



HAL
open science

L'état du droit des bases de données

Agnès Maffre-Baugé

► **To cite this version:**

Agnès Maffre-Baugé. L'état du droit des bases de données. <http://www.msh-paris.fr>, 2002. edutice-00000029

HAL Id: edutice-00000029

<https://edutice.hal.science/edutice-00000029v1>

Submitted on 19 Jun 2003

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'état du droit des bases de données

Agnès Maffre-Baugé

Maître de Conférence à l'université d'Avignon

Correspondants étrangers ayant répondu à l'enquête :

- Maria de Los Reyes Corripio Gil-Delgado, Professeur à l'université Pontificia Comillas de Madrid (Espagne)
- Ramon Casas Vallès, Professeur à l'université de Barcelone (Espagne)
- Trotter Hardy, Professeur, William and Mary School of Law (USA)

Table des matières

L'état du droit des bases de données	1
Table des matières	3
Introduction	4
I - Définition des bases de données	5
II - Le droit spécial des bases de données	8
A - Propriété intellectuelle et bases de données	9
1. Champ d'application de la protection	9
a) L'objet du droit de propriété intellectuelle	9
b) Les titulaires du droit	17
2. La teneur de la protection	26
a) Les droits accordés	26
b) Les sanctions en cas de non-respect des droits	33
B - Droits spécifiques du producteur et bases de données	33
1. Le champ d'application de la protection	36
a) Les conditions de la protection	36
b) Les titulaires du droit <i>sui generis</i>	38
2. La teneur de la protection	38
a) Les droits accordés	39
b) Les sanctions possibles en cas de non-respect des droits	43
III - La protection de droit commun des bases de données	44

Introduction

1. **Définition du thème de l'étude.** Cette étude a pour cadre général le droit applicable aux bases de données, plus particulièrement aux bases de données consultées et/ou produites dans l'enseignement et la recherche. La question est particulièrement d'actualité. L'on sait le rôle essentiel des bases de données dans le développement de la société dite de l'information et l'on ne saurait aujourd'hui imaginer un produit multimédia, un CD-Rom, un site internet, etc., sans le support d'un ensemble de données mémorisées et organisées qui en constitue la structure. Vecteurs d'informations, ils sont aussi, bien sûr, vecteurs de connaissance et participent, à ce titre, à la transmission et à la diffusion du savoir.

Plus précisément, il s'agit de faire un bilan de la transposition en France de la directive n° 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données ¹ et de mettre en lumière les questions qui restent non résolues ou qui sont apparues suite à la transposition. L'étude intègre également des éléments de droit comparé.

2. Résumé de l'étude. Questions spécifiques liées au statut des bases de données. Après avoir défini la notion de base de données, et conclu qu'il s'agissait d'une notion fort large, ayant vocation à s'appliquer à de nombreux *corpus* de données, l'étude envisage les différents modes de protection qui sont susceptibles de s'appliquer : droit d'auteur et droit *sui generis*. Ces régimes, dont peuvent bénéficier toutes les bases de données dès lors qu'elles entrent dans le champ d'application de la définition de l'article L.122-3 CPI, sont également applicables aux bases de données objets de notre thème d'étude. Il ressort en effet de l'étude que le fait qu'elles soient plus particulièrement destinées à l'enseignant, au chercheur, à l'élève, à l'étudiant, etc. n'entraîne aucune spécificité quant au mode et au régime de protection - pour l'instant ² -.

3. Simplement, certaines difficultés peuvent être accentuées, accrues, du fait de leur destination et/ou utilisation à des fins d'enseignement et de recherche. Le problème de la reproduction massive de parties plus ou moins importantes de bases de données, dans le cadre de bibliothèques ou d'établissements d'enseignement, pour un usage dont on peut se demander s'il est ou non privé, le montre bien ³. Ainsi, les interrogations sont les mêmes que la consultation de la base soit le fait de l'utilisateur « simple » de la bibliothèque ou celui d'un enseignant. Mais, compte tenu de la finalité de la consultation par l'enseignant ou par le chercheur (acquisition, transmission et diffusion de la connaissance), et si l'on accepte de prendre en considération ces impératifs, les données du problème ne sont plus tout fait identiques.

4. En d'autres termes, le statut des bases de données destinées et utilisées à des fins d'enseignement et de recherche pourrait être repensé.

En amont et d'un point de vue pratique, il faut que les parties prenantes (enseignants, chercheurs, étudiants, directeurs d'établissements d'enseignement, bibliothécaires, etc.) soient conscientes de ce que la base de données est objet de droits.

¹ JOCE, 27 mars 1996, n° L 77, p. 20 et s.

² Par tradition, notre droit ne prend pas en compte les impératifs de l'enseignement et de la recherche pour aménager le droit d'auteur. La directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et de droits voisins dans la société de l'information pourrait faire évoluer les conceptions.

³ À cet égard, il convient d'attirer l'attention du lecteur sur l'interdépendance entre les différentes études juridiques PNER ; ainsi, le problème à l'instant évoqué de la reproduction de parties de bases de données dans le cadre d'activités d'enseignement et de recherche doit-il être - également - envisagé sous l'angle du droit de prêt (étude de M.-E. Laporte-Legeais) et des exceptions au droit d'auteur (étude de V.-L. Bénabou).

En aval et d'un point de vue plus théorique, outre les difficultés relatives à la définition fort (trop ?) accueillante de la notion de base de données, il faut évoquer des problèmes relatifs à la protection des bases de données et ceux liés à son accès.

Quant à la protection de la base, ce sont surtout les conditions de la protection (difficile appréciation du caractère protégeable de certaines bases de données, et notamment de son originalité, qui rend incertaine voire aléatoire la protection par droit d'auteur ; question de la titularité des droits d'auteurs ; notion d'investissement substantiel) et son efficacité (le droit d'auteur ne protégeant que la structure de la base et non le contenu, il est peu efficace pour lutter contre le pillage du contenu de la base ; question sur la notion d'extraction quantitativement ou qualitativement substantielle, en matière de droit *sui generis*) qui retiennent l'attention.

Quant à l'accès à la base, il doit être repensé dans le sens d'une meilleure appréhension des besoins et spécificités de l'activité d'enseignement et de recherche tout en préservant les intérêts des titulaires de droits ⁴.

I - Définition des bases de données

5. **Droit français.** Le droit français définit la base de données protégée comme étant « 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 par tout autre moyen » (article L. 112-3 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle). Cette définition s'inspire très fortement de celle consacrée par la directive du 11 mars 1996 ⁵.

Plusieurs éléments sont donc requis pour qu'il y ait base de données au sens du CPI ⁶, étant préalablement posé que la définition retenue s'applique quel que soit le mode de protection envisagé (droit d'auteur ou droit du producteur de la base).

6. La base de données étant définie comme un « recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants », il doit y avoir rassemblement ou compilation d'éléments informationnels indépendants. Cette indépendance est essentielle pour l'existence de la base, d'abord parce que sans elle, il n'y a pas, par hypothèse, de compilation ; ensuite parce que l'utilisateur de la base doit être en mesure d'accéder à ces éléments, appréhendés individuellement et en dépit de l'organisation donnée par celui qui est à l'origine de la base. Pour reprendre les termes de M. Gaudrat : « L'indépendance des éléments avant et après constitution de la base est donc bien un critère premier » ⁷. Quant aux éléments contenus, ils peuvent être de deux sortes : produits préexistants à la base (c'est le cas de données saisies et stockées, données alphanumériques ou images au sens large ⁸, qu'il s'agisse de données « brutes » ⁹ ou retravaillées

⁴ L'exemple espagnol de licences pour la reproduction d'œuvres protégées en bibliothèque est à cet égard intéressant.

⁵ Article 1^{er} de la directive : Recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen.

⁶ P. Gaudrat, « Loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d'auteur », *RTD com.*, 1998, p. 598 et s., spéc. p. 603 et 604.

⁷ *Ibidem.* M. Gaudrat en déduit les conséquences suivantes. Un texte ne peut pas constituer une base de données car il s'agit d'un ensemble de mots liés les uns aux autres par les règles de syntaxe qui déterminent leur sens. Un fichier informatique ne peut pas davantage constituer une base de données au sens de l'article L. 112-3 CPI « car les bits informatiques au sein du fichier sont totalement interdépendants et n'ont aucune signification, ni aucun intérêt en eux-mêmes ».

⁸ Photographies, bien sûr, mais également dessins, plans, graphiques, peintures, etc. Le fait que ces images soient animées n'est pas un obstacle à leur protection au titre du droit d'auteur (art. L. 112-2 6^o CPI), sous réserve de

en vue de leur stockage, ou encore de données créées en vue de leur enregistrement dans la base) ou produits générés par la base, fruits de l'interrogation de la base par l'utilisateur¹⁰. La définition évoque les « données » et « éléments ». Il ne semble pas qu'il faille porter une trop grande attention à la distinction données/éléments : quels éléments le législateur vise-t-il, ainsi, qui ne seraient pas des données¹¹ ? La distinction opérée est pour le moins obscure...

7. Le rassemblement d'éléments indépendants ne suffit pas puisque ces derniers doivent, en outre, être « disposés de manière systématique ou méthodique ». Cette organisation peut être entendue de deux manières : elle peut, d'une part, renvoyer à un classement des différents éléments les uns par rapport aux autres ; elle peut, d'autre part, renvoyer au(x) critère(s) utilisé(s) pour opérer ce classement, lequel peut être « systématique »¹² ou suivre une ou plusieurs méthodes.

8. Enfin, cette structure doit pouvoir permettre un accès individuel à ces éléments, par des moyens électroniques ou non. Si la définition a naturellement vocation à s'appliquer aux bases de données électroniques (et sont notamment visés, à ce titre, les sites internet, CD-Rom, et de manière générale toute œuvre multimédia¹³), elle est également applicable aux bases non électroniques, telles que les bases « papier », qui n'impliquent ni la numérisation des données ni un support technique électronique. Par exemple, un catalogue (papier) contenant des informations relatives aux participants à des expositions et salons professionnels peut être considéré comme une base au sens de l'article L. 112-3 CPI : c'est ce que vient de décider la cour d'appel de Paris, dans une décision en date du 12 septembre 2001¹⁴. M. Gaudrat évoque le cas d'un annuaire papier et se demande finalement « si tout ouvrage composé de chapitres distincts et comportant un index bien fait ne devient pas *ipso facto* une base de données ? »¹⁵. C'est bien ici que le bât blesse, car la définition, initialement cantonnée aux bases de données électroniques,

l'application des règles propres à l'œuvre audiovisuelle. De même, le fait qu'il s'agisse d'images de synthèse, générées par ordinateur, n'est pas de nature à les exclure en tant que telles de la protection par droit d'auteur (en ce sens : MM. Vivant et Le Stanc, *Droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, Lamy, 2000, n° 491).

⁹ Telles que des chiffres, mots, phrases ou textes, voire images, comme on vient de le dire.

¹⁰ Sur cette distinction, que l'on doit à N. Mallet-Poujol, in *Commercialisation des banques de données*, Paris, CNRS Éditions, 1993, n° 542 à 546. Concernant les produits générés par la base, Mme Mallet-Poujol écrit : « Le traitement automatisé des données mémorisées permet, en effet, de les transformer totalement. Leur transformation est le fait de l'intervention du logiciel de traitement des données. Logiciel de calcul qui procèdera à des additions, soustractions, pourcentages à partir des données stockées. Logiciel de traitement linguistique qui, selon les termes de l'interrogation, permettra, par exemple, l'édition de listes de textes contenant des citations, [...], listes de mots, bibliographies de mots par *corpus* de textes ».

¹¹ M. Vivant, « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? À propos et au-delà de la proposition de directive », *D.*, 1995, chron. 197, n° 8 ; A. Lucas, in *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris, PUF, 2001, n° 625, p. 394.

¹² Et l'on pense en particulier aux bases de données dites de pure compilation, qui tendent à l'exhaustivité.

¹³ Sur ce point, on renverra à l'étude réalisée dans le cadre du PNER par A. Latreille sur « La réalisation des produits multimédias dans l'éducation et la recherche ». Voir également, N. Mallet-Poujol, *La création multimédia et le droit*, Paris, Litec, 2000, spéc. n° 476 et s.

¹⁴ Paris, 12 septembre 2001, *JCP* 2002, II, 10000, note F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 121, note C. Caron. Voir également, Paris, 18 juin 1999, *RIDA*, 2001, n° 183, p. 316 (publications diffusant des « avis » sur des marchés publics) et *Comm. com. électr.*, 1999, comm. 21, note C. Caron, (3^{ème} esp.) ; TGI Paris 22 juin 1999, *Comm. com. électr.*, 1999, comm. 21, note C. Caron (1^{ère} esp.).

¹⁵ P. Gaudrat, *ibidem* ; dans le même sens, F. Pollaud-Dulian, note sous Paris, 12 septembre 2001, réf. préc. M. Gaudrat (note 5) évoque un autre exemple, celui du fichier informatique, pour conclure qu'il ne peut pas être considéré comme une base de donnée électronique selon cet auteur, mais sa conclusion serait-elle la même si ce fichier était imprimé ?

introduit un élément perturbant la cohésion de la notion ; il semble qu'elle soit aujourd'hui devenue si accueillante que l'on est bien en peine de dire ce qui est susceptible de lui échapper. Par ailleurs, selon que la base est électronique ou non son régime juridique peut comporter des divergences : on verra que les exceptions au droit d'auteur ne sont pas exactement les mêmes, le législateur ayant pris en compte la facilité avec laquelle on peut reproduire la base électronique. Qu'on le veuille ou non, l'objet du droit n'est pas exactement le même. Dans ces conditions, il est permis de se demander s'il n'aurait pas été plus opportun de ne pas inclure les bases non électroniques dans la définition légale.

9. Ce n'est pas l'opinion de M. Lucas, qui considère qu'« aucune raison logique n'autorisait à exclure par principe les bases de données non électroniques »¹⁶, solution de surcroît imposée par l'article 10-2° de l'Accord ADPIC aux États signataires¹⁷. En tout état de cause, on doit retenir que le champ d'application de cette définition est particulièrement large¹⁸. À noter toutefois que les logiciels nécessaires pour réaliser ou faire fonctionner la base de données n'entrent pas dans le domaine de la définition¹⁹.

10. **Application.** Ce constat n'est pas sans incidence en ce qui concerne les bases de données de l'enseignement et la recherche, parce que beaucoup des « outils » utilisés et/ou produits sont susceptibles d'entrer dans cette catégorie. Du *corpus* bibliographique²⁰ à la bibliothèque²¹, de la revue papier intégrant un ensemble de textes au site abritant plusieurs revues et leurs sommaires, articles, ou résumés (dès lors que ces éléments sont individuellement accessibles), du journal d'une école, qui rassemblerait les contributions des différents acteurs de la vie de l'établissement aux annales d'une faculté ou aux comptes-rendus quotidiens des expérimentations d'un laboratoire, sur support papier ou numérisé, etc., le constat s'impose : ce sont autant de bases de données au sens de l'article L. 122-3 CPI alinéa 2. Certes, cela ne veut pas dire que la protection sera nécessairement accordée car la base n'est pas protégée en tant que telle²² et doit remplir d'autres conditions pour bénéficier du droit d'auteur ou du droit *sui generis* accordé au producteur. Mais il n'en demeure pas moins que la définition retenue est d'application fort large.

¹⁶ A. Lucas, in *Droit de l'informatique et de l'Internet, op. cit.*, n° 580, p. 355.

¹⁷ Art. 10-2° de l'Accord de Marrakech du 15 décembre 1993 (Accord ADPIC) : « Les compilations de bases de données ou d'autres éléments, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles seront protégées comme telles ». Voir également, dans le même sens, l'article 5 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996.

¹⁸ M. Vivant, « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? À propos et au-delà de la proposition de directive », article précité.

¹⁹ Voir article 1^{er} 3° de la directive ainsi que le considérant (23). Sur les difficultés que cette distinction induit, voir A. Lucas, in *Droit de l'informatique et de l'Internet, op. cit.*, n° 626, p. 395.

²⁰ Ce qui renvoie à des hypothèses diverses : un « simple » catalogue de références, un CD-Rom, un site internet offrant des références d'ouvrages dans tel ou tel domaine, etc.

²¹ Pour M. Gaudrat (*ibidem*), « une bibliothèque constitue sans doute une base de données » au sens de l'article L. 112-3 CPI.

²² Voir, sur ce point, l'arrêt *Coprosta*, dont la solution, rendue avant l'entrée en vigueur de la loi de transposition de la directive, est toujours applicable. La Cour de cassation y énonce que le travail de compilation d'informations (un organigramme des principales entreprises mondiales de construction automobile) n'est pas protégé en tant que tel ; Civ. 1^{ère} 2 mai 1989, *JCP* 1990, II, 21932, note Lucas ; *RTD com.*, 1989, 675, obs. Françon ; *DIT*, 1990/2, 38, note Gaudrat.

11. **Droit comparé.** Le droit espagnol adopte une définition très voisine de la nôtre puisqu'il reprend dans son article 12.2. TRLPI la définition de la directive²³. Ce faisant, il consacre également une conception large, qui ne distingue pas entre les bases de données électroniques et non électroniques, solution qui n'est pas sans susciter sinon des critiques, du moins quelques interrogations²⁴.

Les États-Unis n'ayant pas, à ce jour, adopté de législation spécifique en matière de bases de données, ils n'ont pas, du même coup, adopté de définition légale propre de la base protégée. Certes, plusieurs projets de lois visant à adopter une législation spécifique ont été envisagés, mais aucun ne définissait la base de données protégeable. Plus surprenant encore, le terme de *collection of information* étant seul utilisé dans ces projets, en lieu et place de l'usuel *database*, ce n'est que dans les versions ultérieures qu'une définition est finalement proposée²⁵. En tout état de cause, la distinction entre les bases de données électroniques et non électroniques n'apparaît pas.

II - Le droit spécial des bases de données

12. Dans les États membres de l'Union européenne, la protection accordée aux bases de données peut emprunter deux voies, que nous étudierons successivement : celle du droit d'auteur pour protéger la structure de la base, et celle, spécifique, d'un droit *sui generis* accordé au producteur de la base sur le contenu de celle-ci.

Seule la première d'entre elles est suivie par le droit américain, car l'opposition à l'adoption d'une législation spécifique, s'émancipant du modèle du *copyright*, a eu raison des efforts de certains députés pour promouvoir un texte s'inspirant des nouvelles règles de l'Union européenne. C'est, en effet, l'adoption de la directive qui a incité le Congrès à reconsidérer les règles alors applicables aux bases de données²⁶. Les controverses ont été vives et les réticences, émanant principalement de la communauté scientifique et des milieux universitaires, se justifiaient par les effets d'une telle protection sur la recherche scientifique et la liberté de l'information si les données devaient ne plus pouvoir être librement partagées. Aussi, la voie à suivre y reste-t-elle, pour le moment, celle du *copyright*²⁷.

²³ Art. 12.2. TRLPI : « Aux fins de la présente loi, et sans préjudice des dispositions du paragraphe précédent, sont considérés comme bases de données les recueils 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 ».

²⁴ Selon Ramón Casas Vallés, la définition adoptée peut être considérée comme « trop large », car aucune différence « n'est établie entre les bases de données électroniques et non-électroniques. Pourtant, cette distinction est importante en ce qui concerne son régime juridique ».

²⁵ « The term « collection of information » means information that has been collected and has been organized for the purpose of bringing discrete items of information together in one place or through one source so that users may access them » [H.R. 2652, 105th Congress, 2nd Session, May 20, 1998], in troisième version de mai 1998 du projet du député Coble.

²⁶ Ainsi, le projet du député Howard Coble, intitulé *Collections of Information Antipiracy Act* (HR 2652, 105th Congress, 1st Session, October 9, 1997) prévoyait-il (section 1201) : « Any person who extracts, or uses in commerce, all or a substantial part of a collection of information gathered, organized, or maintained by another person through the investment of substantial monetary or other resources, so as to harm that other person's actual or potential market for a product or service that incorporates that collection of information and is offered by that other person in commerce, shall be liable to that person for the remedies set forth in section 1206 ».

²⁷ Le concept de *misappropriation*, que l'on peut rapprocher du parasitisme, semble avoir les faveurs du législateur. Ainsi, dans un projet de loi datant du 9 octobre 1997, modifié en mai 1998, la notion est définie de la manière suivante : « Any person who extracts, or uses in commerce, all or a substantial part, measured either quantitatively or qualitatively, of a collection of information gathered, organized, or maintained by another person through the

A - Propriété intellectuelle et bases de données ²⁸

Qu'il s'agisse de droit d'auteur ou de *copyright*, on envisagera classiquement le champ d'application puis le contenu de la protection.

1. Champ d'application de la protection

L'objet de la protection accordée et les titulaires des droits conférés seront tour à tour envisagés.

a) L'objet du droit de propriété intellectuelle

13. **La base de données, œuvre protégeable par le droit d'auteur.** La directive du 11 mars 1996 a admis les bases de données au rang d'œuvres protégeables par le droit d'auteur. Mais avant même l'adoption définitive du texte communautaire et sa transposition en droit français, la solution était largement admise ²⁹ et était souvent justifiée par l'assimilation des bases de données aux anthologies et aux recueils d'œuvres diverses. Elle ne fait plus aujourd'hui de doute ³⁰, puisqu'en application de l'article L. 112-3 CPI, les auteurs de recueils d'œuvres ou de données diverses telles que les bases de données se voient reconnaître un droit d'auteur, et ce, tant en droit français qu'en droit espagnol ³¹, même si certains, en doctrine, regrettent les effets néfastes qu'elle pourrait avoir sur le droit d'auteur en général ³² et la condition d'originalité en particulier ³³.

investment of substantial monetary or other resources so as to cause harm to the actual or potential market of that other person, or a successor in interest of that other person, for a product or service that incorporates that collection of information and is offered or intended to be offered for sale or otherwise in commerce by that other person, or a successor in interest of that person, shall be liable to that person or successor in interest for the remedies set forth in section 1206. ».

