

“LES CRÉATURES SUBJURIDIQUES” LES BASES DE DONNÉES

Pierre-Emmanuel Moyse [1]

Introduction

1 Anachronismes de la protection de la base de données

1.1 Le champ d'application

1.2 L'objet d'un droit d'extraction ou d'un droit d'appropriation

2 Le dilemme des nouvelles technologies

2.1 L'inflation législative

2.2 Les objets évanescents du droit des nouvelles technologies

2.3 L'apparition d'épiphénomènes

3 Réflexions particulières sur la protection des bases de données

3.1 Le choix du droit d'auteur comme outil de privatisation

3.2 Les recours de droit commun : la tradition a du bon

Conclusion. Quelques mots sur les normes techniques et le droit de l'utilisateur

Introduction

Les bases de données font partie de ces créatures *subjuridiques* que le juriste invente. *Subjuridique* car les mots “bases de données” n'apparaissent que depuis peu dans les textes législatifs.

Jusqu'alors ils se dissimulaient entre les pages bien chargées des agendas de nos juris-consultes.

Ils sont, pour ainsi dire, en devenir. La base de données est une classification plus qu'un concept.

Une autre catégorie fonctionnelle à côté des programmes d'ordinateurs. Nous aurions pu choisir d'autres termes que ceux de base de données : recueil, annuaire, archive, collection... Autant de

versions d'un mot qui se définit par l'objet qu'il désigne et non par ce qu'il est, si tant est qu'on

puisse en donner une définition acceptable. On croit pourtant deviner un lien fraternel entre la base

de données et la compilation. C'est une chance à saisir, un parterre déjà pavé par le droit d'auteur

sur lequel il nous sera possible d'édifier une niche pour la base de données. Mais l'analogie - cet

analgésique du juriste, mènerait plutôt à la fratrie puisque la protection des bases de données est

élaborée, au moins en partie, de façon *sui generis* c'est-à-dire indépendamment d'autres corps de

règles. C'est en tout cas l'orientation générale que semble prendre l'ensemble des pays

occidentaux, l'Europe en tête, les États-Unis dans la foulée. Nous faisons ici référence à la

directive européenne 96/9 du 11 mars 1996 [1] et aux projets de lois américains H.R. 2652, H.R.

354 et H.R. 1858 [2]. Les députés américains multiplient les projets de lois avec une aisance

miraculeuse. L'analyse du droit européen est d'autant plus importante que la directive soumet la

jouissance du droit *sui generis* par un fabricant d'un pays non-membre à une exigence de

réciprocité. Ceci explique en partie les récentes initiatives américaines.

Traditionnellement le droit d'auteur protège les compilations dès l'instant qu'elles répondent aux critères prétoriens de l'originalité. Dans ce sens, c'est l'expression de l'activité créatrice qui fournit le cadre du droit de propriété intellectuelle. Le défaut de créativité dénie l'existence même de la

propriété, d'où l'inquiétude des fabricants de bases de données lorsque celles-ci sont inéligibles à une protection de droit d'auteur. Il est avancé que l'octroi d'une protection des bases de données confère aux compilations non originales et/ou factuelles une protection adéquate pour garantir à son "fabricant" un retour minimum sur les dépenses qui ont été encourues pour leur constitution. On ne parle donc plus d'originalité mais de récompense - concept qui n'est pas tout à fait étranger au droit d'auteur d'ailleurs. L'assise théorique de ce droit est donc la préservation des intérêts économiques des investisseurs, domaine généralement couvert par le droit de la concurrence déloyale concurremment avec les règles de responsabilité délictuelle et contractuelle.

La protection de ce nouveau produit de la technologie semble être pourtant l'apanage des spécialistes en propriété intellectuelle même si tous ne s'entendent pas sur la méthode à employer. Les spécialistes en droit des affaires quant à eux se portent rarement volontaires pour l'élaboration de nouveaux monopoles. À l'ombre des philosophies libérales ils se contentent d'observer les débats qui animent leurs collègues. Le spectacle est un de ceux qui se répètent régulièrement : assis autour d'une table où leur sont servis en abondance des droits privatifs, exclusifs, les convives du droit d'auteur épanchent leur soif d'appropriation. Car de toutes les règles prévoyant des droits privatifs subjectifs, celles du droit d'auteur semblent être les plus à même à parer les fabricants de bases de données d'un droit de propriété sur un produit à forte composante intellectuelle.

Mais on semble oublier les considérations qui ont conduit à l'élaboration d'un droit de propriété intellectuelle. La loi d'Anne de 1709 était une réponse aux représentations des imprimeurs londoniens qui, désireux d'enrayer la distribution de leurs manuscrits par des libraires d'Irlande et d'ailleurs, s'attendaient à se voir décerner un titre de propriété immuable sur les œuvres acquises de leurs auteurs. Ce faisant, une fois le manuscrit acheté, les imprimeurs auraient disposé d'une propriété pleine et entière, indéfinie dans le temps et dans ses composantes. La loi d'Anne a rejeté une partie de ces prétentions et a limité à une période de temps prédéfinie le monopole d'imprimerie. Pour justifier cette construction et prendre en considération les transports subséquents des droits (cession du manuscrit de l'auteur à l'imprimeur, entente entre l'imprimeur et le libraire lorsqu'il s'agissait de personnes distinctes) il fut décidé, à raison, de recourir à l'instrument essentiel des échanges commerciaux d'alors: la propriété. Qu'en est-il des bases de données factuelles ? À quel dessein particulier répondrait l'introduction d'un droit de propriété sur une valeur, sur une donnée factuelle ? C'est à ces interrogations que nous tenterons de répondre.

Nous traiterons dans une première partie des anachronismes de la protection des bases de données par le droit d'auteur ainsi que par le droit *sui generis* (section 1). Ensuite, nous replacerons les développements législatifs relatifs aux bases de données dans le contexte plus vaste du droit des nouvelles technologies (section 2). Enfin, nous envisagerons certaines solutions originales qui peuvent venir compléter la liste des protections possibles, soit les recours de droits communs et les solutions techniques. En effet, le forum du droit d'auteur n'est peut-être pas le forum idéal pour traiter de la question des bases de données (section 3).

1 Anachronismes de la protection de la base de données

La Directive européenne prévoit un droit d'interdire "l'extraction et/ou la réutilisation" d'une partie substantielle de la base de données. Le projet de loi américain H.R. 2652 introduit la notion de *misappropriation of information right*. Le Bill H.R. 354 emploie quant à lui le mot *extraction* se rapprochant ainsi de la directive. L'harmonisation spontanée des systèmes de droit milite en faveur de l'unité terminologique. Le droit *sui generis* d'extraction est la fusion de plusieurs droits et de concepts empruntés tels que la concurrence déloyale et l'utilisation équitable. Nous entrons dans l'ère impressionniste de la création législative. Nous examinerons le champ d'application de ces lois à travers l'étude de la directive européenne d'abord puisque c'est elle qui inspire les textes américains (section 1.2).

Ce type d'ouvrage législatif, surtout aux États-Unis, s'apparente à des accords sectoriels, des règlements particuliers et ponctuels adoptés après concertation des intéressés. Nous ne sommes pas convaincus par ce processus de réglementation qui laisse échapper de nombreuses technologies. En effet, la réalité des bases de données a bien changé depuis l'apparition des premières ébauches. Bien des sites Internet sont susceptibles de tomber sous la définition de base de données. L'établissement des liens hypertextes procède-t-il d'une extraction ? Il n'est pas certain que le droit d'extraction déloyale pourra s'appliquer à ce type de phénomènes. Pourtant les systèmes de renvoi et de référencement dans le réseau constituent une forme particulière d'appropriation de l'information. C'est ici la fonctionnalité des bases de données qui est atteinte, non son contenu. (section 1.2).

