

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle ?

Dusollier, Séverine

Published in:

L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Dusollier, S 2008, Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle ? Dans *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*. Académia Bruylant, Bruxelles, p. 117-147.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LE DOMAINE PUBLIC,
GARANT DE L'INTÉRÊT PUBLIC
EN PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE?

PAR

SÉVERINE DUSOLLIER

CHARGÉE DE COURS,
FACULTÉS UNIVERSITAIRES NOTRE-DAME DE LA PAIX, NAMUR

Lors du discours d'ouverture du Congrès Littéraire et Artistique International de 1878, congrès qui vit la naissance de l'ALAI et influença fortement l'adoption de la convention de Berne sur la protection internationale du droit d'auteur, Victor Hugo proclamait que la propriété littéraire appartenait plus que toute autre à l'intérêt général. Il ajoutait : «la propriété littéraire est d'utilité générale». Mais il poursuivait immédiatement :

«Constatons la propriété littéraire, mais, en même temps, fondons le domaine public. Allons plus loin. Agrandissons-le»¹.

Pour Victor Hugo, droit d'auteur et domaine public étaient nécessairement liés dans un seul mouvement, comme associés pour atteindre le même objectif : celui de l'intérêt général. Tels des frères siamois, propriété littéraire et domaine public représentaient les deux corps indissociables du régime idéal de la propriété littéraire et artistique.

Cette prise de position de Victor Hugo reflétait une certaine vision du droit d'auteur que l'on retrouve dès l'adoption des premières lois sur la propriété littéraire et artistique. Le *Statute of Anne*, première loi sur le droit d'auteur, ainsi que les décrets révolutionnaires français de 1791 et 1793, n'avaient entendu consacrer la propriété littéraire et artistique que comme une exception au principe que devait rester la liberté de copie, en d'autres mots, le domaine public². Certes, la terminologie de domaine public alors

¹ V. HUGO, *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international*, Séance du 17 juin 1878.

² J. GINSBURG, «A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America», *R.I.D.A.*, janvier 1991, n° 147, p. 125-255.

utilisée ne référerait qu'aux œuvres sur lesquelles le droit d'auteur avait expiré. Mais l'unanimité était encore plus grande quant au fait que le droit d'auteur devait nécessairement être limité, non seulement dans sa durée, mais dans son étendue et ne pouvait atteindre que certaines œuvres particulières, laissant notamment les idées à la libre disposition de tous.

Il en allait de même en droit des brevets. Les premières lois modernes constituent un droit de brevet qui est un monopole affecté, devant servir l'intérêt général. Cette destination « sociale » du brevet se vérifie dans la durée limitée du brevet : 10 ans pour la *Parte Venetiana* de 1474, considérée comme la première loi moderne en la matière; de 14 à 18 ans pour le *Statute of Monopolies* anglais de 1623. En outre, dès la fin du 18^{ème} siècle, l'Angleterre requiert une publication des inventions, contrepartie jugée indispensable à l'octroi du droit.

La nécessité d'un domaine public, au sens d'une accessibilité de tous les citoyens à certains éléments, idées, savoir technique, voire œuvres ou inventions à l'expiration du délai de protection, est donc une évidence aux premières heures de la propriété intellectuelle.

Cette opinion a survécu. Le domaine public est toujours largement considéré à la fois comme l'antithèse de la propriété privée que sont le droit d'auteur et le droit du brevet, mais également comme la contrepartie de cette appropriation, l'un des éléments du contrat social sur lequel repose l'octroi d'un monopole sur la création intellectuelle.

Le domaine public serait donc le garant de l'intérêt général en matière de propriété intellectuelle. Qu'il représente seul la protection de l'intérêt général face à l'intérêt privé que constitue l'octroi de droits exclusifs ou que l'intérêt général réside dans l'articulation entre la protection et la non-protection. Il est en effet d'intérêt général de protéger certaines créations intellectuelles, notamment pour inciter à la création et à l'innovation. Mais il est tout aussi essentiel de limiter cette protection, de construire un domaine public, espace de l'inappropriable et de l'usage libre et collectif.

Or, l'on annonce l'érosion inéluctable de ce domaine public, menacé par l'extension illimitée des droits intellectuels. Il est

devenu l'objet de toutes les inquiétudes, la doctrine se mobilisant pour dénoncer sa lente disparition³.

Les menaces qui planent sur le domaine public sont bien réelles. Le droit d'auteur, sous couvert de la théorie de l'unité de l'art, s'est étendu à des objets non proprement artistiques, jusqu'à frôler le ridicule, dans certains cas. Sa durée s'est sans cesse allongée, réduisant d'autant plus le domaine public constitué par l'expiration du droit. Des droits nouveaux qu'on accueille comme voisins du droit d'auteur, s'appliquent au seul investissement financier versé à la création, voire à la seule collecte de données, ravissant ces dernières du domaine public qui était leur réceptacle traditionnel et naturel. On peut encore citer des développements non proprement juridiques, tels les dispositifs techniques de protection, qui, apposés sur des éléments du domaine public, entravent leur libre accès.

Quant au brevet, si sa durée n'a pas augmenté, à moins de tenir compte du traitement de faveur fait aux inventions médicamenteuses⁴, il ne cesse toutefois de s'étendre, investissant des terres auparavant réservées au domaine public. En abaissant les critères de technicité requis pour déterminer l'invention, ou en ouvrant le concept même de l'invention à ce qui ressemble encore fortement à de la pure découverte, le brevet protège désormais des simples concepts ou idées, par exemple des méthodes commerciales⁵, ainsi que

³ Voir entre autres, C. CARON, « L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle », in *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 61-78; W. VAN CAENEGEM, « The public domain: Scientia Nullius? », *E.I.P.R.*, 2002, p. 324; J. BOYLE, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *66 Law and Contemporary Problems* 33 (2003); Y. BENKLER, « Free as the air to common use: First Amendment constraints on enclosure of the public domain », *74 New York University Law Review* 354 (1999); R. COOMBE, « Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship and a Revitalized Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property », *52 DePaul L. Rev.*, 1171 (2002-2003), p. 1173; R. MERGES, « A new dynamism in the public domain », *71 Univ. Chicago L. Rev.* 183 (2004); K. MASKUS & J. REICHMAN, « The globalization of private knowledge goods and the privatization of global public goods », in K. MASKUS & J. REICHMAN (eds.), *International public goods and the transfer of technology under a globalized intellectual property regime*, Cambridge University Press, 2005, p. 3; G. DINWOODIE & R. COOPER DREYFUSS, « WTO dispute resolution and the preservation of the public domain of science under international law », in K. MASKUS & J. REICHMAN (eds.), *op. cit.*, p. 861; B. HUGENHOLTZ & L. GUIBAULT (eds.), *The public domain of information*, Kluwer Law International, 2006; ainsi que l'ensemble des contributions présentées à la conférence sur le domaine public organisée par l'Université de Duke en 2002 et publiées dans le Volume 66 de la *Review of Law and Contemporary Problems* (2003).

⁴ Règlement (CEE) n° 1768/92 du Conseil du 18 juin 1992 concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments.

⁵ Voir la jurisprudence de l'Office Européen des Brevets à cet égard et notamment, Décision de la Chambre de recours technique, 21 avril 2004, *Hitachi*, T-258/03; décision de la chambre de recours technique, 23 février 2006, *Clipboards formats Microsoft*, T-0424/03.

de la matière vivante préexistante à toute intervention humaine, comme le prouve la brevetabilité croissante de séquences génétiques et autres produits biologiques⁶.

Si le domaine public diminue alors que le domaine privé de la propriété littéraire et artistique s'accroît sans cesse, ne rompt-on pas l'équilibre d'une manière périlleuse pour l'intérêt général? Quelle contrepartie du monopole subsiste si le domaine public s'estompe?

Je ne peux que joindre ma voix à celles qui dénoncent la croissante dégradation du domaine public. Toutefois, la prémisse du raisonnement me semble relativement fautive. Car, accuser les velléités de certains d'étendre à l'envi la propriété intellectuelle et croire qu'en réduisant ces prétentions, l'on préservera naturellement le domaine public, c'est oublier que le domaine public lui-même, ou du moins la manière dont nous l'avons conçu dans la propriété intellectuelle, est tout autant responsable de ce qui lui arrive.

Si le domaine public laisse place à une privatisation croissante, c'est aussi parce qu'il contient en germes les éléments de sa propre érosion. Les commentateurs des droits intellectuels considèrent que le domaine public est cet espace dénué de tout droit, de toute réservation, et qu'il est en soi protégé contre toute appropriation. Or en réalité, on voit que le domaine public ne dispose pas de défenses face à l'extension du droit d'auteur et du droit des brevets. C'est donc qu'il ne fonctionne pas sur une logique de non appropriabilité.

