

LA DIRECTIVA EUROPEA DEL 11 DE MARZO DE 1996 RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS BASES DE DATOS. ¿CUÁL ES LA PROTECCIÓN PARA LA INVERSIÓN EN EUROPA?

Aurélie BERTRAND-DOULAT*

Agnès MAFFRE-BAUGÉ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La génesis de la directiva*. III. *El régimen de protección organizado por la directiva*. IV. *Las implicaciones de la directiva*.

I. INTRODUCCIÓN

En el curso de los dos decenios precedentes, el derecho, y en especial el derecho de la propiedad intelectual, ha debido experimentar y aprehender la aparición y el desarrollo (y puede ser que deberíamos hablar hoy en día, de toda la potencialidad) de las nuevas tecnologías ligadas a la información y a la comunicación. Las bases de datos están en la mira de manera especial, puesto que ellas aparecen como el “núcleo” alrededor del cual la reglamentación del mercado de la información se construye poco a poco.

La cuestión de la elección del modo de protección de estas nuevas tecnologías se formuló muy pronto y un razonamiento en términos de propiedad intelectual en derecho de autor, se impuso en el corto plazo y mostró rápidamente sus límites: el derecho de autor no tiene vocación para proteger la

* Investigadora asociada del ERCIM, CNRS. Especialista en cuestiones de propiedad intelectual. Ha publicado varios artículos relativos a la propiedad intelectual, bases de datos y derecho marcario.

** Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Aviñón. Especialista en cuestiones de derecho de autor, bases de datos, Internet y derecho. Ha publicado varios artículos en la materia de propiedad intelectual en general y de las nuevas tecnologías en particular.

inversión económica, sino solamente la creación de la forma, cuando ésta reúne ciertas condiciones. Sin embargo, lo que constituye lo “valioso” de la base de datos, lo cual requiere también protección, no reside únicamente en la forma (es decir, la estructura, la arquitectura) de la base, sino en la puesta en marcha de “recursos humanos, técnicos y financieros”,¹ que se necesitan para la creación y que son frecuentemente muy altos.

Las autoridades comunitarias, conscientes de lo que estaba en juego económicamente hablando, es decir, lo que representan las bases de datos para la Unión Europea, han tomado el partido de dar un marco común a los reglamentos de los Estados miembros. En este contexto ha sido adoptada la Directiva del 11 de marzo de 1996 sobre la protección de las bases de datos. Ella abre una nueva “vía” para la protección de las bases, la cual une la propiedad literaria y artística al reconocimiento de un derecho *sui generis*. Es esta opción de una protección dualista la que nosotras les proponemos estudiar, tomando en cuenta, primero, la génesis de la Directiva (I), después el régimen de protección que ella instituye (II) y, finalmente, sus implicaciones (III).

II. LA GÉNESIS DE LA DIRECTIVA

La idea de una directiva comunitaria para la protección de las bases de datos nació hace más de una década.² No es, sino hasta el término de una larga y laboriosa gestación que la directiva pudo efectivamente concretarse.³

¹ Considerando 7 de la Directiva del 11 de marzo de 1996.

² Con base en esas premisas, el profesor Vivant ha contribuido mucho para iniciar una reflexión sobre la posible protección de las bases de datos a nivel europeo (Reporte Propintell para la Comisión de las Comunidades Europeas, 1989). El libro verde de la Comisión sobre el Derecho de Autor y el Desafío Tecnológico de 1988 (com. 88-172, final) tenía ya un capítulo sobre las bases de datos. La IRPI organizó un coloquio desde 1987 sobre el tema: “Bancos de datos y derechos de autor” (Litec, 1987), coloquio en el cual esta cuestión fue evocada.

³ Una primera propuesta de directiva de 1992 (13 de mayo de 1992), JOCE C. 156 del 23 de junio de 1992, p. 4; Opinión del Comité Económico y Social sobre dicha propuesta, 24 de noviembre de 1992, JOCE C. 19-3 del 25 de enero de 1993. El proyecto fue retomado en 1993 (JOCE C. 308 del 15 de noviembre de 1993, p. 1), después en 1995 (posición común tomada por el Consejo del 10 de julio de 1995, JOCE C. 288 del 20 de octubre de 1995, p. 14), lo que culmina en la adopción definitiva de la Directiva el 26 de febrero de 1996, y en su publicación el 11 de marzo de 1996.

1. *El objetivo perseguido por Europa o la necesaria valorización del mercado europeo de la información*

En el momento en el cual se impulsan los trabajos de las autoridades comunitarias, un reconocimiento se impone: las bases de datos constituyen un instrumento precioso para el desarrollo del mercado de la información.⁴ Sin embargo, fuera del Reino Unido, que tiene el 60% del mercado comunitario de la información (37% de la producción británica es utilizada en las otras regiones de la Comunidad), la industria europea de las bases de datos sufre de una falta evidente de competitividad frente a competidores como los Estados Unidos de América y Canadá. Se trata de hacer un acto de resistencia, un acto de valorización, de imaginar un sistema de protección que permita dar el impulso necesario a la producción europea de las bases de datos, y que sea suficiente para que se pueda contar en el futuro con un mercado europeo de la información.

La opinión del Comité económico y social del 24 noviembre de 1992 expresa claramente esta prioridad (punto 2-1): “(...) El Comité estima que, luego del examen de esta proposición, el Consejo deberá tener como principal objetivo el de responder a la necesidad de disponer de una industria de bases de datos altamente perfeccionada. En consecuencia, este examen deberá de hacer lo posible para que la protección jurídica que aquí se considera alcance este objetivo (...)”.

Para valorizar el mercado europeo de la información, es necesario darle una coherencia, la cual es obtenida mediante una armonización de las legislaciones nacionales en la que se tomen en cuenta los siguientes tres puntos:

- Todavía falta definir un marco de reflexión.
- No perder de vista que la directiva comunitaria persigue objetivos de orden económico.
- Se impone un razonamiento en términos de protección de la inversión económica.

2. *La necesidad de armonizar las legislaciones nacionales*

Basta leer los considerandos de la directiva para comprender que la valorización del mercado europeo de la información pasa por la armoniza-

⁴ Véase considerando 9 de la directiva.

ción de las legislaciones nacionales.⁵ ¿Qué es, en efecto, lo que se puede hacer constar sobre el estado de la protección de las bases de datos en Europa en la víspera de la elaboración de la directiva? Hay que reconocer, de un lado, la insuficiencia de la protección en varios Estados miembros, principalmente el hecho del carácter aleatorio de la recepción de las bases de datos por el derecho de autor,⁶ y de otro lado, cuando tal protección existe, sin que importe que ésta sea legal o jurisprudencial, la ausencia de homogeneidad de un Estado a otro. Ahora bien, tales disparidades no pueden más que engendrar efectos de distorsión sobre el funcionamiento del mercado interior. Los redactores de la directiva percibieron bien este riesgo, tal y como lo testimonia el considerando 4 del texto que fue adoptado finalmente: “(...) tales derechos de propiedad intelectual no armonizados pueden tener como efecto llegar a constituir dificultades a la libre circulación de los bienes y servicios en la Comunidad, tanto tiempo como estas disparidades subsistan en las legislaciones de los Estados miembros, en la amplitud y en las condiciones de protección de los derechos”.

3. *La necesidad de definir un marco de reflexión*

Para favorecer un impulso de la protección europea de las bases de datos, se pueden considerar varios caminos de reflexión. De esta manera, las preocupaciones de las autoridades comunitarias fueron de tres órdenes: garantizar una protección eficaz a los creadores de las bases de datos, sin limitar el acceso al mercado o poner en peligro los intereses de los consumidores de la información.

4. *Garantizar una protección eficaz a los creadores de las bases de datos*

La experiencia del Reino Unido, que rápidamente se dio cuenta de la importancia del desarrollo de esta industria y ofreció, a título del derecho de autor, una amplia protección de las bases de datos, y el éxito de esta experiencia, demuestra cómo el desarrollo de una industria de bases de datos

⁵ Véanse considerandos 1, 2, 3 y 4 de la directiva.

⁶ Por ejemplo, en Alemania, en donde las bases de datos generalmente no llenan las condiciones requeridas para obtener la protección por el derecho de autor.

eficaz va a la par de un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual.⁷ No hay duda de que el derecho de la propiedad intelectual es un útil incentivo, muy eficaz en materia de creación, puesto que, por lógica, los creadores potenciales irán a los países que les garanticen una seguridad máxima. Así, para alcanzar tal nivel de protección parece inevitable la protección de las bases de datos por el derecho de autor, aunque aún faltaría precisar el objeto y las condiciones para ponerlas en práctica.

5. *Asegurar un libre acceso al mercado*

El desarrollo del mercado europeo de la información está igualmente condicionado por el lugar que se reserva al libre juego de la competencia. En efecto, una tendencia monopolística muy fuerte corría el riesgo de constituir una dificultad a la entrada de nuevos participantes en el mercado.⁸ el problema formulado por la difícil conciliación de los principios protectores de los monopolios nacionales privados y las reglas comunitarias de la libre competencia o de libre circulación de mercancías no era nada nuevo. A fin de no fosilizar el mercado de la información fue necesario encontrar un equilibrio justo entre protección privativa y competencia leal. El régimen adoptado por las autoridades comunitarias se inspira a la vez en el derecho de la propiedad intelectual y en el derecho de la competencia económica.

6. *Preservar los intereses de los “consumidores de información”*

El interés del consumidor de información reside esencialmente en la manera en la cual este mercado de la información le será accesible. Un monopolio sobre una base de datos, aun contrabalanceado por las reglas del derecho de la competencia, ¿no arriesgaría poner en cuestión la posibilidad de tener acceso libremente a la información cuando ésta se encuentre contenida en una base de datos? Más allá del interés del consumidor de información, es el interés de toda una sociedad lo que se encuentra en la mira. Esta sociedad, llamada sociedad de la información, como toda sociedad, debe ser regida por principios fundadores, principios cuya esencia sea anti-

⁷ Véase puntos 1-2 y 2-1 de la Opinión del Comité Económico y Social.

