. 2015, *Freistaat Bayern c/ Verlag Esterbauer GmbH*, aff. C-490/14, pt 29.

¹⁴ Cour de justice, *Fixtures Marketing Ltd*, C-444/02, pt 25.

¹⁵ Cour de justice, *Fixtures Marketing Ltd*, C-444/02, pts 28 et 30.

¹⁶ Directive 96/9, art. 7, paragraphe 4.

¹⁷ Directive 96/9, art. 7, paragraphe 4.

particulièrement incertain. A titre d'exemple, le considérant 17 de la directive indique qu'une compilation musicale sur CD n'est pas éligible à la protection par le droit *sui generis* en tant qu'elle requiert un investissement trop limité. La Cour de justice a été amenée à apporter quelques précisions. Dans un arrêt *The British Horseracing Board*¹⁸, la cour a décidé que « *la notion de partie substantielle, évaluée de façon quantitative, du contenu de la base au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive (...) doit être appréciée par rapport au volume du contenu total de celle-ci* » (pt 70). Elle a ajouté qu'une « *partie quantitativement négligeable* » du contenu de la base peut néanmoins constituer un « *important investissement humain, technique financier* » (pt 71).

Une difficulté particulière tient, pour celui qui investit dans la création d'une base de données dans le cadre plus général de son activité principale, à la nécessité d'identifier précisément les investissements dédiés à la base (obtention, vérification, présentation) qui seuls font naître la protection par le droit *sui generis*¹⁹ (cf. *infra*).

Pour autant, la finalité même de l'investissement importe peu. La question s'est posée de savoir si l'investissement pouvait être pris en compte lorsque la base a été réalisée pour les besoins de l'activité principale du producteur. Pour certains, et en vertu de la théorie du *spin-off*, le droit *sui generis* doit être exclu dans pareille hypothèse. En effet, il n'aurait vocation qu'à défendre l'investissement affecté à la seule base de données. Mais la Cour de justice en a décidé autrement et elle a affirmé, dans quatre arrêts du 9 novembre 2004, que « *la circonstance que la constitution d'une base de données soit liée à l'exercice d'une activité principale dans le cadre de laquelle la personne qui constitue la base est également le créateur des éléments contenus dans cette base n'exclut pas, en tant que telle, que cette personne puisse revendiquer le bénéfice de protection par le droit sui generis* »²⁰. La solution a été reprise par la Cour de cassation française²¹. Toutefois, l'exclusion des investissements affectés à la création des données la prive grandement d'intérêt.

*

Obtention, vérification, présentation. – L'obtention des données désigne leur collection et non leur création, ainsi que l'a jugé la Cour de justice²². Dans les arrêts précités, la cour a affirmé que « *la notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive (...) doit s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base* », ce qui exclut les « *moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données* ». Aussi, « *la notion d'investissement lié à la vérification du contenu de la base de données (...) doit être comprise comme visant les moyens consacrés, en vue d'assurer la fiabilité de l'information contenue dans ladite base, au contrôle de l'exactitude des éléments recherchés, lors de la constitution de cette base ainsi que pendant la période de fonctionnement de celle-ci* », sans inclure les « *moyens consacrés à des opérations de vérification au cours de la phase de création d'éléments par la suite rassemblés dans une base de données* ». La notion

¹⁸ CJCE, 9 nov. 2004, *The British Horseracing Board*, aff. C-203/02.

¹⁹ Selon S. Chatry, « la tâche du producteur sera de bien distinguer les investissements qui relèvent de l'activité principale des investissements concernant la base de données, ce qui sera bien délicat voire impossible en pratique (...). Les magistrats montrent une certaine rigueur à l'égard des éléments de preuve rapportés par les parties (...). Le producteur de la base doit pouvoir démontrer que l'investissement invoqué a été mis au profit de la constitution, de la vérification et de la présentation de la base de données, et non fondu dans ses activités » (*JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1650, « Droit des producteurs de bases de données », § 35-36).

²⁰ *The British Horseracing Board*, aff. C-203/02 ; *Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkans*, aff. C-46/02 ; *Fixtures Marketing Ltd c/ SvenskaSpel AB*, aff. C-338/02 ; *Fixtures Marketing Ltd c/ OPAP*, aff. C-444/02.

²¹ Cass. Com., 23 mars 2010, CCE, 2010, comm. 83, 1^{re} esp., note Caron ; Propr. intell. 2010, p. 856, obs. Bruguière.

²² CJCE, 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd...*, aff. C-338/02, pt 24.

d'investissement lié à la présentation du contenu concerne, pour sa part, « *les moyens visant à conférer à ladite base sa fonction de traitement de l'information, à savoir ceux consacrés à la disposition systématique ou méthodique des éléments contenus dans cette base ainsi qu'à l'organisation de leur accessibilité individuelle* ».

La distinction est logique. De fait, le droit *sui generis* a été instauré pour stimuler le stockage et le traitement de l'information (cons. 12), pour rentabiliser un investissement lié à la constitution d'une base, et non pour favoriser la création de données. Cependant, la solution retenue, qui oblige à une ventilation, est complexe à mettre en œuvre car il est parfois difficile, en pratique, d'identifier l'objet exact de l'investissement, notamment en raison de la concomitance des opérations ; déterminer la fraction de cet investissement qui pourrait être retenu devient dès lors particulièrement délicat, voire subjectif.

La Cour de cassation contrôle cependant rigoureusement cet aspect, en validant par exemple le raisonnement d'une cour d'appel retenant que la publication d'annonces immobilières dans un quotidien ne constituait pas « *un investissement lié à la constitution de la base de données dans laquelle elles étaient intégrées, mais à la création des éléments constitutifs du contenu de cette base et à des opérations de vérification, purement formelle, pendant cette phase de création* » (Cass. Civ. 1^{re}, 5 mars 2009, *Ouest France*, n° 07-19.734 et 07-19.735).

Cette restriction soulève, comme on le détaillera au point 3, la question des bases de données *spin-off*, c'est-à-dire qui sont le coproduit d'une activité principale de création de données, et prend un relief important avec le développement de l'intelligence artificielle et de l'internet des objets. Elle a également pour conséquence que les bases de données issues d'une source unique, qui est aussi à l'origine des données, seront rarement protégées par le droit *sui generis*, en tant qu'il sera difficile pour cette source d'isoler l'investissement spécifiquement dédié à l'assemblage des données de l'investissement consacré à leur production. La question est en outre posée en doctrine de savoir si les données enregistrées (par ex. les données météorologiques) doivent être considérées comme produites (au sens de créées) ou comme obtenues, au sens de la directive.

*

Fabricant (« *maker* »). – Cette notion (équivalente à celle de producteur en droit français) n'est, une fois de plus, pas définie par la directive, mais le considérant 41 indique qu'elle désigne la personne qui prend l'initiative et le risque d'investir, ce que le Code de la propriété intellectuelle mentionne expressément ([art. L. 341-1](#)). Elle fait écho à la définition des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, désignés par le CPI comme ceux qui ont « *l'initiative et la responsabilité* » de la fixation de l'œuvre (art. L. 213-1). Il peut s'agir d'une personne physique ou morale ([art. L. 341-2, 2°](#) CPI). La notion exclut les sous-traitants (qui par définition ne prennent pas l'initiative ; cons. 41), mais la directive est muette sur le point de savoir si la titularité du droit peut revenir aux préposés et employés d'une personne tierce. Elle n'exclut pas non plus une titularité collective.

*

Extraction, réutilisation. – Ces termes, qui ne sont pas sans évoquer les notions de reproduction et de communication au public en droit d'auteur, sont entendus largement²³, mais excluent le prêt public. Ils sont repris à l'article [L. 342-1](#) du CPI. L'extraction désigne à la fois le retrait et la copie des données de la base, manuelle, par impression, téléchargement, voire sa traduction. La réutilisation englobe toute opération ayant pour conséquence de rendre la base accessible au

²³ Cour de justice, 9 nov. 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, aff. C-203/02, pt 51.

public. Les moyens utilisés pour procéder à l'extraction ou la réutilisation sont indifférents²⁴, de même que la finalité ou le résultat de l'opération.

Constituent en particulier une réutilisation les procédés des métamoteurs de recherche dédiés qui, au terme d'un *webscraping*, proposent sur requête de l'utilisateur et sur une interface propre des résultats issus de bases de données et expurgés des éventuels doublons. En effet, « *cette activité ne se limite pas à indiquer à l'utilisateur les bases de données fournissant des informations sur un certain sujet (...), elle a pour objet de fournir à tout utilisateur final un dispositif permettant d'explorer toutes les données figurant dans une base de données protégée et, dès lors, de fournir un accès au contenu entier de cette base par une autre voie que celle prévue par le fabricant de ladite base, tout en utilisant le moteur de recherche de la base et en offrant les mêmes avantages de recherche que la base elle-même* »²⁵. A contrario, la cour d'appel de Paris a pu exclure la qualification d'extraction s'agissant d'une simple indexation du contenu d'une base de données d'annonces immobilières au moyen d'un moteur de recherche, dès lors que les résultats consistent en des liens hypertextes renvoyant directement aux sites concernés²⁶.