Le constat du domaine public ne suffit plus à sa protection. Ce n'est qu'en comprenant la réelle mécanique du domaine public qu'on pourra développer les outils nécessaires pour préserver sa fonction au sein de la propriété intellectuelle.

C'est dans cette piste que s'aventure modestement cette contribution, restant consciente toutefois qu'un tel chantier nécessitera forcément de plus amples recherches. Une première partie décrira le domaine public tel qu'il existe en propriété intellectuelle, en tentant de démontrer pourquoi notre conception actuelle du domaine public le rend impuissant à résister à de nouvelles réservations. Ayant ainsi déconstruit le domaine public, il nous faudra ensuite poser les bases de sa reconstruction, d'une part en lui donnant une nouvelle

⁶ Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

définition, correspondant à une stratégie réelle de préservation, d'autre part en explorant les bases d'un nouveau régime pour le domaine public, lui accordant une protection positive.

I. – LE DOMAINE PUBLIC IMPUISSANT

1. *La définition actuelle du domaine public*

Avant de disséquer le régime du domaine public en propriété intellectuelle, il est utile de décrire l'animal. En réalité, il s'agit d'une espèce qui n'a jamais fait l'objet d'une définition bien arrêtée et qui change de consistance et de caractéristiques selon les taxonomistes qui s'en sont préoccupés⁷.

Certains auteurs ne comprennent dans le domaine public que le champ des œuvres ou inventions, autrefois protégées, mais dont la durée de protection a expiré⁸. Le domaine public ne serait que la continuation de la vie des créations intellectuelles au-delà du temps du droit privatif.

En règle générale, on y ajoute toutefois l'ensemble des éléments qui ne sont pas susceptibles d'être protégés par un droit d'auteur ou un brevet, soit parce qu'ils ne remplissent pas les critères requis, soit parce qu'ils apparaissent dans une liste d'éléments délibérément exclus de la protection.

Ce tableau peut encore être complété par l'ensemble des éléments sur lesquels le titulaire pressenti du droit intellectuel a choisi de ne pas exercer ses droits. En droit des brevets, qui nécessite l'accomplissement de formalités pour que s'ouvre le droit, toute invention, même répondant aux conditions de brevetabilité, mais pour laquelle l'inventeur a négligé de déposer une demande de brevet, appartient au domaine public. Ce choix devient inéluctable dès que l'invention sera divulguée ou utilisée, puisque est alors ruinée la possibilité de revendiquer un brevet sur une invention qui n'est plus nouvelle. Pour le droit d'auteur ou les droits voisins, par contre, droits naissant dès la création, la prestation ou l'investissement, sans qu'aucune formalité ne soit requise, l'abandon de ses droits n'est

⁷ Pour un relevé utile des différentes définitions du domaine public, voir P. SAMUELSON, «Enriching discourse on public domains», 55 *Duke Law Journal* 101 (2006).

⁸ Cette vision est surtout propre au droit d'auteur. Voir notamment S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Paris, Litec, 2002.

pas si fréquent et nécessite une formalisation dont la validité n'est pas certaine.

Le domaine public tel qu'actuellement envisagé en droit intellectuel est donc nécessairement structurel et négatif : il ne comprend que les éléments non protégés par un droit d'auteur ou un droit de brevet. C'est en quelque sorte l'envers de la protection par le droit intellectuel. Il se décompose ensuite en différents sous-domaines que nous pourrions qualifier de la manière suivante.

Une première partie comprendrait les objets qui ne sont pas susceptibles de protection, par nature ou à défaut de répondre aux conditions posées par la loi. En droit d'auteur, ce sont les idées ou autres éléments ne faisant pas l'objet d'une expression protégeable, ainsi que les œuvres non originales. En droit des brevets, les découvertes, soit les objets préexistants dans la nature, ainsi qu'une série d'éléments abstraits ne présentant pas la technicité suffisante, forment le négatif du concept d'invention technique, seule susceptible de protection par le brevet⁹. En outre, les inventions qui ne satisfont pas aux critères de nouveauté, de caractère inventif ou d'application industrielle, appartiennent également naturellement au domaine public. On pourrait qualifier cette partie du domaine public de *domaine public ontologique*¹⁰.

Deuxièmement, l'expiration des droits sur des œuvres ou inventions formerait un domaine public que l'on pourrait dénommer temporel, l'écoulement du temps en permettant la constitution. Ce *domaine public temporel* comprend, en Europe du moins, les œuvres dont les auteurs sont décédés depuis plus de 70 ans¹¹ et les brevets de plus de 20 ans¹².

Ensuite, certaines œuvres ou inventions sont exclues de la protection par la loi. Ce sont uniquement les actes officiels en droit

⁹ Voir la liste d'exclusions de l'article de la Convention de Munich sur le brevet européen ; voir également M. VIVANT, *Protéger les inventions de demain - Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, INPI, La documentation Française, 2003.

¹⁰ Les épithètes qualifiant les différents sous-domaines réfèrent davantage au processus d'entrée de l'élément dans le domaine public, au motif justifiant l'absence de protection. Le domaine public est ainsi qualifié d'ontologique car c'est par sa nature que l'élément faisant partie de ce domaine public échappe à la protection, de temporel car l'œuvre ou l'invention tombe dans le domaine public par l'écoulement du temps.

¹¹ Sous réserve des quelques règles particulières qu'édicté la directive européenne sur la durée du droit d'auteur, notamment en ce qui concerne la renaissance d'un droit de 25 ans sur les œuvres non publiées auparavant.

¹² À l'exception des médicaments dont la durée de protection peut être étendue par l'obtention d'un certificat complémentaire de protection.

d'auteur. En droit des brevets, les exclusions sont plus nombreuses et répondent au souci de ne pas inciter au développement d'inventions considérées comme contraires à l'ordre public et d'exclure la brevetabilité du vivant. Sont ainsi notamment exclus de la brevetabilité, dans l'Union européenne, les variétés végétales et les races animales, les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention de végétaux ou d'animaux, le corps humain, les procédés de clonage ou de modification de l'identité génétique de l'être humain, l'utilisation d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales ainsi que, dans une certaine mesure, les procédés de modification de l'identité génétique des animaux. Les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique et les méthodes de diagnostic peuvent également apparaître dans ce domaine public, ou ressortir au domaine public ontologique dans la mesure où ces méthodes ne remplissent pas la condition d'application industrielle. Ensemble, ces exclus de la propriété intellectuelle¹³ forment un *domaine public* que je qualifierais de *réglementaire*.

Enfin, un *domaine public consenti* a toujours existé en propriété intellectuelle même si on n'y a prêté qu'une attention distraite. Il reprend les inventions pour lesquelles aucun brevet n'a été demandé ou pour lesquelles le brevet n'a pas été poursuivi, notamment par défaut du paiement des taxes requises. En droit d'auteur, l'absence de formalités pour l'obtention du droit diminue l'effectivité d'un abandon des droits. Récemment toutefois, en réaction à un droit d'auteur jugé excessif, des stratégies de renonciation à la protection de ce droit ont été mises en place pour formaliser la volonté de l'auteur de déposer son œuvre dans le domaine public. Dans le cadre du projet Creative Commons, les licences dites Domaine Public et les futures licences CC0 visent à renoncer à tout droit d'auteur sur son œuvre¹⁴. Dans les pays où le droit d'auteur exigeait une formalité de renouvellement, les œuvres pour lesquelles ce renouvellement n'a pas été poursuivi, par oubli ou par volonté, entrent également dans le domaine public consenti.

La cartographie du domaine public étant désormais établie, il est temps d'examiner le régime auquel sont soumis ces divers éléments.

¹³ On peut sans doute exclure du domaine public les variétés végétales dans la mesure où elles pourront faire l'objet d'une protection privative par le biais du droit d'obtention végétale.

¹⁴ Voir l'explication de cette licence sur <http://creativecommons.org/licenses/publicdomain-2?lang=fr>.

2. *Le régime inexistant du domaine public*

Le domaine public en propriété intellectuelle est généralement conçu et décrit comme un domaine proprement séparé des droits exclusifs, distinctement enclos. À côté du droit d'auteur et du droit de brevet, serait le domaine public, comprenant tous les éléments n'étant pas ou plus soumis à ces droits. En conséquence, le domaine privé de la propriété intellectuelle serait le périmètre naturel de l'appropriation, de l'exclusivité, de l'accès et des droits réservés, tandis que le domaine public serait le lieu de l'utilisation libre et collective, immunisé de toute tentative d'appropriation.

Notre conception du domaine public accentue cette distinction entre le domaine de l'appropriation et celui de la collectivisation, du commun. En qualifiant de domaine public, les éléments qui ne font pas l'objet d'un droit d'auteur ou de brevet, ou n'en font plus l'objet, on érige un lieu complètement étranger au droit intellectuel, qui en serait simplement la négation.