²⁸ C'est bien de droit d'auteur dont il s'agit ici. Mais nous préférons parler de « propriété intellectuelle » pour bien marquer la distinction entre le système anglo-saxon de *copyright* et celui, continental, de droit d'auteur.

²⁹ Concernant le droit français, la jurisprudence s'était déjà clairement prononcée en ce sens, notamment dans les décisions dites *Microfor* ; Civ. 1^{re} 9 novembre 1983, *D.*, 1984, 297, chron. 129, note Huet ; *JCP* 1984, II, 20189, obs. Françon ; *JCP* 1984, I, 3169, M. Vivant ; Cass. Ass. Plén. 30 octobre 1987, *JCP* 1988, II, 20932, rapport Nicot et note Huet ; *JCP* éd. E., II, 15093, n° 4, obs. Vivant et Lucas ; *D.*, 1988, 21, concl. Cabannes ; *RTD com*, 1988, p. 57, obs. Françon. Voir également Paris, 15 janvier 1997 qui reconnaît expressément qu'une base de données puisse être qualifiée d'œuvre de l'esprit (*JCP* éd. E 1998, p. 805, obs. Vivant et Le Stanc). En doctrine, maints auteurs s'étaient prononcés pour l'application du droit d'auteur aux bases de données, en mettant en avant l'argument consistant à voir dans la base de données une anthologie. Voir par exemple : P. Catala, in *Banques de données et droit d'auteur*, rapport de synthèse, Actes du colloque organisé par l'IRPI et l'université de Paris-Dauphine, Litec, 1987, p. 125 et s., spéc. p. 134 ; J. Huet, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique », *JCP* 1983, I, 3095, n° 19 ; N. Mallet-Poujol, *Commercialisation des banques de données*, *op. cit.*, p. 461 et s. ; M. Vivant et C. Le Stanc, *Droit de l'informatique*, Lamy, édition de 1991, n° 2301 ; voir toutefois, en sens contraire : A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, n° 114, qui considèrent que l'assimilation « paraît bien artificielle ».

Le constat est identique concernant le droit espagnol, puisque antérieurement à la transposition de la directive de 1996, la loi de la propriété intellectuelle espagnole de 1987 (TRLPI 87) comptait « les recueils d'œuvres d'autrui, comme les anthologies, et celles d'autres éléments ou données qui par le choix ou la disposition des matières constituent des créations intellectuelles » parmi les œuvres protégeables par droit d'auteur. La condition d'originalité satisfaite, des listes, des guides de loisirs ou des annuaires et autres bases bénéficiaient donc – déjà – de la protection ouverte aux autres œuvres de l'esprit

³⁰ Voir également l'article 5 du Traité additionnel à la Convention de Berne du 20 décembre 1996 qui, bien que ne reconnaissant pas au producteur de bases de données un droit sur leur contenu, opte pour la protection par droit d'auteur des « compilations de données ou d'autres éléments, sous quelque forme que ce soit, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles ».

³¹ Le législateur espagnol a, en transposant la directive par la loi 5/1998 en date du 6 mars 1998 (BOE du 7 mars 1998), modifié la propriété intellectuelle (ci-après désignée TRLPI) et a repris, dans le livre premier de la TRLPI, les dispositions relatives au droit d'auteur que la directive contient dans sa première partie. À noter que, dans le livre II

La solution est tout aussi traditionnelle aux États-Unis, où l'on a admis la protection par *copyright* des bases de données avant même que l'expression *database* apparaisse. Sont ainsi protégeables les ensembles ou compilations d'informations qui démontrent un certain degré d'originalité³⁴.

La base de données, œuvre protégeable donc... Encore faut-il préciser ce qui est effectivement objet du droit d'auteur car, ici, une double distinction s'impose.

14. La base de données considérée dans sa globalité. La base peut d'abord être appréhendée et protégée comme *corpus* d'informations ou de données. Le droit d'auteur ne peut alors « couvrir » que la seule structure de la base, son architecture, le contenant en quelque sorte. Le contenu, comme on le verra plus avant, ne peut donner prise qu'au droit reconnu au producteur. La solution est explicite dans la directive³⁵ (art. 3.2). En ce qui concerne le droit français, elle découle de l'article L. 112-3 CPI déjà évoqué, en vertu duquel les « auteurs de [...] bases de données, qui par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles » jouissent des droits d'auteur : c'est donc bien la composition qui est objet de protection, ou pour reprendre l'expression de MM. Vivant et Lucas³⁶, l'agencement, c'est-à-dire la manière dont les données ou informations sont réunies, classées, présentées. Outre que la solution est parfaitement conforme avec le principe selon lequel le droit d'auteur ne s'applique qu'à la forme et non au fond³⁷, elle est confirmée par l'article L. 341-1 CPI, en vertu duquel le producteur de la base bénéficie d'une protection du contenu de la base, indépendante et s'exerçant sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur.

Le droit espagnol consacre, de manière plus évidente encore, cette solution en opposant expressément la structure de la base et son contenu³⁸. En revanche, le droit américain se

intitulé « Des autres droits de propriété intellectuelle et de la protection *sui generis* des bases de données », il a adopté celles que la directive contient dans sa partie II, consacrée au droit *sui generis*.

³² Notamment F. Pollaud-Dulian, « Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données », *D. Affaires*, 1996, n° 18, p. 539 et s., spécialement p. 540 ; et dès 1989, A. Lucas, « La protection des banques de données », Rapport général au Congrès de l'ALAI, Yvon Blais *Inc.*, Québec, 1989, n° 264.

³³ Par exemple, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, 1999, 3^{ème} éd., n° 44. Il semble que les mêmes craintes soient exprimées de l'autre côté des Pyrénées.

³⁴ « Copyright law can protect databases as copyrightable collections or compilations of information, as long as the database shows some degree of originality. A “compilation” is defined as a work that is “formed by the collection and assembling of preexisting materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship”. » 17 U.S.C. section 101.

³⁵ Art. 3.2. Faut-il interpréter dans le même sens l'article 5, qui énonce que « l'auteur d'une base de donnée bénéficie, en ce qui concerne l'expression de cette base pouvant faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur, du droit exclusif de faire ou d'autoriser [...] » (c'est nous qui soulignons) ? Si tel est le cas, était-ce bien nécessaire, compte tenu du principe selon lequel le droit d'auteur ne protège que les créations de forme ? À moins que le terme ait été employé pour rappeler que les idées sont de libre parcours (en ce sens, A. Strowel et J.-P. Traille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Bruxelles, Story-Scientia et Bruylant, 1997, n° 248, cités par A. Lucas, in *Droit de l'informatique et de l'internet, op. cit.*, n° 547).

³⁶ *Op. cit.*, n° 376.

³⁷ En ce sens, Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1978, 3^{ème} éd., n° 19, qui évoque « le principe selon lequel les droits d'auteur s'appliquent aux formes et non au fond ».

³⁸ Art. 12.1 deuxième partie TRLPI : « La protection reconnue au présent article pour ces recueils s'applique uniquement à leur structure en tant qu'expression du choix ou de la disposition du contenu, mais ne s'étend pas au contenu. » Selon Mme Corripio Gil-Delgado, « l'objet de la protection est donc essentiellement la structure de l'information, laquelle comprend, notamment, le système de consultation, l'analyse des données ou des documents, les indexes ou dictionnaires de termes. En d'autres termes, les critères retenus sont des critères de stockage, d'indexage, de références et de méthode de récupération ».

démarque nettement du principe que nous venons d'évoquer : si la protection peut s'appliquer aux éléments de la base, elle peut aussi s'appliquer à la base « en tant qu'ensemble », et non à la seule structure ou conception de l'ensemble³⁹.

15. La base de données considérée à travers ses éléments. La base peut également être appréhendée à travers les œuvres et données qu'elle intègre. Or, la protection dont elle est susceptible d'être l'objet, en tant qu'ensemble, ne s'étend pas aux éléments qu'elle contient. Deux situations peuvent alors se présenter, selon que ces derniers sont ou non objets de propriété littéraire et artistique⁴⁰:

16. Dans le premier cas, la protection accordée à l'ensemble base de données ne doit pas porter atteinte aux droits éventuellement accordés sur les éléments de la base qui constituent, en eux-mêmes, des créations de forme originales. La solution, qui découle clairement de l'article L. 112-3 CPI, est identique en droit espagnol⁴¹ et américain⁴². La règle se traduit notamment par l'obligation de demander à l'auteur de l'œuvre originale⁴³ l'autorisation d'intégrer celle-ci à la base et ne saurait conférer – mais est-il vraiment utile de le rappeler ? – le moindre droit d'auteur au titulaire des droits sur la base. Légèrement différent est le cas où l'œuvre est modifiée avant d'être enregistrée dans la base, afin d'être intégrée dans celle-ci⁴⁴ : l'autorisation de l'auteur de l'œuvre est, bien sûr, requise, mais la modification apportée est de nature à faire naître une œuvre dérivée, susceptible, dès lors, d'être protégée en tant que telle.

17. Seconde hypothèse, celle où les éléments de la base ne sont pas susceptibles de droit d'auteur (l'on songe en particulier aux données « brutes », aux œuvres dénuées d'originalité ou tombées dans le domaine public). Le fait qu'ils aient été reproduits dans la base ne les rend pas davantage susceptibles d'être objets de protection. Mais le fait qu'ils aient été modifiés, remaniés, travaillés en fonction de la finalité de la base de données peut contribuer à leur donner une « plus-value documentaire »⁴⁵ les rendant – peut-être – aptes à être protégés. La question se pose notamment

³⁹ « Copyright can apply to the individual elements of a database ; and it can also apply to the database as a whole. A database structure or conception or design would not be considered separately copyrightable ».

⁴⁰ Le raisonnement vaut, *mutatis mutandis*, lorsque les œuvres ou données donnent prise à d'autres prérogatives, telle que, pour une photographie, le droit à l'image de la personne dont les traits ont été reproduits (pour prolonger cette question, voir l'étude réalisée pour le PNER par N. Mallet-Poujol, « Collecte, utilisation et diffusion des données nominatives à des fins d'enseignement et de recherche »). Dans le même ordre d'idées, moins éloigné du droit d'auteur, on peut imaginer que les éléments en cause soient également susceptibles d'être appréhendés en tant que dessins et modèles.

⁴¹ Art. 12.1 TRLPI première partie *in fine* ; les bases de données peuvent être protégées par droit d'auteur « sans préjudice, le cas échéant, des droits subsistant sur ledit contenu. »

⁴² « For the individual element (or « parts » or « components ») of the database to be copyrightable, they must be individually copyrightable-separate from the database. For example, one could build a database of poems or photographs. If these poems or photographs each separately meet the requirement of copyright, then they remain copyrighted when incorporated into the database. They neither gain nor lose any copyright protection when incorporated into a database. »

⁴³ Dans l'hypothèse où il ne serait pas l'auteur de la base.

⁴⁴ Quelle qu'en soit la raison : motif d'ordre technique (par exemple : normalisation du vocabulaire enregistré) ou non (volonté de réaliser un corpus de données homogène). Sur ce point, N. Mallet-Poujol, *Commercialisation des banques de données*, *op. cit.*, n° 587, p. 503.

⁴⁵ J. Huet, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique », *JCP* 1983, I, 3095, n° 19 ; A. Lucas, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, *op. cit.*, n° 583, p. 357.

pour les résumés, les abstracts⁴⁶ et les index⁴⁷. Les premiers sont traditionnellement considérés comme des œuvres protégeables par droit d'auteur, à condition qu'ils remplissent la condition d'originalité dont nous verrons qu'elle est indispensable pour l'application des articles L. 111-1 et suivants du CPI. La même solution s'applique aux analyses. Concernant les seconds, les avis sont plus partagés. Les règles gouvernant leur élaboration seraient trop rigoureuses et contraignantes pour que la personnalité de l'auteur puisse s'y révéler⁴⁸, mais l'argument n'est pas toujours jugé pertinent⁴⁹. Enfin, s'agissant des index, l'opinion majoritaire (mais non unanime) les exclut de la protection par le droit d'auteur⁵⁰.

18. La base de données originale, œuvre protégée par le droit d'auteur. Protégeable par le droit d'auteur, la base de données doit encore satisfaire à la condition d'originalité exigée de toute création de forme pour pouvoir accéder à la protection instaurée par les articles L. 111-1 et suivants du CPI⁵¹. L'originalité est en effet la condition essentielle pour l'obtention des droits d'auteur.

19. L'originalité, critère traditionnel. Opposée à la nouveauté, critère objectif de protection de l'invention par le droit des brevets, elle est traditionnellement définie comme étant l'empreinte de la personnalité de l'auteur. En effet, il faut, mais il suffit, que la forme créée soit le reflet de la personnalité de l'auteur, en porte la marque, révèle son effort créateur ou son tempérament et son style propres, etc.⁵² : les expressions sont variées, mais renvoient toutes à cette notion subjective qui caractérise la dimension personaliste du droit d'auteur en France. Si la condition est relativement facile à apprécier pour les œuvres artistiques (dont on conçoit aisément qu'elles puissent exprimer la personnalité de leur créateur), tel n'est pas le cas pour celles ayant un caractère littéraire moins marqué ou un caractère technique et utilitaire, plus affirmé, comme les recueils et anthologies hier, les bases de données aujourd'hui. Pourtant, « le réalisateur du recueil a payé de sa personne, exprimé sa personnalité en choisissant tels passages plutôt que tels autres, et, lorsqu'il a emprunté les extraits à diverses œuvres, tiré de son propre fonds l'ordre selon lequel il les présente [...]. Un autre érudit n'aurait pas fait les mêmes choix que lui, et, dans les recueils de passages d'une pluralité d'œuvres, aurait peut-être préféré un plan différent »⁵³. La condition

⁴⁶ Selon M. Vivant (« Informatique et propriété intellectuelle », *JCP* 1984, I, 3169), l'abstract est un « descriptif analytique élaboré suivant une structure logique qui va du juridique au factuel et du général au particulier ». Sur la théorie de l'abstract, voir également, M. Bibent, *L'informatique appliquée à la jurisprudence*, Paris, Litec, 1976, p. 17 et s.

⁴⁷ Ou indexation, que M. Vivant et C. Le Stanc (*Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 381) définissent comme « le choix des mots clefs qui permettent d'identifier les thèmes majeurs d'une œuvre, et pour caractériser celle-ci et la retrouver dans un *corpus* documentaire et pour donner un rapide aperçu de son contenu au lecteur qui a l'indexation sous les yeux ».

⁴⁸ N. Mallet-Poujol, *La commercialisation des bases de données*, *op. cit.*, n° 592.

⁴⁹ M. Vivant et C. Le Stanc, *Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 382 (« [...] *a priori* la technique de l'abstract ne doit pas être tenue pour insusceptible de donner prise à un droit d'auteur [...] le fait qu'une protection soit possible ne signifie pas qu'elle soit due ») ; P. Catala, « Rapport de synthèse » au colloque de l'IRPI, in *Banques de données et droit d'auteur*, 1987.

⁵⁰ En ce sens : M. Vivant et C. Le Stanc, *op. cit.*, n° 381 ; A. Françon, *RTD com.*, 1981, p. 83 ; N. Mallet-Poujol, *La commercialisation des bases de données*, *op. cit.*, n° 591 ; P. Catala, « Rapport de synthèse » au colloque de l'IRPI, in *Banques de données et droit d'auteur*, 1987, p. 125, n° 21.

⁵¹ Même si la loi n'exige pas expressément cette condition, celle-ci est classiquement requise pour que le créateur puisse jouir des droits reconnus à l'auteur. Sur ce point, voir notamment : Desbois, *op. cit.*, n° 2 et s. ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 25 et s. ; A. Lucas et P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP* 1993, I, 368.

⁵² Voir par exemple : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 81.

⁵³ Desbois, *op. cit.*, n° 127.

d'originalité doit donc être caractérisée, même si, en contrepartie du caractère subjectif du critère, il importe peu que l'expression de la personnalité de l'auteur soit peu perceptible.

20. Autre facteur contribuant à brouiller les « pistes », l'appréciation de l'originalité emprunte souvent des « chemins interdits » : il n'est pas rare (loin s'en faut...) que le juge prenne en compte la nouveauté ou, moins directement (encore que...), l'absence d'antériorités, voire le caractère courant de l'objet examiné pour accorder le bénéfice du droit d'auteur⁵⁴. Le constat est le même concernant le mérite de la création ou du créateur, pourtant formellement exclu de l'appréciation du juge par l'article L. 112-1 CPI⁵⁵. Et pourtant les décisions sont nombreuses, qui, constatant ici le « talent de l'auteur »⁵⁶, là « le caractère original [du guide] le distinguant des autres »⁵⁷ admettent l'œuvre en cause dans le giron du droit d'auteur. Qu'il y ait dérive ou non⁵⁸, il convient d'en tenir compte, car le propos vaut pour les bases de données, dont la condition d'originalité fait souvent difficulté : que la base de données puisse être originale est une chose, que l'on sache à quoi reconnaître cette originalité en est une autre, bien plus délicate.

21. **L'originalité des bases de données.** Si l'originalité est la « pierre de touche des droits d'auteur »⁵⁹, elle est surtout, concernant les bases de données, la pierre d'achoppement de la protection étudiée⁶⁰. Quels peuvent être, en effet, les critères d'appréciation de la condition dans notre domaine ? Certaines, en effet, tendent à l'exhaustivité et sont des œuvres de pure compilation : là est bien leur objet, voire leur intérêt. Même en dehors de ces bases dites de compilations, l'identification de l'originalité fait problème : les discussions doctrinales suscitées par la condition ont été et sont nombreuses.

Certes, le législateur français guide l'interprétation du juge en posant que les bases de données sont protégeables lorsque « par le choix ou la disposition des matières, [elles] constituent des créations intellectuelles »⁶¹. Ces critères ne sont pas nouveaux et étaient déjà utilisés pour apprécier l'originalité des anthologies et des recueils d'œuvres diverses sous l'empire de la loi du 11 mars 1957⁶². Le fait que ces critères soient connus n'en rend pas le maniement nécessairement plus efficace. Quant à la directive, elle n'éclaire pas davantage lorsque, dans son article 3-1, elle ajoute que la base protégeable est celle qui, par le choix ou la disposition

⁵⁴ Il faut bien parler d'objectivation de la notion d'originalité. À cet égard, très révélateur, l'arrêt de principe *Babolat c/ Pachot*, rendu en matière de logiciel (Cass. Ass. Plén., 7 mars 1986, *JCP* 1986, II, 20631, note Mousseron, Teyssié et Vivant ; *RIDA*, 1986, n° 129, p. 136, note A. Lucas ; *RTD com.*, 1986, p. 399, obs. Françon), qui fait de l'originalité « la marque d'un apport intellectuel ». Mme Corripio Gil-Delgado relève une évolution similaire de la notion en droit espagnol.

⁵⁵ C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, Paris, LGDJ, 1981.

⁵⁶ Par exemple, à propos de photographies : Paris, 20 septembre 1994, *RIDA*, 1995, n° 164, p. 367.

⁵⁷ Paris, 5 avril 1994, *D.*, 1994, IR, p. 141.

⁵⁸ En ce sens, A. Lucas et P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *op. cit.*, n° 15 et s. ; nous pensons, pour notre part, que l'originalité n'a jamais été ce que l'on a dit qu'elle était, c'est-à-dire cette notion toute pétrie de subjectivité, excluant radicalement la nouveauté (surtout), le mérite (aussi) et qu'elle a toujours intégré ces critères présentés comme interdits (A. Maffre-Baugé, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Thèse, Montpellier, 1997).

⁵⁹ Desbois, *op. cit.*, n° 8.

⁶⁰ Le contentieux est à vrai dire peu abondant, avant comme après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} juillet 1998. C'est surtout le droit *sui generis* qui alimente les recours devant le juge.

⁶¹ Art. L. 112-3 CPI.

⁶² À noter que l'article L. 112-3 tel qu'issu de la loi du 11 mars 1957 énonçait que les anthologies et recueils étaient protégeables lorsque par « le choix et la disposition des matières », ils constituaient des créations intellectuelles. Le critère était donc cumulatif ; il est aujourd'hui alternatif.

des matières, constitue une « création intellectuelle **propre à son auteur** »⁶³. Il faut donc se résoudre à solliciter la jurisprudence. Or, elle n'est pas très fournie en ce qui concerne les bases de données, raison pour laquelle on lira avec intérêt la décision rendue par les juges lyonnais le 28 décembre 1998, à propos d'une base de données sur support électronique, contenant des conventions collectives, jugée protégeable car « la présentation, la répartition en rubriques, la mise en page et la synthèse sont originales et constituent l'apport créatif de l'auteur »⁶⁴. À défaut, on pourra consulter la jurisprudence relative aux compilations utilitaires, même si l'impression d'ensemble a surtout pour effet de plonger l'interprète dans la perplexité⁶⁵, ce qui ne va pas sans malmener l'impératif de sécurité juridique.

22. En tout état de cause, le seul choix pouvant suffire pour établir l'originalité de l'œuvre, les œuvres dites de sélection peuvent être accueillies dans le champ de la protection. Le cas des bases de données de pure compilation reste épineux tant il est difficile, voire impossible, de déceler, dans un *corpus* recueillant de manière systématique et exhaustive des données, une quelconque expression de la personnalité de l'auteur. Dans cette hypothèse, le critère du choix est par nature inefficace. Il faudra alors recourir à celui de la disposition des matières, encore que lui aussi puisse se révéler peu opérationnel, notamment lorsque la forme de la présentation est imposée par le contenu des données traitées et/ou les usages en vigueur⁶⁶.