Enfin, la protection ne vise pas les simples actes de consultation de la base²⁷, sauf si, s'agissant des bases de données électroniques, la visualisation sur écran du contenu de cette base nécessite le transfert, permanent ou temporaire, de la totalité ou d'une partie substantielle de ce contenu vers un autre support²⁸. La distinction opérée entre l'accès au contenu de la base et l'extraction d'éléments constitutifs de la base est fondamentale. Le droit *sui generis* ne permet pas au producteur d'interdire l'accès à sa base. Seule la voie contractuelle permet de restreindre cet accès.

*

Épuisement du droit. – L'article 7, transposé à l'article [L. 342-4](#) CPI, précise que « *la première vente d'une copie d'une base de données dans la Communauté par le titulaire du droit, ou avec son consentement, épuise le droit de contrôler la revente de cette copie dans la Communauté* ». Le CPI précise que cet épuisement ne fait suite qu'à la première vente d'une *copie matérielle* d'une base de données mise en circulation avec le consentement du fabricant. Il s'ensuit que l'épuisement ne joue pas pour une base de données mise en ligne.

*

Partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu. – Si la directive a finalement fait le choix de ne pas limiter la protection aux actes accomplis « à des fins commerciales », l'extraction et la réutilisation ne sont réservées au producteur que s'ils portent sur la totalité ou sur une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données.

L'extraction ou réutilisation quantitativement substantielle s'apprécie au regard du volume de données concernées par rapport au volume total de la base source ou de sa copie (et non de la base de destination), en raison du rapport de proportionnalité qui existe entre l'investissement et ce contenu. L'extraction ou réutilisation qualitativement substantielle se réfère à l'importance de l'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu de l'objet de l'acte d'extraction ou de réutilisation, indépendamment du point de savoir si cet objet

²⁴ Cour de justice, 18 oct. 2012, *Football Dataco Ltd*, aff. C-173/11, pt 20.

²⁵ Cour de justice, 19 déc. 2013, *Innoweb BV*, aff. C-202/12, pts 39 s. et pt 54.

²⁶ Chatry, *op. cit.* § 48.

²⁷ Cour de justice, 9 nov. 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, aff. C-203/02, pt 54.

²⁸ Cour de justice, 9 oct. 2008, *Directmedia Publishing GmbH*, aff. C-304/07, pt 53.

représente une partie quantitativement substantielle du contenu général de la base. Une partie quantitativement négligeable du contenu d'une base de données peut en effet représenter, en termes d'obtention, de vérification ou de présentation, un important investissement humain, technique ou financier²⁹.

Enfin, l'article 7, paragraphe 5, dispose que « *L'extraction et/ou la réutilisation répétées et systématiques de parties non substantielles du contenu de la base de données qui supposeraient des actes contraires à une exploitation normale de cette base, ou qui causeraient un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du fabricant de la base, ne sont pas autorisées* ». Ces dispositions, reprises à l'article [L. 342-2](#) CPI, ont pour objet de prévenir tout contournement de la prohibition instituée.

2.4. Droits et obligations des utilisateurs légitimes

L'article 8, paragraphe 1, de la directive prévoit que le fabricant d'une base de données qui est mise à la disposition du public de quelque manière que ce soit « *ne peut empêcher l'utilisateur légitime de cette base d'extraire et/ou de réutiliser des parties non substantielles de son contenu, évaluées de façon qualitative ou quantitative, à quelque fin que ce soit* ». La mention des parties non substantielles du contenu de la base est quelque peu redondante, puisqu'il s'agit d'un évident *a contrario* de l'article 7. Cette limitation générale est d'ordre public.

La notion d'utilisateur légitime n'est pas définie et n'a pas été explicitée par la jurisprudence de la Cour de justice. Le code de la propriété intellectuelle évoque « *la personne qui a licitement accès* » à la base ([art. L. 342-3, 1°](#)). Trois acceptions possibles sont admises par la doctrine : la plus large renvoie à tout utilisateur pouvant se prévaloir d'une exception prévue par la loi ou le contrat, la plus restrictive au seul utilisateur titulaire d'une licence d'utilisation et une troisième définition, intermédiaire, désigne l'utilisateur ayant légitimement acquis la base de données par des moyens qui ne se limitent pas à l'obtention d'une licence (prêt, don, vente, revente, location, héritage...). Cette dernière interprétation, cohérente avec l'approche retenue dans le cadre de la directive sur les programmes d'ordinateur, n'exclut par conséquent que les utilisateurs volant une base de données, recelant une base volée, acquérant une copie illégale, empruntant les codes d'accès d'un tiers ou accédant même de bonne foi à une base par ailleurs illégalement reproduite ou mise à disposition.

L'article 8 interdit enfin à l'utilisateur légitime d'une base de données mise à la disposition du public : (1) d'effectuer des actes en conflit avec l'exploitation normale de cette base ou qui lèsent de manière injustifiée les intérêts légitimes du fabricant de la base (paragraphe 2), ce qui fait écho au triple test mentionné à l'article 5, paragraphe 5 de la [directive 2019/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information](#) ; (2) de porter préjudice au titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin portant sur des œuvres ou des prestations contenues dans cette base (paragraphe 3), ce qui signifie simplement que ces droits doivent être respectés lorsque les contenus de la base extraits ou réutilisés sont protégés par eux.

On rappellera pour finir que le droit *sui generis* ne porte pas sur les données, prises individuellement ; la réservation n'est effective que sur un volume, un ensemble de données,

²⁹ Cour de justice, 9 nov. 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, aff. C-203/02, pts 68 s.

qui doivent, une fois extraites, conserver leur « *valeur informative autonome* »³⁰. Il s'agit en effet, comme le dit la directive 96/9, d'éléments indépendants constituant une base de données.

2.5. *Exceptions/limitations*

Les Etats membres peuvent prévoir des exceptions au droit *sui generis* dans trois cas de figure (article 9), lorsqu'il s'agit : (a) comme en droit d'auteur, d'une extraction (mais pas d'une réutilisation) à des fins privées du contenu d'une base de données non électronique ; (b) d'une extraction à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, pour autant que l'utilisateur indique la source et dans la mesure justifiée par le but non commercial à atteindre ; (c) d'une extraction et/ou d'une réutilisation à des fins de sécurité publique ou aux fins d'une procédure administrative ou juridictionnelle.

La [directive \(UE\)2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique](#), qui devra avoir été transposée avant le 7 juin 2021 (art. 29), est venue modifier l'article 9 pour prévoir que l'exception concernant l'extraction à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique était sans préjudice des exceptions et des limitations qu'elle-même prévoyait et qui concernent la fouille de textes et de données (art. 3 et 4), l'utilisation d'œuvres et autres objets protégés dans le cadre d'activités d'enseignement numériques et transfrontières (art. 5) et la conservation du patrimoine culturel (art. 6).

En droit interne, le code de la propriété intellectuelle ([art. L. 342-3, 2° à 5°](#)) inclut déjà les exceptions « d'extraction privée », en faveur des personnes handicapées, à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique (*open science*) et pour la fouille de textes et de données (mais l'exception est pour l'heure ineffective et son champ est différent³¹). Par ailleurs, l'article [L. 132-6](#) du code du patrimoine prévoit une exception spécifique afin de permettre le dépôt légal des bases de données. Enfin, l'article [L. 321-3](#) du code des relations entre le public et l'administration dispose que, sous réserve des droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, le droit *sui generis* dont pourraient se prévaloir les administrations sur leurs bases de données ne peut faire obstacle à la réutilisation du contenu de celles qu'elles publient en ligne en vertu de l'article [L. 312-1-1](#), réserve faite des bases de données produites ou reçues par les administrations dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence³². Cette exception renvoie à l'article 1^{er}, point 6 de la [directive \(UE\)2019/1024 du 20 juin 2019](#) concernant les données ouvertes et la réutilisation des données du secteur public, qui prévoit que les organismes du secteur public n'exercent pas le droit *sui generis* pour le fabricant d'une base de données aux fins d'empêcher la réutilisation de documents ou de limiter celle-ci « *au-delà des limites fixées par la présente directive* » (v. également cons. 61).

De manière plus générale, le droit *sui generis*, en tant qu'il crée un monopole, peut être amené à s'articuler avec le droit de la concurrence. En ce sens, la Cour de cassation a pu contrôler le

³⁰ CJUE, 29 oct. 2015, *Freistaat Bayern*, aff. C-490/14, pt 22.

³¹ V. le Rapport CSPLA, *Transposition des exceptions de fouille de textes et de données : enjeux et propositions*, A. Bensamoun et Y. Bouquerel, déc. 2020.

³² Voir sur ce point, Conseil d'Etat, 8 févr. 2017, *Société Notrefamille.com*, n° 389806, B.

prix permettant l'accès à une base de données, considéré comme ressource essentielle³³. Reste à savoir quelles bases de données pourraient être qualifiées d'infrastructures essentielles. La question pourrait se poser avec acuité du fait des bouleversements induits par l'irruption de l'intelligence artificielle et l'apprentissage machine qu'elle rend possible en permettant l'exploitation de mégadonnées (*Big Data*), lesquelles peuvent être organisées au sein de bases de données³⁴.

2.6. Durée

Le droit *sui generis* expire 15 ans après le 1^{er} janvier de l'année qui suit la date de l'achèvement de la fabrication ou de la mise à disposition du public (art. 10 dir. 96/9 et [art. L. 342-5](#) CPI).