Cette représentation de deux espaces contigus mais séparés est également renforcée par la terminologie utilisée. La notion de «domaine» permet d'imaginer un seul espace, clairement clôturé et délimité, rassemblant sous un même toit les différents éléments épars ne bénéficiant d'aucune protection. Ne dit-on pas également que les œuvres et inventions, dès lors qu'expire la durée de leur protection, *tombent* dans le domaine public, comme s'ils échouaient dans un réceptacle particulier, propre à leur assurer un certain statut ?

Quant à l'épithète «public», il tend à accorder à l'ensemble de ces éléments un régime monolithique, celui de la publicité, soit de l'absence d'appropriation privée. Par son nom même, le domaine public donne ainsi l'impression d'un lieu réservé à l'ensemble du public et géré par ce principe d'accès et d'utilisation publics.

La métaphore du domaine public est par conséquent très puissante à transmettre le sentiment d'une réserve protégée, empruntant l'image d'une protection presque environnementale et écologique¹⁵. Par nature, le domaine public serait immunisé de toute

¹⁵ J. BOYLE, «A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?», 47 *Duke Law Journal* 87 (1997).

velléité d'appropriation privée. Mais pourquoi dans ce cas ne résiste-t-il pas mieux à l'extension de la propriété privée ?

Sans doute parce que notre conception et notre représentation du domaine public sont en réalité relativement fallacieuses.

En premier lieu, si la notion de domaine suggère un rassemblement homogène, conférant à tous ses éléments le même statut et la même fonction, elle est fort éloignée de la réalité du domaine public. Car le domaine public est essentiellement protéiforme, englobant de simples idées, des informations brutes ou nouvelles du jour, des créations non originales, des inventions divulguées ou pour lesquelles aucun brevet n'a été sollicité, des œuvres dont l'auteur est décédé depuis plus de 70 ans, des inventions dont le brevet a expiré, des inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, des créations purement abstraites, qu'elle soient techniques, scientifiques ou artistiques, des découvertes, des races animales, des textes officiels, etc.

Peut-on raisonnablement penser que la logique du domaine public fonctionne de la même manière pour chaque élément de cet ensemble éclectique ? L'argument qui justifie l'absence de protection de chaque élément contribue également à accorder à celui-ci une fonction particulière et une capacité de résistance à l'appropriation plus ou moins forte.

Ensuite, les deux domaines sont bien plus mitoyens que contigus. Il est faux de prétendre que le domaine public est l'envers de la propriété privée, ce qui lui conférerait ipso facto un statut de bien commun et d'immunité face à la privatisation. Envisager le domaine public comme un lieu séparé et fonctionner dans une rhétorique binaire opposant la propriété intellectuelle au domaine public¹⁶ dissimule l'épistémologie réelle du domaine public dans laquelle le public et le privé sont bien plus entremêlés. En réalité, le domaine public opère au sein même de la propriété intellectuelle, et loin de constituer l'antidote à l'appropriation privée, il en est souvent le prétexte et l'incitant. On peut même dire dans certains cas que le mécanisme du domaine public est bien plus au service des droits intellectuels qu'à celui du public. Le domaine public est effet conçu par la propriété intellectuelle comme un champ d'exclusivités futu-

¹⁶ A. CHANDER & M. SUNDER, «The Romance of the Public Domain», 92 *Cal. L. Rev.* 1331, (2004).

res, et cela parce que notre vision naïve du domaine public comme un espace naturellement clos et séparé des droits intellectuels n'a pas suffi à remplir cette vision d'un véritable statut permettant d'assurer l'effectivité et la continuité de la préservation du domaine public. En créant un domaine public de la seule négation du droit intellectuel, nous avons négligé de construire un régime positif du domaine public, qui lui permettrait de se défendre et d'empêcher la reconstitution d'un monopole. Peu d'éléments du domaine public sont véritablement à l'abri d'une réservation privée et cette absence d'un statut public incompressible est enracinée dans le régime et l'histoire même de la propriété intellectuelle¹⁷.

Ce constat, fort désabusé, je l'accorde, peut être expliqué en revisitant les différents éléments du domaine public, pour vérifier comment le droit intellectuel et l'absence d'un régime propre, fragilisent fondamentalement ce que nous pensons être la forteresse du domaine public.

A. – *Le domaine public ontologique*

Les objets non susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur ou le droit de brevet semblent répondre à des logiques différentes. L'absence d'expression et d'originalité d'une part, l'absence de caractère technique (qui détermine ce qu'est une invention), de nouveauté, de caractère inventif et de possibilité d'application industrielle d'autre part. Le principe de constitution du domaine public ontologique répond cependant à deux constantes.

Les idées, concepts, méthodes, principes ou simples faits, sont exclus de la protection dans les deux types de droit, par manque d'expression ou de mise en forme pour le droit d'auteur, par manque de caractère technique pour le brevet. Les idées restent donc de libre parcours pour reprendre la célèbre expression de Desbois qui peut également être appliquée à la propriété industrielle, l'idée manquant en soi de la technicité requise. Le domaine public constitué par ces idées, ces concepts est certes particulier, car il répond de manière assez adéquate à l'objectif de publicité irréductible. Les idées pourront susciter de nouvelles œuvres ou inventions soumises à réservation privée, mais ne pourront jamais en elles-mêmes faire l'objet d'une exclusivité. C'est

¹⁷C. ROSE, «Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age», 66 *Law & Contemp. Probs.* 89, (2003), 96.

toutefois leur nature qui leur accorde cette protection particulière et non le régime même du domaine public, car nulle part dans la loi sur le droit d'auteur ou le droit du brevet, il n'est indiqué clairement que les idées et autres éléments de même nature devront toujours être accessibles à tous et n'appartenir à personne¹⁸.

On assiste même à une privatisation rampante de certaines méthodes par le droit des brevets, à en juger la récente évolution de l'Office Européen des Brevets qui n'a pas hésité à reconnaître la brevetabilité de méthodes commerciales¹⁹, qui ne sont en définitive que des idées. L'exclusion de ce type de méthodes n'est mentionnée par la loi, en l'espèce la Convention de Munich, que si la brevetabilité porte sur la méthode en tant que telle ce que l'OEB a contourné en exigeant un caractère technique pour que la méthode soit brevetable, caractère technique qu'elle trouve, dans sa jurisprudence la plus récente, dans le simple fait que la méthode soit mise en œuvre par un système informatique. L'exclusion de la loi n'a donc pas suffi à garantir l'absence de réservation.

Au-delà de l'exclusion des idées, le droit d'auteur et le brevet usent d'un critère similaire de protection, qui est celui de la présence d'une intervention ou d'une création humaine. C'est la notion d'œuvre et d'originalité, qui équivaut à l'empreinte de l'auteur, en droit d'auteur; c'est la notion d'invention, qui s'oppose à la découverte, existant seulement dévoilé par l'être humain, en brevet.

Cette ligne de partage entre protection et non-protection se calque sur l'opposition entre nature et culture. La propriété intellectuelle est la protection de la culture, de ce qui est réalisé par l'humain, alors que la nature reste non-protégée et constitue une grande part du domaine public²⁰. Les régimes de droits intellectuels sont la forme légale de ce qui est produit par l'humain. Le droit

¹⁸Voir toutefois l'article 3.2. des accords ADP/C et l'article 2 du Traité OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 2006.

¹⁹Décision de la Chambre de recours technique, 21 avril 2004, *Hitachi*, T-258/03; décision de la chambre de recours technique, 23 février 2006, *Clipboards formats Microsoft*, T-0424/03. Comp. l'ancienne jurisprudence de l'OEB qui déniait par principe, tout caractère technique à une méthode commerciale (*Pensions Benefit Systems 2000*, T-931/95).

²⁰L'identité entre la nature et la découverte, et partant sa non brevetabilité, est une constante en droit des brevets. La jurisprudence a également considéré à de nombreuses reprises que les choses existant dans la nature ne pouvaient être protégées par le droit d'auteur (voir, à propos de la protection de couleurs, Bruxelles, 7 décembre 2001, *Auteurs & Médias*, 2002, p. 153). Ce principe explique tout autant les difficultés que le droit d'auteur a pour appréhender certaines productions de l'art contemporain, tels les ready-made ou les œuvres appartenant au land art.

d'auteur protège la production de l'*homo poëtes*; le brevet celle de l'*homo faber*²¹. Dans les deux cas, la culture enclenche le mécanisme légal de protection, laissant la nature, du moins lorsqu'elle reste intouchée par l'intervention humaine, dans le périmètre du domaine public.