1.1 Le champ d'application

Au début était la définition. Qui veut attacher des conséquences juridiques à ses propos doit parler juste, c'est le rôle de tout législateur. Dans notre cas, l'emploi du mot "base de données" par le législateur européen est très intéressant. Le terme "compilation" est astucieusement évité afin de bien signaler que les règles de la directive ne proviennent pas du même bassin conceptuel. La compilation revient au droit d'auteur seulement, la base de données au droit des bases de données. Les deux notions devront cohabiter en bonne intelligence, c'est le vœu pieux qui est exprimé. Quant au projet HR 2652, les mots "compilation of information" signent l'originalité du projet : il s'agira d'un droit différent. La compilation dont il s'agit n'est pas la compilation du titre 17 USC qui envisageait plutôt les anthologies ou les lexiques par exemple. La distinction entre les deux réside dans le complément du nom "d'information". Le projet H.R. 354 utilise l'expression "compilation of information" en prenant soin d'exclure de sa définition l'œuvre individuelle qui, prise dans son ensemble, est une œuvre littéraire. Ainsi on ne pourra pas dire qu'un roman est une collection d'informations [3].

Mais à quoi bon ces précisions ? C'est que les textes qui sont présentés actuellement tout en se détachant de disciplines antérieures - et notamment des règles de concurrence déloyale et du droit d'auteur, empruntent grandement à la législation existante. Prenons l'illustration du droit d'extraction de la directive européenne, fusion imparfaite de droit de concurrence et d'un droit d'utilisation. Il s'agit d'un droit nouveau distinct du droit d'auteur qui subsiste sur la banque de données elle-même de par son arrangement ou sa composition. Son objet est défini de manière lapidaire à l'article 7 al. 1. Le droit d'extraction permet à son auteur d'interdire l'extraction ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu dès lors qu'il peut démontrer que ce contenu résulte d'un investissement substantiel. À première lecture, il ne s'agit donc pas de l'information elle-même mais bien d'une partie du contenu définie quantitativement ou/et qualitativement. Ces réminiscences de droit d'auteur compliquent alors la compréhension de ce nouveau droit. Si l'on crée un droit *sui generis*, né hors du berceau du droit d'auteur, pourquoi faut-il employer des mécanismes de contrefaçon ?

Admettons, dans un premier temps, qu'au cours d'un litige, une base de données soit éligible à la protection du droit d'auteur. Par son arrangement et sa forme, elle est une œuvre de compilation au sens de la loi. L'article 3 de la directive reçoit également application. La base de données, "par le choix ou la disposition des matières", constitue "une création intellectuelle" protégée par le droit d'auteur. La partie opposée allègue que l'emprunt dont elle s'explique ne porte que sur le contenu et que celui-ci est du domaine public ou tout simplement factuel. Elle n'a pas repris la structure mais bien les éléments factuels qui la garnissent. Pour juger du caractère illicite de l'emprunt, deux systèmes d'analyse sont possibles: le système unidimensionnel et le système bidimensionnel. Faut-il considérer l'emprunt comme détaché de sa structure de soutien ou comme partie de l'œuvre de compilation ?

Si on opte pour la seconde solution on doit distinguer deux plans de réflexion - système bidimensionnel, deux dimensions autrement dit : celle de la structure et celle du contenu. Si l'on opte pour la première proposition alors il n'y a plus qu'une dimension et l'emprunt, s'il n'est pas justifié par une exception (*fair use*, citation...), n'est pas permis. Ce test reflète une approche plus quantitative que qualitative. On jugera par exemple que quelques secondes de musique constituent une atteinte aux droits patrimoniaux de l'auteur de l'œuvre originale. Généralement, on ne recherche pas à savoir si l'emprunt est en lui-même éligible à une protection. L'extrait est protégé en tant qu'émanation d'un tout original, non parce qu'il est en soit original. L'analyse unidimensionnelle est un mode de raisonnement qui sauve nombreuses compilations factuelles du domaine public.

Le système bidimensionnel, le plus usité par les juges, comporte un deuxième niveau d'analyse puisqu'une fois le contenu déterminé, il faut vérifier s'il est suffisamment marqué d'originalité. À défaut l'emprunt est libre de droit. Or c'est parce que les esprits analytiques ont cherché à différencier structure (forme) et contenu que les discussions sur les bases de données sont apparues, cherchant désespérément une protection d'appoint des éléments du second plan (contenu). À l'exemple des programmes d'ordinateur la contrefaçon doit être retenue lorsque, à l'issu des tests abstractions-filtration-comparaison il s'avère qu'une partie du code de programmation est repris. Dans le cas d'œuvres traditionnelles cette dichotomie contenu/forme n'apparaît pas toujours. Le test de comparaison s'effectue parfois sur un plan unidimensionnel.

Ainsi dans le système bidimensionnel le critère d'originalité offre un double verrou. Il enclenche la protection du droit d'auteur sur la structure de la base ainsi que celle qui pourrait subsister sur son contenu. Le législateur européen a voulu supprimer tout doute quant à la possibilité d'étendre la protection d'une base de données à des matières traditionnellement exclues du droit d'auteur. Le système unidimensionnel est rejeté au profit d'un système bidimensionnel renforcé. D'abord elle laisse subsister la protection de droit d'auteur sur la base de données originale de par sa composition ou son arrangement. Ensuite, la création du droit *sui generis* permet de court-circuiter l'exigence d'originalité à laquelle il transpose une condition d'investissement minimale. Si ce critère est respecté, l'extraction d'une partie substantielle du contenu sera interdite sans égard à l'existence d'un droit d'auteur ou non. Il faudra attendre la jurisprudence des tribunaux européens pour savoir ce que constitue un investissement substantiel.

Protection d'une Base de données originale	Système Unidimensionnel L'originalité de la base s'étend à son contenu, l'appropriation d'une partie constitue une contrefaçon	Système Bidimensionnel L'appropriation fait l'objet d'une analyse distincte selon qu'il y ait eu reproduction de la base elle-même ou de son contenu. À défaut d'originalité le contenu n'est pas protégé.
Base en elle-même. 1 - Arrangement et composition, Article 2 Lda canadienne par exemple	OUI	OUI

2 - créativité minimum Télédirect, Feist, Art. 3 Directive européenne.		
Contenu	Possible	NON
Contenu - Extraction interdite si investissement substantiel 1 - Art. 7 Directive 2 - Ex : Art. 1402 H.R. 354,	OUI	OUI

Notre seconde hypothèse est celle de la base de données non protégeable. En application du système unidimensionnel, la reprise non autorisée d'une partie importante de la base de données, qu'elle soit substantielle ou non ne saurait être sanctionnée. En effet, ce n'est que lorsque la base elle-même pourra faire l'objet d'une protection que celle-ci pourra s'étendre à ses composantes. Dans le système bidimensionnel, les deux plans faisant l'objet d'examen distinct, il est peu important que la banque soit protégeable quant à sa forme. À cet égard la solution reste identique : si le contenu échappe au droit d'auteur, l'utilisation qui en est faite est libre de droit sauf à considérer un droit d'extraction.

rotection d'une Base de données non-originale	Système Unidimensionnel	Système Bidimensionnel
	L'originalité de la base s'étend à son contenu, l'appropriation d'une partie constitue une contrefaçon	L'appropriation fait l'objet d'une analyse distincte selon qu'il y ait eu reproduction de la base elle-même ou de son contenu. À défaut d'originalité le contenu n'est pas protégé.
Base en elle-même. 1 - Arrangement et composition, Article 2 Lda canadienne par exemple, Art 3 Directive européenne - exigence non validée 2 - créativité minimum Télédirect, Feist, exigence non validée	NON	NON
Contenu - droit d'auteur	NON	NON

Contenu - Extraction interdite si investissement substantiel 1 - Art. 7 Directive 2 - Art. HR 2652,	OUI	OUI
--	-----	-----

Le droit *sui generis* va trop loin lorsque l'on songe à son application dans le cyberspace. En effet, l'article 7 al. 5 de la directive prévoit que le producteur d'une base de données peut également interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque "ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données". Mais n'est-ce pas au fabricant à se prémunir contre ce pillage systématique en mettant en place des moyens techniques de protection ?

