



MINISTÈRE DE LA CULTURE

*Liberté
Égalité
Fraternité*

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

RAPPORT DE LA MISSION SUR LA REFORME EUROPEENNE DU DROIT *SUI GENERIS* DES BASES DE DONNEES

Coprésidents de la mission :

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

Rapporteurs :

David GUILLARME, maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'Etat
Guillaume LEFORESTIER, maître des requêtes au Conseil d'Etat

Rapport présenté à la réunion plénière du CSPLA du 12 juillet 2022

Le contenu de ce rapport, fruit d'une réflexion menée à partir d'auditions, de contributions écrites, de contacts informels et de nombreuses lectures, n'engage que ses auteurs.

Table des matières

Synthèse.....	5
Introduction - Rappel des termes des lettres de mission	7
Partie 1. Le projet initial de refonte du droit des bases de données	8
I- Rappel des origines et de l'économie générale du droit <i>sui generis</i>	8
A. Objectifs de la directive.....	8
B. Principales caractéristiques de la directive	9
II. Le droit <i>sui generis</i> : principales difficultés d'interprétation.....	10
A. Le caractère substantiel de l'investissement	11
B. La notion d'« obtention des données ».....	12
C. La notion de « fabricant »	12
D. L'extraction et la réutilisation des données de la base	13
E. La notion d'« utilisateur légitime »	14
F. Les exceptions au droit <i>sui generis</i>	14
G. Droit <i>sui generis</i> et concurrence	15
H. La durée du droit <i>sui generis</i>	15
I. Les données générées et le droit <i>sui generis</i>	16
III. Les scénarios qui semblaient se dégager à la suite des évaluations de la Commission	16
Partie 2. Le projet actuel de « clarification » du droit des bases de données	18
I- Présentation générale du projet de règlement sur les données (« <i>Data Act</i> »)	20
A. Contexte de la proposition de règlement sur les données	20
B. Objectifs affichés par l'exposé des motifs du projet de règlement sur les données	21
C. Contenu du projet de règlement sur les données.....	22
II- Le projet de règlement sur les données et le droit <i>sui generis</i> des bases de données	25
A. Les articles 4 et 5 du projet de règlement	26
B. Dispositions relatives au droit des bases de données dans le projet de règlement sur les données.....	27

C. Incertitudes nées de l'article 35 du projet de règlement	30
D. Quelles mesures juridiques nationales de mise en œuvre ?	34
Partie 3. Une autre rédaction de l'article 35 ?	37
I. Renforcer la rédaction de l'article 35	37
II. Assumer le <i>statu quo</i> en supprimant l'article 35	38
III. Conserver le droit <i>sui generis</i> et envisager de nouveaux mécanismes d'ouverture	38
Conclusion.....	40
Annexes	43
Lettres de mission	44
Questionnaire initial (également disponible en anglais)	47
Note d'étape (sans annexes)	52
Contributions écrites	74
Liste des personnalités consultées	78

Synthèse

La directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données prévoit une protection juridique *sui generis* pour les bases de données.

Le droit *sui generis* défini à l'article 7 de la directive implique, en complément d'outils relevant plus classiquement du droit d'auteur et liés à la structure de la base, une protection portant sur le contenu de la base et liée à l'investissement consenti en vue de la collection des données.

Une révision de la directive a semblé inéluctable à la suite de la publication par la Commission, d'une part de deux évaluations de la directive, d'autre part de plusieurs documents stratégiques transversaux. La Commission a également annoncé sa volonté d'adapter le contexte juridique à la révolution numérique, notamment pour « *faciliter le partage et le commerce des données produites par des machines et des données générées dans le cadre du déploiement de l'internet des objets* » ([Plan d'action pour la propriété intellectuelle](#), le 25 novembre 2020).

Dans ce contexte, en vertu d'une première lettre de mission du président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique le 5 janvier 2021, la mission vise à évaluer l'impact de la protection *sui generis* instituée par la directive sur les acteurs français et à recenser et analyser les demandes de modification du droit *sui generis* émanant tant de ses titulaires que des utilisateurs de bases de données ou résultant de la jurisprudence.

Si, conformément à la première lettre de mission, un premier rapport a pu être remis, dressant un bilan du régime actuel et formulant des premières propositions d'évaluation (note d'étape en annexe), une deuxième lettre de mission a dû prolonger la mission jusqu'au 31 juillet 2022, dans la mesure où les travaux de la Commission ont pris du retard, avec pour objectif une présentation des conclusions de la mission à la réunion plénière du mois de juillet, afin d'analyser la proposition de la Commission européenne publiée en février 2022 en formulant des propositions d'amendements, en lien avec les services du ministère de la Culture.

Dans un premier mouvement, le présent rapport rappelle les caractéristiques du droit *sui generis*, un outil original et peu connu des acteurs, ainsi que les difficultés d'interprétation de nombreuses notions de la directive, soit de ses dispositions, soit en raison de l'interprétation qu'en a donné la Cour de justice.

Il est vrai que la notion de droit *sui generis* ne s'appréhende pas aisément. Particularité européenne, le droit *sui generis* donne au « fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif », selon les termes de l'article 7, paragraphe 1 de la directive 96/9. Ainsi, le droit *sui generis* protège les investissements consentis pour la collection des données, sans préjudice de l'existence d'un droit d'auteur lié à la création de la base de données.

D'une manière générale, on relèvera que la jurisprudence de la Cour s'est attachée à interpréter de manière relativement stricte la notion et le champ d'application du droit *sui generis*.

Dans une deuxième partie, le rapport examine le projet de règlement sur les données, dit « *Data Act* », qui, à la surprise des spécialistes du droit *sui generis*, révèle l'absence de révision de la directive sur les bases de données, et comporte un unique article relatif au droit *sui generis*.

En substance, le projet de règlement poursuit l'objectif de promouvoir une économie fondée sur les données. Ce projet, ambitieux et transversal, s'attache à faciliter l'accès et l'utilisation des données par les entreprises et les consommateurs, à les ouvrir aux tiers et à prévoir le développement de normes d'interopérabilité afin de lever les principaux obstacles au partage des données.

Pour mener à bien ces objectifs, le projet prévoit un article 35, présenté par la Commission comme une « clarification » au regard des incertitudes juridiques nées de la jurisprudence, qui met à l'écart le droit *sui generis*, présenté par la Commission comme une entrave à la circulation des données, afin qu'il ne fasse pas obstacle aux droits ouverts pour les usagers d'accéder à leurs données, par l'article 4 du projet de règlement, et de les partager avec des tiers, sur le fondement de son article 5.

Plus précisément, l'article 35 du projet de règlement sur les données se propose d'écarter la possible protection par le droit *sui generis* des bases de données contenant des données générées ou obtenues par des produits et services.

Nous verrons que la rédaction de cet article 35 soulève de nouvelles incertitudes, les principaux acteurs ou spécialiste du droit *sui generis* s'interrogeant sur son sens et sa portée. En effet, la rédaction de l'article 35 a reçu un accueil pour le moins critique.

D'une part, la forme de sa rédaction ne permet pas de déterminer avec précision s'il s'agit d'un article interprétatif ou normatif.

D'autre part, au fond, les incertitudes nées de cette rédaction sont nombreuses. Ainsi, si on admet que l'article est normatif impose que les données générées par les machines ou les objets connectés n'ont pas vocation à relever du droit *sui generis* de l'article 7 de la directive 96/9, la rédaction ne permet pas de déterminer avec certitude si elle s'applique en toutes circonstances ou seulement lorsqu'un utilisateur d'un produit ou d'un service connecté use de ses droits prévus aux articles 4 et 5 du projet de règlement. En outre, il est en pratique délicat de distinguer les données « brutes », générées par des machines, et celles qui font l'objet d'une intervention humaine, seules les secondes étant prises en compte pour invoquer la protection par le droit *sui generis*.

En définitive, le choix de ne pas réviser la directive laisse en l'état les incertitudes issues de son texte ou de la jurisprudence de la Cour de justice.

Dans un troisième temps, le rapport formule des propositions, soit de rédaction alternative de l'article 35, soit de nouveaux mécanismes, notamment contractuels, destinés à permettre une ouverture des bases de données sans dénier aux fabricants de bases de données la possibilité d'amortir les investissements consentis pour leur collection.

Introduction - Rappel des termes des lettres de mission

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

Une première lettre de mission, signée le 5 janvier 2021 par le président Olivier Japiot, trouvait son origine dans le [Plan d'action pour la propriété intellectuelle](#) publié par la Commission européenne le 25 novembre 2020 dont un des volets consiste à adapter les modes de protection des actifs incorporels aux enjeux de la révolution numérique. Ce plan prévoit entre autres un réexamen de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, afin notamment de « faciliter le partage et le commerce des données produites par des machines et des données générées dans le cadre du déploiement de l'internet des objets ».

Dans ce contexte, la mission vise à évaluer l'impact de la protection instituée par la directive sur les acteurs français et à recenser et analyser les demandes de modification du droit *sui generis* émanant tant de ses titulaires que des utilisateurs de bases de données ou résultant de la jurisprudence.

La lettre de mission prévoyait la remise d'un premier rapport en juin 2021, dressant un bilan du régime actuel et formulant des premières propositions d'évaluation.

La lettre prévoyait également la remise d'un second rapport en décembre 2021 pour analyser la proposition de directive de la Commission européenne en formulant des propositions d'amendements, en lien avec les services du ministère de la Culture.

Une deuxième lettre de mission a cependant prolongé la mission jusqu'au 31 juillet 2022, dans la mesure où les travaux de la Commission ont pris du retard, avec une présentation des conclusions de la mission à la réunion plénière du mois de juillet.

Si les travaux de la Commission ont pris du retard, ils ont surtout débouché sur un résultat inattendu. En effet, le projet initial de refonte du droit des bases de données (Partie 1) était ambitieux pendant que le projet actuel de « clarification » (Partie 2) opère une réforme *a minima*, par un article unique intégré à un texte plus global et aux enjeux multiples. C'est donc aujourd'hui la proposition de règlement dite « *Data Act* »¹, contenant cette disposition unique sur le droit *sui generis* des bases de données, qui est censée réaliser la réforme envisagée. Les nombreuses interrogations quant au positionnement adopté ont conduit la mission à proposer une autre rédaction de la disposition en cause (Partie 3).

¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données), 23 février 2022, COM(2022) 68 final 2022/0047 (COD).

Partie 1. Le projet initial de refonte du droit des bases de données

La Commission européenne a longtemps annoncé une révision de la directive 96/9 sur les bases de données. Une telle révision paraissait en tout état de cause découler des évaluations de 2005 et plus encore de 2018, compte tenu des incertitudes laissées par le texte de la directive ou par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que des évolutions technologiques matérialisées notamment par la montée en puissance des objets et des services connectés.

Enfin, la Commission a surpris, voire déçu², en renonçant à proposer un projet de directive, ou de règlement, destiné à réviser la directive 96/9 sur les bases de données, comme sa [Stratégie sur les données](#) de 2020 ou son [Plan d'action pour la propriété intellectuelle](#) de 2020 l'avaient laissé penser, et en insérant simplement un article 35 relatif au droit *sui generis* dans son ambitieux projet de « *Data Act* ».

Afin de mieux comprendre la surprise et la déception nées de cet article 35, il est nécessaire de procéder à quelques rappels synthétiques, pour la plupart déjà exprimés de manière plus développée au stade de la note d'étape (annexée au présent au rapport), relatifs au droit *sui generis* des bases de données.

I- Rappel des origines et de l'économie générale du droit *sui generis*

Il convient tout d'abord de rappeler les objectifs poursuivis par la directive 96/9 (A), puis d'en esquisser les principales caractéristiques (B).

A. Objectifs de la directive

Avant l'intervention de la [directive 96/9/CE](#), les bases de données étaient uniquement protégées sur le fondement de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Les protections nationales instituées par les Etats membres étaient toutefois hétérogènes, les pays de *common law* appliquant une protection aux bases répondant au critère de l'effort intellectuel et des ressources consacrées, alors que les pays d'Europe continentale conditionnaient cette protection au critère d'originalité subjective propre au droit d'auteur.

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

² Notamment, voir l'analyse de Paul Keller, « *A vanishing right ? The Sui Generis Database Right and the proposed Data Act* », [Kluwer Copyright Blog](#) (4 mars 2022).

(1) d'harmonisation de la protection des bases de données dans l'Union, en instituant un droit *sui generis* propre à protéger le contenu des bases de données ne présentant aucune originalité au sens du droit d'auteur ;

(2) d'encouragement de l'investissement dans ces bases afin de combler l'écart alors constaté avec les Etats-Unis ;

(3) et de préservation de l'équilibre entre les droits et les intérêts des producteurs et des utilisateurs. Dès l'origine, la Commission souhaitait faciliter l'accès et la réutilisation des informations contenues dans les bases et éviter que le droit *sui generis* ne conduise à « verrouiller » cet accès.

B. Principales caractéristiques de la directive

Le droit *sui generis* protège un producteur qui a investi. Le législateur français a tenu à consacrer sa spécificité en ne le faisant pas figurer parmi les droits voisins du droit d'auteur énumérés au livre II du code de la propriété intellectuelle, mais en lui consacrant un titre IV spécifique « *Droit des producteurs des bases de données* » (articles L. 341-1 à L. 343-7 du code de la propriété intellectuelle) au sein du livre III consacré aux « *Dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données* ».

Les bases de données sont définies par l'article 1^{er} de la directive 96/9 (transposé au deuxième alinéa de l'article L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle) comme :

« un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière ».

Cette définition est indifférente au support, même si la protection s'adresse avant tout aux bases de données électroniques, pouvant plus facilement faire l'objet d'extractions ou de réutilisations massives.

La condition tenant à l'arrangement systématique et méthodique n'implique pas l'existence d'un stockage physique organisé et visible, mais seulement que soient prévus un ou plusieurs moyens techniques de récupération d'un élément indépendant dans la base, tels qu'un moteur de recherche, un index, un plan ou toute autre méthode de classification.

La directive institue deux régimes de protection des bases de données :

- le droit d'auteur, portant sur la structure de la base, sous réserve qu'elle soit une création originale (articles 3 à 6 de la directive et premier alinéa de l'article L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle) ;

- et le droit *sui generis*, portant sur son contenu et susceptible de s'appliquer même si la base de données n'est pas protégeable par le droit d'auteur³.

Seul le droit *sui generis* fait l'objet de la mission. Transposé par l'article L. 342-1 du code de la propriété intellectuelle, l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9 dispose :

« Les États membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif ».

Le droit *sui generis* ne protège donc pas un contenu original mais un investissement qui peut être financier, matériel ou humain, sans préjudice des droits susceptibles d'exister sur le contenu.

Par ailleurs, on observera que le droit *sui generis* reste une exception européenne⁴.

II. Le droit *sui generis* : principales difficultés d'interprétation

Puisque la proposition de la Commission est fondée sur le postulat d'une incertitude⁵ du droit quant au champ des données susceptibles d'être protégées par le droit *sui generis*, il nous semble utile de procéder à un rappel synthétique des principales hésitations nées du texte de la directive ou de la jurisprudence de la Cour de justice (on se reportera à la note d'étape en annexe pour des développements plus complets). Seront ainsi successivement évoqués le caractère substantiel de l'investissement (A), la notion d'« obtention de données » (B), celle de « fabricant » (C), l'extraction et la réutilisation de données (D), la notion d'« utilisateur légitime » (E), les exceptions au droit *sui generis* (F), l'articulation du droit spécial avec le droit de la concurrence (G), la durée du droit *sui generis* (H) et enfin la notion de données générées, censées être exclues de la protection (I).

³ Pour autant, la Cour de justice a admis que la directive ne pouvait interdire des limitations contractuelles à l'utilisation d'une base de données non protégée par le droit *sui generis*, ce qui conduit paradoxalement à protéger davantage certaines bases non protégeables par le droit *sui generis* bénéficieront, certes seulement entre les parties (Cour de justice, 15 janvier 2015, *Ryanair Ltd*, n° C-30/14).

⁴ Pages 18 à 20 de la note d'étape.

⁵ « La Cour de justice de l'Union européenne a précisé la notion d'investissements substantiels dans une base de données, en clarifiant que le droit « *sui generis* » vise à protéger les investissements dans la collecte, et non la création de données en tant que sous-produit d'une autre activité économique. Toutefois, une incertitude demeure quant à l'application accidentelle ou involontaire du droit « *sui generis* » aux bases de données contenant des données générées par des machines, c'est-à-dire les données obtenues ou générées par l'utilisation de produits ou de services connexes » (exposé des motifs, page 12).

A. Le caractère substantiel de l'investissement

Le caractère substantiel de l'investissement n'est pas précisément défini par la directive, ce qui rend le seuil de la protection particulièrement incertain.

Le champ même de cet investissement fait douter. En particulier, la question s'est posée de savoir si l'investissement pouvait être pris en compte lorsque la base a été réalisée pour les besoins de l'activité principale du producteur.

Sur ce point, la Cour de justice a énoncé, dans quatre arrêts du 9 novembre 2004, que :

« la circonstance que la constitution d'une base de données soit liée à l'exercice d'une activité principale dans le cadre de laquelle la personne qui constitue la base est également le créateur des éléments contenus dans cette base n'exclut pas, en tant que telle, que cette personne puisse revendiquer le bénéfice de protection par le droit sui generis »⁶.

La solution a été reprise par la Cour de cassation⁷. Toutefois, l'exclusion des investissements affectés à la création des données la prive grandement d'intérêt. Un précédent rapport du CSPLA avançait d'ailleurs sur ce sujet que *« l'exclusion de la prise en compte de l'investissement sur la production de la donnée du champ d'application du droit sui generis opéré par les arrêts de 2004 a contribué au manque d'intérêt des opérateurs pour ce type de protection »⁸.*

Par ailleurs, un récent arrêt *CV-Online Latvia* de la Cour de justice⁹ a permis de poser :

(1) que l'extraction et la réutilisation ainsi réalisées doivent, pour être prohibées, avoir « pour effet de priver (le titulaire) de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement » ;

(2) qu'« il convient d'établir un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt légitime des fabricants de bases de données d'être en mesure d'amortir leur investissement substantiel et, d'autre part, celui des utilisateurs et des concurrents de ces producteurs d'avoir accès aux informations contenues dans ces bases de données ainsi que la possibilité de créer des produits innovants basés sur ces informations » ;

(3) que « le critère principal de mise en balance des intérêts légitimes en présence doit être l'atteinte potentielle à l'investissement substantiel de la personne ayant constitué la base de données concernée, à savoir le risque que cet investissement ne puisse être amorti ».