Les justifications traditionnelles de la propriété intellectuelle sont particulièrement illustratives de cette conception. La théorie lockéenne de la propriété fondée par le travail, qui sert souvent de fondement à l'octroi d'un droit d'auteur ou d'un brevet, similaire à un droit de propriété pour les créations résultat d'un travail intellectuel, établit un lien évident entre la dichotomie Nature/Culture et la dichotomie domaine public/propriété intellectuelle. L'idée de Locke selon laquelle le mélange de la nature et du travail humain produit toujours de la propriété²² souligne la justesse du critère d'originalité ou de l'invention comme déclencheurs du droit intellectuel²³. De manière similaire, la théorie hégélienne, également utilisée pour légitimer la propriété intellectuelle et selon laquelle l'octroi d'un droit sur un objet se justifie dès lors qu'un individu inscrit sa volonté sur cet objet, fait écho à l'idée d'une production culturelle humaine comme point de départ du droit intellectuel.

La vision occidentale de l'opposition entre Nature et Culture tend également à accorder à la culture une certaine suprématie. La nature par définition n'échappe pas à l'intervention de l'homme. Tant Locke qu'Hegel considèrent que toute ressource est fondamentalement libre d'être appropriée par l'homme, que ce soit par son travail ou par sa volonté.

La nature, ou le domaine public si l'on raisonne en propriété intellectuelle, sont donc des propriétés privées en devenir.

Cette idée est constante en propriété intellectuelle. Que l'on se souvienne de Renouard qui affirmait : «Que l'intelligence ait empire sur les choses, que l'homme soit le maître légitime de la nature inintelligente livrée à lui pour le servir, c'est là une vérité trop évidente

²¹ GIORGIO AGAMBEN, *L'homme sans contenu*, Circé, 1996.

²² JOHN LOCKE, «An Essay Concerning the True original, Extent, and End of Civil Government», in *Two Treatises of Government*, Ch. V, 27 (Peter LASLETT ed., 1988) : «Whatever then a man removes out of the State that Nature hath provided, and left in, he hath mixed his Labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his Property».

²³ Sur l'influence de Locke sur les premières lois sur le droit d'auteur, voir S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique - Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 276.

pour n'être pas incontestée»²⁴. Mais c'est encore plus incontestable en droit des brevets où l'expansion des biotechnologies a logiquement conduit à un affaiblissement du critère de brevetabilité, pour englober le vivant, donc la nature, dans le champ de l'intervention humaine requise pour caractériser l'invention. Il a suffi d'imaginer le concept d'isolation²⁵, sorte de tour de passe-passe permettant d'éviter la qualification de simple découverte, et nouveau seuil déterminant l'apparition d'une invention, relevant de la culture. L'isolation d'un élément naturel et biologique suffit à le rendre brevetable, isolation qui consiste à extraire l'élément de son milieu naturel ou à le produire par un procédé technique²⁶.

Cet abaissement du seuil de brevetabilité autour de la notion d'isolation n'a rien à envier à ce qui s'est passé en droit d'auteur. La notion d'originalité y a été interprétée de manière très large, incluant toute empreinte, même minimale, de l'auteur sur la nature²⁷, s'équivalant presque à la seule existence d'un processus de création, à la présence d'un «authorship»²⁸. En sus, des droits voisins sont venus réserver des éléments relevant non plus de la création, mais du seul investissement, qui représente une intervention humaine qualitativement moins importante.

La directive sur les inventions biotechnologiques n'hésite pas non plus à proclamer la supériorité de la culture sur la nature en justifiant l'extension de la brevetabilité sur le vivant par le fait que l'isolation d'éléments biologiques repose sur des «techniques que seul l'être humain est capable de mettre en oeuvre et que la nature est incapable d'accomplir par elle-même»²⁹. On pourrait dire plus modestement, ainsi que le relève William Cornish, que les processus biotechnologiques ne font que «répliquer, dans un laboratoire, l'extraordinaire chimie qui fait fonctionner l'humain»³⁰. Ce sacre de

²⁴ A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, Jules Renouard et Cie, 1838, Tome I, p. 441.

²⁵ Voir sur ce point, M. BUYDENS, «Remède à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique», *Rev. Int. Dr. Eco.*, 2006/4, p. 433.

²⁶ Article 3(2) de la directive sur les inventions biotechnologiques.

²⁷ B. EDELMAN, «The Law's Eye: Nature and Copyright», in B. SHERMAN & A. STROWEL, *Of Authors and Origins*, Clarendon Press Oxford, 1995, p. 83.

²⁸ J. LITMAN, «The Public Domain», 39 *Emory L.J.* 965 (1990), 967.

²⁹ Considérant 21 de la directive sur les inventions biotechnologiques. Voir également M.-A. HERMITTE, «Bio-éthique et brevets : le nouveau contrat social issu du système international», in S. MALJEAN-DUBOIS (ed.), *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, Editions Pedone, Paris, 2006.

³⁰ W. CORNISH, *Intellectual property : omnipresent, distracting, irrelevant?*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2004, p. 20.

la supériorité de l'humain n'a pas de quoi étonner en propriété intellectuelle tant il est au cœur de son fondement. Depuis l'époque des Lumières, en effet, le but du droit d'auteur et du brevet est notamment de consacrer l'auteur et l'inventeur, génies individuels et moteurs du progrès et de la modernité³¹.

Ce paradigme de la propriété intellectuelle qui reprend cette opposition entre culture et nature explique combien le domaine public ontologique n'a que peu de défenses à offrir contre une éventuelle appropriation ou extension du domaine de la propriété intellectuelle, alors que dans notre société, cette opposition tend à s'estomper de plus en plus ne laissant que peu de territoires inexplorés par la technique et la production humaine. La propriété intellectuelle est potentiellement sans limites, laissant le champ du domaine public dépourvu de ses délimitations traditionnelles. Loin d'être un espace fini, le domaine public est en réalité un territoire vierge, susceptible d'appropriation par les droits intellectuels. Et c'est notre conception de la propriété intellectuelle qui contient en germe cette menace pour le domaine public, à défaut d'avoir pu donner au domaine public une protection spécifique.

La difficulté de protéger les savoirs traditionnels illustre cette absence d'un régime positif du domaine public. Conçus dans la pensée occidentale comme dépourvus des qualités requises pour bénéficiaire du droit d'auteur ou du brevet, ne répondant pas parfaitement au critère de création individuelle, de technicité, de nouveauté, les savoirs traditionnels relèvent en conséquence du domaine public, même si ce concept épouse une approche occidentale à laquelle d'autres cultures de création et de savoir sont étrangères. Dans la mesure où la propriété intellectuelle est un concept occidental imposé par l'internationalisation des échanges, les savoirs traditionnels sont donc librement utilisables par tous, ce qui légitime leur exploitation et leur appropriation par des entreprises du Nord. Leur qualification en domaine public a en conséquence rendu improbable leur protection pendant des années³².

³¹ M.-A. HERMITTE, *op. cit.*, p. 32; B. EDELMAN, *Le sacre de l'auteur*, Paris, Seuil, 2004; A. CHANDER & M. SUNDER, *op. cit.*, p. 1340.

³² T. COTTIER & M. PANIZZON, «Legal perspectives on traditional knowledge: The case for intellectual property protection», in K. MASKUS & J. REICHMAN (eds.), *International public goods and the transfer of technology under a globalized intellectual property regime*, Cambridge University Press, 2005, p. 570; R. COOMBE, «Protecting cultural industries to promote cultural diversity: Dilemmas for international policymaking posed by the recognition of traditional knowledge», in

B. – *Le domaine public réglementaire*

S'agissant des exclusions de la protection, celles-ci sont assez peu justifiées par la volonté de créer un domaine public composé d'éléments librement accessibles. C'est certainement le cas de actes officiels exclus de la protection du droit d'auteur par la plupart des législations, l'objectif étant de permettre à la population de prendre connaissance des lois et autres actes qui les régissent. On peut également ranger la non brevetabilité des méthodes de traitement et de diagnostic dans cette catégorie de domaine public en la justifiant par l'intérêt général de permettre à tous d'accéder à un traitement médical.

En revanche, les exclusions de la brevetabilité fondées sur le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs visent davantage à freiner le développement d'inventions socialement répréhensibles, ce qui leur donne un statut particulier au sein du domaine public. Le clonage humain n'est pas brevetable mais il ne s'agit pas d'exclure le monopole pour créer un accès commun à cette technique éthiquement indésirable, mais plutôt d'empêcher l'exploitation de tels procédés ou de ne pas les récompenser par l'octroi d'un monopole.

En outre, les exclusions du champ de la brevetabilité sont d'interprétation restrictive. L'invention n'est exclue que si le brevet porte sur celle-ci, «en tant que telle». En conséquence, la pression de la propriété intellectuelle peut continuer à s'exercer autour des éléments exclus (et s'est généralement exercée de la sorte), ce qui rend également fort relatif le statut de domaine public de ces ressources intellectuelles. Il est de beau jeu d'inscrire le programme d'ordinateur au rang des exclusions de la brevetabilité si cette mise à l'écart n'empêche pas en réalité l'élaboration progressive et jurisprudentielle de la protection d'inventions mises en œuvre par des programmes d'ordinateur, sans que la limite entre le programme considéré en tant que tel et l'invention que le programme met en œuvre soit proprement hermétique.