⁸ Véase punto 2-1 de la Opinión del Comité Económico y Social.

gua, principios como la libertad de expresión, el libre discurso, la libre circulación de ideas y, en consecuencia, la libre circulación de la información. Es en el interés de la sociedad que la información como tal escapa a toda forma de apropiación. La información debe seguir siendo *res communis*.⁹ De esta forma, la protección conferida por el derecho de autor no debe alcanzar a las bases de datos en tanto que recipiente de información. Sólo la estructura original de la base conteniendo la información puede pretender una protección privativa, el acto creativo reside en la elaboración de esta estructura, y es ésta la solución escogida por los redactores de la directiva del 11 de marzo de 1996.

7. *Más allá de la creación: la necesidad de proteger eficazmente la inversión*

El legislador europeo parte del postulado según el cual una protección eficaz de las bases de datos pasa por una protección del derecho de autor. No se desmiente el atractivo de los monopolios privados para garantizar un régimen protector. Pero el razonamiento se hace con algunos artificios cuando a través de la voluntad de proteger a la creación, se trata de proteger la inversión que la hizo posible: los considerandos 11 y 12 de la directiva¹⁰ dan tal testimonio. El objetivo de valorización del mercado europeo de la información es de orden económico, por lo que nos podemos preguntar (y ya lo han hecho varios autores) sobre la vocación del derecho de autor a responder a las exigencias económicas. Pero, “la economía está en todos lados; y llega a un punto; la competencia comunitaria tiende a llevar hasta ciertos límites su conquista por asociación de ideas”:¹¹ bases de datos, derecho de

⁹ En ese sentido, Vivant, Michel, “¿L’information appropriée?”, *Melanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Dalloz, 1997.

¹⁰ En relación con el término de inversión, ver los considerandos 11 y 12 de la directiva: “Considerando que existe actualmente un gran desequilibrio entre los niveles de inversión practicados tanto entre los Estados miembros como entre la Comunidad y los principales países terceros productores en el sector de bases de datos”; luego “Considerando que tal inversión... no se hará en la Comunidad a falta de un régimen jurídico estable y homogéneo que proteja los derechos de los fabricantes de bases de datos”.

Sobre la oportunidad de proteger la inversión como fuente de riquezas, ver la tesis de Monelli, M. Yvan, “La protection de l’investissement”, *ERCIM*, Montpellier, 1996.

¹¹ Carbonnier, J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 52.

autor, obras de compilación, mercado de la información, inversión, etc. Entonces, “Antes de resignarse a un etcétera sin límites, podría parecer útil invertir el razonamiento y preguntarse, ¿si no existiesen otros terrenos, que por naturaleza, estuvieran prohibidos al derecho comunitario”,¹² ...como el derecho de autor? Sería ignorar que las autoridades comunitarias ya han integrado ampliamente el derecho de autor en el campo de sus competencias. Era entonces lógico (pero, necesariamente suficiente, teniendo en cuenta los objetivos a alcanzar) soñar con el derecho de autor como modo de protección de las bases de datos. No obstante, ese tipo de protección, si parece necesario, no puede ser satisfactorio. Además, un régimen de protección dualista ha sido finalmente adoptado: la base de datos es protegida como una creación y se toma en cuenta que ella es el resultado de la inversión comprometida para su fabricación.¹³ Hay ahí un dispositivo ciertamente particular, que conviene examinar más en detalle.

III. EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN ORGANIZADO POR LA DIRECTIVA

La necesidad, pero también la dificultad, de definir las bases de datos, objeto de derecho, fue relevada rápidamente.¹⁴ Este tema estuvo presente en el centro de las discusiones que precedieron la adopción de la directiva y los redactores finalmente optaron por una definición amplia¹⁵ (“compilación de obras, de datos o de otros elementos independientes, dispuestos de manera sistemática o metódica, individualmente accesible por medios elec-

¹² *Idem.*

¹³ En ese sentido los considerandos 5 y 6 de la directiva: “Considerando que el derecho de autor constituye una forma apropiada de derechos exclusivos de los autores de las bases de datos”, luego “Considerando, no obstante, que otras medidas adicionales son necesarias a fin de impedir la extracción y/o la reutilización no autorizada del contenido de una base de datos...”.

¹⁴ *Cfr.*, desde 1984, los trabajos de la agrupación francesa de productores de bases y bancos de datos. Reflexiones sobre los problemas jurídicos encontrados por los productores. Sobre las dificultades que plantea la definición de ese término, ver particularmente Mallet-Poujol, N., *Commercialisation des banques de données*, CNRS, 1993, pp. 18 y ss., núm. 552, p. 468, y, en cuanto a las cuestiones suscitadas por las propuestas de definición sucesivamente admitidas por las instancias comunitarias, Vivant, M., *Recueils, bases, banques de données, compilations, collections...: l'introuvable notion?*, D. 1995, p. 197.

¹⁵ En consecuencia, son excluidos del campo de la protección “los programas de computación utilizados en la fabricación o el funcionamiento de las bases de datos accesibles por medios electrónicos” (artículo 1-3).

trónicos o de otra manera”),¹⁶ comprendiendo las bases de datos electrónicas y *no* electrónicas.¹⁷ La inserción de estas últimas en el campo de aplicación de la directiva creará algunos delicados problemas de calificación: entre las antologías y las compilaciones, objetos tradicionales del derecho de autor, de un lado, y ciertas compilaciones, sobre todo fijaciones, ejecuciones musicales sobre un disco compacto, excluidas de la protección instituida por el texto comunitario y, por otro lado, la frontera puede revelarse, en la utilización, de bien difícil aprehensión.¹⁸ De todas maneras, es innegable asignar a la directiva un campo de aplicación más amplio que aquel previsto inicialmente.

A pesar del interés que se da a la adopción de una definición común, es sobre todo el régimen de protección que organiza el texto del derecho comunitario derivado que suscita la atención: una protección dualista, derecho de autor, por un lado, en la estructura de la base de datos, que es un derecho específico, por el otro, en la inversión sustancial, este elemento que, en el sentido estricto del término figurativo, “nutre”, “llena” la estructura.

La estructura de la base protegida por el derecho de autor

El objeto y el alcance de la protección deben ser sucesivamente considerados.

A. El objeto de la protección

Antes de examinar lo que, desde el punto de vista positivo, puede dar lugar al derecho de autor, hay que evocar rápidamente lo que no puede, a la inversa, ser objeto de un derecho de propiedad literaria y artística en la base de datos.

¹⁶ Artículo 1o, considerandos 13 y siguientes, y especialmente considerando 14.

¹⁷ Nótese que el proyecto de ley sobre la modificación de la directiva del 11 de marzo de 1996 en derecho francés retoma esta distinción: “...individualmente accesibles por medios electrónicos o por cualquier otro medio”.

¹⁸ En ese sentido, Pollaud-Dulian, F., Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, D. 1996, 538 y s., spéc. núm. 1, p. 540.

El *objeto excluido*. En el texto¹⁹ opera una clara distinción entre la base de datos, considerada estrictamente y las obras que la componen, entre el *corpus* y sus elementos: sólo los primeros se protegen por la vía del derecho de autor que instituye la directiva, mientras que los segundos se protegen de manera independiente y clásica, en cuanto la condición de la originalidad es satisfecha, la cual es generalmente exigida, para otorgar el derecho de autor. En otras palabras, “la protección de las bases de datos prevista por la presente directiva no incluye la protección del contenido y esta protección es sin perjuicio de los derechos subsistentes sobre dicho contenido”.²⁰ El principio así enunciado no sorprende, ya que es clásico en derecho de autor, donde tradicionalmente se distingue el fondo de la forma, para proteger solamente esta última, y donde se admite la protección de la obra derivada.²¹ Hay que recordar la definición de las bases de datos, recordar que es una compilación de obras, de datos o aun de elementos independientes, los cuales son susceptibles de ser ellos mismos, como tales, objeto del derecho de autor.

El objeto retenido. El artículo 3-1 permite identificar el objeto de la protección. Desde un punto de vista positivo, sólo las “bases de datos que, por la elección o la disposición de materias constituyen una creación intelectual propia a su autor” pueden ser protegidas.

Una primera evidencia se impone: el punto de aplicación del derecho reconocido por la directiva es la creación intelectual propia a su autor. Podríamos, al antojo, criticar la evolución de las concepciones que revalida de esta forma la directiva, en cuanto a la definición de la obra del espíritu que el derecho de autor protege. La obra protegida es tradicionalmente definida como “la huella”, “la emanación” de la personalidad del autor, aquella que encubre tanto como revela la individualidad del autor, porque ella porta “la expresión [...] de un ideal, de sentimientos y de pensamientos de aquel que se esforzó de dar lo mejor de sí mismo”.²² Esta concepción ejerce influencia en el derecho de autor, en su totalidad, puesto que ella justifica las prerro-

¹⁹ Artículo 3-2.

²⁰ *Idem*.

²¹ Véase artículo 2, 5a. Convención de Berna, el tema relativo a la Recopilación de obras literarias o artísticas; artículo L. 112-3 CPI, para adaptaciones, traducciones, transformaciones o arreglos.