⁶ *The British Horseracing Board*, aff. C-203/02 (point 34) ; *Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkans*, aff. C-46/02 (point 39) ; *Fixtures Marketing Ltd c/ SvenskaSpel AB*, aff. C-338/02 (point 29) ; *Fixtures Marketing Ltd c/ OPAP*, aff. C-444/02 (point 45).

⁷ *Cass. Com.*, 23 mars 2010, *CCE*, 2010, *comm.* 83, 1^{re} esp., note Caron ; *Propri. intell.* 2010, p. 856, obs. Bruguière.

⁸ Valérie-Laure Benabou, Célia Zolynski et Laurent Cytermann, *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, Rapport CSPLA, 2018, page 25.

⁹ *Cour de justice*, 3 juin 2021, *CV Online Latvia SIA*, n° C-762/19, points 32 et 40.

Cette exigence d'amortissement, qui restreint encore un peu plus la possibilité de bénéficier du droit *sui generis*, laisse perplexe. La Cour semble exiger une condition supplémentaire, restrictive, comme si l'utilisation concernée devait impérativement être liée à l'investissement substantiel. Pour certains auteurs, la condition est contraire au texte de la directive¹⁰. D'autres estiment que la notion jurisprudentielle d'amortissement vient simplement objectiver, et ce faisant cadrer, le critère textuel de l'investissement substantiel¹¹.

La protection est plus difficile à obtenir pour les bases de données ayant nécessité des investissements peu risqués et très profitables.

En toute hypothèse, la preuve de l'investissement substantiel est délicate, plus encore s'il s'agit de la rapporter à certaines parties de la base, corrélées à une absence d'amortissement.

B. La notion d'« obtention des données »

L'obtention des données désigne leur collection et non leur création, ainsi que l'a jugé la Cour de justice¹².

De fait, le droit *sui generis* a été instauré pour stimuler le stockage et le traitement de l'information, pour rentabiliser un investissement lié à la constitution d'une base, et non pour favoriser la création de données.

Cependant, la solution retenue est complexe à mettre en œuvre, car il est de plus en plus difficile, en pratique, d'identifier l'objet exact de l'investissement, notamment en raison de la concomitance des opérations. Dans ces conditions, déterminer la fraction de cet investissement qui pourrait être retenue devient particulièrement délicat, voire subjectif.

C. La notion de « fabricant »

La notion de fabricant (équivalente à celle de producteur en droit français) n'est pas davantage définie par la directive, mais le considérant 41 indique qu'elle désigne la personne qui prend l'initiative et le risque d'investir, ce que le code de la propriété intellectuelle mentionne expressément en son article. L. 341-1.

Il peut s'agir d'une personne physique ou morale (article L. 341-2 du code de la propriété intellectuelle), mais pas de sous-traitants (qui par définition ne prennent pas l'initiative, le considérant 41 réservant cette caractéristique au fabricant).

¹⁰ Pascal Kamina, *Com. com. électr.* 2022, comm. 1 ; Jacques Larrieu, *Propr. industr.* 2022, comm. 5.

¹¹ Jean-Michel Bruguière, « Chronique Droit d'auteur et droits voisins », *Propriétés intellectuelles*, avril 2022, n° 83, pages 40 à 43.

¹² Cour de justice, 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd...*, aff. C-338/02, point 24.

D. L'extraction et la réutilisation des données de la base

Les termes d'extraction et de réutilisation, repris lors de la transposition par l'article L. 342-1 du code de la propriété intellectuelle, semblent faire écho aux notions de reproduction et de communication au public en droit d'auteur (retenons cependant que les notions diffèrent clairement). Entendus largement¹³, ils excluent toutefois le prêt public.

L'extraction désigne à la fois le retrait et la copie des données de la base, manuelle, par impression, téléchargement, voire la traduction.

La réutilisation englobe toute opération ayant pour conséquence de rendre la base accessible au public. Ainsi, les procédés des métamoteurs de recherche dédiés, qui proposent sur requête de l'utilisateur et sur une interface propre des résultats issus de bases de données et expurgés des éventuels doublons, constituent une réutilisation. A cet égard, l'arrêt *Innoweb*¹⁴ qui le jugeait en 2013 a été confirmé sur ce point par un arrêt *CV-Online Latvia*¹⁵ rendu en juin 2021.

Enfin, la protection ne vise pas les simples actes de consultation de la base¹⁶, sauf si, s'agissant des bases de données électroniques, la visualisation sur écran du contenu de cette base nécessite le transfert, permanent ou temporaire, de la totalité ou d'une partie substantielle de ce contenu vers un autre support. La distinction opérée entre l'accès au contenu de la base et l'extraction d'éléments constitutifs de la base est fondamentale.

L'extraction et la réutilisation ne sont réservées au producteur que si les actes portent sur la totalité ou sur une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données. Comme on le voit, les notions convoquées (en particulier « qualitativement ou quantitativement substantielle ») laissent une part importante à l'interprétation, non exempte de subjectivité, et par suite à l'incertitude.

L'extraction ou la réutilisation quantitativement substantielle s'apprécie au regard du volume de données concernées par rapport au volume total de la base source ou de sa copie (et non de la base de destination), en raison du rapport de proportionnalité qui existe entre l'investissement et ce contenu. L'extraction ou la réutilisation qualitativement substantielle se réfère à l'importance de l'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu de l'objet de l'acte d'extraction ou de réutilisation, indépendamment du point de savoir si cet objet représente une partie quantitativement substantielle du contenu général de la base. Une partie quantitativement négligeable du contenu d'une base de données peut en effet représenter, en termes d'obtention, de vérification ou de présentation, un important investissement humain, technique ou financier¹⁷.

Par ailleurs, l'extraction et/ou la réutilisation répétées et systématiques de parties non substantielles du contenu de la base de données qui supposeraient des actes contraires à une exploitation normale de cette base, ou qui causeraient un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du fabricant de la base, ne sont pas autorisées.

¹³ Cour de justice, 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, aff. C-203/02, point 51.

¹⁴ Cour de justice, 19 décembre 2013, *Innoweb*, aff. C-202/12.

¹⁵ Cour de justice, 3 juin 2021, « *CV-Online Latvia* » *SIA*, aff. C-762/19, points 32 à 34.

¹⁶ Cour de justice, 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, aff. C-203/02, point 54.

¹⁷ Cour de justice, 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, aff. C-203/02, points 68 et suivants.

E. La notion d'« utilisateur légitime »

La notion d'« utilisateur légitime » n'est pas définie et n'a pas été explicitée par la jurisprudence, étant précisé que le premier alinéa de l'article L. 342-3 du code de la propriété intellectuelle évoque « *la personne qui a licitement accès* » à la base.

Trois acceptions possibles sont admises par la doctrine :

- la plus large renvoie à tout utilisateur pouvant se prévaloir d'une exception prévue par la loi ou le contrat ;
- la plus restrictive au seul utilisateur titulaire d'une licence d'utilisation ;
- et une acception intermédiaire désigne l'utilisateur ayant légitimement acquis la base de données par des moyens qui ne se limitent pas à l'obtention d'une licence (prêt, don, vente, revente, location, héritage...).

F. Les exceptions au droit *sui generis*

Les Etats membres peuvent prévoir des exceptions au droit *sui generis* dans trois cas de figure, lorsqu'il s'agit :

- (a) d'une extraction (mais pas d'une réutilisation) à des fins privées du contenu d'une base de données non électronique, comme en droit d'auteur ;
- (b) d'une extraction à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, pour autant que l'utilisateur indique la source des données utilisées et dans la mesure justifiée par le but non commercial à atteindre ;
- (c) d'une extraction et/ou d'une réutilisation à des fins de sécurité publique ou aux fins d'une procédure administrative ou juridictionnelle.

La directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (article 29) a modifié l'article 9 de la directive 96/9 pour prévoir que l'exception concernant l'extraction à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique était sans préjudice des exceptions et des limitations qu'elle-même prévoyait et qui concernent la fouille de textes et de données (articles 3 et 4), l'utilisation d'œuvres et autres objets protégés dans le cadre d'activités d'enseignement numériques et transfrontières (article 5) et la conservation du patrimoine culturel (article 6)¹⁸. Les dispositions législatives relatives aux exceptions de fouille de textes et de données (« *text and data mining* ») ont été transposées par l'[ordonnance n° 2021-1518 du 24 novembre 2021 complétant la transposition de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE](#).

¹⁸ Rapport CSPLA, *Transposition des exceptions de fouille de textes et de données : enjeux et propositions*, A. Bensamoun et Y. Bouquerel, décembre 2020.

Enfin, le paragraphe 6 de l'article 1^{er} de la [directive \(UE\) 2019/1024 du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des données du secteur public](#) prévoit que les organismes du secteur public n'exercent pas le droit *sui generis* « pour le fabricant d'une base de données aux fins d'empêcher la réutilisation de documents ou de limiter celle-ci au-delà des limites fixées par la présente directive ».

Il en résulte que l'article L. 321-3 du code des relations entre le public et l'administration dispose que, sous réserve des droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, le droit *sui generis* dont pourraient se prévaloir les administrations sur leurs bases de données ne peut faire obstacle à la réutilisation du contenu de celles qu'elles publient en ligne en vertu de l'article L. 312-1-1, réserve faite des bases de données produites ou reçues par les administrations dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence.

G. Droit *sui generis* et concurrence

De manière plus générale, le droit *sui generis*, en tant qu'il crée un monopole, devra, dans certaines circonstances, s'articuler avec le droit de la concurrence.

En ce sens, la Cour de cassation a pu contrôler le prix permettant l'accès à une base de données, considéré comme ressource essentielle¹⁹.

Il reste toutefois à déterminer quelles bases de données pourraient être qualifiées d'infrastructures essentielles. La question pourrait se poser avec acuité du fait des bouleversements induits par l'irruption de l'intelligence artificielle et l'apprentissage machine qu'elle rend possible en permettant l'exploitation de mégadonnées (*Big Data*), lesquelles peuvent être organisées au sein de bases de données.

H. La durée du droit *sui generis*

Le droit *sui generis* expire 15 ans après le 1^{er} janvier de l'année qui suit la date de l'achèvement de la fabrication ou de la mise à disposition du public (article 10 de la directive, transposé à l'article L. 342-5 du code de la propriété intellectuelle).

Ce délai court à nouveau entièrement en cas de « modification substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu d'une base de données, notamment toute modification substantielle résultant de l'accumulation d'ajouts, de suppressions ou de changements successifs qui ferait considérer qu'il s'agit d'un nouvel investissement substantiel, évalué de façon qualitative ou quantitative », ce qui fait dire à certains auteurs que la protection est potentiellement aussi longue que la durée de vie de la base de données elle-même, voire que le droit *sui generis* se caractérise par une « perpétuité de fait », à tout le moins pour les bases régulièrement enrichies et actualisées.

¹⁹ Cass. Civ. Ire, 4 déc. 2001, CCE 2002, comm. 38, note Caron ; Propr. intell. 2002, n° 3, p. 61, note Lucas.

I. Les données générées et le droit *sui generis*

Enfin, *a fortiori* parce que la Commission en fait un argument à l'appui de sa proposition d'article 35, il convient d'évoquer à ce stade, au nombre des incertitudes, celle relative à la protection ou non par le droit *sui generis* des données produites par des produits ou des services liés²⁰.

Les quatre arrêts déjà mentionnés du 9 novembre 2004 rendus par la Cour de justice²¹ ont considérablement resserré la portée du droit *sui generis* en excluant de la protection les données créées, comme évoqué au point B ci-dessus.

Il est alors tentant d'en déduire, comme nous en faisons état au stade de la note d'étape, que les bases de données générées automatiquement (par l'intelligence artificielle, les capteurs, l'internet des objets, etc.) ne sont pas susceptibles d'être protégées par le droit *sui generis*.

Il faut toutefois reconnaître qu'une autre lecture des incidences de ces arrêts dans le domaine de l'Internet des objets a été défendue récemment par le professeur Matthias Leistner²², qui n'excluait pas que certaines données générées puissent être protégeables par le droit *sui generis*. C'est peut-être cette absence de consensus dans la doctrine qui a permis à la Commission d'invoquer, comme nous le verrons, une incertitude en la matière.

III. Les scénarios qui semblaient se dégager à la suite des évaluations de la Commission

Au stade de la note d'étape réalisée par la mission, les auteurs estimaient que trois scénarios étaient « théoriquement envisageables » :

(1) Le premier consistait à étendre la protection par le droit *sui generis* aux bases de données *spin-off*, mais cette direction irait à rebours de l'objectif de circulation maximale des données poursuivi par la Commission ;

(2) Le deuxième consistait à l'inverse à abolir le droit *sui generis*, considérant que sa valeur ajoutée n'était pas substantielle, que d'autres instruments de protection existent (concurrence déloyale) et qu'il entrave la circulation des données, scénario qui pouvait apparaître cohérent avec la stratégie de l'Union visant à faciliter la circulation et la réutilisation des données afin de favoriser l'avènement de la société de la connaissance, porteuse de croissance économique ;

3) Un scénario intermédiaire, dans la ligne des constatations de 2018, consistait à n'apporter que des retouches à la directive afin de lever certaines ambiguïtés, voire de moduler la protection pour favoriser la réutilisation de certaines données (données d'intérêt général ou données essentielles, par exemple) ou traiter les cas de monopoles exercés par le détenteur de la base, dont certaines personnalités auditionnées par la mission ont relevé qu'ils contribuaient bien davantage que le droit *sui generis* à entraver la circulation de l'information. Nous nous interrogeons alors sur l'opportunité que peuvent constituer, en vue de l'accès aux données, les

²⁰ En vertu de l'article 35 de la proposition de règlement, le droit *sui generis* « ne s'applique pas aux bases de données contenant des données obtenues ou générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service lié ».

²¹ *The British Horseracing Board*, aff. C-203/02 ; *Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkans*, aff. C-46/02 ; *Fixtures Marketing Ltd c/ SvenskaSpel AB*, aff. C-338/02 ; *Fixtures Marketing Ltd c/ OPAP*, aff. C-444/02.

²² [Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform](#), Matthias Leistner.

licences obligatoires ou des licences « FRAND » (*Fair, Reasonable, and Non Discriminatory*). Nous estimions également opportun d'engager une réflexion sur les exceptions afin d'accompagner cette démarche, y compris s'agissant d'exceptions catégorielles, au bénéfice d'acteurs identifiés (comme les encyclopédies en ligne).

Malgré les incertitudes pesant sur le texte, la proposition de la Commission a choisi une voie *a minima*.

Partie 2. Le projet actuel de « clarification » du droit des bases de données

La Commission a fait le choix d'insérer une unique disposition à la fin d'un vaste et ambitieux projet de règlement sur les données (ou « *Data Act* ») publié le 23 février 2022²³. C'est ainsi que l'article 35 énonce que le droit *sui generis* « *ne s'applique pas aux bases de données contenant des données obtenues ou générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service lié* ».

L'économie générale du projet de règlement sur les données consiste à titre principal à faciliter l'accès et l'utilisation des données par les entreprises et les consommateurs, à les ouvrir aux tiers et à prévoir le développement de normes d'interopérabilité afin de lever les principaux obstacles au partage des données. Dès lors, puisque le droit *sui generis* est présenté comme un potentiel obstacle à la circulation des données, l'article 35 énonce que les données produites par les objets ou les services connectés ne peuvent bénéficier de la protection offerte par le droit *sui generis* des bases de données et ainsi faire obstacle aux droits ouverts par le règlement pour les usagers d'accéder à leurs données et de les partager avec des tiers.

Le contenu de l'article 35 est présenté comme une « clarification » dans l'exposé des motifs du projet de règlement, ainsi que par le considérant 84 (tout au moins dans la version en langue anglaise, car la traduction française utilise étrangement à ce stade le verbe « préciser »²⁴), qui est ainsi rédigé :

« Afin d'éliminer le risque que les détenteurs de données contenues dans des bases de données obtenues ou générées au moyen de composants physiques tels que des capteurs, d'un produit connecté ou d'un service lié invoquent le droit « sui generis » prévu par l'article 7 de la directive 96/9/CE, alors que ces bases de données ne remplissent pas les conditions attachées à ce droit « sui generis », et puissent entraver ainsi l'exercice effectif du droit des utilisateurs d'accéder aux données et de les utiliser ainsi que le droit de partager des données avec des tiers prévus par le présent règlement, celui-ci devrait préciser que le droit « sui generis » ne s'applique pas à ces bases de données, parce que les conditions de la protection ne seraient pas remplies. » (mot souligné par les auteurs).

²³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données), 23 février 2022, COM(2022) 68 final 2022/0047 (COD).

²⁴ La rédaction en anglais du considérant 84 est la suivante : « *In order to eliminate the risk that holders of data in databases obtained or generated by means of physical components, such as sensors, of a connected product and a related service claim the sui generis right under Article 7 of Directive 96/9/EC where such databases do not qualify for the sui generis right, and in so doing hinder the effective exercise of the right of users to access and use data and the right to share data with third parties under this Regulation, this Regulation should clarify that the sui generis right does not apply to such databases as the requirements for protection would not be fulfilled.* » (mot souligné par les auteurs).

L'article 35 est pour sa part ainsi rédigé :

« CHAPITRE X DROIT « SUI GENERIS » PREVU PAR LA DIRECTIVE
96/9/CE »

« Article 35

Bases de données contenant certaines données

Afin de ne pas entraver l'exercice du droit des utilisateurs d'accéder aux données et de les utiliser conformément à l'article 4 du présent règlement ou du droit de partager ces données avec des tiers conformément à l'article 5 du présent règlement, le droit « sui generis » prévu par l'article 7 de la directive 96/9/CE ne s'applique pas aux bases de données contenant des données obtenues ou générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service lié. »

L'objectif de la rédaction de l'exposé des motifs et des considérants d'un projet de texte législatif européen est en règle générale de rendre nécessaire la rédaction adoptée par les articles de ce texte.

En l'espèce, il s'agit ainsi de souligner les incertitudes nées de la jurisprudence et des évolutions technologiques, afin qu'apparaisse nécessaire une clarification, qui trouve alors son illustration dans la proposition rédactionnelle.

Mais nous verrons que, s'agissant de l'article 35 du projet de règlement sur les données, le schéma tracé ci-dessus ne fonctionne pas très bien, de l'avis des membres de la mission comme de celui des personnes auditionnées :

- le constat de l'incertitude relative à la protection ou non des données générées par le droit *sui generis* dont fait état la Commission ne fait pas l'unanimité ;
- il en résulte que la « clarification » voulue par la Commission n'est dès lors pas jugée nécessaire par tous, tout au moins pas sous cette forme ;
- même en admettant qu'il existe une incertitude quant à l'appartenance ou non des données générées au champ des données susceptibles de bénéficier de la protection du droit *sui generis* des bases de données, la forme choisie comme le contenu de l'article 35, aux yeux de la plupart des personnes auditionnées, des experts les plus autorisés du droit *sui generis* des bases de données, et des membres de la mission, ne clarifient pas l'état du droit et soulèvent même de nouvelles incertitudes.

