

Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore

Dix-septième session

Genève, 6 – 10 décembre 2010

NOTE SUR LES SIGNIFICATIONS DU TERME “DOMAINE PUBLIC” DANS LE SYSTEME DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE, TRAITANT EN PARTICULIER DE LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS ET DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE

Document établi par le Secrétariat

INTRODUCTION

1. À sa seizième session, tenue du 3 au 7 mai 2010, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (ci-après dénommé “comité”) a décidé que le Secrétariat devrait établir et diffuser pour la prochaine session du comité [...] un document d'information technique sur les significations du terme “domaine public” dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles¹. Le présent document a été établi pour donner suite à cette décision.

Rappel

2. En droit de la propriété intellectuelle, le domaine public désigne généralement des objets intangibles qui ne sont pas protégés par des droits de propriété intellectuelle exclusifs et qui sont donc librement utilisables ou exploitables par quiconque.

¹ Projet de rapport sur la seizième session. (WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.).

3. Toutefois, le domaine public est une notion souple, évolutive et relative qui ne se prête pas à une définition juridique universelle. Sa signification et ses effets dans la théorie de la propriété intellectuelle ne sont pas encore bien compris. Ce terme figure rarement dans les textes juridiques et il est encore plus rare qu'il soit accompagné de règles particulières.
4. En outre, le domaine public n'est pas nécessairement "l'opposé de la propriété"; on peut faire valoir au contraire que l'innovation protégée par des droits privés est tributaire de l'existence d'un riche domaine public². À cet égard, le domaine public ne désigne pas simplement ce qui n'est pas protégé par la propriété intellectuelle. Le domaine public est une ressource précieuse en soi³. De fait, la préservation d'un domaine public riche et solide est fréquemment présentée comme un important objectif de politique générale.
5. Toutefois, en ce qui concerne la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, et du point de vue des populations et communautés locales autochtones, le "domaine public" a pour effet d'exclure les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles de la protection et peut être utilisé pour justifier leur appropriation illicite⁴. Les cultures autochtones tendent à ne pas faire de distinction entre exclusivité et non-exclusivité, de sorte que la notion même de "domaine public" leur est étrangère. À première vue, les savoirs traditionnels peuvent s'apparenter à des objets du domaine public, étant donné qu'ils sont fréquemment partagés au sein d'une communauté. Néanmoins, il existe souvent des restrictions sociales concernant les personnes éventuellement autorisées à utiliser certains savoirs et les conditions dans lesquelles elles peuvent le faire. Certaines connaissances sont considérées comme secrètes, sacrées et faisant partie intégrante du patrimoine culturel autochtone depuis la nuit des temps et jusqu'à la fin des temps⁵. Mettre les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles dans le domaine public porterait atteinte au caractère confidentiel de nombreux éléments intangibles, sacrés et secrets qui font partie du patrimoine vivant et accentuerait la dégradation et l'appropriation illicite des valeurs culturelles⁶. En outre, si les promoteurs du domaine public reconnaissent que, lorsqu'une ressource est librement utilisable par tous, elle sera exploitée de manière symétrique par tous, les partisans de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles peuvent s'inquiéter du fait que le mouvement du domaine public "laisse le commun des mortels à la merci d'un marché dérégulé [...]"⁷. Les peuples autochtones et les communautés locales peuvent donc faire valoir que la définition du domaine public doit concilier différentes manières d'envisager le partage des connaissances. Selon eux, il existe non pas un seul domaine public, mais plusieurs domaines publics ou espaces de

² CHANDER, A. et M. SUNDER, "The Romance of the Public Domain", 92 CAL. L. REV. 1331 (2004), pp. 1334 et 1340.

³ Voir également BOETTIGER, S. et C. CHI-HAM, "Defensive Publishing and the Public Domain", in *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, (Krattiger A., R.T. Mahoney, L. Nelsen, J.A. Thomson, A.B. Bennett, K. Satyanarayana, G.D. Graff, C. Fernandez, et S.P. Kowalski (éd.), 2007, MIHR (Oxford, R.U.), PIPRA (Davis, États-Unis d'Amérique), Oswaldo Cruz Foundation (Fiocruz, Rio de Janeiro, Brazil) et bioDevelopments-International Institute (Ithaca, États-Unis d'Amérique).

⁴ VAN CAENEGEM, W., "The Public Domain: Scienta Nullius?", [2002] E.I.P.R., 324.

⁵ "Implementing a Traditional Knowledge Commons", *Natural Justice*, 2010, p. 40.

⁶ Voir le rapport de la cinquième session (WIPO/GRTKF/IC/5/15), par. 80.

⁷ CHANDER A. and M. SUNDER, *op. cit.* note 2, p. 1341.

partage des connaissances qui se chevauchent⁸. À cet égard, un “domaine commun” a été proposé⁹.

6. D'autres en revanche soulignent que le fait d'englober les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles dans le domaine public permet de les régénérer et de les revitaliser. Ni les membres d'une communauté autochtone ni les tiers ne seraient en mesure de créer ou d'innover sur la base du patrimoine culturel immatériel si des droits de propriété exclusifs devaient être établis sur celui-ci. Une protection excessive des expressions culturelles pourrait réduire le domaine public et le nombre d'œuvres qui s'en inspirent. Par conséquent, ces régimes peuvent décourager les artistes autochtones qui souhaitent développer leurs traditions artistiques en réinterprétant des motifs traditionnels de manière non traditionnelle et se lancer sur le marché concurrentiel des arts. La conséquence est que ces lois peuvent “geler” la culture à un moment historique donné et priver les peuples traditionnels de moyens d'expressions contemporains¹⁰.
7. Tenant compte de ces diverses perspectives, le comité a reconnu dès le début de ses travaux qu'une compréhension du rôle, des contours et des frontières du “domaine public” devait faire partie intégrante de toute analyse de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles sous l'angle de la propriété intellectuelle¹¹. Cette question a été mentionnée par plusieurs participants au cours des délibérations du comité et la décision prise par celui-ci à sa seizième session concernant l'établissement du présent document permet de revenir sur cette question centrale d'une manière ciblée et structurée.
8. S'agissant de questions complexes et sensibles, la présente analyse se limite aux différentes significations du terme “domaine public”, d'une manière générale et en ce qu'il s'applique aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles. Le présent document ne vise pas à privilégier une interprétation ou une approche quelconque et est sans préjudice des discussions sur le domaine public menées au sein d'autres organes de l'OMPI.

⁸ RAVEN, M., “Rethinking the Public Domain: A Challenge for Knowledge-sharing Societies in the Information Age”, Work in Progress, vol. 17, n° 2, été 2005, p. 23.

⁹ “Implementing a Traditional Knowledge Commons”, *op. cit.* note 5.

¹⁰ Voir “Expressions du folklore”, document soumis par la Communauté européenne (WIPO/GRTKF/IC/3/11). Voir également HAIGHT FARLEY, C. “Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?” 30 Conn. L. Rev. 1, 1997, et “Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles”, document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

¹¹ Voir “analyse globale”, *op. cit.* note 10, par. 15.

Structure du présent document

9. Compte tenu de ce qui précède, l'annexe du présent document traite la question de manière plus approfondie sous les rubriques suivantes :
 - a) définitions du domaine public sur le plan général;
 - b) définitions particulières du domaine public dans les différents domaines de la propriété intellectuelle;
 - c) recensement et signification des termes et concepts connexes;
 - d) examen du domaine public au sein d'autres organes de l'OMPI;
 - e) examen du domaine public au sein du comité; et
 - f) législation nationale et régionale relative aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles faisant référence au domaine public.

10. Certains des termes examinés dans un autre document établi pour la présente session, intitulé "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), sont aussi à prendre en considération aux fins du présent document.

11. Le comité est invité à prendre note du présent document et de son annexe.

[L'annexe suit]

NOTE SUR LES SIGNIFICATIONS DU TERME "DOMAINE PUBLIC" DANS LE SYSTÈME DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, TRAITANT EN PARTICULIER DE LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS ET DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE

I. DÉFINITIONS DU DOMAINE PUBLIC SUR LE PLAN GÉNÉRAL

1. La plupart des définitions du domaine public aux fins de la propriété intellectuelle¹² s'articulent autour de trois notions principales : le statut juridique des objets, les utilisations libres et l'accessibilité des objets.
2. Ainsi, le Black's Law Dictionary définit le domaine public comme "[l]'ensemble des inventions et des œuvres de création qui ne sont pas protégées par des droits de propriété intellectuelle et qui peuvent donc être utilisées gratuitement par quiconque. À l'expiration ou à la déchéance du droit d'auteur, du droit sur les marques, du droit de brevet ou du secret commercial, les objets de propriété intellectuelle qu'ils protégeaient tombent dans le domaine public et chacun peut se les approprier sans être accusé de contrefaçon"¹³. Dans sa deuxième édition de poche, le Black's Law Dictionary indique que le domaine public, du point de vue de la propriété intellectuelle, est "le domaine des publications, des inventions et des procédés qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur ou par un brevet"¹⁴.
3. Les parties ci-après montrent comment s'articulent ces trois notions :

A. OBJETS LIBRES DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

4. Le domaine public est constitué de sources d'informations sur lesquelles il n'existe aucun droit de propriété intellectuelle¹⁵ ou des sources libres de droits de propriété intellectuelle¹⁶, ou des produits d'information non grevés de droits de propriété intellectuelle¹⁷, c'est-à-dire des créations de l'esprit qui n'ont jamais fait ou qui ne font plus l'objet d'une protection par la propriété intellectuelle¹⁸. En d'autres termes, il se

¹² Le domaine public est un concept important dans d'autres secteurs du droit, tels que les droits d'accès du premier amendement, les accords gouvernementaux de confidentialité, la législation sur l'espionnage, sur les informations classées confidentielles et sur les listes de matériel de guerre ainsi que la loi sur la liberté de l'information. Voir LEE, E., "The Public's Domain: The Evolution of Legal Restraints on the Government's Power to Control Public Access Through Secrecy or Intellectual Property," 55 HASTINGS L.J. 91 (2003), p. 97. Le présent document traite uniquement de la propriété intellectuelle.

¹³ Black's Law Dictionary, 1027 (8^e édition 2005).

¹⁴ Black's Law Dictionary, 569 (2^e édition 2001).

¹⁵ SAMUELSON, P., "Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities," 66 Law & Contemp. Probs. 147 (2003).

