

# PROTECTIONS DIVERSES, CONCURRENCE DÉLOYALE, PARASITISME



Jacques LARRIEU,  
professeur, université Toulouse 1 Capitole-CDA



Nicolas BOUCHE,  
maître de conférences à l'université Jean Moulin - Lyon 3

## BASES DE DONNÉES

### 5 Bases de données : le droit *sui generis* en péril ?

**Solution.** – Les extractions et réutilisations du contenu d'une base de données ne peuvent être interdites au titre du droit *sui generis* de son producteur qu'à la condition supplémentaire, introduite par la Cour de justice mais non prévue par les textes, « *qu'elles aient pour effet de priver cette personne de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement* ».

**Impact.** – Confrontés aux difficultés grandissantes d'accès à la protection spécifique de leur investissement par le droit *sui generis*, il est à craindre que les intéressés ne délaissent ce droit de propriété intellectuelle au profit de la voie plus aisée de l'action en concurrence parasitaire. Serait ainsi effectué un retour à la case départ puisque le droit *sui generis* a été bâti sur le modèle préexistant du parasitisme.

CJUE, 3 juin 2021, aff. C-762/19, CV-Online Latvia SIA c/ Melons SIA

Extraits :

[...]

L'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, doit être interprété en ce sens qu'un moteur de recherche sur Internet spécialisé dans la recherche des contenus des bases de données, qui copie et indexe la totalité ou une partie substantielle d'une base de données librement accessible sur Internet, puis permet à ses utilisateurs d'effectuer des recherches dans cette base de données sur son propre site Internet selon des critères pertinents du point de vue de son contenu procède à une « extraction » et à une « réutilisation » de ce contenu, au sens de cette disposition, qui peuvent être interdites par le fabricant d'une telle base de données pour autant que ces actes portent atteinte à son investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu, à savoir qu'ils constituent un risque pour les possibilités d'amortissement de cet investissement par l'exploitation normale de la base de données en question, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

[...]

**NOTE :** Le moteur de recherche spécialisé dans les offres d'emploi de la société lettone « Melons » permet à ses utilisateurs de consulter les annonces figurant dans des bases de données tierces et, par un lien hypertexte, de prendre connaissance de l'intégralité du contenu de ces offres. CV-Online, qui exploite une base de données en ligne comportant des offres d'emploi fournies par les employeurs, considère que Melons porte atteinte à son droit *sui generis* de producteur d'une base de données. La question posée à la Cour de justice porte sur l'interprétation des notions de « réutilisation » et d'« extraction », actes que le producteur de la base de données est en droit d'interdire en vertu de l'article 7 de la directive 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données. Sans surprise la Cour de justice (CJUE, 3 juin

2021, aff. C-762/19, CV-Online Latvia SIA c/ Melons SIA) commence par constater que l'activité de Melons présente toutes les caractéristiques d'une activité d'extraction et de réutilisation non autorisées de parties substantielles d'une base de données, telles qu'elles résultent de l'interprétation large de ces notions consacrée par sa jurisprudence antérieure (1). Toutefois, au nom de l'objectif qu'aurait poursuivi le législateur européen par l'institution d'un droit *sui generis*, et surtout en suivant l'interprétation très personnelle qu'en a donnée l'Avocat général, la Cour invite à introduire un élément supplémentaire, la réalité de l'atteinte portée à l'investissement du producteur, dans la définition des notions d'extraction et de réutilisation (2). L'ajout d'une telle condition, non prévue par les textes, de pure création prétorienne donc, ne saurait être approuvé d'autant qu'il prive le texte de son effet utile (3).