23. **L'originalité en droit comparé : le droit espagnol.** La solution française, conforme aux prescriptions communautaires⁶⁷, est également celle adoptée par le droit espagnol. Avant même que ne soit transposée la directive de 1996, le système juridique espagnol admettait la protection des bases de données par droit d'auteur. Or, dès cette époque, de nombreuses controverses étaient apparues à propos de la condition d'originalité. Selon Mme Corripio Gil-Delgado⁶⁸, les

⁶³ C'est nous qui soulignons. Le renvoi à la directive du 14 mai 1991, qui définit le programme d'ordinateur protégeable comme celui qui est « original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur » (art. 1^{er} 3^o), pour évident qu'il soit, n'en recèle pas moins la même ambiguïté. En ce sens : A. Lucas, *in Droit de l'informatique et de l'Internet, op. cit.*, n° 584, p. 358.

⁶⁴ TGI Lyon, 28 décembre 1998, *RIDA*, 1999, n° 181, p. 325. La décision ne peut qu'attirer notre attention car on pourrait imaginer qu'elle soit consultée à des fins d'enseignement et/ou de recherche. Voir également, Paris, 15 janvier 1997, *RD propr. intell.*, 1997, n° 73, p. 27 (l'originalité d'une base de données s'apprécie au regard du plan, de la composition, de la structure, du langage, et plus largement de l'œuvre en cause).

⁶⁵ Pour une illustration de cette hétérogénéité en matière de compilations utilitaires : A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 113.

⁶⁶ Voir par exemple Trib. Com. Lyon, 30 juillet 1993, *Petites affiches*, avril 1995, n° 51, p. 14, note A. Latreille.

⁶⁷ Art. 3-1 de la directive : « Les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur ».

⁶⁸ Elle illustre son propos en évoquant la jurisprudence, et notamment l'arrêt rendu par le Tribunal suprême, en date du 17 octobre 1997, qui a refusé la protection par droit d'auteur à une liste des entreprises de la chambre de commerce et d'industrie d'Alava, et des chambres de commerce, d'industrie et de navigation de Bilbao et de Guipuzcoa au double motif que la base de données en cause ne témoignait d'aucune créativité et originalité et était composée d'éléments communs, à la portée de tous. De cette affaire, il ressort que :

« Une base de données est originale si elle constitue une "création nouvelle digne de protection", ce qui est le cas si "elle ne se limite pas à introduire dans une région une idée qui appartient au patrimoine culturel actuel" (Audience provinciale de Tolède du 3 mai 1994) ;

L'originalité d'une oeuvre par rapport à une autre s'apprécie en comparant le volume, la conception et le contenu des deux bases (Tribunal suprême, 17-10-1997) ;

En partant du contenu de la base, sont dépourvus d'originalité les simples listages qui ne révèlent aucune théorie ou aucune technique (*ibid.*) ;

L'originalité peut tenir également à la conception de la base et à la méthode de disposition de ses éléments. Ainsi, par exemple, une base utilisant pour seul système ou méthode le classement par ordre alphabétique des industries et des entreprises serait dépourvue d'originalité (*ibid.*) ».

discussions « portaient essentiellement sur le fait que ces [listes], guides et autres bases ne satisfaisaient pas aux conditions d'originalité requises pour être protégés par le droit d'auteur. En effet, pour atteindre un degré minimum d'originalité, il ne suffisait pas de collecter indistinctement des données ou des œuvres, ni de les classer ou de les disposer en fonction de critères habituels ou routiniers (classement par ordre alphabétique ou chronologique, par adresses, tailles, etc.), comme le font les annuaires, les listes d'adresses professionnelles, les guides des rues et les programmes. Ces créations sont considérées comme étant dépourvues d'originalité et ne sont donc pas protégées par le droit d'auteur ».

24. Avec l'entrée en vigueur de la loi de transposition de la directive, la question s'est posée de savoir si la condition d'originalité devait être entendue différemment, et quelles allaient en être les conséquences, en cas de réponse positive, sur le nombre des bases de données. Mais Mme Corripio Gil-Delgado note que « ni la rédaction de la directive dans la version espagnole, ni la transposition de ce point dans l'article 12.1⁶⁹ de notre TRLPI ne mentionne de façon expresse un critère spécifique d'originalité pour les bases de données »⁷⁰. Aussi continue-t-elle de s'interroger sur la permanence des critères traditionnels et ses effets sur le caractère protégeable des bases de données, d'autant que la jurisprudence rendue depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi n'est pas très explicite : l'exigence d'originalité n'y est pas véritablement analysée, comme si la question de l'originalité ne se posait pas. Ainsi, dans un jugement du tribunal de première instance d'Elda (Alicante) du 2 juillet 1999⁷¹, où était en cause une base documentaire (plus précisément de jurisprudence), composée de divers éléments tels que résumés, analyses du contenu, etc., la condition d'originalité n'a pas été discutée.

25. En l'état actuel du droit positif, l'originalité s'appliquant aux bases de données n'a donc pas encore été définie. Si, traditionnellement, l'œuvre originale s'entend de manière subjective comme étant celle qui reflète la personnalité de l'auteur⁷², ce qui est en tout point comparable à notre conception, l'étude de la jurisprudence montre une tendance à « l'objectivation »⁷³, si bien que l'appréciation de l'originalité paraît désormais passer par le recours à des critères tant subjectifs qu'objectif. Selon Mme Corripio Gil-Delgado, la doctrine espagnole estime que la définition du critère d'originalité « ne doit être ni large au point de protéger par les droits d'auteur toutes les bases de données, puisque la distinction entre bases de données originales et non originales constituerait une incongruité juridique, ni aussi stricte que celle appliquée aux œuvres visées à

⁶⁹ Article 12-1. TRLPI : « Sont également objet de propriété intellectuelle, aux termes du Livre I^{er} de la présente loi, les recueils d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants tels que les anthologies et les bases de données qui, par le choix ou la disposition de leur contenu, constituent une création intellectuelle, sans préjudice, le cas échéant, des droits subsistant sur ce contenu ».

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ L'affaire concernait un litige entre deux sociétés, Arandazi S.A. et Dealing World S.A., cette dernière offrant à ses clients, moyennant le paiement d'un abonnement mensuel ou trimestriel, à travers le système World Wild Web, des services de consultation des bases de données de *Téléjurisprudence* et de *Télé législation*, bases identiques à celles commercialisées par la première. Le tribunal a jugé qu'il y avait eu une double atteinte aux droits de la société Arandazi ; atteinte à ses droits de propriété intellectuelle de reproduction, de distribution, et de communication au public, mais également au droit *sui generis* que la loi espagnole reconnaît également au producteur de bases de données. Sur ce point, voir *infra*.

⁷² Tribunal suprême, 26 octobre 1992, RJ 1992/8286 (à propos d'ouvrages de bijouterie).

⁷³ L'œuvre protégeable serait désormais « l'œuvre objectivement nouvelle » en ce sens que « tout ce qui relève du patrimoine commun, tout ce qui constitue le patrimoine culturel ou qui est à la portée de tous ne fait pas l'objet de protection ». Audience provinciale d'Alicante, 18 octobre 1999, cité par Mme Corripio Gil-Delgado.

l'article 10 TRLPI ». Pour Valbuena Gutierrez ⁷⁴, l'originalité devrait obéir à un critère objectif et être comparée à la nouveauté. Pour Rodrigo Bercovitz ⁷⁵ en revanche, le choix d'un critère subjectif d'originalité se justifie dans la mesure où « les progrès en création s'accomplissent très lentement, à partir de petites variations ».

26. L'originalité en droit américain. Force est de constater que les critères de choix et disposition des matières sont également recherchés Outre-Atlantique, puisque l'originalité des bases de données est ainsi définie : « « Originality » with databases that contain primarily factual information can be found in the choice of what information to include (referred to as « originality in selection » or « selectivity ») ; and in the originality of the arrangement or ordering of the data » ⁷⁶. On remarquera également la même volonté des tribunaux d'encadrer plus strictement la notion de compilation protégeable (*cf.* plus haut, pour ce qui concerne le droit français, la jurisprudence Coprosa) : le cas *Feist v. Rural Telephone Service Co.* est à cet égard exemplaire ⁷⁷. Pour autant, l'application de ces critères ne semble pas pleinement satisfaisante. M. Hardy se demande en effet à partir de quel degré de sélection ou de disposition la base de données sera considérée comme protégeable, et va même jusqu'à s'interroger sur la pertinence du critère de disposition d'une base de données électronique puisque celle-ci peut être réorganisée par l'utilisateur dans le sens qu'il souhaite ⁷⁸.

27. Absence d'autres conditions... de fond comme de forme. Ce sont donc, finalement, les conditions de droit commun du droit d'auteur qui s'appliquent aux bases de données, même si l'appréciation de l'originalité se révèle parfois délicate. L'on en déduira que les critères tels que le mérite (déjà évoqué), la destination, le genre et la forme d'expression, traditionnellement exclus

⁷⁴ J. Antonio Valbuena Gutierrez, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Ed. Comares, Colección de estudios de Derecho Privado, n° 15, Grenade, 2000, p. 134.

⁷⁵ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la STS de 30 de enero de 1996 en CCJC*, n° 41, réf. 115, p. 738.

⁷⁶ T. Hardy donne l'exemple *Eckes v. Card Prices Update*, 736 F.2d 859 (2d Cir. 1984) : « This case involved a published list of "baseball cards" that included each card's estimated retail value. The list included some 5,000 especially valuable baseball cards, chosen from roughly 18,000 extant cards. The court concluded that the "author" of the list had exercised "selection ... and judgment" in picking the particular 5,000 cards. Consequently the court concluded that the list of 5,000 cards was an original work of authorship and hence was copyrighted. Other "price lists" have also been considered copyrightable partly because the authors had selected the items to list. More importantly, the authors had done research to determine price estimates and had chosen how much weight to give to these differing estimates in order to produce their own price list. See, for example, *CCC Information Services, Inc. v. Maclean Hunter market Reports, Inc.*, 44 F.3d 61 (2d Cir. 1994), which concluded that a price list for the estimated value of a large number of used cars was copyrightable. See also *CDN Inc. v. Kapes*, 197 F.3d 1256 (9th Cir. 1999), which concluded that a list of coins suitable for coin collectors, with accompanying estimates of each coin's wholesale price, was sufficiently original in selection to qualify for copyright. »

⁷⁷ Selon T. Hardy : « Databases have been considered copyrightable for a hundred years or more-since long before the term "database" came into use. Courts granted copyright protection routinely to collections of facts and other information until 1991, when the Supreme Court decided *Feist v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991). The Feist case concluded that a telephone book showed neither original "selectivity" nor original "arrangement" in the copyright sense. The author could not claim original "selectivity" because the phone book simply included all the names of people in that town who had a phone number. Nor could the author claim an original "arrangement" given that the phone book's arrangement was alphabetical order, by last name ». Pour un commentaire de cette affaire, voir *RIDA*, 1991, n° 150 p. 99, note Geller.

⁷⁸ T. Hardy ajoute : « A database printed on paper-like a catalog or an inventory list-will have a particular "arrangement" that can be examined. With most electronic databases, there is some question as to what "arrangement" means. One court has said that for CD-ROM databases, the "arrangement" is the order that the information appears physically on the CD-ROM disk. See *Bender v. West*, 158 F.3d 693 (2d Cir. 1998) ».

de l'appréciation du juge⁷⁹ (article L. 112-1 CPI), le sont également pour l'œuvre base de données.

Reste à dire quelques mots sur l'obligation de dépôt légal à la Bibliothèque nationale de France, qui concerne – aussi⁸⁰ – les bases de données, « lorsqu'elles sont mises à la disposition du public, à titre onéreux ou gratuit, par diffusion en nombre d'un support matériel de quelque nature que ce soit »⁸¹. L'on voit que le champ d'application de l'obligation est fort large – si bien que les bases utilisées et/ou produites dans le cadre de l'enseignement et de la recherche n'ont aucune raison d'y échapper –. Les bases électroniques comme non électroniques sont visées. L'exigence de support matériel n'est pas une condition de nature à restreindre la portée de l'exigence aux seules bases papier car l'enregistrement sur CD-Rom est toujours possible (on pense en particulier aux sites internet qui sont susceptibles d'être qualifiés de bases de données). En tout état de cause, pas plus que pour les autres œuvres objets de droit d'auteur, le dépôt légal n'est une formalité attributive de droit.

b) Les titulaires du droit

28. Application de principe du droit commun. En l'absence de disposition spécifique, la question de la titularité des droits sur la base de données obéit au droit commun de la propriété littéraire et artistique. Selon l'article L. 111-1 CPI, « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». C'est donc de la création que naît le droit de l'auteur sur l'œuvre : le titulaire des droits est celui qui crée l'œuvre, celui qui exprime sa personnalité à travers l'œuvre⁸². D'où l'on déduit, traditionnellement, que l'auteur ne peut être qu'une personne physique⁸³, car une personne morale ne peut pas être à l'origine d'une création intellectuelle⁸⁴ et ne peut pas davantage être investie des prérogatives morales lesquelles sont attachées à la personne de l'auteur⁸⁵. Si la solution est conforme à la conception personnaliste du droit d'auteur français, elle est également consacrée par la directive du 11 mars 1996 qui énonce que « l'auteur d'une base de données est la personne physique ayant créé la base »⁸⁶.

⁷⁹ Art. L. 112-1 CPI.

⁸⁰ Voir articles 7 et suivants du décret n° 93-1429 du 31 décembre 1993 : à côté des bases de données, sont soumis à cette obligation les documents imprimés, graphiques et photographiques, les progiciels et systèmes experts, les phonogrammes et vidéogrammes, les documents multimédias.

⁸¹ Article 10 alinéa 1 du décret précité. Le dépôt est effectué par la remise ou l'expédition, en deux exemplaires, du support permettant l'utilisation de la base par le public et incombe à la personne qui l'édite, le produit ou l'importe, au plus tard le jour qui suit la mise à disposition du public.

⁸² Le Parlement avait voté un amendement en vertu duquel l'auteur d'une base de données était celui qui « prend l'initiative et la responsabilité de la constitution » de la base, amendement finalement écarté.

⁸³ Desbois, *Le droit d'auteur en France, op. cit.*, n° 166 et n° 145 : « Les personnes morales n'ont pas l'aptitude à créer elles-mêmes des œuvres de l'esprit ; les nécessités de la vie ont conduit à les investir d'une personnalité juridique [...]. Mais la création intellectuelle est l'apanage d'une intelligence, d'une sensibilité dont sont dénuées sociétés et associations ; ce n'est qu'en vertu d'une fiction que le Parlement aurait pu les investir des attributs d'auteur. Il a estimé inutile de le faire [...] ».

⁸⁴ Paris, 25 mai 1975, *D.*, 1976, 104, note Desbois (l'arrêt a été cassé par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 octobre 1977, *Bull. crim.*, n° 322, p. 822, mais pour des raisons propres à l'espèce). Voir également : Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 1982, *JCP* 1983, II, 20054, note Plaisant ; *D.*, 1983, IR, p. 89, obs. Colombet ; *RTD com.*, 1982, p. 428, obs. Françon ; Cass. com. 5 novembre 1985, *Bull. civ.*, IV, p. 261.

⁸⁵ Article L. 121-1 CPI

⁸⁶ Art. 4.1.

29. Le principe... et la pratique. Or, dans la quasi-totalité des cas, l'auteur de la base n'est pas une personne isolée⁸⁷ : elle est créée par plusieurs personnes physiques ou, plus fréquemment encore, à l'initiative d'une personne morale. La directive admet que celle-ci puisse être titulaire des droits lorsque la législation de l'État membre concerné l'autorise, ce qui n'est donc pas **en principe** le cas de la loi française⁸⁸. Aussi la qualité d'auteur varie-t-elle en fonction du mode de création de l'œuvre base de données. Plusieurs hypothèses doivent, en conséquence, être distinguées.

- L'œuvre est créée par une seule personne

30. La personne qui crée la base est investie des droits sur l'œuvre. Mais il y a, en vérité, peu à dire qui soit spécifique à l'objet de notre étude, tant le régime qui leur est applicable est ici comparable à celui des autres œuvres de l'esprit. Deux cas retiennent toutefois l'attention : celui de la création salariée et celui de la cession des droits sur la base.

31. La création salariée de bases de données. L'hypothèse mérite que l'on s'y attarde car elle est très fréquente en pratique⁸⁹. La directive du 11 mars 1996 laissait à la discrétion de chaque État membre la question de savoir quel sort lui réserver, encore que la préférence ait été nettement exprimée en faveur de l'organisation d'un système de dévolution des droits patrimoniaux à l'employeur⁹⁰.

32. L'absence de régime dévolutif des droits à l'employeur. En application de cette liberté, le législateur français a choisi de ne pas poser de règles spécifiques pour les bases de données créées dans le cadre d'un contrat de travail. Il n'a donc pas adopté de dispositif similaire à celui mis en place par l'article L. 113-9 CPI pour la création salariée de logiciels⁹¹, en vertu duquel l'employeur est titulaire des droits patrimoniaux et est dès lors seul habilité à les exercer. Ce choix se justifie par le constat que la plupart des bases de données créées par des salariés en application de leur contrat de travail pourraient être qualifiées d'œuvres collectives, si bien que l'adoption d'un tel système, dérogeant au droit commun du droit d'auteur, n'a pas été jugée nécessaire⁹² : c'est la personne morale, ayant par ailleurs la qualité d'employeur, qui est dès lors investie des droits sur l'œuvre⁹³. Deux hypothèses doivent donc être distinguées, en dehors des cas où la qualification d'œuvre collective est applicable.

33. En l'absence d'un contrat de cession des droits d'auteur du salarié à l'employeur. Les droits portant sur l'œuvre créée dans le cadre d'un contrat de travail sont dévolus au créateur-salarié et

⁸⁷ Pour le cas où l'œuvre a été créée à l'initiative d'une personne morale de droit public : voir les études de J.-M. Bruguière, « La diffusion des données publiques produites dans le cadre de l'enseignement et de la recherche » et de M. Cornu, « Les créations intellectuelles des agents publics et fonctionnaires de la recherche, de l'enseignement et de la culture ».

⁸⁸ Directive 11 mars 1996 art. 4.1.

⁸⁹ La création salariée que nous envisageons ici est celle de salariés du secteur privé, et nous renvoyons à l'étude de M. Cornu pour le cas de bases de données créées par un agent de la fonction publique.

⁹⁰ Considérant 29.

⁹¹ Art. L. 113-9 CPI : « Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer ». La différence de traitement juridique entre le logiciel créé par un salarié et une base de données, créée dans les mêmes conditions, est donc flagrante.

⁹² Protection juridique des bases de données, loi n° 98-539 du 1^{er} juillet 1998, *JCP* 1998, éd. E, Aperçu rapide, p. 1326.

⁹³ Voir ci-après.

non à l'employeur. Certes, on pourrait considérer que le contrat de travail entraîne implicitement la cession par le salarié de ses droits d'auteur (et spécialement de son droit de reproduction) à l'employeur puisqu'il est embauché pour accomplir telle prestation entrant dans la composition de la base de données (photographie, résumé, abstract, index, etc.). Mais l'argumentation se heurte à l'article L. 111-1 alinéa 3 CPI, selon lequel « l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu [à l'auteur d'une œuvre de l'esprit du fait de sa création] », et la jurisprudence lui reconnaît la valeur d'une disposition générale⁹⁴. Il ne peut donc pas y avoir de transfert implicite à l'employeur du seul fait de l'existence d'un contrat de travail, à moins que les parties aient prévu, dans celui-ci ou dans une convention séparée, la question des droits d'auteur (hypothèse qui paraît souhaitable si l'on veut éviter un éventuel contentieux)⁹⁵. L'on notera que la solution est identique lorsque l'œuvre est réalisée dans le cadre d'un contrat d'entreprise, lequel n'emporte pas de dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle en dehors de l'existence d'une convention de cession des droits⁹⁶.

34. Droit espagnol. Ce n'est pas la solution consacrée par le droit espagnol. Si, pour ce qui concerne la question de la titularité des droits d'auteur, l'Espagne adopte un système comparable au nôtre, (c'est en principe le créateur qui bénéficie de ces droits, ce qui implique que celui qui définit la structure de la base est investi des prérogatives que reconnaît la loi⁹⁷), en revanche le régime applicable à la création salariée est différent : « La transmission à l'employeur des droits d'exploitation de l'œuvre créée dans le cadre d'une relation de travail est régie par les dispositions du contrat, celui-ci devant être établi par écrit »⁹⁸. En l'absence de contrat écrit, « les droits d'auteur sont présumés avoir été cédés en exclusivité et dans toute la portée nécessaire à l'exercice de l'activité habituelle de l'employeur au moment de la livraison de l'œuvre [...] »⁹⁹. Ainsi, la loi espagnole met en place un système caractérisé par la subsidiarité en ce qu'il fait prévaloir le contrat conclu entre les parties, mais qui, à défaut d'une telle convention, instaure une présomption de cession des droits patrimoniaux en faveur de l'employeur. Cette solution va dans le sens préconisé par les instances communautaires mais n'est pas propre aux bases de données (voire aux logiciels, si l'on raisonne à partir de l'exemple français). Cette présomption s'applique, en effet, à « n'importe quelle autre œuvre créée par une personne salariée » : il n'y a donc pas de solution particulière concernant les bases de données, lesquelles sont soumises, de ce point de

⁹⁴ Com. 11 avril 1975, *D.*, 1975, 759, note Desbois ; Civ. 1^{re} 16 décembre 1992, *RIDA*, 1993, n° 156, p. 193, obs. Kérever et note Sirinelli ; Soc. 21 octobre 1997, *JCP* éd. E, 1998, p. 1047, note J.-M. Mousseron ; en dernier lieu, à propos des journalistes : Civ. 1^{re}, 23 janvier 2001, *Comm. com. électr.*, mai 2001, comm. n° 44, 1^{re} décision ; Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, *Légipresse*, n° 185, octobre 2001, III, p. 155, note Alleaume.