Ce délai court à nouveau entièrement en cas de « *modification substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu d'une base de données, notamment toute modification substantielle résultant de l'accumulation d'ajouts, de suppressions ou de changements successifs qui ferait considérer qu'il s'agit d'un nouvel investissement substantiel, évalué de façon qualitative ou quantitative* », ce qui fait dire à certains auteurs que la protection est potentiellement aussi longue que la durée de vie de la base de données elle-même, voire que le droit *sui generis* se caractérise par une « *perpétuité de fait* »³⁵, à tout le moins pour les bases régulièrement enrichies et actualisées. Il en résulte que certaines données, notamment des œuvres, tombées dans le domaine public et sur lesquelles le titulaire ne pourra plus revendiquer de droit, continueront d'être protégées pour le fabricant d'une base de données qui les aura assemblées, à défaut d'en être à l'origine. Il est naturellement entendu que la donnée prise individuellement – ici l'œuvre – ne bénéficie pas d'une protection nouvelle.

2.7. Sanctions

L'article 12 de la directive s'en remet aux Etats membres pour la définition des sanctions des infractions au droit *sui generis*. Elles font l'objet des articles [L. 343-1 à L. 343-7](#) du CPI, qu'on ne détaillera pas à ce stade.

³³ Cass. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2001, CCE 2002, comm. 38, note Caron ; Propr. intell. 2002, n° 3, p. 61, note Lucas.

³⁴ V. J.-M. Bruguière, « Intelligence artificielle et droit d'auteur : sortir de la science-fiction des machines/auteurs, entrer dans la réalité du droit des données », CCE 2020, étude 11.

³⁵ Caron, *op. cit.* p. 671.

3. Premiers éléments d'évaluation

Conformément à l'article 16, paragraphe 3, de la directive, un premier bilan avait été réalisé en 2005³⁶, concluant à l'absence d'impact significatif de ses dispositions sur le développement des bases de données. Les conclusions de la nouvelle évaluation, rendues en 2018³⁷, confortent, en l'affinant, ce diagnostic. Les développements qui suivent reprennent les principaux éléments du diagnostic établi par la Commission, qu'ils complètent par les constatations issues des premières auditions conduites par la mission.

La Commission relevait dans son évaluation de 2018 que le droit *sui generis* demeurait un instrument méconnu (*low-profile legal instrument*) suscitant l'intérêt limité des parties prenantes. Ce constat est amplement confirmé par les premières auditions qu'a conduites la mission, et dont il ressort que les acteurs expriment à l'égard du droit *sui generis*, quand ils le connaissent, une position mêlant scepticisme et prudence. En substance, s'ils n'ont jamais eu à se prévaloir de ce droit, son abolition n'est pas souhaitée pour autant et apparaîtrait même à contretemps d'avancées technologiques qui nécessitent plus que jamais de protéger les bases de données. Les éditeurs scientifiques semblent davantage conscients des réflexions en cours sur le droit *sui generis* mais n'articulent pas encore de position très construite sur la question, attendant sans doute que la Commission dévoile ses plans pour se positionner. Il apparaît toutefois que le développement de l'intelligence artificielle (IA) et son impact majeur dans l'essor de l'économie fondée sur les données pourraient pousser certains acteurs à voir le droit des bases de données sous un nouvel éclairage. En effet, les solutions d'aide à la décision basées sur l'IA représentent désormais une part fondamentale des revenus de certains groupes d'édition. Enfin, le droit *sui generis* est mis en œuvre à la fois à travers les clauses contractuelles et l'implémentation de mesures techniques.

En second lieu, la directive de 1996 est marquée par le contexte technologique et économique de l'époque, où les principaux producteurs de bases de données étaient issus du monde de l'édition et où les bases étaient statiques et hors ligne (catalogues, CD-ROM). Les arrêts rendus en 2004³⁸ par la Cour de justice, qui ont considérablement resserré la portée du droit *sui generis* en excluant de la protection les données créées, contribuent également à ce que lui échappe un nombre croissant de bases de données générées automatiquement par l'intelligence artificielle, les capteurs, l'internet des objets... L'adaptation du droit *sui generis* aux configurations nouvelles issues du développement de l'industrie des données constitue donc la question centrale du processus de révision en cours.

3.1. Des bénéfices plus évidents en termes d'harmonisation du cadre juridique que de stimulation de l'investissement dans la production de bases de données

Stimulation de l'investissement dans les bases de données. – L'adoption de la directive en 1996 répondait à deux objectifs majeurs : harmoniser les régimes nationaux et stimuler l'investissement dans la création des bases de données. Si l'objectif d'harmonisation des régimes nationaux de protection est considéré comme atteint par la Commission, celle-ci reconnaît que le second ne l'a pas été. Elle indique ainsi que le droit *sui generis* n'a pas eu

³⁶ DG internal market and services working paper, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, 12 déc. 2005.

³⁷ *Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, SWD (2018) 147 final. – *Résumé de l'évaluation de la directive 96/9/CE concernant la protection des bases de données*, SWD (2018) 146 final.

³⁸ Arrêts *Fixtures Marketing Ltd* et *British Horseracing Board* précités.

d'effet avéré sur la production globale de bases de données en Europe, pas plus que sur la compétitivité du secteur européen des bases de données. Selon la Commission, le nombre de bases de données produites en Europe a d'ailleurs légèrement décliné après l'entrée en vigueur de la directive (2001-2004), avant de connaître un nouvel essor significatif sous l'effet de la digitalisation et du développement des bases en ligne (2004-2011). Le droit *sui generis* n'a pas davantage contribué à combler l'écart avec les Etats-Unis, qui s'est même creusé à partir de 2001³⁹.

Le droit *sui generis* s'est en réalité imposé comme un droit *ex post*, de nature à protéger ses titulaires contre l'action de tiers et plutôt mobilisé en cas de litige, beaucoup plus que comme un droit *ex ante* ayant par sa seule existence stimulé l'investissement. Ce constat est conforté par les premiers entretiens conduits dans le cadre de la mission : les interlocuteurs n'ayant jamais eu à se prévaloir du droit *sui generis* au contentieux en ont parfois découvert l'existence à la faveur de leur audition.

*

Equilibre entre les intérêts des producteurs et des utilisateurs. – Cette protection, qui ne suscite aucune charge réglementaire excessive, est jugée suffisamment ciblée pour assurer un juste équilibre entre les droits et les intérêts des fabricants et des utilisateurs, les premiers bénéficiant d'un niveau supplémentaire de protection et les seconds d'un cadre juridique clarifié et d'un droit d'accès sécurisés, pour autant qu'ils sont des utilisateurs légitimes.

Les opinions sont évidemment contrastées, les producteurs ayant tendance à juger que la protection est équilibrée, alors que les utilisateurs – spécialement ceux issus du monde scientifique et de la recherche – s'estiment souvent entravés. A cet égard, la mission a pu entendre Mme Isabelle Blanc, administratrice ministérielle des données au ministère de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation, qui a exprimé une position globalement critique sur le droit *sui generis*, vécu comme un obstacle aux activités de recherche, même si sa suppression pourrait entraîner des blocages plus importants encore, du fait de solutions contractuelles.

Il ressort toutefois des travaux de la Commission que les limitations créées par le droit *sui generis* sont beaucoup moins identifiées par les utilisateurs que celles liées au prix ou aux clauses contractuelles imposés par le détenteur de la base. Dans le même ordre d'idées, les exceptions au droit *sui generis*, qui pour certaines sont d'ordre public, semblent peu mobilisées, notamment en raison de l'ambiguïté de la notion d'utilisateur légitime.

Enfin, le recentrage du droit *sui generis* opéré par les jurisprudences de 2004, qui soustraient à la protection les bases de données qui sont le coproduit d'une activité principale, conforte le constat selon lequel ce droit n'a pas, pour l'heure, créé de verrou dans la circulation des données, sans toutefois garantir qu'il n'en créera pas à l'avenir (*cf. infra*).

*

Bilan coûts / avantages. – Les enquêtes conduites par la Commission dans le cadre de son évaluation font ressortir que tant les producteurs que les utilisateurs de bases de données considèrent que les coûts et les bénéfices du droit *sui generis* sont faibles et s'équilibrent. La sécurité juridique est, pour les uns et les autres, incontestablement le principal avantage tiré de l'introduction du droit, sous les réserves exposées plus loin.

L'interprétation restrictive du droit *sui generis* par la Cour de justice est par ailleurs vue comme un atout par la Commission, en ce qu'elle atténue le risque de verrouillage dans la circulation

³⁹ Voir *Résumé de l'évaluation de la directive 96/9/CE concernant la protection des bases de données*, SWD (2018) 146 final, graphiques p. 16 et 18.

des données et en particulier de monopoles informationnels (les bases de données coproduit d'une activité principale – ou *spin-off* – sont en effet la plupart du temps issues d'une source unique). Elle est également conforme à l'intention du législateur européen, qui était de stimuler la création de bases de données et non de données brutes, étant entendu que les bases de données *spin-off* auraient par définition été créées en l'absence de toute protection légale.