### 1. Réutilisation et extraction

L'arrêt se réfère abondamment à la jurisprudence antérieure de la Cour, et notamment à la décision Innoweb (CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-202/12) qui a consacré une interprétation large de la notion de « réutilisation » (pts 33 et 34) en écho à la définition extensive de la notion d'« extraction » formulée dans l'affaire Directmedia Publishing (CJUE, 9 oct. 2008, aff. C-304/07). Toutefois le fonctionnement du moteur de recherche dans l'affaire Innoweb était différent de celui mis en œuvre par Melons, ce qui contraignait la Cour à ne pas se contenter d'un simple renvoi à l'affaire précédente. En effet, Innoweb exploitait un « *métamoteur de recherche dédié* » qui permettait à ses utilisateurs d'accéder en temps réel aux données de diverses bases de données spécialisées en utilisant les propres formulaires de recherche de chacune de celles-ci. En revanche, le moteur de Melons indexe périodiquement les contenus des bases en ligne et en conserve une copie sur ses serveurs qu'il permet à ses utilisateurs d'explorer en utilisant son propre formulaire de recherche. Ce n'est que dans un deuxième temps que l'utilisateur du moteur peut accéder par hyperlien à l'offre complète sur le site d'origine. Cependant estime l'Avocat général ces différences techniques ne doivent pas conduire à des conclusions différentes (concl. Av. gén. M. Szpunar, CJUE, 14 janv. 2021, aff. C-762/19, pt 35). Ce qui compte c'est que dans les deux cas, l'opérateur du moteur de recherche « *offrait ainsi un accès au contenu (de la base de données) par une autre voie que celle prévue par le fabricant de cette dernière* » (CJUE, aff. Melons, pts 32 et 34). En mettant à disposition du public le contenu de la base CV-Online, le moteur de recherche Melons réalise une « réutilisation » d'une partie substantielle du contenu de la base correspondant à la définition qui en est donnée par l'article 7, paragraphe 2, sous b de la directive 96/9/CE (pt 35). En outre, en indexant et recopiant ces données sur son serveur, il effectue un transfert et un acte d'appropriation de ces données, caractéristiques d'une « extraction » de contenu de la base selon l'article 7, paragraphe 2, sous a.

Toutefois la Cour ne s'en tient pas à cette conclusion fondée sur le texte de la directive et sur la jurisprudence antérieure (rappr. : TJ Paris, ch. 3, sect. 1, 8 juill. 2021, n° 19/01848, Groupe La Centrale c/ sté ADS4ALL : Propr. industr. 2021, comm. 68, nos obs.). Elle introduit un élément nouveau dans le dispositif. Elle conclut en effet que les activités du moteur de recherche Melons « *sont, respectivement, des mesures d'extraction et de réutilisation de ces bases de données, interdites à l'article 7,*

paragraphe 1, de la directive 96/9 à condition qu'elles aient pour effet de priver cette personne de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement » (pt 37). L'acte est défini par le dommage qu'il cause.

## 2. Balance des intérêts

La Cour de justice invoque d'abord la portée et la finalité de la protection du droit *sui generis* pour soutenir son interprétation des notions d'extraction et de réutilisation. Se référant à la définition communément admise de l'objectif poursuivi par le rédacteur de la directive 96/9/CE et se fondant sur les considérants 39, 42 et 48, elle souligne qu'il s'agit « de stimuler la mise en place de systèmes de stockage et de traitement de données afin de contribuer au développement du marché de l'information dans un contexte marqué par une augmentation exponentielle du volume de données générées et traitées chaque année dans tous les secteurs d'activité » (pt 23, arrêt). Le considérant 9 ne qualifie-t-il pas les bases de données d'« outil précieux dans le développement d'un marché de l'information dans la Communauté » ? Il s'agit de reconnaître l'utilité pour la collectivité du travail de rassemblement, de mise en ordre et de vérification d'innombrables données dispersées et d'assurer un retour sur investissement à ceux qui y consacrent des moyens substantiels. Jusqu'ici, rien de nouveau. Mais la Cour se montre ensuite sensible à la thèse avancée par l'avocat général bien qu'aucun texte ne corrobore ce point de vue.

Dès l'amorce de ses conclusions l'avocat général affirme que « le droit *sui generis* nécessite une prudente mise en balance entre, d'une part, les intérêts légitimes des fabricants des bases de données dans la protection des possibilités d'amortissement de leur investissement et, d'autre part, l'intérêt des utilisateurs et des concurrents de ces producteurs dans l'accès à l'information brute et dans la possibilité de création de produits innovants basés sur ces informations » (concl. av. gén., pt 4). Plus loin, il soutient que le droit *sui generis* « ne doit pas conduire... à empêcher la création de produits innovants ayant une valeur ajoutée » et que « la question est d'obtenir le juste équilibre entre les intérêts de ces opérateurs et ceux des agrégateurs de contenu et leurs utilisateurs » (concl. av. gén., pts 40 et 42). Il s'agirait donc d'introduire « des conditions supplémentaires » (concl. av. gén., pt 37) à l'exercice du droit d'interdire fondées sur la recherche du juste équilibre entre les intérêts antagonistes. La Cour se montre sensible à ce raisonnement (pt 41 à 44) et soumet l'exercice du droit *sui generis* contre d'éventuelles extractions ou réutilisations à la « condition qu'elles aient pour effet de priver cette personne de revenus censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement » (pts 37 et 38, arrêt *Melons*). La preuve doit donc être rapportée par le producteur de la base, outre le caractère substantiel de son investissement, outre le caractère substantiel ou systématique des extractions ou réutilisations, outre le dommage causé à son investissement sous forme de perte de revenus, que le dommage subi est tel qu'il « constitue(nt) un risque pour les possibilités d'amortissement de cet investissement » (pt 46). Ce risque évoqué pour expliquer ce qu'est une extraction ou une réutilisation et leurs effets possibles (CJUE, 9 nov. 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board e.a.*, pt 51), devient un élément constitutif de la définition de ces notions, contrairement à la jurisprudence antérieure de la cour (CJUE, 9 nov. 2004, aff. C-203/02, *The British Horseracing Board e.a.*, préc., pt 97, 2 : le dispositif ne reprend pas la référence à l'amortissement des investissements dans la définition de ces notions ; aff. *Directmedia*, préc., pt 34).