Dans le but de faire état de cette position, le projet de règlement sera succinctement présenté, avant d'étudier son article 35, largement secondaire dans ce projet et qui écarte l'application du droit *sui generis* issu de la directive 96/9 pour les données générées par des objets ou services connectés (II).

I- Présentation générale du projet de règlement sur les données (« Data Act »)

Nous examinerons le contexte d'élaboration de la proposition de règlement sur les données (A), ses objectifs (B), et ses principales dispositions (C), sans aborder encore le droit *sui generis*.

A. Contexte de la proposition de règlement sur les données

L'exposé des motifs du projet de règlement décrit le contexte général relatif aux données (a) et rappelle les réponses déjà édictées par les institutions européennes (b).

a) Contexte général

S'agissant du contexte général en matière de données, l'exposé des motifs souligne tout d'abord le caractère central de la donnée dans l'économie numérique.

La Commission fait alors le constat d'une tension entre le grand volume, sans cesse croissant, de données générées par les hommes ou les machines qui pourtant restent inutilisées ou détenues par peu d'entreprises. Elle attribue la responsabilité de cette faible utilisation ou réutilisation des données au manque de confiance dans le partage des données et à des obstacles technologiques qui laissent inexploité le potentiel d'une innovation fondée sur les données, rendu plus prometteur encore en raison de la prolifération des objets connectés à l'internet des objets.

La Commission constate dès lors qu'il convient de libérer ce potentiel afin de réutiliser les données, notamment « *en supprimant les obstacles au développement de l'économie européenne fondée sur les données* »²⁵.

Par suite, la Commission en déduit qu'une libéralisation de la réglementation relative à l'accès aux données et à leur utilisation est fondamentale pour saisir les opportunités de l'ère numérique.

Au regard de la rédaction de l'article 35 ou de certains considérants, on relèvera que le droit *sui generis* est le plus souvent présenté sous un angle peu flatteur, notamment en tant qu'il serait pour la Commission au nombre des obstacles au développement de l'économie fondée sur les données, ce qui n'est pas matériellement chiffré ou étayé par des décisions de la Cour de Justice.

b) Rappel des jalons déjà posés par les institutions européennes

L'exposé des motifs du projet de règlement sur les données retrace assez classiquement les initiatives en la matière des différentes institutions, la Commission, le Conseil européen ainsi que le Parlement.

²⁵ Page 1 de l'exposé des motifs du projet de règlement sur les données.

Ainsi, s'agissant de la Commission, Ursula von der Leyen, alors candidate à la présidence de la Commission européenne, avait déclaré dans ses [Orientations politiques pour la Commission 2019-2024](#)²⁶ que l'Europe doit « *équilibrer le flux et l'utilisation des données tout en préservant un haut degré de protection de la vie privée, de sécurité, de sûreté et d'éthique* ».

De même, le programme de travail de la Commission pour 2020 incluait parmi ses objectifs stratégiques, la [Stratégie européenne pour les données](#), adoptée le 19 février 2020, qui se donnait pour objectif de construire un véritable marché unique des données. A cet égard, le règlement sur les données est donc un pilier essentiel de cette Stratégie pour les données.

Puis trois Conseils européens depuis 2020 ont souligné dans leurs conclusions l'importance de disposer d'un nouveau cadre réglementaire global propice à l'innovation, citant les [conclusions des 21 et 22 octobre 2021](#)²⁷, qui invitaient à « *d'autres initiatives (...) consistant en particulier à valoriser les données en Europe, notamment au moyen d'un cadre réglementaire global qui soit propice à l'innovation, qui contribue à une meilleure portabilité des données et à un accès équitable aux données et qui assure l'interopérabilité* ».

Enfin, la Commission souligne que le Parlement a, dans sa [résolution du 25 mars 2021 sur une stratégie européenne pour les données](#)²⁸, « *invité instamment la Commission à présenter une loi sur les données visant à encourager et à permettre un flux de données plus important et équitable dans tous les secteurs, entre les entreprises, entre les entreprises et les administrations publiques et inversement et entre les administrations publiques elles-mêmes* ».

B. Objectifs affichés par l'exposé des motifs du projet de règlement sur les données

La Commission annonce qu'elle présente la proposition de règlement sur les données dans « *le but de garantir l'équité dans la répartition de la valeur produite par les données entre les acteurs de l'économie fondée sur les données et de favoriser l'accès aux données et l'utilisation de ces dernières* » (en gras dans le texte).

La proposition de règlement a ainsi pour objectifs généraux de répondre aux enjeux évoqués précédemment de sorte que :

- les entreprises privées soient davantage en mesure d'innover ;
- les personnes privées soient mieux protégées dans le respect de leurs données ;
- et les personnes publiques soient mieux à même de conduire leurs politiques, notamment en cas d'urgence.

Les objectifs propres au projet de règlement sont nombreux, notamment :

- faciliter l'accès et l'utilisation des données par les entreprises et les consommateurs, un lien étant d'emblée annoncé avec la directive 96/9, l'exposé des motifs affirmant que : « *La proposition clarifie [mot en gras dans le texte²⁹] l'application des droits pertinents prévus par la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données (directive sur les bases de données) à ses dispositions* » ;

²⁶ Ursula von der Leyen, [Une Union plus ambitieuse — Mon programme pour l'Europe, Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne 2019-2024](#), 16 juillet 2019.

²⁷ [Conclusions du Conseil européen des 21 et 22 octobre 2021, communiqué.](#)

²⁸ [Résolution du Parlement européen du 25 mars 2021 sur une stratégie européenne pour les données.](#)

²⁹ La traduction française utilise le même verbe, au contraire du choix effectué pour traduire le considérant 84.

- prévoir l'utilisation par les organismes du secteur public et les institutions, agences ou organes de l'Union de données détenues par les entreprises dans certaines situations où il existe un besoin exceptionnel de données (notamment en vue de la gestion des situations d'urgence) ;
- et prévoir le développement de normes d'interopérabilité pour les données à réutiliser entre les secteurs afin de lever les obstacles au partage des données.

C. Contenu du projet de règlement sur les données

La Commission insiste particulièrement, dans l'exposé des motifs du projet de règlement sur les données, sur son insertion dans le paysage juridique européen (a), puis sur le fait que cette proposition de règlement découle des évaluations menées (b).

a) Effets du projet de règlement sur les données sur les autres textes européens

L'exposé des motifs rappelle que la proposition de règlement s'inscrit dans un contexte juridique déjà riche, notamment :

- le règlement 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dit RGPD³⁰ ;
- le règlement du 14 novembre 2018 sur le libre flux des données à caractère non personnel de 2018³¹ ;
- d'une manière générale, le droit de la concurrence ;
- la directive 2019/1024/UE concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public³² ;
- et, à nouveau, la directive 96/9 sur les bases de données.

A cet égard, la Commission souligne que sa proposition de règlement répond aux incertitudes juridiques nées de la jurisprudence quant à la possible protection ou non par le droit *sui generis* des bases de données contenant des données générées ou obtenues par des produits et services :

« Le paragraphe rappelle que la directive 96/9/CE « prévoit la protection sui generis des bases de données qui ont été créées grâce à un investissement substantiel, même si la base de données elle-même n'est pas une création intellectuelle originale protégée par le droit d'auteur. S'appuyant sur l'importante jurisprudence interprétant les dispositions de cette directive, cette proposition répond aux incertitudes juridiques actuelles sur le point de savoir si les bases de données contenant des données générées ou obtenues par des produits et services, par exemple par des capteurs ou d'autres types de machines, sont protégées par le droit d'auteur, produits et services, par exemple par

³⁰ Règlement 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

³¹ Règlement 2018/1807 du 18 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne.

³² Directive 2019/1024 du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public (refonte).

des capteurs ou d'autres types de données générées par des machines, ont droit à une telle protection » (mots soulignés par les auteurs du rapport).

Il est également énoncé que le règlement sur les données (« *Data Act* ») complète notamment la proposition de règlement sur la gouvernance des données (« *Data Governance Act* »)³³ dont l'objectif est de faciliter le partage volontaire de données par les acteurs individuels ou économiques, dans le respect des droits des particuliers.

En outre, l'exposé des motifs donne quelques utiles précisions relatives à la portée du projet de règlement sur les données sur les autres pans de la législation européenne. A cet égard, il affirme que le projet de règlement sur les données « n'a pas d'incidence sur les règles existantes en ce qui concerne la propriété intellectuelle (à l'exception de l'application du droit sui generis prévu par la directive sur les bases de données), la concurrence, (...) ou la protection juridique des secrets d'affaires. »

En termes d'articulation avec la législation européenne existante ou à venir, hors le cas de la directive sur les bases de données, il est précisé que ce projet de règlement sur les données, en tant qu'outil dit « horizontal » (c'est-à-dire transversal) :

- crée un socle commun pour tous les secteurs encore non réglementés par le droit de l'UE ;
- mais ne modifie pas le droit existant dans les domaines disposant déjà d'une réglementation sectorielle.

En somme, ce projet de règlement transversal a vocation à s'appliquer sans préjudice des normes du droit de l'Union européenne préexistantes, mais chaque réglementation sectorielle future devra à l'avenir respecter ce nouveau cadre transversal.

Quant à l'articulation avec les politiques de l'Union européenne, l'exposé des motifs évoque plusieurs documents stratégiques récents pour souligner à quel point la proposition de règlement leur est conforme :

- la [Communication de la Commission du 19 février 2020 « Façonner l'avenir numérique de l'Europe »](#), relative à la numérisation du marché intérieur [qui] « *se caractérise par un degré élevé de confiance, de sécurité et de sûreté, ainsi que par un large éventail de choix pour les consommateurs* » ;
- la (nouvelle) [Stratégie industrielle de 2020 \(issue d'une Communication de la Commission la mettant à jour en mai 2021\)](#), car le projet de règlement traite de technologies stratégiques dont le potentiel est inexploité, tel l'informatique en nuage (« *cloud computing* ») ou les systèmes d'intelligence artificielle ;
- la [Stratégie sur les données](#), car le projet de règlement sur les données est présumé mettre en œuvre son objectif consistant à armer les entreprises pour innover et soutenir la concurrence dans le respect du principe de libre circulation des données au sein du marché intérieur, proclamée par le [règlement du 14 novembre 2018 sur le libre flux des données à caractère non personnel de 2018](#) ;
- enfin, le [Plan d'action pour la propriété intellectuelle](#) de 2020 « *dans lequel la Commission s'est engagée à réviser la directive sur les bases de données* ».

³³ Proposition de règlement qui avait fait l'objet d'un accord entre le Parlement et le Conseil le 30 novembre 2021 lors de la publication du projet de règlement « *Data Act* ». La proposition est désormais publiée et est devenue le [règlement \(UE\) 2022/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données et modifiant le règlement \(UE\) 2018/1724 \(règlement sur la gouvernance des données\)](#).

b) La prise en compte des évaluations de la directive 96/9 sur les bases de données

Dans l'exposé des motifs, la Commission justifie sa proposition comme tirant les conséquences des évaluations de la directive sur les bases de données conduites à deux reprises par la Commission en 2005 et 2018, et des incertitudes qui seraient nées de la jurisprudence de la Cour.

A vrai dire, la Commission n'explique pas quelles conclusions de ces évaluations l'ont conduite à formuler cette proposition, la Commission rappelant seulement, s'agissant de la directive 96/9, certains des éléments de la définition du droit *sui generis* de l'article 7 :

« La directive sur les bases de données a introduit, entre autres, un droit « sui generis » spécifique pour protéger les bases de données si le fabricant d'une base de données a investi de manière substantielle dans l'obtention, la vérification et la présentation des données ».

Quant à la jurisprudence, la Commission la présente à nouveau comme source d'incertitude :

« La Cour de justice de l'Union européenne a précisé la notion d'investissements substantiels dans une base de données, en clarifiant que le droit « sui generis » vise à protéger les investissements dans la collecte, et non la création de données en tant que sous-produit d'une autre activité économique. Toutefois, une incertitude demeure quant à l'application accidentelle ou involontaire du droit « sui generis » aux bases de données contenant des données générées par des machines, c'est-à-dire les données obtenues ou générées par l'utilisation de produits ou de services connexes. Il est nécessaire d'équilibrer les objectifs stratégiques de protection de la propriété intellectuelle de ces bases de données dans le contexte de l'économie des données, où l'exclusivité des données en tant que bien non rival est généralement considérée comme un obstacle à l'innovation. Par souci de cohérence avec les interventions réglementaires proposées dans la présente proposition, l'intervention sur le droit « sui generis » traite spécifiquement de l'application problématique identifiée du droit « sui generis » dans le contexte de l'internet des objets » (mots soulignés par les auteurs).

D'une manière plus générale, la Commission indique que sa proposition relative au droit des bases de données, d'une part, laisse inchangées les règles relatives au droit d'auteur et, d'autre part, renforce la sécurité juridique en clarifiant le champ du droit *sui generis* :

« L'intervention sur le droit « sui generis » applicable aux bases de données de la directive sur les bases de données ne limite pas la protection de la propriété intellectuelle qui y est prévue. Elle renforce au contraire la sécurité juridique dans les cas où la protection du droit « sui generis » n'était pas claire auparavant. »

Si la précision relative au droit d'auteur est bienvenue, celle concernant le renforcement de la sécurité juridique est un peu surprenante, comme en témoignent les réactions suscitées.

De fait, cette interprétation de la jurisprudence n'est pas partagée par tous. En effet, le droit *sui generis* protège le fabricant d'une base de données et exige que soit remplie la condition d'investissement substantiel dans l'obtention, la vérification et la présentation de cette donnée.

En première approche, les données générées par les machines ou par des services, coproduites avec l'utilisateur, ne paraissent pas relever de manière évidente du champ d'application de la directive au regard de sa lettre comme des arrêts rendus en 2004 par la Cour de justice.

Toutefois, si ces arrêts nous paraissent apprécier strictement le champ de la protection offerte par le droit *sui generis*, il reste qu'ils sont interprétés par certains auteurs spécialistes de la question³⁴ comme n'excluant en rien que les données générées par l'internet des objets puissent être susceptibles d'appropriation par un industriel qui attesterait des investissements substantiels consentis pour les obtenir.

Dans ces conditions, la mission peut admettre le présupposé du raisonnement de la Commission selon lequel la directive et ces arrêts créent, au regard de la montée en puissance de l'internet des objets, une forme de doute sur la question de savoir si les données générées par des objets ou services connectés peuvent relever ou non de la protection du droit *sui generis*.

Toutefois, comme nous le verrons, la réponse de la Commission suscite plus d'interrogations qu'elle n'apporte de clarifications.

II- Le projet de règlement sur les données et le droit *sui generis* des bases de données

Le projet de règlement sur les données est ainsi structuré :

- le chapitre I contient les définitions ;
- le chapitre II est relatif au partage de données entre entreprises et entre entreprises et consommateurs (ce chapitre II comprend en particulier les articles 4 et 5 sur lesquels nous reviendrons puisque l'article 35 évoquant le droit *sui generis* y renvoie) ;
- le chapitre III établit un cadre général applicable aux détenteurs de données dans leur obligation de rendre disponible les données ;
- le chapitre IV est relatif aux clauses abusives dans les contrats entre entreprises ;
- le chapitre V crée un cadre en vue de l'utilisation par les personnes publiques de données détenues par des entreprises dans les contextes exceptionnels de crise (urgences telles que des pandémies) ;
- le chapitre VI introduit des exigences minimales obligatoires pour les fournisseurs afin de permettre aux consommateurs d'en changer ;
- le chapitre VII oblige les fournisseurs de données à protéger les détenteurs de données afin d'empêcher le transfert à l'échelle internationale de données à caractère non personnel détenues dans l'Union ou l'accès des gouvernements tiers ;
- le chapitre VIII est relatif à l'interopérabilité ;

³⁴ Notamment Estelle Derclaye et Martin Husovec, « [Why the sui generis data clause in the Data Act is counter-productive and how to improve it ?](#) », ou encore Mattias Leistner, « [IPR and the use of open data and data sharing initiatives by public and private actors](#) », Study requested by the JURI committee, Parlement européen, mai 2022.

- le chapitre IX est relatif à la politique de contrôle ;
- le chapitre X contient uniquement un article 35 relatif à la révision de la directive 96/09/CE afin d'exclure les bases de données contenant des données générées par des machines de la protection du droit *sui generis* (voir ci-dessous) ;
- le chapitre XI habilite la Commission à procéder par actes délégués pour préciser et mettre en œuvre certains aspects du règlement.

Avant d'approcher l'article 35 du projet de règlement sur les données (B), qui fait référence aux articles 4 et 5 du projet de règlement, il convient de préciser le contenu de ces deux articles (A), puis de s'interroger sur les incertitudes nées de cet article 35 (C), voire d'esquisser une réflexion sur la nécessité ou non d'adapter le droit interne (D).

A. Les articles 4 et 5 du projet de règlement

Les articles 4 et 5 sont au cœur du projet de règlement sur les données et sont au nombre des articles qui mettent en pratique son objectif principal, lequel consiste à faciliter l'accès et l'utilisation des données.

D'une part, l'article 4 a pour objet de renforcer, selon son intitulé, les « *Droits des utilisateurs à accéder aux données générées par l'utilisation de produits ou de services liés et à les utiliser* », notamment :

- l'utilisateur qui ne peut pas accéder directement à des données à partir du produit, peut exiger du détenteur de données de mettre à sa disposition les données générées par l'utilisation que cet utilisateur fait d'un produit ou d'un service lié ;
- le détenteur de données ne peut utiliser les données à caractère non personnel générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service lié que dans le cadre d'un accord contractuel avec l'utilisateur.

D'autre part, l'article 5 vise à créer les conditions du « *Droit de partager des données avec des tiers* », par exemple celles-ci :

- le détenteur des données doit mettre à disposition d'un tiers³⁵ les données générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service lié si l'utilisateur en fait la demande ;
- le détenteur des données ne doit conserver aucune autre information sur l'accès du tiers aux données demandées autres que celles nécessaires à la bonne exécution de la demande d'accès du tiers et à la sécurité et à la maintenance de l'infrastructure de données.

³⁵ Par exemple des services après-vente, comme la réparation et l'entretien, qui ne dépendent plus uniquement des services du fabricant. Pour ce faire, d'autres articles du projet de règlement organise cette « portabilité » ainsi que l'« interopérabilité » des spécifications techniques des appareils.