²² “Les droits d’auteur, aspects essentiels de la jurisprudence française”, *Le droit privé français au milieu du X^e siècle, Etudes offertes à Ripert G.*, LGDJ, vol. II, 1950, pp. 60 y ss.

gativas morales de las cuales el autor es investido,²³ y no deja de tener consecuencias sobre el ejercicio de sus prerrogativas patrimoniales. La huella de la personalidad del autor es identificada de manera clásica gracias al grado de originalidad de la creación de forma; es la “noción clave”,²⁴ verdadera “piedra angular” del derecho de autor,²⁵ elevada por la doctrina al rango de criterio de protección. Ahora bien, los fundamentos más tradicionales de la propiedad literaria y artística vacilan, la presión es fuerte para que sean aceptados en su regazo protector creaciones cuya originalidad puede ser discutida.²⁶ De esta forma, las compilaciones de informaciones²⁷ y los programas de computadoras²⁸ han tenido acceso al “País de las maravillas”,²⁹ al de las musas³⁰ y poetas, según las expresiones poéticamente evocadoras del decano Vivant, quien con esta metáfora resaltaba el atractivo (y la consagración, para los programas de computadoras) de la protección ofrecida por el derecho de autor.

La directiva del 14 de mayo de 1991³¹ enuncia el principio según el cual el programa de computadora puede ser protegido por el derecho de autor, como una obra literaria,³² cuando éste es “original, en el sentido de que

²³ Derecho de divulgación, derecho de paternidad, derecho al respeto de la obra, derecho de suspensión (puede ser retiro) (artículos L. 121-2, L. 121-1, L. 121-4 CPI).

²⁴ Lucas, A., *J. Cl. Civil Annexes*, PLA, fasc. 303, 5, 1990, núm. 37, p. 5.

²⁵ Lucas, A. y Sirinelli, P., *L'originalité en droit d'auteur*, JCP, 1993, I, 3681, núm. 1.

²⁶ Sobre la pertinencia y la permanencia de esta definición, véase Maffre-Baugé, A., *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur?*, ERCIM, Thèse Montpellier, 1997.

²⁷ Sobre este punto, Mallet-Poujol, N., *Marché de l'information: le droit d'auteur injustement "tourmenté"...*, RIDA, núm. 168, abril de 1996, pp. 93 y ss., y especial. pp. 101 y ss.

²⁸ Sobre la cuestión de la originalidad de programas de computación se podrá consultar (sin que la lista que se muestra pretenda ser exhaustiva), Gaudrat, Ph., *La protection des logiciels*, RIDA, 1988, núm. 138, pp. 77 y ss.; Huet, J., *Les logiciels sont protégés par le droit d'auteur*, D. 1985, Chron. 261; Lucas, A., *Les programmes d'ordinateurs comme objets de droits intellectuels*, JCP, 1982, I, 3081; Vivant, M., “Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle: le développement de l'informatique”, *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Colloque organisé par l'IRPI, 26 de octubre de 1992, Litec, 1993, coll. *Le droit des affaires*, t. 11, pp. 43 y ss., especialmente pp. 52 y 53; Vivant, M., Le Stanc Ch., y alii, *Lamy droit de l'informatique*, Lamy, especialmente. núm. 104, 1997, p. 69 y ss. Ver igualmente en esta obra la imponente bibliografía presentada en el núm. 82, p. 59.

²⁹ Vivant, M., *Le logiciel au Pays des Merveilles*, JCP, 1984, G., I, 3169 y JCP, 1985, E., II, 14382.

³⁰ Vivant, M., *Le programme d'ordinateur au Pays des Muses*, Observations sur la directive du 14 mai 1991, JCP, 1991, E, I, 94.

³¹ Directiva núm. 91/250/CEE, JOCE, 17 de mayo de 1991, modificada por la directiva núm. 93/98/CEE del 29 de octubre de 1993.

³² Artículo 1-1.

existe una creación propia a su autor”.³³ Esta última noción, que no es inédita (puesto que la encontramos en el seno de la Convención de Berna),³⁴ es retomada por la directiva del 11 de marzo de 1996.³⁵ Sin embargo, la directiva atenua el rol del criterio de originalidad: si el artículo 16 enuncia que “ningún otro criterio que la originalidad en el sentido de la creación intelectual del autor deberá de ser aplicado...”, lo que demuestra que debe ser tomado en cuenta, el considerando 15³⁶ y la falta de mención de la originalidad en el artículo 3, no obstante consagrado al objeto de la protección, no la evoca. Los criterios de “elección” y de “disposición de materias” son innegablemente preferidos para identificar a la base de datos susceptible de protección³⁷ y la originalidad deberá ser buscada en las “selecciones” o “en la disposición de materias”.³⁸

La constatación de la objetivación del criterio de protección, hecha a propósito del programa de computadora³⁹ deberá ser tomada en cuenta. Pero hay que subrayar el realismo que impregna la enumeración de criterios de identificación de la obra protegida por la presente directiva.⁴⁰ ocultando

³³ Artículo 1-3 de la directiva de 1991, que consagra la objetivación del criterio tradicional de originalidad, tal y como resulta especialmente del, en adelante, celebre fallo *Babolat vs. Pachot* del 7 de marzo de 1986, 1986 (JCP, 1986, G, II, 20631, y E, II, 14713, note J. Mousseron, M., Teyssié, B., Vivant, M., JCP, 1986, E, I, 15791, núm. 1, obs. Vivant, M., y Lucas, A., D. 1989, 405, concl. Cabannes, et note Edelman, B.

³⁴ Artículo 2, 5o. Que permite la protección por el derecho de autor de las “recopilaciones de obras literarias o artísticas... que, por la elección o la disposición de las materias, constituyen creaciones intelectuales”. Véase igualmente el acuerdo ADPIC, artículo 10, punto 2.

³⁵ Artículo 3-1.

³⁶ Enunciando la regla según la cual los criterios para conocer la base de datos, creación intelectual no pueden ser otros que la elección y la disposición de las materias.

³⁷ Hay que señalar que la exposición de motivos del proyecto de ley del 22 de octubre de 1997, que modifica la directiva en el Código de la Propiedad Intelectual, evoca la protección de las bases de datos en el título de derecho de autor, como aquel que se refiere a la base, cuando la elección o la disposición de las materias constituye una creación intelectual original. El proyecto (artículo L. 112-3 CPI completo) no remite al criterio de originalidad, y retoma, de manera casi idéntica la fórmula del artículo 3-1 de la directiva: pueden así tener acceso a la protección del derecho de autor las “bases de datos, que, por elección o disposición de las materias, constituyen creaciones intelectuales”, sin que el carácter “propio al autor” sea reproducido.

³⁸ Lucas, A., *Aperçu rapide sur la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données*, JCP, G, 29 de mayo de 1996, *Actualités*.

³⁹ Vivant, M., “Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle: le développement de l’informatique”, *cit.*

⁴⁰ Según MM. H. J. y Lucas, A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, núm. 114, 1994, p. 122: se cuestiona sobre la originalidad de las bases de datos; estos

la noción clásica de la obra del espíritu, comprendida como el “aliento de subjetividad” animando la creación de forma, los redactores han ciertamente escogido una concepción más pragmática del criterio de originalidad. Si podemos lamentar que las nociones más tradicionales sean maltratadas de esta forma, hay que ver ciertamente una invitación para reconsiderar la noción de originalidad: nos parece que se puede hacer una lectura diferente,⁴¹ más acogedora de los criterios pretendidamente excluidos, tal como la novedad, conduciéndonos a ver en la obra del espíritu, objeto de derecho de autor, una “vieja noción nueva”.

Desde un punto de vista negativo, la exclusión de otros criterios de aquellos que vienen de ser enunciados es firmemente planteada. En particular el criterio de la apreciación del mérito de la base de datos, es decir, la evaluación de su calidad o aquella de su valor estético. Hay ahí una exigencia tradicional del derecho de autor, bien que variablemente respetada, tanto es difícil de juzgar “la selección o la disposición de materias” sin librarse, paralelamente, una apreciación cualitativa de la obra examinada.

B. *El alcance de la protección*

El derecho instaurado en beneficio del autor le permite autorizar ciertos actos, sin que ese derecho sea ilimitado.

Un derecho de autor generosamente reconocido. ¿Cuáles prerrogativas? El artículo 5 de la directiva enuncia el principio según el cual el autor de la base tiene el derecho de hacer o de autorizar un cierto número de actos, los cuales están enumerados de manera expresa.⁴² Un generoso derecho de explotación⁴³ es acordado con el titular, que comprende, además del derecho de reproducir bajo cualquier forma que sea la estructura de la base,⁴⁴ aquel de

autores evocan la asimilación artificial que continuamente se hace entre las antologías y las bases de datos para justificar la aplicación a estas últimas del criterio de elección: “Las elecciones llevadas a cabo por el productor de una base de datos no llevan de ninguna manera la marca de su personalidad”.

⁴¹ En ese sentido, Vivant, M., “Brèves réflexions sur le droit d’auteur suscitées par le problème des logiciels”, *Informatica e diritto*, Florence, p. 73; Maffre-Baugé, A., *L’œuvre de l’esprit, empreinte de la personnalité de l’auteur?*, cit.

⁴² El “modelo” de la directiva del 14 de mayo de 1991, citado anteriormente, que enunciaba igualmente los actos que el autor tiene derecho de autorizar, ha sido retomado.

⁴³ En cuanto a la duración de ese derecho, la directiva remite a las disposiciones comunitarias aplicables.

⁴⁴ Artículo 5 a).

realizar las traducciones, adaptaciones, etc., o aun toda otra transformación (las cuales podrán enseguida ser reproducidas y representadas),⁴⁵ aquel de distribuir la base o sus copias,⁴⁶ aquel, en fin, de exponer, de representar y de comunicar al público. Las prerrogativas patrimoniales tradicionalmente reconocidas al autor (derecho de reproducción y derecho de representación) se encuentran bien presentes.