¹⁶ SUTHERSANEN, U., *A2K and the WIPO Development Agenda: Time to List the "Public Domain"*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development (projet CNUCED-ICTSD sur les droits de propriété intellectuelle et le développement durable), document de synthèse n° 1, décembre 2008.

¹⁷ BOYLE, J., "The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain," 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33 (2003), pp. 59-60, 68, et BOYLE, J., "Foreword: The Opposite of Property?," 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 1, 29-30 (2003).

¹⁸ SUTHERSANEN, U., *op. cit. note 16*.

compose d'éléments exclus de la protection¹⁹, par exemple des éléments dont l'originalité est insuffisante pour bénéficier d'une protection par le droit d'auteur ou des inventions ne remplissant pas les conditions de brevetabilité ou non brevetables, d'éléments "libérés" à la suite d'une invalidation ou de l'expiration du droit de propriété intellectuelle applicable, et d'éléments remplissant les conditions requises pour être protégés mais pour lesquels, dans le cas de la propriété industrielle, la protection n'a pas été demandée.

5. Cette notion repose sur l'importance accordée au statut juridique libre de droits de propriété intellectuelle, à l'absence de droits de propriété intellectuelle. Ces définitions ne peuvent être comprises qu'en tenant compte de ce qui est protégé par les législations sur la propriété intellectuelle. Dans ce contexte, le domaine public est simplement "ce qui reste après l'application des différents critères de protection juridique [...], le " négatif" de tout ce qui peut être protégé [...]"²⁰.
6. Bien que l'on considère généralement qu'un objet soit fait partie d'un domaine public libre de tout droit de propriété intellectuelle, soit est grevé de droits de propriété intellectuelle, la littérature consacrée au domaine public reconnaît tout un éventail de statuts juridiques entre ces deux pôles²¹.

B. OBJETS UTILISABLES PAR TOUS ET EXCLUSION DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE

7. Il existe une différence cruciale entre les sources d'information qui peuvent être librement utilisées et celles sur lesquelles un titulaire peut faire valoir des droits exclusifs²².
8. Les objets tombés dans le domaine public sont réputés être libres ou utilisables par tous pour utilisation²³ à toutes fins et gratuitement, sans avoir à obtenir l'autorisation ou la permission du titulaire d'un droit.

¹⁹ Le domaine public peut comprendre de la matière abstraite, telle que des idées ou des découvertes, de l'information, des concepts, des principes, des lois de la nature, etc. Voir SUTHERSANEN, U., *op. cit. note 16*. Certains, toutefois, ne considèrent pas que ces éléments font partie du domaine public. Voir, p. ex., ROSE, M., "Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain", 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 75 (2003), p. 80; voir aussi GORDON, W., "On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse", 78 VA. L. REV. 149, 163 (1992).

²⁰ SAMUELS, E., "The Public Domain in Copyright Law", 41 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 137 (1993) cité dans SAMUELSON, P., *Enriching Discourse on Public Domain*, 55 Duke Law Journal 101(2006) 105.

²¹ SAMUELSON, P., *op. cit. note 20*, 151.

²² BENKLER, Y., "Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain", 74 N.Y.U. L. REV. 354, (1999), pp. 361 et 362 in SAMUELSON, P., *op. cit. note 20*, 121.

²³ Voir, p. ex., Copyright and Fair Use, Stanford University Libraries, "Welcome to the Public Domain," http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter8/8-a.html ("Ces œuvres appartiennent au public, et non à un auteur ou à un artiste en particulier. Tout le monde peut les utiliser sans autorisation mais personne ne peut les posséder.)).

9. En outre, cette expression est utilisée pour désigner des objets intellectuels sur lesquels personne ne peut revendiquer ou maintenir en vigueur des droits exclusifs, c'est-à-dire qu'ils sont exclus de la propriété privée. Les objets tombés dans le domaine public ne sont la propriété privée de personne; ils constituent un bien commun, utilisable par tous sans restriction²⁴.

C. DISPONIBILITÉ ET ACCESSIBILITÉ

10. Pour certains, le domaine public désigne le domaine accessible au public²⁵. Cette assertion appelle deux remarques. Premièrement, tout ce qui est accessible ne se trouve pas dans le domaine public. Par conséquent, il convient d'établir une distinction entre le domaine public et les objets qui sont simplement mis à la disposition du public ou accessibles par le public. Il convient en outre de noter que l'accessibilité est une notion relative : il existe différents degrés d'"accessibilité"²⁶. Et, deuxièmement - ce qui est peut-être en contradiction avec l'assertion ci-dessus -, tout ce qui se trouve dans le domaine public n'est pas nécessairement accessible.

C.1 ACCESSIBLE MAIS PROTÉGÉ

11. Contrairement à certaines idées répandues, un objet ne se trouve pas dans le domaine public simplement parce qu'il est accessible ou disponible par l'intermédiaire d'une source libre et ouverte. Par exemple, les tableaux exposés dans un musée public peuvent être librement accessibles et leur reproduction photographique peut être autorisée mais cela ne signifie pas que ces œuvres sont tombées dans le domaine public. De même, la possibilité d'observer la reproduction d'une œuvre ou, de fait, d'une expression culturelle traditionnelle sur l'Internet ne signifie pas que l'œuvre ou l'expression culturelle traditionnelle est tombée dans le domaine public²⁷.

C.2 NON PROTÉGÉ ET NON ACCESSIBLE

12. Le fait qu'un élément soit dans le domaine public ne garantit pas en soi la liberté d'y accéder. L'absence de protection par la propriété intellectuelle ne permet pas en soi d'imposer un accès gratuit aux exemplaires des œuvres du domaine public²⁸.

²⁴ REESE, A., *The New Unpublished Public Domain 2* (août 2005) (manuscrit non publié), p. 48 *in* SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 135.

²⁵ SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 166.

²⁶ SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 153. Certaines informations peuvent être conservées comme un secret bien gardé. Les secrets peuvent être concédés sous licence ou transmis d'une autre manière à une ou plusieurs personnes sous réserve de restrictions de confidentialité implicites ou expresses (Voir, p. ex., POOLEY, J., *TRADE SECRET LAW* § 9.04[2] (1997)). Le caractère limitatif des licences varie en fonction des personnes pouvant accéder à l'information et utiliser celle-ci ainsi que de la finalité de cette utilisation.

²⁷ La numérotation et le catalogue du patrimoine culturel peuvent faciliter son utilisation et son exploitation inappropriées par des tiers, dans la mesure où le contenu peut être considéré comme faisant partie du domaine public lorsqu'il est consulté.

²⁸ Étude exploratoire de l'OMPI sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public, Séverine Dusollier, 2010, p. 7.

13. De fait, les objets du domaine public ne sont pas toujours exempts de coûts, ni de servitudes. Par exemple, l'accès à certains objets du domaine public peut dépendre de la législation protégeant les informations confidentielles et autres secrets d'affaires contre leur divulgation. En outre, une quantité considérable d'informations est accessible par le public (par exemple, procès-verbaux d'audience) pour peu qu'on se donne temps et la peine de les découvrir mais, d'un point de vue pratique, elles ne sont pas si accessibles²⁹. Des mesures techniques de protection peuvent restreindre encore les utilisations et s'appuyer sur des dispositions législatives anti-contournement, ce qui a une incidence sur les frontières du domaine public.
14. Il existe une définition stricte du domaine public, limitant celui-ci à "l'information publiquement accessible, dont l'utilisation ne porte atteinte à aucun droit légal, ni à aucune obligation de confidentialité. [...] Il englobe [...] les données publiques et l'information officielle que les gouvernements et les organisations internationales produisent et mettent volontairement à la disposition du public"³⁰.
15. De même, certaines définitions du domaine public englobent les œuvres non publiées ou les œuvres qui n'ont pas été divulguées au public. Ainsi qu'un chercheur l'a souligné, il y a lieu de se demander ce que signifie un objet tombé dans le domaine public libre de tout droit d'auteur lorsqu'il n'est pas accessible par le public³¹. Certains considèrent que, si les détenteurs des œuvres jouissent de droits de propriété personnels comprenant le droit de contrôler l'accès aux œuvres et les utilisations qui en sont faites, le public ne retire pas vraiment avantage de l'existence d'un domaine public non publié. L'exercice d'un contrôle matériel sur les objets libres de droits de propriété intellectuelle peut conférer davantage de prérogatives en matière de contrôle des utilisations que les législations de propriété intellectuelle³².

C.3 DOMAINE PUBLIC ET SAVOIRS TRADITIONNELS À LA DISPOSITION DU PUBLIC

16. Dans le domaine des savoirs traditionnels, les experts en questions d'accès et de partage des avantages pour les ressources génétiques et les savoirs traditionnels connexes³³ reconnaissent qu'il existe une distinction fondamentale entre les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques qui sont dans le "domaine public" et ceux qui sont "publiquement disponibles". On peut lire ce qui suit dans un rapport d'experts :
- "Il a été indiqué que l'expression "domaine public", qui est utilisée pour indiquer la libre disponibilité, a été prise hors contexte et appliquée aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui sont publiquement disponibles. "Publiquement disponible" ne signifie pas normalement disponible

²⁹ SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 154.

³⁰ UNESCO, *Recommandation sur la promotion et l'usage du multilinguisme et l'accès universel au cyberspace*.

³¹ Voir REESE, A., *op. cit.* note 24, p. 48.

³² *Ibid.*, pp. 24 et 25.

³³ Les experts de la Réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages ont opéré une distinction entre "domaine public" et "publiquement disponibles" spécifiquement pour les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

gratuitement. Cette expression pourrait signifier qu'il y a une condition pour imposer des modalités convenues d'un commun accord comme le paiement d'un droit d'accès. Les connaissances traditionnelles ont souvent été considérées comme étant du domaine public et, par conséquent, librement disponibles dès qu'on y a eu accès et que les a enlevées du contexte culturel particulier pour les diffuser. Mais on ne peut pas supposer que les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui ont été rendues publiquement disponibles n'appartiennent pas à quelqu'un. Dans le cadre du concept de la disponibilité publique, le consentement préalable donné en connaissance de cause d'un détenteur de connaissances traditionnelles qui est identifiable pourrait encore être requis et les dispositions du partage des avantages rendues applicables même lorsqu'un changement d'utilisation est discernable d'un consentement préalable donné en connaissance de cause précédemment. Lorsqu'un détenteur n'est pas identifiable, l'État par exemple pourrait décider qui en sont les bénéficiaires³⁴.