En somme, ces deux articles sont au cœur du projet de règlement et de sa volonté de faciliter l'accès aux données afin de développer l'investissement et l'innovation en la matière.

B. Dispositions relatives au droit des bases de données dans le projet de règlement sur les données

Avant d'évoquer l'article 35 relatif au droit *sui generis* (b), nous examinerons les considérants concernés (a) du projet de règlement.

a) Les considérants relatifs aux données et au droit *sui generis*

Parmi les considérants, on relèvera tout d'abord ceux en lien direct avec les bases de données et la directive 96/9. Mais d'autres considérants sont relatifs à la définition de la « donnée » et sont à cet égard intéressants.

D'une part, c'est principalement le considérant 84, ainsi rédigé, qui sert de motif à l'article 35 :

« Afin d'éliminer le risque que les détenteurs de données contenues dans des bases de données obtenues ou générées au moyen de composants physiques tels que des capteurs, d'un produit connecté ou d'un service lié invoquent le droit « sui generis » prévu par l'article 7 de la directive 96/9/CE, alors que ces bases de données ne remplissent pas les conditions attachées à ce droit « sui generis », et puissent entraver ainsi l'exercice effectif du droit des utilisateurs d'accéder aux données et de les utiliser ainsi que le droit de partager des données avec des tiers prévus par le présent règlement, celui-ci devrait préciser³⁶ que le droit « sui generis » ne s'applique pas à ces bases de données, parce que les conditions de la protection ne seraient pas remplies. »

Comme nous le verrons, l'article 35 se distingue peu du considérant 84.

D'autre part, d'autres considérants dont la complexité a été relevée par plusieurs des personnes auditionnées méritent d'être signalés, en tant notamment qu'ils précisent le champ des données générées par des objets ou des services liés et excluent d'autres données.

Ainsi, le considérant 14 oppose données « brutes » et données « valorisées » (appelées « *informations* » par le considérant) à partir de ces données brutes, pour signaler que seules les données brutes issues de produits physiques (véhicules, équipements domestiques, machines agricoles, etc.) qui obtiennent, génèrent ou recueillent des données communiquées ensuite au moyen de services de communication électronique relèvent du champ du règlement :

« (...) Les données, qui représentent la numérisation des actions de l'utilisateur et des événements concernant l'utilisation que ce dernier fait du produit, devraient, dès lors,

³⁶ Comme évoqué plus haut, la version anglaise sur laquelle ont longtemps travaillé les membres de la mission utilise le mot « clarify », étrangement traduit en français par « préciser », alors que les intentions affichées par la Commission consistent bien à présenter un contexte juridique plein d'incertitudes qu'il conviendrait grâce à cette proposition de « clarifier ».

être accessibles à l'utilisateur, tandis que les informations obtenues ou déduites de ces données, lorsqu'elles sont détenues légalement, ne devraient pas être considérées comme relevant du champ d'application du présent règlement (...) ».

Le considérant 15 énonce au contraire que d'autres produits (ordinateurs personnels, serveurs, tablettes, smartphones, etc.) ne relèvent pas du champ du règlement dès lors qu'ils nécessitent une intervention humaine pour produire du contenu.

Il nous semble important de souligner ces développements, parce qu'ils délimitent le champ d'application de l'article 35 et de la protection par le droit *sui generis*, et parce que l'article 2 du projet de règlement, s'il définit la donnée³⁷, ne définit pas la donnée « brute » et la donnée « valorisée ». On pourrait dès lors imaginer que la donnée brute est bien celle générée automatiquement, sans « enrichissement », tandis que la donnée valorisée a fait l'objet d'un investissement, notion dont nous avons vu qu'elle mobilisait des appréciations laissant une grande part à la subjectivité (notamment sur son caractère substantiel, ou encore sur la notion d'amortissement depuis le récent arrêt *CV-Online Latvia* de juin 2021). La distinction est censée tracer une ligne de partage entre ce qui échappe au droit *sui generis* et ce qui y est inclus. Or, la frontière est floue et les bases de données sont souvent mixtes.

En outre, il est précisé que les données générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service lié incluent les données enregistrées intentionnellement par l'utilisateur (considérant 17). Pour autant, le même considérant 17 est assez déroutant car il inclut, en dépit de l'absence d'intentionnalité, les données générées lorsque le produit est en « veille » ou éteint :

« Les données générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service lié incluent les données enregistrées intentionnellement par l'utilisateur. De telles données comprennent également les données générées en tant que sous-produit de l'action de l'utilisateur, telles que les données de diagnostic, celles générées sans aucune action de la part de l'utilisateur, comme lorsque le produit est en « mode veille », et les données enregistrées pendant les périodes au cours desquelles le produit est éteint. (...) ».

Par ailleurs, on relèvera la rédaction du considérant 6, intéressante en ce qu'elle révèle la perception que la Commission a du droit *sui generis*, présenté comme un droit exclusif, un monopole, entravant, par ce seul fait, l'innovation :

« (...) Afin de concrétiser les avantages économiques considérables que les données, en tant que « bien non rival³⁸ », présentent pour l'économie et la société, une approche générale de l'attribution des droits d'accès et d'utilisation en matière de données est préférable à l'octroi de droits exclusifs d'accès et d'utilisation. »

Il faut ici souligner que le monopole ne permet pas de réserver l'accès.

En réalité, la rédaction de ce considérant 6 révèle une vision qui n'est pas partagée de toutes les personnes auditionnées. Plusieurs de nos interlocuteurs, de nature diverse, tendent à considérer que l'octroi de « droits exclusifs », pendant une durée raisonnable, est au contraire susceptible

³⁷ L'article 2 du projet de règlement dispose : « Aux fins du présent règlement, on entend par : « données » : toute représentation numérique d'actes, de faits ou d'informations et toute compilation de ces actes, faits ou informations, notamment sous la forme d'enregistrements sonores, visuels ou audiovisuels ; »

³⁸ En micro-économie, un « bien non rival » présente la particularité de pouvoir être consommé par un agent économique sans que diminue la quantité disponible de ce bien pour les autres individus (air, télévision en clair, etc.).

d'avoir pour effet de rentabiliser des investissements favorables à la création de données valorisées.

Du reste, comme les droits de propriété intellectuelle, qui peuvent s'attacher aux données, le droit *sui generis* est un droit exclusif, qui s'attache à la base de données, et il permet de favoriser l'investissement, en facilitant la rentabilisation.

b) L'article 35

Dans le texte même du projet de règlement, seul l'article 35 a trait aux bases de données et à la directive sur les bases de données :

« CHAPITRE X DROIT « SUI GENERIS » PREVU PAR LA DIRECTIVE
96/9/CE »

« Article 35

Bases de données contenant certaines données

Afin de ne pas entraver l'exercice du droit des utilisateurs d'accéder aux données et de les utiliser conformément à l'article 4 du présent règlement ou du droit de partager ces données avec des tiers conformément à l'article 5 du présent règlement, le droit « sui generis » prévu par l'article 7 de la directive 96/9/CE ne s'applique pas aux bases de données contenant des données obtenues ou générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service lié. »

Cet article 35, qui prend une forme assez déroutante, énonce que les fabricants d'une base de données, qui selon les termes de l'article 7 de la directive 96/9 sur les bases de données, ont « *le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif* » ne peuvent pas invoquer ce droit *sui generis* si les bases de données contiennent « *des données obtenues ou générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service lié* ».

Cette mise à l'écart de l'applicabilité du droit *sui generis* est présentée comme destinée à ne pas « entraver » les droits pour les usagers issus de deux articles du projet de règlement permettant aux usagers, d'une part, d'accéder aux données issues de l'utilisation d'un appareil ou service connecté sur le fondement de l'article 4 et, d'autre part, de transmettre ces mêmes données à des tiers en vertu de l'article 5.

C. Incertitudes nées de l'article 35 du projet de règlement

La Commission a proposé un article original, voire inédit dans sa forme, qui concrétise la prémisse de son raisonnement, consistant à soutenir qu'elle se contente de clarifier l'état du droit et ne le fait aucunement évoluer.

Mais le présumé ne fait pas l'unanimité et la forme choisie (a) ne semble susciter que des réactions défavorables, nourrir de nouvelles incertitudes (b) et faire apparaître de possibles effets de bord (c).

a) Observations liminaires sur la forme de l'article 35

La forme de l'article surprend à plusieurs points de vue.

L'observation de forme principale tient à ce que le projet de règlement ne modifie pas la directive dont il s'agit de limiter certains effets jugés défavorables (en l'occurrence la protection propre au droit *sui generis* qui s'opposerait à la circulation des données). En somme, la rédaction semble donner une interprétation du champ d'application de la directive, comme le ferait la Cour de justice dans un arrêt préjudiciel, ou parfois un règlement ou une directive dans un considérant.

La proposition prend ainsi d'abord la forme de l'expression de l'objectif de la norme, de l'expression de son but. Cette première observation peut paraître anodine mais elle nous semble aussi dire à quel point cet article ressemble à un considérant, ou pourrait être lu comme une pétition de principe dénuée d'effet normatif, si on considère qu'il résultait déjà de la directive sur les bases de données, telle qu'interprétée par les arrêts de 2004 de la Cour de justice de l'Union européenne, que le droit *sui generis* « *ne s'applique pas aux bases de données contenant des données obtenues ou générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service lié* ».

Explicitement, l'objet annoncé semble circonscrit aux articles 4, relatif à l'accès par l'utilisateur à ses données, et 5, relatif au partage de ces données avec des tiers, du projet de règlement. A ce stade, nous le signalons seulement, car nous verrons que d'autres articles du projet de règlement (tel son article 8) font référence, en particulier, à l'article 5, de sorte qu'il est permis de s'interroger sur le champ d'application exact de l'article 35.

En première analyse, la rédaction de la disposition, qui ne modifie pas la directive 96/9 sur les bases de données, ne semble poser qu'une interprétation que l'on pourrait qualifier de neutralisante. Nous verrons pourtant qu'il est permis de penser que la disposition, en dépit de cette forme, est susceptible de modifier l'état du droit, comme l'envisagent nombre d'observateurs.

Il importe toutefois de signaler que les représentants de la direction générale des entreprises que la mission a auditionnés considèrent que cet article 35 est incontestablement normatif, en posant une interdiction d'invocation du droit *sui generis* en matière de données générées automatiquement.

b) Sens et portée de l'article 35

Outre la forme, la proposition surprend également sur le fond.

La Commission affirme en substance dans le projet de règlement sur les données que les données générées par les machines ou les objets connectés n'ont pas vocation à relever du droit *sui generis* de l'article 7 de la directive 96/9. L'objectif poursuivi est que ces données ne puissent être appropriées par le producteur de la base de données, et par suite demeurent sur le marché des données et circulent sur le fondement de l'article 4 (accès aux données par les utilisateurs, « coproducteurs » de ces données) du projet de règlement comme plus encore de son article 5 (accès aux données par des tiers).

Présentée comme une clarification, cette proposition fait, au contraire, naître de nombreuses incertitudes.

(1) Tout d'abord, le postulat de la Commission selon lequel la jurisprudence excluait déjà les données obtenues ou générées automatiquement, qui conduit à la « clarification » se traduisant par une absence de modification de la directive sur les bases de données, ne fait pas consensus parmi les personnes auditionnées ou les spécialistes du droit *sui generis*.

(2) Certes, il y a du point de vue de la Commission une forme de cohérence, dès lors qu'elle évoque une nécessaire clarification du droit, à proposer un article qui ne modifie pas en tant que tel, en première approche, la directive.

Ainsi, l'article 35 n'a probablement pas de portée normative puisque la directive n'est pas modifiée, comme en revanche elle a pu l'être avec la directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

Pour autant, il reste qu'il est périlleux d'envisager qu'un article d'un règlement soit dénué d'effet de droit. Dans ces conditions, la question reste entière de savoir comment appliquer cet article, dont la rédaction n'a pas les apparences habituelles d'un texte normatif, à une situation dans laquelle la base de données, contenant aussi des données obtenues ou générées par des objets ou des services liés, devrait bénéficier du droit *sui generis* si la condition d'investissement substantiel est respectée.

(3) Enoncer ou affirmer que les données obtenues ou générées par des machines ne peuvent bénéficier de la protection du droit *sui generis* trouve sa limite pratique dans la circonstance que, le plus souvent, il n'est pas aisé de distinguer les données « brutes », générées par des machines, et celles qui font l'objet d'une intervention humaine.

En effet, une base de données peut contenir des milliards de données, certaines procédant d'une génération automatique, d'autres ponctuellement « vérifiées » qui à leur tour participent de la dynamique d'ensemble, de sorte qu'il est *in fine* matériellement impossible de distinguer l'origine « automatique » ou plus « humaine » de ces données, étant entendu que la charge de la preuve incombe au producteur.

Dans l'hypothèse, peu probable, où l'opération de distinction entre données serait possible, il semble alors que seuls les investissements dans la base de données en tant que le contenu serait constitué de données non générées automatiquement pourraient être rentabilisés, dans la mesure où seules ces données sont encore susceptibles d'être protégées par le droit *sui generis*.

(4) Cette exclusion de la protection du droit *sui generis* est-elle toujours applicable, ou, seulement dans le cas prévu à l'article 4 d'une demande d'accès à ses données par un utilisateur d'un objet ou service lié, ainsi que si cet utilisateur souhaite communiquer ses données à un tiers en vertu de l'article 5 ?

En somme, une interprétation de l'article permettrait peut-être de maintenir la possibilité d'une protection par le droit *sui generis* des bases de données comprenant des données générées dans les autres situations que celles décrites par l'article 35 et les renvois exprès aux articles 4 et 5 qui visent l'accès de l'usage à ses propres données et la possibilité que l'utilisateur a de les ouvrir à un tiers.

A ce stade toutefois, il est délicat d'envisager concrètement quelle serait la portée résiduelle du droit *sui generis* en la matière.

(5) Au contraire, faut-il s'en tenir, pour exclure du droit *sui generis* sur les données générées, au renvoi explicite aux articles 4, permettant aux utilisateurs d'accéder à leurs données, et 5, leur permettant de partager ces données avec des tiers ?

Il n'est en effet pas exclu que ces renvois ne soient pas exhaustifs dans la mesure où le projet de règlement comporte quelques articles (tel l'article 8 relatif à la relation contractuelle qui lie l'utilisateur à un tiers) qui renvoient notamment à l'article 5.

A ce stade, il n'est pas aisé de prendre la mesure pratique de cette lecture.

c) De possibles effets de bord

Il ressort également de nos auditions que la proposition de la Commission est susceptible d'avoir certains effets de bord.

Un premier effet de bord tient à ce que les petites entreprises technologiques sont susceptibles de ne plus pouvoir rentabiliser leurs investissements. Il nous apparaît que ce constat est consciemment assumé par la Commission.

Comme évoqué plus haut, la Commission part du postulat que l'investissement dans l'innovation passe au contraire par la neutralisation des droits exclusifs. Certes, le projet de règlement laisse inchangés certains d'eux entre eux telles les règles relatives au droit d'auteur, mais il fait tout de même le choix de cantonner autant que possible le droit *sui generis*, au travers de cette disposition qui se présente certes comme une clarification mais qui nous paraît avoir un réel effet de droit.

Or, le droit *sui generis*, en tant qu'il permet au fabricant d'une base de données « *d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif* » a pour objet et pour effet, pendant le délai de protection de quinze ans, de rentabiliser les investissements financiers et humains nécessaires à la fabrication de la base de données.

Dès lors, certains de nos interlocuteurs n'ont pas manqué de souligner le risque, contre-intuitif dans le raisonnement de la Commission, de voir diminuer les investissements dans la donnée

en cantonnant la protection offerte par le droit *sui generis*. D'autres ont également insisté sur la protection permise et l'effet dissuasif qu'elle suscite. D'autres enfin ont évoqué la contractualisation de ce droit (octroi d'autorisation sur le terrain du droit *sui generis*).

Un deuxième effet de bord nous semble en revanche ne pas avoir été identifié par la Commission et concerne la recherche publique.

Nous comprenons que cette dernière, en particulier dans le domaine des sciences dites dures, opère spontanément en toute transparence, diffuse ses données de recherche, aussi bien ses résultats que, en amont, les données qui ont servi à obtenir ces résultats. Il s'agit ainsi aussi bien de communiquer sur les hypothèses chiffrées, pour que d'autres chercheurs les testent, les contestent et ce faisant les valident ou les infirment, que sur les résultats, afin de communiquer, faire connaître les chercheurs et les institutions qui les accueillent.

En pratique, il est ensuite convenu que les données ainsi rendues publiques puissent être utilisées par d'autres, à la condition toutefois de citer la source. Cette citation contribue à la connaissance et à la reconnaissance tant des chercheurs que des institutions de recherche.

Certains des chercheurs rencontrés se sont interrogés quant à l'effet sur leur pratique du projet d'article 35. La rédaction de cet article leur fait craindre que les chercheurs publics voient leur travail « pillé » et ainsi abandonnent leur culture de transparence, procèdent à une moindre mise à disposition du public de leurs données, souvent « générées » automatiquement en première approche.

En effet, les bases de données constituées procèdent en réalité aussi bien de données produites humainement, qui elles demeurent susceptibles de protection par le droit *sui generis*, que de données générées automatiquement dont la rédaction de l'article 35 exclut qu'elles sont protégées par le droit *sui generis*.

Mais, en pratique, distinguer entre ces données générées et les données produites humainement n'est pas réaliste. Ces données peuvent certes être « générées » « automatiquement » mais la génération automatique est précédée d'une intervention humaine significative et d'investissements financiers importants dans des « machines ». De plus, il reste que dans le domaine de la recherche, l'intervention humaine existe également « pendant » la phase de « génération » des données, au milieu de la chaîne de la donnée, laquelle est si sophistiquée que l'intervention humaine est toujours nécessaire pour vérifier, améliorer, modifier un format³⁹.

Enfin, il convient de signaler un troisième effet de bord relevé par Estelle Derclaye⁴⁰. L'auteur déduit de la rédaction actuelle du projet d'article 35, qui exclut que les données générées puissent être protégées par le droit *sui generis*, que ces données générées seraient par suite exclues du champ d'application de la directive. Dans ces conditions, dans la mesure où ces

³⁹ A noter : un rapport du CSPLA de 2018 invitait, dans un objectif d'incitation, à intégrer dans un considérant l'idée selon laquelle « l'investissement réalisé dans la production des métadonnées d'un jeu de données ou dans l'uniformisation des formats ouverts constitue un investissement recevable pour la protection, dès lors qu'il est substantiel » (Valérie-Laure Benabou..., précit., page 121).