⁹⁵ M. Vivant et C. Le Stanc, *Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 367.

⁹⁶ Civ. 1^{re}, 24 octobre 2000, *Comm. com. électr.*, 2001, comm. n° 123, note Caron (à noter, cependant que l'article L. 132-31 CPI énonce une solution différente pour le cas de l'œuvre de commande utilisée pour la publicité, règle dont on voit mal comment elle pourrait être appliquée dans le domaine qui nous concerne, celui des bases de données destinées à l'enseignement et la recherche). Il faudra donc, comme dans le cadre d'un louage de services, organiser conventionnellement la cession des droits, soit dans le contrat de commande, qui deviendra alors un contrat mixte (P.-Y. Gautier, obs. sous Civ. 1^{re}, 24 novembre 1993, *RTD civ.*, 1994, p. 631 et s.), soit dans un acte séparé (S. Denoix de Saint-Marc, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Paris, Litec, 1999, n° 67 et s.).

⁹⁷ Selon Mme Corripio Gil-Delgado « par rapport aux règles générales donc, aucune particularité juridique n'est introduite pour les bases de données. L'auteur de la bases de données originale est la ou les personnes physiques qui ont créé cette base », en application de l'article 5-1 TRLPI selon lequel : « Est considérée comme auteur la personne physique qui crée une oeuvre littéraire, artistique ou scientifique ».

⁹⁸ Art. 51-1 TRLPI.

⁹⁹ Art. 51-2 TRLPI. L'article ajoute : « L'employeur ne peut en aucun cas utiliser l'œuvre ou en disposer à des fins différentes de celles qui découlent des dispositions des paragraphes précédents ».

vue, au même régime que les autres œuvres. Deux remarques pour finir. Quant à la première, elle est formulée par Mme Corripio Gil-Delgado¹⁰⁰ : « Cette règle ne signifie pas que toute œuvre créée dans le cadre d'une relation de travail ou par l'auteur salarié soit présumée avoir été cédée ; elle intervient uniquement lorsqu'il existe une commande de caractère générique ou spécifique en vue de la création de certaines œuvres qui doivent s'accorder avec l'activité habituelle de l'employeur au moment où ces œuvres lui sont livrées », ce qui nous semble renvoyer, si l'on raisonne par analogie avec le droit français des brevets, à ce que l'on pourrait appeler des créations « de mission »¹⁰¹. Mais *quid* dans le cas inverse ? Autre interrogation : qu'advient-il lorsque le contrat de travail est verbal ou lorsque le contrat est bien écrit comme l'exige la loi, mais ne contient aucune stipulation concernant la dévolution des droits à l'employeur ? Nos correspondants n'envisageant pas ces hypothèses, il nous est impossible d'apporter une réponse.

35. Droit américain. Les droits sont en principe dévolus à la personne ou aux personnes qui, par le choix et la disposition des matières, ont créé la base. Mais le système américain réserve d'abord le cas de la création salariée de la base de données en organisant un système de dévolution des droits à l'employeur (personne physique ou morale) lorsque la base a été créée dans le cadre d'un contrat de travail et en exécution de celui-ci. Le cas de la base créée dans le cadre d'un contrat d'entreprise peut également échapper à l'application du principe, si les parties ont conclu une convention de cession des droits.

36. En présence d'une convention de cession entre l'auteur/salarié et l'employeur. La question de l'exercice des droits sera bien évidemment soumise à la loi contractuelle¹⁰². Réserve faite de l'hypothèse où la base de données pourrait être qualifiée d'œuvre collective, ce qui rendrait inutile le recours à une cession (encore que dans ce cas, le producteur puisse avoir intérêt à se faire céder les droits dont dispose chaque intervenant sur sa propre contribution), c'est le seul moyen pour conférer à l'employeur/personne morale le droit d'exploiter l'œuvre. Les parties prendront alors garde à éviter deux écueils¹⁰³. Le premier risque est celui d'un contrat sans objet, ce qui pourrait être le cas si la base est une œuvre collective. L'insertion d'une clause transférant au producteur des droits... qu'il a déjà par application de l'article L. 113-5 CPI pourrait accréditer l'idée qu'il n'a pas, en réalité, cette qualité, ce qui aurait des conséquences fâcheuses quant à la jouissance du droit de propriété intellectuelle. La prudence dans la rédaction du contrat s'impose donc. Le second risque encouru est celui d'un contrat nul parce que méconnaissant le principe de prohibition frappant la cession globale d'œuvres futures¹⁰⁴, encore que, selon MM. Lucas, l'article 113-5 CPI ne fasse « pas obstacle à ce que l'auteur s'engage, dans le cadre d'un contrat de travail, à créer des œuvres pour son employeur »¹⁰⁵ : il s'oppose simplement à ce que l'on considère le

¹⁰⁰ Qui s'appuie sur les travaux de J.M Rodriguez Tapia, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 840.

¹⁰¹ C'est-à-dire celles réalisées par le salarié « dans l'accomplissement d'une mission contractuelle, générale ou déterminée, et qui entrent dans cette mission » ou encore « celles faites par un salarié qui n'avait point été engagé pour une telle mission, mais à qui, occasionnellement, avaient été confiées des études et des recherches durant l'exécution du contrat de travail, à la condition que l'invention faite se rapporte à ces études et recherches » (J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, Paris, PUF, « Thémis », Paris, 1991, p. 90).

¹⁰² En ce sens, Desbois, *op. cit.*, n° 554.

¹⁰³ M. Vivant et C. Le Stanc, *Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° s 368 et s.

¹⁰⁴ Article L. 131-1 CPI : « La cession globale des œuvres futures est nulle ». En dépit de la lettre du texte, on s'accorde pour admettre qu'il vise la cession des droits et non des œuvres (en ce sens : Desbois, *RTD com.*, 1965, p. 852). Ce principe, selon la jurisprudence, ne s'étend pas aux œuvres de commande comme les contrats de mécénat par lesquels l'auteur (notamment dans le domaine des arts graphiques et plastiques) cède une partie ou la totalité de sa production à un marchand.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, n° 505.

contrat de louage de services comme impliquant cession des droits d'auteur, ou, si l'on raisonne à partir du contrat d'ouvrage, à ce que l'on déduise de celui-ci la cession des droits d'exploitation sur l'œuvre ainsi commandée¹⁰⁶. Mais, là aussi, la prudence dans la rédaction du contrat, à laquelle incitait déjà Desbois¹⁰⁷, s'impose. Deux précautions semblent de rigueur : d'une part, limiter la cession dans le temps, d'autre part, motiver le contrat dans un préambule de façon à éclairer le juge en cas de litige¹⁰⁸.

37. La cession des droits sur la base de données. Toujours dans le cas où l'œuvre base de données est créée par une personne physique (mais, cette fois-ci, en dehors du cadre d'un contrat de travail) dès lors investie *ab initio* des droits sur celle-ci, la cession de ses prérogatives, notamment à une personne morale, est envisageable. Elle est également possible, voire opportune, lorsque la base ne peut pas être qualifiée d'œuvre collective en raison des modalités particulières de sa conception et de son élaboration, notamment dans le cas où le producteur fait ponctuellement appel à un collaborateur indépendant pour la réalisation d'un support différent : l'ensemble ne constitue pas une œuvre collective au sens juridique du terme¹⁰⁹, et la conclusion d'une convention de cession permettra au producteur d'exercer les droits en cause¹¹⁰, étant entendu que l'acte ne peut pas porter sur les droits moraux qui sont, en vertu de l'article L. 121-1 CPI, « attachés à [la] personne » de l'auteur et par conséquent « inaliénables ». Aussi le créateur ne peut-il transmettre que ses droits patrimoniaux, et, toujours titulaire de ses prérogatives morales, est en mesure d'exercer son droit de repentir¹¹¹. La personne ayant participé à la constitution du fonds documentaire d'une base de données en tant qu'auteur « peut discrétionnairement revenir sur le contrat passé », ce qui implique, dans notre hypothèse, le droit de « faire retirer les données traitées, fruit de son travail, de la base »¹¹². C'est dire le danger potentiel que pourrait représenter cette prérogative pour le producteur de la base, si ce n'étaient les limites posées tant par le législateur¹¹³ que par le juge à son exercice¹¹⁴.

- L'œuvre est créée par plusieurs personnes

Deux solutions sont envisageables, selon que l'œuvre base de données est qualifiée d'œuvre de collaboration ou d'œuvre collective.

38. La base de données, œuvre de collaboration. L'hypothèse paraît marginale¹¹⁵, mais doit être évoquée. L'œuvre de collaboration est définie par l'article L. 113-2 alinéa 1 CPI, comme étant

¹⁰⁶ En ce sens : Civ. 1^{re}, 24 octobre 2000, précité, qui remet nettement en cause la solution admise par certains juges du fond et par la Cour de cassation, en vertu de laquelle la cession pouvait résulter de la nature de la commande (Civ. 1^{re}, 27 octobre 1993, *RIDA*, 1994, n° 159, p. 318), des relations commerciales existant entre les parties (Com., 1^{er} décembre 1987, *Bull. civ.*, IV, n° 239) voire de la facturation des objets livrés (Civ. 1^{re}, 27 mai 1986, *D.*, 1987, somm. p. 154, obs. Colombet).

¹⁰⁷ Desbois, *op. cit.*, n° 521.

¹⁰⁸ Sur ce point, A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 512 et s.

¹⁰⁹ Sur ce point, voir ci-après.

¹¹⁰ Cf. M. Vivant et Ch. Le Stanc, *Droit de l'informatique, op. cit.*, n° 365.

¹¹¹ Art. L. 121-4 CPI.

¹¹² M. Vivant et C. Le Stanc, *Droit de l'informatique et des réseaux, op. cit.*, n° 370.

¹¹³ L'article L. 121-4 CPI soumet l'exercice du droit de repentir à l'exigence d'une indemnisation préalable du préjudice causé au cessionnaire ; or, le montant à payer est tel qu'il dissuade souvent l'auteur.

¹¹⁴ L'exercice de cette prérogative peut être constitutif d'un abus de droit : Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *JCP* 1991, II, 21760, note Pollaud-Dulian ; *D.*, 1992, somm. 15 obs. Colombet ; *RIDA*, 1992, n° 272, note Sirinelli ; *RTDcom.*, 1991, 592, obs. Françon.

¹¹⁵ En ce sens, N. Mallet-Poujol, *Commercialisation des bases de données, op. cit.*, n° 631.

« l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ». Trois critères peuvent être dégagés qui permettent de l'identifier¹¹⁶ : l'œuvre de collaboration est celle qui est créée par des personnes physiques¹¹⁷, qui se sont concertées, et dont la contribution est à même de leur donner la qualité d'auteur. La concertation implique une coopération entre les différents participants, décrite en ces termes par Desbois : « Peu importe que les tâches d'exécution aient été réparties au gré des affinités et de compétences ; il suffit que des efforts distincts aient été appliqués à un but commun et que chacune des contributions aient été réalisées en contemplation de l'autre. C'est donc à la communauté d'inspiration et au mutuel contrôle qu'est attaché le critère de coopération »¹¹⁸. Quant au troisième critère, il permet de cerner la notion de coauteur. Si, en principe¹¹⁹, celui qui ne fait que donner l'idée de départ de l'œuvre (les idées étant, rappelons-le, de libre parcours), le sujet, le thème ou encore des conseils, ne peut pas être considéré comme coauteur¹²⁰, il en va différemment pour celui qui, participant à l'entreprise commune par son activité créatrice, imprègne la forme créée de sa personnalité et contribue ainsi à la réalisation de l'œuvre commune. Encore faut-il préciser que la notion de collaboration n'exclut pas que l'un des participants ait un rôle de coordination des différentes contributions, de correction, voire de direction, impliquant par exemple le fait de donner des instructions ou de répartir les tâches. On cite souvent, à titre d'exemple d'œuvre de collaboration, le cas du *Journal* des frères Goncourt parce qu'il est impossible de savoir quelle est la part réalisée par chacun des deux frères, ou encore celui des œuvres mélodramatiques telles que l'opéra, qui naît de la contribution du librettiste et du compositeur.

39. Titularité des droits. Selon l'article L. 113-3 CPI¹²¹, l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs, si bien que l'exercice des droits d'auteur doit se faire d'un commun accord¹²². L'exploitation individuelle des contributions de chacun n'est pas exclue si elles relèvent de genres différents, et à condition qu'elle ne porte pas préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune¹²³.

40. Application à la base de données. Reste à savoir si l'œuvre base de données peut être qualifiée d'œuvre de collaboration. Cela implique, de la part de chaque contributeur, une participation effective à la conception générale de la base, ce qui peut être le cas lorsque le producteur consulte les divers intervenants sur le mode d'organisation des fichiers ou sur les indexations à insérer¹²⁴. Il y a bien, dans ce cas, œuvre de collaboration et non œuvre collective, mais l'hypothèse reste rare ; en pratique, l'élaboration de la base suit un schéma différent, où le producteur joue un rôle

¹¹⁶ A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 171 et s.

¹¹⁷ La solution est conforme à la conception personnaliste qui caractérise le droit d'auteur français.

¹¹⁸ Desbois, *op. cit.*, n° 133.

¹¹⁹ Mais les juges prennent parfois quelques libertés dans la mise en œuvre du principe. Sur ce point : A. et H.-J. Lucas, *op. cit.*, n° 174.

¹²⁰ Par exemple, le fait de donner le sujet d'Ivanhoë comme thème d'une pantomime équestre ne caractérise pas une contribution de nature à donner la qualité de coauteur. En ce sens : Paris, 29 juillet 1857, *Ann. propr. ind.*, 1857, p. 286. Voir également : TGI Paris, 21 janvier 1983, *D.*, 1984, IR, p. 286, obs. Colombet ; Paris, 26 mars 1992, *RIDA*, 1993, n° 156, p. 218 et *D.*, 1993, somm. p. 84, obs. Colombet.

¹²¹ Voir également l'article 4-3° de la directive du 11 mars 1996 : « Lorsqu'une base de données est créée en commun par plusieurs personnes physiques, les droits exclusifs sont détenus en commun par ces personnes ».

¹²² Sur le régime d'indivision qui s'applique à l'œuvre de collaboration, voir A. Robin, *Propriété intellectuelle et indivision*, thèse Montpellier, 2001.

¹²³ Art. L. 113-3 CPI.

¹²⁴ N. Mallet-Poujol, *op. cit.*, n° 631.

à la fois initiateur et coordonnateur et où la part de chacun n'est pas le fruit d'une communauté d'inspiration ni la contrepartie d'un contrôle mutuel, pour reprendre la terminologie de Desbois¹²⁵. La notion d'œuvre collective rend davantage compte de la genèse de l'œuvre base de données.

41. La base de données, œuvre collective. La qualification paraît davantage appropriée, même si elle est d'application souvent délicate¹²⁶, si bien qu'elle nous retiendra un peu plus longuement. L'œuvre collective est celle qui se définit comme « l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé »¹²⁷. L'œuvre collective résulte donc de la réunion de deux éléments. Il faut d'abord que l'œuvre soit créée à l'initiative et sous la direction d'une personne physique ou morale¹²⁸. C'est elle qui conçoit le projet et le met en place (d'un point de vue matériel comme intellectuel, en assignant à chacun son rôle), le dirige et en assure la coordination¹²⁹ (ce qui n'exclut pas sa participation comme « simple » contributeur, ou à l'inverse, ce qui n'exclut pas qu'un tiers soit investi de ce rôle par le biais d'un contrat de travail ou d'entreprise¹³⁰). Second élément, qui donne à l'œuvre collective une structure « pyramidale », les contributions des divers intervenants. Cette condition est l'objet de bien des discussions car la jurisprudence est loin d'être claire sur la question de savoir ce que l'on doit entendre par « distinct ». Deux conceptions sont défendues : soit, dans une interprétation littérale du qualificatif, on admet que l'œuvre collective est celle pour laquelle il est impossible de distinguer les apports des différents contributeurs¹³¹, soit l'on considère, dans une interprétation plus restrictive, qu'elle est celle dans laquelle chaque contributeur s'est cantonné au rôle qui lui a été initialement dévolu¹³². La première conception semble l'emporter¹³³. Aussi retiendra-t-on que les contributions doivent être fusionnées au point de rendre impossible l'attribution de droits distincts à chacun d'eux, tant le concours de chacun se fond dans l'œuvre commune. Ce qui implique une condition négative, une condition positive et une conséquence : l'œuvre ne naît pas de la concertation de ses différents participants, mais de l'intégration des contributions de chacun à l'initiative d'un seul, ce qui rend impossible la reconnaissance de droits à leur bénéficiaire. C'est bien le cas pour l'encyclopédie ou le dictionnaire, exemples souvent mis en avant pour illustrer la notion. Reste que dans certains cas, la juxtaposition des diverses contributions (ce qui suppose qu'elles puissent être identifiées) peut suffire, la qualification d'œuvre collective n'étant pas pour autant écartée ; le cas du journal, où la

¹²⁵ Desbois, *op. cit.*, n° 133.

¹²⁶ En raison de l'absence de clarté de la définition légale, laquelle n'est pas éclaircie par la jurisprudence.

¹²⁷ Art. L. 113-2 alinéa 3 CPI.

¹²⁸ En pratique, c'est plus souvent une personne morale qu'une personne physique.

¹²⁹ Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1970, *D.*, 1970, 769, note Edelman (cours de navigation, affaire dite du centre nautique des Glénans) : il y a œuvre collective « quand existe un maître d'œuvre qui a double fonction d'élaboration et de conception ».

¹³⁰ Voir par exemple : Grenoble, 20 novembre 1991, *Juris-Data*, n° 049152 (« ensemble initié, contrôlé et réalisé par la styliste de la société ») ; Paris, 25 juin 1992, *Juris-Data*, n° 022354 (travail de réécriture et de structuration des contributions d'un guide touristique confié à un tiers par l'éditeur).

¹³¹ Crim., 1^{er} mars 1977, *D.*, 1978, p. 233, 2^{ème} esp., note Plaisant.

¹³² Cette conception est celle développée par Desbois, *op. cit.*, n° 171. Elle a reçu l'aval d'une partie de la jurisprudence (notamment : Civ. 1^{ère}, 17 mai 1978, *D.*, 1978, p. 661, note Desbois ; Com., 7 avril 1987, *JCP* 1987, II, 20818, note Françon).

¹³³ Civ. 1^{ère}, 19 février 1991, *Bull. civ.*, I, n° 67 ; Civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *JCP* 1993, II, 22085, note Greffe.

part de chaque journaliste est en général parfaitement identifiable, est d'ailleurs souvent cité à titre d'exemple¹³⁴. C'est alors le fait que l'œuvre soit créée à l'initiative d'une personne, qui en assure la cohésion et l'unité, qui justifie la qualification d'œuvre collective¹³⁵. Où l'on voit que la notion d'œuvre collective, telle qu'elle est mise en œuvre par la jurisprudence, est finalement assez accueillante.

42. Titularité des droits. En application de l'article L. 113-5 CPI, l'œuvre collective est la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée et cette personne est investie des droits de l'auteur¹³⁶.

43. Application à la base de données. Avantages de la qualification. Concernant l'œuvre base de données, cette notion présente deux atouts. D'une part, elle prend assez bien en compte les modalités d'élaboration de ce type d'œuvre¹³⁷, si bien que l'on s'accorde aujourd'hui pour admettre qu'une base de données puisse en être qualifiée¹³⁸, dès lors bien sûr que les critères évoqués ci-dessus sont réunis, ce qui suppose une appréciation au cas par cas. Le Conseil d'État a d'ailleurs adopté cette solution à propos du répertoire Sirene, créé et exploité par l'INSEE, considérant qu'il s'agissait d'un ensemble organisé et structuré d'informations relatives à l'identité et à l'activité des entreprises, lequel constituait une base de données, et que celle-ci était une œuvre collective¹³⁹. D'autre part, elle permet à la personne morale sous le nom de laquelle elle est divulguée d'être investie *ab initio* des droits d'auteur sur l'ensemble¹⁴⁰ : c'est bien là que réside l'intérêt de la qualification envisagée, intérêt accru lorsqu'il s'agit d'une base de données puisque, répétons-le, c'est souvent une personne morale qui est à l'origine de sa création. Or, la qualification d'œuvre collective est le seul moyen pour une personne morale d'être titulaire des droits d'auteur à titre originaire sur l'œuvre (donc le seul moyen de maîtriser les divers modes d'exploitation de l'œuvre), sans qu'une convention de cession des droits soit nécessaire¹⁴¹. La notion permet en quelque sorte de neutraliser les effets de l'article L. 111-1 al. 3 CPI, ce qui explique son succès tant auprès des milieux professionnels intéressés qu'auprès du législateur¹⁴².

44. Application à la base de données. Limites de la qualification. La qualification a toutefois ses limites, qui tiennent à la fois à la définition légale retenue et aux conséquences qui lui sont

¹³⁴ Par exemple, Paris, 2 juin 1981, *Gaz. Pal.*, 1982, 1, p. 22, note Plaisant (aff. Microfor). La solution est identique pour les encyclopédies : Paris, 26 janvier 1970, *D.*, 1970, p. 294, concl. Lecourtier ; Paris, 6 novembre 1986, *D.*, 1988, somm. 205, obs. Colombet.