K. MASKUS & J. REICHMAN (eds.), *International public goods...*, *op. cit.*, p. 602-604; A. CHANDER & M. SUNDER, *op. cit.*; CARLOS M. CORREA, *Traditional knowledge and intellectual property – Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge*, 2001.

C. — *Le domaine public temporel*

A l'origine des régimes de propriété intellectuelle, la limitation de leur durée répondait véritablement à des préoccupations d'intérêt général. Il s'agissait de construire un domaine public dont les éléments seraient accessibles à tous, suite à l'expiration de la période de protection, soit de contrebalancer l'octroi d'un monopole, en limitant celui-ci dans le temps. En ce sens, le domaine public constituait bel et bien un espace séparé du domaine privé du droit intellectuel, séparation formée par le passage du temps.

Dans les premiers temps de la propriété littéraire et artistique, la propriété privée était considérée comme une exception au principe de liberté, comme une intrusion limitée dans le domaine public, qui devait rester la règle. Jane Ginsburg a notamment montré que la prééminence du domaine public était avérée tant en France qu'aux Etats-Unis, deux régimes de droit d'auteur qu'on dit pourtant si différents³³. En 1774, la Chambre des Lords au Royaume-Uni tranche l'affaire *Donaldson v. Beckett*³⁴, et vote en faveur d'un droit d'auteur limité dans le temps, tout en insistant sur l'intérêt public que constitue la préservation du domaine public. Cette décision ne consiste pas uniquement en la consécration d'un domaine public en droit d'auteur anglais, elle met aussi un terme au droit d'auteur perpétuel revendiqué par certains, inscrivant le double mouvement entre protection privative limitée et domaine public inéluctable dans l'intérêt général.

A première vue, le domaine public temporel semble se former de manière automatique, par le simple écoulement du temps, comme si la « chute » dans le domaine public répondait à une règle immanente. Ce n'est toutefois pas vraiment le cas, surtout en droit d'auteur dont la durée n'a eu de cesse d'être étendue sans qu'une grande attention n'ait été prêtée aux conséquences que cela pourrait avoir sur le domaine public³⁵. De nombreuses raisons ont été invoquées pour ces extensions répétées : protection de plusieurs générations

³³ J. GINSBURG, *op. cit.*, p. 145.

³⁴ 1 *Eng. Rep.* 837 (H.L. 1774).

³⁵ Outre les lois allongeant la durée du droit d'auteur depuis la fin du 18^{ème} siècle, des modifications récentes de la durée doivent particulièrement être signalées, et notamment la directive européenne sur la durée du droit d'auteur et des droits voisins qui a porté la durée du droit d'auteur à 70 ans après la mort de l'auteur sans aucune considération pour l'effet que cette extension pouvait avoir sur le domaine public. Aux Etats-Unis, la durée du copyright a également été récemment allongée (voir le Copyright Term Enhancement Act de 1998).

d'héritiers, concordance avec la durée d'exploitation économique des œuvres, harmonisation des durées de protection existant dans différents pays, imitation de l'allongement du droit opéré dans un autre Etat, et, plus récemment, besoin de sortir les artistes-interprètes de la misère³⁶.

Jamais toutefois n'a été soulevé l'argument du domaine public, comme un rempart contre cette extension du terme de la protection, voire comme un argument dont il fallait tenir compte. C'est donc bien que le domaine public ne contient pas les principes lui permettant de s'ériger contre l'extension de la réservation privée.

Lors de la contestation de la récente prolongation de la durée du *copyright* américain, certains ayant argué de son inconstitutionnalité, la Cour Suprême a reconnu le pouvoir du Congrès d'étendre cette durée pour autant qu'il motive rationnellement cette extension³⁷. Parmi ces motifs « rationnels » apparaît la démonstration que la durée correspond à la vie économique des œuvres, soit à la période pendant laquelle les œuvres sont susceptibles d'être exploitées sur le marché³⁸. Notons que certains auteurs américains ont proposé de reconnaître une durée illimitée aux œuvres, conditionnée par l'accomplissement de formalités de renouvellement du droit³⁹. Leur système fait également complètement fi du domaine public mais repose sur la volonté de calquer la durée de protection à la durée de vie économique de l'œuvre, la valeur de l'œuvre sur le marché déterminant donc l'étendue de la protection. Tant le raisonnement de la cour suprême que celui de ces deux économistes du droit s'éloignent de la décision anglaise *Donaldson c. Beckett* qui utilisait la nécessité de constituer un domaine public comme un critère déterminant la durée utile du droit d'auteur.

Baser la détermination de la durée de protection, et par conséquent la consistance du domaine public, sur le critère de l'utilité économique de l'œuvre, revient en revanche à considérer que la valeur d'une œuvre sur un marché définit l'étendue de sa protection. Si l'on disposait d'un domaine public défini comme une valeur

³⁶ Voir l'annonce faite par la Commission européenne d'une extension de la durée des droits voisins en matière musicale, Ch. McCREEVY, « Les interprètes ne sont plus les parents pauvres de l'industrie musicale », IP/08/240, 14 février 2008.

³⁷ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

³⁸ *Ibidem*, note 14.

³⁹ W. LANDES & R. POSNER, « Indefinitely renewable copyright », 70 *U. Chi. L. Rev.* 471 (2003).

positive, l'utilité sociale de l'œuvre, soit son intérêt pour le public devrait permettre de limiter la durée du monopole sans considération aucune du marché de l'œuvre. Dans le régime actuel de la propriété intellectuelle, nous en sommes loin.

D. – *Le domaine public consenti*

Rappelons que le domaine public consenti rassemble les œuvres et inventions pour lesquelles le titulaire du droit ou la personne susceptible de bénéficier de ce droit n'a pas jugé utile de revendiquer cette propriété. En brevet, cette revendication doit être expresse et consiste en une procédure de demande de brevet pour l'invention. La situation par défaut est donc celle du domaine public consenti. En droit d'auteur en revanche, la seule création étant génératrice du droit, c'est l'abandon du droit qui doit être expressément formalisé et revendiqué. Le domaine public consenti est dans ce cas plus une exception à la règle que la situation par défaut.

S'y ajoutent les œuvres et inventions qui ont été protégées par un droit intellectuel mais dont le titulaire, par volonté ou négligence, a réduit la durée de protection. C'est le cas des inventions pour lesquelles le brevet a expiré à défaut du paiement des annuités requises, ainsi que des œuvres dont la durée de protection n'a pas été renouvelée dans les pays qui exigeaient cette formalité⁴⁰.

Ici aussi, l'absence d'un véritable régime positif du domaine public se fait sentir. La renonciation à ses droits, par défaut d'un dépôt de brevet ou par un abandon exprès de son œuvre au domaine public, ne garantit pas l'œuvre ou l'invention concernée contre une réappropriation par des tiers. Certes, aucun monopole ne pourra être constitué sur l'invention en tant que telle, sa divulgation publique empêchant la satisfaction du critère de nouveauté, pas plus que sur l'œuvre, un tiers ne pourra revendiquer un droit d'auteur sur une création qui n'est pas la sienne. Cependant, des améliorations de l'œuvre ou de l'invention seront considérées de manière autonome et pourront prétendre à la protection.

Ceci explique la mise en place de stratégies alternatives en droit d'auteur et, depuis peu, en droit des brevets, pour empêcher la

⁴⁰ Ce qui est notamment le cas aux États-Unis, principalement avant leur adhésion à la Convention de Berne.

réappropriation d'œuvres ou d'inventions pour lesquels l'ayant droit souhaite promouvoir l'utilisation libre et collective. Il s'agit des stratégies de libre accès, développées dans un premier temps pour le logiciel, dit logiciel libre, et ensuite pour d'autres types d'œuvres littéraires et artistiques, avant de contaminer, plus récemment, le domaine du brevet⁴¹. C'est bien parce que le délaissement de l'œuvre ou de l'invention dans le domaine public n'emporte que peu de conséquences positives, que certains titulaires de droit préfèrent conserver leurs droits, les revendiquer même, mais pour obliger à la publicité de leur objet.

II. – STRATÉGIES DE PRÉSERVATION DU DOMAINE PUBLIC

Cette première partie nous a permis, il me semble, de comprendre la véritable mécanique du domaine public et combien, dans l'état actuel de notre conception de la propriété intellectuelle, il n'est pas par nature réticent à la privatisation ou à la décomposition. Il s'agit donc de rester sceptique quant à la possibilité de lutter contre la disparition ou l'empiètement du domaine public si l'on ne change pas fondamentalement notre façon de penser celui-ci. L'imposture du domaine public nous empêche en effet de construire de véritables stratégies de préservation d'un espace qui, loin de constituer une réserve naturelle à l'abri des appétits de la propriété intellectuelle, en permet plutôt la constante extension.