Il reste que la jurisprudence est restée muette sur le point de savoir ce qui distingue la donnée obtenue de la donnée créée (*quid*, par exemple, des données enregistrées ?) et sur la question de l'investissement dans la vérification et la présentation des contenus, qui peut déclencher la protection au titre du droit *sui generis*. Selon la Commission, on assiste à un développement sans précédent des données détenues par les sociétés et rendues utilisables au terme d'un *traitement* qui pourrait les rendre éligibles à cette protection. L'influence du droit *sui generis* sur le développement des données issues de machines ou de capteurs demeure donc indéterminée.

*

Sécurité juridique. – Comme cela a été esquissé dans la deuxième partie de cette note consacrée à la présentation du droit *sui generis*, les principales critiques formulées à son encontre⁴⁰ en termes de sécurité juridique, qui ne sont pas jugées rédhibitoires par la Commission, concernent :

(1) la définition de la base de données et plus particulièrement la question de savoir si les données incluses possèdent une valeur informationnelle autonome, à laquelle la Cour de justice a donné une réponse extensive, en incluant par exemple les données issues d'une carte géographique. Cette appréciation large est toutefois contrebalancée par l'approche restrictive consistant à exclure les bases de données *spin-off* et les investissements relatifs à la seule création de données ;

(2) le fait que l'actualisation de la base fasse à nouveau courir intégralement le délai de 15 ans au terme duquel la protection cesse, et qui peut conduire à une protection perpétuelle avec le développement des bases de données dynamiques actualisées en continu ;

(3) le point de savoir *ex ante* si une base de données est ou non protégée par le droit *sui generis*. A cet égard, le MESRI confirme que « *les mécanismes du droit sui generis (...) génèrent une forte insécurité juridique pour les réutilisateurs d'information dans la mesure où il est très difficile de déterminer face à une base de données si elle bénéficie ou non d'une protection* » ;

(4) les notions d'initiative et de prise de risque qui qualifient le producteur de la base de données, peu adaptées aux organisations complexes où ces risques et initiatives, et la titularité du droit qui en résulte, peuvent être partagés par des acteurs multiples ;

(5) la part de subjectivité entourant la notion d'investissement substantiel, peu éclairée par la jurisprudence qui en fait une application relativement permissive, investissement dont certaines personnalités auditionnées par la mission ont par ailleurs relevé qu'il pouvait être délicat à prouver sans verser au débat contentieux des informations confidentielles ou couvertes par le secret des affaires ;

(6) le manque de clarté associé à la notion d'extraction ou de réutilisation d'une part quantitativement ou qualitativement substantielle des données, part dont l'importance sera d'autant plus difficile à évaluer dans le cas des bases de données dynamiques (données de transports, par ex.) dont la teneur et le volume sont susceptibles de changer rapidement et

⁴⁰ Très largement citées, également, dans les réponses du MESRI au questionnaire de la mission.

continûment, ainsi que les restrictions apportées au *webscraping* par la jurisprudence *Innoweb* (cf. point 2.3) ;

(7) le flou entourant la notion d'utilisateur légitime, en apparence redondante puisque la directive n'interdit pas les réutilisations ou extractions de parts non substantielles, et la lecture combinée des articles 8 et 15 de la directive : faut-il tirer du caractère d'ordre public des droits et obligations de l'utilisateur légitime affirmé par l'article 15 l'*a contrario* qu'il peut être dérogé aux autres exceptions par voie contractuelle ?

*

Articulation avec les autres protections. – Le droit *sui generis* est considéré par les producteurs de bases de données comme un utile complément à la protection contractuelle, qui ne peut par définition s'appliquer aux tiers, en particulier animés d'intentions frauduleuses. Par ailleurs, la Cour de justice a retenu que la directive ne pouvait interdire des limitations contractuelles à l'utilisation d'une base de données non protégée par le droit *sui generis* ([Cour de justice, 15 janvier 2015, Ryanair Ltd, n° C-30/14](#)), ce qui peut aboutir à la situation paradoxale que certaines bases non protégeables par le droit *sui generis* bénéficieront, certes seulement entre les parties, d'une protection plus forte par contrat.

Le droit *sui generis* est ensuite perçu comme un outil efficace de lutte contre le parasitisme et la concurrence déloyale, ce qui conduit aussitôt à la question de son articulation avec la législation propre à ces pratiques. La Cour de justice ne s'est pas prononcée sur ce point et la doctrine est partagée, qui regarde le droit *sui generis* comme une protection complémentaire, subsidiaire ou alternative⁴¹. Il semble que les pratiques divergent au sein de l'Union européenne, certaines juridictions nationales acceptant de cumuler les fondements (Allemagne, Espagne), d'autres ne se plaçant sur le terrain de la concurrence déloyale qu'à défaut d'applicabilité du droit *sui generis* (Pays-Bas). La question n'est pas clairement tranchée en France, bien que la jurisprudence tende à voir dans le droit *sui generis* un droit spécial dérogeant au droit commun de la concurrence déloyale. Il semblerait enfin que certains acteurs qui pourraient fonder une action sur le droit *sui generis* privilégient l'action en concurrence déloyale, qui les dispense en particulier de démontrer l'existence d'un investissement substantiel qui plus est distinct de celui portant sur la création des données. La Commission considère pourtant qu'à l'échelle de l'Union, le droit de la concurrence déloyale joue un rôle négligeable dans la protection des bases de données.

On note enfin un intérêt croissant des producteurs de bases de données électroniques pour l'usage des mesures techniques de protection, dont le contournement est explicitement prohibé par l'article 6 de la directive 2001/29/CE dite *Infosoc* (transposé, s'agissant du droit *sui generis*, à l'article [L. 342-3-1](#) du code de la propriété intellectuelle). Il reste que la protection des mesures techniques contre le contournement est tributaire de la protection de la base elle-même, de sorte que ces mesures ne sauraient constituer une alternative, mais seulement un complément, au droit *sui generis*.

3.2. Un droit questionné par l'émergence de l'économie fondée sur les données

Aucune incohérence majeure avec le reste de la législation de l'Union n'était repérée par la Commission en 2018, qui pointait seulement la nécessité de clarifier l'articulation du droit *sui generis* avec les dispositions de la directive concernant la réutilisation des informations du

⁴¹ Voir sur ce point Chatry, *op. cit.* § 81 à 85.

secteur public⁴². Au fond, c'est moins l'évolution de l'acquis communautaire qui questionne le contenu de la directive que les mutations économiques qui l'ont sous-tendue, c'est-à-dire l'émergence d'une économie fondée sur les mégadonnées (*big data*).

Certains acteurs auditionnés par la mission considèrent que, bien que le droit *sui generis* soit en fait peu mobilisé, son abolition interviendrait à contretemps de l'émergence d'une économie fondée sur les données. La Commission ne dit pas autre chose lorsqu'elle relève que la directive conserve toute sa pertinence en remédiant à une fragmentation des droits nationaux dont les effets seraient très préjudiciables à l'économie digitale.

Comme cela a déjà été indiqué, un des principaux enjeux d'actualisation du droit *sui generis* concerne le sort des bases composées de données brutes, générées par des machines ou des capteurs, et qui sont le coproduit d'une activité principale. En première analyse, le droit *sui generis* ne semble pas protéger ces objets, dans la mesure où la condition d'investissement substantiel dans l'obtention (par opposition à la création) de données n'est pas remplie et où la frontière entre création et obtention est délicate à tracer.

La Commission souligne que cette lacune donne à réfléchir, dans un contexte où la base de données, souvent produit secondaire créé par l'effet collatéral de l'activité principale, pourrait, dans l'économie numérique, devenir le cœur même des modèles d'affaire et créer autant, si ce n'est plus, de valeur que l'activité principale initiale. Il ressort d'ailleurs de l'évaluation de 2018 que les investissements se déplacent de la constitution des bases de données vers la création même des données et leur vérification. Les données constituent toutefois un bien non rival, c'est-à-dire susceptible de faire l'objet d'utilisations multiples sans perte de valeur. L'optimum économique est dès lors atteint lorsque la circulation et l'analyse des données sont maximales. Suggérant que le droit *sui generis* puisse avoir pour effet, sinon pour objet, de faire peser sur les données un quasi droit de propriété, la Commission relève que son extension aurait pour conséquence fâcheuse de protéger davantage de données brutes en tant que telles, et d'aller à l'encontre de l'optimum ainsi défini. L'évaluation de 2018 se conclut dès lors sur le constat prudent que la directive de 1996 est rendue partiellement obsolète par l'émergence d'une économie de la donnée (*data economy*), mais que les interactions du droit *sui generis* avec ce nouvel environnement ne sont pas claires et doivent faire l'objet d'un suivi plus approfondi.

Des réflexions récentes et approfondies ont été consacrées à cette question par le professeur Matthias Leistner⁴³. Cet auteur conteste en premier lieu le constat répandu, et dont on s'est fait l'écho dans la présente note, selon lequel le recentrage opéré par les jurisprudences *Fixtures Marketing* et *British Horseracing Board* permettrait à la plupart des configurations économiques caractérisant les mégadonnées (*big data*) d'échapper au droit *sui generis*. Il n'est ainsi pas exclu que ce droit s'applique aux données mesurées ou observées, qui sont autant des données obtenues au sens de la directive que des données créées. La question peut également se poser pour les données contributives récoltées dans le cadre d'un processus participatif. Il conviendrait dès lors de distinguer les données inhérentes à l'activité de production, nécessaires et simultanées à son accomplissement même, des données simplement générées à l'occasion d'une activité principale sans en être la condition nécessaire (telles que des mesures de température par les véhicules automobiles ou les données collectées grâce à l'usage des machines à la faveur de travaux agricoles). L'investissement dans les premières, qui sont par construction issues d'une source unique, ne devrait en aucun cas déclencher la protection par le

⁴² Clarification intervenue en 2019.