17. Les savoirs traditionnels peuvent être largement accessibles au public sur un support physique, l'Internet ou d'autres types de télécommunications ou d'enregistrements. Ils peuvent être divulgués à des tiers ou à des personnes n'appartenant pas aux communautés autochtones et locales dont sont ces savoirs sont issus, avec ou sans l'autorisation des communautés autochtones et locales (voir aussi "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter", dans le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9).

II. DÉFINITIONS PARTICULIÈRES DU DOMAINE PUBLIC DANS LES DIFFÉRENTS DOMAINES DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

18. Ainsi qu'il ressort de la définition donnée par Black's Law Dictionary, la notion de domaine public s'applique aux brevets, au droit d'auteur, aux marques et aux secrets d'affaires.

A. DOMAINE PUBLIC ET LÉGISLATION SUR LE DROIT D'AUTEUR

19. L'existence du domaine public est un principe fondamental du système de droit d'auteur³⁵.

A.1 DÉFINITION DE BASE

20. La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971) "s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de la protection"³⁶.

³⁴ Voir le document UNEP/CBD/WG-ABS/8/2, intitulé "Rapport de la Réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages".

³⁵ LITMAN, J., "The Public Domain", 39 Emory L.J. 965 (1990).

³⁶ Article 18.1) de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*.

21. Aux fins de la convention, le domaine public “[s]’entend des œuvres et objets de droits connexes qui – généralement parce que leur délai de protection est venu à expiration ou parce que leur protection dans le pays dont il s’agit n’est pas assurée par un traité international – peuvent être utilisés et exploités par quiconque sans le consentement des titulaires et du droit d’auteur et des droits connexes concernés et sans qu’il soit nécessaire de verser à ces derniers une rémunération”³⁷.
22. Cette définition est essentiellement négative car sa portée est inverse à celle de la protection par le droit d’auteur³⁸. Le domaine public comprend des créations de l’esprit qui, soit qu’elles ne remplissent pas les critères d’obtention d’une protection par le droit d’auteur, soit que la durée de la protection par le droit d’auteur ait expiré, entre autres choses, ne sont pas protégées par le droit d’auteur. Parfois, la définition est plus stricte, s’appliquant uniquement aux œuvres sur lesquelles le droit d’auteur a expiré³⁹. Le domaine public peut aussi comprendre des objets créés avant toute législation sur le droit d’auteur (dont des expressions culturelles traditionnelles) et des parties ou des aspects d’œuvres protégés autrement par le droit d’auteur alors que l’œuvre elle-même n’est pas protégée par le droit d’auteur⁴⁰. Il convient de noter que, la protection par le droit d’auteur étant territoriale, une œuvre peut être protégée dans un pays mais être tombée dans le domaine public dans un autre. En outre, si les droits patrimoniaux attachés au droit d’auteur sont limités dans le temps, le droit moral peut subsister à l’infini.

A.2 “UTILISATIONS” DANS LE DOMAINE PUBLIC

23. Certaines définitions du domaine public sont axées sur la liberté d’utilisation les objets même lorsque les œuvres dans lesquelles ces éléments sont incorporés sont protégées par des droits de propriété intellectuelle⁴¹. Cela signifie que le domaine public englobe non seulement le contenu non protégé, mais aussi les utilisations non protégées d’œuvres protégées par le droit d’auteur, c’est-à-dire les exceptions au droit d’auteur ou l’usage loyal⁴². Le domaine public peut donc comprendre “les utilisations non réglementées, implicitement autorisées, clairement loyales ou bénéficiant d’une autre exemption, des sources d’information protégées par la propriété intellectuelle”⁴³, alors que des utilisations contestées pouvant en fin de compte être considérées comme loyales ou bénéficiant d’une autre exemption à l’issue de procédures judiciaires prolongées sont exclues⁴⁴.

³⁷ *Guide des traités sur le droit d’auteur et les droits connexes administrés par l’OMPI et Glossaire du droit d’auteur et des droits connexes.*

³⁸ Étude exploratoire de l’OMPI sur le droit d’auteur et les droits connexes et le domaine public, Séverine Dusollier, 2010, p. 6.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ COHEN, J., *et al.*, *Copyright in a Global Information Economy*, Aspen Law and Business, 2002.

⁴¹ SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 146.

⁴² Étude exploratoire de l’OMPI, sur le droit d’auteur et les droits connexes et le domaine public, *op. cit.* note 38, p. 9, 11.

⁴³ BENKLER, Y., *op. cit.* note 22, 361-62. Voir aussi MERGES, R., “A New Dynamism in the Public Domain”, 71 U. CHI. L. REV. 183, 184 (2004) cité dans SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 121.

⁴⁴ SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 146.

24. Peuvent aussi être comprises les utilisations d'œuvres toujours protégées au titre du droit d'auteur mais rendues légitimes par le biais d'une licence⁴⁵. De ce fait, le domaine public peut comprendre des éléments qui, bien que protégés par la législation sur le droit d'auteur, bénéficient d'une exemption ou d'une licence implicite pour des utilisations courantes⁴⁶. Des éléments largement diffusés au titre de licences Creative commons (CC) ou d'autres types de licences peuvent, sous réserve de la façon dont celles-ci sont structurées, être considérés comme faisant partie du domaine public⁴⁷.
25. En outre, la notion de domaine public comporte quelques variantes quasi équivalentes, telles que "open acces" (en libre accès) ou "open source" (en source libre) "information commons" (information commune), "intangible commons of the mind" (biens communs intangibles de l'esprit) ou "knowledge commons" (savoirs communs). Ces notions distinctes mais analogues sont souvent utilisées en association avec l'idée selon laquelle l'innovation et la créativité ne peuvent être encouragées que s'il existe un réservoir ouvert d'idées et de savoirs mis en commun, c'est-à-dire un domaine public vigoureux⁴⁸.
26. Enfin, les œuvres orphelines et les œuvres épuisées forment aussi une zone grise qui peut être considérée comme faisant partie du domaine public⁴⁹.

A.3 EXHORTATION EN FAVEUR D'UN DOMAINE PUBLIC VASTE

27. On entend souvent que la créativité dépend de la possibilité d'accéder à un corpus d'éléments qui sont déjà dans le domaine public et de s'en inspirer. D'ailleurs, certains affirment que les auteurs ne créent pas de toutes pièces de nouvelles œuvres⁵⁰ et que toutes les créations culturelles ou presque ont un antécédent : une création préexistante tombée dans le domaine public⁵¹. Par conséquent, le domaine public joue le rôle de "première protection législative" des éléments bruts qui rendent la création possible; il devrait être considéré non pas comme le domaine des œuvres qui ne méritent pas la protection mais comme un instrument permettant au reste du système de fonctionner en mettant le matériau brut de la création à la disposition des auteurs⁵². De même, le domaine public joue un rôle essentiel dans la promotion de l'entreprise de création⁵³.

⁴⁵ Étude exploratoire de l'OMPI sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public, *op. cit.* note 38, pp. 9, 11. Voir aussi NIMMER, D. *et al.*, "The Metamorphosis of Contract Into Expand", 87 CAL. L. REV. 17, 23 (1999), cité dans SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 151.

⁴⁶ SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 121.

⁴⁷ SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20 123 et 152. Creative Commons, Choosing a License, <http://creativecommons.org/about/licenses/> (dernière consultation : 16 juillet 2010).

⁴⁸ SUTHERSANEN, U., *op. cit.* note 16. Pour une analyse du logiciel libre, voir SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 123.

⁴⁹ Étude exploratoire de l'OMPI sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public, *op. cit.* note 38, pp. 9 et 11.

⁵⁰ LITMAN, J. *op. cit.* note 35, p. 965.

⁵¹ Voir DUTFIELD, G. et U. SUTHERSANEN *Innovation and development, in INNOVATION WITHOUT PATENTS: HARNESSING THE CREATIVE SPIRIT IN A DIVERSE WORLD* (Suthersanen U, Dutfield G, & Boey Chow K. eds.), Edward Elgar, 2007.

⁵² LITMAN, J., *op. cit.* note 35, pp. 967, 968.

⁵³ *Ibid.*

28. En ce sens, le domaine public constitue non pas un ensemble distinct et séparé du contenu protégé par la propriété intellectuelle⁵⁴, ni “ce qui reste une fois que les contours du droit d’auteur ont été tracés mais [...] un centre d’archivage de ressources indépendant”⁵⁵. Il encourage le développement de la culture artistique puisqu’il fait partie du paysage culturel⁵⁶.
29. En résumé, les voix qui s’élèvent en faveur d’un domaine public vigoureux soulignent son rôle positif pour la société : sous forme d’élément de construction de nouveaux savoirs, de catalyseur d’imitations concurrentielles⁵⁷ et d’œuvres de suite, d’accès gratuit ou à faible coût à l’information⁵⁸⁵⁹, d’accès du public au patrimoine culturel⁶⁰, etc. Dans cette perspective, le domaine public pourrait constituer un “terreau fertile pour de nouvelles œuvres ainsi qu’une riche source de contenu pour l’enseignement”⁶¹.

B. DOMAINE PUBLIC ET DROIT DES BREVETS

B.1 DÉFINITION DE BASE

30. D’une manière générale, le domaine public sous l’angle du droit des brevets recouvre les connaissances, les idées et les innovations sur lesquelles personne n’a de droit de propriété, que n’importe qui peut utiliser et dont toute personne peut s’inspirer sans restriction⁶².
31. Il est généralement entendu que le système des brevets est un contrat social passé entre l’inventeur et le public : d’une part, il confère des droits exclusifs au titulaire du brevet pour empêcher autrui de faire un usage commercial de l’invention brevetée sans son consentement et, d’autre part, il l’oblige à divulguer son invention de sorte qu’elle puisse être exécutée par un homme du métier.
32. Pour chaque brevet, les déposants doivent fournir les caractéristiques techniques de l’invention; en vertu de la plupart des législations nationales, ces caractéristiques sont rendues publiques par une publication 18 mois après la date de dépôt (ou la date de priorité). Après l’expiration, l’abandon ou l’annulation d’un brevet, l’invention revendiquée

⁵⁴ COHEN, J., *Copyright, Commodification and Culture: Locating the Public Domain*, in THE PUBLIC DOMAIN OF INFORMATION (P. Hugenholtz & L. Guibault éd., 2006) cité dans SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20.