La tâche est difficile car elle nécessite de construire un nouveau régime pour le domaine public, ce qui ne peut raisonnablement s'élaborer qu'aux termes d'une recherche plus approfondie et collective. J'oserai donc uniquement suggérer quelques pistes, en commençant par redéfinir le domaine public concerné (1.), avant d'en dresser quelques règles de protection (2.).

⁴¹ Voir sur ce point, S. DUSOLLIER, «Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering», 82 *Chicago-Kent Law Review*, 1391 (2007).

1. Une nouvelle définition du domaine public

Développer un régime positif de protection du domaine public nécessite avant tout de définir la consistance de celui-ci, tant sur le plan de ses éléments que sur celui de ses objectifs.

L'étendue du domaine public requiert une réflexion sur les objectifs poursuivis par ce dernier. Cette contribution étant partie de la question de l'intérêt général, revenons-y. A l'aube de la propriété intellectuelle, que ce soit en brevet ou en droit d'auteur, le domaine public était le principe, le droit exclusif en étant l'exception. La liberté de copie et de concurrence était la règle qui ne cédait au droit intellectuel que pour des raisons d'équité, d'efficacité économique et politique. Mais cette dérogation était elle-même limitée, dans le temps, l'objet et l'étendue, afin de préserver le domaine public qui devait rester la règle par défaut. C'est en ce sens que le domaine public garantissait l'intérêt général : on ne pouvait prendre au domaine public qu'une portion réduite et délimiter les réservations accordées de telle manière que le domaine privé ainsi créé soit compensé par un domaine public équivalent, voire plus important.

L'existence d'un domaine public répondait également à la nécessité de favoriser la création et l'innovation en laissant suffisamment de liberté de copie aux auteurs et inventeurs à venir, et ce même s'ils doivent s'appuyer sur les travaux des créateurs qui les précèdent.

La prise en compte de l'intérêt général par le domaine public nécessite en conséquence de regrouper dans le domaine public ce qui établit ce retour à la liberté de copie. Il peut donc paraître parcelaire de limiter le domaine public aux éléments ne faisant pas l'objet d'une protection par un brevet ou un droit d'auteur, le retour au principe de liberté se réalisant pareillement par une limitation du droit intellectuel s'appliquant à un élément protégé.

Mon domaine public intégrera de ce fait deux grandes parties. La première correspond aux conceptions traditionnelles du domaine public et rassemble les éléments qui ne sont pas susceptibles d'être protégés par un droit intellectuel, qui ne sont pas protégés ou qui ne le sont plus, suite à l'expiration du droit. Il s'agit en quelque sorte d'un domaine public *structurel* établi en fonction de l'absence de protection. Quel que soit le contexte de l'utilisation des éléments de ce domaine public, la liberté de copie est garantie. Font partie du domaine public structurel ainsi défini, les idées, faits et autres

éléments bruts n'étant pas mis en forme, les œuvres non originales, les découvertes, les inventions non nouvelles ou non inventives (*domaine public ontologique*), les œuvres et inventions sur lesquelles le droit a expiré (*domaine public temporel*), les œuvres ou inventions pour lesquelles le droit n'a pas été revendiqué ou a été expressément délaissé (*domaine public consenti*).

J'excluais toutefois de ce domaine public une partie de ce que j'ai appelé précédemment le *domaine public réglementaire*. Les exclusions de brevetabilité basées sur des considérations de respect de l'ordre public et des bonnes mœurs ne me semblent pas en effet appartenir au domaine public dont la construction est recherchée ici. Certes, ces inventions ne faisant l'objet d'aucune réservation privative, elles peuvent en principe être librement copiées. Cependant, l'objectif de l'exclusion du champ de la protection n'est pas de garantir ce libre accès et cette utilisation collective, mais bien de décourager le développement de telles inventions considérées comme socialement ou moralement indésirables. Ces éléments ne devraient donc pas faire partie d'un domaine public dont le régime viserait justement à encourager et à garantir l'accessibilité et l'utilisation publique des ressources qui y sont contenues. En revanche, certaines exclusions sont basées sur la volonté de permettre un véritable accès public, tels les actes officiels en droit d'auteur et les méthodes de traitement et de diagnostic en brevet. Ces éléments font partie du domaine public que nous souhaitons (re)construire.

Une deuxième partie inclurait ensuite les utilisations qui ne sont pas couvertes par le droit intellectuel, la protection de la ressource sur laquelle portent ces utilisations étant indifférente. Seraient ainsi qualifiés d'éléments du domaine public, toute utilisation d'une œuvre ou d'une invention qui ne rentre pas dans le champ du droit intellectuel concerné. Je vise principalement les exceptions et limitations du droit d'auteur ou des brevets, qu'il s'agisse d'exceptions au sens strict ou de licences légales, soit d'utilisations pour lesquelles le droit exclusif ne peut se déployer. Dans tous ces cas, l'intérêt général commande l'effacement du droit pour permettre l'utilisation.

Mais ce domaine public comprend aussi les utilisations des œuvres et inventions que le droit n'atteint pas par définition. C'est ce que j'appellerais le *domaine public cognitif* dont l'objectif est de permettre la jouissance des œuvres par le public. En brevet, cette connaissance des inventions est assurée par la divulgation des

inventions. En tant que nécessaire contrepartie à la protection et possibilité d'un accès public et collectif à l'invention, la prise de connaissance des inventions relève bien d'une logique de domaine public. En droit d'auteur, le domaine public cognitif réside dans la possibilité pour le public de prendre connaissance des œuvres, de les lire, les consulter, les entendre, les visionner, aucun de ces actes de «réception» des œuvres ne faisant en principe l'objet d'un droit exclusif, en tout cas dès la divulgation de l'œuvre⁴².

Notons que l'accès collectif résidant dans le domaine public cognitif et dans les exceptions et limitations subit les mêmes assauts que le domaine public plus classique. Les contrats et les mesures techniques menacent le bénéfice effectif des exceptions au droit d'auteur et réduisent le caractère libre et commun des utilisations concernées. Quant au domaine public cognitif, son existence n'étant pas explicite dans les régimes de propriété intellectuelle, on a pu sans vergogne limiter son effectivité. En matière de brevets, la divulgation de l'invention est parfois négligée, ainsi qu'en témoignent les incertitudes quant à la nécessité de publier le code source de programmes d'ordinateur faisant l'objet d'une demande de brevet⁴³. En outre, l'expansion de l'étendue des brevets portant sur des inventions biotechnologiques permet notamment de couvrir d'un droit la reproduction naturelle des inventions en question, nécessitant une exception spécifique pour les éleveurs et agriculteurs, ce qui limite donc le simple accès au produit breveté, ressortissant normalement au domaine public cognitif. S'agissant du droit d'auteur, l'évolution des marchés et des technologies numériques permet de manière croissante que l'utilisation même de l'œuvre soit soumise à autorisation, évolution consacrée par les textes relatifs aux logiciels et aux bases de données, qui font de la simple utilisation d'une œuvre un acte couvert par le droit exclusif. La protection des mesures techniques, dès qu'elles contrôlent un acte de consultation, d'accès ou d'utilisation de l'œuvre, renforce cette tendance.

Cette définition du domaine public qui englobe éléments non protégés et utilisations d'éléments protégés s'écarte de la vision traditionnelle dans la mesure où elle insère le domaine public au sein

⁴² Sur la question de l'accès intellectuel aux œuvres en droit d'auteur, voir S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2007, p. 148 et s.

⁴³ M. VIVANT, «La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique? vrai problème social?», *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2003, p. 34.

même de la propriété intellectuelle, n'en faisant pas un corps dissocié mais insistant sur les relations plus complexes qui se nouent entre réservation privée et utilisation commune.

Inclure les utilisations non couvertes par l'exclusivité dans l'espace du domaine public permet de recentrer la définition sur l'objectif même du domaine public qui est de favoriser et autoriser certaines pratiques d'accès et de réutilisation d'éléments intellectuels. Dans un récent article⁴⁴, Julie Cohen refuse la conception d'un domaine public limité à l'absence d'un droit intellectuel et suggère d'envisager le domaine public selon la métaphore du *cultural landscape*, comme le lieu de pratiques culturelles et créatives. Sa vision, développée pour le droit d'auteur, peut s'étendre au droit des brevets, si l'on admet que là aussi le but du domaine public est de susciter des pratiques productives, techniques ou scientifiques. Pour atteindre cet objectif, le domaine public doit être le lieu où le public, composé notamment de futurs créateurs et inventeurs, peuvent entrer et circuler sans rencontrer les droits intellectuels de quiconque. Dans une perspective économique, il doit englober les ressources ou les utilisations de ressources pour lesquelles aucune transaction ne doit se faire. Ce qui doit se traduire par l'inclusion tant des éléments non protégés que des limitations aux droits portant sur des œuvres et inventions protégées.