⁴³ M. Leistner, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC : Current Law and Potential for Reform* (sept. 2018), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3245937> ; *The Existing European IP Rights System and the Data Economy – An Overview With Particular Focus on Data Access and Portability* (juin 2020), Forthcoming, Josef Drexl (ed.), *Data access, Consumer Protection and Public Welfare* (Verbraucherrechtstage 2019), tbc, Nomos 2020, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3625712>.

droit *sui generis*, sauf à créer un monopole de fait de leur détenteur. L'investissement dans les secondes pourrait quant à lui être protégé : il est plus aisément séparable de l'activité principale et, surtout, concerne des données qui pourraient être obtenues par d'autres voies. En tout état de cause, la *summa divisio* existante entre données créées et obtenues ne semble plus adaptée au contexte des mégadonnées (*big data*).

Cette obsolescence frapperait aussi les notions d'extraction et de réutilisation, comme on l'a vu largement interprétées en jurisprudence puisqu'elles ont conduit à inclure l'activité de certains métamoteurs de recherche. Selon Leistner, la circonstance que l'extraction et la réutilisation ne soient prohibées qu'en tant qu'elles concernent une partie substantielle de la base est sans conséquence, car les activités fondées sur les mégadonnées (*big data*) impliquent justement d'accéder et de retraiter des masses considérables de données, et très souvent des bases de données entières. Il peut en résulter des coûts d'information et de transaction importants, de l'insécurité juridique, voire des situations de verrouillage de l'information.

En troisième lieu, les exceptions au droit *sui generis* sont considérées comme définies de manière trop restrictive, par comparaison au droit d'auteur. Selon Leistner, l'actualisation récente de la directive pour tenir compte des exceptions prévues par la directive 2019/790 ne suffit pas, et il conviendrait de prévoir une disposition dynamique permettant d'aligner automatiquement et obligatoirement les exceptions au droit *sui generis* sur celles prévues en droit d'auteur (qu'il recommande par ailleurs de rendre elles aussi obligatoires). Il conviendrait également, selon lui, que l'article 9 ne se contente pas d'autoriser sous certaines conditions les extractions ou réutilisations d'une partie substantielle de la base de données, mais aussi de sa totalité (*cf. supra*). L'auteur recommande l'abandon de la notion d'utilisateur légitime, source de confusion, inconnue en droit d'auteur, et comme on l'a vu superflue puisque la seule circonstance que l'extraction ou réutilisation concerne une partie non substantielle devrait suffire à démontrer qu'elle n'enfreint pas la protection.

Leistner conclut que si le droit *sui generis* ne soulève pas de difficulté urgente dans le cadre du développement d'une économie fondée sur les données, les incertitudes qui pèsent sur son application à certaines configurations émergentes posent question et il n'est pas exclu que la protection qu'il institue aggrave significativement certains problèmes d'accès à la donnée, cependant que demeurent ignorés certains besoins de protection ciblée pour les données à haute valeur ajoutée.

3.3. Approche comparée

Relevons enfin que le droit *sui generis* reste une exception européenne qui n'a guère essaimé au-delà des frontières de l'Union⁴⁴. La question d'une internationalisation de cette protection s'est posée en 1996, à la faveur des négociations diplomatiques⁴⁵ ayant abouti aux traités sur le droit d'auteur et sur la protection des droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes (OMPI). Un projet de traité sur les bases de données suscité par l'Union européenne et les Etats-Unis, dont le contenu était proche de celui de l'actuelle directive, n'a pas prospéré en raison notamment de l'opposition farouche qu'il a suscitée de la part de la communauté scientifique américaine, et qui a conduit les autorités à faire volte-face sur la question de l'introduction d'une protection spécifique. Les Etats-Unis ont alors entraîné avec

⁴⁴ Voir sur ce point B. Warusfel, « La protection des bases de données en question », *Propriété intellectuelle*, 2004, n° 13, p. 896 et E. Derclaye, « DPI sur l'information et pouvoir de marché », *Propriété intellectuelle*, 2007, n° 22, p. 19.

⁴⁵ Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins (2-20 déc. 1996, Genève).

eux la plupart des pays non européens de l'OCDE, et notamment le Japon, l'Australie ou le Canada.

Si l'on se concentre sur le cas des Etats-Unis, l'absence de droit *sui generis* se double de l'impossibilité, depuis l'arrêt *Feist* de la Cour suprême⁴⁶, de se fonder sur la doctrine de la sueur du front (*sweat of the brow*) pour revendiquer la protection d'une base de données, seule l'originalité étant susceptible de faire naître un droit d'auteur. Cet alignement sur le critère de l'originalité – comprise comme l'expression d'une créativité ou d'une touche personnelle – appliqué en Europe continentale place donc les producteurs américains de bases de données dans la même situation que leurs homologues européens lorsqu'il s'agit de protéger une base dont le contenu n'est pas original.

Les actions dont ils disposent, faute de droit *sui generis*, peuvent dès lors emprunter quatre voies :

(1) la doctrine de l'appropriation préjudiciable (*misappropriation*), qui n'offre toutefois qu'une protection étroite dans la mesure où les producteurs de bases de données ne peuvent empêcher que la copie des bases constituées d'informations dont la valeur est fonction du temps qui passe (nouvelles « fraîches »), créées à un certain coût, et s'il existe une concurrence directe entre le producteur et le copieur, l'action de ce dernier devant réduire la motivation de créer du producteur de sorte qu'il ne créerait pas la base de données ou que sa valeur s'en trouverait réduite. Par ailleurs, ce droit ne relève pas de l'Etat fédéral et n'existe pas dans tous les Etats fédérés. Il est ainsi d'application très variable à travers le pays. Il semble enfin très concurrencé par la législation fédérale sur la concurrence déloyale, ce qui conduit la doctrine à le regarder comme une protection assez évanescence ;

(2) le *trespass to chattels*, sorte de violation de propriété qui désigne l'interférence d'un tiers avec la possession d'un bien meuble, et qui a été mobilisé par certains producteurs de bases de données pour contrer certaines interactions avec leurs serveurs ayant pour objet de collecter leur contenu dans un but non autorisé. Dans cet esprit, le *Computer Fraud and Abuse Act* de 2002 prévoit la possibilité d'une action en responsabilité à l'encontre de quiconque extrait sans autorisation des données d'un site internet, pour autant que cette extraction cause une perte d'au moins 5 000 \$US. Il s'agit donc moins d'une protection de la base de données elle-même qu'une action en réparation de dommage ;

(3) la protection contractuelle, *via* notamment les licences prêtes à l'emploi (*shrinkwrap licenses*, littéralement « licences sous plastique »), qui sont une manière de restaurer la protection que l'arrêt *Feist* a fait disparaître. Si les contrats librement négociés, qui ne lient pas les tiers, ne sauraient avoir le même effet que le droit *sui generis*, les contrats d'adhésion peuvent quant à eux s'apparenter à une quasi législation privée aussi puissante qu'un droit de propriété intellectuelle, *a fortiori* lorsqu'ils concernent des bases de données à source unique ;

(4) les mesures technologiques de protection et les mesures anti-contournement, dont il y a toutefois lieu de douter qu'elles couvrent pleinement les bases de données non originales. En effet, le *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 ne prohibe que le contournement des mesures technologiques contrôlant l'accès à une œuvre protégée.

Précisons enfin que les protections issues de la *misappropriation*, du *trespass to chattels* et des contrats sont sujettes à caution depuis que l'article 301 de la loi américaine sur le droit d'auteur prévoit que le droit des Etats fédérés offrant une protection équivalente au droit d'auteur fédéral est « vidé de sa substance », y compris pour des objets non protégés par le droit d'auteur tels

⁴⁶ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340, 345 (1991).

que les bases de données non originales. A ce mécanisme dit de « préemption » s'ajoute, pour les protections issues du droit des Etats fédérés, la clause de suprématie de la Constitution qui veut que toute loi fédérale adoptée en vertu de celle-ci prévaut sur les lois fédérées qui seraient en conflit avec elle.

Au total, l'orientation favorable aux techniques contractuelles et aux actions en responsabilité civile constatée aux Etats-Unis apparaît diamétralement opposée à l'esprit du droit *sui generis*, loi de police offrant une protection *erga omnes*. En dépit des incertitudes qui pèsent sur l'effectivité des protections telles que l'appropriation préjudiciable ou le *trespass to chattels*, les échanges que la mission a conduit avec la Professeure Jane Ginsburg confirment qu'aucune appétence pour l'importation du droit *sui generis* n'est constatée. Et il y a fort à parier que les questions nouvelles que soulève le développement de l'économie fondée sur les données sur la pertinence de ce droit conforte le *statu quo*.

4. Conclusion et pistes

Il ressort des premiers travaux de la mission que si le droit *sui generis* n'a pas atteint les objectifs économiques qui lui étaient assignés de stimuler l'investissement européen dans les bases de données, il a contribué à harmoniser leur protection et procuré aux acteurs un cadre juridique plus clair.