No se hace mención, en el cuerpo de las disposiciones aplicables, del derecho moral del autor: esta prerrogativa se encuentra expresamente excluida del campo de aplicación de la directiva, cuyo objetivo prioritario es el de regular el “mercado” de la información.⁴⁷ Sin embargo, el considerando 28 no excluye la toma en cuenta de su protección conforme al derecho de los Estados miembros y a las disposiciones de la convención de Berna.

Ahora bien, surge la cuestión, ¿para quién? El artículo 4 enuncia las reglas aplicables para la designación del titular de las prerrogativas del derecho de autor.

Existe un principio clásico en derecho de autor, según el cual la, o las personas físicas, que han creado la base son investidas de la calidad de autor; en este caso se da un largo reenvío hacia las legislaciones nacionales: la titularidad de los derechos por una persona moral depende de la apreciación de los Estados miembros (artículo 4-1), sobre todo en la hipótesis cuando la base podría ser calificada de obra colectiva. De igual forma, el régimen de los autores asalariados es dejado a su apreciación, de manera tal que cada Estado miembro podrá optar por el sistema de protección de su elección.⁴⁸

Ahora bien, en cuanto a las excepciones, la directiva establece que las prerrogativas del autor, así sean generosas, no son ilimitadas: el artículo 6 de la directiva enuncia un cierto número de excepciones.

Algunas son clásicas,⁴⁹ como la utilización de la base en materia de enseñanza o de investigación científica, con finalidades de ilustración. La

⁴⁵ Artículos 5 b) y 5 e).

⁴⁶ Artículo 5 c).

⁴⁷ En ese sentido, Mallet-Poujol, N., “La directive concernant la protection juridique des bases de données: la gageure de la protection privative”, *Droit de l’informatique et des Télécoms*, 1996/1, pp. 6 y ss., en especial núm. 8, p. 8.

⁴⁸ El considerando 29 remite expresamente programas de computación a un sistema similar al organizado, es decir, habilitando al empleador a ejercer los derechos patrimoniales correspondientes a la base.

⁴⁹ Sobre el agotamiento del derecho del titular del derecho de autor que implica la venta de una copia de la base en la Comunidad, véase *infra*, inciso C.

excepción relativa a su uso con una finalidad de seguridad pública, o justificada para el buen desarrollo de un procedimiento administrativo o jurisdiccional no sorprende más. Es igualmente admitida la existencia de excepciones cuando ellas son reconocidas de manera tradicional por las legislaciones nacionales. En lo que se refiere a esos casos, el dispositivo puesto en marcha es poco molesto, puesto que aun en este caso, los Estados disponen de una amplia facultad de integración.

Otros son lógicos porque se encuentran justificados por imperativos de orden técnico: es importante, para el usuario legítimo, tomar en cuenta la utilidad informática de la base de datos para permitir su acceso y su utilización normal (o aquella de sus copias) para el usuario legítimo (artículo 6-1). El usuario legítimo puede efectuar los actos normalmente “sometidos a restricciones” (*i.e.* que el titular de los derechos realice él mismo o los autorice) si el acceso al contenido de la base y su utilización normal los vuelve necesarios.⁵⁰ Aun si la directiva no prevé una excepción al derecho exclusivo del titular del derecho de autor, en materia de reproducción con fines privados, que cuando ésta se refiere a una base de datos *no* electrónica.⁵¹ La excepción no es responsable de la base de datos electrónica, en razón de la facilidad con la cual ésta puede ser reproducida.⁵²

Finalmente, de todas formas, esas excepciones no pueden causar un perjuicio injustificado al titular del derecho, o afectar a la explotación normal de la base de datos (artículo 6-3).

El principio de la protección por la vía del derecho de autor se encuentra consagrado por la directiva del 11 de marzo de 1996, cuya transposición al derecho francés no debe de tardar. Pero la innovación realizada por los redactores se encuentra en otro lado, en la protección de la sustancia de la base por la vía de un derecho *sui generis*, cuyo régimen jurídico debe ser profundizado.

C. *La sustancia de la base protegida por un derecho sui generis*

Aquí, el objeto y el alcance de ese derecho serán idénticamente considerados. El objeto aquí protegido no debe ser confundido con aquellos que

⁵⁰ Para una crítica de esta excepción, véase Lucas, A., *Aperçu rapide sur la directive 96/9/CE*, *cit.*

⁵¹ Artículo 6-2 a).

⁵² Posición común CE núm. 20/9 del 10 de julio de 1991, JOCE del 30 de octubre de 1995, núm. C 228/25.

han sido evocados precedentemente. No es la forma,⁵³ sino el contenido lo que dará lugar al nacimiento de un derecho (distinto del derecho de autor cuyo contenido de la base puede ser el objeto),⁵⁴ cuando se pueda probar una “inversión sustancial desde el punto de vista cualitativo o cuantitativo”.⁵⁵ Luego entonces, un cierto límite de inversión debe ser alcanzado para que el resultado de esta inversión pueda tener acceso a la protección que se ofrece. Sin embargo, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, la identificación de la inversión susceptible de protección no dejará de crear algunas dificultades.⁵⁶ Ciertamente, la directiva enuncia tres elementos, los cuales son los parámetros que permiten medir la existencia: la obtención, la verificación o la presentación del contenido de la base de datos; cada uno de estos elementos puede ser susceptible de ser el resultado de la utilización de recursos financieros, y/o del empleo de tiempo, de esfuerzo y de energía.⁵⁷ Así, dos casos de figura pueden ser considerados: en uno, el carácter sustancial será “simbólico”,⁵⁸ y la mayoría de las bases de datos podrán ser protegidas por ese derecho *sui generis*, puesto que raras serán aquellas que no impliquen la conjunción de dos o más elementos aludidos;⁵⁹ en el otro, de manera inversa, el umbral de protección requerido será relativamente alto, excluyendo del campo de la protección un buen número de bases de datos.⁶⁰ Hay ahí una innegable paradoja, la cual ha sido remarcada por la Dra. Mallet-Poujol, puesto que la elección de un derecho *sui generis* resultaría de la voluntad de ampliar el campo de la protección abierto por el derecho de autor.⁶¹

Por otra parte, en lo tocante al alcance de la protección, el reconocimiento de un verdadero derecho exclusivo es indudable: las prerrogativas de las cuales disponen sus titulares lo atestiguan. La comprobación no puede ser invalidada por algunos límites impuestos.

⁵³ Artículo 4.

⁵⁴ En el mismo artículo, Lucas, A., se muestra pesimista en cuanto a los problemas de articulación que según él no dejarán de plantearse entre la puesta en marcha del derecho *sui generis* y la del derecho de autor relativo a las obras o partes de obras integradas a la base, “ya que uno y otro pueden ejercer concurrentemente sobre los mismos elementos”, *op. cit.*

⁵⁵ Artículo 7-1.

⁵⁶ En ese sentido: Mallet-Poujol, N., *ibidem*, núm. 12, p. 9.

⁵⁷ Considerando núm. 40.

⁵⁸ En ese sentido: Pollaud-Dulian, F., artículo precedente, núm. 3, p. 542.

⁵⁹ Pollaud-Dulian, D., *idem*.

⁶⁰ Pollaud-Dulian, F., *idem*, opta por esta segunda hipótesis.

⁶¹ Mallet-Poujol, N., *idem*.

También hablamos de un derecho de prohibir novedosamente concebido (las prerrogativas y titulares del derecho serán presentados sucesivamente).

¿Cuáles son las prerrogativas? El titular puede prohibir la extracción y/o la reutilización de la base, o de una parte sustancial de su contenido.⁶² Por extracción, se entiende la transferencia del contenido de la base (en totalidad o en parte) sobre otro soporte. La reutilización concierne a toda forma de puesta a disposición del público del contenido de la misma, aprehendido en totalidad o parcialmente, por la distribución de copias, la locación, la transmisión en línea o sobre cualquier otra forma.⁶³ Todos los actos parasitarios⁶⁴ que son susceptibles de afectar la inversión realizada están en la mira, ya sea que esos actos emanen de competidores o de usuarios,⁶⁵ los unos como los otros pueden copiar la base y/o tener acceso a un costo inferior a la misma.⁶⁶

Por otra parte, este derecho de prohibir tiene “entradas”, o grados, múltiples. La hipótesis principal es aquella en la cual la base, o una parte cuantitativa o cualitativamente sustancial, es el objeto de un acto de extracción o de reutilización prohibido:⁶⁷ el titular puede oponerse a la forma que el Estado miembro de que se trate escogerá.⁶⁸ Un segundo caso de figura se encuentra considerado por el artículo 7-5: aun si una parte sustancial de la base no es afectada, los actos repetidos y sistemáticos contrarios a la explotación normal de la base, o que lesionen injustamente los intereses legítimos de su fabricante, están también prohibidos. El objetivo perseguido con esta disposición se inscribe en la misma lógica de aquellas que le precedieron; por otro lado, dicha disposición arriesga a conocer dificultades de apreciación idénticas a aquellas generadas por la noción de inversión sustancial;⁶⁹ y es, en consecuencia, diversamente apreciada por la doctrina especializada.⁷⁰

⁶² Artículo 7-1.

⁶³ Artículo 7-2 a) y b). El préstamo público no está considerado como un acto de reutilización (en el mismo artículo).

⁶⁴ Sobre noción de parasitismo, ver *infra*, 43.

⁶⁵ Considerandos 42, 49 y artículo 8.

⁶⁶ Considerando 7.

⁶⁷ Artículo 7-1.

⁶⁸ Artículo 12.

⁶⁹ *Cfr. supra* II.

⁷⁰ Para una apreciación crítica, véase, por ejemplo: Lucas, A., *op. cit.*; Mallet-Poujol, N., “La directive concernant la protection juridique des bases de dones”, art. préc., spéc. núm. 14, pp. 9 y 10; Pollaud-Dulian, F., *op. cit.*, núm. 7, p. 543.