⁵⁵ Étude exploratoire de l’OMPI sur le droit d’auteur et les droits connexes et le domaine public, *op. cit.* note 38, p. 6.

⁵⁶ COHEN, J., *op. cit.* note 54.

⁵⁷ Voir, p. ex., OCHOA, T., “Origins and Meanings of the Public Domain”, 28 U. DAYTON L. REV. 215 (2002), p. 215, cité dans SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20.

⁵⁸ Voir, p. ex., LITMAN, J., *op. cit.* note 35, p. 966.

⁵⁹ Voir, p. ex., VAN HOUWELING, M., “Distributive Values in Copyright Law”, 83 TEX. L. REV. 1535, 1575 (2005) cité dans SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20.

⁶⁰ Voir, p. ex., OCHOA, T., *op. cit.* note 57, p. 215 (Nous considérons comme acquis que les pièces de Shakespeare et les symphonies de Beethoven font partie du domaine public et qu’elles peuvent être librement copiées, adaptées et exécutées par quiconque)).

⁶¹ Déclaration conjointe de l’IFLA, l’EIFL et EBLIDA devant le Comité provisoire pour les propositions relatives à un Plan d’action de l’OMPI pour le développement, à sa deuxième session tenue à Genève du 26 au 30 juin 2006, disponible à l’adresse <http://www.ifla.org/III/clm/p1/A2K-7.htm>.

⁶² Voir “Diffusion de l’information en matière de brevets” (SCP/13/5), paragraphe 110.

peut être utilisée par tous sans le consentement du titulaire du brevet. Même pendant la durée de validité du brevet, les tiers sont libres d'incorporer les informations dans de nouvelles inventions dès lors qu'elles ne portent pas atteinte au brevet délivré. Par ailleurs, les brevets délivrés peuvent encourager d'autres personnes à inventer en contournant le brevet. Par exemple, elles peuvent utiliser les informations divulguées pour mettre au point de nouvelles technologies qui se situent hors du champ d'application des droits exclusifs conférés par le brevet publié⁶³. La notion "d'état de la technique" est examinée plus loin.

B.2 COMMENT LES INVENTIONS TOMBENT DANS LE DOMAINE PUBLIC

33. D'une manière générale, les inventions tombent dans le domaine public pour les raisons suivantes :
- a) absence de restrictions légales d'utilisation : une œuvre peut appartenir au domaine public s'il n'y a aucun texte législatif qui établisse des droits de propriété sur cette œuvre ou si l'œuvre ne satisfait pas aux critères de protection ou est expressément exclue de la protection en vertu des lois existantes⁶⁴;
 - b) expiration de la protection par brevet : la protection conférée par le brevet est limitée dans le temps. Dans la plupart des pays, la durée de validité des brevets est de 20 ans calculés à partir de la date de dépôt, après quoi l'invention n'est plus protégée⁶⁵;
 - c) non-renouvellement : d'une manière générale, pour maintenir en vigueur un brevet délivré, les diverses législations nationales imposent au titulaire du brevet de payer à l'office des brevets des taxes de maintien en vigueur ou de renouvellement. Le défaut de paiement des taxes de maintien en vigueur à l'office des brevets entraîne la déchéance du brevet concerné⁶⁶; et
 - d) révocation ou annulation : d'une manière générale, les lois sur les brevets prévoient certaines procédures pour la révocation ou l'annulation d'un brevet avant son expiration, lorsqu'il est établi que les critères légaux de brevetabilité n'étaient pas observés⁶⁷.

B.3 TERRITORIALITÉ

34. La protection par brevet présente un caractère territorial. Dans de nombreux cas, et de manière simplifiée aux fins du présent document, les inventions peuvent être protégées dans un pays mais relever du domaine public dans d'autres. Cela peut être le cas si la

⁶³ Voir "Rapport sur le système international des brevets" (SCP/12/3), paragraphes 37 à 39.

⁶⁴ Voir "Diffusion de l'information en matière de brevets" (SCP/13/5), paragraphe 114.

⁶⁵ Voir "Diffusion de l'information en matière de brevets" (SCP/13/5), paragraphe 116.

⁶⁶ Voir "Diffusion de l'information en matière de brevets" (SCP/13/5), paragraphe 117.

⁶⁷ Il y a un rapport direct entre la qualité des brevets délivrés et le domaine public. Ces dernières années, des offices de brevets ont été la cible de critiques parce qu'ils délivraient des brevets trop larges par rapport à l'innovation réelle divulguée dans la demande de brevet. À l'inverse, une application trop stricte des critères de brevetabilité peut éventuellement conduire à l'élargissement du domaine public. Voir "Diffusion de l'information en matière de brevets" (SCP/13/5), paragraphe 118.

demande de brevet n'a pas été déposée dans les autres pays considérés ou si la législation en vigueur n'autorise pas la délivrance de brevets pour le type d'invention en question.

35. Le droit de brevet étant un droit territorial, une demande doit, en principe, être déposée dans chaque pays dans lequel une protection par brevet est demandée⁶⁸. Une œuvre peut appartenir au domaine public dans un pays si la protection n'est pas demandée dans ce pays.
36. Une invention peut appartenir au domaine public s'il n'y a aucun texte législatif qui établisse des droits de propriété sur cette invention ou si l'invention ne satisfait pas aux critères de protection ou est expressément exclue de la protection en vertu des lois existantes. Les différences de législation entre pays portent à penser qu'une invention peut être considérée comme faisant partie du domaine public dans un pays et non dans un autre⁶⁹.

B.4 EXCEPTIONS ET LIMITATIONS

37. Comme cela a été indiqué au sujet du droit d'auteur, on peut considérer que le domaine public englobe non seulement les objets non protégés, mais aussi les utilisations non protégées d'inventions brevetées.
38. Compte tenu des objectifs de politique générale du système des brevets, l'étendue du droit de brevet exclusif vise, en vertu des législations nationales en matière de brevets, à réaliser un équilibre satisfaisant entre les intérêts légitimes des titulaires de droits et les intérêts légitimes des tiers⁷⁰. Un certain nombre de pays prévoient dans leur législation nationale des exceptions et limitations aux droits exclusifs, par exemple pour
 - a) les actes accomplis à des fins privées et non commerciales;
 - b) les utilisations d'articles brevetés sur des aéronefs, des véhicules terrestres ou des navires d'autres pays qui pénètrent temporairement ou accidentellement dans l'espace aérien, sur le territoire ou dans les eaux du pays considéré;
 - c) les actes accomplis à des fins expérimentales ou de recherche;
 - d) les actes accomplis par toute personne qui, de bonne foi, avant la date de dépôt (ou la date de priorité) de la demande au titre de laquelle le brevet est délivré, utilisait l'invention ou se préparait effectivement et sérieusement à l'utiliser dans le pays considéré (exception au titre de l'utilisation antérieure);
 - e) les actes accomplis uniquement en vue d'utilisations dont on peut raisonnablement penser qu'elles ont un lien avec l'élaboration et la présentation des informations requises pour l'obtention d'un agrément; et

⁶⁸ Voir "Diffusion de l'information en matière de brevets" (SCP/13/5), paragraphe 175.

⁶⁹ Voir "Diffusion de l'information en matière de brevets" (SCP/13/5), paragraphe 114.

⁷⁰ Voir "Rapport sur le système international des brevets" (SCP/12/3), paragraphe 235.

f) la préparation de médicaments conformément à une ordonnance médicale⁷¹.

C. DOMAINE PUBLIC ET DROIT DES MARQUES

39. Le domaine public peut être envisagé de deux manières si l'on s'y intéresse du point de vue du droit des marques.

C.1 "SORTIR DU" DOMAINE PUBLIC

40. Des droits exclusifs peuvent être acquis sur des noms et des symboles initialement considérés comme des objets relevant du domaine public⁷². Ainsi, "les noms présentant un caractère descriptif, peuvent, après quelques années d'utilisation, être assimilés à l'origine des marchandises ou des produits, et donc acquérir une deuxième signification et servir de marques"⁷³. Le nom *International Business Machines (IBM)* est un exemple de marque enregistrée qui, à une certaine époque, présentait un caractère trop descriptif pour être protégée⁷⁴.

41. Par ailleurs, le droit à l'image est un droit de propriété intellectuelle de la common law qui permet aux célébrités de s'approprier des objets, tels que leur nom ou leur effigie, qui relèvent normalement du domaine public. Ce type d'appropriation se justifie par le temps, l'argent et l'énergie investis dans la création d'une image personnelle présentant un intérêt commercial. Les personnes ordinaires ne bénéficient pas du droit à l'image et leur nom et leur apparence peuvent faire partie d'un domaine public libre de droits de propriété intellectuelle, tout en étant protégés par la législation sur le respect de la vie privée. Toutefois, si ces personnes deviennent des célébrités, leur nom et leur apparence passent souvent dans le domaine de la propriété intellectuelle⁷⁵.

C.2 "TOMBER DANS" LE DOMAINE PUBLIC

42. À l'inverse de ce qui précède, des marques protégées peuvent devenir génériques et perdre leur caractère distinctif. Dans ce cas, elles peuvent être considérées comme relevant du domaine public, même si au départ il s'agissait de termes ou de symboles protégés par le droit des marques.

43. Il convient de noter que "les lois sur les marques, comme toutes les lois de propriété intellectuelle, ont un caractère territorial par nature. En règle générale, la titularité des droits attachés à la marque dans un pays ne s'accompagne d'aucun droit d'utiliser cette marque ni d'en interdire l'utilisation dans un autre pays. Une marque dispose d'une existence distincte dans chacun des systèmes juridiques qui accordent et reconnaissent des droits attachés aux marques; ainsi, la même marque peut appartenir à différentes personnes dans différents pays"⁷⁶.

⁷¹ Voir "Rapport sur le système international des brevets" (SCP/12/3), paragraphe 237.

⁷² SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20, 119.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Voir LANGE, D., "Recognizing the Public Domain", 44 LAW & CONTEMP. PROBS. 147 (Automne 1981), 165, cité dans SAMUELSON, P., *op. cit.* note 20.

⁷⁶ DINWOODIE, G., INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND POLICY, Lexis Nexis, 2001, p. 89.