¹³⁵ Voir toutefois : Paris, 28 avril 2000, *Légipresse*, 2000, n° 173, II, p. 107, note A. Latreille (la qualification d'œuvre collective est écartée pour un CD Rom multimédia au double motif que la contribution de chacun des participants était individualisable après son insertion dans l'œuvre commune et que le fait qu'elle soit divulguée sous le nom de l'exploitant ne permettait pas d'établir son caractère collectif). Pour une application de la notion à un site internet : T. Com. Paris, 9 février 1998, *Rev. Lamy Dr. Aff.*, 1998, n° 5, n° 313, obs. Costes. ; Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1970, préc. ; Civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, *JCP* 1997, éd. E, I, 657, obs. Vivant et Le Stanc (logiciel).

¹³⁶ Voir également l'article 4-2° de la directive, qui énonce que « lorsque les œuvres collectives sont reconnues par la législation d'un État membre, les droits patrimoniaux sont détenus par la personne investie du droit d'auteur ».

¹³⁷ Voir toutefois ci-après.

¹³⁸ A. Lucas, *Droit d'auteur et numérisation*, Litec, 1998, n° 197 ; N. Mallet-Poujol, *La création multimédia et le droit*, *op. cit.*, n° 451 et s. ; M. Vivant et C. Le Stanc, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 362.

¹³⁹ CE 10 juillet 1996, *JCP* 1997, éd. E, I, n° 9, p. 657, obs. Vivant et Le Stanc ; *RIDA*, 1996, p. 207, note Kéréver.

¹⁴⁰ Art. L. 113-5 CPI.

¹⁴¹ Ce qui fait dire à Desbois que les œuvres collectives « font figure d'intruses dans une loi pétrée d'humanisme » (*Le droit d'auteur en France*, *op. cit.*, n° 173).

¹⁴² On a vu, en effet, qu'elle avait été invoquée pour justifier le choix du législateur français de ne pas organiser un régime de dévolution spécifique pour la création salariée de bases de données.

attachées. Concernant la définition, elle peut être source de difficultés. L'on songe d'abord à la triple condition d'édition, de publication et de divulgation, dont on ne voit pas très bien à quoi elle renvoie¹⁴³, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une base de données¹⁴⁴, laquelle n'a pas toujours vocation à être « éditée » au sens de l'article L. 132-1 CPI¹⁴⁵ ou même à être communiquée au public¹⁴⁶. Et le constat plus justifié encore s'agissant d'une base conçue et utilisée à des fins d'enseignement et de recherche. Est-il, pour autant, de nature à écarter la qualification retenue ? Faut-il, en d'autres termes, privilégier une interprétation littérale de la définition légale ? Telle n'est pas la position de la doctrine¹⁴⁷ et de la jurisprudence¹⁴⁸. Par ailleurs, la personne morale qui « édite, publie et divulgue » l'œuvre base de données, c'est-à-dire celle qui l'exploite ou a vocation à l'exploiter, peut ne pas être celle qui mène le projet à son terme en le dirigeant et en le coordonnant. Or, l'hypothèse est fréquente, notamment dans le domaine des bases de données, où l'éditeur de la base n'est pas nécessairement celui qui a joué « un rôle moteur pendant la phase d'élaboration »¹⁴⁹. Il n'est pas certain que la qualification d'œuvre collective soit ici applicable, si bien que l'article L. 111-1 CPI retrouve alors toute sa plénitude... Enfin, car si la notion d'œuvre collective permet à la personne morale d'être titulaire des droits sur l'ensemble, elle n'est titulaire de droits que sur le seul ensemble. Elle ne saurait, en effet, être investie des droits sur chaque contribution car elle ne devient pas coauteur des contributions de chacun. Or, en parfaite logique juridique, chaque participant, titulaire des droits d'auteur sur sa création-participation, est en droit d'exploiter indépendamment celle-ci, même si la mise en œuvre de cette prérogative dessert les intérêts économiques du titulaire des droits sur la base. À tout le moins, le titulaire des droits sur l'œuvre collective doit-il obtenir l'autorisation d'exploiter séparément les contributions de chacun – les arrêts récents concernant la mise en ligne d'articles de journalistes, sans l'autorisation de ceux-ci, illustrent bien la solution¹⁵⁰-. On comprendra qu'en l'absence de stipulations contractuelles claires et précises, le risque de litige est réel. Inversement, le contributeur n'étant pas titulaire de droits sur l'ensemble, il ne peut revendiquer de prérogatives patrimoniales et/ou morales sur l'œuvre commune, considérée dans sa globalité.

45. Droit comparé. À noter, que sur ce point encore, la solution consacrée par le droit espagnol présente bien des points communs avec celle qu'instaure notre législation. L'article 5-2 TRLPI pose en effet que la protection accordée à l'auteur peut être étendue à des personnes morales dans les cas qui sont expressément prévus par la loi, dont celui de l'œuvre collective. Par ailleurs, la définition de l'œuvre collective est très proche de la nôtre¹⁵¹, ce qui permet de l'appliquer aux bases de données.

¹⁴³ Desbois, *ibid.* : « Quel sens donner à chacun de ces trois verbes, pour éviter un pléonasme qui ne serait pas de bonne venue dans la rédaction d'une disposition législative ? » Et l'auteur de conclure qu'il « paraît impossible de spécialiser ces trois expressions ».

¹⁴⁴ Mais la remarque est identique s'agissant du logiciel.

¹⁴⁵ Ce qui implique « le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre ».

¹⁴⁶ H.-J. et A. Lucas, *op. cit.*, n° 203.

¹⁴⁷ Voir par exemple : M. Vivant et C. Le Stanc, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 362.

¹⁴⁸ Par exemple, Civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *JCP* 1993, II, 22085, 1^{ère} espèce, note Greffe.

¹⁴⁹ H.-J. et A. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 202.

¹⁵⁰ Lyon, 9 décembre 1999, *JCP* 2000, éd. E, chr. Dr. de l'Internet, obs. Maffre-Baugé ; Civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, *Légipresse*, n° 185, octobre 2001, III, p. 155.

¹⁵¹ Art. 8 TRLPI : « Est considérée comme œuvre collective une œuvre créée à l'initiative et sous la coordination d'une personne physique ou morale qui l'édite et la divulgue sous son nom, et constituée par la réunion des contributions d'auteurs différents qui se fondent toutes en une création unique et autonome pour laquelle elles ont été conçues, sans qu'il soit possible d'attribuer séparément à l'un quelconque des auteurs un droit sur l'ensemble ».

En revanche, le droit américain ne semble pas consacrer la notion d'œuvre collective. L'auteur peut indifféremment être une personne physique ou une personne morale (comme un établissement d'enseignement ou de recherche), si bien que la notion ne présente pas le même intérêt que de ce côté-ci de l'Atlantique ¹⁵².

2. La teneur de la protection

Classiquement, on envisagera d'abord la teneur des droits attribués à l'auteur, puis la sanction en cas de non-respect.

a) Les droits accordés

Les droits reconnus à l'auteur comportent, on le sait, des attributs d'ordre moral et patrimonial ¹⁵³.

46. Prérogatives morales. Pour les premiers, il y a, en vérité, peu à dire car on applique ici le droit commun, conformément aux prescriptions communautaires ¹⁵⁴. Le législateur, transposant la directive, n'a donc pas choisi de limiter les prérogatives morales de l'auteur comme il l'avait fait en matière de logiciel. Celui-ci, personne physique, est donc investi du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre, ainsi que du droit de divulgation ¹⁵⁵. Il dispose également du droit de repentir, en vertu duquel il peut modifier l'œuvre dont il a cédé les droits ¹⁵⁶. Ces prérogatives sont autant d'entraves possibles dans l'exploitation de l'œuvre (même si la nature de l'œuvre en cause est souvent prise en compte par les juges pour atténuer les conséquences de ces droits). L'on songe en particulier au salarié ayant conçu et réalisé la base (ou au prestataire de service auquel le producteur aurait eu recours pour l'élaboration d'une partie de la base) qui s'opposerait à la divulgation de celle-ci. On pourrait également considérer les modifications de l'œuvre base de données (pour sa mise en ligne, par exemple...) comme autant d'atteintes au droit au respect de l'œuvre. C'est dire que les sources de litiges sont potentiellement nombreuses. Reste que le droit commun permet de régler ces situations en appliquant la théorie de l'abus de droit ¹⁵⁷.

Droit comparé. Concernant les prérogatives morales de l'auteur de la base de données en droit espagnol ¹⁵⁸, la solution est fortement similaire à celle consacrée par le droit français puisque

de l'œuvre réalisée. Sauf convention contraire, les droits sur l'œuvre collective appartiennent à la personne qui l'édite et la divulgue sous son nom. »

¹⁵² Selon T. Hardy : « U.S. copyright law does not distinguish among different types of copyright owners. A research or educational establishment can be an "author," but in exactly the same way that an individual person can be an author, or a legal entity like an organization or corporation can be an author. For purposes of ownership, the question is whether some one or some entity has created an original work of authorship - not whether the author is a particular type of person or entity ». En revanche, le droit américain consacre une notion voisine de l'œuvre de collaboration, le *joint work*, qui fait des coauteurs des *joint owners*, lesquels ne peuvent donner en licence ou céder les droits sur l'œuvre qu'avec l'autorisation des autres.

¹⁵³ Art. L. 111-1 alinéa 2 CPI.

¹⁵⁴ Considérant 28 de la directive du 11 mars 1996, en vertu duquel le droit moral reste en dehors du champ d'application de ce texte. En conséquence, il doit être exercé en conformité avec le droit des États membres et les dispositions de la Convention de Berne.

¹⁵⁵ Art. L. 121-1 CPI et L. 121-2 pour le droit de divulgation.

¹⁵⁶ Art. L. 121-4 CPI.

¹⁵⁷ Voir par exemple, concernant l'exercice par un auteur salarié de bandes dessinées de son droit de repentir : Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *JCP* 1991, II, 21760, note Pollaud-Dullian ; *RTD com.*, 1991, 592, obs. Françon (l'auteur, licencié par son employeur éditeur, entendait s'opposer à la réédition de ses albums, au motif que le taux utilisé pour calculer ses droits était insuffisant ; l'exercice du droit de repentir a été jugé abusif).

¹⁵⁸ Art. 14 de la TRLPI.

le législateur a choisi de ne pas adopter de dispositif spécifique. On applique donc le droit commun. Quant au droit américain, il ne consacre le droit moral que de façon limitée et ne prévoit pas davantage de solution particulière pour les bases de données ¹⁵⁹.

47. Prérogatives patrimoniales. Le droit français reconnaît classiquement à l'auteur un droit de représentation et de reproduction ¹⁶⁰, qui lui permet d'exploiter l'œuvre. La loi de transposition ne contenant aucune disposition spécifique concernant ces prérogatives, force est d'en déduire l'application du droit commun. À noter que le texte de la directive procède autrement en énumérant les actes soumis à restriction, c'est-à-dire ceux que l'auteur a le droit exclusif de faire ou d'autoriser. Quelle que soit la démarche, le résultat est identique et permet à l'auteur d'autoriser (ou d'interdire, c'est selon...) : la reproduction, totale ou partielle, de la base ; sa communication et représentation au public ; sa traduction et son adaptation (ainsi que la reproduction et la représentation de celles-ci). Où l'on voit qu'en conférant un tel monopole au titulaire des droits d'auteur, on lui permet surtout, par le biais d'une action en contrefaçon, d'éviter qu'un concurrent propose le même produit à sa clientèle à des tarifs plus avantageux ¹⁶¹, mais on ne le protège pas véritablement contre un éventuel pillage (du contenu) de la base, risque au moins aussi grand que le précédent pour le producteur ¹⁶² et devenu particulièrement aigu avec le développement de la technologie numérique. Si la voie du contrôle et de la protection techniques en amont est de plus en plus fréquemment explorée ¹⁶³, elle ne vide pas pour autant (et pour l'instant) celle de la répression ¹⁶⁴ de toute utilité.

48. Épuisement du droit de l'auteur de la base. La directive consacre le principe de l'épuisement du droit de distribution au public ¹⁶⁵. Cette théorie a une grande importance pratique puisqu'elle empêche le titulaire d'imposer des conditions de commercialisation aux distributeurs de la base en se fondant sur ses prérogatives d'auteur car celles-ci sont épuisées du fait de la première mise en circulation du support matériel de la base. En d'autres termes, l'auteur ne peut pas contrôler le circuit de distribution de la base (sauf à invoquer le pur droit commun des obligations). Mais le principe n'a pas été repris par le législateur français, qui n'a pas parfaitement transposé le texte communautaire sur ce point ¹⁶⁶. Maladresse ou choix délibéré ? Certains, comme M. Françon ¹⁶⁷, y

¹⁵⁹ Selon T. Hardy : « U.S. copyright law recognizes “moral rights” only in a limited class of “works of visual art.” A database is not considered to be a “work of visual art” and so would not be affected by any moral rights ».

¹⁶⁰ Art. L. 122-1 CPI et s.

¹⁶¹ Par exemple, concernant des fichiers MP3 : TGI Montpellier, 24 septembre 1999, *Comm. com. électr.*, février 2000, p. 17, obs. Caron.

¹⁶² En ce sens, P. Gaudrat, « Loi du 1^{er} juillet 1998, portant transposition de la directive... », *op. cit.*, p. 608-609 ; A. Lucas, *in Droit de l'informatique et de l'Internet, op. cit.*, n° 587, p. 362.

¹⁶³ Une voie que les autorités communautaires engagent fortement à suivre. Voir les considérants (39) et (47) et suivants de la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

¹⁶⁴ Qu'il s'agisse d'une action en contrefaçon ou d'une action fondée sur le droit *sui generis* du producteur.

¹⁶⁵ Article 5 de la directive : « L'auteur d'une base de données bénéficie [...] du droit exclusif de faire ou d'autoriser : [...] c) toute forme de distribution au public de la base ou de ses copies. 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 ».

¹⁶⁶ En ce sens, A. Lucas, *in Droit de l'informatique et de l'Internet, op. cit.*, n° 586 et 627 et suivants ; P. Gaudrat, *RTD com.*, 1998, p. 608. À noter qu'en ce qui concerne le droit *sui generis*, la loi de transposition (art. L. 342-4 CPI) reprend, quasiment à l'identique, l'article 7-2 b) de la directive pour énoncer le principe de l'épuisement de ce droit du fait de la première vente d'une copie matérielle de la base.

¹⁶⁷ A. Françon, *RIDA*, 1999, p. 169 et s., spéc. p. 207 ; en droit français, « le droit de distribution n'est considéré que comme un démembrement du droit de reproduction, lequel n'est pas soumis à la règle de l'épuisement du droit ».

ont vu la volonté d'appliquer la théorie du droit de destination, qui, dans la conception française, découle du droit de reproduction : parce que l'auteur est investi du droit de reproduction, il dispose du droit de contrôler la destination des exemplaires de son œuvre, c'est-à-dire du droit de contrôler les reventes successives de ceux-ci. Or, le droit de destination n'est pas soumis à la règle de l'épuisement, et ne peut d'ailleurs pas l'être... sauf à ne pas être un droit de destination. La directive ayant énoncé expressément l'épuisement du droit de distribution, M. Lucas en déduit qu'il ne peut pas s'agir d'un droit de destination, mais de distribution, que le législateur aurait dû soumettre à la règle étudiée.

À noter que dans son article 2, la directive énonce qu'elle « s'applique sans préjudice des dispositions communautaires concernant : [...] b) le droit de location et de prêt [...] » : c'est dire que l'épuisement prévu à l'article 5 c) ne remet pas en cause le droit de l'auteur d'autoriser la location ou le prêt des copies de la base ¹⁶⁸.

49. Droit comparé. Droit espagnol. Le droit espagnol reconnaît un droit général d'exploitation à l'auteur, qui comprend : le droit de reproduction, de distribution, de communication au public et de transformation de l'œuvre. Le législateur, transposant la directive, n'a pas saisi l'occasion qui lui était donnée pour préciser la définition du droit de reproduction comme il l'avait d'ailleurs fait à l'occasion de la transposition de la directive du 14 mai 1991 relative au logiciel. La doctrine traditionnelle considère en effet que lorsque l'article 18 TRLPI définit la reproduction comme « la fixation de l'œuvre sur un support qui permet de la communiquer, ainsi que l'obtention des copies de tout ou partie de cette œuvre », n'est visée que la fixation sur un support matériel. Or, une pareille interprétation exclut que la fixation provisoire de l'œuvre – comme l'affichage d'une œuvre sur un écran d'ordinateur ou sa diffusion sur un réseau de télécommunications – soit admise au titre des actes de reproduction donnant prise au monopole de l'auteur. Pour les programmes d'ordinateur, la loi de transposition vise la reproduction « permanente et provisoire » ; rien, en revanche, pour les bases de données. Néanmoins, Mme Corripio Gil-Delgado considère que « les termes vagues de l'article 18 TRLPI permettent d'inclure la reproduction provisoire des bases de données dans les droits patrimoniaux de l'auteur » ¹⁶⁹, conformément aux dispositions de la directive ¹⁷⁰. Il n'y a donc pas, de manière générale, de solution dérogeant au droit commun.

50. En revanche, concernant les droits de communication au public et de transformation, la loi de transposition innove, même si elle ne fait que préciser des droits qui sont traditionnellement reconnus aux auteurs. Selon Mme Corripio Gil-Delgado : « Auparavant, il y avait accès public uniquement lorsque les bases incorporaient ou constituaient des œuvres protégées. Il y a désormais communication au public même si la base de données n'est pas protégée par les droits d'auteur ». Le législateur définit donc, de manière générale, ce que l'on doit entendre par communication publique ¹⁷¹, pour ensuite donner une liste d'exemples de ce qui peut être

¹⁶⁸ Voir sur ce point la directive n° 92/100/CEE du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (*JOCE*, 27 novembre 1992), modifiée par la directive n° 93/98/CEE du 29 octobre 1993 et transposée en droit français.

¹⁶⁹ Art. 18 TRLPI : « On entend par reproduction la fixation de l'œuvre sur un support qui permet de la communiquer, ainsi que l'obtention de copies de tout ou partie de cette œuvre. »

¹⁷⁰ À noter que si la question était également discutée en droit français, et de manière générale puisque les discussions dépassent le seul cas des bases de données (*quid* en matière d'œuvre multimédia ? en matière de logiciel ?), elle n'a pas davantage fait l'objet d'une modification législative. Celle-ci devrait pourtant intervenir avec la transposition de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, préc., qui consacre l'exception de reproduction provisoire dans l'article 5-1.

¹⁷¹ Art. 20.2 i) TRLPI : « L'accès du public, sous quelque forme que ce soit, aux œuvres incorporées dans une base de données, même si cette base de données n'est pas protégée » par les dispositions de la loi de transposition.

considéré comme un acte de communication au public¹⁷². Concrètement, l'auteur a le droit exclusif d'autoriser ou de réaliser ce qu'il est convenu d'appeler les « transmissions électroniques à la carte », c'est-à-dire la transmission électronique de bases de données par des réseaux comme internet à l'ordinateur personnel ou à une autre unité numérique de l'utilisateur et au moment par lui choisi¹⁷³. Ce n'est pas le seul apport de la loi 5/1998 puisque le droit de transformation, dont la notion est précisée, est étendu à l'« arrangement »¹⁷⁴ (ou « réorganisation »¹⁷⁵) d'une base de données si cet arrangement constitue une création intellectuelle révélant une certaine originalité¹⁷⁶.

51. Droit américain. Les prérogatives patrimoniales dévolues à l'auteur de la base de données ne sont pas différentes de celles normalement dévolues à tout auteur : « The copyright owner's rights are (1) to reproduce the work, (2) to distribute the work to the public, (3) to display or (4) perform the work publicly, and (5) to make derivative works (works that transform or adapt the original work, such as a translation to a different language, or to convert a written novel into a motion picture) »¹⁷⁷.

52. Exceptions au droit d'exploitation de l'auteur. En la matière, c'est surtout la mise à l'écart d'une exception traditionnelle au droit d'auteur qui retient l'attention¹⁷⁸. On sait que l'auteur ne peut interdire certains actes dont les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective »¹⁷⁹. Transposée telle quelle aux bases de données, l'exception pouvait se révéler extrêmement dangereuse pour les titulaires des droits d'auteur¹⁸⁰. D'où la limite posée par le législateur de 1998, en vertu de laquelle les copies ou reproductions de bases de données électroniques doivent être autorisées par l'auteur et ce quel que soit l'usage envisagé par le copiste. On aura toutefois remarqué que la limite ne vaut que pour les bases de données électroniques : c'est dire que l'exception demeure pour les bases non électroniques, dès lors que l'usage envisagé par le copiste est privé. En tout état de cause, la portée de l'exception est particulièrement large car la solution valant également pour les copies de logiciels autre que la copie de sauvegarde, elle concerne la création informatique dans son ensemble.

¹⁷² Liste d'exemples que nos correspondants espagnols ne nous donnent pas.

¹⁷³ Antonio Pajuelo Macías, « La protección de los autores de las bases de datos en el derecho comunitario y en el español », *Revista española de Documentación científica*, 1999 (22)4, p. 464.

¹⁷⁴ Le terme est utilisé par Mme Corripio Gil-Delgado.

¹⁷⁵ Le terme est utilisé par M. Casas Vallès.

¹⁷⁶ Article 21 TRLPI : « 1. La transformation d'une œuvre comprend la traduction de cette œuvre, son adaptation et toute autre modification de sa forme d'où résulte une oeuvre différente. Dans le cas des bases de données visées à l'article 12 de la présente loi, est également considéré comme transformation l'arrangement de ces bases. 2. Les droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre résultant de la transformation reviennent à l'auteur de celle-ci, sans préjudice du droit de l'auteur de l'œuvre préexistante d'autoriser, pendant toute la durée de la protection de ses droits sur cette œuvre, l'exploitation de ces résultats de quelque manière que ce soit et, notamment, par leur reproduction, distribution, communication au public ou par une nouvelle transformation ».