⁴⁰ Estelle Derclaye et Martin Husovec, « *Why the sui generis data clause in the Data Act is counter-productive and how to improve it ?* », position développée également lors de la consultation en ligne sur le projet de règlement par la Commission pour le compte de l'European Copyright Society (*Opinion of the European Copyright Society on selected aspects of the proposed Data Act*).

bases de données ne seraient plus couvertes par le droit de l'UE, les autorités nationales seraient habilitées à réglementer la matière.

Selon elle, cet effet de bord disparaîtrait si l'article 35 était rédigé différemment dans sa forme, et modifierait expressément la directive sur les bases de données pour exclure que le droit *sui generis* protège des bases de données constituées de données obtenues ou générées par des produits ou services liés, et non plus fixer comme en l'état une interprétation neutralisante.

D. Quelles mesures juridiques nationales de mise en œuvre ?

La proposition de clarification a pour conséquence de masquer la contrariété entre l'objectif de libérer certaines données et la protection permise par le droit *sui generis*. Cette neutralisation passe par une interprétation. La Commission affirme donc interpréter le droit existant, conformément à la jurisprudence européenne. Dans ce cadre, elle n'articule pas les textes ; elle ne pose pas de règles d'articulation entre le « *Data Act* » et la directive spéciale. En outre, si le texte est interprétatif, un simple considérant suffirait.

Dans ce cadre, la disposition a-t-elle une portée rétroactive, comme tout texte interprétatif ? Plus généralement, doit-on considérer que l'article 35 est non normatif et dans ce cas, quel serait le recours possible contre pareille disposition ? Pourrait-on imaginer un recours en annulation contre un texte interprétatif... ?

Par ailleurs, cette démarche pose des questions de légistique. Précisément, puisque la Commission choisit de faire disparaître le conflit de normes – censé n'avoir jamais existé –, comment l'article 35 devrait-il s'intégrer au droit national ?

Plusieurs options nous paraissent s'ouvrir aux autorités nationales, si toutefois la disposition restait en l'état.

La première option, qui a la préférence de la mission, conduirait au maintien en l'état du droit actuel. Aucune mesure ne paraît en effet devoir être prise au plan législatif ou réglementaire pour mettre en œuvre l'article 35 du projet de règlement.

La première raison tient à la nature de l'acte en cause. Un règlement est d'effet direct et s'impose directement de sorte que la Cour de justice serait susceptible de sanctionner pour manquement toute mesure nationale de transposition.⁴¹ Un règlement nécessite certes parfois des mesures de mise en œuvre ou laisse aux Etats des options (comme par exemple dans le RGPD), mais tel n'est pas le cas en l'espèce.

La seconde raison tient au contenu même de la disposition, qui ne semble qu'interprétatif, et dont la Commission indique elle-même qu'il clarifie l'état du droit sans le faire évoluer.

⁴¹ CJCE, 10 octobre 1973, *Variola c/Administration des finances italienne*, aff. 34/73, Rec. 981, pt 99 : « l'applicabilité directe d'un règlement exige que son entrée en vigueur et son application en faveur ou à la charge des sujets de droit se réalisent sans aucune mesure portant réception dans le droit national ». Cette condamnation vise toute pratique consistant à reprendre le texte du règlement dans le corps d'un acte national, de quelque niveau qu'il soit, pratique susceptible de créer une équivoque tant sur la nature communautaire du texte que sur la date et les modalités ou conditions de son entrée en vigueur. »

Cette option, qui nous paraît s'imposer dès lors que nous sommes en présence d'un règlement, présente éventuellement l'inconvénient de ne pas alerter les utilisateurs des dispositions législatives et réglementaires de transposition de la directive sur les bases de données, insérées dans le code de la propriété intellectuelle, de l'existence de cette interprétation contenue dans l'article 35. Le risque est donc important en termes de sécurité juridique.

Deux autres options peuvent être évoquées, mais elles nous paraissent moins conformes à ce qui est attendu des autorités nationales en présence d'un règlement, sans pour autant constituer un gain en termes de clarté du droit ou de sécurité juridique.

La deuxième option consisterait ainsi à insérer un renvoi à l'article 35 du règlement parmi les dispositions actuelles du code de la propriété intellectuelle, qui ont transposé la directive 96/9 sur les bases de données. La formule « sous réserve de l'article 35 du règlement sur les données » pourrait ainsi permettre de procéder à un tel renvoi.

Si une telle option était choisie, elle pourrait prendre la forme d'un ajout inséré au début de l'article L. 341-1 du code de la propriété intellectuelle (mots entre crochets ci-dessous) qui est consacré au champ d'application du droit *sui generis* :

« Titre IV : Droits des producteurs de bases de données (articles L. 341-1 à L. 343-7)

Chapitre Ier : Champ d'application (L. 341-1 à L. 341-2)

Article L. 341-1

[Sous réserve de l'article 35 du règlement xxxx/xxxx du Parlement européen et du Conseil du xx xxxx 202x sur les données,] 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.

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. »

Si pareille démarche est favorable à la sécurité juridique, elle n'est pas exempte de critiques d'un point de vue légistique. En effet, le « sous réserve » implique une application par ordre de prééminence (v. le [Guide de légistique](#)⁴²), alors même qu'en l'espèce, les deux textes sont de même niveau puisque la Commission gomme la contrariété par entre les deux textes en invoquant une simple interprétation.

⁴² Le [Guide de légistique](#) indique : « Une difficulté fréquente de rédaction tient aux conditions d'articulation de plusieurs textes ou dispositions entre eux. Diverses locutions juridiques sont utilisables pour préciser ces conditions, telles « sans préjudice », « nonobstant », « sous réserve », « par dérogation », « toutefois » » (*Guide de légistique*, Conseil d'Etat / Premier Ministre, 3^e éd. mise à jour, 2017, page 302).

Une troisième option consisterait enfin à reprendre l'essentiel du contenu de l'article 35. Il ne s'agirait pas de reprendre mot à mot la rédaction du projet mais de s'en tenir à l'essentiel, c'est-à-dire l'impossibilité d'invoquer les articles 4 et 5 du règlement pour bénéficier de la protection du droit *sui generis* (mots entre crochets ci-dessous), sans conserver l'expression préalable de l'objectif tenant à la volonté de ne pas entraver la circulation des données, afin de s'en tenir à la partie la plus normative de l'article 35 :

« Titre IV : Droits des producteurs de bases de données (articles L. 341-1 à L. 343-7)

Chapitre Ier : Champ d'application (L. 341-1 à L. 341-2)

Article L. 341-1

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.

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.

[La protection énoncée au premier alinéa ne peut être invoquée si les données sont générées par des objets ou des services connectés.] »

Si cette proposition est la plus propice à la sécurité juridique, elle n'est pas compatible avec l'objectif européen. Le risque de condamnation est grand car le règlement est directement applicable et les Etats ne peuvent pas masquer l'origine européenne de la règle en se contentant de recopier, même partiellement, le texte européen, au risque de créer une confusion avec les sources internes.

Nous indiquons plus haut notre préférence de principe, fondée en droit et en pratique, pour une absence de modification du droit interne. Les tentatives, nécessairement maladroites, d'évocation ou insertion du contenu de l'article 35 du projet de règlement sur les données, ne font que renforcer notre conviction originelle de laisser le droit national en l'état.

Partie 3. Une autre rédaction de l'article 35 ?

En l'état, la rédaction de l'article 35, qui ne modifie pas *formellement* la directive sur les bases de données, tout en comprenant une interprétation de cette directive destinée à limiter le champ d'application du droit *sui generis*, n'est pas satisfaisante.

Compte tenu de ce choix en termes de rédaction, l'article 35 paraît redondant avec le considérant 84 notamment, tout en semblant pourtant modifier l'état du droit selon la plupart des experts⁴³.

Plusieurs solutions pourraient être envisagées : renforcer la rédaction de l'article 35 (I), assumer le *statu quo* en supprimant celui-ci (II), enfin conserver le droit *sui generis* et envisager de nouveaux mécanismes d'ouverture (III).

I. Renforcer la rédaction de l'article 35

Cette option ne modifierait pas le sens voulu par la Commission et serait purement légistique, afin de ne plus nourrir les incertitudes nées du choix de type de rédaction adopté par la Commission, et d'améliorer réellement la clarté et la sécurité juridique, objectifs poursuivis par la modification et plusieurs fois rappelés par l'exposé des motifs.

La première option consisterait ainsi à donner une forme normative à la rédaction de l'article 35.

Pour ce faire, il suffirait de ne plus faire état de l'objectif poursuivi, par nature non normatif et du reste déjà énoncé dans les considérants, et de modifier clairement l'article 7 de la directive sur les bases de données.

En pratique, l'article 7 de la directive sur les bases de données serait alors expressément modifié.

Cette voie permettrait d'assumer clairement l'objectif politique et de mettre en œuvre les orientations dégagées en termes de partage des données.

⁴³ La plupart semblent réduits à émettre plusieurs hypothèses sur le sens et la portée de la rédaction actuelle de l'article 35 (pour un exemple récent, [Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 25 May 2022 on the Commission's Proposal of 23 February 2022 for a Regulation on harmonised rules on fair access to and use of data \(Data Act\)](#), Josef Drexler, Carolina Banda, Begoña González Otero, Jörg Hoffmann, Daria Kim, Shraddha Kulhari, Valentina Moscon, Heiko Richter, Klaus Wiedemann).

II. Assumer le *statu quo* en supprimant l'article 35

Une autre option consisterait en une suppression pure et simple de l'article 35, dès lors qu'il résulte déjà des considérants du projet de règlement, en particulier du considérant 84, que le droit *sui generis* ne devrait pas pouvoir être invoqué pour empêcher les utilisateurs de données générées par des objets ou services connectés d'avoir accès à leurs données ou d'ouvrir cet accès à des tiers de leur choix.

En effet, il ressort tant des évaluations conduites par la Commission en 2005 et 2018 que de nos auditions que le droit *sui generis* demeure peu connu et mis en œuvre. En somme, les évaluations de la Commission ont abouti au constat que la directive avait permis d'homogénéiser le droit applicable dans l'Union, sans toutefois permettre de conclure à un effet favorable (ou défavorable) du droit *sui generis* sur la production globale de bases de données en Europe et plus largement sur l'économie de la donnée.

Dès lors, l'option du *statu quo* et de l'absence d'évolution du droit *sui generis* ne nous paraît pas à exclure, notamment parce que l'outil que constitue ce droit *sui generis* nous paraît riche de potentialités, que ces potentialités n'ont pas encore été exploitées et qu'il nous paraît prématuré d'en limiter le champ. D'autant que certains professionnels insistent sur l'effet dissuasif de ce droit et sur sa prise en compte dans les contrats.

Il resterait alors à reconnaître que ces potentialités ne se limitent pas à des entraves à l'investissement, à l'innovation et à la circulation des données, mais aussi comme un moyen de développer les bases de données en permettant à des fabricants de bases de données de rentabiliser leurs investissements, créant alors un effet vertueux sur l'économie de la donnée.

Nous relevons certes que la Commission propose optiquement une forme de *statu quo*, puisqu'elle ne modifie pas formellement la directive. Toutefois, nous considérons que ce qu'elle nomme « clarification » est tout à fait susceptible de modifier, sans le dire, la définition du droit *sui generis* puisque, comme évoqué plus haut, il ne nous paraît pas exclu que, dans certaines situations, les données générées automatiquement procèdent d'un investissement substantiel sur la base de données, humain ou financier, de nature à faire entrer ces données dans le champ de la définition du droit *sui generis* de l'article 7 de la directive 96/9.

III. Conserver le droit *sui generis* et envisager de nouveaux mécanismes d'ouverture

Dans cette option, la définition du champ du droit *sui generis* ne serait pas modifiée, de sorte qu'il ne serait pas posé comme un principe que le droit *sui generis* ne pourrait jamais protéger des données générées contenues dans une base de données.

En revanche, il pourrait être envisagé de modifier certains des paramètres périphériques à la définition même du droit *sui generis*, par exemple en précisant certaines notions comme l'extraction, la réutilisation ou encore l'investissement substantiel.

De même, une réflexion pourrait être conduite sur la durée de protection du droit *sui generis*, aujourd'hui de quinze ans. Cette durée est longue selon certains auteurs, comme Matthias Leistner⁴⁴, qui souligne également que l'actualisation des bases de données est susceptible de faire courir à nouveau pour un autre délai de quinze ans à chaque modification substantielle du contenu de la base (d'où la crainte d'une « perpétuité de fait » déjà évoquée et exprimée par certains auteurs).

Enfin et surtout, plusieurs de nos interlocuteurs ont souligné l'intérêt de conserver concomitamment l'outil que constitue le droit *sui generis* tout en créant des mécanismes d'incitation contractuelle ou légale à l'ouverture des données contenues dans ces bases de données.

Une dernière possibilité pourrait ainsi être de préserver le droit exclusif tout en assumant l'objectif d'accès et de partage. En effet, l'Internet des objets est appelé à se développer et, si le droit des bases de données est encore peu sollicité aujourd'hui, il pourrait pouvoir constituer un bon outil pour demain. Pour autant, la direction politique est légitime et elle devrait être sécurisée si elle se confirme.

Dans ces conditions, une solution pourrait être d'affirmer la protection des bases de données issues de l'Internet des objets, puis de réaliser une véritable balance des intérêts, en suspendant la protection pour les utilisateurs grâce à une exception et en aménageant un cadre contractuel obligatoire grâce à des mécanismes de licences obligatoires pour les tiers. Sur ce point, pourrait être envisagé un mécanisme de licence obligatoire en marge du droit *sui generis*, destiné à inciter le producteur de la base de données à la conclusion de licences avec un acteur économique désireux d'accéder à ces données et de les valoriser.

Dans cette optique, certains auteurs ont suggéré l'idée de développer des licences dites FRAND (*Fair, Reasonable and Non Discriminatory*). Toutefois, l'outil contractuel pourrait aussi être envisagé de manière plus souple que ces licences qui impliquent un contexte de normalisation qui paraît étranger au secteur des bases de données.

D'autres acteurs interrogés dans le cadre de nos auditions, tel le Syndicat des Éditeurs de Services de Musique en Ligne (ESML) qui a également produit une note⁴⁵, défendent l'idée de développer, outre l'octroi obligatoire de licences de type « FRAND », « *l'accès à des licences automatisées ne nécessitant aucune intervention humaine afin d'éviter les retards et les frictions résultant nécessairement d'une gestion manuelle obsolète des licences ; pratique à laquelle les membres de l'ESML sont régulièrement confrontés et qui enlève tout intérêt aux licences proposées, quel qu'en soit le caractère raisonnable* ».

⁴⁴ « *IPR and the use of open data and data sharing initiatives by public and private actors* », Study requested by the JURI committee, European Parliament, Matthias Leistner, 20 avril 2022.

⁴⁵ Retour sur l'audition de l'ESML du 13 mai 2022, Note du 25 mai 2022 à destination des membres de la mission, Ludovic Pouilly, Sophie Goossens (en annexe du présent rapport).

Conclusion

Au moment de conclure, plusieurs réflexions nous paraissent devoir être formulées.

1) *La première réflexion tient au caractère problématique de l'article 35.*

Sans revenir sur le fait que les évaluations réalisées par la Commission paraissaient conduire à une révision d'une plus grande ampleur de la directive 96/9 sur les bases de données, il est remarquable de relever que les spécialistes du droit des bases de données, auditionnés ou lus, en sont réduits à émettre des hypothèses sur le sens et la portée de l'article 35 dans sa rédaction actuelle.

En somme, on peut raisonnablement hésiter entre une lecture de cet article peu normative, essentiellement interprétative, ou voir en lui une réelle norme.

Mais en amont de ces interrogations, il est aussi possible d'interroger le bien-fondé de cet article, qui repose sur l'idée que le droit *sui generis*, et ce qu'il implique de monopole partiel et temporaire – mais ces deux aspects auraient pu être discutés dans le cadre d'une révision de la directive 96/9 – est par construction une entrave à l'innovation.

Or, certains de nos interlocuteurs ont pu relever, de manière contre-intuitive et stimulante, que le droit *sui generis* pouvait au contraire, parce qu'il permettait une protection de la base de données, stimuler l'investissement, public ou privé, en assurant au producteur de la base que ses investissements seraient rentabilisés.

2) *L'article 35 tient une place modeste dans un ambitieux projet de règlement*

Parce qu'une révision de la directive 96/9 sur les bases de données devait être engagée, notre rapport porte sur le droit *sui generis*, et par suite sur l'article 35 du projet de règlement sur les données (« *Data Act* »).

Ainsi, notre analyse porte sur un objet, le droit *sui generis*, qui tient une place relativement modeste dans ce projet de règlement à la dimension transversale indéniable et dont le caractère ambitieux est reconnu.

Il est en conséquence assez probable que les négociations porteront relativement peu sur un article, au demeurant habilement présenté comme une « clarification » par la Commission, et qui relève d'une autre matière, la propriété littéraire et artistique au sens large, que le droit des données.

Du reste, nous comprenons que la discussion au Conseil a lieu prioritairement dans le Groupe Télécoms, et seulement en appui dans le Groupe Droits d'auteurs s'agissant de l'article 35.

Aussi, il sera intéressant de voir dans quelle mesure le Parlement⁴⁶ s'empare de ce sujet.

3) *L'article 35 s'inscrit dans un mouvement de « neutralisation » du droit sui generis*

Deux textes législatifs européens récents ont, à l'instar du projet de règlement sur les données avec l'article 35, modifié le champ d'application du droit *sui generis* prévu par l'article 7 de la directive 96/9 sur les bases de données, confirmant une tendance à la « neutralisation » du droit *sui generis* dans le droit de l'Union européenne.

Il s'agit, d'une part, de la [directive \(UE\) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public \(refonte\)](#), qui se donne pour objectif de « *favoriser l'utilisation des données ouvertes et de stimuler l'innovation dans les produits et les services [et] fixe un ensemble de règles minimales concernant la réutilisation et les modalités pratiques destinées à faciliter la réutilisation* » (article 1^{er} paragraphe 1) et prévoit en son article 1^{er}, paragraphe 6, que ;

« Les organismes du secteur public n'exercent pas le droit prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE pour le fabricant d'une base de données aux fins d'empêcher la réutilisation de documents ou de limiter celle-ci au-delà des limites fixées par la présente directive. »

D'autre part, et plus récemment encore, le [règlement \(UE\) 2022/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance des données et modifiant le règlement \(UE\) 2018/1724 \(règlement sur la gouvernance des données\)](#) prévoit un article 5 relatif aux conditions d'application de la réutilisation des données dont le paragraphe 7 est ainsi rédigé :

« (...) Les organismes du secteur public n'exercent pas le droit du fabricant d'une base de données prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE en vue d'empêcher la réutilisation de données ou de limiter celle-ci au-delà des limites fixées par le présent règlement. »

L'article 35 ne présente donc pas de caractère isolé, et contribue à une « révision » progressive et indirecte de la directive 96/9 sur les bases de données, en « neutralisant » le droit *sui generis* qui fait son originalité au plan international.