44. En outre, “lors de l’enregistrement d’une marque, la plupart des pays exigent que le déposant décrive les produits et les services à protéger⁷⁷”. L’OMPI a établi un système de classement international (l’Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l’enregistrement des marques (1957)), qui définit des classes présentant un caractère descriptif pour le dépôt d’une demande internationale. Il s’ensuit qu’une marque peut être enregistrée uniquement en relation avec certaines classes de produits ou de services et, sauf pour ce qui concerne les marques notoires, que la protection est limitée à ces classes de produits et de services.

D. DOMAINE PUBLIC ET SECRETS D’AFFAIRES

45. D’une manière générale, toute information commerciale confidentielle qui confère à une entreprise un avantage concurrentiel peut être considérée comme un secret d’affaires. Le secret d’affaires recouvre les secrets de fabrication ou secrets industriels et les secrets commerciaux. L’utilisation non autorisée de ce type d’information par tout autre que son légitime détenteur est considérée comme pratique déloyale et violation du secret d’affaires. Selon le système juridique, la protection des secrets d’affaires soit s’inscrit dans le cadre général de la protection contre la concurrence déloyale, soit se fonde sur des dispositions spécifiques ou sur la jurisprudence concernant la protection de l’information confidentielle⁷⁸.
46. Contrairement aux brevets, les secrets d’affaires sont protégés sans enregistrement, c’est-à-dire sans formalités à accomplir. Par conséquent, un secret d’affaires peut être protégé pour une durée illimitée. Certaines conditions doivent cependant être remplies pour que les informations soient considérées comme un secret d’affaires. Le respect de ces conditions peut s’avérer plus difficile et plus coûteux qu’on ne l’aurait pensé au départ. Bien que ces conditions varient d’un pays à un autre, il existe des normes générales mentionnées à l’article 39 de l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC). Ainsi,
- a) les renseignements doivent être secrets (c’est-à-dire qu’ils ne sont en général pas connus des milieux qui s’intéressent normalement à ce type d’information ou que ces milieux n’y ont pas facilement accès);
 - b) ils doivent avoir une valeur commerciale parce qu’ils sont secrets; et
 - c) des mesures raisonnables doivent avoir été prises par le détenteur légitime des informations pour les garder secrètes (par exemple, par le biais d’accords de confidentialité)⁷⁹.
47. Toutefois, dès lors qu’un secret d’affaires est divulgué au public, même accidentellement, il n’est plus possible de le protéger, et il tombe alors dans le domaine public⁸⁰.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 142.

⁷⁸ Voir http://www.wipo.int/sme/fr/ip_business/trade_secrets/trade_secrets.htm.

⁷⁹ Voir http://www.wipo.int/sme/fr/ip_business/trade_secrets/protection.htm.

⁸⁰ Verbauwheide, L., *La publicité et les questions de propriété intellectuelle* (http://www.wipo.int/sme/fr/documents/ip_advertising.htm).

48. Un secret d'affaires peut se composer d'un ensemble de caractéristiques et de composantes dont chacune relève du domaine public pour autant que la mise en œuvre, la conception et l'utilisation de ces caractéristiques ou composantes, prises ensemble, procurent un avantage concurrentiel⁸¹.

III RECENSEMENT ET SIGNIFICATION DES TERMES ET CONCEPTS CONNEXES

49. Plusieurs concepts peuvent être confondus avec le concept de "domaine public", par exemple le "patrimoine commun de l'humanité", le "domaine public payant", "l'état de la technique," la "*res nullius*", la "*res communis*" (ou chose commune) et les "savoirs traditionnels divulgués".

A. PATRIMOINE COMMUN DE L'HUMANITÉ

50. Le "patrimoine commun de l'humanité" (que l'on appelle également "patrimoine universel de l'humanité" ou simplement "patrimoine commun") correspond à un principe du droit international selon lequel des régions territoriales définies et des éléments du patrimoine commun (culturel et naturel) de l'humanité devraient être détenus en fiducie pour les générations futures et être protégés de l'exploitation des États-nations ou des entreprises⁸².
51. Le concept de patrimoine commun de l'humanité a été énoncé pour la première fois dans le Traité sur l'espace extra-atmosphérique de 1967⁸³. Ce concept apparaît également à l'article 11 du Traité sur la Lune, qui stipule que "la Lune et ses ressources naturelles constituent le patrimoine commun de l'humanité"⁸⁴. En 1982, ce concept a été utilisé pour les "fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale", en vertu de l'article 136 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer⁸⁵.
52. Depuis un certain temps, le patrimoine culturel est généralement considéré comme faisant partie du patrimoine universel de l'humanité. Il a en effet été soutenu que le patrimoine culturel appartenait à l'ensemble de l'humanité. Il a ensuite été avancé que, par conséquent, le patrimoine culturel ne pouvait pas appartenir à un propriétaire privé ni bénéficier d'une protection individuelle au titre du droit d'auteur. Dans ce contexte, le patrimoine culturel a donc été considéré comme relevant du domaine public. Réciproquement, le domaine public a été considéré comme faisant partie du patrimoine culturel et intellectuel commun de l'humanité.
53. Les textes qui relient les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles à la politique en matière de patrimoine culturel font souvent référence à des instruments internationaux tels que : la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre

⁸¹ *Les secrets d'affaires n'ont pas de prix : protégez-les*, Revue de l'OMPI, avril 2002 (http://www.wipo.int/sme/fr/documents/wipo_magazine/04_2002.pdf).

⁸² Voir la page de Wikipedia intitulée "Common heritage of mankind" (http://en.wikipedia.org/wiki/Common_heritage_of_mankind).

⁸³ Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, 27 janvier 1967, 18 U.S.T. 2410, 610 U.N.T.S. 205.

⁸⁴ Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes, article premier, 17 décembre 1979, 18 I.L.M. 1434.

⁸⁵ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, article premier, alinéa 1, 10 décembre 1982, 1833 U.N.T.S. 397.

pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (1970); la Convention de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (1972); la Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire (1989); la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003); la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (2005) et la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (1995).

B. DOMAINE PUBLIC PAYANT

54. Dans le cadre d'un système de domaine public payant, une taxe est imposée au titre de l'utilisation des œuvres du domaine public. D'une manière générale, le système fonctionne comme une licence obligatoire : l'utilisation est subordonnée au paiement de la taxe fixée mais pas à l'obtention d'une autorisation préalable. Un tel régime s'applique au domaine public qui ne se compose que d'œuvres dont le droit d'auteur a expiré (sauf dans les pays appliquant ce système aux expressions du folklore, comme indiqué ci-dessous). Dans certains pays, seule l'exploitation à des fins commerciales ou lucratives d'éléments du domaine public est soumise à paiement.
55. Cette idée remonte à Victor Hugo, qui préconisait l'établissement d'un domaine public payant et le placement de l'argent recueilli dans un fonds consacré à l'encouragement des jeunes écrivains et créateurs. L'idée de prévoir une rémunération dans l'intérêt des nouvelles générations de créateurs a bénéficié d'une certaine reconnaissance au fil du temps⁸⁶.
56. Le montant de la taxe et les utilisations qui en sont faites varient considérablement. Les redevances sont généralement consacrées à des utilisations sociales et culturelles, pour aider les jeunes créateurs, assurer la protection sociale des créateurs en difficulté ou promouvoir des œuvres de création. Parfois, comme en Algérie, la rémunération sert à la préservation du domaine public lui-même et non à tel ou tel créateur. Dans pareil cas, les taxes prélevées peuvent être considérées comme des moyens de financer la protection du domaine public en partageant la charge du financement de la préservation des œuvres relevant du domaine public avec les exploitants commerciaux de ces œuvres⁸⁷.
57. Toutefois, l'exploitation d'un tel système peut constituer un obstacle à la libre utilisation des œuvres du domaine public. L'étendue de cette entrave dépendra, au moins en partie, du niveau des taxes exigées.

⁸⁶ L'Italie a souvent été citée en tant qu'exemple de pays occidental qui appliquait un tel système; toutefois, elle a abrogé ce système en 1996. À l'heure actuelle, un régime de domaine public payant existe dans certains pays tels que l'Algérie, le Kenya, le Rwanda, le Sénégal, la République du Congo, la Côte d'Ivoire et le Paraguay. La prééminence des pays africains dans cette liste peut s'expliquer par l'Accord de Bangui instituant l'OAPI et son annexe sur la propriété littéraire et artistique, qui prévoit un tel régime pour l'exploitation des expressions du folklore et celle d'œuvres ou de productions tombées dans le domaine public (article 59 (modifié en 1999), annexe VII, titre I).

⁸⁷ Étude exploratoire de l'OMPI op. cit. note 28, page 38.

58. Ce système a été proposé en tant que modèle pour protéger les expressions culturelles traditionnelles,⁸⁸ les arts indigènes⁸⁹ et les œuvres traditionnelles⁹⁰ grâce à l'octroi d'une indemnité pécuniaire aux communautés autochtones. Cette idée a été étudiée par l'OMPI et l'UNESCO au début des années 80⁹¹. Certains pays en développement appliquent ce système à l'exploitation d'éléments du folklore. Toutefois, l'efficacité d'un tel système n'a pas réellement été évaluée, et la question de savoir si le système permet de protéger les œuvres traditionnelles a été posée⁹². En effet, l'administration et la perception des taxes pourraient constituer une lourde charge pour les sociétés de perception, notamment dans les pays en développement. En outre, il a été avancé que cette solution ne serait pas satisfaisante pour les communautés dont la priorité est le contrôle des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles plutôt que la rémunération. Ce point apparaît dans un rapport sur les expériences nationales et régionales concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles, établi pour la troisième session du comité (WIPO/GRTKF/IC/3/10). Une proposition concernant une Commission du domaine public a été formulée à la neuvième session du comité⁹³.

⁸⁸ LEISTNER, M., "Analysis of Different Areas of Indigenous Resources – Traditional Knowledge", dans S. Von Lewinski, *Indigenous Heritage and Intellectual Property : Genetic resources, traditional knowledge and folklore*, Kluwer Law International, 2003, à 84. Voir également l'article 17 de la loi type de Tunis sur le droit d'auteur de 1976, qui encourage l'utilisation du *domaine public payant* pour aider les pays en développement à "protéger et diffuser le folklore national"; HARVEY, E., "The *domaine public payant* in comparative law with special reference to Argentina", News and Information, UNESCO Copyright Bulletin, vol. XXVIII, n° 4, octobre – décembre 1994.

⁸⁹ Voir HAIGHT FARLEY, C., *op. cit.* note 10 du document de couverture.