La plupart des acteurs partagent l'intuition que s'ils n'ont pas eu à mobiliser directement le droit *sui generis*, voire en ignoraient totalement l'existence, son abolition n'est pas souhaitable : les producteurs de bases de données jugent paradoxal de supprimer une telle protection dans un contexte de généralisation de l'économie fondée sur les données, alors que les utilisateurs redoutent que, la suppression du droit entraînant celle des exceptions qui l'accompagnent, le règne du tout contractuel ne rende encore plus difficile l'accès aux données⁴⁷.

A cette intuition s'ajoute la question, très ouverte, des effets du droit *sui generis* sur des activités économiques fondées sur le partage et l'exploitation massifs des données brutes. Les services de la Commission, dont l'approche est restée très exploratoire et prudente en 2018, n'excluaient plus l'option d'un quasi *statu quo*, considérant que le recentrage du droit *sui generis* par la jurisprudence de la Cour de justice éliminait tout risque d'entrave à la circulation des données.

Dans ce cadre, trois scénarios sont théoriquement envisageables.

- Le premier consisterait à **étendre la protection par le droit *sui generis*** aux bases de données *spin-off*, mais il irait à rebours de l'objectif de circulation maximale des données poursuivi par la Commission.
- Le deuxième consisterait à l'inverse à **abolir le droit *sui generis***, considérant que sa valeur ajoutée n'est pas substantielle, que d'autres instruments de protection existent (concurrence déloyale) et qu'il entrave la circulation des données. Il serait cohérent avec la stratégie de l'Union visant à faciliter la circulation et la réutilisation des données afin de favoriser l'avènement de la société de la connaissance, porteuse de croissance économique. Le principal écueil résiderait alors dans l'opposition ferme des bénéficiaires du droit. Il faudrait encore prouver la nécessité d'une telle atteinte à un droit de propriété.
- Un scénario intermédiaire, dans la ligne des constatations de 2018, consisterait à n'apporter que des **retouches à la directive** afin de lever certaines ambiguïtés, voire de moduler la protection pour favoriser la réutilisation de certaines données (données d'intérêt général ou données essentielles, par exemple) ou traiter les cas de monopoles

⁴⁷ La position du MESRI sur ce point est éclairante, qui considère que malgré leurs défauts, « le droit d'auteur et le droit *sui generis* ont néanmoins l'avantage pour les réutilisateurs de comprendre des exceptions et limitations. Ce ne serait pas le cas si les bases de données étaient protégées uniquement par des clauses contractuelles ou seulement par des mesures techniques de protection (ces dernières étant articulées aux exceptions législatives aujourd'hui). Les exceptions prévues en faveur du *Text and Data Mining* dans la directive 2019/790 sur le droit d'auteur sont de ce point de vue particulièrement importantes pour les activités de recherche. Mais un tel mécanisme ne pourrait tout simplement pas exister si la protection des bases de données était purement contractuelle et/ou technique ».

exercés par le détenteur de la base, dont certaines personnalités auditionnées par la mission ont relevé qu'ils contribuaient bien davantage que le droit *sui generis* à entraver la circulation de l'information. L'enjeu est ici davantage l'accès aux données et la solution des licences obligatoires ou des licences « FRAND » pourrait être explorée⁴⁸. Une réflexion sur les exceptions devrait également accompagner cette démarche, y compris s'agissant d'exceptions catégorielles, au bénéfice d'acteurs identifiés (comme les encyclopédies en ligne).

La publication prochaine par la Commission de ses propositions de réforme permettra de mieux cerner les évolutions envisagées et, surtout, de consulter des acteurs jusqu'ici peu diserts sur des propositions plus opérationnelles qui ne manqueront pas de susciter l'intérêt.

⁴⁸ Article critique : J. de Werra, « Entreprise et Big Data : peut-on forcer les entreprises à partager leurs données non-personnelles (par des licences obligatoires ou des licences « FRAND ») ? », Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 2020, vol. 92, n° 4, p. 365-392.

5. Annexe 1 : lettre de mission



Conseil supérieur de la
propriété littéraire et
artistique

Le Président

182 rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01

Téléphone : 01.40.15.38.73

cspla@culture.gouv.fr

<https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique>

Paris, le 5 janvier 2021

Madame Alexandra BENSAMOUN
Professeure des universités

Monsieur Emmanuel GABLA
Ingénieur général des mines

Madame, Monsieur,

La directive 96/9/CE du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données prévoit une protection juridique *sui generis* pour les bases de données, qui sont le résultat d'investissements substantiels.

Le plan d'action en matière de propriété intellectuelle publié par la Commission européenne le 25 novembre 2020 indique qu'une évaluation récente¹ a montré que, si cette directive apporte une valeur ajoutée, elle pourrait être révisée pour faciliter l'accès aux données et leur utilisation. Dans le prolongement de la stratégie européenne pour les données, la Commission européenne prévoit donc qu'une proposition de directive modifiant la directive « bases de données » devrait être publiée au 3^{ème} trimestre 2021.

Dans ce contexte, je souhaite vous confier une mission visant à évaluer l'impact, notamment économique, de la protection mise en place par la directive du 11 mars 1996 sur les acteurs français. Cette étude d'impact économique sera complétée par un volet juridique de recensement et d'analyse des demandes de modifications du droit *sui generis* émanant des titulaires de ce droit ainsi que des utilisateurs des bases de données ou induites par la jurisprudence.

Il est important d'examiner en parallèle les régimes juridiques de protection des bases de données dans des pays n'appartenant pas à l'Union européenne, tels que les Etats-Unis, afin de disposer de points de comparaison.

Cette analyse contribuera à éclairer la position des autorités françaises dans la négociation à venir sur la révision de la directive de 1996.

¹ [Rapport réalisé pour la Commission européenne en 2018 par le JIIP.](#)

Compte tenu du calendrier resserré annoncé par la Commission européenne, la mission s'articulera en trois temps :

Un point d'étape sera réalisé en mars 2021, qui permettra de faire un premier bilan du régime actuel dans la perspective d'une éventuelle consultation par la Commission européenne.

Un premier rapport sera ensuite présenté aux membres du CSPLA en juin 2021, décrivant le bilan du régime actuel et formulant des propositions d'évolution de celui-ci en tant que de besoin.

Un second rapport sera ensuite présenté au CSPLA en décembre 2021 pour analyser la proposition de directive de la Commission européenne en formulant des propositions d'amendements, en lien avec les services du ministère de la culture.

Pour mener cette mission, vous serez assistés d'un rapporteur, M. Guillaume Leforestier, maître des requêtes au Conseil d'Etat. Vous pourrez également vous appuyer sur les directions du ministère de la culture et procéderez aux auditions des membres du CSPLA ainsi que des entités et personnalités dont vous jugerez les contributions utiles.

Je vous remercie d'avoir accepté cette mission et vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de mes sentiments les meilleurs.



Olivier Japiot

6. Annexe 2 : liste des personnalités consultées

Dalloz, Editions législatives

- Laurence BALLETT, directrice juridique

Editis

- Jean SPIRI, secrétaire général

Fédération nationale de la presse d'information spécialisée (FNPS)

- Laurent BERARD-QUELIN, président
- Boris BIZIC, directeur juridique

Groupement français de l'industrie de l'information (GFII)

- Denis BERTHAULT, président
- Thomas PARISOT, vice-président, directeur général adjoint de Cairn.info

Ministère de la culture

- Sarah JACQUIER, Chargée de mission auprès du Chef du service des affaires juridiques et internationales
- Alban DE NERVAUX, Chef du service des affaires juridiques et internationales

Ministère de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation

- Isabelle BLANC, administratrice ministérielle des données

Rendel Consulting

- Mathilde RENOUE
- Carlo LAVIZZARI

Syndicat des éditeurs de la presse magazine (SEPM)

- Julie LORIMY, directrice générale
- Lola PEDROTTI, chargée de mission des affaires juridiques et sociales

Syndicat national de l'édition (SNE)

- Catherine BLACHE, responsable relations institutionnelles internationales, groupe Universitaire
- Julien CHOURAQUI, directeur juridique

Universitaires

- Estelle DERCLAYE, professeure de droit de la propriété intellectuelle, Université de Nottingham
- Christophe GEIGER, professeur de droit, Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle, Université de Strasbourg
- Jane GINSBURG, professeure de droit, Université de Columbia (NY)

7. Annexe 3 : questionnaire réalisé par la mission

La mission invite toute personne souhaitant contribuer à lui adresser une réponse ou des remarques libres.

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE (CSPLA)



*Mission sur la révision de la directive 96/9/CE
du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996
concernant la protection juridique des bases de données⁴⁹*

Co-présidents :

Mme Alexandra BENSAMOUN, professeure de droit à l'Université Paris-Saclay

M. Emmanuel GABLA, ingénieur général des mines

Rapporteur :

M. Guillaume LEFORESTIER, maître des requêtes au Conseil d'Etat

QUESTIONNAIRE

Dans son « plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle », rendu public le 25 novembre 2020, la Commission européenne indique que si la directive 96/9/CE sur les bases de données « apporte bien une valeur ajoutée, elle pourrait être revue afin de faciliter l'accès aux données et leur utilisation »⁵⁰. La réforme de la directive s'inscrit dans une réflexion plus large sur les données (*Une stratégie européenne pour les données*⁵¹) et une volonté affichée de faciliter leur partage, notamment du fait de l'importance des données générées automatiquement.