Notaremos que el titular puede ejercer personalmente su derecho, o aun transferirlo, cederlo o darlo en licencia.⁷¹

Por lo que respecta a la duración del derecho,⁷² ésta es de quince años, sabiendo que el plazo comienza a contar desde que la base de datos se encuentra finalizada, para expirar quince años después del 1 de enero que sigue a la fecha de terminación de la base. Asimismo, se toman en cuenta las modificaciones sustanciales que permitan agregar, suprimir o hacer cambios sucesivos, las cuales caracterizarían una nueva inversión sustancial. La base que resulte de tales inversiones se beneficiará de una duración de protección propia.

Ahora bien, surge la cuestión: ¿para quién? El fabricante,⁷³ aquel que ha soportado el peso de las inversiones realizadas, es el titular del derecho relativo al contenido de la base de datos. Resta localizarlo. El artículo 11 impone como regla que el fabricante o sus causahabientes, personas físicas, deben de ser habitantes naturales de la comunidad o residir de manera habitual, mientras que las sociedades y empresas deben tener un lazo jurídico y económico con la comunidad.⁷⁴

Por otra parte, el derecho de utilizar es parcialmente reconocido. A la manera del régimen del derecho de autor previsto por la directiva, el derecho reconocido sobre la sustancia de la base se encuentra dotado de excepciones, las cuales tienen un alcance real, variable. Si ellas son diferentes puesto que se refieren a actos distintivos, las excepciones admitidas por el artículo 9 tienen el mismo objetivo y la misma lógica: el usuario legítimo puede proceder a utilizaciones y extracciones con fines privados de las bases de datos no electrónicas,⁷⁵ con finalidades de enseñanza y de investigación científica,⁷⁶ o más aún, con fines de seguridad pública o al buen desarrollo de un procedimiento administrativo o jurisdiccional.

Al contrario, es más específica la autorización hecha al usuario legítimo de proceder a actos de utilización o de extracción de la base sin tener la autorización del fabricante, cuando los préstamos sean sobre partes no sus-

⁷¹ Artículo 3.

⁷² Artículo 10 y considerandos 54 y 55.

⁷³ El término “fabricante”, en el texto de la directiva, es la traducción literal de la palabra “maker” en el texto inglés. El proyecto francés de modificación de la directiva prefiere el término “productor” al de “fabricant”.

⁷⁴ Artículo 11; los criterios escogidos son clásicos en derecho comunitario.

⁷⁵ Artículo 9 a).

⁷⁶ Artículo 9 b): a condición de que la fuente sea indicada y el fin alcanzado no comercial.

tanciales del contenido de la base, aun si algunos límites contractuales pueden ser impuestos.⁷⁷ Sin embargo, este campo de (relativa) libertad se encuentra limitado: el usuario no puede dañar la explotación normal de la base o lesionar los intereses legítimos del fabricante. Reconoceremos la fórmula del artículo 7-5, ya invocado.

La regla del agotamiento del derecho se encuentra igualmente consagrada,⁷⁸ lo que permite subrayar aquí los puntos comunes entre los derechos privativos, tales como el derecho de autor y ese nuevo derecho exclusivo. El agotamiento del derecho de controlar la reventa de una copia de la base es consecutivo a la primera venta de una copia de la base, por el titular del derecho o con su consentimiento, sobre el territorio de la Comunidad.

IV. LAS IMPLICACIONES DE LA DIRECTIVA

El objetivo a alcanzar estaba claro, es decir, la valorización del mercado europeo de la información, por el legislador europeo. Pero la cuestión de los instrumentos jurídicos susceptibles de provocar la realización óptima de este objetivo fue el tema de vivos debates. Es cierto que la tarea del legislador no era de las más fáciles. ¿Cómo se puede conciliar la necesidad de preservar la libertad de la competencia y la libre circulación de la información, con la voluntad de proteger mejor los intereses de los creadores y de los productores de las bases de datos? Varias zonas de sombra subsistirán por mucho tiempo, y hoy en día, cuando la directiva está en curso de transposición hacia las diferentes legislaciones nacionales, conviene preguntarse si el texto, tal y como está redactado, responderá plenamente a todas las exigencias formuladas, sobre todo que a veces intenta encontrar un compromiso entre los diversos intereses que a veces son contradictorios.

Una vez que el derecho de autor tiene vocación para proteger a las bases de datos como tal, es decir como el continente de la información, su aplicación no constituye un problema en lo particular, a excepción de esa imprecisión que recubre la noción de creación intelectual como condición de la protección.⁷⁹ En consecuencia, sólo la cuestión del derecho *sui generis* re-

⁷⁷ Artículo 8.

⁷⁸ Artículo 7-2 b).

⁷⁹ Esta misma cuestión suscitó una abundante doctrina en materia de programas de cómputo. Sobre este punto, ver, *supra*, II.

tendrá nuestra atención. Nos interrogaremos primero sobre el carácter oportuno del derecho *sui generis*, enseguida nos interesaremos de una forma más precisa sobre el riesgo de apropiación de la información y los obstáculos a la libre circulación de la información generados por ese texto.

En lo que toca a la cuestión de la oportunidad del derecho *sui generis*, el legislador europeo ha afirmado claramente, a través la elaboración de esta forma original de protección, su voluntad de proteger las inversiones necesarias para la reunión de informaciones contenidas en la base de datos. Sin embargo, en lo que concierne a la naturaleza de la protección, su posición parece bastante ambigua.

En efecto, ninguna duda cabe sobre la voluntad confesa del legislador europeo para proteger la inversión dada para la elaboración de una base de datos más allá de la creación intelectual.⁸⁰ Después de haber colocado las posturas en un contexto internacional, pondremos en evidencia la originalidad del punto de vista comunitario.

En lo que corresponde al contexto internacional, este punto de vista de la protección de las bases de datos en términos de protección de la inversión se inscribe en un contexto internacional de liberalismo desenfrenado, tanto en el ámbito económico nacional como mundial: la multiplicación de los acuerdos internacionales de libre comercio, como el TLCAN, el GATT, o el NTM (New Transatlantic Market), actualmente estudiado, etc.,⁸¹ sirven de testimonio. Paralelamente a este movimiento de desregulación general,

⁸⁰ Los considerandos 39 y 40 enuncian claramente este objetivo: “Considerando que, además del objetivo de asegurar la protección del derecho de autor en virtud de la originalidad de la elección o de la disposición del contenido de las bases de datos, la presente directiva tiene por objetivo proteger a los fabricantes de bases de datos contra la apropiación de los resultados obtenidos de la inversión financiera y profesional consentida por aquel que ha buscado y ordenado el contenido, protegiendo el conjunto o partes sustanciales de la base de datos, contra ciertos actos cometidos por el utilizador o por un competidor”, luego “considerando que el objeto de este derecho *sui generis* es el de asegurar la protección de una inversión en la obtención, la verificación o la presentación de datos...”.

Además, es edificante constatar que la palabra “inversión” aparece no menos de once veces en los considerandos de la directiva.

⁸¹ El NTM prevé la creación de una zona de libre comercio entre Europa y los Estados Unidos, es decir la desregulación completa de los intercambios transatlánticos, los cuales representan el flujo económico más intenso del planeta. Es de notar que uno de los principales sectores en donde los norteamericanos piden una liberalización, es la propiedad intelectual, y especialmente el ámbito audiovisual. Francia se declaró inmediatamente contra ese proyecto. Sin embargo, la decisión debe ser tomada por unanimidad de todos los Estados miembros. Francia dispone de un derecho de veto, por lo que es probable que ese texto, negociado en la sombra desde hace varios años, no vea nunca la luz.

no podemos dejar de constatar —lo que puede parecer *a priori* una paradoja— la inflación de textos que ponen en la línea de mira la protección de la inversión. Por lo tanto, la protección de la inversión, la cual los fabricantes, productores y financieros tienen entre sus más preciados deseos, se beneficia de un fenómeno de desacralización de la creación, el cual se hace frecuentemente en detrimento de la protección de los autores y de sus obras, si bien la paradoja no es tan flagrante como parece a primera vista.

Resulta particularmente revelador de la tendencia actual el proyecto denominado Acuerdo Multilateral sobre la Inversión (AMI), actualmente estudiado en el seno de la OCDE.⁸² En este sentido, es edificante el capítulo del tratado intitulado “Derecho de los inversionistas”, donde figura el derecho absoluto de invertir en condiciones de desreglamentación previstas por el tratado, es decir, sin ninguna restricción. Los gobiernos, en lo que a ellos toca, tienen la obligación de garantizar la *pleine jouissance* de estas inversiones. Muchas cláusulas prevén la indemnización de inversionistas y de empresas en caso de la existencia de intervenciones gubernamentales susceptibles de restringir su capacidad para obtener un beneficio de su inversión.⁸³ El Acuerdo prevé igualmente la cláusula del trato nacional, la cual obliga a cada país a otorgar a los inversionistas y a las inversiones extranjeras las mismas ventajas que aquellas consentidas a los inversionistas e inversiones nacionales, y la cláusula de la nación más favorecida, la cual obliga a cada país a dar a los inversionistas extranjeros las mismas ventajas consentidas a un país tercero por acuerdos particulares. Basada sobre el principio del TLCAN, este tratado tiene como objetivo la multilateralización sistemática de las convenciones bilaterales.

El trato de la propiedad intelectual por tal acuerdo es también muy expresivo, puesto que el AMI considera a la creación intelectual solamente bajo un ángulo de la inversión económica que ella ha suscitado y asimila las obras a las mercancías. La cláusula del trato nacional tendría como consecuencia dismantelar las políticas nacionales de apoyo a la creación y “torpedearía la construcción de una política europea en el área

⁸² Sin embargo, las negociaciones han sido suspendidas por algunos meses por la gran emoción suscitada desde su anuncio, especialmente en los medios culturales.