1.2 L'objet d'un droit d'extraction ou d'un droit d'appropriation

Commentant la directive, le professeur Koumantos notait récemment que "l'article 7 al. 5 et le considérant 46 excluent formellement tout droit du titulaire *sui generis* sur le contenu de la base de données: l'objet du droit *sui generis* n'est pas le contenu de la base (chaque œuvre ou chaque information) mais la base elle-même, dans sa totalité, ou une partie substantielle de celle-ci" [4]. Nous ne partageons pas cette analyse. Quelle serait donc l'utilité d'un droit *sui generis* si celui-ci ne concernait pas l'information elle-même? Ce droit, nous l'avons vu, est surtout utile lorsqu'en présence d'une base de données factuelle. Il faut ici apporter quelques précisions quant à l'objet du droit *sui generis* selon qu'il s'agisse d'un contenu déjà protégé ou libre de droit.

Le considérant 18 précise l'articulation entre le droit *sui generis* et des droits préexistants. L'explication qu'il amène est importante. Le droit d'extraction n'empêche pas l'exercice des droits privatifs détenus par les auteurs et autres ayants droit du contenu. Lorsque l'autorisation d'utilisation d'une œuvre est consentie par un auteur indépendamment de l'autorisation donnée pour l'inclusion de celle-ci à des fins de compilation, le fabricant de la base de données ne peut opposer son droit *sui generis* au droit du tiers. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'interprétation du professeur Koumantos. En cas de violation de son droit d'autorisation le titulaire des droits existants pourra instituer directement une action en contrefaçon. Est-ce à dire, *a contrario*, que le fabricant de la base de données dûment autorisé ne pourra pas poursuivre celui qui soustrait illégalement un élément de la base de données ? En bonne logique on devrait répondre par la négative. Il faut distinguer les sources possibles de droit : si l'œuvre ou l'information est concédée par son auteur ou un titulaire autorisé le fabricant ne peut agir, sauf à invoquer la violation d'une obligation contractuelle. Par contre, lorsque la source de l'œuvre ou de la donnée est la base de données, le fabricant peut mettre en œuvre la protection qui lui est accordée *sui generis*. C'est en tout cas le but recherché par le législateur européen dans ses articles 7 et 3 al. 2 de la directive.

Par contre, à notre avis, il faut réellement parler d'un droit sur le contenu de la base de données, droit qui peut avoir pour objet l'information elle-même si celle-ci est substantielle et lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif. Le critère de substantialité propre au droit d'auteur se retrouve expatrié, rapporté dans la directive. Reste que l'introduction de ce paramètre ne s'explique que parce qu'il est une fonction du tout protégeable et qu'ainsi il risque d'être dénaturé. D'autant que le juge des faits reprendra certainement les analyses antérieures sur l'appréciation de l'emprunt dégagée par la jurisprudence du droit d'auteur. On peut donc s'interroger sur la mise en œuvre

d'une protection à ce point dérivée et non totalement *sui generis*. Malgré l'emploi de termes différents (extraction, réutilisation, base de données, "compilation of information") l'effort des légistes ne va pas suppléer aux règles et interprétations dégagées dans d'autres disciplines. On ne réinvente pas le droit à chaque innovation.

2 Le dilemme des nouvelles technologies

Les travaux législatifs sur les bases de données révèlent certains traits symptomatiques du droit des nouvelles technologies. Nous en avons noté certains : l'inflation législative (section 2.1), l'évolution rapide des objets de droits (section 2.2), l'apparition d'épiphénomènes (section 2.3).

2.1 L'inflation législative

L'efficacité d'une loi s'évalue. Elle est dite efficace si elle fait disparaître les conflits qui ont motivé son adoption. Corrélativement l'introduction d'une loi dans l'édifice législatif doit se faire sans préjudice d'autres règles de droit connexes dont elle pourrait affecter la signification. Il en va de l'intégrité et du maintien de l'appareil étatique. À dessein d'explications quelques illustrations suffiront.

S'il fallait désigner un pays où la norme est un produit de haute consommation nous choisirions certainement les États-Unis. En 1995, les États-Unis adoptent la *Loi sur la transmission électronique des enregistrements sonores - Digital Performance Right in Sound Recordings Act 1995*. Cette loi d'avant-garde étend la protection initialement prévue par le chapitre 17 U.S.C. - qui confère au producteur de phonogrammes les droits de reproduire, d'adapter et de distribuer l'enregistrement - aux opérations de transmission numérique par des services interactifs ou *jukebox electronic*. L'intention est heureuse : il s'agit de prévenir des débordements techniques qui risquent de porter atteinte aux ayants droit sur un enregistrement sonore ainsi que de leur octroyer juste contribution pour l'utilisation des enregistrements. Le résultat l'est moins. D'abord parce qu'elle ne fait qu'établir un barème de redevances obligatoires au profit des ayants droits sans véritablement s'attarder à la définition des droits [5]. L'introduction d'un droit de reproduction mécanique pour la livraison de phonogrammes par transmission électronique [6] peut sembler incongrue dans un environnement électronique. Ensuite, elle ne couvre pas les autres catégories d'œuvres telles que les œuvres audiovisuelles. De ce fait, la limitation du champ d'application est un appel au découpage législatif puisque les difficultés apparues dans le cadre des représentations musicales sont fort similaires à celles qui guettent le secteur de l'audiovisuel. Il nous semble que l'unification des médiums de communication (puisque la radiodiffusion, la télévision, la distribution d'œuvres musicales se font désormais par Internet) aurait, au contraire, permis l'élaboration de solutions globales ou en tout cas uniformes. Au lieu de cela on multiplie les interventions législatives de sorte que le paysage juridique actuel devient une mosaïque de règles spécifiques qui souvent s'excluent les unes les autres. Le particulier perd le général. Cette attitude de balkanisation par champs et cloisonnement de matières augmente les situations d'incertitude. La loi devient éminemment temporelle et fonctionnelle. Un mécanicien de bord à qui l'on donne des outils interchangeables selon les problèmes mécaniques qui se posent. Bref, il faut désormais combiner les lois spéciales existantes telles que le *Digital Performance Right in Sound Recordings Act 1995* à la somme de normes contenues au *Digital Millennium Copyright Act 1998*. Un véritable travail de glossateur.

Certes cette technique de législation est propre au pays de *common law* et on conçoit qu'elle puisse étonner le civiliste. La loi canadienne sur le droit d'auteur l'interpellera également puisqu'elle souffre des mêmes maux. Des exceptions de tout genre ont été apportées à la refonte de 1995 donnant à la loi actuelle un air sophistiqué qui sied parfois mal à l'objectif qu'on lui aurait volontiers confié : une certaine concision. Il est vrai que ceux qui font les lois ne sont pas toujours ceux qui l'appliquent. Faut-il que le Canada suive cette surenchère législative ? Nous n'en sommes

pas convaincus. La mise en place de la directive européenne dans l'ordre législatif anglais, avec lequel nous partageons une longue histoire, nous prouverait même le contraire [7]. Pour circonscrire notre propos aux droits principaux contenus aux articles 3 et 7 de la directive, notons que leur transposition en droit anglais [8] force à une certaine gymnastique. Ainsi, une compilation éligible à la protection des bases de données suivra le régime institué par la directive européenne et pourra bénéficier tant du droit d'auteur que du droit *sui generis* [9]. S'agissant du droit d'auteur, la base de données sera sujette à l'application des nouvelles dispositions de la loi anglaise si elle est une création intellectuelle propre à son auteur. L'exigence minimale de création se substitue à celle de "sweat of the brow" initialement utilisée mais seulement pour les compilations qualifiées de base de données au sens du nouvel article 3A du *Copyright Design and Patent Act* 1988. À défaut la protection traditionnelle du droit d'auteur, c'est-à-dire celle attachée aux "compilation" et "table" du paragraphe 3 (1), subsistera. Cette distinction qui porte sur les définitions "base de données" et de "compilation" emportent même à certaines ambiguïtés [10]. En effet, les bases de données générées par ordinateur seraient ainsi exclues de la nouvelle protection n'étant pas une création intellectuelle de son auteur au sens de la définition de base de données. En revanche elles pourraient toujours être admissibles à celle conférée par le droit d'auteur au titre des compilation et table à condition d'être originales ou de satisfaire, éventuellement, aux exigences du test de "sweat of the brow". L'ancienne garde du droit d'auteur offre alors un régime concurrent de protection, voire prédominant dans des situations non prévues par le législateur européen telles que l'apparition de banque autogérée et fonctionnement par logiciel de recherche de type LawCrawler [11]. Ces outils de référencement et de recherche utilisent une banque de données unique dont le contenu est alimenté par l'inscription volontaire de sites et de liens auprès du moteur de recherche.