Le raisonnement de la Cour de justice dans la présente affaire nous paraît injustifié pour quatre raisons.

Premièrement, la Cour ajoute un élément aux définitions de l'extraction et de la réutilisation telles qu'elles sont précisément formulées par l'article 7, paragraphe 1, sous a et b. Il s'agit d'une construction purement prétorienne qui curieusement intègre les effets négatifs de l'acte dans la définition de celui-ci contrairement à la jurisprudence antérieure.

Deuxièmement, la seconde finalité attribuée à la directive 96/9/CE de préserver l'émergence de « produits innovants basés sur les informations » rassemblées dans les bases de données n'est exprimée dans aucun des considérants de la directive. Les droits de l'utilisateur légitime sont déjà pris en compte par la directive et strictement encadrés à l'article 8. Ce texte interdit

les actes « qui sont en conflit avec l'exploitation normale de cette base, ou qui lèsent de manière injustifiée les intérêts légitimes du fabricant de la base », et ne cantonne pas l'interdiction aux actes qui remettent en cause le retour sur investissement.

Troisièmement, en octroyant un droit de propriété intellectuelle au producteur d'une base de données les auteurs de la directive ont entendu certes protéger un investissement et permettre un amortissement de cet investissement pendant une certaine période, mais ils ont aussi octroyé un droit exclusif sur un contenu informationnel. Soumettre l'exercice de ce droit à la démonstration d'une mise en danger du retour sur investissement, c'est réduire drastiquement la portée de ce droit privatif.

Quatrièmement, le droit *sui generis* du producteur d'une base de données est fondé sur l'idée de parasitisme (cons. 42), l'avocat général le souligne à l'envi dans ses conclusions (pt 1, 39, 40, 49, 52). Selon lui, est sanctionné celui qui se risque « à tirer indûment profit de l'effort d'autrui » car l'objectif du droit *sui generis* « est de protéger les fabricants de bases de données contre la pratique caractéristique de la concurrence déloyale qu'est le parasitisme » (concl. av. gén., pt 1 et 52). Or, le parasitisme se caractérise par l'avantage retiré par le parasite, sous forme de bénéfices indus ou d'économies, bien plus que par les pertes que subirait la victime du parasitisme. Ce que le parasitisme sanctionne c'est le comportement déloyal qui consiste à détourner les investissements d'autrui ou à se placer dans le sillage de la notoriété de sa victime sans bourse délier. Il peut y avoir parasitisme sans que la victime ait subi une perte, d'autant que l'auteur des agissements parasitaires n'est pas forcément un concurrent (cons. 42. – Ph. Le Tourneau, *Parasitisme – Notion de parasitisme*, JCl. *Concurrence-Consommation*, fasc. 570, n° 52 s.). Il est donc incongru de limiter la sanction des extractions parasitaires aux hypothèses où la victime aura démontré un préjudice consistant en l'impossibilité d'amortir un investissement.

Devant tant d'incohérences, un auteur conclut : « Il est décemment temps que le législateur remette le régime *sui generis* sur le métier » (S. Chatry : *LEPI nov. 2021*, n° 200j8).

## 3. Risque de marginalisation du droit *sui generis*

Soumettre l'effectivité du droit *sui generis* à la preuve d'un « risque pour les possibilités d'amortissement de cet investissement par l'exploitation normale de la base de données » (pt 47 arrêt), risque de marginaliser l'usage de ce droit. Comme la Cour de justice a déjà accordé, par le renvoi au droit commun du contrat, davantage de droits aux producteurs de bases de données ne remplissant pas les conditions de la protection qu'à ceux qui satisfaisaient celles-ci (CJUE, 15 janv. 2015, aff. C-30/14, *Ryanair Ltd c/ PR Aviation BV* : *Propri. intell.* 2016, n° 58, p. 96, M. Vivant), la présente décision risque, au moins en France, de faire les beaux jours du droit commun de la concurrence déloyale et parasitaire au détriment de la *lex specialis* (rapp. : C. Vallaud, *Les tensions entre les droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale* : *Th. univ. Strasbourg*, 2021, spéc. p. 26 et 179).