⁸³ En particular cuando éstas tuvieran un efecto equivalente a una expropiación, incluso indirecta. Así, en los términos del acuerdo, la pérdida de una oportunidad de aprovechamiento sobre inversión sería un tipo de perjuicio suficiente para generar el derecho a indemnización del inversionista.

cultural”;⁸⁴ permitiendo el acceso de la industria cinematográfica americana a los fondos de apoyo del cine. El derecho moral será también el motivo de un debate.⁸⁵ Es la razón por la cual Francia y Canadá reclaman la introducción de una cláusula de excepción cultural que pondría a la propiedad literaria y artística fuera del campo de aplicación del tratado, como había sido el caso en el marco de los Acuerdos ADPIC.

En materia de bases de datos, el inversionista extranjero que no pertenece a la Unión Europea podría pretender obtener el beneficio del derecho *sui generis* contrariamente a lo que está previsto en la directiva.⁸⁶ De manera inversa, ese derecho no podrá ser invocado por el fabricante europeo en un país exterior a la Unión Europea, por ejemplo, los Estados Unidos de América, donde el derecho *sui generis* no existe. En este contexto, la originalidad del punto de vista europeo es innegable.

En efecto, si a nivel internacional se razona en términos de liberalización de inversiones y de optimización de beneficios, las preocupaciones de las autoridades comunitarias en el momento de elaboración de la directiva eran de otro orden. El legislador europeo, antes que buscar suplantar las reglas del derecho de autor, consideradas como “anti-liberales”, ha querido, constatando la insuficiencia de la protección por la vía del derecho de autor (el cual tiene vocación a aplicarse solamente en el continente), completarla por un derecho *sui generis* que protegería la inversión. La particularidad de la aproximación al problema europeo resulta de la “lógica del parasitismo” de la cual se ha inspirado fuertemente y según la cual hay una “ilicitud a obtener beneficios —un beneficio calificado de parasitario— de la inversión de otra persona”.⁸⁷ Desde hace una década, esta teoría se difunde en Europa, particularmente en Francia. El parasitismo es definido como el hecho “por un tercero de vivir como parásito en la estela de otro beneficiando de esfuerzos que éste ha realizado y de la reputación de su nombre y de sus productos”.⁸⁸ Distinguimos la competencia parasitaria (comparable a la compe-

⁸⁴ Entrevista a Trautmann, Catherine, ministra de la Cultura, *Le Monde*, 15/16 de febrero de 1998.

⁸⁵ En Francia, el productor de cine que detenta los derechos de una obra no puede explotarla sin la autorización del autor y sin vigilar por el respeto del derecho moral. En Estados Unidos, el productor está considerado como el autor titular original de los derechos. LAMI le permite reivindicar el mismo estatuto en Europa, en detrimento total del derecho moral del autor.

⁸⁶ Véase el considerando 56 y el artículo 11 de la directiva.

⁸⁷ Vivant, Michel, artículo citado.

⁸⁸ Saint-Gal, Yves, *Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires*, RIPIA, 1957.

tencia desleal), que requiere una situación de competencia y un riesgo de confusión, comportamientos parasitarios que no implican esa relación de competencia entre el parásito y el parasitado. La teoría de los comportamientos parasitarios permite aprehender los comportamientos que no pudieran ser aprehendidos por el lado de la competencia desleal.⁸⁹ Esta “lógica del parasitismo” ha ido impregnando de manera gradual a la jurisprudencia y a la legislación de los diferentes Estados miembros de la Comunidad (con la excepción de la Gran Bretaña, donde la doctrina del “*passing off*” se expresa aún con fuerza), así como a la jurisprudencia y legislación comunitarias.

La proposición francesa de la Ley del 30 de junio de 1992, relativa a la protección de las “creaciones reservadas” (más conocida como la “Ley Godfrain”), es un ejemplo. El término de creaciones reservadas se refería a “toda creación explotable con fines lucrativos que resulte de un trabajo intelectual hecho con o sin la ayuda de un material o de un programa de computadora, NT, creación constitutiva de un interés patrimonial”. La proposición de ley incluía a creaciones tan diversas como las bases de datos, los circuitos electrónicos, las fotografías, las digitalizaciones de imágenes o de sonidos, el *savoir-faire*, las compilaciones, los resultados de cálculos, las soluciones comerciales, las formas útiles, las fórmulas promocionales (...), toda creación que no disponga de armas procuradas en el arsenal jurídico de los derechos privativos, en la ausencia de una novedad o de una originalidad. Esta ley fue rechazada, su área de aplicación parecía demasiado amplia y el texto, en sí mismo, estaba totalmente desprovisto de gradaciones: extender de una manera tan amplia el área de la propiedad intelectual equivalía a vaciar de toda su sustancia al derecho de la propiedad intelectual en su conjunto.⁹⁰ Sin embargo, más allá del derecho de autor, era necesario retener las motivaciones para las cuales este texto buscaba una respuesta (luchar contra el parasitismo)⁹¹ y ver en los excesos de esta

⁸⁹ Véase la obra de Burst, J. J., *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993, pp. 83-95.

⁹⁰ Le Stanc, Christian, “La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste: observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des créations reserves”, Dalloz, Sirey, 1993, 1er cahier, *Chronique*, pp. 4-8; Nouel, Bertrand, “À propos de la proposition de loi Godfrain sur les créations réservées: peut-on légiférer dans le domaine des agissements parasitaires?”, *Legicom*, núm. 3, 1994, pp. 83-95.

⁹¹ El artículo 7 de la propuesta prevé: “El hecho de que un tercero explote la creación reservada sin la autorización de su titular constituye un comportamiento parasitario. La víctima de ese comportamiento está habilitada para demandar la cesación así como la reparación del daño”.

proposición, la demostración de la importancia que habían tomado las cuestiones relativas a los comportamientos parasitarios.

En el ámbito comunitario, podemos citar la directiva del 21 de diciembre de 1988, relativa a la armonización de las legislaciones sobre las marcas de fábrica, de comercio o de servicios, la cual consagró el estallido del principio de especialidad para las marcas notorias. La ley francesa del 4 de enero de 1991, la cual traspuso la directiva, dispone en su artículo 16: “El empleo de una marca que disfrute de un renombre para productos o servicios no similares designados en el registro, compromete la responsabilidad civil de su autor si es de naturaleza a portar un perjuicio al propietario de la marca o si este empleo constituye una explotación injustificada de esta última”. Este tipo de comportamientos parasitarios es, de ahora en adelante, sancionado por el derecho marcario. El recurso a la acción en comportamientos parasitarios y, en consecuencia, a la responsabilidad civil es inútil. La directiva sobre la protección de las bases de datos pretende tener el mismo efecto: los inversionistas podrán fundar directamente su acción en el derecho *sui generis*, lo que los dispensará de presentar recursos en términos de competencia desleal, competencia parasitaria o comportamientos parasitarios basados en términos de responsabilidad civil. Sin embargo, la cuestión de la naturaleza de la protección organizada debe ser abordada.

Hay que señalar que también encontramos una protección privativa no confesa. En efecto, el legislador europeo, antes de orientarse hacia la solución del derecho *sui generis*, había imaginado primero una solución del tipo de los programas de computadora que integraba la protección del programa de computadoras al régimen del derecho de autor limitando el alcance de esta protección,⁹² teniendo en cuenta el poco carácter original de la creación. Sin embargo, esta solución fue rápidamente considerada como inapropiada, puesto que ella estaba inadaptaada a aprehender el contenido de la base de datos. Por otro lado, el derecho de autor aplicable a la base de datos, en lo relativo al Continente, está débilmente arreglado por la directiva, puesto que los legisladores nacionales deben regular las cuestiones relativas al derecho moral, a la duración de la protección y a la creación del trabajador asalariado.⁹³ Esto demuestra cuantos esfuerzos estaban concen-

⁹² Así, la limitación del derecho moral, la limitación de la duración de la protección y la atribución de los derechos del empleador en caso de la creación de uno de sus trabajadores.

⁹³ Sobre este punto, ver *supra*, II.

trados en la elaboración del derecho *sui generis*, que conviene de acuerdo con la verdadera naturaleza de esta tecnología.⁹⁴

Los considerandos de la directiva, con respecto a este tema, no son muy claros. Podemos analizarlos: el considerando 45 precisa que “el derecho de impedir la extracción y/o la reutilización no autorizada no constituye de ningún modo una extensión de la protección del derecho de autor para los simples hechos o a los datos”, mientras que el considerando 46 enuncia que “la existencia de un derecho de impedir la extracción y/o la reutilización no autorizada de la totalidad o de una parte sustancial de obras, de datos o de elementos de una base de datos no da lugar a la creación de un nuevo derecho sobre esas obras, datos o elementos mismos”. Los redactores de la directiva parecen negar el carácter privativo del derecho, su función de reservación del contenido de la base.⁹⁵

La directiva prevé el derecho de prohibir la explotación de un bien. Si razonamos en términos de prerrogativas,⁹⁶ ese derecho se parece bastante a uno de los atributos esenciales de la propiedad, y si pudiéramos argumentar para considerar que el derecho reconocido al fabricante en razón de la in-

⁹⁴ Es interesante notar que el legislador alemán, en la modificación de la directiva, asimiló el derecho *sui generis* a un derecho parecido y lo clasificó como tal (Dietz, A., “Chronique d’Allemagne”, *RIDA*, núm. 175, enero de 1998, p. 141). Es sorprendente tal clasificación ya que un derecho parecido debe ser vinculado a un derecho de autor. Sin embargo, el derecho *sui generis*, por definición, es independiente de la existencia o no de un derecho de autor sobre el contenido de la base, incluso puede aplicarse acumulativamente.