Ajoutons ici quelques commentaires. Le rendement judiciaire d'une nouvelle règle peut être un indicateur d'efficacité; il s'avère même primordial dans les nouveaux domaines de législation tels que celui des technologies. Il faut légiférer dans de brefs délais correspondant à des cycles courts de production et d'amortissement afin que les juges puissent veiller à son application immédiate. Une fois en vigueur les nouvelles normes doivent être suffisamment claires pour que les tribunaux, premiers garants des politiques législatives, puissent répondre à ceux qui l'invoquent c'est à dire généralement ceux qui ont allégué l'urgence de l'intervention législative. Encore une fois, il n'est pas certain que dans l'état actuel du droit, ces idées d'académiciens soient proches de la réalité quotidienne des palais de justice. Cette idéologie s'arrête à ces marches.

2.2 Les objets évanescents du droit des nouvelles technologies

La succession constante de techniques crée un paradoxe inquiétant. Il n'est pas rare de voir s'évanouir l'élément justificatif d'une loi quelque temps seulement après son entrée en vigueur. Non que la loi soit une mauvaise loi, mais plus simplement parce que son objet lui-même disparaît. La loi américaine offre encore là un exemple intéressant. En 1992 le Congrès américain adopte une loi destinée à prévenir la copie privée d'œuvre protégée sur des supports numériques. La loi désignée par son acronyme AHRA [12] - pour *Audio Home Recording Act* 1992, impose aux fabricants d'équipements de munir tout dispositif de lecture ou de reproduction d'un système empêchant la deuxième copie. Il s'agissait de prévenir, même si la loi elle-même ne le mentionne pas expressément, l'emploi illicite des *Digital Audio Tape* ou cassettes à enregistrement numérique [13]. Cette loi, jusqu'alors restée sous silence, trouve un regain d'intérêt à l'occasion d'un litige institué par l'Association Américaine de l'Industrie du Disque - en anglais RIAA - devant la Cour de district de Californie [14]. Cette dernière poursuit le fabricant d'un appareil lecteur-enregistreur numérique dénommé RIO MP3. Directement connecté à Internet il mémorise les fichiers musicaux que l'on y trouve souvent sans l'autorisation des ayants droit. Facilement transportable par sa taille, ce lecteur-balladeur nouvelle génération est aussi utilisé pour transférer des enregistrements sonores d'un disque laser à l'ordinateur ou à un site Internet. L'article 1002 AHRA, dans sa disposition pertinente se lit ainsi :

Section 1002. Incorporation of copying controls

(a) Prohibition on importation, manufacture, and distribution

No person shall import, manufacture, or distribute any digital audio recording device or digital audio interface device that does not conform to :

(1) the Serial Copy Management System;

(2) a system that has the same functional characteristics as the Serial Copy Management System and requires that copyright and generation status information be accurately sent, received, and acted upon between devices using the system's method of serial copying regulation and devices using the Serial Copy Management System;

(3) any other system certified by the Secretary of Commerce as prohibiting unauthorized serial copying.

Il ne fait aucun doute que le RIO MP3 comme d'autres équipements actuellement disponibles sur le marché est un "digital audio recording device" au sens de l'article 1001 (3) de la loi. Le juge du procès est d'ailleurs arrivé à cette conclusion après avoir étudié la disposition pertinente [15]. Pourtant l'injonction sera refusée au motif que le dispositif anti-copie prévu par la loi est inutile puisque l'appareil comporte une carte mémoire qui ne peut pas être copiée. Ainsi, le fait que l'appareil Rio MP3 soit doté d'un système anti-copie - *Serial Copy Management System* ou SCMS - ou non est de peu d'importance. L'explication est ensuite obscure. Puisque la plupart des fichiers musicaux ne comportent pas de codes permettant d'activer le mécanisme anti-copie, obliger l'insertion d'une telle protection serait illusoire et n'empêcherait pas l'utilisateur de télécharger des œuvres en contravention au droit de l'auteur [16].

La technologie dépasse ici l'objet de loi ce qui a pour effet de priver toute base rationnelle à son application dans des cas autres que ceux pour lesquels elle avait été adoptée [17]. C'est pourquoi on peut émettre quelques réserves sur l'efficacité d'une loi trop technique sur les bases de données. À l'exemple de nombreuses autres décisions "Internet", les jugements sont rendus selon des procédures relativement expéditives, en injonction ou en référé. Il est souvent demandé aux tribunaux de faire cesser le plus rapidement possible les agissements préjudiciables. La procédure suivie reflète à bon droit l'urgence de la situation mais a l'inconvénient de passer sous silence une argumentation qui aurait été de bon aloi.

D'une manière générale donc, les jugements en cette matière sont peu motivés ce qui en restreint la valeur intrinsèque. Les enseignements que nous pouvons en tirer sont limités à la solution de droit. Il est vrai que dans ces affaires la contingence factuelle est élevée et la qualification des faits requiert une connaissance aigüe de l'état de la technique. Les lois deviennent à ce point complexes qu'il est difficile d'en saisir le sens. Résultats de compromis elles perdent en fin de compte leur fonction de régulation. Certains juges soulignent dans leurs décisions la difficulté de l'exercice qui leur échoie. De toute évidence, on ne peut pas les blâmer d'être profanes en des matières si techniques. Le constat du juge Hamilton dans la récente affaire écossaise *Shetland Times Ltd. c. Wills* [18] - concernant les liens hypertextes - devient ordinaire : "No detailed technical information was put before me in relation to the electronic mechanisms". Les détails techniques de telles affaires irritent plus qu'ils ne facilitent l'administration de la justice. Derrière le particulier, savoir jouer de bon sens et de concision, voilà un précepte qui gagnerait à être redécouvert.

On juge donc au cas par cas, refusant souvent d'établir un précédent solide. Le risque pour l'avenir est de s'écarter de solutions claires et viables. Si l'on ampute le droit d'une de ces fonctions principales, celle de régulateur économique, les développements ultérieurs du commerce

électronique seront menacés ou à tout le moins retardés. La loi doit se comprendre à sa simple lecture et non à l'aide d'un glossaire.

2.3 L'apparition d'épiphénomènes

L'élaboration de normes au caractère hybride tels que le *misappropriation right of information* ou l'extraction semble être une réponse à l'apparition d'épiphénomènes, c'est à dire de situations de contournement du dispositif légal. Bien que liée aux nouvelles technologies, cette réaction de résistance est bien connue du monde microbien. Le renforcement d'un système immunitaire a souvent comme conséquence immédiate le perfectionnement d'un système viral. De la même manière la rigidité nécessaire du droit se heurte à la plasticité des moyens d'atteinte directe ou indirecte au droit. Ceci est particulièrement vrai en droit d'auteur où les situations de parasitismes et de piratages forcent à légiférer de manière ponctuelle. Depuis quelques années les dispositifs de contournements techniques des moyens de protection comme l'encryptage des signaux de télétransmission font l'objet de toutes les attentions. Le *Digital Millenium Act* contient par exemple des dispositions interdisant le contournement de tels dispositifs. Bref, le phénomène s'amplifie à un tel point qu'il faut s'interroger sur les choix législatifs. Pour certains, la technique est un succédané du droit. Le professeur Reidenberg est un des tenants de cette école de pensée. Il note à ce propos que :

Dans l'incertitude juridique les règles "organiques" de la technologie deviennent une source fiable de réglementation. En effet, la décentralisation des traitements d'information favorise les règles techniques des flux d'information. Les normes techniques deviennent les règles de base grâce à leur caractère flexible. Une norme technique pourra avoir une valeur d'ordre public ou une force d'ordre négociable. Non seulement ces normes technologiques sont bien adaptées aux frontières du réseau, mais elles permettent grâce à leur flexibilité l'établissement de "règles" sur mesure en fonction de différentes situations [19].