⁹⁰ BLAKENEY, M., *The Protection of Traditional Cultural Expressions* (voir http://www.ecap-project.org/fileadmin/ecapll/pdf/en/activities/regional/aun_sept_07/traditional_cultural_expressions_word.pdf).

⁹¹ Voir les travaux du Comité des experts non gouvernementaux de l'UNESCO sur le domaine public payant, *Bulletin du droit d'auteur*, vol. XVI, n° 3, 1982, 49. Voir également A. Dietz, "A Modern concept for the right of the community of authors (domaine public payant)", *Bulletin du droit d'auteur*, 1990, XXIV, n° 4, pp.13 à 28.

⁹² Voir NIEDZIELSKA, M., "The Intellectual Property Aspects of Folklore Protection" (1980) 16 COPYRIGHT: MONTHLY REV. WORLD INTELL. PROP. ORG. 339 à 344.

⁹³ Voir la déclaration du représentant de Music in Common, citant M. Peter Seeger (document WIPO/GRTKF/IC/9/14 Prov.2, paragraphe 120) : "Les vieilles chansons, partout dans le monde, aujourd'hui dans le domaine public, sont souvent 'adaptées et remaniées' et la nouvelle chanson protégée par le droit d'auteur. Nous proposons qu'une partie, 0,01% ou 99,99% des redevances [...] aille au lieu et au peuple d'où la chanson tire son origine. Chaque pays devrait avoir une "Commission du domaine public" pour aider à décider de la destination de l'argent. [...] Le domaine public [...] ne signifiait pas que les fonds générés par la vente quelque part ne devaient pas être retournés à leur source d'inspiration, à savoir les peuples ou les pays d'où ils étaient originaires. Une des fonctions de la Commission du domaine public serait en effet de s'assurer que deux buts apparemment contradictoires seraient réalisés : assurer la préservation et le développement d'une "ressource naturelle" au profit de tous et, dans le même temps, en limiter l'usage par ceux qui cherchent à en profiter et veiller à ce qu'une partie raisonnable de ces gains soit retournée à la source pour en assurer la subsistance [...]"

C. ÉTAT DE LA TECHNIQUE

59. L'“état de la technique” détermine l'étendue de la nouveauté et de l'activité inventive, deux conditions de brevetabilité importantes qui s'opposent à la délivrance de brevets pour des inventions qui existent déjà ou qui sont évidentes si on les compare à des inventions existantes. L'“état de la technique” s'entend, d'une façon générale, de toutes les connaissances qui ont été mises à la disposition du public avant la date de dépôt ou de priorité d'une demande de brevet en cours d'examen, que ce soit par suite d'une divulgation écrite ou orale ou dans le cadre d'une utilisation publique⁹⁴.
60. En général, une invention devient comprise dans l'état de la technique de trois façons, à savoir : 1) lorsque l'invention est décrite dans un texte publié ou dans un autre type de publication; 2) lorsque l'invention est décrite oralement en public (ce type de divulgation étant appelé divulgation orale); et 3) lorsque l'invention est utilisée en public ou peut être utilisée par tous les membres du public⁹⁵.
61. Comme indiqué plus haut, les déposants doivent indiquer les caractéristiques techniques des inventions dans les demandes de brevet. Après la publication des demandes de brevet ou des brevets, les inventions font partie de l'état de la technique. Toutefois, cela ne signifie pas qu'elles entrent dans le domaine public. Les titulaires des brevets conservent leurs droits exclusifs sur les inventions revendiquées. En général, les inventions revendiquées dans les brevets tombent dans le domaine public après l'expiration des brevets. Par conséquent, après l'expiration d'un brevet, la technologie revendiquée peut être utilisée librement par quiconque sans la permission du titulaire du brevet.
62. Dans certains pays, les informations déjà divulguées au public oralement ou à la suite de l'utilisation dans un pays étranger ne font pas partie de l'état de la technique. En conséquence, en vertu du droit des brevets de ces pays, un brevet peut être délivré pour une invention qui est identique à des savoirs non fixés déjà tombés dans le domaine public dans un autre pays ou qui est évidente compte tenu de ces savoirs. En l'absence d'une reconnaissance universelle de l'étendue de l'état de la technique, le risque existe de voir accorder des droits de brevet sur un objet déjà tombé dans le domaine public dans un autre pays. De plus, vu le renforcement de la coopération internationale entre les offices des brevets, l'adoption d'une définition universelle de l'état de la technique conditionne l'harmonisation des notions de nouveauté et d'activité inventive⁹⁶.

D. RES NULLIUS

63. *Res nullius* (qui n'appartient à personne) est un terme latin dérivé du droit romain et stipulant que la *res* (un objet au sens juridique du terme, une chose qu'il est possible de s'approprier) n'appartient encore à personne. Ces choses constituent des biens sans propriétaire mais qu'il est possible de s'approprier librement. Les animaux sauvages ou les propriétés abandonnées sont des exemples de *res nullius*.

⁹⁴ Voir “Rapport sur le système international des brevets” (SCP/12/3), paragraphe 210.

⁹⁵ Voir la publication intitulée “WIPO Intellectual Property Handbook” (Deuxième édition, 2004), page 19.

⁹⁶ Voir “Rapport sur le système international des brevets” (SCP/12/3), paragraphe 211.

E. LA RES COMMUNIS OU LES BIENS COMMUNS

E.1 RES COMMUNIS

64. La *res communis* (chose commune) est une expression latine utilisée en droit public romain pour désigner une chose ou un bien communs c'est-à-dire que – par nature – l'on ne peut s'approprier. Elle appartient à tout le monde, à tous les citoyens et est de ce fait accessible à tous.
65. On trouve dans le droit romain les exemples de *res communes* suivants : la mer, l'océan, l'atmosphère, l'espace aérien ou encore les sanctuaires ou les biens publics. L'eau ou l'air, au contraire, qui peuvent être séparés de la mer, de l'océan, de l'atmosphère ou de l'espace aérien, et qui peuvent faire l'objet d'appropriations à des fins d'usage ou de consommation privés, constituent une *res nullius*. La *res nullius* est susceptible de possession et d'appropriation à titre individuel ou collectif. Elle n'a pas de propriétaire mais on peut néanmoins se l'approprier. En revanche, les *res communes* sont indisponibles et nul ne peut priver autrui de leur usage.
66. La *res communis* du droit romain se rapprocherait, selon certains auteurs, de la notion d'héritage ou de patrimoine commun de l'humanité. Cependant, ce point est contesté car certains auteurs préfèrent parler de *res universitatis*, qui fait référence à la citoyenneté plutôt qu'à l'humanité⁹⁷.

E.2 BIENS COMMUNS

67. Le *Black's Law Dictionary* définit ce terme comme "un droit légal d'utiliser la propriété d'un tiers, tel qu'une servitude". Il propose aussi comme définition : "parcelle de terre réservée à l'usage du public".
68. On entend par "biens communs" les ressources détenues collectivement ou partagées entre les populations ou parmi elles. Ces ressources sont dites "détenues en commun" et peuvent désigner toute chose, des ressources naturelles aux logiciels en passant par la terre. Dans le même registre, le processus de transformation des biens communs en propriété privée est assimilé par certains au fait de clôturer une parcelle.
69. Les biens communs sont traditionnellement définis comme les éléments de l'environnement – forêts, atmosphère, rivières, pêcheries ou pâturages – qui sont partagés par tous. Ce sont les éléments tangibles et intangibles du milieu que nul ne détient mais dont tout le monde a la jouissance.
70. Aujourd'hui, cette notion peut également s'appliquer à la sphère culturelle. Elle englobe donc les éléments ci-après (s'ils ne sont pas protégés en tant qu'actifs de propriété intellectuelle) : la littérature, la musique, les arts du spectacle, les arts visuels, le design, les films, la vidéo, la télévision, la radio, les arts communautaires et les sites faisant partie du patrimoine.

⁹⁷ Voir l'entrée "*Res communis*" dans Wikipedia en français, http://fr.wikipedia.org/wiki/Res_communis.

71. Les biens communs peuvent aussi englober les “biens publics” tels que l’espace public, l’enseignement, la santé et les infrastructures publics qui permettent à la société de fonctionner (par exemple, les systèmes de distribution d’eau et d’électricité).
72. Un certain nombre de critères permettent de distinguer les biens réellement communs. Premièrement, ils ne peuvent pas être transformés en marchandises car ils cesseraient alors d’être des biens communs. Deuxièmement, ils sont ni publics ni privés mais tendent à être gérés par les communautés locales. Si cela peut être exact dans une certaine mesure, les biens communs ne peuvent pas avoir un caractère exclusif. Cela signifie qu’ils ne peuvent pas être délimités par des frontières car ils deviendraient des biens privés. Troisièmement, contrairement aux ressources, ils ne sont pas rares mais abondants. En fait, s’ils sont gérés de manière appropriée, ils contribuent à remédier à la rareté⁹⁸.
73. Un modèle de licence commune pour les savoirs traditionnels a été élaboré pour tenter de remédier aux problèmes rencontrés par les communautés autochtones et locales s’agissant de négocier avec des chercheurs qui souhaitent obtenir l’accès aux savoirs traditionnels à des fins non commerciales de recherche des accords intéressants et efficaces en matière de partage des avantages⁹⁹. Ainsi qu’il est indiqué dans le rapport sur l’Atelier consacré aux savoirs traditionnels communs tenu en décembre 2009 au Cap (Afrique du Sud), la distinction entre savoirs communs et domaine public revêt une importance particulière dans le cadre d’une licence commune car le droit coutumier régissant les savoirs traditionnels est influencé par des préoccupations relatives aux règles en matière de relations et de réciprocité dans le but de préserver ces relations, non de transférer ces savoirs dans le domaine public. Nombre de savoirs traditionnels sont déjà accessibles au public dans le cadre de publications et d’archives et les communautés autochtones et locales se battent depuis longtemps pour empêcher que ces savoirs traditionnels soient traités comme des objets du domaine public librement utilisables. Il est donc essentiel qu’une licence commune permette l’utilisation des savoirs traditionnels strictement dans le cadre du droit coutumier de manière à éviter leur transfert dans le domaine public. En d’autres termes, la licence commune sur les savoirs traditionnels permettrait d’assurer un accès réglementé aux savoirs traditionnels – inspiré des valeurs bioculturelles des communautés autochtones et locales – et non un accès complètement libre. C’est la raison pour laquelle les communautés autochtones et locales doivent être en mesure d’interdire l’accès et de refuser l’appropriation de toute innovation fondée sur leurs savoirs traditionnels lorsque c’est nécessaire pour les protéger contre une utilisation illicite¹⁰⁰.