Le domaine public doit être le domaine de la connaissance accessible⁴⁵, pour reprendre les termes de Julie Cohen, que cette connaissance se situe hors ou dans le champ de la propriété intellectuelle. Le domaine public se caractérise donc par l'absence d'exclusivité. Il faut y ajouter un deuxième élément, l'absence de rivalité. Le domaine public est en effet composé d'éléments pour lesquels l'utilisation n'est pas rivale, au contraire du droit intellectuel qui installe artificiellement cette rivalité. Les possibilités d'accès et d'utilisation des biens du domaine public sont généralement détenues collectivement⁴⁶ : toute personne peut utiliser cette ressource sans entraver l'utilisation d'autres. C'est en ce sens qu'on peut parler de

⁴⁴ J. COHEN, «Copyright, Commodification, and Culture : Locating the Public Domain», in B. HUGENHOLTZ & L. GUIBAULT (eds.), *The public domain of information*, Kluwer Law International, 2006, p. 121.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ A. CHANDER & M. SUNDER, *op. cit.*, p. 1340.

commons ou de biens communs, ainsi que de nombreux écrits sur le domaine public ont tendance à le faire.

Le domaine public ainsi défini reste l'envers de la réservation privative, non quant aux objets sur lesquels il porte mais quant aux relations d'utilisation que les personnes peuvent entretenir avec ceux-ci, caractérisées, à l'inverse des droits intellectuels, par l'absence d'exclusivité et de rivalité.

Cette définition doit désormais permettre de donner corps à une esquisse de régime du domaine public.

2. Une nouvelle théorie du domaine public

Le domaine public a parfois été qualifié de chose commune, selon la définition qu'en donne l'article 714 du Code Civil : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ». C'est la conclusion à laquelle parvient Stéphanie Choisy dans une thèse de 2002, du moins pour le droit d'auteur⁴⁷. Le domaine public présente en effet toutes les caractéristiques des choses communes. Il ne fait pas l'objet d'une appropriation et son usage est commun à toute personne du public.

Cette qualification du domaine public en choses communes peut également permettre de construire un régime positif. S. Choisy se contente malheureusement de caractériser le domaine public, par ailleurs limité au seul domaine public temporel, de chose commune, sans en tirer toutes les conséquences⁴⁸.

Les choses communes, en droit des biens, présentent trois éléments résultant du texte même de l'article 714 du Code Civil :

- l'usage en est commun à tous;
- les choses communes n'appartiennent à personne;
- leur usage est réglé par des lois de police.

Chacun de ces éléments permet d'élaborer trois principes devant gouverner le domaine public.

La possibilité d'un usage commun, c'est le constat actuel du domaine public. L'absence d'un droit intellectuel permet en principe que toute personne puisse utiliser le bien intellectuel soumis au

⁴⁷ S. CHOISY, *op. cit.*, p. 60 et s.

⁴⁸ Voir, en revanche, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, Paris, LGDJ, 2006.

domaine public. Cet usage commun se rapproche également du critère de non rivalité que nous avons inclus dans la définition du domaine public. La préservation de cette utilisation collective doit être un des objectifs du domaine public, que l'on peut renforcer en inscrivant cette exigence dans la loi, en stipulant que les éléments relevant du domaine public ouvrent le bénéfice d'un droit collectif d'accès et d'utilisation qui ne peut être remis en cause. Cette inscription légale permettrait notamment d'affermir le statut des exceptions au droit d'auteur et au droit des brevets, empêchant les contrats ou les mesures techniques d'imposer un contrôle individuel des utilisations normalement garanties par ces exceptions. Cette affirmation du caractère commun d'autres éléments du domaine public constituerait également un rempart contre le déploiement de modèles d'exploitation niant cette utilisation collective.

La conséquence serait identique pour le domaine public résultant d'une exclusion du champ de la protection destinée à favoriser l'accès public à l'élément concerné. La constitution d'une base de données de documents législatifs par exemple ne devrait pas se voir reconnaître le bénéfice d'un droit *sui generis* si ce droit aboutit à obérer l'accessibilité publique de ces textes.

L'impossibilité d'une appropriation des biens communs est pour l'instant un vœu pieux en ce qui concerne le domaine public. Si l'on peut admettre que les éléments du domaine public ne font l'objet d'aucune appropriation, cette position ne les protège pas contre une reconstitution d'un monopole exclusif. L'affirmation légale de ce caractère de non exclusivité du domaine public formerait un principe dont le juge et le législateur devraient tenir compte dès qu'un droit intellectuel, quel qu'il soit, prétendrait se constituer à partir d'éléments pris du domaine public. Il va de soi que la création d'œuvres ou d'inventions se fonde généralement sur le domaine public et que cette seule circonstance ne peut empêcher la reconnaissance d'un droit d'auteur ou d'un brevet qui répond aux conditions légales. Toutefois il faudrait pouvoir empêcher la constitution d'un monopole sur un objet relevant du domaine public lorsque ce monopole ne concerne pas une création dérivée mais substitue bel et bien une réservation privative sur un élément dont toute exclusivité devrait être absente. L'objectif d'un régime positif du domaine public doit être d'empêcher qu'une réappropriation par un

droit exclusif ravisse effectivement une ressource du domaine public, niant son statut de bien commun, non rival et non exclusif.

Le statut libre des idées et autres éléments du domaine public ontologique devrait être réaffirmé ce qui imposerait au législateur souhaitant empiéter sur ce principe, par exemple en admettant la brevetabilité de simples méthodes, la constitution d'un droit sur de simples faits par le biais des bases de données les organisant, l'extension du brevet sur de simples découvertes, de devoir particulièrement justifier cet débordement sur un plan économique ou philosophique au regard de l'intérêt général porté par le domaine public. Trop souvent dans ces circonstances, le législateur néglige de procéder à une telle analyse. Dans le célèbre arrêt *Feist* aux États-Unis, qui a rejeté la protection par le *copyright* de bases de données non originales, un des arguments concluant à ce rejet fut justement le fait que les données relevaient du domaine public ce qui suffisait à les rendre non protégeables par le droit d'auteur⁴⁹. La force du domaine public commanderait également que le législateur motive particulièrement une extension de la durée de protection ou une limitation des exceptions des droits accordés.

Le statut non appropriable du domaine public pourrait également limiter l'octroi de droits intellectuels. Par exemple, un droit de marque peut certainement porter sur une dénomination ou signe pour lesquels il n'y a pas de droit d'auteur ou sur lesquels le droit d'auteur a expiré. Toutefois l'exclusivité qu'accorde la marque à ce signe est normalement limitée par le principe de spécialité. Droit d'occupation sur un signe, le droit de marque ne rend exclusive que l'exploitation d'un signe pour certains produits et services. Par contre, lorsque la marque porte sur une forme et vise en réalité à reconstituer le monopole que conférait auparavant un éventuel brevet ou un droit de dessins et modèle sur ce produit, la logique du domaine public doit permettre d'empêcher cette réappropriation.

La jurisprudence suit parfois cette logique.

Une décision française a notamment recouru à la notion de domaine public pour empêcher le plein exercice d'un monopole. Il s'agissait d'une œuvre d'art contemporain réalisée sur la Place des Terreaux à Lyon. Ses auteurs, Daniel Buren et Christian Drevet, ont voulu exercer leur droit de reproduction à l'encontre d'un édi-

⁴⁹ 499 U.S. 340 (1991), voir spécialement n° 347.

teur de cartes postales qui avait reproduit la place en ce compris leur aménagement de celle-ci. Le juge de première instance a rejeté l'action des artistes en considérant que des bâtiments relevant du domaine public ne peuvent être soumis au droit d'auteur portant sur une autre œuvre⁵⁰. Cette motivation est particulièrement intéressante dans la mesure où elle use du statut du domaine public pour faire ployer le droit d'auteur sur une véritable œuvre s'adjoignant à celui-ci. Certes, la décision fut confirmée en appel pour d'autres motifs, comme si le raisonnement sur le domaine public avait effrayé par sa témérité, même si le juge admet que «la protection particulière qui est accordée aux auteurs sur le réaménagement de l'espace place des Terreaux ne doit pas porter atteinte à la jouissance commune»⁵¹. De ces deux décisions découlent en tout cas la volonté d'asseoir une protection positive sur le domaine public.