⁹⁵ Sobre el sentido que hay que asignar al término reserva, en materia de propiedad intelectual, Mousseron, J. M., y Vivant, M., “Les mécanismes de réservation et leur dialectique: le terrain occupé par le droit”, *Cah. Dr. Entr.*, 1988/1, p. 2; Mousseron, J. M., “Valeurs, biens, droits”, *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991.

⁹⁶ Sobre el análisis doctrinal que propone ve en los derechos de propiedad industrial un verdadero derecho de propiedad, en el sentido estricto, ver especialmente: Josserand, *Configuration du droit de propriété dans l’ordre juridique nouveau*, *Mélanges juridiques dédiés au professeur Sugiyama*, 1940, pp. 95 y ss.; Mousseron, J. M., *Contribution à l’analyse objective du droit du breveté d’invention*, thèse Montpellier 1958, *Bibl. dr. pr.*, núm. 24, LGDJ, 1961; Vivant, M., *Le droit des brevets*, PUF, Thémis, 1991; Mousseron, J. M., Raynard, J., Revet, T., *De la propriété comme modèle*, *Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 281; ERCIM (sous la direction de Vivant, M.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997. Para una opinión contraria en las teorías de derecho de autor, véase particularmente: Recht, P., *Le droit d’auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ y Duculot, París y Gembloux, 1969; Raynard, J., *Droit d’auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d’auteur*, Litec, *Bibl. dr. de l’entr.*, núm. 26, 1990. Pour une opinion opposée: Bergé, J. S., *La protection internationale et communautaire du droit d’auteur, essai d’une analyse conflictuelle*, LGDJ, *Bibl. dr. priv.*, t. 266, 1996; Maffre-Baugé, A., *L’œuvre de l’esprit, empreinte de la personnalité de l’auteur?*, *cit.*

versión sustancial realizada es un derecho privativo. Por un lado, en lo que se refiere a la lucha contra el parasitismo, numerosos autores han puesto en evidencia el carácter casi-privativo de la protección conferida por la aplicación jurisprudencial de la teoría de los comportamientos parasitarios. En efecto, esta teoría es puesta en marcha, aun cuando no hay ninguna relación de competencia y, luego entonces, sin que sea necesaria la prueba de la existencia de un perjuicio: se tratará entonces de una responsabilidad objetiva sin falta. No obstante el derecho *sui generis* instituido por la directiva presenta esas características. Tal es la opinión de la Dra. Mallet-Poujol, para quien, “a medida que la directiva iba madurando, el carácter privativo del derecho *sui generis* se iba haciendo más y más evidente”.⁹⁷ Así, ella considera que el derecho *sui generis* es “objetivo, la dimensión del perjuicio no existe (a diferencia del artículo 7.5 donde se le toma en consideración). Se construye sobre la misma base que la de la propiedad intelectual, con la puesta en marcha de prerrogativas fuertes combinadas con excepciones y limitaciones en el tiempo del monopolio así otorgado”.⁹⁸ Esta autora se propone poner en evidencia el peligro que puede constituir la multiplicación de legislaciones específicas para el equilibrio de las propiedades intelectuales: “Monopolio de explotación, las propiedades intelectuales deben continuar siendo leyes de excepción para creaciones caracterizadas de manera estricta”.

Por otra parte, la creación de un derecho *sui generis* trae consigo algunas cuestiones. En efecto, la creación de un nuevo derecho privativo sobre un contenido informacional, cuyo único criterio de protección es una inversión “sustancial”, criterio ciertamente más acogedor que el de la originalidad o el de la novedad, ¿no es un criterio que arriesga a contribuir al debilitamiento de las propiedades intelectuales? Es cierto, una solución de “tipo” programa de computadora, aprehendiendo la protección de las bases de datos por el lado del derecho de autor, bajo reserva de algunos arreglos, habría probablemente contribuido al mismo debilitamiento de los derechos intelectuales, poniendo en un nivel ínfimo el umbral de protección con el único propósito de

⁹⁷ Mallet-Poujol, N., *La directive communautaire concernant la protection juridique des bases de données: la gageure de la protection privative*, préface.

⁹⁸ El artículo 7-3 de la directiva precisa que el derecho de prohibir la extracción desleal puede ser cedido o donado con licencia, lo que parece corroborar el propósito de Mallet-Poujol. Estamos efectivamente en presencia de un verdadero derecho exclusivo. La propuesta inicial preveía incluso que el derecho *sui generis* podía ser objeto de licencia no voluntaria, pero esta idea fue abandonada.

satisfacer únicamente exigencias económicas. Resta que si la solución del derecho *sui generis* se dio *a priori*, como un medio de mantener el equilibrio de las propiedades intelectuales sin crear un nuevo derecho privativo; no es seguro que ella haya perfectamente evitado este último obstáculo.

De esta manera, la selección de la consagración, en un texto llamado a ser transpuesto, de la teoría de los comportamientos parasitarios, puede ser discutida, de hecho ya lo es. Algunos autores se preguntan⁹⁹ si no hubiera sido preferible ir hasta el fondo de la “lógica parasitaria”, dejando al juez el cuidado de apreciar la realidad del comportamiento desleal.¹⁰⁰ En Francia, en particular, pero esta constatación también es válida para la mayoría de los otros Estados miembros; los mecanismos de protección ligados al derecho común de los contratos y a la responsabilidad civil hubieran podido asegurar al fabricante-productor una protección eficaz. Puesto que el trámite europeo se encuentra justificado por una ausencia de armonización en materia de competencia desleal,¹⁰¹ hubiera sido más fácil buscar promover esta armonización basándose en reglas conocidas y comunes antes de crear un derecho nuevo, el cual escapa a las categorías tradicionales, como testimonio su único intitulado. Es cierto que la oposición salvaje del Reino Unido, firmemente unido a su propia teoría del “*passing-off*”, hacía esta vía bien sinuosa.

Ahora bien, en lo que toca al riesgo de apropiación de la información se puede decir que, más allá del riesgo de debilitamiento de las propiedades intelectuales por el ensanchamiento del abanico de los derechos privativos, el derecho *sui generis* incluye más concretamente algunos riesgos ligados a la naturaleza misma del objeto que se pretende proteger, puesto que a través de la inversión, ¿no es acaso la información misma la que se puede encontrar en la mira?

Después de haber precisado las consecuencias que son susceptibles de ser engendradas por el derecho *sui generis*, veamos cuáles son los paliativos que se deben tener en consideración.

⁹⁹ En este sentido Mallet-Poujol, Nathalie, article précité, qui sans contester la protection de l’investissement, émet de fortes réserves quant au mode de protection adopté. Véase Pollaud-Dullian, Frédéric, *Brèves remarques sur la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données*, artículo citado.

¹⁰⁰ Esos propósitos pueden ser atenuados si se considera que el parasitismo pudo ser analizado como una “reconstitución” inconfesada de un esquema privativo. A este respecto, el derecho *sui generis* no es verdaderamente original.

¹⁰¹ Ver el considerando 6, *ysupra*, I.

Las consecuencias o las derivaciones posibles son de dos órdenes, aunque provienen de una única y misma constatación: el riesgo de apropiación del contenido de la base de datos. De un lado, el derecho *sui generis* corre el riesgo de entrar en conflicto con los derechos preexistentes sobre las informaciones contenidas en la base. Por el otro lado, existe el riesgo de que pueda constituir un atentado al principio de la libre circulación de la información.

En lo tocante al riesgo de conflicto con el derecho de autor, para el profesor André Lucas, “la cuestión de fondo más temible es aquella de la articulación entre el derecho *sui generis* y el derecho de autor relativo a las obras (o partes de obras) integradas en la base”. En efecto, el derecho *sui generis* puede ser inducido a entrar en conflicto con el derecho de autor, puesto que ellos coexisten a veces con respecto a los mismos elementos de la base.¹⁰² Al aplicar el artículo 7-4 ya citado, el derecho *sui generis* se aplica independientemente de la protección eventual de la base por el derecho de autor o por otros derechos. De esta manera, damos importancia al hecho de poner en evidencia que el área de aplicación del derecho *sui generis* es diferente de la del derecho de autor, puesto que su objetivo es únicamente limitar el acceso a la base de datos y la utilización de los datos que hayan sido obtenidos, sin perjuicio del derecho de autor.

Tal es el principio. De todas formas, el derecho de autor sobre el contenido y el derecho *sui generis* pueden ser ejercidos conjuntamente sobre los mismos elementos de la base.¹⁰³ Bien que el legislador europeo haya tomado la pena de precisar que en ningún caso el derecho *sui generis* debería de ejercerse en detrimento de los autores, los fabricantes de las bases de datos

¹⁰² Lucas, André, “Aperçu rapide sur la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données”, JCP, G, núm. 22/1996, *Actualités*.

¹⁰³ “De la misma manera que la fijación de una obra musical sobre un fonograma puede poner en juego a la vez el derecho de autor y los derechos conexos”, Lucas, André, *op. cit.* El profesor Lucas admite la tesis según la cual el derecho *sui generis* puede ser asimilado a un derecho conexo. “Se sabe que para los derechos parecidos, el artículo L. 211-1 del Código de la Propiedad Intelectual se limita a enunciar, en una fórmula enigmática, “sin perjuicio de los derechos de autor”. Aunque la idea sea combatida, parece que esta disposición implica la idea de una jerarquía, que no tendría nada de sorprendente y se estaría más dispuesto a modificar en caso del derecho *sui generis*, ya que éste no es en el fondo sino un derecho parecido que no dice su nombre. Esta tesis nos parece criticable ya que el derecho *sui generis*, contrariamente al derecho *parecido*, puede aplicarse incluso si el contenido de la base no da lugar al derecho de autor.

no pueden pretender tener más derechos de los que ellos ya detentan,¹⁰⁴ los riesgos de conflicto existen.