⁴⁶ Le Parlement a déjà été destinataire il y a quelques semaines de cette analyse conduite par Matthias Leistner : « [IPR and the use of open data and data sharing initiatives by public and private actors](#) », Study requested by the JURI committee, Parlement européen, mai 2022.

4) *Le choix de laisser en l'état les questions soulevées par l'application du droit sui generis*

Comme relevé plus haut, au stade de l'examen des incertitudes nées de la directive, de sa lettre ou de la jurisprudence, l'application concrète du droit *sui generis* pose des difficultés dont certaines trouvent leur source dans l'imprécision de certaines plusieurs notions contenues dans la directive.

Les constats relevés dans ces évaluations avaient semblé conduire à une proposition de révision de la directive sur les bases de données dont l'objet aurait été de clarifier ces notions mais le choix de la Commission laisse en l'état ces incertitudes.

Ainsi, les acteurs, au stade de ces évaluations et au cours de nos auditions, ont fait état de doutes et d'incertitudes que la proposition de la Commission laisse en l'état :

- la notion d'investissement substantiel reste éminemment subjective, étant seulement entendu qu'elle inclut une part financière et une part humaine, la condition de l'amortissement récemment ajoutée par la jurisprudence laissant place à interprétation ;
- les notions d'extraction ou de réutilisation quantitativement ou qualitativement substantielle des données manquent de clarté ;
- les notions d'initiative et de prise de risque qui qualifient le producteur de la base de données n'apparaissent pas toujours adaptées aux organisations complexes au sein desquelles ces risques et initiatives peuvent être partagés par des acteurs multiples⁴⁷...

⁴⁷ Voir aussi la note d'étape.

Annexes

Lettres de mission



MINISTÈRE DE LA CULTURE

Liberté
Égalité
Fraternité

Conseil supérieur de la
propriété littéraire et
artistique

Le Président

182 rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01

Téléphone : 01.40.15.38.73

cspla@culture.gouv.fr

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

Paris, le 5 janvier 2021

Madame Alexandra BENSAMOUN
Professeure des universités

Monsieur Emmanuel GABLA
Ingénieur général des mines

Madame, Monsieur,

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

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

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

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

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

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

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

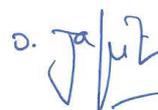
Un point d'étape sera réalisé en mars 2021, qui permettra de faire un premier bilan du régime actuel dans la perspective d'une éventuelle consultation par la Commission européenne.

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

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

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

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



Olivier Japiot



Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

Le Président

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone : 01 40 15 75 02

cspla@culture.gouv.fr

<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique>

Paris, le 28 mars 2022

Madame Alexandra BENSAMOUN
Professeure des universités

Monsieur Emmanuel GABLA
Ingénieur général des mines

Madame, Monsieur,

Par lettre en date du 5 janvier 2021, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique vous a confié une mission sur les bases de données impliquant notamment l'analyse de la proposition de directive modifiant la directive 96/9/CE du 11 mars 1996. Le terme de cette mission avait initialement été fixé au 30 novembre 2021¹.

La publication de la proposition de directive ayant été retardée, la mission nécessite d'être prolongée au-delà du terme initialement fixé.

Aussi, je vous propose de prolonger votre mission jusqu'au 31 juillet 2022, avec une présentation de vos conclusions à la réunion plénière de début juillet si cela est possible.

Par ailleurs, je vous prie de bien vouloir noter que M. David Guillaume, maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'Etat, succèdera à M. Guillaume Leforestier, dans les fonctions de rapporteur.

Vous remerciant de bien vouloir poursuivre cette mission, je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Olivier Japiot

¹ Et non au 31 décembre 2021 comme indiqué par erreur dans ma lettre du 16 février 2022.

Questionnaire initial (également disponible en anglais)

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



CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE (CSPLA)



***Mission sur la révision de la directive 96/9/CE
du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996
concernant la protection juridique des bases de données⁴⁸***

Co-présidents :

Mme Alexandra BENSAMOUN, professeure de droit à l'Université Paris-Saclay
M. Emmanuel GABLA, ingénieur général des mines

Rapporteur :

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

QUESTIONNAIRE

Dans son « plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle », rendu public le 25 novembre 2020, la Commission européenne indique que si la directive 96/9/CE sur les bases de données « apporte bien une valeur ajoutée, elle pourrait être revue afin de faciliter l'accès aux données et leur utilisation »⁴⁹. La réforme de la directive s'inscrit dans une réflexion plus large sur les données (*Une stratégie européenne pour les données*⁵⁰) et une volonté affichée de faciliter leur partage, notamment du fait de l'importance des données générées automatiquement.

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

⁴⁸ <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-la-protection-juridique-des-bases-de-donnees>

⁴⁹ *Exploiter au mieux le potentiel d'innovation de l'Union européenne. Un plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle afin de soutenir la reprise et la résilience dans l'Union européenne*, COM(2020) 760 final, 25/11/2020, p. 16.

⁵⁰ *Une stratégie européenne pour les données*, COM(2020) 66 final, 19/2/2020.

Contributeur/organisme :

Secteur concerné :

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

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

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

- 1.10. Y a-t-il lieu, pour réviser la directive, de s'inspirer de certaines législations hors Union européenne ? Le cas échéant, lesquelles et pourquoi ?

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

- 2.1. Le droit d'auteur et le droit *sui generis* vous paraissent-ils les instruments les plus adaptés pour assurer la protection des bases de données contre une utilisation non autorisée, par comparaison notamment aux clauses contractuelles, aux licences, au droit de la concurrence déloyale et des agissements parasitaires ou même aux simples mesures technologiques de protection ?
- 2.2. Quel(s) mode(s) alternatif(s) de protection est (sont), selon vous, le(s) plus performant(s) ?
- 2.3. L'article 6 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur et les droits voisins étend au droit *sui generis* la possibilité d'être garanti par l'usage de mesures techniques (MTP) et la protection contre leur contournement. De fait, l'usage de mesures techniques de protection peut-il :
- 2.3.1. suffire à protéger les bases de données (électroniques) indépendamment de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle ?
- 2.3.2. compléter utilement ce droit ?
- 2.3.3. faire obstacle aux exceptions dont peuvent se prévaloir les utilisateurs légitimes⁵¹ ?
- 2.4. La jurisprudence *Ryanair*⁵², qui permet parfois de mieux protéger par voie contractuelle des bases de données ne remplissant pas les conditions de protection par le droit d'auteur et le droit *sui generis*, a-t-elle nui à l'effectivité de ces droits ?
- 2.5. Plus généralement, et bien qu'il ne vaille qu'entre les parties, le contrat peut-il conduire à restreindre l'accès des utilisateurs aux bases de données au-delà de ce que prévoient les textes ?
- 2.6. Faudrait-il, notamment à des fins de sécurité juridique ou pour cibler davantage la protection offerte par la directive sur ceux qui souhaitent en bénéficier, conditionner l'ouverture du droit *sui generis* à une procédure d'enregistrement des bases de données qui y prétendent ?
- 2.7. Faudrait-il, alternativement, prévoir une possibilité d'*opt-out* pour les acteurs qui souhaitent recourir à d'autres moyens de protection (comme par exemple les licences *Creative Commons*) ?

3. Droit *sui generis* et évolutions technologiques

- 3.1. Partagez-vous l'opinion selon laquelle la directive est désormais inadaptée au développement des activités fondées sur le partage et la réutilisation de données ?
- 3.2. Dans l'affirmative, quelles adaptations de la directive vous semblent indispensables au regard des évolutions technologiques (explosion du secteur du *big data*, avènement des applications d'intelligence artificielle, développement des bases de données *spin-off*, du *web scraping*...) ?

⁵¹ CJUE, 23 janv. 2014, aff. C-355/12, *Nintendo Co.*

⁵² CJUE, 2^e ch., 15 janv. 2015, aff. C-30/14, *Ryanair Ltd c/ PR Aviation BV.*

- 3.3. Les conditions de protection par le droit *sui generis* posées par la directive et telles qu'interprétées par la jurisprudence sont-elles claires et demeurent-elles pertinentes, s'agissant notamment :
 - 3.3.1. de la nature des investissements concernés ;
 - 3.3.2. de leur caractère substantiel ?
- 3.4. Le critère de l'investissement substantiel est-il, en particulier, adapté aux bases de données générées automatiquement, dont le coût de création est souvent significativement inférieur ?
- 3.5. La définition de la base de données par la directive et telle qu'interprétée par la jurisprudence est-elle claire et demeure-t-elle pertinente, s'agissant notamment des notions d'éléments indépendants, de disposition systématique ou méthodique ou d'accessibilité individuelle ?
- 3.6. Devrait-on extraire du champ d'application de la protection les bases de données générées automatiquement ?
- 3.7. Eu égard au développement des bases de données *spin-off* associées à l'internet des objets, à l'intelligence artificielle, aux données générées par algorithme ou capteurs, qui tend à dissiper la frontière entre création et collecte⁵³, faudrait-il étendre la protection par le droit *sui generis* à l'investissement dans la création de données (jurisprudences *Fixtures Marketing*⁵⁴ et *The British Horseracing Board*⁵⁵) ? Plus généralement, la jurisprudence de la CJUE conduisant à exclure de la protection les bases de données *spin-off* est-elle trop restrictive ?
- 3.8. La définition de l'extraction comme le « *transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support par quelque moyen ou sous quelque forme que ce soit* » (dir. 96/9, art. 7, 2., a)) est-elle encore pertinente ?
- 3.9. La définition de la réutilisation comme « *toute forme de mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base par distribution de copies, par location, par transmission en ligne ou sous d'autres formes* » (dir. 96/9, art. 7, 2., b)) est-elle encore pertinente ? L'inclusion des métamoteurs de recherche (jurisprudence *Innoweb*⁵⁶) vous paraît-elle justifiée ?
- 3.10. La notion de partie qualitativement ou quantitativement substantielle est-elle suffisamment claire et précise ?
- 3.11. La notion d'utilisateur légitime, qui semble très souvent discutée au contentieux, devrait-elle être mieux définie, notamment en considération des usages dans l'environnement numérique ?

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

- 4.1. Quelle articulation la protection instituée par la directive doit-elle trouver avec les politiques d'*open data* et d'*open science* ?
- 4.2. Y a-t-il encore lieu de mettre en cohérence certaines dispositions de la directive avec d'autres textes du droit européen (notamment les directives 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société

⁵³ « Obtention » du contenu selon la directive, « constitution » selon le code de la propriété intellectuelle.

⁵⁴ CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd.*

⁵⁵ CJCE, 9 nov. 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et a.*

⁵⁶ CJUE, 5^e ch., 19 déc. 2013, aff. C-202/12, *Innoweb BV c/ Wegener ICT Media BV et Wegener Mediaventions BV.*

de l'information, 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, 2019/1024 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, 2006/115 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, 2006/116 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ou 2009/24 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur) ?

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

Note d'étape (sans annexes)



MINISTÈRE DE LA CULTURE

*Liberté
Égalité
Fraternité*

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

NOTE D'ETAPE

MISSION SUR LA REFORME EUROPEENNE DU DROIT DES BASES DE DONNEES

Coprésidents de la mission :

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

Rapporteur :

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

- Note d'étape -

Son contenu n'engage que ses auteurs.

Avril 2021

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

NOTE D'ETAPE

Sommaire

1. Origines du droit <i>sui generis</i> et contexte de son évaluation	54
1.1. <i>Origines de l'intervention communautaire</i>	54
1.2. <i>Approche renouvelée de la stratégie européenne pour les données.....</i>	54
2. Présentation générale du droit <i>sui generis</i>.....	56
2.1. <i>Définition de la base de données.....</i>	56
2.2. <i>Champ d'application.....</i>	57
2.3. <i>Contours de la protection.....</i>	57
2.4. <i>Droits et obligations des utilisateurs légitimes</i>	61
2.5. <i>Exceptions/limitations</i>	62
2.6. <i>Durée.....</i>	63
2.7. <i>Sanctions</i>	63
3. Premiers éléments d'évaluation.....	64
3.1. <i>Des bénéfices plus évidents en termes d'harmonisation du cadre juridique que de stimulation de l'investissement dans la production de bases de données</i>	64
3.2. <i>Un droit questionné par l'émergence de l'économie fondée sur les données</i>	67
3.3. <i>Approche comparée.....</i>	69
4. Conclusion et pistes.....	72

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

1.1. Origines de l'intervention communautaire

Avant l'intervention de la directive 96/9/CE, les bases de données étaient protégées sur le fondement de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Les protections nationales instituées par les Etats membres étaient toutefois hétérogènes par leur nature et leur intensité, les pays de *common law* appliquant une protection aux bases répondant au critère, relativement peu exigeant, de l'effort intellectuel et des ressources consacrées (*sweat of the brow*), alors que les pays d'Europe continentale la conditionnaient au critère d'originalité propre au droit d'auteur. Selon la Commission⁵⁷, le Royaume-Uni bénéficiait alors d'un avantage compétitif significatif en matière de production de bases de données, en protégeant mieux les bases non originales mais dont la constitution nécessitait d'importantes ressources.

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

- (1) d'harmonisation de la protection des bases de données dans l'Union, en définissant un critère unique d'originalité pour la protection de la structure des bases de données et en instituant un droit *sui generis* propre à protéger le contenu des bases de données ne présentant aucune originalité au sens du droit d'auteur. Selon certains auteurs⁵⁸, l'introduction d'un droit *sui generis* présentait en outre l'avantage d'une relative simplicité, comparée à une aussi ambitieuse qu'hypothétique harmonisation des législations nationales sur la concurrence déloyale ;
- (2) d'encouragement de l'investissement dans ces bases afin de combler l'écart alors constaté avec les Etats-Unis ;
- (3) et de préservation de l'équilibre entre les droits et les intérêts des producteurs et des utilisateurs. Dès l'origine, la Commission souhaitait faciliter l'accès et la réutilisation des informations contenues dans les bases et éviter que le droit *sui generis* ne conduise à « verrouiller » cet accès. La directive a ainsi défini des exceptions et des droits spécifiques pour l'utilisateur dit légitime (*cf. infra*).

1.2. Approche renouvelée de la stratégie européenne pour les données

La *Stratégie européenne pour les données*⁵⁹, publiée par la Commission européenne le 19 février 2020, postule que l'exploitation des volumes croissants de données produites est un puissant vecteur de progrès technologique et d'innovation, de prospérité économique et de bien-être pour les citoyens de l'Union. Elle vise à mettre en place un environnement attractif pour le développement d'une économie fondée sur les données au cours des cinq prochaines années, par la création d'un « *espace européen unique des données, (...) véritable marché unique des données, ouvert aux données provenant du monde entier, où les données à caractère personnel*

⁵⁷ *Résumé de l'évaluation de la directive 96/9/CE concernant la protection des bases de données*, SWD (2018) 146 final.

⁵⁸ V. notamment E. Derclaye, « The Database Directive », in Stamatoudi & Torremans, *EU Copyright Law : A Commentary*.

⁵⁹ *Une stratégie européenne pour les données*, COM(2020) 66 final, 19/2/2020.

et non personnel (...) soient en sécurité et dans lequel les entreprises aient facilement accès à une quantité quasi infinie de données industrielles de haute qualité »⁶⁰.

Parmi les obstacles au déploiement de cet espace, la Commission identifie le « *manque de clarté juridique* » quant aux conditions d'utilisation des données, qui freine leur partage entre acteurs, et prévoit notamment « *l'évaluation du cadre des droits de propriété intellectuelle en vue d'améliorer encore l'accès aux données et leur utilisation* »⁶¹.

Ces préoccupations se retrouvent par conséquent dans le plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle⁶² publié le 25 novembre 2020, dont un des volets consiste à adapter les modes de protection des actifs incorporels aux enjeux de la révolution numérique. Sans renoncer à la préservation des intérêts légitimes, le plan d'action entend faciliter l'accès à ces actifs et leur partage en clarifiant certaines dispositions de la directive sur les secrets d'affaires⁶³ et en procédant au réexamen de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. Selon la Commission, ce réexamen aura notamment pour objet de « *faciliter le partage et le commerce des données produites par des machines et des données générées dans le cadre du déploiement de l'internet des objets. (II) se fera parallèlement à la loi sur les données et prendra en considération les initiatives de partage des données dans le domaine du droit des pratiques anticoncurrentielles* »⁶⁴.

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

⁶⁰ *Ibid.* p. 5.

⁶¹ *Ibid.* p. 16.

⁶² *Exploiter au mieux le potentiel d'innovation de l'Union européenne. Un plan d'action en faveur de la propriété intellectuelle afin de soutenir la reprise et la résilience dans l'Union européenne*, COM(2020) 760 final, 25/11/2020.

⁶³ Directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

⁶⁴ COM(2020) 760 final, 25/11/2020, p. 16.

2. Présentation générale du droit *sui generis*

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

Les auteurs qualifient la plupart du temps le droit *sui generis* de droit de propriété intellectuelle et, plus précisément, de droit voisin du droit d'auteur, tout en reconnaissant qu'il s'apparente à une « *mutation du parasitisme en droit réel subjectif* »⁶⁵. Ce droit protège en effet un producteur qui a investi ; il peut faire l'objet d'une licence et être transféré. Le principe d'épuisement s'y applique, des exceptions y sont prévues et il a un terme. Le législateur français⁶⁶ a toutefois tenu à consacrer la spécificité de ce droit en ne faisant pas figurer le droit *sui generis* parmi les droits voisins du droit d'auteur énumérés au livre II, mais en lui consacrant un titre IV spécifique « *Droit des producteurs des bases de données* » ([art. L. 341-1 à L. 343-7](#)) au sein du Livre III consacré aux « *Dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données* ». Le caractère peu soluble du droit *sui generis* dans l'architecture globale du code est indiscutablement un signe de sa forte spécificité. Le droit *sui generis* est en outre considéré par certains auteurs comme l'un des plus puissants et aisés à obtenir du droit de la propriété intellectuelle⁶⁷.