La mission a été chargée de réfléchir à cette évolution. A cette fin, ce questionnaire, à but informatif, a pour objet de simplifier votre contribution au rapport ou de guider votre audition par la mission. Dans la mesure du possible, des éléments de réponse écrits sont souhaités. Ces éléments de réponse pourront rester confidentiels si vous le souhaitez. Vous pouvez évidemment faire le choix de ne répondre qu'à certaines questions, de faire une réponse groupée, ou encore d'aborder d'autres points spécifiques.

Contributeur/organisme :

⁴⁹ <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-la-protection-juridique-des-bases-de-donnees>

⁵⁰ *Exploiter au mieux le potentiel d'innovation de l'Union européenne. Un plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle afin de soutenir la reprise et la résilience dans l'Union européenne*, COM(2020) 760 final, 25/11/2020, p. 16.

⁵¹ *Une stratégie européenne pour les données*, COM(2020) 66 final, 19/2/2020.

Secteur concerné :

| Représentants de l'organisme | | |
|-------------------------------------|---------------|----------------|
| <i>Nom</i> | <i>Prénom</i> | <i>Qualité</i> |
| | | |
| | | |
| | | |
| | | |

1. Bilan et analyse coûts-bénéfices de la directive 96/9/CE

- 1.1. Considérez-vous que la directive concernant la protection juridique des bases de données a atteint ses objectifs :
 - 1.1.1. d'harmonisation des règles de protection dans l'Union ;
 - 1.1.2. d'encouragement de l'investissement dans la production de bases de données ;
 - 1.1.3. de préservation de l'équilibre entre les intérêts respectifs des producteurs et des utilisateurs de base de données ?
- 1.2. La directive a-t-elle contribué à la croissance du marché de la donnée ?
- 1.3. Selon vous, l'institution d'une protection des bases de données a-t-elle eu un impact positif, négatif ou neutre sur la libre circulation de l'information en France et plus généralement dans l'Union, sur le développement d'une économie fondée sur les données et sur l'innovation ?
- 1.4. Quels bénéfices avez-vous tirés (ou quels coûts avez-vous supportés) des dispositions de cette directive pour votre propre activité, en termes notamment :
 - 1.4.1. de sécurité juridique ;
 - 1.4.2. d'accès aux données ;
 - 1.4.3. de rentabilité / compétitivité de votre activité ?
- 1.5. Partagez-vous l'opinion selon laquelle la directive a principalement profité aux acteurs dominants du marché ?
- 1.6. L'originalité du droit *sui generis*, au niveau européen, crée-t-elle des difficultés ou des coûts de transaction pour les activités internationales mobilisant des bases de données ?
- 1.7. Les titulaires du droit d'auteur et du droit *sui generis* étant parfois les mêmes et le droit *sui generis* semblant en pratique avoir pris le pas sur le droit d'auteur, faudrait-il rapprocher les régimes ? Existe-t-il des conflits entre droit d'auteur et droit *sui generis* afférents à la même base de données ?
- 1.8. L'effectivité de la protection par le droit d'auteur et par le droit *sui generis* est-elle suffisamment garantie, notamment devant les juridictions chargées de les appliquer ? Partagez-vous l'opinion selon laquelle la violation ou l'abus des droits protégeant les bases de données sont excessivement difficiles à prouver ?
- 1.9. Est-il, selon vous, aisé de déterminer si une base de données est ou non protégée par le droit *sui generis* ? Ce droit est-il suffisamment connu des producteurs et des utilisateurs de bases de données ?
- 1.10. Y a-t-il lieu, pour réviser la directive, de s'inspirer de certaines législations hors Union européenne ? Le cas échéant, lesquelles et pourquoi ?

2. Mérites comparés du droit *sui generis* et des autres moyens de protection des bases de données

- 2.1. Le droit d'auteur et le droit *sui generis* vous paraissent-ils les instruments les plus adaptés pour assurer la protection des bases de données contre une utilisation non autorisée, par comparaison notamment aux clauses contractuelles, aux licences, au droit de la concurrence déloyale et des agissements parasitaires ou même aux simples mesures technologiques de protection ?
- 2.2. Quel(s) mode(s) alternatif(s) de protection est (sont), selon vous, le(s) plus performant(s) ?
- 2.3. L'article 6 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur et les droits voisins étend au droit *sui generis* la possibilité d'être garanti par l'usage de mesures techniques (MTP) et la protection contre leur contournement. De fait, l'usage de mesures techniques de protection peut-il :
 - 2.3.1. suffire à protéger les bases de données (électroniques) indépendamment de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle ?
 - 2.3.2. compléter utilement ce droit ?
 - 2.3.3. faire obstacle aux exceptions dont peuvent se prévaloir les utilisateurs légitimes⁵² ?
- 2.4. La jurisprudence *Ryanair*⁵³, qui permet parfois de mieux protéger par voie contractuelle des bases de données ne remplissant pas les conditions de protection par le droit d'auteur et le droit *sui generis*, a-t-elle nui à l'effectivité de ces droits ?
- 2.5. Plus généralement, et bien qu'il ne vaille qu'entre les parties, le contrat peut-il conduire à restreindre l'accès des utilisateurs aux bases de données au-delà de ce que prévoient les textes ?
- 2.6. Faudrait-il, notamment à des fins de sécurité juridique ou pour cibler davantage la protection offerte par la directive sur ceux qui souhaitent en bénéficier, conditionner l'ouverture du droit *sui generis* à une procédure d'enregistrement des bases de données qui y prétendent ?
- 2.7. Faudrait-il, alternativement, prévoir une possibilité d'*opt-out* pour les acteurs qui souhaitent recourir à d'autres moyens de protection (comme par exemple les licences *Creative Commons*) ?

3. Droit *sui generis* et évolutions technologiques

- 3.1. Partagez-vous l'opinion selon laquelle la directive est désormais inadaptée au développement des activités fondées sur le partage et la réutilisation de données ?
- 3.2. Dans l'affirmative, quelles adaptations de la directive vous semblent indispensables au regard des évolutions technologiques (explosion du secteur du *big data*, avènement des applications d'intelligence artificielle, développement des bases de données *spin-off*, du *web scraping*...) ?
- 3.3. Les conditions de protection par le droit *sui generis* posées par la directive et telles qu'interprétées par la jurisprudence sont-elles claires et demeurent-elles pertinentes, s'agissant notamment :
 - 3.3.1. de la nature des investissements concernés ;

⁵² CJUE, 23 janv. 2014, aff. C-355/12, *Nintendo Co.*

⁵³ CJUE, 2^e ch., 15 janv. 2015, aff. C-30/14, *Ryanair Ltd c/ PR Aviation BV.*

3.3.2. de leur caractère substantiel ?

- 3.4. Le critère de l'investissement substantiel est-il, en particulier, adapté aux bases de données générées automatiquement, dont le coût de création est souvent significativement inférieur ?
- 3.5. La définition de la base de données par la directive et telle qu'interprétée par la jurisprudence est-elle claire et demeure-t-elle pertinente, s'agissant notamment des notions d'éléments indépendants, de disposition systématique ou méthodique ou d'accessibilité individuelle ?
- 3.6. Devrait-on extraire du champ d'application de la protection les bases de données générées automatiquement ?
- 3.7. Eu égard au développement des bases de données *spin-off* associées à l'internet des objets, à l'intelligence artificielle, aux données générées par algorithme ou capteurs, qui tend à dissiper la frontière entre création et collecte⁵⁴, faudrait-il étendre la protection par le droit *sui generis* à l'investissement dans la création de données (jurisprudences *Fixtures Marketing*⁵⁵ et *The British Horseracing Board*⁵⁶) ? Plus généralement, la jurisprudence de la CJUE conduisant à exclusion de la protection les bases de données *spin-off* est-elle trop restrictive ?
- 3.8. La définition de l'extraction comme le « *transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support par quelque moyen ou sous quelque forme que ce soit* » (dir. 96/9, art. 7, 2., a)) est-elle encore pertinente ?
- 3.9. La définition de la réutilisation comme « *toute forme de mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base par distribution de copies, par location, par transmission en ligne ou sous d'autres formes* » (dir. 96/9, art. 7, 2., b)) est-elle encore pertinente ? L'inclusion des métamoteurs de recherche (jurisprudence *Innoweb*⁵⁷) vous paraît-elle justifiée ?
- 3.10. La notion de partie qualitativement ou quantitativement substantielle est-elle suffisamment claire et précise ?
- 3.11. La notion d'utilisateur légitime, qui semble très souvent discutée au contentieux, devrait-elle être mieux définie, notamment en considération des usages dans l'environnement numérique ?

4. L'insertion de la directive dans son environnement normatif

- 4.1. Quelle articulation la protection instituée par la directive doit-elle trouver avec les politiques d'*open data* et d'*open science* ?
- 4.2. Y a-t-il encore lieu de mettre en cohérence certaines dispositions de la directive avec d'autres textes du droit européen (notamment les directives 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, 2019/1024 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, 2006/115 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle,

⁵⁴ « Obtention » du contenu selon la directive, « constitution » selon le code de la propriété intellectuelle.

⁵⁵ CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd*.