Ahora bien, en lo que corresponde al riesgo de generar obstáculos a la libre circulación de la información, nos podemos preguntar si la facultad de prohibir la extracción de informaciones contenidas en la base es susceptible de crear un obstáculo a una explotación intelectual normal de esas informaciones. Desde la óptica de las disposiciones de la directiva podemos constatar que esta facultad es muy amplia.

Desde luego, el artículo 7-1 de la directiva precisa que ese derecho de prohibir va dirigido hacia “la extracción y/o la reutilización desleal de la totalidad o de una parte sustancial” del contenido de la base de datos, y el artículo 8-1 dispone que “el fabricante de una base de datos, que ha sido puesta a la disposición del público de cualquier manera que sea, no puede impedir al legítimo usuario de esta base extraer y/o reutilizar partes no sustanciales de su contenido, evaluadas de manera cualitativa o cuantitativa, con cualquier finalidad”. Sin embargo, el artículo 7-5 atenua esas limitaciones precisando que “la extracción y/o la reutilización repetida y sistemática de las partes no sustanciales del contenido de la base de datos que tendrían por resultado efectuar actos que estarían en conflicto con una explotación normal de esta base, o que lesionen de manera injustificada los intereses legítimos del fabricante de la base, no están autorizadas”.

Lo anterior es muy vago y las repercusiones que tendrán estas disposiciones en la práctica variarán en función de la interpretación más o menos restrictiva o extensiva que se les dé. La evaluación del carácter sustancial o no sustancial de la extracción, así como la apreciación de lo que representa una explotación normal o los intereses legítimos del fabricante o del productor no son más que criterios muy subjetivos. Como lo constata la Dra. Mallet-Poujol, “el peligro es dejar de comprender que el monopolio de explotación de la base reconocido al fabricante supone o induce a una propie-

¹⁰⁴ A este respecto, el considerando (18) de la directiva: “Considerando... que la protección de las bases de datos por el derecho *sui generis* se aplica sin perjuicio de los derechos existentes sobre el contenido y que, especialmente, cuando un autor o el titular de un derecho *parecido*, autoriza la inserción de algunas de sus obras o de sus prestaciones en una base de datos en cumplimiento de un contrato de licencia no exclusivo, un tercero puede explotar esas obras o sus prestaciones por medio de la autorización requerida del autor o del titular de los derechos *parecidos*, sin oponerse al derecho *sui generis* del fabricante de la base de datos, a condición de que esas obras o prestaciones no sean extraídas de la base de datos ni reutilizadas a partir de aquellas.

dad sobre la información que ella contiene” y “la ambigüedad de la directiva es que lo que la guía es la preocupación de regular las relaciones de competencia entre los proveedores del mercado de la información, pero ella no está desprovista de dar algún efecto en la relación fabricante-usuario”.¹⁰⁵ Si dejamos a un lado las informaciones que son el objeto de un derecho de autor preexistente, un gran número de las informaciones contenidas en las bases de datos son de origen público y no tienen más valor que el de la dificultad y el costo desalentador que representa su colecta. Este “valor” justifica la facultad de prohibir la extracción desleal instituida por el derecho *sui generis*. Sin embargo, esas informaciones forman parte del dominio público de la información, el cual debe poder ser explotable por todos libremente.

Ahora bien, la posibilidad de reservación del contenido de la base por el fabricante puede conducir a un fenómeno de inmovilización total de la información, cuando el fabricante sea el único detentor de esta información y que sea imposible obtenerla por otras fuentes.¹⁰⁶ Así, el otorgamiento de un monopolio sobre un contenido informacional conlleva el riesgo flagrante de hacer que las informaciones estén indisponibles e inexplorables, informaciones que normalmente tendrían vocación de circular libremente, lo que lamentamos, puesto que los redactores de la directiva tenían por principal motivación la “recompensa” de un esfuerzo de inversión.

Ahora bien, ¿cuáles son los paliativos posibles? La lectura de la directiva demuestra que sus redactores han tenido una amplia conciencia de los riesgos de las consecuencias suscitadas por la elaboración de un mecanismo de reservación sobre un contenido informacional, que esta información sea del dominio público o que ella sea un objeto de un derecho privativo. Esta preocupación aparece en filigrana en toda la extensión del texto. Sin embargo, las ambigüedades subsisten. Puede ser que el error del legislador europeo haya sido no haber podido precisar su pensamiento en lo que se refiere al objetivo a alcanzar por el derecho *sui generis* (b). La voluntad de compensar los posibles efectos nefastos de la directiva haciendo entrar en el juego a las reglas del derecho de la competencia ha sido, sin embargo, claramente enunciada (a).

Por lo tanto, los límites del campo de aplicación del monopolio instituido por el derecho *sui generis* ameritan ser de nuevo precisados, con la finalidad de evitar toda confusión posible.

¹⁰⁵ Mallet-Poujol, N., artículo anterior.

¹⁰⁶ En ese sentido, Mallet-Poujol, N., *idem*.

La facultad de prohibir la extracción se dirige a las informaciones contenidas en una base de datos, ciertamente, pero lo que se busca no es la usurpación de la información como tal, sino la usurpación del esfuerzo humano, técnico y financiero que permitieron la realización de la base. Esto no se puso bien en evidencia de una forma firme en la directiva. Así, el profesor Philippe Gaudrat opina que el derecho *sui generis* no debe cubrir el estado digitalizado de la información, lo que dejaría intacto el régimen de la información comunicada (el cual no puede ser objeto de una apropiación).¹⁰⁷ Hay que tomar en cuenta el hecho de que la directiva no se dirige solamente a las bases de datos electrónicas, sino a todas las colecciones, todas las compilaciones y conjuntos informacionales.

Por otra parte, el considerando 47 de la directiva se dedica a precisar que “la protección por el derecho *sui generis* no debe ejercerse de manera de facilitar el abuso de posición dominante” y que “las disposiciones de la presente directiva son sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la competencia, ya sean comunitarias o nacionales”. No nos sorprendamos de este reenvío explícito, puesto que el derecho de la competencia aparece como uno de los pilares del orden jurídico sobre el cual se apoya la Unión Europea: “El derecho comunitario de la competencia, simbolizado en el primer plano por los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma comunitario,¹⁰⁸ está convirtiéndose en el derecho de Europa en su totalidad”.¹⁰⁹ La existencia de monopolios, de derecho como de hecho, sobre ciertos datos es completamente plausible, como lo testimonia el ahora célebre asunto *Magill*, examinado por la CJCE el 6 de abril de 1995.¹¹⁰

¹⁰⁷ Gaudrat, Philippe, “Aspects juridiques de la télédétection: la protection des données”, étude réalisée pour le compte de la DG XII de la Commission des Communautés européennes, marzo de 1993.

¹⁰⁸ Respectivamente aplicables a los acuerdos y abuso de posiciones dominantes.

¹⁰⁹ Gavalda, Ch., Parléani, G., “Droit des affaires de l’Union Européenne”, *Litec*, núm. 365, 1995, p. 180.

¹¹⁰ El asunto implicaba a cadenas de televisión de Irlanda del Norte, que rehusaban comunicar los programas de televisión a la prensa semanal, a fin de favorecer su propia guía de televisión. El asunto, juzgado por la CJCE el 6 de abril de 1995 (aff. jointes C-241/91 P y 242/91 P), ha sido abundantemente comentado; entre los trabajos que suscitó, podrían consultarse: Vivant, M., *Propriété intellectuelle, abus de position dominante et licence obligatoire*, Dossiers Brevets, 1995, I; Vivant, M., “La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante”, *JCP*, 1995, núm. 47, I, 3883; Calvet, V. H. y Desurmont, T., “L’arrêt Magill: une décision d’espèce?”, *RIDA*, núm. 167, enero de 1996, p. 3. Leer igualmente la muy interesante nota de Françon, A., *RTD com.*, julio-septiembre de 1995, p. 606.

De esta forma, es lógico que la directiva (artículo 13) tome en cuenta la posible aparición de abusos de posición dominante, generados por la protección por el derecho *sui generis* que ella organiza sobre el contenido informacional, para prever, en esta hipótesis, el respeto necesario y la puesta en marcha de los principios comunitarios o nacionales del derecho de la competencia. En este contexto debe ser apreciado el artículo 16-3, el cual impone la obligación para la Comisión de comunicar cada tres años un balance sobre la aplicación del derecho *sui generis*, sobre todo el punto de saber si “la aplicación de ese derecho conlleva a abusos de posición dominante o a otros daños a la libre competencia que justificaría medidas apropiadas, entre ellas la puesta en marcha de un sistema de licencias no voluntarias”.

Así pues, las autoridades comunitarias han abierto una “vía” algo original para la protección de las bases de datos, en tanto que la protección por el otorgamiento de un derecho *sui generis* para defender las inversiones realizadas no se imponía *a priori*. No podemos aún juzgar de la eficacia del sistema instituido,¹¹¹ y la sola armonización de derechos de los Estados miembros podría poner dificultades.¹¹² ¿Es una razón suficiente para lamentar la adopción de este texto? Sería concluir que la abundancia (de legislación) es, en este caso, enemiga del bien, y ahí existe un debate que rebasa ciertamente el marco de este estudio.

¹¹¹ El término fijado para que los Estados miembros modificaran la directiva fue 1o. de enero de 1998. No sólo no fue modificada, sino que debió ser respetada.

¹¹² Sobre este punto, véase, nota 94.