2.1. Définition de la base de données

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

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

Aucune obligation ne s'attache à la volumétrie des données recueillies, mais celles-ci doivent être indépendantes, ce que la jurisprudence⁶⁸ interprète comme la possibilité pour elles d'être séparées les unes des autres sans perdre leur valeur informative ou artistique. Corollairement, un élément doit pouvoir être retiré ou ajouté sans que la base de données perde son utilité ou

⁶⁵ C. Caron, *Droit de la propriété intellectuelle*, LexisNexis, 6^e éd., 2020, p. 664.

⁶⁶ A. Lucas *et al.*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 5^e éd, 2017. Les auteurs évoquent « le parti affiché par le législateur ».

⁶⁷ Caron, *op. cit.* p. 663-664.

⁶⁸ CJCE, *Fixtures Marketing Ltd...*, aff. C-444/02, pts 29, 32.

son sens, ce qui la distingue par exemple d'une œuvre artistique. Il en va ainsi, par exemple, de données géographiques extraites d'une carte⁶⁹ ou d'annonces immobilières. La directive n'exclut en outre pas que certaines des données soient produites par l'auteur de la base de données lui-même⁷⁰.

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

La condition tenant à l'arrangement systématique et méthodique n'implique pas l'existence d'un stockage physique organisé et visible (cons. 21), mais seulement qu'il existe un ou plusieurs moyens techniques de récupération d'un élément indépendant dans la base, tels qu'un moteur de recherche, un index, un plan ou toute autre méthode de classification. En d'autres termes, l'information contenue dans la base doit pouvoir être *traitée*⁷¹.

2.2. Champ d'application

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

2.3. Contours de la protection

La directive 96/9/CE institue deux régimes de protection des bases de données, que sont le droit d'auteur, portant sur la structure de la base sous réserve qu'elle soit une création originale (art. 3 à 6 de la directive et art. [L. 112-3, al. 1^{er}](#) CPI), et le droit *sui generis*, portant sur son contenu et susceptible de s'appliquer même si la base de données n'est pas protégeable par le droit d'auteur⁷². Seul le droit *sui generis* fait l'objet des présents développements.

Aux termes de l'article 7, paragraphe 1 de la directive : « *Les États membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif* ». Le droit *sui generis* ne protège donc pas un contenu original mais un investissement qui peut être financier, matériel ou humain. Il est sans préjudice des droits qui pourraient exister sur le contenu⁷³.

*

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

⁶⁹ Cour de justice, 29 oct. 2015, *Freistaat Bayern c/ Verlag Esterbauer GmbH*, aff. C-490/14, pt 29.

⁷⁰ Cour de justice, *Fixtures Marketing Ltd*, C-444/02, pt 25.

⁷¹ Cour de justice, *Fixtures Marketing Ltd*, C-444/02, pts 28 et 30.

⁷² Directive 96/9, art. 7, paragraphe 4.

⁷³ Directive 96/9, art. 7, paragraphe 4.

particulièrement incertain. A titre d'exemple, le considérant 17 de la directive indique qu'une compilation musicale sur CD n'est pas éligible à la protection par le droit *sui generis* en tant qu'elle requiert un investissement trop limité. La Cour de justice a été amenée à apporter quelques précisions. Dans un arrêt *The British Horseracing Board*⁷⁴, la cour a décidé que « *la notion de partie substantielle, évaluée de façon quantitative, du contenu de la base au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive (...) doit être appréciée par rapport au volume du contenu total de celle-ci* » (pt 70). Elle a ajouté qu'une « *partie quantitativement négligeable* » du contenu de la base peut néanmoins constituer un « *important investissement humain, technique financier* » (pt 71).

Une difficulté particulière tient, pour celui qui investit dans la création d'une base de données dans le cadre plus général de son activité principale, à la nécessité d'identifier précisément les investissements dédiés à la base (obtention, vérification, présentation) qui seuls font naître la protection par le droit *sui generis*⁷⁵ (cf. *infra*).

Pour autant, la finalité même de l'investissement importe peu. La question s'est posée de savoir si l'investissement pouvait être pris en compte lorsque la base a été réalisée pour les besoins de l'activité principale du producteur. Pour certains, et en vertu de la théorie du *spin-off*, le droit *sui generis* doit être exclu dans pareille hypothèse. En effet, il n'aurait vocation qu'à défendre l'investissement affecté à la seule base de données. Mais la Cour de justice en a décidé autrement et elle a affirmé, dans quatre arrêts du 9 novembre 2004, que « *la circonstance que la constitution d'une base de données soit liée à l'exercice d'une activité principale dans le cadre de laquelle la personne qui constitue la base est également le créateur des éléments contenus dans cette base n'exclut pas, en tant que telle, que cette personne puisse revendiquer le bénéfice de protection par le droit sui generis* »⁷⁶. La solution a été reprise par la Cour de cassation française⁷⁷. Toutefois, l'exclusion des investissements affectés à la création des données la prive grandement d'intérêt.

*

Obtention, vérification, présentation. – L'obtention des données désigne leur collection et non leur création, ainsi que l'a jugé la Cour de justice⁷⁸. Dans les arrêts précités, la cour a affirmé que « *la notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données au sens de l'article 7, paragraphe 1, de la directive (...) doit s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base* », ce qui exclut les « *moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données* ». Aussi, « *la notion d'investissement lié à la vérification du contenu de la base de données (...) doit être comprise comme visant les moyens consacrés, en vue d'assurer la fiabilité de l'information contenue dans ladite base, au contrôle de l'exactitude des éléments recherchés, lors de la constitution de cette base ainsi que pendant la période de fonctionnement de celle-ci* », sans inclure les « *moyens consacrés à des opérations de vérification au cours de la phase de création d'éléments par la suite rassemblés dans une base de données* ». La notion

⁷⁴ CJCE, 9 nov. 2004, *The British Horseracing Board*, aff. C-203/02.

⁷⁵ Selon S. Chatry, « la tâche du producteur sera de bien distinguer les investissements qui relèvent de l'activité principale des investissements concernant la base de données, ce qui sera bien délicat voire impossible en pratique (...). Les magistrats montrent une certaine rigueur à l'égard des éléments de preuve rapportés par les parties (...). Le producteur de la base doit pouvoir démontrer que l'investissement invoqué a été mis au profit de la constitution, de la vérification et de la présentation de la base de données, et non fondu dans ses activités » (*JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1650, « Droit des producteurs de bases de données », § 35-36).

⁷⁶ *The British Horseracing Board*, aff. C-203/02 ; *Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkans*, aff. C-46/02 ; *Fixtures Marketing Ltd c/ SvenskaSpel AB*, aff. C-338/02 ; *Fixtures Marketing Ltd c/ OPAP*, aff. C-444/02.

⁷⁷ Cass. Com., 23 mars 2010, CCE, 2010, comm. 83, 1^{re} esp., note Caron ; Propr. intell. 2010, p. 856, obs. Bruguière.

⁷⁸ CJCE, 9 nov. 2004, *Fixtures Marketing Ltd...*, aff. C-338/02, pt 24.

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

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

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

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

*

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

*

Extraction, réutilisation. – Ces termes, qui ne sont pas sans évoquer les notions de reproduction et de communication au public en droit d'auteur, sont entendus largement⁷⁹, mais excluent le prêt public. Ils sont repris à l'article [L. 342-1](#) du CPI. L'extraction désigne à la fois le retrait et la copie des données de la base, manuelle, par impression, téléchargement, voire sa traduction. La réutilisation englobe toute opération ayant pour conséquence de rendre la base accessible au

⁷⁹ Cour de justice, 9 nov. 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, aff. C-203/02, pt 51.

public. Les moyens utilisés pour procéder à l'extraction ou la réutilisation sont indifférents⁸⁰, de même que la finalité ou le résultat de l'opération.

Constituent en particulier une réutilisation les procédés des métamoteurs de recherche dédiés qui, au terme d'un *webscraping*, proposent sur requête de l'utilisateur et sur une interface propre des résultats issus de bases de données et expurgés des éventuels doublons. En effet, « *cette activité ne se limite pas à indiquer à l'utilisateur les bases de données fournissant des informations sur un certain sujet (...), elle a pour objet de fournir à tout utilisateur final un dispositif permettant d'explorer toutes les données figurant dans une base de données protégée et, dès lors, de fournir un accès au contenu entier de cette base par une autre voie que celle prévue par le fabricant de ladite base, tout en utilisant le moteur de recherche de la base et en offrant les mêmes avantages de recherche que la base elle-même* »⁸¹. A contrario, la cour d'appel de Paris a pu exclure la qualification d'extraction s'agissant d'une simple indexation du contenu d'une base de données d'annonces immobilières au moyen d'un moteur de recherche, dès lors que les résultats consistent en des liens hypertextes renvoyant directement aux sites concernés⁸².

Enfin, la protection ne vise pas les simples actes de consultation de la base⁸³, sauf si, s'agissant des bases de données électroniques, la visualisation sur écran du contenu de cette base nécessite le transfert, permanent ou temporaire, de la totalité ou d'une partie substantielle de ce contenu vers un autre support⁸⁴. La distinction opérée entre l'accès au contenu de la base et l'extraction d'éléments constitutifs de la base est fondamentale. Le droit *sui generis* ne permet pas au producteur d'interdire l'accès à sa base. Seule la voie contractuelle permet de restreindre cet accès.

*

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

*

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

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

⁸⁰ Cour de justice, 18 oct. 2012, *Football Dataco Ltd*, aff. C-173/11, pt 20.

⁸¹ Cour de justice, 19 déc. 2013, *Innoweb BV*, aff. C-202/12, pts 39 s. et pt 54.

⁸² Chatry, *op. cit.* § 48.

⁸³ Cour de justice, 9 nov. 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, aff. C-203/02, pt 54.

⁸⁴ Cour de justice, 9 oct. 2008, *Directmedia Publishing GmbH*, aff. C-304/07, pt 53.

représente une partie quantitativement substantielle du contenu général de la base. Une partie quantitativement négligeable du contenu d'une base de données peut en effet représenter, en termes d'obtention, de vérification ou de présentation, un important investissement humain, technique ou financier⁸⁵.

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

2.4. Droits et obligations des utilisateurs légitimes

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

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

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

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

⁸⁵ Cour de justice, 9 nov. 2004, *The British Horseracing Board Ltd*, aff. C-203/02, pts 68 s.

qui doivent, une fois extraites, conserver leur « *valeur informative autonome* »⁸⁶. Il s'agit en effet, comme le dit la directive 96/9, d'éléments indépendants constituant une base de données.

2.5. *Exceptions/limitations*

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

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

En droit interne, le code de la propriété intellectuelle ([art. L. 342-3, 2° à 5°](#)) inclut déjà les exceptions « d'extraction privée », en faveur des personnes handicapées, à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique (*open science*) et pour la fouille de textes et de données (mais l'exception est pour l'heure ineffective et son champ est différent⁸⁷). Par ailleurs, l'article [L. 132-6](#) du code du patrimoine prévoit une exception spécifique afin de permettre le dépôt légal des bases de données. Enfin, l'article [L. 321-3](#) du code des relations entre le public et l'administration dispose que, sous réserve des droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, le droit *sui generis* dont pourraient se prévaloir les administrations sur leurs bases de données ne peut faire obstacle à la réutilisation du contenu de celles qu'elles publient en ligne en vertu de l'article [L. 312-1-1](#), réserve faite des bases de données produites ou reçues par les administrations dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence⁸⁸. Cette exception renvoie à l'article 1^{er}, point 6 de la [directive \(UE\)2019/1024 du 20 juin 2019](#) concernant les données ouvertes et la réutilisation des données du secteur public, qui prévoit que les organismes du secteur public n'exercent pas le droit *sui generis* pour le fabricant d'une base de données aux fins d'empêcher la réutilisation de documents ou de limiter celle-ci « *au-delà des limites fixées par la présente directive* » (v. également cons. 61).

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

⁸⁶ CJUE, 29 oct. 2015, *Freistaat Bayern*, aff. C-490/14, pt 22.

⁸⁷ V. le Rapport CSPLA, *Transposition des exceptions de fouille de textes et de données : enjeux et propositions*, A. Bensamoun et Y. Bouquerel, déc. 2020.

⁸⁸ Voir sur ce point, Conseil d'Etat, 8 févr. 2017, *Société Notrefamille.com*, n° 389806, B.

prix permettant l'accès à une base de données, considéré comme ressource essentielle⁸⁹. Reste à savoir quelles bases de données pourraient être qualifiées d'infrastructures essentielles. La question pourrait se poser avec acuité du fait des bouleversements induits par l'irruption de l'intelligence artificielle et l'apprentissage machine qu'elle rend possible en permettant l'exploitation de mégadonnées (*Big Data*), lesquelles peuvent être organisées au sein de bases de données⁹⁰.

2.6. Durée

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

Ce délai court à nouveau entièrement en cas de « *modification substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu d'une base de données, notamment toute modification substantielle résultant de l'accumulation d'ajouts, de suppressions ou de changements successifs qui ferait considérer qu'il s'agit d'un nouvel investissement substantiel, évalué de façon qualitative ou quantitative* », ce qui fait dire à certains auteurs que la protection est potentiellement aussi longue que la durée de vie de la base de données elle-même, voire que le droit *sui generis* se caractérise par une « *perpétuité de fait* »⁹¹, à tout le moins pour les bases régulièrement enrichies et actualisées. Il en résulte que certaines données, notamment des œuvres, tombées dans le domaine public et sur lesquelles le titulaire ne pourra plus revendiquer de droit, continueront d'être protégées pour le fabricant d'une base de données qui les aura assemblées, à défaut d'en être à l'origine. Il est naturellement entendu que la donnée prise individuellement – ici l'œuvre – ne bénéficie pas d'une protection nouvelle.

2.7. Sanctions

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

⁸⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2001, CCE 2002, comm. 38, note Caron ; Propr. intell. 2002, n° 3, p. 61, note Lucas.

⁹⁰ V. J.-M. Bruguière, « Intelligence artificielle et droit d'auteur : sortir de la science-fiction des machines/auteurs, entrer dans la réalité du droit des données », CCE 2020, étude 11.

⁹¹ Caron, *op. cit.* p. 671.

3. Premiers éléments d'évaluation

Conformément à l'article 16, paragraphe 3, de la directive, un premier bilan avait été réalisé en 2005⁹², concluant à l'absence d'impact significatif de ses dispositions sur le développement des bases de données. Les conclusions de la nouvelle évaluation, rendues en 2018⁹³, confortent, en l'affinant, ce diagnostic. Les développements qui suivent reprennent les principaux éléments du diagnostic établi par la Commission, qu'ils complètent par les constatations issues des premières auditions conduites par la mission.

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

En second lieu, la directive de 1996 est marquée par le contexte technologique et économique de l'époque, où les principaux producteurs de bases de données étaient issus du monde de l'édition et où les bases étaient statiques et hors ligne (catalogues, CD-ROM). Les arrêts rendus en 2004⁹⁴ par la Cour de justice, qui ont considérablement resserré la portée du droit *sui generis* en excluant de la protection les données créées, contribuent également à ce que lui échappe un nombre croissant de bases de données générées automatiquement par l'intelligence artificielle, les capteurs, l'internet des objets... L'adaptation du droit *sui generis* aux configurations nouvelles issues du développement de l'industrie des données constitue donc la question centrale du processus de révision en cours.

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

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

⁹² DG internal market and services working paper, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, 12 déc. 2005.

⁹³ *Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, SWD (2018) 147 final. – *Résumé de l'évaluation de la directive 96/9/CE concernant la protection des bases de données*, SWD (2018) 146 final.

⁹⁴ Arrêts *Fixtures Marketing Ltd* et *British Horseracing Board* précités.

d'effet avéré sur la production globale de bases de données en Europe, pas plus que sur la compétitivité du secteur européen des bases de données. Selon la Commission, le nombre de bases de données produites en Europe a d'ailleurs légèrement décliné après l'entrée en vigueur de la directive (2001-2004), avant de connaître un nouvel essor significatif sous l'effet de la digitalisation et du développement des bases en ligne (2004-2011). Le droit *sui generis* n'a pas davantage contribué à combler l'écart avec les Etats-Unis, qui s'est même creusé à partir de 2001⁹⁵.

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

*

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

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

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

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

*

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

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

⁹⁵ Voir *Résumé de l'évaluation de la directive 96/9/CE concernant la protection des bases de données*, SWD (2018) 146 final, graphiques p. 16 et 18.

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

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

*

Sécurité juridique. – Comme cela a été esquissé dans la deuxième partie de cette note consacrée à la présentation du droit *sui generis*, les principales critiques formulées à son encontre⁹⁶ en termes de sécurité juridique, qui ne sont pas jugées rédhibitoires par la Commission, concernent :

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

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

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

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

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

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

⁹⁶ Très largement citées, également, dans les réponses du MESRI au questionnaire de la mission.

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

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

*

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

Le droit *sui generis* est ensuite perçu comme un outil efficace de lutte contre le parasitisme et la concurrence déloyale, ce qui conduit aussitôt à la question de son articulation avec la législation propre à ces pratiques. La Cour de justice ne s'est pas prononcée sur ce point et la doctrine est partagée, qui regarde le droit *sui generis* comme une protection complémentaire, subsidiaire ou alternative⁹⁷. Il semble que les pratiques divergent au sein de l'Union européenne, certaines juridictions nationales acceptant de cumuler les fondements (Allemagne, Espagne), d'autres ne se plaçant sur le terrain de la concurrence déloyale qu'à défaut d'applicabilité du droit *sui generis* (Pays-Bas). La question n'est pas clairement tranchée en France, bien que la jurisprudence tende à voir dans le droit *sui generis* un droit spécial dérogeant au droit commun de la concurrence déloyale. Il semblerait enfin que certains acteurs qui pourraient fonder une action sur le droit *sui generis* privilégient l'action en concurrence déloyale, qui les dispense en particulier de démontrer l'existence d'un investissement substantiel qui plus est distinct de celui portant sur la création des données. La Commission considère pourtant qu'à l'échelle de l'Union, le droit de la concurrence déloyale joue un rôle négligeable dans la protection des bases de données.

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

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

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

⁹⁷ Voir sur ce point Chatry, *op. cit.* § 81 à 85.

secteur public⁹⁸. Au fond, c'est moins l'évolution de l'acquis communautaire qui questionne le contenu de la directive que les mutations économiques qui l'ont sous-tendue, c'est-à-dire l'émergence d'une économie fondée sur les mégadonnées (*big data*).