Ces développements sur les "normes techniques" viennent compléter notre étude sur les bases de données. À aucun moment en effet, ni dans les 17 articles de la directive, ni dans les projets américains, on aborde une telle solution. Nous ne sommes pas de ceux qui prédisent l'évanescence de la norme juridique mais l'absence de référence à des protections techniques peut sembler curieuse. L'explication réside certainement dans la nature particulière du droit de propriété sur un bien, droit qui offre une protection automatique, sans formalité. Ce droit s'acquiesce mieux par sa fonctionnalité aux attentes de ceux qui détiennent des monopoles et qui cherchent à les conserver, ici les fabricants de banques de données. Mais encore une fois, s'agissant de la protection de l'information elle-même, le modèle du droit de propriété devient difficilement transposable.

L'affaire récente *Matthew Bender & Co. c. West Publishing Co* [20] est une parfaite illustration d'épiphénomène. L'appelante, la société d'édition *Matthew Bender & Co.* commercialise des compilations de jugements incorporées dans des cédéroms. Elle intègre à la présentation électronique de ces décisions les citations correspondantes aux recueils de jurisprudence de la compagnie *West*. Ce mode de citation parallèle est au cœur de ce litige de droit d'auteur. La Cour refuse d'abord de voir en cette méthode un acte de contrefaçon puisque l'arrangement et la structure des recueils de *West* ne sont pas repris par les publications électroniques de *Matthew Bender*. Réaffirmant le test de *minimis* établi dans *Feist*, elle relève d'ailleurs l'originalité des recueils de l'intimée mais refuse d'accorder toute protection au système de citation qui ne sont que des éléments de pagination sur lequel aucun droit d'auteur ne pourrait exister. Pourtant ce système est si utile que *Matthew Bender* prend soin d'aménager certaines fonctions sur ses cédéroms afin que l'utilisateur puisse consulter les décisions dans une présentation semblable à celle de *West*. En droit français il s'agirait d'un cas de parasitisme économique.

3 Réflexions particulières sur la protection des bases de données

Avant de traiter des recours extra-contractuels que pourrait invoquer le fabricant de base de données (section 3.1), nous nous interrogerons sur l'insistance des législateurs à vouloir adopter des droits de la nature d'un droit de propriété (section 3.2).

3.1 Le choix du droit d'auteur comme outil de privatisation

L'extension des droits privatifs de la nature d'un droit de propriété fait l'apanage des parlements et des industries. Les domaines de technologie sont finalement réglementés à la manière des demeures et des autres biens matériels. Le système entier du droit d'auteur s'est nourri de ces règles et de ces préceptes. Pourtant il n'est pas certain que le droit d'auteur soit le forum approprié pour des innovations comme les bases de données. D'abord parce que chacune des problématiques est enfermée dans un champ conceptuel fort rigide, excluant du même coup d'autres disciplines. Or, avec Internet l'approche d'une solution ne peut se faire qu'en harmonie avec les autres secteurs du droit, le médium lui-même étant le véhicule commun d'opérations qui autrefois étaient réglementées de manière sectorielle. De ce fait les autres secteurs du droit, avec lesquels le juriste de droit d'auteur est moins familier, sont frappés d'ostracisme. La vision qui subsiste s'apparente à celle d'un myope: suffisante pour se mouvoir mais trop limitée pour prévoir. Cet égocentrisme scientifique explique en partie le malaise profond qui s'attache au débat sur la protection *sui generis* des bases de données. L'idée d'un droit sur l'information est une hérésie au droit d'auteur et le droit de concurrence déloyale a été quelque peu délaissé. Nous relevons de l'écrit du professeur Koumantos cette citation : “La protection par le droit d'auteur exige, au moins dans certains pays, un niveau d'originalité dans le choix ou la disposition qui est difficilement atteint par les bases de données. D'autre part, la protection par la concurrence déloyale est inexistante dans certains pays, subjective et aléatoire. Pour ne fournir qu'un exemple : en droit hellénique, les règles spécifiques sur la concurrence déloyale ne s'appliquent que dans les “transactions commerciales, industrielles ou agricoles”” [21]. Et, quoi de plus aléatoire que l'appréciation par les tribunaux nationaux du caractère substantiel d'un emprunt à l'exemple du droit *sui generis* de la directive ? Pareillement, et pour reprendre l'illustration du droit hellénique, une modernisation de la loi sur la concurrence aurait bien valu les efforts gargantuesques nécessités par le projet européen. D'ailleurs la directive européenne n'oblige nullement les états membres d'inclure les modifications nécessaires au sein de la législation nationale propre au droit d'auteur. Certes on opposera à ces critiques le fait qu'une règle pan-nationale permettra l'harmonisation des systèmes de protection mais la réplique est peu convaincante. À l'exemple des arrêts *Feist* et *Télédirect*, les deux pays concernés, respectivement les États-Unis et le Canada, ont su accorder leur politique en matière de protection des bases de données sans qu'il eut été nécessaire de sceller dans un code une règle fixe et immuable à cet endroit. Le pragmatisme nord-américain a, sur ce point, un avantage considérable sur l'attitude continentale.

Ensuite, les formes bâtardes de protection ou excroissances du droit d'auteur apparaissent indépendamment d'autres évolutions juridiques. Il suffira de soulever l'existence du droit de l'archivage pour en prendre conscience. L'archivage électronique fait actuellement l'objet de toutes les attentions tant au niveau national qu'au niveau international. On s'entend sur le fait que l'archive est, on ne saurait dire moins, la quintessence de la base de données. Pourtant, en parcourant les ouvrages dédiés à cette matière, on cherche en vain des développements consistants sur la propriété intellectuelle. Et, lorsqu'il est fait mention de droit d'auteur, c'est pour signaler que les idées et les événements historiques sont de libre parcours et que les documents publics sont en général exclus de la protection du droit d'auteur sauf à considérer un “Crown Copyright” [22]. On manifeste par contre un intérêt marqué pour les questions d'accès à l'archive, le contrôle des sorties et des entrées et la communicabilité de l'archive. Ces préoccupations ne sont pas celles du spécialiste en droit d'auteur qui pense en terme de contenu. Dans le cas du droit de l'archivage, les spécialistes sont plus portés vers les solutions techniques, les contrôles d'accès. Le discours est également plus responsable dans ce sens qu'il invite les fabricants des archives ou leur gestionnaire à prendre les moyens nécessaires pour simplifier et sécuriser l'administration et

l'utilisation de l'archive. Les priorités dans notre matière sont autres et son champ sémantique s'apparente à celui d'un roman de flibustiers. Les textes et rapports sont colorés de termes tels que “violation”, “contrefaçon”, “moyens coercitifs”, “parasitisme”, “piratage”.