IV. EXAMEN DU DOMAINE PUBLIC AU SEIN D’AUTRES ORGANES DE L’OMPI

74. Plusieurs instances de l’OMPI examinent la notion de domaine public.

⁹⁸ Voir l’entrée “Commons” sur Wikipedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/Commons>

⁹⁹ De plus amples informations sur les savoirs traditionnels communaux sont disponibles à l’adresse http://naturaljustice.org.za/index.php?option=com_content&task=view&id=55&Itemid=94

¹⁰⁰ “Implementing a Traditional Knowledge Commons”, *op. cit.* note 5, p. 14.

A. COMITE DU DEVELOPPEMENT ET DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

75. En 2007, l'Assemblée générale de l'OMPI a adopté 45 recommandations en vue d'intégrer la dimension du développement dans toutes les activités de l'Organisation¹⁰¹. Le Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP) a été créé aux fins d'établir un programme de travail pour la mise en œuvre de ces recommandations.
76. Parmi les 45 recommandations du Plan d'action de l'OMPI pour le développement, deux concernent le domaine public. La recommandation n° 16 dispose que les processus d'établissement de normes de l'Organisation devraient prendre en considération "la préservation du domaine public" et "approfondir l'analyse des conséquences et des avantages d'un domaine public riche et accessible". La recommandation n° 20 vise à promouvoir "les activités d'établissement de normes relatives à la propriété intellectuelle favorisant la consolidation du domaine public dans les États membres de l'OMPI, y compris l'élaboration éventuelle de principes directeurs susceptibles d'aider les États membres intéressés à recenser les objets tombés dans le domaine public sur leurs territoires respectifs".
77. Afin de mettre en œuvre de manière efficace et cohérente les recommandations adoptées, le CDIP a établi un projet relatif à la propriété intellectuelle et au domaine public. Ce projet prévoit la réalisation d'une série d'enquêtes et d'études afin de mieux comprendre la notion de domaine public dans différents pays, les instruments qui ont déjà été mis à disposition pour aider à déterminer les objets tombés dans le domaine public et, dans la mesure où des renseignements pertinents sont accessibles, les incidences et les avantages d'un domaine public riche et accessible. Le projet comprend trois éléments qui permettront de traiter la question du point de vue 1) du droit d'auteur, 2) des marques et 3) des brevets¹⁰².

B. COMITE PERMANENT DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS CONNEXES

78. Le projet susmentionné relatif à la propriété intellectuelle et au domaine public prévoit, en ce qui concerne les recommandations n^{os} 16 et 20 du Plan d'action pour le développement, la réalisation d'une "étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public" (activité 1.3)¹⁰³.

C. COMITE PERMANENT DU DROIT DES BREVETS

79. Deux études réalisées pour le Comité permanent du droit des brevets, intitulées "Exclusions de la brevetabilité et exceptions et limitations relatives aux droits" (document SCP/13/3) et "Diffusion de l'information en matière de brevets" (document SCP/13/5), contiennent des informations utiles sur le rôle du système des brevets dans l'identification, l'accessibilité et l'utilisation des technologies qui sont dans le domaine public.

¹⁰¹ Voir <http://www.wipo.int/ip-development/fr/agenda/>

¹⁰² Voir le document CDIP/4/3 Rev.1.

¹⁰³ Ibid. Cette étude a été établie et peut être consultée à l'adresse http://www.wipo.int/ipdevelopment/en/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf

D. COMITE PERMANENT DU DROIT DES MARQUES

80. Des débats ont eu lieu au sein du Comité permanent du droit des marques sur la question de la “privatisation” des actifs culturels se trouvant dans le domaine public. En principe, une œuvre littéraire ou artistique tombée dans le domaine public peut être librement utilisée, y compris à des fins commerciales. Toutefois, dans l'intérêt général, il peut exister des raisons pour qu'une entreprise ne soit pas habilitée à acquérir des droits de marque sur une œuvre tombée dans le domaine public¹⁰⁴.

V. LE DOMAINE PUBLIC DANS LE CONTEXTE DU COMITE INTERGOUVERNEMENTAL DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES GENETIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AU FOLKLORE (CI-APRÈS DÉNOMMÉ “COMITÉ”)

81. La question du domaine public a été particulièrement soulignée dans les délibérations des débats du comité. Certains participants ont affirmé que les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles appartiennent au domaine public tandis que d'autres ne reconnaissent pas cette notion de “domaine public”. D'autres encore avaient des questions et observations à formuler sur cette notion. On trouvera ci-dessous une sélection d'interventions faites au cours des précédentes sessions du comité.

A. LES SAVOIRS TRADITIONNELS ET LES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES APPARTIENNENT AU DOMAINE PUBLIC

82. La délégation de la Fédération de Russie a déclaré que, dans son pays, les œuvres du folklore, notamment les expressions non tangibles du folklore, ne sont pas protégées par le droit d'auteur, conformément à la législation nationale qui prévoit en outre que les œuvres qui n'ont jamais bénéficié d'une protection sur le territoire de la Fédération de Russie doivent être considérées comme tombées dans le domaine public¹⁰⁵.
83. La délégation de l'Union européenne et de ses États membres a déclaré que “le fait que le folklore appartienne pour la majeure partie au domaine public n'entrave pas son développement – au contraire, cela permet à des artistes contemporains de créer de nouvelles œuvres qui en découlent ou s'en inspirent”. Elle a aussi déclaré que “ceux qui prônent la protection de leurs propres expressions du folklore par la propriété intellectuelle créeraient des monopoles d'exploitation et se heurteraient tout naturellement à des revendications d'exclusivité de la part d'autres régions. Les échanges ou la communication s'en trouveraient entravés, voire impossibles. En fait, il ne faudrait recourir à la protection par la propriété intellectuelle que dans la mesure où elle est nécessaire et bénéfique à la société parce qu'elle stimule la créativité et les investissements, tout en respectant les intérêts d'autrui et de la société dans son ensemble. La protection totale des expressions du folklore reviendrait, pour ainsi dire, à couler le folklore dans du béton, l'empêchant donc d'évoluer jusqu'à compromettre son existence même puisqu'il perdrait le dynamisme qui le caractérise. À un certain stade, il faut établir une distinction entre le domaine public et la propriété intellectuelle protégée. [...] Le domaine de la protection de la propriété intellectuelle ne devrait pas être étendu

¹⁰⁴ Voir le document SCT/16/5.

¹⁰⁵ Paragraphe 24 du projet de rapport de la deuxième session (document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

au point de devenir flou et d'affaiblir la sécurité juridique"¹⁰⁶. Elle a aussi indiqué que le folklore européen était considéré comme étant dans le domaine public alors que d'autres pays et cultures pouvaient avoir des préoccupations et des interprétations différentes¹⁰⁷.

84. La délégation du Canada a fait observer que l'objectif général des activités proposées est de faire en sorte que les savoirs traditionnels qui sont déjà tombés dans le domaine public et sont répertoriés en tant que tels ne puissent être brevetés. Elle a expliqué que, au Canada, l'état de la technique s'entend de toute divulgation accessible au public dans n'importe quelle partie du monde. Les divulgations verbales font aussi partie de l'état de la technique mais, dans la pratique, ne sont utilisées par l'Office de la propriété intellectuelle du Canada que si elles ont pu être mises sur papier ou sous forme déchiffrable par machine. En outre, la date et la source de l'état de la technique doivent être clairement établies et, en résumé, la détermination de l'état de la technique dépend dans une grande mesure de la mise à disposition des documents pertinents et des possibilités d'accès à ceux-ci. La délégation du Canada a déclaré en outre que les savoirs traditionnels pouvaient être répartis en deux catégories principales, à savoir i) les savoirs traditionnels qui ont été codifiés, c'est-à-dire qui existent sous la forme écrite et qui sont tombés dans le domaine public et ii) les savoirs traditionnels qui n'ont pas été codifiés et qui font partie des traditions orales des communautés autochtones¹⁰⁸.
85. La délégation du Pérou a déclaré que le système de protection *sui generis* devrait viser également les éléments des savoirs traditionnels qui sont déjà dans le domaine public¹⁰⁹.
86. Le représentant du Centre pour le développement du droit international de l'environnement (CIEL) a déclaré que, lors de l'élaboration d'un système *sui generis*, il faudra prendre en considération et étudier l'utilisation de systèmes de protection proches des secrets d'affaires pour des domaines des savoirs traditionnels qui ne relèvent pas du domaine public et des mécanismes de rémunération pour un partage équitable des avantages découlant de savoirs considérés comme compris dans l'état de la technique relevant du domaine public¹¹⁰.
87. La délégation de la Nouvelle-Zélande a déclaré qu'il était fondamental que toute palette d'options ou système *sui generis* de protection prévoie une forme quelconque de protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles tombés dans le domaine public¹¹¹.

¹⁰⁶ Commentaires formulés par la Communauté européenne sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, voir l'Analyse globale, paragraphe 27 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

¹⁰⁷ Paragraphe 169 du projet de rapport de la deuxième session (OMPI/GRTKF/IC/2/16).

¹⁰⁸ Paragraphe 131 du projet de rapport de la deuxième session (OMPI/GRTKF/IC/2/16). Voir aussi le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8.

¹⁰⁹ Paragraphe 123 du projet de rapport de la deuxième session (OMPI/GRTKF/IC/2/16).

¹¹⁰ Paragraphe 149 du projet de rapport de la deuxième session (OMPI/GRTKF/IC/2/16).

¹¹¹ Paragraphe 41 du projet de rapport de la sixième session (WIPO/GRTKF/IC/6/14).