La jurisprudence française dispense la victime d'un comportement parasitaire de la preuve d'un préjudice dans la mesure où elle considère qu'il s'infère nécessairement un préjudice d'un acte de concurrence déloyale et parasitaire (par ex. : Cass. com., 15 janv. 2020, n° 17-27.778, *SA Speed Rabbit Pizza* : *JurisData* n° 2020-000407 ; D. 2020, pan., p. 2426, Y. Picod. – Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-10.414, *Sté Creative commerce Partners c/ Sté MV* : *JurisData* n° 2021-003856 ; *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. 96, M. Malaurie-Vignal. – Ph. Le Tourneau, *Parasitisme – Régime juridique*, JCl. *Concurrence-Consommation*, fasc. 571, n° 14). Celui qui a consacré des investissements substantiels à la création d'une base de données et qui se trouve confronté à l'extraction massive de données de sa base de la part d'un tiers aura donc intérêt à fonder son action contre celui-ci sur la concurrence parasitaire. Il en aura d'autant plus intérêt que la jurisprudence admet désormais que l'indemnisation de la victime du parasitisme soit calculée, non pas en fonction de pertes hypothétiques, mais en fonction des gains ou des économies réalisées par le parasite (Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, *Sté Cristal de Paris c/ Sté Cristallerie de Montbronn* : *JurisData* n° 2020-001762. – CA Toulouse, ch. 2, 4 mars 2020,

n° 17/01448, SAS FB Procédés c/ SARL Biotrade : *JurisData* n° 2020-003113 ; *Propri. industr.* 2020, *chron.* 9, n° 22, J. Larrieu ; *Lettre de la chambre commerciale, financière et économique*, n° 1, sept. 2021, *Rubrique Concurrence déloyale*.

Qui sera assez fou pour plaider l'atteinte au droit *sui generis* et s'embarasser des multiples conditions posées par la Cour de justice quand il peut plaider le parasitisme de ses investissements ?

Jacques LARRIEU

Mots-Clés : Base de données - Droit sui generis

## OBTENTIONS VÉGÉTALES

### 6 Vice du calendrier des dates de clôture et de soumission du matériel végétal

**Solution.** – La chambre de recours de l'Office communautaire des variétés végétales dénonce comme un vice les deux dates de clôture, au 31 janvier et au 31 juillet, prévues pour l'espèce *Vaccinium L.* dans la Gazette S2, alors que cette espèce ne connaît qu'une seule saison de culture par année. Le demandeur qui s'est en conséquence vu imposer indûment une période de soumission qui ne lui permettait pas de fournir un matériel végétal convenable, au point de s'avérer affecté d'un défaut d'homogénéité, doit bénéficier de la possibilité de fournir à nouveau du matériel pour un nouvel examen technique.

**Impact.** – Cette décision est de nature à remettre en cause la validité de certaines des indications figurant dans la Gazette S2 de l'OCVV.

OCVV, ch. rec., 1<sup>er</sup> juin 2021, aff. A009/2020, Mountain Blue Orchards Pty Ltd. c/ OCVV (Ridley 0501)

[...]

« 23. If the CPVO organises a technical examination for a *Vaccinium L.* variety in Portugal, two application dates with different deadlines for submission of plant material are published in the S2/S3 Publication of the CPVO as follows: application by January 31 with submission by March 31 and application by July 31 with submission by September 30. Following the established procedure, the CPVO requested submission of plant material by 31/03/2016, and did not allow postponement of submission by 30/09/2016 as requested by the applicant. In addition, the CPVO correctly noted to the breeder, that any reapplication before 31/01/2016 would not change the requirement for submission of plants by 31/03/2016 but the novelty criteria would not be met any more as from 01/01/2016.

24. The different deadlines apply to the same types of varieties. Varieties submitted in September and varieties submitted in March of the following year are tested in the same growing trial and the same growing cycles starting in October. The EO conclusively explained during the oral hearing that the different planting times within the same trial do not cause any technical problem in the specific situation of *Vaccinium L.* in Portugal, in particular because there are two establishing years in blueberry.