3.2 Les recours de droit commun : la tradition a du bon

Nous pouvons déjà dresser un premier constat. L'inflation législative, avec l'apparition d'épiphénomènes et l'insistance avec lesquels le juriste s'attache au modèle mère de la propriété ordinaire ont pour effet direct de faire porter au juge des faits la justesse d'une réglementation qui jusqu'au stade du jugement lui aura échappé. Cette situation délicate où se mêlent qualification et interprétation explique en partie pourquoi la grande majorité des décisions en notre matière sont des injonctions ou des jugements sommaires. À une législation hâtive répond une justice expéditive. Le processus d'interprétation d'un texte de loi aussi technique que la loi C-32, par exemple, oblige à la retenue judiciaire lorsque des innovations techniques sont concernées. On se souviendra des conclusions du juge McLachlin dans la décision *Bishop c. Stevens* de la Cour suprême du Canada. La Cour devait se prononcer sur la légalité d'une pratique alors très usitée par les télédiffuseurs qui réalisaient des copies éphémères d'œuvres afin d'en faciliter ultérieurement la communication au public [23]. À cet égard, seul le droit de communication au public avait été libéré auprès de la CAPAC (Composers, Authors, and Publishers Association of Canada) et non le droit de reproduction. Le juge en chef McLachlin, pour la Cour, refuse d'accorder un droit de reproduction “éphémère” là où la loi ne prévoit qu'un droit exclusif et entier d'autoriser la reproduction d'une œuvre.

Neither the wording of the Act, nor the object and purpose of the Act, nor practical necessity support an interpretation of these sections which would place ephemeral recordings within the introductory paragraph s. 3 (1) rather suggest that if such change is to be made to the Act it should be made by the legislature, and not by forced interpretation [24].

Ainsi, la rigidité de la loi canadienne sur le droit d'auteur est conséquente à deux phénomènes: l'interprétation stricte des tribunaux et l'effet de cette interprétation sur la loi qui mène à une législation hâtive. La réglementation des bases de données, au même titre que les législations que nous avons précitées, risque fort de n'être que d'une utilité limitée.

C'est ici que le régime de la responsabilité délictuelle peut nous venir en aide. Les articles 1382 du *Code civil français* (ci-après C.c.F.) et 1457 du *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.) en posent le principe. Le premier alinéa de l'article 1457 C.c.Q. se lit ainsi : “Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui”. Véritable commandement cette règle constitue le fondement de notre ordre social. Sa facture quasi-biblique lui confère des qualités bien différentes des normes plus techniques. D'abord les articles 1382 C.c.F. et 1457 C.c.Q. sont nés pour l'interprétation et ne vivent qu'à travers le raisonnement judiciaire, le porte-voix du juge en quelque sorte. Cette règle est peu contraignante dans sa lecture et compréhensible par tous. Par sa généralité elle présente également l'avantage de régir les situations litigieuses les plus diverses. Cette qualité en fait une norme supérieure jusqu'ici inégalée.

La responsabilité délictuelle sert, au titre de la concurrence déloyale, à condamner ceux qui s'approprient illégitimement l'effort et l'investissement d'autrui, voire ses idées. Ainsi la Cour de Douai, statuant en renvoi de la Cour de cassation, a-t-elle décidé en 1991 que “le concurrent de l'éditeur d'un annuaire qui reprend dans une très large mesure ses informations pour les publier à son tour dans son propre annuaire identique, dans des conditions rigoureusement semblables quant au fond et aux formes, la reproduction servile allant jusqu'à répéter les mêmes inexactitudes [...], se livre à des actes de concurrence déloyale constitutifs d'une faute” [25] au sens de l'article 1382 C.c.F. La Cour de cassation avait retenu que l'organigramme reproduit n'était pas éligible à la

protection de droit d'auteur au titre des compilations. A également été jugée déloyale la tentative de l'éditeur d'obtenir que son guide fasse l'objet d'une publicité présentant ce dernier comme "la nouvelle formule" du guide du demandeur [26]. L'action fut donc accueillie là où, en droit d'auteur, elle fut rejetée pour absence de contrefaçon entre les deux œuvres, chacune ayant son originalité propre.

Plus audacieuse est la jurisprudence consacrée au parasitisme. Alors que la concurrence déloyale repose souvent sur des éléments de confusion et partage, à cet égard, une physionomie similaire aux règles de droit d'auteur, le parasitisme s'entend d'agissements périphériques à l'activité parasitée. Est parasitaire la conduite d'une personne qui, sans nécessairement reproduire servilement ses produits ou son fonctionnement d'une autre, et/ou en l'absence de concurrence, "se place dans son sillage pour profiter de ses investissements" [27]. N'est-ce pas là l'objectif recherché par les législations en matière de base de données ? A cet égard le droit du requérant [28] tout comme celui du fabricant d'une base de données [29] s'applique sans préjudice des droits de propriété intellectuelle.

Il n'y aura également pas concurrence déloyale lorsque le fabricant peut démontrer qu'il a obtenu les informations qui y sont contenues de manière indépendante sans avoir pillé ou profité indûment de l'existence d'une base de données déjà existante. "Est autant mal fondé le grief de concurrence déloyale, dès lors que l'intimée démontre qu'elle a réalisé son annuaire à partir des informations que lui ont transmis l'Ordre national des pharmaciens et les différents Laboratoires auxquels elle adresse les questionnaires et non, comme le soutient l'appelante, en s'insérant dans le sillage économique et en profitant de la renommée de son ouvrage" [30]. L'appréciation de la faute peut se faire à la lumière de divers éléments. Il pourra s'agir d'une perte de profit [31], de la confusion, des manœuvres malicieuses du concurrent ou du parasite. Quant aux dommages subis, les tribunaux français sont généralement assez souples.

Au Québec, l'interprétation de l'article 1457 C.c.Q. n'a pas été développé jusqu'à définir un régime spécifique encadrant les situations de concurrence déloyale. L'action en responsabilité extra-contractuelle accompagne généralement les allégations de "passing off" de *common law* et de concurrence déloyale. Cependant, à notre connaissance, aucune jurisprudence ni doctrine n'ont permis de cerner la véritable nature de l'article 1457 C.c.Q. Selon une certaine doctrine le droit qui en est issu est intimement lié à l'action de "passing off" de sorte que l'action en responsabilité extra-contractuelle serait soumise à des exigences similaires. Nous ne croyons pas que les restrictions développées par les tribunaux des provinces de *common law* puissent altérer les règles de droit civil même si les décisions qu'ils rendent en cette matière sont riches d'enseignement.

Le divorce du droit québécois avec le droit civil français semble bel et bien consommé. La jurisprudence québécoise boude dans le silence de ses décisions les leçons de sa contrepartie française. On cite souvent à cet égard l'affaire des *Éditions du Renouveau Pédagogique* dans laquelle le défendeur avait réalisé des lexiques d'aide à la compréhension du manuel de la demanderesse. Bien que la cour ait relevé la contrefaçon, les conclusions de l'injonction qu'elle accorde sont teintées d'éléments propres au droit de la concurrence voire au parasitisme. Considérant qu'il ne serait être permis "de continuer la publication de son œuvre" et ainsi de participer à la ruine de celle de la demanderesse, le juge Downs enjoint le défendeur de cesser "tout acte de concurrence déloyale ou contraire aux honnêtes usages industriels et commerciaux ayant cours au Canada de même que tout acte de concurrence parasitaire" [32].

Ce halo d'incertitude et de silence qui enveloppe l'article 1457 C.c.Q. est peut-être de source constitutionnelle. L'articulation des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne à réfléchir au modeste constitutionnaliste qui sommeille en nous. Faut-il que le Québec abandonne et à la législation fédérale et à la *common law* le domaine de la concurrence déloyale ? À cette question le droit québécois reste fermé alors qu'il détient peut-être la réponse. Pourquoi ne pas

proposer une législation uniforme qui assouplirait les conditions d'ouverture aux recours de "passing off" en prenant exemple sur une législation adaptée de facture plus civiliste et générale ? La réponse est peut-être plus politique que juridique. Quoi qu'il en soit le régime de responsabilité civile reste une alternative intéressante, c'est d'ailleurs la voie préconisée par le professeur Reidenberg. Nous avons vu en particulier que le droit extra-contractuel, bien que dénoncé pour son imperfection [33], est redresseur de tort dans bien des situations, qu'il s'agisse de la protection de base de données, de cartes, de lexiques et de bien d'autres créations encore.