Dans une affaire de droit des marques portée devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, l'avocat général, pour refuser un dépôt de marque relative à une forme tridimensionnelle, a affirmé que : «l'intérêt public ne doit pas supporter le risque, même minime, de voir le droit des marques envahir indûment le domaine d'autres droits exclusifs limités dans le temps, alors qu'il existe effectivement des moyens efficaces à la portée des fabricants d'un produit pour indiquer son origine»⁵². Ces conclusions lient clairement la préservation du domaine public, fondée par l'intérêt général, à l'interdiction de reconstituer un monopole sur celui-ci. Il est intéressant de noter que c'est au nom de l'intérêt général que l'Avocat Général – et la Cour l'a suivi sur ce point⁵³ –, rejette la réservation du signe par le droit de marque, équivalant cet intérêt général à la disponibilité de certains signes, relevant du domaine public.

Tout récemment, la cour de cassation, dans l'affaire opposant des héritiers de Victor Hugo à un auteur ayant rédigé une suite des

⁵⁰ TGI Lyon, 4 avril 2001, *D.*, 2002, p. 1417, note EDELMAN.

⁵¹ CA Lyon, 20 mars 2003, *C.C.E.*, septembre 2003, p. 23, note C. CARON. Voir également Cass., 15 mars 2005, disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁵² Conclusions de l'Avocat Général M. Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 24 octobre 2002, Affaires jointes C-53/01 à C-55/01, *Linde AG, Winward Industries Inc. et Rado Uhren AG*, §29.

⁵³ CJCE, 8 avril 2003, Affaires jointes C-53/01 à C-55/01, *Linde AG, Winward Industries Inc. et Rado Uhren AG*.

Misérables, a clairement affirmé que «la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié»⁵⁴. On ne pouvait rêver d'un attendu confirmant de manière encore plus éclatante que le temps est peut-être venu de reconnaître une force aux éléments du domaine public, sous forme d'une capacité à rejeter toute réserve qui viendrait nier ce domaine public⁵⁵.

Enfin, l'article 714 du Code Civil précise que l'usage des choses communes est réglé par des lois de police. Ceci ouvre la possibilité d'une véritable réglementation du domaine public. Par lois de police, on pourrait entendre une loi spécifique au domaine public ou des dispositions y relatives dans les lois sur la propriété intellectuelle. Les lois de police auxquelles réfère le Code civil ont principalement pour but d'organiser l'accès et l'utilisation des choses communes dans un but de préservation et de continuité de celles-ci. Cette préservation est devenue de plus en plus importante par rapport à la pollution de l'eau, de l'air, exemples types de choses communes visées par l'article 714 du code civil. Une telle préoccupation domine également les régimes de protection et d'organisation des biens communs internationaux. L'Antarctique, les mers, l'espace aérien sont tous protégés par des régimes de *commons* réglés par des conventions internationales dont l'objectif est de distribuer les droits d'accès à ces ressources communes à l'ensemble des Etats⁵⁶. Tant les choses communes visées par le code civil que les *commons* en droit international se caractérisent par la possibilité de leur raréfaction, n'étant pas des ressources infinies.

Ce n'est pas le cas du domaine public. Son immatériabilité conduit au contraire à sa profusion. Il n'est donc pas besoin d'empêcher la raréfaction de ces ressources. Deux auteures américaines, réfléchissant sur les conséquences d'une transposition de la conception économique des *commons*, au domaine public et aux biens communs intellectuels ont toutefois trouvé que le régime du domaine public pouvait s'inspirer de la théorie des biens communs afin de mieux

⁵⁴ Cass., 31 janvier 2007, arrêt n° 125, disponible sur <http://www.courdecassation.fr>.

⁵⁵ Sous réserve du droit moral, perpétuel en France mais dont on peut penser qu'il n'est que l'expression d'une préservation de l'intégrité de l'œuvre, comme outil de préservation de la chose commun.

⁵⁶ Voir sur ces biens communs internationaux, S. BUCK, *The Global Commons - An Introduction*, Washington, Island Press, 1998.

organiser un accès public effectif à ces ressources⁵⁷. La préservation du domaine public si elle ne s'impose pas en raison de la raréfaction de ses éléments, se justifie malgré tout en raison de la nécessité de rendre effectif le droit collectif d'accès et d'utilisation. Se basant sur la notion de lois de police, il faudrait pouvoir organiser les institutions permettant de maintenir une mémoire du domaine public et une connaissance véritablement publique de ses éléments. L'on songe évidemment au dépôt légal ou aux bibliothèques qui devraient permettre une conservation du patrimoine que constitue le domaine public, mais également aux nouvelles possibilités offertes par le numérique. Cette exigence de conservation et d'accès public se justifie principalement pour les domaines publics temporel, réglementaire et consenti, l'idée d'une conservation des idées n'ayant pas beaucoup de sens. Mais l'organisation de répertoires d'œuvres, par le biais d'un dépôt légal ou autrement, et d'inventions, par le biais de la divulgation déjà bien organisée, s'impose également rendre effectifs à la fois le domaine public cognitif et les exceptions aux droits intellectuels, le public pouvant ainsi prendre connaissance des œuvres et inventions et, suite à cet accès, jouir de certaines utilisations sous couvert d'exceptions aux droits exclusifs. La construction d'un véritable domaine public, ayant autant de force que la réserve privative devra, à mon sens, se réaliser par la mise en place d'une architecture institutionnelle conservant la production intellectuelle, qu'elle soit protégée ou non par un droit privatif.

Cette affirmation légale du domaine public, assortie d'une organisation d'une conservation et d'un accès public à celui-ci, peut mener à des règles particulières à chaque composante de ce domaine public. Il faudra sans doute affiner l'analyse pour parvenir à un régime juridique proprement défini et construit⁵⁸.

CONCLUSION

La prise en compte de l'intérêt général en propriété intellectuelle commande certainement de constituer, en parallèle de la propriété

⁵⁷ C. HESS & E. OSTROM, «Ideas, Artifacts and Facilities: Information as a Common-Pool Resource», 66 *Law & Contemp. Pblms*, 111 (2003).

⁵⁸ Pour une tentative plus précise de construire le régime de ce domaine public, voir S. DUSOLLIER et V.-L. BENABOU, «Draw me a public domain», in P. TORREMANS (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007, p. 161.

privée, des espaces de liberté où l'utilisation de la création artistique ou technique soit commune et dépourvue d'exclusivité. Cet espace peut résulter de l'expiration de la durée de protection, de l'impossibilité d'une protection, d'une exclusion expresse de la protection, ou de l'incapacité de la protection d'atteindre certains actes de jouissance des œuvres ou inventions.

Les droits intellectuels ont toujours connu et encouragé la formation d'un tel lieu de liberté, sous la forme d'un domaine public, rassemblant les biens intellectuels qui n'étaient pas ou plus protégés. Ce domaine public souffre toutefois de l'extension incontrôlée de la réservation privative, tant en droit d'auteur qu'en droit du brevet. Et déplorer son érosion ne suffit plus. L'on peut tenter de ramener à de plus justes proportions les avancées des droits intellectuels, dans leur objet, leur étendue ou leur mode d'exercice, pour contre-carrer l'empiètement sur le domaine public qui y est associé. Mais on peut aussi, et sans doute est-il temps de le faire, aborder le problème du côté même du domaine public, en réfléchissant aux règles de sa protection. Ceci nécessitera un complet revirement de position sur le domaine public. Envisagé principalement comme une terre en friche, susceptible d'appropriation, le domaine public reçoit aujourd'hui une définition essentiellement négative, étant considéré simplement comme l'envers de la protection, sans qu'aucune règle précise de droit positif ne soit attaché à ce statut d'absence de droit.

Lorsqu'une ressource, qu'on croyait tellement profuse qu'on pouvait la verser à l'utilisation commune sans plus de cérémonie, commence à sa raréfier ou à subir les assauts d'une privatisation qui menace son existence même, le droit ne tarde pas à réagir pour mettre en place des régimes de protection écologique. Une telle approche environnementale⁵⁹ est désormais souhaitable en propriété intellectuelle, pour qu'à côté de l'exclusivité se développe une véritable réserve d'idées, de créations non protégeables, d'œuvres et d'inventions anciennes, qui soient à la portée de tous. Outre des règles de classement exprès de certaines ressources dans ce domaine public, reconstruit autour de l'idée de libre utilisation, il faudra affirmer leur caractère de biens communs non appropriables, mettre

⁵⁹ La métaphore est empruntée à J. BOYLE, «A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net», 47 *Duke Law Journal*, 87 (1997).

en place les règles qui leur garantissent une absence de rivalité et d'exclusivité et instituer des mécanismes qui préservent ces ressources de l'oubli et rendent effectif l'accès et l'utilisation publique à ce nouveau domaine public.

Un tel changement de conception de la propriété intellectuelle nécessite probablement un considérable chantier pour définir les règles et le dessin de l'institution à ériger, en poser les fondations et en surveiller l'élaboration. Mais je ne doute pas qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence soit prête à relever le défi...