¹⁷⁷ T. Hardy écrit également : « Rights of attribution can sometimes be enforced through other laws than copyright, such as unfair competition laws and trademark laws. Those laws, and all other copyright rights (and exceptions), apply to databases in the same way that they apply to all other kinds of copyrightable works ».

¹⁷⁸ Les exceptions traditionnelles, telles que celle visant les analyses et courtes citations n'ayant pas été spécifiquement écartées, sont bien évidemment applicables, sous réserve des solutions prévues dans le cadre de la directive du 22 mai 2001.

¹⁷⁹ Art. L. 122-5 2° CPI.

¹⁸⁰ Voir l'exposé des motifs du Conseil (*JOCE*, n° C 288/25, 30 octobre 1995, point 13), qui met en avant la facilité avec laquelle les bases de données peuvent être reproduites.

Autre règle notable, celle qui énonce que l'auteur de la base de données divulguée ne peut pas interdire « les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat »¹⁸¹.

53. Mise en œuvre des exceptions. Certaines hypothèses peuvent faire difficulté, alors même que la consultation de la base est autorisée **dans son principe** par le titulaire des droits, sur la question de savoir ce qui est ou non permis à l'utilisateur. On peut d'abord se demander ce qu'il faut comprendre par acte de représentation ou de reproduction d'éléments de la base. C'est notamment le cas de la visualisation du contenu de la base sur un écran d'ordinateur : faut-il considérer que cette reproduction provisoire, ponctuelle, est un acte de reproduction au sens de l'article L. 122-3 CPI, donnant alors prise au monopole de l'auteur ? Ce n'est pas la voie choisie par la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information qui énonce que les actes de reproduction provisoires sont exemptés du droit de reproduction¹⁸². Concernant le problème des copies, et l'on songe ici aux photocopies pour les bases non électroniques, aux impressions papier ou autres pour les bases électroniques, on peut aussi se demander dans quelle mesure elles peuvent être effectuées sans méconnaître les droits du titulaire. Certes, la copie peut d'abord être autorisée par le contrat conclu entre le titulaire et l'utilisateur, mais la question de savoir quelles copies, et surtout combien, l'utilisateur peut réaliser, demeure. En l'absence de clause très précise, l'utilisateur devra faire preuve de raison, c'est-à-dire permettre une utilisation « raisonnable » de la base : tout est en quelque sorte affaire de « dosage ». Cette conception découle de l'article L. 122-5 2° CPI qui autorise la réalisation de copies strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective. Là encore, la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information devrait faire évoluer les conceptions et les solutions, même si elle n'impose pas l'harmonisation quant à l'exception de copie privée. Sur toutes ces questions, ainsi que sur les exceptions justifiées par les activités d'enseignement et de recherche, nous renvoyons à l'étude de Mme Benabou¹⁸³.

L'on notera, toutefois, concernant les bases de données, que la directive du 11 mars 1996 permet aux États membres de prévoir une exception au monopole d'exploitation de l'auteur lorsque la base est utilisée « uniquement à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, toujours sous réserve d'indiquer la source, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi »¹⁸⁴. Le législateur français, à l'inverse du législateur espagnol ou belge¹⁸⁵, n'a pas introduit cette exception dans notre droit, vraisemblablement parce qu'elle ne s'inscrit pas dans notre tradition¹⁸⁶.

¹⁸¹ Article L. 122-5 5° CPI. La solution rappelle – aussi – celle applicable au logiciel (art. L. 122-6-1. I CPI), justement critiquée (selon A. Lucas, in *Droit de l'informatique*, *op. cit.*, n° 549, « énoncer que les actes visés sont tenus pour illicites sauf s'ils sont autorisés, c'est tourner en rond »).

¹⁸² Article 5-1 : « Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre : a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés de droit de reproduction prévu à l'article 2 ». Pour une lecture critique de la notion de « signification économique indépendante » : A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, n° 253 et N. Mallet-Poujol, *La création multimédia et le droit*, *op. cit.*, n° 99 à 101. Sur le concept de reproduction provisoire, voir également, très critique, P. Gaudrat, *RTD com*, 1998, p. 607.

¹⁸³ Voir *infra*, V.-L. Benabou, « L'exception au droit d'auteur pour l'enseignement et la recherche ou la recherche d'une conciliation entre l'accès à la connaissance et le droit d'auteur ».

¹⁸⁴ Article 6-2 b).

¹⁸⁵ Loi de transposition du 31 août 1998.

¹⁸⁶ En ce sens : A. Lucas, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, *op. cit.*, n° 588, p. 363.

54. Exceptions à des fins d'enseignement et de recherche en droit espagnol et en droit américain.

Pour ce qui est du droit espagnol, il prévoit (art. 34 TRLPI) que l'autorisation de l'auteur d'une base de données protégée n'est pas requise lorsqu'il s'agit « d'une utilisation à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi et toujours sous réserve d'indiquer la source ». Cette disposition, en parfaite cohérence avec les solutions consacrées en matière d'exceptions pour copie privée¹⁸⁷, analyses et courtes citations¹⁸⁸, ainsi qu'en matière de prêt¹⁸⁹, qui prennent très largement en considération les impératifs de l'enseignement et de la recherche, ne surprend donc pas.

¹⁸⁷ En ce qui concerne la copie privée et la rémunération pour copie privée, il faut appliquer plusieurs dispositions, c'est-à-dire :

L'article 31.2 TRLPI, qui pose le principe d'une exception lorsque la copie est utilisée par le copiste pour son usage privé et à condition que la copie ne soit pas utilisée à des fins collectives ni lucratives.

L'article 25 TRLPI, qui reconnaît un droit inaliénable au profit des auteurs, artistes et exécutants, à une rémunération équitable et unique en cas de reproduction de leur œuvre réalisée exclusivement pour un usage privé. En ce qui concerne les œuvres imprimées, ce droit est géré par le CEDRO (*Centro Español de Derechos Reprográficos*).

Le décret royal du 27 novembre 1992, qui précise les conditions de mise en œuvre de ce droit à rémunération équitable et précise quelles sont les reproductions par reprographie qui ne sont pas considérées comme étant réalisées pour l'usage privé du copiste, et qui par conséquent n'entrent pas dans le champ d'application de l'exception. Notamment, les écoles, les établissements d'enseignement secondaire ou de formation professionnelle dotés d'équipements de reproduction par reprographie, de même que toutes faculté, écoles supérieures et universités n'entrent pas dans le champ d'application de l'exception. Même solution pour une bibliothèque qui offre à ses utilisateurs un service de reprographie. Ces établissements doivent donc obtenir une licence, directement ou par l'intermédiaire du service de reprographie responsables de leurs installations. Ces licences permettent de reproduire (par photocopie ou par tout autre procédé similaire) un certain pourcentage des œuvres imprimées inscrites au répertoire du CEDRO (de l'ordre de 20 % en principe, de 10 % pour les universités).

¹⁸⁸ Article 32 TRLPI relatif aux citations et analyses : « Est licite l'incorporation dans une œuvre originale d'extraits d'autres œuvres qui lui sont étrangères [...], à condition qu'il s'agisse d'œuvres déjà divulguées et que leur incorporation soit réalisée à titre de citation ou en vue de les soumettre à une analyse, à un commentaire ou à un jugement critique. **Une telle utilisation ne peut être réalisée qu'à des fins d'enseignement ou de recherche, dans la mesure justifiée par l'objet de cette incorporation** (c'est nous qui soulignons) et en indiquant la source et le nom de l'auteur de l'œuvre utilisée. Les compilations périodiques réalisées sous forme d'analyses ou de revues de presse sont considérées comme citations. »

¹⁸⁹ L'article 37 TRLPI, relatif à la liberté de reproduction et de prêt dans certaines institutions, énonce que : « 1. Les titulaires des droits d'auteur ne peuvent s'opposer aux reproductions des œuvres lorsque ces reproductions sont réalisées dans un but non lucratif par les musées, bibliothèques, phonothèques, cinémathèques, départements de périodiques ou archives publics ou faisant partie d'institutions de caractère culturel ou scientifique, et **exclusivement à des fins de recherche**. » (C'est nous qui soulignons). Selon Mme Corripio Gil-Delgado, « il ne semble pas que, en vertu de cette exception, la loi admette la libre reproduction d'œuvres réalisées par le personnel des établissements d'enseignement et de recherche (professeurs, élèves et chercheurs) et son utilisation à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche. La doctrine espagnole a critiqué l'étendue du champ d'application de cet article tel qu'il est rédigé, faisant observer que nous nous trouvons face à la possibilité d'une libre utilisation d'œuvres soumises à la protection et à la discipline de la loi sur la propriété intellectuelle et qu'une large application peut finir par causer un grave préjudice aux auteurs de ces œuvres ». Elle ajoute que les bibliothèques universitaires et les centres de recherche ne bénéficient pas d'un régime spécial, qui permettraient de faire échapper les reproductions faites à des fins de recherche au monopole de l'auteur et conclut « que si la reproduction est effectuée par le centre public pour le compte d'un chercheur qui en a fait la demande, cette reproduction entre dans le cadre de l'exception prévue à l'article 37.1, alors que si le chercheur retire l'œuvre de la bibliothèque pour faire lui-même la copie dont il a besoin, nous nous trouvons dans le cas prévu aux articles 31.2 et 25 TRLPI (copie privée et rémunération pour copie privée) ».

Concernant le droit de prêt, l'article 37.2 TRLPI pose que « les musées, archives, bibliothèques, départements de périodiques, phonothèques et cinémathèques publics ou appartenant à des organismes menant une **activité d'intérêt général de caractère culturel, scientifique ou éducative dans un but non lucratif**, ne sont pas tenus d'obtenir l'autorisation des titulaires des droits ni de leur verser une rémunération au titre des prêts effectués. » Cette disposition suscite quelques interrogations : *quid* de la licéité des copies faites par des bibliothèques pour numériser les œuvres à des fins de conservation et d'archivage ? *Quid* de la visualisation sur écran d'œuvres protégées à des fins privées d'étude, d'enseignement et de recherche ? Mme Corripio Gil-Delgado cite Asunción Esteve Pardo (*La obra*

Le droit américain ne consacre pas l'exception pour copie privée, sur laquelle pourrait être « greffée » une exception à des fins d'enseignement et de recherche. Le seul moyen d'échapper à la sanction en cas de reproduction sans autorisation de l'auteur est de démontrer l'existence d'un cas de *fair use*, que l'on soit en matière de base de données ou non¹⁹⁰. Il s'agit donc d'appliquer le droit commun, ce qui signifie que l'activité d'enseignement et/ou de recherche ne peut être appréhendée qu'à travers la notion de *fair use*. Pour caractériser cet usage loyal, quatre facteurs sont classiquement pris en compte : la nature de l'œuvre protégée en cause (plus celle-ci révèle la créativité de son auteur, moins la notion de *fair use* a de chances d'être retenue), l'importance quantitative de l'œuvre reproduite, la finalité de la reproduction et son effet sur les droits patrimoniaux de l'auteur. Ainsi, selon M. Hardy¹⁹¹, lorsqu'une partie de l'œuvre est reproduite à des fins d'enseignement et de recherche, et non à des fins commerciales, il est vraisemblable que l'acte ne sera pas condamné, notamment parce qu'il n'aura que peu de conséquences financières. Tel ne paraît pas être le cas si le texte copié est issu d'ouvrages publiés et destinés au secteur de l'éducation et de la recherche, encore que, dans ce cas, on peut échapper à la sanction en faisant valoir qu'il s'agit d'une citation à des fins de critiques. Cette solution ne suscite pas, semble-t-il, de critiques particulières, autres que celles que l'on adresse traditionnellement à la notion de *fair use*, et qui mettent essentiellement en cause l'absence de sécurité juridique qu'elle induit¹⁹².

multimedia en el Derecho español, La Ley, 1998-3) qui considère que les visualisations des œuvres à l'écran par l'utilisateur de ces établissements entrent « dans le cadre de la copie privée destinée à l'usage personnel du copiste et que, aux termes de la directive 96/9/CE, elles sont soumises à autorisation et à paiement quand il s'agit de bases de données électroniques ». Mais cet auteur constate que cette exception « semble avoir une portée relativement limitée en ce qui concerne les œuvres multimédia, dans la mesure où elle se réfère, non pas aux reproductions d'une œuvre multimédia ou d'une partie de son contenu réalisées à des fins d'enseignement ou de recherche, mais à l'utilisation de ces reproductions dans le cadre d'explications dans certains établissements d'enseignement, de travaux de recherche ou d'ouvrages éducatifs, toujours sous réserve d'indiquer la source ». Et Mme Corripio Gil-Delgado de conclure que « toute reproduction d'une œuvre multimédia faite par l'utilisateur d'une bibliothèque virtuelle doit requérir une licence » (*ibid.*).

¹⁹⁰ Sur ce point, T. Hardy : « Reproduction of a databases is judged to be a fair use or not in the same way that reproduction of any other work is judged ».

¹⁹¹ « Copying a work for commercial sale is less likely to be a fair use than copying a work for scholarship or teaching or news reporting [...] Copying a work for a purpose that has no effect on the copyright owner's normal market is more likely to be a fair use than copying in a way that directly substitutes for the owner's authorized reproduction. For example, copying a work for educational or scholarly purposes is likely to be a "fair use." But suppose a publisher produces textbooks for use in universities. If a third party reproduces the textbook for classroom, educational, scholarly purposes, that third party's use is not likely to be considered "fair." "Classroom, educational, and scholarly" use is exactly the way the publisher earns revenue. On the other hand, if someone reproduces a part of a text book in order to write a review or critique of the text book, that type of copying is much more likely to be a fair use because it is unrelated to the owner's normal market for textbooks ».

¹⁹² Selon T. Hardy, « fair use is well-known to be very difficult to predict ahead of time. The reason it is difficult is that every issue of fair use is determined with regard to the facts and circumstances of each use; there is no clearly drawn, general-purpose distinction between uses that are fair and uses that are not ». Et d'ajouter que certains appellent de leurs vœux une définition plus précise du *fair use*. Si les tribunaux sont hostiles à cette solution, M. Hardy remarque que « our Congress – as opposed to our courts – has occasionally adopted a form of fair use for broad categories of copying as part of the statutory law. Section 108 of the copyright act, for example, specifies a set of circumstances in which photocopying by libraries or archives will considered to be a fair use. Section 117 specifies that making a "back up" copy of a computer program is a fair use. In a sense – though not literally – all the sections of the Copyright Act that define exceptions to infringement liability (17 U.S.C. section 107 through section 121) define the circumstances under which copying or other uses will be considered "fair use." Note, however, that these sections do not actually use the term "fair use." Rather, they define the circumstances under which copying will not be considered to be "infringement." Only the general purpose (and hard to predict) section 107 actually uses the term "fair use." »

55. **La durée de la protection par droit d'auteur.** C'est le droit commun que l'on applique ici. Il faut donc se reporter aux articles L. 123-1 et suivants CPI pour les prérogatives patrimoniales et L. 121-1 pour le droit moral : si ce dernier est perpétuel, les premières sont reconnues à l'auteur sa vie durant et, à son décès, persistent au bénéfice de ses ayants droit pendant 70 ans.

b) Les sanctions en cas de non-respect des droits

56. **Délit de contrefaçon.** Le non-respect des droits de l'auteur de la base de données donne lieu à l'application des sanctions de droit commun¹⁹³ : sanctions civiles, qui sont bien sûr possibles, mais sanctions pénales aussi, puisque la contrefaçon est un délit passible, à titre principal, d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

57. **Procédure de saisie-contrefaçon.** Une procédure de saisie-contrefaçon propre aux bases de données¹⁹⁴ est prévue pour faciliter la mise en œuvre des sanctions. Elle est décrite par l'article L. 332-4 CPI¹⁹⁵ : exécutée en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal de grande instance, elle permet de faire saisir les exemplaires illicitement reproduits de la base. Mais le texte permet également au titulaire des droits de demander à un commissaire de police une saisie-description, moins dangereuse que la saisie réelle, qui, pour cette raison, n'a pas à être autorisée par un juge. En pratique, la saisie-contrefaçon est l'acte de procédure préliminaire à l'action en contrefaçon.

B - Droits spécifiques du producteur et bases de données¹⁹⁶

58. Conformément aux prescriptions de la directive du 11 mars 1996, la loi française reconnaît un droit – nouveau – aux producteurs de bases de données, portant sur le contenu de celles-ci, puisque ces derniers obtiennent le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de tout ou partie du contenu de la base¹⁹⁷, c'est-à-dire sur l'information collectée, organisée et offerte à la consultation. Cette prérogative a vocation à lutter plus efficacement contre le pillage des bases de données, pillage dont on a vu qu'il était désormais à la portée de tous avec le développement des techniques numériques. Ce faisant, le droit porte sur le contenu de la base, c'est-à-dire sur des données, et l'on mesure alors la portée de la nouveauté introduite dans notre système juridique, tout imprégné du principe selon lequel le droit d'auteur ne protège que la forme. C'est dire, également, l'atteinte qui est ainsi portée au principe de libre circulation des idées.

59. D'ailleurs, si les États-Unis ont choisi de ne pas suivre la voie ouverte par les autorités communautaires, c'est précisément en considération de cette atteinte. L'hostilité particulièrement forte, notamment des milieux universitaires, est motivée par la crainte qu'un tel droit constitue un obstacle à la recherche scientifique. Il est vrai que même la protection des bases de données par le

¹⁹³ Articles L. 122-4 (qui pose que « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque ») et L. 335-1 et s. CPI.

¹⁹⁴ Procédure qui est d'ailleurs commune aux logiciels et bases de données.

¹⁹⁵ Ce faisant, le législateur français va au-delà des prescriptions communautaires puisque l'article 12 de la directive ne faisait que recommander aux États membres de prendre « des sanctions appropriées contre la violation des droits reconnus aux auteurs ».

¹⁹⁶ La directive évoque le droit *sui generis* tandis que la loi de transposition utilise l'expression de « droits des producteurs de bases de données ». Nous utiliserons indifféremment les deux.

¹⁹⁷ Art. L. 341-1 et L. 342-1 CPI.

droit d'auteur y est regardée avec méfiance en raison de ses conséquences économiques et financières sur l'accès à des éléments de connaissance considérés comme fondamentaux. Ainsi, T. Hardy écrit : « One possible difference with databases, however, is that people in the research sciences argue that scientific databases are especially important to scientific research. They would argue that the consequences of providing strong legal protection to databases are therefore greater than the consequences of providing strong legal protection to other types of works. Even if true, however, that observation does not by itself answer the question of whether to protect databases or not. If the consequences of such protection are harmful, then perhaps providing protection to databases is especially harmful. On the other hand, if the consequences of such protection are beneficial, then perhaps providing protection to databases is especially beneficial. » En revanche, l'évolution en droit espagnol est identique à la nôtre, puisqu'ayant transposé la directive de 1996, il reconnaît aussi un droit *sui generis* aux fabricants de bases de données¹⁹⁸.

60. Nature du nouveau droit. Nécessaire distinction du droit d'auteur et du droit d'interdire du producteur. La question de la nature de ce droit (prudemment) présenté comme étant *sui generis*, ce qui atteste de la difficulté qu'il y a à le qualifier de manière convaincante, a été longuement discutée.

Selon ses promoteurs¹⁹⁹, il n'est pas un droit de propriété intellectuelle²⁰⁰ ; il n'est pas, *a fortiori*, un droit d'auteur, pas même un droit voisin²⁰¹, encore qu'à l'égard de cette dernière qualification l'opinion contraire ait été défendue²⁰². Les textes qui le reconnaissent trouvent en effet leur place dans un Livre troisième un peu « fourre-tout »²⁰³, qui vient après ceux consacrés au droit d'auteur et aux droits voisins du droit d'auteur²⁰⁴. Surtout, il n'a pas pour objet une création en général, une création de forme originale en particulier, mais bien l'information contenue dans la base, qu'il permet de « réserver » en raison de l'investissement substantiel qui l'a générée²⁰⁵. C'est bien ce que dit la directive lorsque dans son considérant (39), elle énonce qu'il faut « protéger les fabricants de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de l'investissement financier et professionnel consenti par celui qui a recherché et rassemblé le contenu, en protégeant l'ensemble ou des parties

¹⁹⁸ Article 133 TRLPI : « Le droit *sui generis* sur une base de données protège l'investissement substantiel, évalué de façon qualitative ou quantitative, effectué par le fabricant de cette base de données dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu de celle-ci, que cet investissement consiste en moyens financiers, en emploi de temps, d'efforts ou d'énergie ou en tout autre moyen similaire. Ce droit s'applique aux bases de données dont la fabrication est achevée pendant les quinze années qui précèdent le 1^{er} janvier 1998, sous réserve qu'elles remplissent à cette date les conditions requises à l'article 133 de ladite loi. »

¹⁹⁹ Voir les considérants (45) et (46) de la directive.

²⁰⁰ Et le fait que les dispositions qui le consacrent en droit français soient insérées dans le Code de propriété intellectuelle n'est pas de nature à invalider le propos.

²⁰¹ Tout au plus constitue-t-il un droit voisin des droits voisins selon M. Vivant et C. Le Stanc, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 393.

²⁰² En ce sens : A. Lucas, *in Droit de l'informatique et de l'Internet*, *op. cit.*, n° 595, p. 367, qui considère qu'il est « un droit voisin du droit d'auteur qui ne dit pas son nom, dans la ligne de ce qui avait été réclamé, et qui existait déjà en germe dans les lois danoise et néerlandaise ». Et M. Lucas d'évoquer la loi allemande de transposition du 22 juillet 1997, qui place les dispositions qui lui sont relatives dans la partie de la loi du 9 septembre 1965 consacrée aux droits voisins.