Conclusion. Quelques mots sur les normes techniques et le droit de l'utilisateur

La communauté scientifique s'accorde pour dire que les solutions juridiques doivent être accompagnées de solutions techniques. L'accès aux œuvres et à l'information d'une base de données pourra se faire par mot de passe ou autres mécanismes d'identification. Contrairement à ce qui a été dit au sujet de la concurrence déloyale, cette préoccupation concerne davantage le contrôle de l'information par l'utilisateur légitime que par un concurrent. On voit donc se développer une forme hybride de concurrence déloyale autour du consommateur. Chaque utilisateur devient en effet un éditeur concurrent [34].

L'information étant facilement retransmissible par l'utilisateur, les fabricants craignent le manque à gagner résultant de l'absence de contrôle sur la distribution subséquente de l'information. La directive 96/6 parlera d'extraction et de réutilisation non autorisée du contenu d'une base de données [35]. Ici, bien que utiles, les moyens techniques de contrôle d'accès et d'identification ont leurs limites. Par exemple, une fois attribuée, une clé d'accès numérique peut être divulguée à d'autres personnes. De la même manière, les systèmes de marquage ne sont pas tous de même fiabilité et, à défaut de système de suivi et de gestion des utilisations non autorisées, la protection technique est illusoire [36]. Faut-il mettre en place un système de recouvrement unique ? Faudra-t-il mettre en place des structures similaires aux sociétés de gestion collective afin de pouvoir retracer les utilisations et les extractions non utilisées de l'information compilée ?

Le caractère coercitif et prohibitif de ces outils informatiques est également important en ce qu'il démontre l'attitude diligente du fabricant de base de données. Celui qui réclame un droit de propriété ne peut pas échapper à sa guise aux devoirs que lui impose son titre, à savoir celui de se comporter comme propriétaire [37]. Pourtant simpliste, ce précepte n'apparaît ni dans la directive européenne ni dans le projet de loi américain, ne serait-ce qu'en filigrane. En 1996, une étude danoise sur les moyens de protection technique des œuvres avait suggéré une approche originale : l'exercice du droit d'auteur était conditionnel à l'utilisation d'une méthode anti-piratage de manière à responsabiliser les intéressés [38].

Paradoxalement, la situation est plus claire lorsqu'une personne non autorisée s'introduit dans un système d'exploitation et accède à une banque de données. Dans ces circonstances, les lois pénales, au Canada comme ailleurs, sanctionnent ces comportements au titre d'un ensemble d'infractions spécifiques. De la même façon, le contournement des moyens de protection des œuvres est interdit par de nombreuses législations en vigueur. Pour illustration, on mentionnera l'article 1201 du *Digital Millennium Copyright Act*. Cette disposition concernera les banques de données dès que la violation de barrières techniques concourt à l'accès d'une œuvre protégée. Les bases de données factuelles protégées selon *Feist*, seront donc couvertes par cette disposition. L'article 6 du projet de directive européenne invite les États signataires à adopter des règles similaires. Les bases de données y sont expressément mentionnées. "Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre toutes les activités, y compris la fabrication ou la distribution de dispositifs ou la prestation de services, qui n'ont qu'une raison commerciale ou utilisation limitée autre que la neutralisation des dispositifs techniques et que la personne concernée exécute en sachant ou en ayant des raisons valables de penser qu'elles permettront ou faciliteront la neutralisation non autorisée de toute mesure technique efficace destinée à protéger

tout droit d'auteur ou droit voisin du droit d'auteur tel que prévu par la loi ou le droit *sui generis* prévu au chapitre III de la directive 96/6/CE du parlement européen et du Conseil”.

De toute évidence la standardisation des biens de technologie moderne provoque un processus d'harmonisation accéléré des règles de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse d'ailleurs de droit d'auteur ou de droit *sui generis*. Nous avons voulu montrer que ces règles ont un aspect de moins en moins législatif au sens traditionnel du terme, elles deviennent le fruit de négociations sectorielles. Les moyens de protections sont pluriels et multidisciplinaires désormais. Le seul secteur qui reste peut-être à explorer est celui du droit de la consommation ou de l'utilisation. L'approche monopolistique de la protection des biens de haute technologie renforce ce sentiment. Il suffit de parcourir la récente directive européenne sur la protection du consommateur en matière de contrat à distance pour réaliser combien cet aspect des choses a été négligé [39].

[© Pierre-Emmanuel Moyse, 1999. *] Étudiant à l'École de formation professionnelle du Barreau du Québec, en stage de formation auprès du Cabinet d'avocats LEGER ROBIC RICHARD et du Cabinet d'agents de brevets et de marques de commerce ROBIC.

[1] Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données, J.O.C.E. 1996, L77/20, 27 mars 1996.

[2] Projet de loi américain, H.R. 2652, “An Act to amend title 17, United States Code, to prevent the misappropriation of collections of information”, introduit le 9 octobre 1997 devant la Chambre des représentants. Voir également, J. TESSENSOHN, “The Devil's in The Details: The Quest For Legal Protection of Computer Databases And The Collections of Information Act, H.R. 2652.”, (1998) 38 *IDEA* 439, 470-490. On a mentionné également les projets de loi H.R. 354 (Collections of information Antipiracy Act) et H.R. 1858 (A Bill to promote electronic commerce through improved access for consumers to electronic databases, including securities market information databases), 106Th Congress, 1st Session, mai 1999. De ces deux derniers projets de loi, seul le texte H.R. 354 paraît sérieux. Seul ce dernier retiendra notre attention.

[3] Article 1401, H.R. 354. L'article 1201 H.R. 2652 n'apporte pas cette précision.

[4] G. KOUMANTOS, “Les bases de données dans la directive communautaire”, (1997) 171 *R.I.D.A.* 79, p. 117

[5] Voir L. WATSINS, “The Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995: Delicate Negotiations, Inadequate Protection”, (1996) 20 *Columbia-VLA Journal of Law & Arts* 291.

[6] Section 115 (c) 17 USC.

[7] *The Copyright and Rights in Database Regulations 1997* (S.I. 1997 No 3032). Le règlement d'application de la directive européenne 96/9 est entrée en vigueur le premier janvier 1998.

[8] Nouvel article 3A *Copyright Design and Patent Act 1988* complète la définition de “literary work” où l'on trouve également les termes de “compilation” et “table”. L'article 3A se lit ainsi:

“- (1) In this Part ‘database’ means a collection of independent works, data or other materials which - a. are arranged in a systematic or methodical way, and b. are individually accessible by electronic or other means.

- (2) For the purposes of this Part a literary work consisting of a database is original if, and only if, by reason

of the selection or arrangement of the contents of the database the database constitutes the author's own intellectual creation.”

[9] La base de données sera, dans cette dernière, une oeuvre littéraire au sens de l'article 3 (1) *Copyright Design and Patent Act 1988* qui inclut “any work, other than a dramatic or musical work, which is written, spoken or sung, and accordingly includes - (a) a table or compilation, and (b) a computer program”.

[10] S. CHALTON, “The Effect of the E.C. Database Directive on United Kingdom Copyright Law in Relation to Databases : A Comparison of Features”, (1997) 6 *EIPR* 278. Du même auteur S. CHALTON, “The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997 : Some Outstanding Issues on Implementation of the Database Directive”, (1998) 5 *EIPR* 178.

[11] <http://www.lawcrawler.com>

[12] *Audio Home Recording Act* of 1992, Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237 (1992). M. C. SMITH, “The Coexistence of Copyrights and New Technologies : Learning From the DAT Example in the Age of a Global Digital Network”, (1996) 69 *C.P.R.* (3d.) 427, p. 437. Il s'agissait en fait d'un accord sectoriel conclu entre différents intervenants : sociétés de gestion collectives, l'industrie du disque et de l'équipement et les associations de consommateurs. Le projet fut élaboré par ces parties ce qui explique d'ailleurs la facture plus administrative que juridique de la loi.

[13] Les représentants de l'industrie électronique et l'organisme RIAA pour l'industrie du disque américaine avait soutenu devant le Congrès un premier projet de loi intitulé “The Digital Audio Tape Act 1990”. Les éditeurs et les auteurs s'étaient fortement opposés à son adoption notamment parce que la protection technique qui y était prévue ne concernait que le DAT. M. C. SMITH, “The Coexistence of Copyrights and New Technologies : Learning From the DAT Example in the Age of a Global Digital Network”, *loc. cit.* , p. 428.