B. LA NOTION DE DOMAINE PUBLIC N'EST PAS RECONNUE

88. La délégation du Nigeria a déclaré que le domaine public désignait quelque chose qui a déjà été protégé mais dont la protection est arrivée à expiration et que les expressions culturelles traditionnelles n'ont jamais été protégées par la législation relative à la propriété intellectuelle mais que cela ne devrait pas suggérer qu'une œuvre, parce qu'elle est accessible, se trouve déjà dans le domaine public et peut être utilisée librement¹¹².
89. Le représentant des tribus Tulalip a aussi déclaré que les peuples autochtones n'admettaient pas la notion de domaine public. L'histoire de cette notion et son lien avec le développement des droits de propriété intellectuelle montrent que ces deux notions ont progressé en parallèle, à la suite des mouvements intellectuels occidentaux qui ont eu lieu à la fin du Siècle des Lumières et de l'ère du Rationalisme. Le libre partage des expressions culturelles traditionnelles par les dépositaires de ces dons ne signifiait pas qu'elles étaient tombées dans le domaine public. L'utilisation illicite des expressions culturelles traditionnelles par des non-dépositaires pourrait entraîner de graves dommages physiques ou spirituels pour les différents dépositaires de ces savoirs. Le représentant a fermement invité les gouvernements à trouver des moyens de protéger les expressions culturelles traditionnelles et les savoirs traditionnels considérés comme appartenant au domaine public. De nombreuses chansons ou histoires, par exemple, sont détenues par des individus ou des familles. Elles sont interprétées en public et peuvent être connues de tous les membres d'une communauté. Cependant, le droit de chanter ces chansons et de raconter ces histoires n'appartient qu'aux individus ou aux familles qui sont les dépositaires des dons du Créateur. Si les expressions culturelles traditionnelles n'appartiennent pas au "domaine public", ce n'est pas parce que les peuples autochtones n'ont pas pris les mesures nécessaires pour protéger les savoirs dans le cadre du système occidental de la propriété intellectuelle, mais parce que les gouvernements et les citoyens n'ont pas reconnu ni respecté le droit coutumier régissant leur exploitation. Les craintes évoquées concernant les répercussions éventuelles sur l'innovation culturelle sont exprimées sous forme théorique dans le régime occidental de la propriété intellectuelle et ne reflètent pas les motivations de bon nombre des peuples autochtones dans le monde. Souvent, il n'existait pas d'idée comparable au "domaine public" dans les cultures traditionnelles¹¹³.
90. Le représentant du Conseil Same a affirmé que des personnes poursuivant des intérêts commerciaux et autres exploitaient continuellement le patrimoine culturel autochtone implicite préexistant en se fondant sur l'argument selon lequel ces expressions se trouvaient dans le "domaine public", terme qui n'a aucune signification pour les peuples autochtones. Il a ajouté que le domaine public était quasiment vide pour les peuples autochtones et qu'il s'agissait d'une notion relevant du système de la propriété intellectuelle. Il s'est aussi opposé aux suggestions selon lesquelles la protection des expressions culturelles traditionnelles appartenant au domaine public constituait une menace pour les artistes autochtones et leur créativité car elles ne tenaient pas compte du droit coutumier sur l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles¹¹⁴.

¹¹² Paragraphe 37 du projet de rapport de la cinquième session (WIPO/GRTKF/IC/5/15).

¹¹³ Paragraphe 56 du projet de rapport de la cinquième session (WIPO/GRTKF/IC/5/15).

¹¹⁴ Paragraphe 53 du projet de rapport de la cinquième session (WIPO/GRTKF/IC/5/15).

91. Le représentant du Mouvement Tupaj Amaru a déclaré que placer les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles dans le domaine public enfreindrait le caractère confidentiel de nombreux éléments intangibles sacrés et secrets appartenant au patrimoine vivant et accentuerait la détérioration des valeurs culturelles et leur appropriation illicite par les grandes entreprises¹¹⁵.

C. QUESTIONS ET COMMENTAIRES SUR LA NOTION DE DOMAINE PUBLIC

92. La délégation de la Norvège a souligné qu'il était particulièrement important de trouver le juste équilibre entre savoirs traditionnels pouvant bénéficier d'une protection et savoirs tombés dans le domaine public. Il n'existait pas d'approche cohérente de la notion de domaine public actuellement¹¹⁶. Elle considérait que les savoirs devraient pour le moins être considérés comme relevant du domaine public une fois largement connus en dehors de la communauté qui les avait engendrés et, partant, rendus facilement accessibles au public à partir d'autres sources que ladite communauté ou ses représentants. Ainsi, le critère décisif pour déterminer à quel moment les savoirs traditionnels étaient tombés dans le domaine public serait le degré de diffusion des savoirs en dehors du groupe qui les avait élaborés. La manière dont le savoir avait été diffusé était sans conséquence dans cette évaluation, qui devrait être une simple évaluation objective. Il ne découlait pas de l'établissement d'une distinction entre savoirs traditionnels protégés et savoirs relevant du domaine public fondés sur l'ampleur de la diffusion des savoirs dans le public que les savoirs traditionnels ne seraient plus protégés au simple motif qu'un particulier en dehors de la communauté avait accédé aux savoirs ou que les savoirs étaient accessibles en dehors de la communauté (notamment par l'intermédiaire de bases de données)¹¹⁷.
93. La délégation de la Suède a demandé 1) quel était le lien entre la protection prévue des savoirs traditionnels et les savoirs déjà tombés dans le domaine public; comment était déterminé le point d'accès pertinent aux savoirs traditionnels qui, par définition, ne sont pas fixés localement; et 2) comment les États membres envisageaient la protection des savoirs traditionnels figurant dans les bases de données¹¹⁸.
94. La délégation du Japon a demandé comment seraient traités les savoirs appartenant au domaine public et comment serait défini le domaine public dans ce contexte¹¹⁹.

VI. LEGISLATIONS NATIONALES ET REGIONALES RELATIVES AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AUX EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES CONCERNANT LE DOMAINE PUBLIC

95. La loi péruvienne n° 27811 intitulée "Loi établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques" prend position sur les savoirs traditionnels appartenant au domaine public. L'article 13 dispose que les

¹¹⁵ Paragraphe 80 du projet de rapport de la cinquième session (WIPO/GRTKF/IC/5/15).

¹¹⁶ Page 26 de l'annexe du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (document WIPO/GRTKF/IC/17/5).

¹¹⁷ Page 39 de l'annexe du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (document WIPO/GRTKF/IC/17/5).

¹¹⁸ Page 26 de l'annexe du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (document WIPO/GRTKF/IC/17/5).

¹¹⁹ Page 40 de l'annexe du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (document WIPO/GRTKF/IC/17/5).

savoirs collectifs appartiennent au domaine public lorsqu'ils ont été mis à la disposition de personnes autres que les peuples autochtones par des moyens de communication de masse tels que des publications, ou lorsque les propriétés, les utilisations ou les caractéristiques d'une ressource biologique sont devenues largement connues en dehors des peuples et des communautés autochtones¹²⁰.

96. L'article 8 de la loi de la République kirghize sur la protection des savoirs traditionnels dispose que, "afin d'empêcher la délivrance illégale de brevets sur des objets créés à partir des savoirs traditionnels, une base de données relative aux savoirs traditionnels sera établie aux fins de l'examen des demandes de brevet. La base de données sera tenue à jour par l'organe étatique habilité à partir des données relatives aux savoirs traditionnels enregistrés et des informations concernant les savoirs traditionnels tombés dans le domaine public"¹²¹.
97. Le domaine public en rapport avec les savoirs traditionnels a été défini dans le projet de loi type sur la protection des savoirs écologiques, des innovations et des pratiques traditionnelles pour les pays insulaires du Pacifique. L'article 3 prévoit qu'elle s'applique notamment aux "savoirs écologiques traditionnels appartenant au domaine public". Afin de déterminer dans quelle mesure la loi devrait s'appliquer au domaine public, il dispose que "cela dépendra de l'évaluation des facteurs ci-après : a) le détenteur a-t-il l'intention de partager les savoirs et, dans l'affirmative, à quelle fin? b) L'autorisation de rendre publics ou de diffuser les savoirs a-t-elle été donnée? c) Le détenteur savait-il que les savoirs pouvaient être utilisés à des fins commerciales? d) Le détenteur avait-il conscience du fait que le partage des savoirs avec des personnes extérieures entraînerait une perte de contrôle sur leur utilisation ultérieure? e) Dans quelle mesure l'utilisation non autorisée des savoirs peut-elle porter atteinte à l'intégrité spirituelle et culturelle des détenteurs?"¹²².
98. L'article 89 de la loi n° 032-99/AN du Burkina Faso sur la protection de la propriété littéraire et artistique du 22 décembre 1999 dispose que "les expressions du patrimoine culturel traditionnel dont les auteurs individuels sont connus appartiennent à leurs auteurs si, selon la durée de protection du droit d'auteur, elles ne sont pas encore tombées dans le domaine public. Il appartient à celui qui prétend être l'auteur d'une expression du patrimoine culturel traditionnel d'en apporter la preuve par toute voie de droit. Les redevances dues par les usagers à l'occasion de l'exploitation des expressions du patrimoine culturel traditionnel dont les auteurs sont connus seront réparties entre les titulaires de droits et l'organisme de gestion collective selon le règlement des répartitions de ce dernier"¹²³.

¹²⁰ Les versions anglaise et espagnole de la loi péruvienne n° 27811 intitulée "Loi établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques" peuvent être consultées à l'adresse <http://www.wipo.int/clea/en/details.jsp?id=3420>.

¹²¹ La version anglaise de la loi de la République kirghize sur la protection des savoirs traditionnels peut être consultée à l'adresse <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=5571>.

¹²² Voir la Loi type pour la protection des savoirs, des innovations et des pratiques écologiques traditionnelles, disponible à l'adresse http://www.grain.org/brl_files/brl-modellaw-pacific-en.pdf.

¹²³ Les versions française et anglaise de la loi n° 032-99/AN du Burkina Faso sur la protection de la propriété littéraire et artistique du 22 décembre 1999 sont disponibles à l'adresse <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=420>.

99. Le chapitre XIV de la loi colombienne n° 23 sur le droit d'auteur du 28 janvier 1982 renvoie au domaine public. L'article 187 dispose ceci : "appartiennent au domaine public : i) les œuvres dont la durée de protection est expirée; ii) les œuvres du folklore et les œuvres traditionnelles d'auteurs inconnus; iii) les œuvres dont les auteurs ont renoncé à leurs droits; et iv) les œuvres étrangères qui ne sont pas protégées à l'intérieur de la République". L'article 189 dispose que "l'art indigène sous tous ses aspects, y compris les danses, les chants, les travaux d'artisanat, les dessins et les sculptures, appartient au patrimoine culturel"¹²⁴.

[Fin de l'annexe et du document]

¹²⁴ Les versions française, anglaise et espagnole de la loi de la Colombie n° 23 sur le droit d'auteur du 28 janvier 1982, sont disponibles à l'adresse <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=872>.