25. The Board of Appeal considered the question whether two application dates for the same growing season fulfil the basic principle of equal treatment. In the Notes for Applicants as published on its website, the CPVO gives the following explanation :

« 8.5 Closing dates for testing seasons

The Office determines closing dates and dates for the submission of plant material. A closing date is the latest date by which a complete application (the application must have obtained an application date !) has to be filed at the Office in order to ensure the technical examination of this application in the next growing season. These closing and submission dates are published on the webpage « Plant material submission to Entrusted Examination Offices –S2/S3 Publication » . »

26. The Board of Appeal came to the conclusion that two application dates in *Vaccinium L.* contradict this principle. One growing cycle is established per year which starts on October 1st

based on applications filed by July 31st of the same year. But the effective closing date for applications to be tested in this growing cycle is January 31st. An application for the next testing season is only possible as from February 1st, which is 4 months after the start of the previous testing season.

27. The two submission dates allow applicants to produce and submit suitable material under different conditions for the same testing season. However, in the current procedure the applicant cannot choose the type of submission other than via the time of application. If the breeder wants to supply material in September, it is not possible to file the application from August 1st to January 31st because this would require submission in March. If the breeder wants to supply material in March, it is not possible to file the application between February 1st and July 31st as this would require submission in September.

28. A definite link between the application date and the first growing cycle is a precondition for equal treatment of applicants. For blueberry, there is only one growing cycle per year. Therefore, and following its own rules (see 'Notes for applicants'), the CPVO should have defined only one annual application deadline. The *Vaccinium L.* growing trial starts with material submitted by end of September with the possibility of additional planting of material submitted by end of March. Therefore, the sole application deadline should be July 31st. The conditions for submission should be defined according to technical requirements. Within that frame, the breeder should be in a position to choose the appropriate submission date for the variety.

29. For 'Ridley 0501', the CPVO correctly applied the current deadlines as published in its S2/S3 Publication. The application was filed on 05/10/2015 and plant material was requested by 31/03/2016. Following the considerations above and setting aside the application deadline of January 31st, the examination of 'Ridley 0501' would only have started in 2017 as the application was filed after 31/07/2015. Submission of plant material would have been requested by 30/09/2016 or 31/03/2017, but not by March 2016 . [...]

**NOTE :** La société australienne Mountain Blue Orchards Pty Ltd. (ci-après la demanderesse) a formé le 5 octobre 2015 une demande de protection communautaire des obtentions végétales (PCOV) pour une variété de myrtille (espèce *Vaccinium L.*) dénommée « Ridley 0501 » dont la commercialisation avait débuté en Australie à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012.

Conformément aux indications données dans la « Gazette S2 » (*édition spéciale du Bulletin officiel de l'Office communautaire des variétés végétales*, S2, 1/2016, 15 févr. 2016, spéc. p. 85-86. – *Et encore aujourd'hui V. S2, 1/2021, 15 févr. 2021, spéc. p. 419*), pour une demande de PCOV déposée après le 31 juillet mais avant le 31 janvier, le matériel de la variété candidate devait être remis à l'office d'examen technique compétent, en l'occurrence l'office portugais (Direcção Regional de Alimentação e Veterinária), entre le 1<sup>er</sup> et 31 mars (plantation de printemps).

Dès le 26 octobre 2015, la demanderesse avait signalé à l'OCVV qu'elle ne serait pas en mesure de fournir avant le 31 mars 2016 le matériel nécessaire pour l'examen technique. Elle souhaitait donc pouvoir remettre ce matériel plus tard, au cours du mois de septembre 2016 (plantation d'automne) qui était la période prévue dans la Gazette S2 pour la présentation du matériel végétal correspondant aux demandes formées avant le 31 juillet.

L'OCVV a refusé ce décalage de la remise du matériel variétal de mars à septembre 2016, qui ne pouvait être autorisée que dans des circonstances exceptionnelles ne correspondant pas à la situation de la demanderesse. Le matériel de la variété candidate devait donc être remis entre le 1<sup>er</sup> et le 31 mars 2016.

La demanderesse a alors demandé à pouvoir formuler une nouvelle demande de PCOV pour la même variété, plus tard, après le 31 janvier 2016, pour être ainsi autorisée à remettre plus tard (en septembre 2016) le matériel variétal. L'OCVV a alors indiqué à la demanderesse qu'elle ne pouvait compter sur la formation d'une telle nouvelle demande postérieure. En effet, la commercialisation de la variété avait débuté hors de l'Union européenne, en Australie, le 1<sup>er</sup> janvier 2012. En conséquence, la demanderesse ne bénéficiait du délai de grâce de quatre ans prévu à l'article 10, § 1, b du règlement (CE) n° 2100/94 que