[14] RECORDING INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA, INC. and Alliance of Artists and Recording Companies, Plaintiffs, v. DIAMOND MULTIMEDIA SYSTEMS, INC., Defendant, (octobre 1998) 29 F.Supp. 2d. 624 (U.S.D.C., C.D. Californie); <http://www.techlawjournal.com/intelpro/81026.htm>

[15] Article 1001 (3) “A “digital audio recording device” is any machine or device of a type commonly distributed to individuals for use by individuals, whether or not included with or as part of some other machine or device, the digital recording function of which is designed or marketed for the primary purpose of, and that is capable of, making a digital audio copied recording for private use, except for--

(A) professional model products, and

(B) dictation machines, answering machines, and other audio recording equipment that is designed and marketed primarily for the creation of sound recordings resulting from the fixation of non-musical sounds”

[16] “Assuming that the Rio is subject to the AHRA, and that Defendant ultimately pays any required royalties, the only potential “wrongful conduct” is Defendant's failure to encode SCMS information on recordings stored in the Rio. For the reasons articulated above, the Court is skeptical that the Secretary of Commerce would require the Defendant to incorporate SCMS technology. Even if the Secretary did impose that requirement, Plaintiffs have failed to demonstrate a sufficient causal relationship between this “wrongful conduct” and their alleged injuries. Plaintiffs contend that distribution of the Rio in its current configuration “will harm plaintiffs and the public interest by dramatically stimulating the traffic in illegal MP3 files.”

Although the Rio will inevitably be used to record both legitimate music (e.g., commercially available CDs) and illegitimate music (e.g., copyrighted music illegally posted on the Internet), the absence of the SCMS information does not cause the illegitimate uses. Even if the Rio did incorporate SCMS, a Rio user could still use the device to record unauthorized MP3 files posted to the Internet”, précité, p. 632.

[17] “Defendant makes no attempt to rationalize this result, but rather argues that technology has outpaced the AHRA and that this Court should not re-legislate statutes which failed to anticipate new technology”, Précité, p. 630.

[18] *Shetland Times Ltd. c. Wills*, Court of Session of Edinburgh, 24 octobre 1996, <http://www.jmls.edu/cyber/cases/shetld1.html>

[19] J.R. REIDENBERG, “L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberespace”, <http://www.crdp.umontreal.ca/fr/conferences/incertitudes/reidenbergTexte.htm>.

[20] *Matthew Bender & Co. c. West Publishing Co.*, (3 novembre 1998) Docket No. 97-7430, <http://laws.findlaws.com/> (en appel).

[21] G. KOUMANTOS, op. cit., note 3, p. 83.

[22] H. BASTIEN, *Droit des archives*, Paris, La Documentation Française, 1996, p. 114 et s. J.Y. ROUSSEAU, C. COUTURE et col., *Les fondements de la discipline archiviste*, Québec, PUQ, 1994.

[23] La loi prévoit désormais une exception à l'endroit des copies éphémères. Cette exception est maintenue tant qu'un système de gestion collective n'est pas institué.

[24] *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467.

[25] En général, voir M. MALAURIE-VIGNAL, “Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui”, *D.*1996, Chr. 177. L'auteur y dresse un tableau exhaustif des décisions rendues en application de la doctrine de parasitisme. Cour de Douai, 17 juin 1991, *Gaz. du Pal.*, *Somm.* 1992 p. 234. Voir également à propos d'un plan de ville, CA Lyon, 17 mars 1955, *Ann. prop. ind.* 1955, p. 257, note Mathély. “s'il est loisible à tous de dresser ... un plan de ville, il ne saurait être licite de copier, même en partie, le travail d'autrui dans un but lucre, en s'exemptant des préparations difficiles et onéreuses”. M. MALAURIE-VIGNAL, *Ibidem*, p. 178.

[26] C. Paris, 6 mai 1987, *D.* 1988, *Somm.* 201, obs. Colombet.

[27] *Ibidem*, p. 178

[28] Cass. Com., 25 oct. 1977, *D.* 1978, IR p. 164. CA Paris, 20 décembre 1989, *D.* 1991, *Somm.* p. 91, obs. Colombet.

[29] Article 3 de la directive européenne, article 1205 du projet de loi américain H.R 2652.

[30] C. Paris, (4e Ch. A.), 26 juin 1996, *Gaz. du Pal.* 1996, *Somm.* p. 529.

[31] Il est parfois difficile de démontrer que les actes reprochés ont concouru à des pertes financières. La Cour de Versailles a conclu dans une affaire de catalogue que “la preuve n'est pas rapportée de ce que quelques photos, en fait sans caractère, reproduites par cette société, ont entraîné une confusion des entreprises dans l'esprit de la clientèle et déterminé l'importante baisse de son chiffre d'affaires alléguée par la société demanderesse”. Cour de Versailles, 13e ch., 11 février 1987, *D.* 1988, *Somm.* p. 201.

[32] *Les Éditions du Renouveau Pédagogique v. Arbour*, 28 août 1991, 755-05-000185-908 (C.S.).

[33] Traditionnellement la personne qui invoque les règles de la responsabilité extra-contractuelle doit prouver la faute, le dommage et le lien de causalité. On a souvent dit qu'il s'agissait d'exigences difficiles à respecter. Voir sur ce point, Rep. Com. Dalloz, Concurrence déloyale, n. 84 et s. Une certaine jurisprudence semble pourtant infléchir les conditions de recevabilité d'une action en concurrence déloyale vers la reconnaissance d'une forme embryonnaire de présomption de responsabilité, notamment dans les rapports employeur-salariés, maîtres et commettants. Voir Cour de Cass. 13 janvier 1998, D.1999.Somm.104-105, note Y. AUDET.

[34] On renverra le lecteur à l'affaire, *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, (1996) 86 F.3d. 1447 (7th Circuit). Le défendeur avait acheté le bottin électronique commercialisé par la demanderesse et, ajouté à d'autres informations, s'était confectionné un produit concurrent qu'il a ensuite mis sur le marché.

[35] Considérant 8, directive 96/6.

[36] A. LUCAS, "Copyright Law and Technical Protection Devices", (1997) *Columbia VLA Journal of Law & The Arts* 225.

[37] Voir l'intéressante synthèse de David Lametti, D, "Property and (Perhaps) Justice. A Review Article of James W. Harris, Property and Justice and James E. Penner, The Idea of Property in Law", (1998) 43 *McGill Law Journal* 663, 669 et s. "More specifically, the idea of private property contains not only rights but also specific and general duties and obligations which cannot be adequately explained in terms of correlative rights and duties between and among individuals. [...] What one might ordinarily call "teleology of private property" is in part utilitarian : a particular goal may be simple good administration of society, or may be more substantively concerned with the fostering of certain individual and collective good or virtues." *Ibidem*, p. 670. Et un peu plus loin, analysant la pensée de Penner, "Any basic text on property, not to mention a congeries of regulations and restrictions at a variety of levels, is filled with exceptions to the idea that ownership is anywhere near absolute in practice. At what point do the exceptions undermine the rule ? Indeed, some of those restrictions, in my view, go to the very core of the private property institution, militating against the idea of absolute ownership. The Civil Code of Quebec, for example, recognizes such limitations in its definition of private property." *Ibidem*, p. 680. On pourra faire l'analogie avec les premiers développements de la propriété intellectuelle aux XVIII et XIX siècles analysés dans un article de nous paru dans la même revue. P.-E. MOYSE, "La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole?", (1998) 43 *McGill Law Journal* 507-563.

[38] *Loc. cit.* , p. 234.

[39] Directive 97-7 CE du 20 mai 1997. Voir M. TROCHU, "Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive n°97-7 CE du 20 mai 1997", D.1999.Chr.179-183.