²⁰³ Qui comprend la législation relative à la rémunération pour copie privée, aux sociétés de perception et de répartition des droits, aux procédures et sanctions.

²⁰⁴ Respectivement Livres I et II de la partie législative du Code de la propriété intellectuelle.

²⁰⁵ Art. L. 341-1 CPI alinéa 1 : « Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel ».

substantielles de la base de données contre certains actes commis par l'utilisateur ou par un concurrent »²⁰⁶.

Où l'on voit que l'influence du droit de la concurrence n'est pas aussi absente que ce l'on a bien voulu dire lors de son introduction en droit français²⁰⁷, ce que confirme d'ailleurs l'une des premières décisions rendue à son sujet, qui, constatant l'atteinte au droit d'extraction prévu par l'article L. 342-1, retient parallèlement que le comportement du défendeur lui a permis de profiter, à peu de frais, des investissements du demandeur²⁰⁸. À citer également, concernant le droit espagnol, ce jugement du tribunal de première instance de Madrid du 24 juillet 2001, rendu à propos d'une base de données de jurisprudence dont la protection par le droit *sui generis* est sollicitée en l'absence de protection par droit d'auteur²⁰⁹ : « Il s'agit d'un droit nouveau visant uniquement à éviter le dommage commercial que peuvent causer les extractions ou utilisations substantielles d'une base de données, autrement dit, il protège l'investissement effectué dans la base de données lorsqu'une personne (qu'il s'agisse ou non d'un concurrent, le concurrent faisant également l'objet d'une protection face à l'utilisateur) tire profit de cet effort économique ou professionnel pour fabriquer avec le matériel d'un tiers, et sans l'autorisation de ce tiers, sa propre base de données et la met sur le marché pour causer un préjudice au producteur initial »²¹⁰.

61. Il y a donc deux prérogatives différentes, droit *sui generis* ici, droit d'auteur là, qui répondent à des objectifs différents, la protection de l'investissement ici, celle de la création là, et qui, si elles peuvent être détenues par une même personne (le producteur a pu aussi créer la base, et ce sera souvent le cas en pratique), n'en ont pas moins, par principe, des titulaires différents²¹¹. En d'autres termes, la base peut être couverte par un droit d'auteur si elle est originale, par le droit reconnu au producteur si elle a justifié un investissement substantiel, par les deux si les conditions sont réunies. Mais, en tout état de cause, il y a là deux prérogatives à distinguer nettement, même si elles peuvent être invoquées cumulativement²¹².

62. Pour les commentateurs de la directive, pourtant, il n'est pas autre chose qu'un droit au caractère privatif évident bien qu'inavoué²¹³, « un hybride de droit intellectuel et d'action en concurrence déloyale »²¹⁴, ce qui n'est pas sans mettre en péril la cohérence de la propriété

²⁰⁶ Et le considérant 40 ajoute que l'objet de ce droit *sui generis* est « d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de donnée pour la durée limitée du droit ; que cet investissement peut consister dans la mise en œuvre de moyens financiers et/ou d'emploi du temps, d'efforts et d'énergie ».

²⁰⁷ Voir exposé des motifs du projet français de transposition, selon lequel le droit du producteur est « juridiquement distinct de la concurrence déloyale et des agissements parasitaires ».

²⁰⁸ Trib. com. Paris, 18 juin 1999, *Légipresse*, septembre 1999, n° 164, III, 116, note C. Rojinski ; *D.*, 2000, jurispr. 105, note D. Goldstein ; *Comm. com. électr.* 1999, comm. 21, note C. Caron.

²⁰⁹ Selon l'article 13 TRLPI, les décisions des organes juridictionnels ne sont pas objets de propriété intellectuelle.

²¹⁰ Cf. 12^{ème} fondement juridique.

²¹¹ Art. L. 341-1 CPI alinéa 2 : « Cette protection est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs ».

²¹² La solution est comparable en droit espagnol ; l'article 133.4 TRLPI pose que le droit *sui generis* reconnu au producteur s'applique indépendamment de la possibilité pour la base de données, ou pour son contenu, d'être protégée par le droit d'auteur ou par d'autres droits.

²¹³ N. Mallet-Poujol, « La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative », *DIT*, 1996, n° 1, p. 6, spéc. n° 15 à 17 ; M. Vivant, « An 2000 : l'information appropriée ? », *Mélanges Burst, Litec*, 1997, p. 657, spéc. n° 12 et s.

²¹⁴ F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, p. 541.

intellectuelle si l'on songe que l'objet protégé est ici, non une création ou une innovation mais, à travers le critère de l'investissement substantiel, l'information elle-même²¹⁵. Ces craintes ont, semble-t-il, été entendues par le juge espagnol, ainsi qu'en témoigne cet extrait du jugement précité du tribunal de première instance de Madrid du 24 juillet 2001 : le droit *sui generis* « protège l'investissement dans la base de données, par un droit exclusif, mais sans pour autant favoriser la mise en place d'un véritable monopole sur l'information en soi, puisqu'il n'exclut pas la possibilité de recréer par des moyens indépendants l'information publique contenue dans les bases de données »²¹⁶. Il n'est pas sûr que le juge français soit aussi conscient des dérives possibles. Dans un arrêt du 12 septembre 2001, il n'a pas hésité à qualifier le droit du producteur de « droit privatif »²¹⁷... donnant ainsi raison aux craintes doctrinales évoquées plus haut.

Comme pour le droit d'auteur, nous verrons d'abord le champ d'application du droit *sui generis*, puis la teneur de la protection conférée au producteur.

1. Le champ d'application de la protection

Les conditions et les bénéficiaires du droit doivent être successivement envisagés.

a) Les conditions de la protection

63. Exigence d'un investissement substantiel. On a déjà dit que les conditions de protection par droit d'auteur ne pouvaient pas être appliquées. La mise en œuvre de l'article L. 341-1 CPI n'est donc pas subordonnée à la démonstration de l'originalité de la base²¹⁸, mais à celle « d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel » réalisé pour la constitution, la vérification ou la présentation du contenu de la base. Un critère est donc appelé à jouer un rôle important, celui de l'investissement **substantiel**, lequel doit être établi par le producteur. Le législateur ne l'ayant pas défini, il appartiendra au juge d'en définir les contours. D'ores et déjà, quelques pistes sont tracées.

64. Un investissement. Il faut d'abord un investissement, ce qui implique un engagement **effectif** pour la base de nature financière, matérielle, humaine. On s'est interrogé sur la différence qui peut exister entre un investissement financier, notion qui renvoie assurément à des dépenses de sommes d'argent, et celle d'investissement matériel. Peut-être faut-il entendre par là des dépenses d'équipement... mais cela ne revient-il pas au même ? L'investissement humain suscite la même remarque²¹⁹ et a été jugé « difficile à cerner »²²⁰. Il faut en déduire que la nature de l'investissement importe peu, dès lors qu'il y a investissement. De même, des dépenses doivent être réellement engagées, quelle que soit *in fine* l'affectation des sommes concernées (la

²¹⁵ Contra, A. Lucas, *Droit de l'informatique et de l'Internet, op. cit.*, n° 608, p. 380 : « Si le droit *sui generis* porte bien sur les données contenues dans la base, d'une part, il ne les saisit pas individuellement, d'autre part il n'empêche en aucune façon les utilisateurs d'y accéder librement de manière indépendante ».

²¹⁶ (douzième fondement juridique).

²¹⁷ Paris, 12 septembre 2001, *JCP* 2002, 10000, note F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.*, 2001, comm. 121, note C. Caron.

²¹⁸ Voir par exemple : Trib. com. Paris, 18 juin 1999, précité note 208. L'argumentation se voulait d'autant plus pertinente que les données en cause étaient publiques. Sur ce dernier point, voir l'étude de J.-M. Bruguière.

²¹⁹ Le fait que plusieurs personnes, liées par contrat de travail ou par contrat d'entreprise au producteur soient affectées à la constitution et à la vérification de la base ne peut-il pas se traduire financièrement ?

²²⁰ A. Lucas, *in Droit de l'informatique et de l'Internet, op. cit.*, n° 596, p. 368.

constitution, la vérification ou la présentation du contenu de la base²²¹). Ainsi, dans un jugement du tribunal de commerce de Paris, en date du 18 juin 1999²²², rendu dans un litige opposant France Télécom et deux sociétés ayant constitué un annuaire qu'elles offraient sur internet à partir des données fournies par France Télécom à ses abonnés minitel, les juges ont considéré que l'annuaire électronique constituait une base protégée au titre des articles L. 341-1 et suivants CPI, en raison du « montant très élevé des investissements effectués » par l'opérateur tant pour collecter les données et constituer la base, que pour gérer celle-ci et en assurer la maintenance : « La constitution, la vérification ou la présentation [de la base] atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel »²²³.

65. En revanche, ne constitue pas un investissement la publication d'annonces légales et de marchés publics dans une revue lorsque leur obtention ne résulte pas d'engagement de « frais de promotion auprès des annonceurs », leur vérification n'est pas assurée par le groupe de presse concerné et leur présentation n'entraîne pas de « travail onéreux de formalisation »²²⁴. En d'autres termes, la publication ne fait que procéder de l'expérience acquise depuis de longues années par la revue dans le secteur professionnel en cause, si bien qu'elle n'est pas à proprement parler objet d'investissement, et ne peut être, *a fortiori*, qualifiée investissement substantiel, même si elle est « une activité lucrative et profitable en elle-même », grâce à la perception de frais d'insertion. Adoptant une démarche « comptable », les juges ont donc pris en considération les dépenses faites et les revenus rapportés (ce qui est plus surprenant) et concluent à l'absence d'investissement.

66. **Un investissement substantiel.** Le législateur ne donne pas davantage de précisions sur ce qu'il faut entendre par là, ce qui laisse un large pouvoir d'appréciation au juge²²⁵, avec tous les aléas que cela implique en termes de sécurité juridique. Il faut donc souhaiter que dans ces litiges où les données factuelles sont prépondérantes, le juge motive soigneusement sa décision²²⁶. Car,

²²¹ L'article 7 de la directive évoquait « l'obtention » du contenu de la base, mais le législateur français a préféré le terme de « constitution », sans qu'il faille prêter au terme choisi un sens très différent.

²²² *Supra* note 208.

²²³ Voir ci-après pour la mise en œuvre de la protection issue des articles L. 341-1 et s. CPI.

²²⁴ Paris, 18 juin 1999, *D.* 1999, IR, p. 225 ; *RIDA*, 2000, p. 316 ; *Comm. com. électr.* 1999, comm. 21, note C. Caron (3^{ème} espèce).

²²⁵ Le juge des référés n'est pas compétent pour se prononcer en cas de contestation sérieuse sur la réalité de l'investissement substantiel. C'est ce qui ressort d'un jugement du tribunal de commerce de Nanterre (ord. réf., 4 octobre 1999, *Comm. com. électr.*, 1999, comm. 1, note C. Caron). Dans cette affaire, le défendeur faisait valoir que le coût de constitution de la base, composée de simples communiqués de presse tirés du domaine public, se réduisait à celui de la numérisation, si bien que l'investissement ne pouvait pas être considéré comme substantiel. Son raisonnement n'a pas convaincu le juge du fond, qui retient l'existence d'un investissement substantiel (Trib. com. Nanterre, 16 mai 2000, *Comm. com. électr.*, 2000, comm. 85, note C. Caron).

²²⁶ Tel ne semble pas être le cas du juge espagnol dans la décision précitée du tribunal de première instance de Madrid du 21 juillet 2001 (Aranzadi SA /El Derecho). Après avoir vérifié que la société demanderesse a bien la qualité de fabricant, le juge envisage la réalité de l'investissement substantiel réalisé par celle-ci et constate : « Bien que l'investissement n'ait pas été établi, il ne fait aucun doute que la transcription des jugements relatifs à la période 1990-1993 a été effectuée par le personnel d'Aranzadi du fait que, comme il a déjà été dit, la base de données de jurisprudence Aranzadi est antérieure dans le temps à celle de El Derecho et que, comme il a été établi, les premières versions comprenaient déjà la jurisprudence des années 1980-1993, en conséquence de quoi, et aux fins de l'article 13.1 TRLPI, l'investissement, en termes tant économiques que de temps, doit être considéré comme étant établi dans la cause ».

à côté des cas où la caractérisation de l'investissement substantiel ne pose pas de réelles difficultés ²²⁷, la marge d'appréciation peut être grande entre le substantiel et le non-substantiel ²²⁸.

b) Les titulaires du droit *sui generis*

67. La directive reconnaissait cette qualité au « fabricant » (art. 7-1), sans pour autant définir la notion, que le droit espagnol a conservée en lui donnant une définition légale ²²⁹. En France, le droit est attribué au producteur de la base de données ²³⁰, défini comme « la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants [à la base] » ²³¹. C'est donc clairement l'investisseur qui est visé, c'est-à-dire, selon l'une des premières décisions rendues, l'initiateur et le responsable de la base qui a réalisé l'investissement important visé au texte ²³². Le renvoi à la notion de risque ne doit pas laisser croire que ce risque doit être réalisé : il peut être simplement éventuel ²³³.

À noter que l'article L. 341-2 CPI règle la question du bénéfice de ce droit spécifique au plan international ²³⁴.

2. La teneur de la protection

Le principe de la reconnaissance d'un droit *sui generis* au producteur de la base, assorti de sanctions pénales, n'est pas sans exceptions ni limites.

²²⁷ Voir affaire France Telecom, citée plus haut (Trib. com. Paris, 18 juin 1999, *supra* note 208) : l'investissement est évalué à 155 millions de francs HT pour la collecte des données et 50 millions (HT) pour la gestion et la maintenance de ces données.

²²⁸ Voir TGI Paris, 22 juin 1999, *PIBD*, 1999, III, p. 494 et sur appel, Paris, 12 septembre 2001, *supra* note 217 : les juges relèvent que la constitution de la base est le résultat des efforts commerciaux déployés par le demandeur pour la promotion de ses salons, des plans de communication, de la publicité réalisée pour attirer les exposants ; que ces investissements, tant en personnel qu'en prestations informatiques ont été effectivement consacrés aux bases objets du litige, lesquelles ont été régulièrement mises à jour et entretenues entraînant un coût de l'ordre de 332 000 francs par an ; qu'à titre d'exemple, le montant des frais pour la présentation et l'édition des catalogues litigieux s'élève pour l'un à 944 645 francs, pour l'autre à 425 206 francs. Pour un exemple d'investissement jugé non substantiel, voir également Paris, 18 juin 1999, précité dans le texte.

²²⁹ Article 133.3 a) TRLPI : « Personne physique ou morale qui prend l'initiative et assume le risque d'effectuer un investissement substantiel dans l'obtention, la vérification et la présentation du contenu de cette base. » Par ailleurs, l'initiative de la commercialisation de la base de données par le fabricant et les dépenses effectuées pour son élaboration doivent être établies et attestées.

²³⁰ La solution est la même dans la loi belge du 31 août 1998 et dans la loi allemande du 22 juillet 1997.

²³¹ Art. L. 341-1 CPI.

²³² TGI Paris, 22 juin 1999, *JCP* 2000 éd. E, p. 841 ; *RTD com.*, 1999, 866, obs. Françon.

²³³ En ce sens, A. Lucas, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, *op. cit.*, n° 597, p. 370.

²³⁴ Article L. 341-2 CPI : « Sont admis au bénéfice du présent titre : 1° Les producteurs de bases de données, ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ou qui ont dans un tel État leur résidence habituelle ; 2° Les sociétés ou entreprises constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal à l'intérieur de la communauté ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ; néanmoins, si une telle société ou entreprise n'a que son siège statutaire sur le territoire d'un tel État, ses activités doivent avoir un lien réel et continu avec l'économie de l'un d'entre eux. Les producteurs de bases de données qui ne satisfont pas aux conditions mentionnées ci-dessus sont admis à la protection prévue par le présent titre lorsqu'un accord particulier a été conclu avec l'État dont ils sont ressortissants par le Conseil de la Communauté européenne ».

a) Les droits accordés

68. Principe : le droit d'interdire du producteur de bases de données. Les tiers et utilisateurs légitimes (dûment autorisés) se voient interdire les extractions et/ou réutilisations portant sur la totalité de la base de données ou sur une partie qualitativement ou quantitativement substantielle de celle-ci ²³⁵. De même, interdiction peut leur être faite d'extraire ou de réutiliser de manière répétée et systématique des parties non substantielles, d'un point de vue qualitatif ou quantitatif, lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base ²³⁶ : « Cette interdiction tend à lutter contre des extractions de la base telles que des téléchargements, autorisées et limitées, mais dont la répétition conduirait à la reconstitution de la totalité ou quasi-totalité de la base de données » ²³⁷. L'objet de l'interdiction est donc un ou des actes matériel(s) – d'extraction ou de réutilisation du contenu de la base – doté(s) de certains caractères.

69. L'objet de l'interdiction. Ainsi que l'énonce la directive ²³⁸, on entend par extraction, « 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 », et par réutilisation, « 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 » ²³⁹.

70. Les conditions de l'interdiction. C'est surtout le qualificatif de « substantiel » qui fait difficulté car, s'il est « au cœur de la protection des bases de données » ²⁴⁰, il n'est pas défini par la directive et pas davantage par le législateur français (ou espagnol), laissant manifestement au juge le rôle d'en donner la définition. Tout est donc question de mesure et de degré, ce qui renvoie à une appréciation nécessairement concrète des données de l'espèce.

Une première hypothèse paraît ne pas devoir poser de problème : l'extraction ou la réutilisation de la **totalité** du contenu de la base, par exemple par téléchargement, encourt la sanction car elle sera assurément jugée substantielle (ou l'on voit mal ce qui ne le serait pas...). Mais, n'y a-t-il pas, en pareil cas, place pour une action en contrefaçon ? L'extraction substantielle, nécessairement illicite, du contenu de la base ne peut-elle pas, alors, conduire à la contrefaçon de la base ? Le risque, semble-t-il, est bien là, ce qui renforcerait la portée des critiques stigmatisant le lien de parenté entre droit *sui generis* et droit d'auteur.

71. Hors cette hypothèse, c'est bien l'appréciation du critère de substantialité qui suscite l'attention des milieux professionnels intéressés et des juristes. On est, en principe du moins, dans une toute autre logique que celle de la concurrence déloyale, si bien que l'atteinte au droit du producteur, droit exclusif, n'implique ni la démonstration d'une situation de concurrence entre les plaignants, ni celle du caractère déloyal de l'emprunt incriminé. Il faut, mais il suffit, que les opérations litigieuses portent sur une partie qualitativement substantielle, ou sur une partie quantitativement substantielle du contenu de la base. On aura remarqué évidemment que les deux critères d'appréciation de la substantialité n'ont pas à être réunis, ce qui permet de penser que l'appréciation quantitative prendra, en pratique, le pas sur l'appréciation qualitative : plus

²³⁵ Art. L. 342-1 CPI.

²³⁶ Art. L. 342-2 CPI.

²³⁷ N. Mallet-Poujol, *La création multimédia et le droit*, op. cit., n° 560.

²³⁸ Art. 7-2. Le législateur français a repris pour l'essentiel ces définitions.

²³⁹ À noter, quant à la réutilisation, la formule plus ramassée du législateur français dans l'article L. 342-1 2° CPI.

²⁴⁰ N. Mallet-Poujol, *La création multimédia et le droit*, op. cit., n° 571.

objective, elle est bien sûr plus facile à mener. Du reste, dans les décisions déjà publiées, le caractère subsidiaire de la seconde ressort assez nettement, et si l'on y recourt *in fine*, c'est souvent parce que la seule appréciation quantitative ne permet pas de démontrer le caractère illicite de l'extraction²⁴¹. Toutefois, on ne peut exclure que la démonstration des parties, et spécialement celle du demandeur, porte sur les deux aspects : la conclusion quant à l'atteinte du droit en cause n'en sera que plus évidente.

72. Appréciation quantitative de la substantialité. C'est alors le volume du contenu extrait qui est pris en considération. Soit. Mais à partir de quand la partie extraite et/ou réutilisée peut-elle être considérée comme substantiellement « volumineuse ». Et que prendre en compte pour établir cette première condition ?

Le débat n'est pas sans rappeler la mise en œuvre de l'exception de courte citation propre au droit d'auteur²⁴². Peut-être pourrait-on se référer à la démarche traditionnellement suivie en la matière pour apprécier l'extraction ou réutilisation quantitativement substantielle, même si les droits en cause sont bien distincts. L'exception de courte citation est admise quand plusieurs conditions sont réunies. Le nom de l'auteur et la référence de l'œuvre citée doivent être indiqués, la finalité didactique doit être caractérisée, et la citation doit être « courte ». La brièveté est appréciée tant à l'égard de l'œuvre citée que de l'œuvre citante. Dans quelle proportion la première est-elle reprise ? S'agit-il de la reproduction de l'essentiel de celle-ci ? Quant à la seconde, peut-elle survivre, sans être dénaturée, à la suppression des citations²⁴³ ? En cas de réponse négative, la contrefaçon ne fait pas de doute, puisque la reproduction non autorisée, même partielle, tombe sous le coup de l'article L. 122-4 CPI.