⁵⁶ CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et a.*

⁵⁷ CJUE, 5^e ch., 19 déc. 2013, aff. C-202/12, *Innoweb BV c/ Wegener ICT Media BV et Wegener Mediaventions BV*.

2006/116 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ou 2009/24 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur) ?

- 4.3. Faudrait-il de nouvelles exceptions au droit *sui generis* pour faciliter le partage des données ?
- 4.4. Les exceptions « *text and data mining* » (directive 2019/790, art. 3 et 4) permettent-elle suffisamment le partage et la réutilisation de données ?
- 4.5. Faudrait-il aligner les exceptions au droit *sui generis* sur les exceptions au droit d'auteur ?

*

***Mission on the revision of Directive 96/9/EC
of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996
on the legal protection of databases⁵⁸***

Co-chairs:

Ms Alexandra BENSAMOUN, Professor of Law, Paris-Saclay University

Mr Emmanuel GABLA, General engineer of the *Corps des Mines*

Rapporteur:

Mr Guillaume LEFORESTIER, Member, Conseil d'Etat

QUESTIONNAIRE

In its "Intellectual Property Action Plan", released on 25 November 2020, the European Commission states that while the 96/9/EC Database Directive " provides added value, it could be revisited to facilitate data access and use ".⁵⁹ The review of the directive is part of a broader approach on data (*European Data Strategy*⁶⁰) and a strong will to promote data access and sharing, especially given the importance of automatically generated data.

The mission was asked to reflect on this evolution. This questionnaire has been drafted to that end. It is intended to simplify your contribution to the mission's report, or to be used as a guide during your interview by the mission. Whenever possible, written contributions are welcomed. These contributions may remain confidential if you so wish. You can obviously choose to answer only to some of the questions, to merge answers to several items as well as to address other specific points.

Contributor/organisation:

Sector concerned:

⁵⁸ <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-la-protection-juridique-des-bases-de-donnees>

⁵⁹ *Making the most of the EU's innovative potential - An intellectual property action plan to support the EU's recovery and resilience*, COM(2020) 760 final, 11/25/2020, p. 14.

⁶⁰ *European Data Strategy*, COM (2020) 66 final, 19/2/2020.

| Representatives of the organisation | | |
|--|-------------------|-----------------|
| <i>Surname</i> | <i>First Name</i> | <i>Capacity</i> |
| | | |
| | | |
| | | |
| | | |

1. Cost-benefit review and analysis of Directive 96/9/EC

- 1.1. Do you consider that the Directive on the legal protection of databases has achieved its purposes pertaining:
 - 1.1.1. harmonizing the protection rules in the EU;
 - 1.1.2. stimulating investment in the production of databases;
 - 1.1.3. safeguarding the balance between the interests of database producers and users?
- 1.2. Has the directive contributed to the development of the data market?
- 1.3. According to you, has the impact of the establishment of legal protection of databases been positive, negative or neutral when it comes to:
 - the free flow of information in France and more generally in the EU, and
 - the development of a data-based and innovation-based economy?
- 1.4. What benefits or what costs have you experienced from the provisions of this directive for your own business, especially in terms of:
 - 1.4.1. legal certainty;
 - 1.4.2. access to data;
 - 1.4.3. profitability/competitiveness of your business?
- 1.5. Do you share the view that the directive mostly benefited the dominant market players?
- 1.6. Does the specificity of the European *sui generis* right induce difficulties or additional transaction cost in international activities involving databases?
- 1.7. Since the holders of copyright sometimes also hold the *sui generis* right and given the fact that *sui generis* right seems to have taken precedence over copyright, should the two regimes be reconciled? Are there conflicts between copyright and *sui generis* rights pertaining to the same database?
- 1.8. Is the effectiveness of copyright and *sui generis* right protection sufficiently guaranteed, especially in the decisions of the courts responsible for enforcing them? Do you share the opinion that it is excessively difficult to prove database rights violation?
- 1.9. In your opinion, is it easy to determine whether or not a database is protected by the *sui generis* right? Are database producers and users enough aware of this legal protection?
- 1.10. When revising the directive, should we rely on examples of legislation in force in some non-EU countries?? If so, which ones and why?

2. Relative merits of *sui generis* law and other means of database protection

- 2.1. Do you think copyright and *sui generis* right are the most appropriate tools to protect databases from unauthorized use, in comparison to contractual clauses, licences, unfair competition law and parasitical actions, or even simple technological protection measures?

- 2.2. According to you, which alternative means of database protection are the most effective?
- 2.3. Article 6 of the 2001/29 Directive on Copyright and Related Rights grants to *sui generis* right the protection created by means of technological measures and protection against the circumvention thereof. According to you, the use of technological measures:
 - 2.3.1. can offer sufficient protection to databases, be there electronic or not, regardless of the existence of an intellectual property right?
 - 2.3.2. can be a useful addition to this right?
 - 2.3.3. may preclude exceptions provided for legitimate users?⁶¹
- 2.4. In accordance with the Ryanair case law⁶², databases that do not qualify for the protection granted by the copyright and the *sui generis* right may sometimes be better protected by means of a contract. Has this caselaw undermined the effectiveness of the rights granted by the Directive?
- 2.5. More generally, and although it is valid only between the parties, can the contract lead to restricting user access to databases beyond what the texts provide for?
- 2.6. Should the opening of the *sui generis* right be made conditional on a registration procedure for databases claiming it, in particular for the purposes of legal certainty or with a view to targetting the protection offered by the Directive more precisely to those who wish to benefit from it?
- 2.7. Should an opt-out option be put in place for actors who wish to use other means of protection (such as *Creative Commons* licenses)?

3. ***Sui generis* right and technological developments**

- 3.1. Do you share the view that the directive is no longer suited to the development of activities based on data sharing and re-utilization?
- 3.2. If so, according to you, what modifications to the directive are absolutely necessary in the light of the ongoing technological developments, such as the booming of big data, the spreading of artificial intelligence based applications, the multiplication of spin-off databases, the use of the web-scraping technique...?
- 3.3. The protection granted by the *sui generis* right is subject to conditions, that are stated in the directive and interpreted by the case law. According to you, are these conditions clear enough and are they still relevant, especially regarding:
 - 3.3.1. the nature of the investments involved;
 - 3.3.2. the substantial character of these investments?
- 3.4. Is the “substantial investment” criterion suitable for automatically generated databases, whose creation costs are often significantly lower?
- 3.5. Is the definition of the database, as laid down in the directive and interpreted by the case law, clear and still relevant, in particular the concepts of “independent works”, “being arranged in a systematic or methodical way” and “being individually accessible”?
- 3.6. Should automatically generated databases be outside of the scope of protection?
- 3.7. Given the development of *spin-off databases* generated by the Internet of Things, artificial intelligence, or by algorithms or sensors, which all tend to blur the boundaries between creation and collection⁶³, should the protection granted by the *sui generis* right

⁶¹ CJEU, 23 January 2014, Case C-355/12, *Nintendo Co.*

⁶² CJEU, 2nd ch., 15 January 2015, Case C-30/14, *Ryanair Ltd c/ PR Aviation BV.*

⁶³ “Obtaining” content according to the directive, “building up” a database according to the French Intellectual Property Code.

- be extended to investments in data creation ? (Case law *Fixtures Marketing*⁶⁴ and *The British Horseracing Board*)?⁶⁵ More generally, is the CJUE's case law too restrictive when it induces the exclusion of spin-off databases from the scope of the protection?
- 3.8. Is the definition of “extraction” as the “ *the permanent or temporary transfer of all or a substantial part of the contents of a database to another medium by any means or in any form* ” (dir. 96/9, art. 7, 2., a)) still relevant?
 - 3.9. Is the definition of re-utilization as “ *any form of making available to the public all or a substantial part of the contents of a database by the distribution of copies, by renting, by on-line or other forms of transmission* ” (dir. 96/9, art. 7, 2., b)) still relevant? According to you, is the inclusion of meta-search engines (Case law *Innoweb*⁶⁶) justified?
 - 3.10. Is the notion of a “qualitatively and/or quantitatively” substantial part clear and precise enough?
 - 3.11. Should the notion of legitimate user, which often seems to be touched upon in litigation, be better defined, especially when it is used in the digital environment?

4. The insertion of the directive into its normative environment

- 4.1. How to achieve coherence between the protection established by the directive and the open data and open science policies?
- 4.2. Are there still consistency issues between some provisions of the directive and other pieces of European legislation, especially the 2001/29 directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, the 2019/790 directive on copyright and related rights in the Digital Single, the 2019/1024 Directive on open data and the re-use of public sector information, the 2006/115 Directive on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, the 2006/116 Directive on the term of protection of copyright and certain related rights, or the 2009/24 Directive on the legal protection of computer programs?
- 4.3. Should new exceptions to *sui generis* right be added to promote data sharing?
- 4.4. Is the promotion of data access and sharing fully addressed by the “text and data mining” exceptions, adopted in the 2019/790 Directive (art. 3 and 4) or is there a need for other provisions?
- 4.5. Should copyright exceptions apply to the *sui generis* right?

⁶⁴CJEC, 9 November 2004, Case C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd.*

⁶⁵ CJEC, 9 November 2004, Case C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd.*

⁶⁶ CJEU, 5^e Ch., 19 December 2013, Case C-202/12, *Innoweb BV v Wegener ICT Media BV and Wegener Mediaventions Bv.*