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

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

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

Des réflexions récentes et approfondies ont été consacrées à cette question par le professeur Matthias Leistner⁹⁹. Cet auteur conteste en premier lieu le constat répandu, et dont on s'est fait l'écho dans la présente note, selon lequel le recentrage opéré par les jurisprudences *Fixtures Marketing* et *British Horseracing Board* permettrait à la plupart des configurations économiques caractérisant les mégadonnées (*big data*) d'échapper au droit *sui generis*. Il n'est ainsi pas exclu que ce droit s'applique aux données mesurées ou observées, qui sont autant des données obtenues au sens de la directive que des données créées. La question peut également se poser pour les données contributives récoltées dans le cadre d'un processus participatif. Il conviendrait dès lors de distinguer les données inhérentes à l'activité de production, nécessaires et simultanées à son accomplissement même, des données simplement générées à l'occasion d'une activité principale sans en être la condition nécessaire (telles que des mesures de température par les véhicules automobiles ou les données collectées grâce à l'usage des machines à la faveur de travaux agricoles). L'investissement dans les premières, qui sont par construction issues d'une source unique, ne devrait en aucun cas déclencher la protection par le

⁹⁸ Clarification intervenue en 2019.

⁹⁹ M. Leistner, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC : Current Law and Potential for Reform* (sept. 2018), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3245937> ; *The Existing European IP Rights System and the Data Economy – An Overview With Particular Focus on Data Access and Portability* (juin 2020), Forthcoming, Josef Drexl (ed.), *Data access, Consumer Protection and Public Welfare* (Verbraucherrechtstage 2019), tbc, Nomos 2020, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3625712>.

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

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

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

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

3.3. Approche comparée

Relevons enfin que le droit *sui generis* reste une exception européenne qui n'a guère essaimé au-delà des frontières de l'Union¹⁰⁰. La question d'une internationalisation de cette protection s'est posée en 1996, à la faveur des négociations diplomatiques¹⁰¹ ayant abouti aux traités sur le droit d'auteur et sur la protection des droits des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes (OMPI). Un projet de traité sur les bases de données suscité par l'Union européenne et les Etats-Unis, dont le contenu était proche de celui de l'actuelle directive, n'a pas prospéré en raison notamment de l'opposition farouche qu'il a suscitée de la part de la communauté scientifique américaine, et qui a conduit les autorités à faire volte-face sur la question de l'introduction d'une protection spécifique. Les Etats-Unis ont alors entraîné avec

¹⁰⁰ Voir sur ce point B. Warusfel, « La protection des bases de données en question », *Propriété intellectuelle*, 2004, n° 13, p. 896 et E. Derclay, « DPI sur l'information et pouvoir de marché », *Propriété intellectuelle*, 2007, n° 22, p. 19.

¹⁰¹ Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins (2-20 déc. 1996, Genève).

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

Si l'on se concentre sur le cas des Etats-Unis, l'absence de droit *sui generis* se double de l'impossibilité, depuis l'arrêt *Feist* de la Cour suprême¹⁰², de se fonder sur la doctrine de la sueur du front (*sweat of the brow*) pour revendiquer la protection d'une base de données, seule l'originalité étant susceptible de faire naître un droit d'auteur. Cet alignement sur le critère de l'originalité – comprise comme l'expression d'une créativité ou d'une touche personnelle – appliqué en Europe continentale place donc les producteurs américains de bases de données dans la même situation que leurs homologues européens lorsqu'il s'agit de protéger une base dont le contenu n'est pas original.

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

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

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

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

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

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

¹⁰² *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340, 345 (1991).

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

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

4. Conclusion et pistes

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

La plupart des acteurs partagent l'intuition que s'ils n'ont pas eu à mobiliser directement le droit *sui generis*, voire en ignoraient totalement l'existence, son abolition n'est pas souhaitable : les producteurs de bases de données jugent paradoxal de supprimer une telle protection dans un contexte de généralisation de l'économie fondée sur les données, alors que les utilisateurs redoutent que, la suppression du droit entraînant celle des exceptions qui l'accompagnent, le règne du tout contractuel ne rende encore plus difficile l'accès aux données¹⁰³.

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

Dans ce cadre, trois scénarios sont théoriquement envisageables.

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

¹⁰³ La position du MESRI sur ce point est éclairante, qui considère que malgré leurs défauts, « le droit d'auteur et le droit *sui generis* ont néanmoins l'avantage pour les réutilisateurs de comprendre des exceptions et limitations. Ce ne serait pas le cas si les bases de données étaient protégées uniquement par des clauses contractuelles ou seulement par des mesures techniques de protection (ces dernières étant articulées aux exceptions législatives aujourd'hui). Les exceptions prévues en faveur du *Text and Data Mining* dans la directive 2019/790 sur le droit d'auteur sont de ce point de vue particulièrement importantes pour les activités de recherche. Mais un tel mécanisme ne pourrait tout simplement pas exister si la protection des bases de données était purement contractuelle et/ou technique ».

exercés par le détenteur de la base, dont certaines personnalités auditionnées par la mission ont relevé qu'ils contribuaient bien davantage que le droit *sui generis* à entraver la circulation de l'information. L'enjeu est ici davantage l'accès aux données et la solution des licences obligatoires ou des licences « FRAND » pourrait être explorée¹⁰⁴. Une réflexion sur les exceptions devrait également accompagner cette démarche, y compris s'agissant d'exceptions catégorielles, au bénéfice d'acteurs identifiés (comme les encyclopédies en ligne).

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

¹⁰⁴ Article critique : J. de Werra, « Entreprise et Big Data : peut-on forcer les entreprises à partager leurs données non-personnelles (par des licences obligatoires ou des licences « FRAND ») ? », Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 2020, vol. 92, n° 4, p. 365-392.

Contributions écrites

Auteur : Claire Nédellec, INRAE, Université Paris-Saclay

Date : 25 avril 2022

Objet : exemple illustrant les conséquences de soustraire les bases de données générées automatiquement de la protection *sui generis* des bases de données.

Description de l'exemple

La [base de données Omnicrobe](https://omnicrobe.migale.inrae.fr/)¹⁰⁵ contient 3,5 millions d'information sur les microbes, leurs habitats et leurs propriétés (phénotypes). Elle a été créée et est maintenue par INRAE, un organisme de recherche public (EPST). La licence associée aux données Omnicrobe est CC-BY.

Omnicrobe est utilisée pour la recherche et le développement en microbiologie. Elle permet par exemple d'identifier très rapidement des bactéries pertinentes pour la production de nouveaux produits alimentaires (projet ENovFood) ou d'identifier une publication sur des cas antérieurs de *E. coli* dans des pâtes de pizza.

Elle bénéficie d'une interface publique en ligne (web et API). Les données sont obtenues par la collecte et l'analyse de données publiques bibliographiques (toute la base PubMed), et non bibliographiques (bases de données publiques, par exemple GenBank). Le processus d'analyse appliqué aux données textuelles extrait automatiquement les informations pertinentes et les indexe par des classifications originales.

La mise au point du processus d'analyse, de la classification, de la base de données et de son interface a impliqué principalement deux équipes d'informaticiens de l'unité INRAE MalAGE : l'équipe de recherche Bibliome a mis au point les méthodes de traitement automatique de la langue, les a évaluées et les a implémentées et l'équipe de la plateforme Migale (infrastructure de recherche en bioinformatique de l'Institut Français de Bioinformatique) a développé la base de données et son interface utilisateur, elle a automatisé l'ensemble du processus, de la collecte à la mise à disposition. Le processus est d'une grande complexité, impliquant près de 200 étapes.

Le contenu de la base de données Omnicrobe est mis à jour deux à trois fois par an par des processus automatiques. L'enchaînement des processus, leur exécution et l'adaptation des données collectées à de nouveaux formats nécessite néanmoins l'intervention de cinq personnes à chaque mise à jour. La mise à jour fait appel au *cluster* de calcul de la plateforme Migale pour 24 heures de traitement.

La création de l'ensemble de l'application Omnicrobe a impliqué plusieurs dizaines de personnes d'INRAE depuis douze ans, dont de nombreux experts en microbiologie. Le financement public d'environ 2 millions d'euro a couvert l'emploi de permanents, l'infrastructure de développement de calcul et de stockage, l'emploi de CDD et leur environnement.

Les méthodes de recherche actuellement développées pour améliorer la qualité des données générées sont basées sur des méthodes très gourmandes en temps de calcul (*deep learning*) qui nécessitent l'utilisation de supercalculateurs tel que Jean Zay (plan IA) et vont augmenter les coûts.

Motivation à l'ouverture des données

Une fois les méthodes mises au point par les chercheurs de l'équipe Bibliome, la mise à disposition de données produites par ces méthodes n'est pas allée de soi. Elle a nécessité un effort considérable à la

¹⁰⁵ <https://omnicrobe.migale.inrae.fr/>

frontière de la recherche et du développement informatique, qui était partiellement hors des missions directes des chercheurs. Une motivation importante des participants des deux équipes au projet, qu'ils soient chercheurs ou ingénieurs, à mettre ces données à disposition est la reconnaissance à travers la citation. Les équipes de recherche sont évaluées sur la base de leurs publications et de leurs productions. Les plateformes et leurs ingénieurs sont évalués par le nombre d'utilisateurs des services en ligne et la visibilité des projets externes que leurs services permettent. Toutes leurs ressources en dépendent, réseaux de collaborateurs, recrutements de permanents, financements non pérennes, etc.

Automatisation

Les données exposées dans la base Omnicrobe sont générées par des processus automatiques, mais l'assemblage de ces processus pour la mise à jour périodique mobilise des personnes indispensables. Quel est le degré d'automatisation, dans ce cas ?

Questionnement relatif à l'article 35

- Si l'article 35 excluant les données produites automatiquement du droit *sui generis* permet de reproduire les données d'Omnicrobe sans en citer les producteurs, ils perdront leur motivation à mettre les données à disposition. La mise à jour en particulier est un point clef qui donne aux données leur valeur, mais qui nécessite de mobiliser les deux équipes de recherche et de service sur la durée. Ces personnels, chercheurs et ingénieurs motivés par le partage de données ont une marge de manœuvre importante dans le choix des directions de leur activité, qu'ils réorienteront vers d'autres activités plus visibles, si les données produites automatiquement pouvaient être reproduites sans mention de leur origine.
- Inversement, un utilisateur des données d'Omnicrobe n'a pas les moyens de déterminer si les données ont été produites automatiquement ou non, et donc de déterminer si elles relèveraient du droit *sui generis* ou non dans le cas de l'application de l'article 35. Si l'utilisateur reproduisait un ensemble qualitativement ou quantitativement significatif de données sans accord préalable, il s'exposerait à contrevenir à la législation par ignorance du mode de production des données. Cette impossibilité à déterminer le mode de production des données vide l'article 35 de son intérêt, à moins de prévoir dans le règlement que la mention "produit automatiquement" - mention lisible par machine - soit associée aux données qui sont dans ce cas (opt-in, s'il n'a pas dit oui, c'est non).

Ces deux points de questionnement, motivation et qualification de l'automatisation, ne sont pas spécifiques au cas d'Omnicrobe, mais pertinents dans tout mon domaine d'activité (1) d'une part pour les données produites par traitement automatique de la langue qui nécessitent des investissements initiaux et continus importants et (2) d'autre part pour les données en science de la vie et en agriculture où la crainte de ne pas être cité reste un frein important à l'ouverture publique.

La libre exploitation des données de la recherche publique est soutenue par des politiques publiques, par le cadre législatif, par la formation des scientifiques et par des investissements considérables dans les infrastructures de recherche en moyens humains, de stockage et de calcul.

En amont, les scientifiques peuvent néanmoins dans une certaine mesure choisir de ne pas produire de données du tout, mais de consacrer leur énergie à d'autres chantiers. Une mesure qui viserait à ne plus rendre la citation obligatoire pour certains types de données serait contre-productive.



ESML - Syndicat des Éditeurs de Services de Musique en Ligne, 140
rue du Faubourg St Honoré, 75008 PARIS

Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et artistique (CSPLA)
Mission sur la protection juridique des bases de données
Ministère de la Culture - 182, rue Saint-Honoré
75001 Paris

À Paris le 25 mai 2022

À l'attention de Mme Alexandra Bensamoun, M. Emmanuel Gabla et M. David Guillarme

Objet : retour sur l'audition de l'ESML du 13 mai 2022

Chère Alexandra, Chers Messieurs,

Nous tenions à vous remercier pour votre disponibilité et la qualité de nos échanges lors de l'audition de l'ESML du 13 mai dernier.

L'ESML représente des entreprises de musique en ligne françaises et européennes et compte parmi ses membres les principaux acteurs du streaming musical européen tels que Deezer, Spotify ou encore Qobuz, ainsi que des sociétés technologiques de pointe, dont certaines sont notamment spécialisées dans la métadonnée ou l'enrichissement des données du secteur musical.

En mars 2022, le CSPLA attirait l'attention de ses membres sur la proposition de règlement Data Act, intégrant la réforme du droit des bases de données, et notamment ses dispositions mettant en place des obligations de partage des données (articles 4 et 5) et l'article 35 faisant exception au droit sui generis pour les données générées par l'utilisation d'un produit ou d'un service. À cette occasion, le CSPLA invitait ses membres à présenter leur analyse concernant ces propositions. En ce qui concerne les membres de l'ESML, les principaux points d'attention sont résumés ci-dessous :

I. Sur la notion de « service lié ».

La notion de service lié est définie à l'article 2 (3) du Data Act comme « *un service numérique, y compris un logiciel, intégré dans un produit ou interconnecté avec celui-ci de telle sorte que son absence empêcherait le produit de remplir l'une de ses fonctions* ».

Nous comprenons que la notion de service lié vise principalement le système d'exploitation des objets connectés (comme par exemple des « smart speakers »), dont les données d'usage seraient considérées comme exclues du champ de la protection offerte par la Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (la « **Directive base de données** »). Cette exclusion paraît pertinente aux membres de l'ESML pour les raisons développées au point II ci-dessous. Néanmoins, ces derniers ont identifié un point de vigilance concernant le périmètre de cette définition, et veilleront à ce qu'elle n'englobe en aucun cas les données liées à l'accès et l'utilisation d'applications tierces, telles, par exemple, que celles permettant l'accès à un service de webradio ou de streaming de musique en ligne.

II. Pertinence de la proposition mise en avant par le Data Act

L'article 5 du Data Act exclut les données générées par des objets connectés du champ d'application de la protection accordée par la Directive base de données. L'ESML considère que cette proposition répond à des enjeux industriels pertinents. Les membres de l'ESML, en particulier ceux dont le modèle économique repose sur l'analyse de données, sont en effet trop souvent confrontés à des obstacles, des refus ou des lenteurs caractérisées dans leur accès à la Data détenue par des tiers.

Nous comprenons cependant que cette position n'est pas partagée par la Mission ; et dans la mesure où le CSPLA souhaite promouvoir le maintien en l'état du monopole de la Directive base de données, nous souhaiterions proposer que ce maintien soit nécessairement assorti de deux garde-fous :

- a. L'octroi obligatoire de licences de type « FRAND », de façon à ce que les membres de l'ESML puissent avoir accès à la Data dans des conditions de marché transparentes et équitables ;
- b. L'accès à des licences automatisées ne nécessitant aucune intervention humaine afin d'éviter les retards et les frictions résultant nécessairement d'une gestion manuelle obsolète des licences ; pratique à laquelle les membres de l'ESML sont régulièrement confrontés et qui enlève tout intérêt aux licences proposées, quel qu'en soit le caractère raisonnable.

Comme évoqué lors de notre audition, le droit des producteurs des bases de données est un droit dont la protection n'est reconnue qu'au sein de l'Union Européenne, et de ce fait, il crée des obstacles n'existant pas à l'étranger pour les sociétés technologiques qui y évoluent. Le Data Act fait disparaître ce déséquilibre s'agissant des données de l'IoT et offre ainsi des perspectives de compétitivité nouvelles aux entreprises européennes.

Les garde-fous proposés permettent de préserver le monopole des ayants-droit tout en offrant une solution aux problématiques soulevées par la Commission dans le Data Act en préservant les perspectives des membres de l'ESML. Ce compromis nous paraît juste et équilibré et nous espérons qu'il saura convaincre la Mission.

Nous restons naturellement à l'entière disposition de la Mission pour échanger sur ces sujets, et vous prions de croire, à l'assurance de nos salutations distinguées.

Ludovic Pouilly P.O

Sophie Goossens



Liste des personnalités consultées

Dalloz, Editions législatives

- Laurence BALLETT, directrice juridique

Editis

- Jean SPIRI, secrétaire général

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

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

Google :

- Cédric MANARA, director, Head of Copyright, Legal

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

- Denis BERTHAULT, président
- Thomas PARISOT, vice-président, directeur général adjoint de Cairn.info
- Maître Thibaut DU MANOIR DE JUAYE, avocat

Ministère de la culture

- Alban DE NERVAUX puis Yannick FAURE, Chef du service des affaires juridiques et internationales
- Sarah JACQUIER, Chargée de mission auprès du Chef du service des affaires juridiques et internationales
- Anne LE MORVAN, Cheffe du bureau de la propriété intellectuelle

Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique

- Chantal RUBIN, cheffe du pôle de la régulation des plates-formes numériques de la direction générale des entreprises – accompagnée de son équipe

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

- Isabelle BLANC, administratrice ministérielle des données

Premier Ministre, Direction interministérielle du numérique

- Nadi BOU HANNA, directeur

Rendel Consulting

- Mathilde RENOUE
- Carlo LAVIZZARI

Syndicat des éditeurs de musique en ligne (ESML) :

- Maître Sophie GOOSSENS, conseil de l'ESML, avocate chez Reed Smith LLP
- Matthias ROBINE, dirigeant d'une société et membre du bureau de l'ESML

Syndicat des éditeurs de la presse magazine (SEPM)

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

Syndicat national de l'édition (SNE)

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

Universitaires et praticiens individuels

- Brunessen BERTRAND, professeure de droit public à l'Université Rennes I
- Sylvain CHATRY, Maître de conférences HDR Université de Perpignan Via Domitia
- Estelle DERCLAYE, professeure de droit de la propriété intellectuelle, Université de Nottingham
- Maître Florence EON-JAGUIN, avocate spécialiste du droit du numérique appliqué à la santé
- Christophe GEIGER, professeur de droit, Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle, Université de Strasbourg
- Jane GINSBURG, professeure de droit, Université de Columbia (NY)
- Jonathan KELLER, Département SES, Institut Mines Télécom, Télécom Paris, Membre de la Chaire Valeurs et politiques des informations personnelles
- Matthias LEISTNER, Professeur de droit privé et de droit de la propriété intellectuelle, Université de Munich
- Claire NEDELLEC, directrice de recherche en informatique à l'INRIA, Université Paris-Saclay, Orsay
- Pierre ZWEIGENBAUM, directeur de recherche en sciences du numérique au Laboratoire interdisciplinaire des sciences du numérique, Université Paris-Saclay, Orsay