73. Retour fait au droit *sui generis*, on peut privilégier une démarche analytique, qui examinerait l'extraction à l'égard de chaque élément de la base, ou synthétique, ce qui reviendrait à se poser la question en termes de proportion (quelle est la proportion de la base extraite/réutilisée) ? Les deux voies nous semblent envisageables, et l'ont d'ailleurs été. Ainsi, dans la première décision jugeant l'affaire opposant la société Cadremploi (qui avait créé un site présentant des offres d'emploi) et la société Keljob (laquelle exploitait un moteur de recherche sélectionnant des offres d'emploi sur le site de la première) sur le fond, le tribunal a successivement envisagé le contenu de l'offre reproduite, c'est-à-dire le volume d'informations extrait, et le nombre d'offres enregistrées puis proposées par Keljob. Mais le risque n'est-il pas, à privilégier la première voie, d'être davantage dans une approche qualitative que quantitative ? Dans l'affaire à l'instant évoquée, le tribunal énonce que « si le contenu de l'offre n'est pas reproduit, de sorte que le volume d'informations extrait par la société Keljob est évalué par l'expert dont elle a sollicité l'avis à moins de 12% du volume représenté par les offres, il demeure que les éléments extraits sont qualitativement substantiels »²⁴⁴.

²⁴¹ Voir par exemple : TGI Paris, 5 septembre 2001, <juriscom.net>, auquel il est également fait référence, dans le texte, ci-après.

²⁴² Art. L. 122-5 CPI.

²⁴³ Sur cette question, voir les décisions rendues dans l'affaire Microfor, préc., et notamment la décision de la Cour de Paris du 18 décembre 1985, *D.*, 1986, 273, note J. Huet ; *JCP* 1986, II, 20615, note A. Françon qui, à propos d'une base de données constituée à partir d'emprunts non autorisés à des œuvres premières, considère qu'il ne peut pas y avoir de courtes citations sans œuvre citante, laquelle ne peut exister sans les extraits litigieux car « il ne subsiste de l'ouvrage litigieux qu'une table de matières sans matière et quelques banales indications devenues sans objet ce qui ne saurait, en aucun cas, passer pour une œuvre à caractère pédagogique, scientifique ou d'information ».

²⁴⁴ TGI Paris, 5 septembre 2001, préc. En l'espèce, la société Keljob ne téléchargeait pas le contenu de la base de Cadremploi, mais procédait à des « interrogations ponctuelles » portant sur les éléments suivants : intitulés de poste, secteur d'activité, lieu du poste proposé, date de parution de l'annonce et adresse URL du site où l'annonce pouvait être consultée.

74. Si l'on s'en tient à une analyse plus globale, la question de savoir à partir de quand l'extraction et/ou la réutilisation est substantiellement importante demeure. Force est alors d'attendre un plus grand nombre de réponses jurisprudentielles pour tirer des enseignements significatifs. Le risque serait que les juges, ayant constaté l'existence d'un investissement substantiel, déduisent l'atteinte au droit du producteur de la seule extraction et/ou réutilisation du contenu de la base, sans caractériser ces dernières opérations portant sur une partie quantitativement substantielle²⁴⁵. À noter le possible recours à un expert, sans que son avis lie – en principe du moins – le juge.

75. **Appréciation qualitative de la substantialité.** Est substantiel ce qui est essentiel, ce qui, en d'autres termes, fait l'essence ou la substance du contenu de la base de données, on pourrait presque dire sa valeur ajoutée ou sa spécificité si l'on ne craignait pas le risque de rapprochement avec la propriété intellectuelle. C'est d'ailleurs, à peu de choses près, la définition retenue dans le jugement Keljob (« les éléments extraits sont qualitativement substantiels [en ce] qu'ils portent notamment sur des informations dites de sélection et de référencement qui font la valeur de la base de données de la société Cadremploi »)²⁴⁶. Le critère est assurément plus délicat à interpréter, parce que moins objectif que le précédent et renvoyant à l'appréciation individuelle (celle des parties, celle du juge en cas de litige), potentiellement fluctuante. Sauf à lui donner une définition fonctionnelle, retenue par le tribunal de commerce de Nanterre, dans une décision en date du 16 mai 2000²⁴⁷ : « Le caractère substantiel qualitativement ou quantitativement de l'extraction doit s'apprécier en fonction de l'utilisation qui en est faite ». En l'espèce, l'extraction litigieuse portait sur des communiqués de presse. Elle apparaissait limitée par rapport à la masse de ceux existants, mais ayant permis l'enrichissement de la base de la défenderesse, les juges ont considéré qu'elle tombait sous le coup de la prohibition de l'article L. 342-1 CPI.

76. **Transmission et cession des droits.** Ce droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation dans les conditions qui viennent d'être décrites, peut selon l'article L. 342-1 alinéa 2 CPI, être transmis, cédé ou faire l'objet d'une licence. N'étant pas en principe un droit privatif (si bien que le droit commun de la cession ou de la licence en matière de droit intellectuel paraît difficile à respecter), mais bien un droit d'interdire, on voit mal comment ce droit pourrait être cédé, sauf à considérer la cession sous l'angle d'une autorisation d'utiliser.

77. **Droit espagnol.** Comme en droit français, les prérogatives du fabricant de la base lui donnent le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la base, puisque l'extraction, électronique ou non, d'une partie substantielle requiert son autorisation. Le jugement du tribunal de première instance de Madrid, déjà évoqué²⁴⁸, relatif à une base de données de jurisprudence dont les juges ont admis qu'elle procédait bien d'un « investissement en termes tant économiques que de

²⁴⁵ L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, en date du 12 septembre 2001, précité, illustre bien cette possible dérive. Ayant mis en évidence l'investissement substantiel réalisé par les sociétés plaignantes, les juges poursuivent : « Considérant qu'il est constant qu'en incorporant à son fichier les données relatives à chaque exposant des manifestations des [sociétés demanderesse] telles qu'elles figurent dans leur catalogue, [la société défenderesse] procède à l'extraction par transfert permanent ou temporaire d'une partie quantitativement substantielle du contenu de la base de données sur un autre support au sens de l'article L. 342-1 CPI ; qu'elle réutilise, par la mise à disposition du public, cette même partie ; que cette extraction et sa réutilisation sans autorisation du producteur de la base de données sont illicites ».

²⁴⁶ Précité.

²⁴⁷ *Comm. com. électr.*, 2000, sept., comm., n° 85, obs. Caron.

²⁴⁸ Tribunal de première instance de Madrid, 24 juillet 2001, Aranzadi S.A. / El Deredo.

temps »²⁴⁹ et qu'à ce titre elle était protégeable au titre du droit spécifique reconnu au fabricant, est particulièrement riche. En effet, il a été posé que « même s'il était entendu qu'il ne s'agit pas d'une partie substantielle, il s'agirait d'une utilisation systématique et répétée du contenu par la défenderesse, puisqu'il a été utilisé dans les mises à jour correspondantes, du moins jusqu'à la formation de la demande, ce qui suppose un acte contraire à l'exploitation normale de la base par la personne qui a effectué l'investissement nécessaire »²⁵⁰.

78. Durée de la protection. La protection reconnue au producteur de base de données est limitée, en application de l'article L. 342-5 CPI, à 15 ans « à compter de l'achèvement de la fabrication de la base de données ». En principe, le droit *sui generis* prend donc fin au premier janvier de l'année civile qui suit cet achèvement. En pratique, toutefois, la durée de la protection peut aller au-delà de ces 15 années par l'effet de deux règles posées dans le même article.

Le point de départ de la protection accordée peut d'abord être différé ; c'est le cas lorsque la base a été mise à la disposition du public avant l'expiration de la période de 15 ans que nous venons de mentionner.

Mais surtout, lorsque la base fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, le producteur peut se prévaloir de la protection pendant une nouvelle période de 15 ans, à compter de ce nouvel investissement. C'est dire que la base a vocation à être toujours couverte par le droit *sui generis*, dès lors que son producteur la modifie de manière substantielle par des ajouts, des suppressions ou des changements successifs. La directive va même jusqu'à dire que la « vérification substantielle du contenu de la base » peut constituer un investissement substantiel²⁵¹. Où l'on retrouve le critère de substantialité et ses difficultés d'appréciation.

Comment, notamment distinguer ce qui relève de la seule mise à jour et ce qui peut être qualifié de refonte de la base ? À ce jour, il ne semble pas y avoir eu de contentieux qui puisse guider l'interprète.

À noter qu'en droit espagnol, la durée de la protection reconnue au producteur est également de 15 ans.

79. Limites et exception au droit du producteur. Le principe de libre circulation des idées étant indéniablement atteint par le droit reconnu au producteur, il convenait d'en préciser la portée. Une première limite est posée par l'article L. 342-3 1° CPI, qui précise que l'extraction ou réutilisation d'une partie non substantielle de la base, par la personne qui y a licitement accès, n'est pas condamnable. On ne sera pas surpris, tant la règle est cohérente par rapport au reste du dispositif mis en place et conforme au droit des contrats : pourquoi l'utilisateur ne pourrait-il pas accéder à la base, alors que l'autorisation lui en a été donnée par contrat ? Aussi est-il surprenant que le législateur ait cru bon d'ajouter que toute clause contraire serait nulle... ! La deuxième a déjà été évoquée. Selon l'article L. 342-4 CPI, le droit *sui generis* est épuisé par la première vente d'un support matériel (condition qui va de soi...²⁵²) de la base. Logiquement, le législateur en déduit que la transmission en ligne d'une base de données n'épuise pas le droit du producteur²⁵³.

²⁴⁹ L'investissement pour la seule transcription électronique des jugements du Tribunal suprême rendus pendant la période litigieuse, éléments de la base de données de la société plaignante, a été évalué à 210 000 € par le tribunal de première instance de Madrid.

²⁵⁰ Tribunal de première instance de Madrid, précité.

²⁵¹ Considérant (55).

²⁵² L'épuisement ne concerne par hypothèse que les supports matériels de l'œuvre protégée.

²⁵³ M. Lucas remarque qu'aux États-Unis la thèse selon laquelle la transmission numérique dissémine les copies et relève du droit de distribution, est admise. Sur la discussion droit de distribution et droit de destinations, voir *supra*.

80. Plus notable, en raison des contours qui lui sont donnés, est en revanche l'exception qui réserve le cas de « **l'extraction à des fins privées** d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une **base de données non électronique** sous réserve des droits d'auteur ou des droits voisins sur les œuvres ou éléments incorporés dans la base »²⁵⁴. Plusieurs remarques s'imposent, issues d'une lecture *a contrario* de la disposition précitée :

- L'exception ne concerne pas les bases de données électroniques ; l'extraction à des fins privées de parties substantielles d'une base électronique tombe donc sous le coup de l'interdiction énoncée.

- L'exception ne concerne pas davantage les utilisations ou réutilisations à des fins privées dans le même but. Pourtant, c'est souvent le cas lorsque l'utilisateur conclut avec le producteur un contrat l'autorisant à utiliser la base. On ne peut manquer de constater la méfiance avec laquelle est considéré l'utilisateur légitime de la base. En contrepoint, on perçoit les risques encourus par le producteur, particulièrement évidents si l'utilisateur se sert des données contenues dans la base pour alimenter un site Web personnel.

81. **Droit espagnol.** Le dispositif mis en place par la loi de transposition espagnole est très voisin du nôtre. Ainsi, aux termes de l'article 135, l'utilisateur légitime d'une base de données peut, sans l'autorisation du fabricant, extraire et/ou réutiliser une partie substantielle du contenu de cette base lorsqu'il s'agit d'une extraction à des fins privées du contenu d'une base de données non électronique.

On remarquera tout de même une exception particulière, qui rappelle nos développements en matière de droit d'auteur : l'extraction à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique échappe au droit d'interdiction de l'auteur, à condition qu'elle ne poursuive pas une finalité commerciale et que soit indiquée la source²⁵⁵. Et ce, toujours sous réserve que ces actes soient effectués sans causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire des droits, et sans porter atteinte à l'exploitation normale de l'objet protégé.

b) Les sanctions possibles en cas de non-respect des droits

82. Le droit reconnu au producteur de bases de données est assorti par le législateur français de sanctions pénales²⁵⁶. Même s'il poursuit l'objectif louable de renforcer la protection nouvellement conférée au producteur, ce choix ne s'imposait pas²⁵⁷, et l'on peut même se demander s'il était vraiment opportun²⁵⁸, tant il évoque les dispositions en matière de contrefaçon de droits d'auteur (articles L. 335-2 CPI). Où l'on retrouve ce droit privatif inavoué stigmatisé plus haut... À titre de comparaison, on notera que le législateur espagnol a privilégié une toute autre voie que l'action répressive, puisque les articles 138 et suivants TRLPI offrent au fabricant lésé la possibilité de demander la cessation de l'activité illicite²⁵⁹ et/ou une indemnisation pour dommages matériels et moraux²⁶⁰.

²⁵⁴ Art. L. 342-3 2° CPI.

²⁵⁵ L'extraction et/ou la réutilisation à des fins de sécurité publique ou aux fins d'une procédure administrative ou juridictionnelle est également autorisée.

²⁵⁶ Art. L. 343-1 et suivants CPI.

²⁵⁷ Cf. art. 12 directive 11 mars 1996 : « Les États membres prévoient des sanctions appropriées contre la violation des droits prévus par la présente directive ».

²⁵⁸ M. Vivant et C. Le Stanc, *Droit de l'informatique et des réseaux*, *op. cit.*, n° 401.

²⁵⁹ Article 139 : Cessation de l'activité illicite.

« 1. La cessation de l'activité illicite peut comprendre :

La suspension de l'exploitation en situation d'infraction.

L'interdiction pour le contrevenant de reprendre cette exploitation.

83. Retour fait au droit français, le fait de porter atteinte aux droits du producteur est puni, comme en matière de contrefaçon de droits d'auteurs, de deux ans d'emprisonnement et de 150 000 €. Conformément à l'article L. 121-2 du Code pénal, la personne morale qui se serait rendue coupable de ce fait n'échappe pas au juge pénal. En cas de récidive, ces peines sont doublées, sachant que les coupables peuvent également être privés (pour une durée limitée à 5 ans) du droit d'élection et d'éligibilité en matière d'élections professionnelles²⁶¹. À noter que le délinquant lié à la partie lésée par convention se voit traiter de la même façon que le récidiviste. La question de la preuve est enfin traitée ; elle peut être faite par procès verbal établi par des officiers ou agents de police judiciaire, par les constatations d'agents assermentés désignés par les organismes professionnels de producteurs et agréés par le ministre chargé de la culture²⁶².

III - La protection de droit commun des bases de données

84. **Responsabilité civile délictuelle et concurrence déloyale.** Quelques mots pour rappeler qu'à côté de ce droit spécial des bases de données que nous venons d'évoquer, le droit des obligations peut toujours être sollicité, qu'il s'agisse des mécanismes contractuels (encore que...²⁶³) ou du droit de la responsabilité civile délictuelle. La voie de la responsabilité civile délictuelle paraît plus efficace, dès lors que les conditions de sa mise en œuvre sont réunies²⁶⁴ : une faute (qui peut être caractérisée par l'accès non autorisé à la base), un dommage et un lien de causalité entre les deux.

Le retrait de la vente des exemplaires illicites et leur destruction

La mise hors d'usage et, s'il y a lieu, la destruction des moules, planches, matrices, négatifs et autres éléments destinés exclusivement à la reproduction d'exemplaires illicites et des instruments dont la seule utilité est de permettre la suppression ou la neutralisation, non autorisées, de tout dispositif de protection d'un programme d'ordinateur.

Le déplacement ou la mise sous scellés des appareils utilisés dans la communication au public non autorisée.

2. Le contrevenant peut demander que la destruction ou la neutralisation desdits exemplaires et matériels, lorsqu'ils sont susceptibles d'être utilisés à d'autres fins, soit effectuée dans la mesure nécessaire pour empêcher l'exploitation illicite.

3. Le titulaire du droit qui a été enfreint peut demander que lesdits exemplaires et matériels soient livrés à prix coûtant et à la charge des dommages et intérêts qui lui reviennent.

4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux exemplaires acquis de bonne foi aux fins d'un usage personnel. »

²⁶⁰ Article 140 : « Indemnisation. La personne lésée peut choisir, à titre d'indemnisation, entre le bénéfice qu'elle aurait pu obtenir si l'utilisation illicite ne s'était pas produite, et la rémunération qu'elle aurait perçue si elle avait autorisé l'exploitation. Dans le cas d'un dommage moral, celui-ci fait également l'objet d'une indemnisation, même si l'existence d'un préjudice économique n'a pas été prouvée. Cette indemnisation est évaluée en fonction des circonstances de l'infraction, de la gravité du préjudice et du degré de diffusion illicite de l'œuvre. L'action en dommages et intérêts visée au présent article prescrit dans un délai de cinq ans à compter du moment où elle peut être intentée par la personne habilitée à cette fin. »

²⁶¹ Élections pour les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes, chambres de commerce et d'industries, chambres des métiers.

²⁶² Art. L. 343-4 CPI. Le droit espagnol prévoit la possibilité de prendre des mesures conservatoires urgentes en cas d'infraction, ou lorsqu'il existe une crainte raisonnable et fondée qu'une infraction se produise de façon imminente. L'autorité judiciaire peut décréter, à la demande des titulaires des droits reconnus dans la présente loi, les mesures conservatoires qui, selon les circonstances, s'avèrent nécessaires à la protection urgente desdits droits, et notamment : la saisie et le dépôt des revenus tirés de l'activité illicite et, le cas échéant, la consignation ou le dépôt des sommes dues à titre de rémunération, la suspension de l'activité de reproduction, de distribution et de communication au public, la confiscation des exemplaires produits ou utilisés et du matériel utilisé exclusivement pour leur reproduction ou communication au public, etc.

²⁶³ La protection par la voie contractuelle est par hypothèse peu efficace dans la mesure où elle trouve difficilement à s'appliquer ; on imagine mal un pirate (si tant est qu'il soit tenu par le contrat) accepter de se plier à la loi contractuelle.

²⁶⁴ Art. 1382 et 1383 Code civil.

85. Plus sûrement, c'est le droit de la concurrence²⁶⁵ qui devra être conseillé au producteur de la base²⁶⁶, notamment lorsque les conditions posées pour la reconnaissance d'un droit d'auteur (base non originale) ou pour bénéficier d'un droit *sui generis* (absence d'investissement substantiel) font défaut. On peut aussi imaginer que les difficultés de mise en œuvre des dispositions décrites plus haut (et l'on songe en particulier à la notion d'extraction quantitativement ou qualitativement substantielle) incitent les plaideurs à agir sur des fondements qui ont fait leur preuve²⁶⁷. Il faudra alors établir l'existence d'une faute²⁶⁸, ce qui est parfois difficile, d'un préjudice et d'un lien de causalité (ce qui ne saurait surprendre puisque l'action en concurrence déloyale « s'appuie » sur les principes de la responsabilité civile²⁶⁹).

86. Une autre voie peut encore être empruntée, celle de la théorie du parasitisme économique²⁷⁰, qui permet de sanctionner des pratiques par lesquelles une personne, physique ou morale, entend tirer profit du renom, du travail ou des investissements acquis ou réalisés par autrui²⁷¹ : « Le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique **s'immisce dans le sillage** d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire »²⁷². Elle présente, par rapport à l'action en concurrence déloyale²⁷³ un atout indéniable puisqu'il suffit qu'il y ait un « profit parasitaire inhabituel » du travail d'autrui pour que la sanction sur ce fondement soit envisageable²⁷⁴. Tel est par exemple le cas de l'entreprise qui exploite sans droit l'expérience ou le savoir-faire, voire la renommée, d'un concurrent pour produire et commercialiser un produit de même nature que celui distribué par ce dernier, mais de meilleure qualité et/ou moins cher.

²⁶⁵ Sur le fait que le droit *sui generis* pourrait être constitutif d'un abus dominante, consulter l'étude PNER de J.-M. Bruguière.

²⁶⁶ Les auteurs de la directive ont écarté le jeu de la concurrence déloyale en se fondant sur le fait qu'il n'existait pas de régime harmonisé de celle-ci (considérant n° 6).

²⁶⁷ En ce sens, N. Mallet-Poujol, *La création multimédia et le droit*, *op. cit.*, n° 611 et s. ; F. Pollaud-Dulian, « Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 », *op. cit.*, p. 545.

²⁶⁸ Caractérisée par le fait, pour le concurrent indélicat, de créer une confusion dans l'esprit du public, de dénigrer ou de désorganiser l'entreprise de son rival.

²⁶⁹ Y. Serra, *Le droit français de la concurrence*, Paris, Dalloz, 1992, p. 30 : « Tout procédé déloyal employé dans la lutte concurrentielle constitue une faute qui engage la responsabilité de son auteur et oblige ce dernier à réparer les conséquences dommageables de son acte ».

²⁷⁰ Cf. P. Le Tourneau, « Le parasitisme dans tous ses états », *D.*, 1993, 310 ; « Retour sur le parasitisme », *D.*, 2000, Cah. Aff. chr. p. 403 ; « Peut-on entonner le *requiem* du parasitisme ? », *D.*, 2001, chr. p. 1226, J. Passa ; « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.*, 2000, Cah. Aff. chr. p. 297.

²⁷¹ J.-J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Paris, Dalloz, 1993 ; P. Le Tourneau, *Le parasitisme*, Litec, 1998 ; *Variis auctores*, « Le parasitisme économique », *Gaz. Pal. – Litec*, 1988.

²⁷² Cass. com., 26 janvier 1999, *RD prop. intell.*, 1999, n. 100, p. 49 ; *Juris-Data*, n° 000470.

²⁷³ Qui suppose que soit apportée la (délicate) preuve d'une faute ou d'un comportement déloyal.

²⁷⁴ Le fondement de l'action est à vrai dire discuté, certains auteurs considérant que la démonstration d'une faute est toujours requise. Sur le sujet : M.-A. Frison-Roche, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA*, 1994, p. 483 ; M.-L. Izorche, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD com.*, 1998, 17.