

ÉTUDE EXPLORATOIRE SUR LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS CONNEXES ET LE DOMAINE PUBLIC

ÉTABLI PAR

Séverine Dusollier, professeur à l'Université de Namur (Belgique)*

* Les opinions exprimées dans la présente étude sont exclusivement celles de l'auteur. La présente étude n'a pas pour but de présenter les points de vue des États membres de l'OMPI ni ceux de son Secrétariat (30 avril 2010).

I.	INTRODUCTION.....	4
II.	LA PLACE DU DOMAINE PUBLIC DANS LE DROIT D'AUTEUR.....	6
A.	La notion de domaine public.....	6
	1. La définition classique du domaine public.....	6
	2. Limitations de la définition.....	7
	i) La distinction entre la libre utilisation et le libre accès.....	7
	ii) Exceptions au droit d'auteur.....	9
	iii) Informations officielles relevant du domaine public.....	11
	iv) Œuvres orphelines et épuisées.....	12
	v) Domaine public et savoirs traditionnels.....	13
B.	Rôle du domaine public dans la propriété intellectuelle.....	14
C.	L'histoire du domaine public.....	16
D.	La justification du domaine public.....	20
III.	COMPOSITION DU DOMAINE PUBLIC.....	23
A.	Principes fondamentaux.....	23
B.	Territorialité du domaine public.....	24
C.	Les nombreuses parties du domaine public fondées sur la matière protégée.....	24
	1. Idée-expression ou domaine public ontologique.....	24
	2. Critères de protection des objets tombés dans le domaine public.....	26
	i) Originalité.....	26
	ii) Fixation.....	27
	iii) Nationalité de l'œuvre.....	28
	3. Durée de la protection ou domaine public temporel.....	28
	4. Les créations exclues ou le domaine public d'intérêt général.....	34
	i) Actes officiels.....	34
	ii) Nouvelles du jour.....	35
	iii) Autres exclusions.....	36
	5. Renonciation au droit d'auteur : le domaine public volontaire.....	36
	6. Conclusions intermédiaires concernant la composition du domaine public.....	39
D.	Relativité du domaine public.....	40
	1. Droits moraux perpétuels.....	40
	2. Domaine public payant.....	43
	3. Le rétablissement du droit d'auteur dans certaines œuvres.....	46
	4. Droits de propriété.....	47
	5. Respect de la vie privé.....	48
	6. Mesures techniques de protection.....	48
	7. Droits connexes.....	51

8.	Autres droits de propriété intellectuelle	53
IV.	INITIATIVES ET MOYENS PERMETTANT DE RENFORCER L'ACCES AU DOMAINE PUBLIC, SON UTILISATION, SON IDENTIFICATION ET SA LOCALISATION	56
A.	Licences copyleft, ouvertes et d'accès libre	56
1.	Concept.....	56
2.	Présentation des principaux régimes de licence	58
i)	Logiciels libres	58
ii)	Creative Commons.....	59
iii)	Libre accès aux publications scientifiques	62
3.	Principales caractéristiques des licences copyleft.....	63
i)	Affirmation du droit à la propriété intellectuelle	63
ii)	L'utilisation inverse de l'exclusivité	64
iii)	L'absence de discrimination	64
iv)	L'effet viral ou copyleft.....	65
B.	Données sur le matériel relevant du domaine public.....	66
C.	Calculateurs de domaine public.....	68
D.	Systèmes d'enregistrement	72
E.	Bases de données et moteurs de recherche de matériel du domaine public.....	72
F.	Conclusion intermédiaire sur les instruments du domaine public.....	73
V.	PROTECTION DU DOMAINE PUBLIC ET RECOMMANDATIONS	73
A.	Protection existante du domaine public	73
B.	Principaux objectifs tendant à une consolidation du domaine public	76
C.	Recommandations	78
	ANNEXES – Analyses comparatives.....	81
	ANNEXE I – Composition du domaine public	82
	ANNEXE II – Atteintes au domaine public	92
	ANNEXE III – Protection positive du domaine public.....	95

“The existence of a robust, constantly enriched public domain of material not subject for copyright (or other intellectual property protection) is a good in its own right, which our laws should promote at the same time as they provide incentives or reward creativity”

D. Lange, “Recognizing the Public Domain”, 44 *Law & Contemp. Probs.*, 147 (1981)

“We have to “invent” the public domain before we can save it”.

J. Boyle, *The public domain*, Yale University Press, 2008, xv.

“Constatons la propriété littéraire, mais, en même temps, fondons le domaine public. Allons plus loin. Agrandissons-le”

V. Hugo, Discours d’ouverture du Congrès littéraire international, Séance du 17 juin 1878

I. INTRODUCTION

Le domaine public est une des questions les plus débattues en matière de propriété intellectuelle. Ainsi que l’a justement déclaré Jane Ginsburg, “le domaine public est un sujet qui fait fureur”¹, ce qui est assez paradoxal puisque le domaine public n’est, par définition, pas soumis aux lois de la propriété intellectuelle.

Le sujet du domaine public, et de sa préservation nécessaire, est devenu emblématique d’une critique plus large contre la propriété intellectuelle et de ce que cette critique perçoit comme son prolongement à l’importance croissante. Le domaine public est essentiellement considéré comme une espèce en danger, soumis à un processus d’enfermement et de marchandisation². Cette étude porte principalement sur les menaces auxquelles le domaine public doit faire face, telles que la prolongation de la durée du droit d’auteur ou des droits connexes, les empiètements engendrés par les mesures technologiques de protection ou la nouvelle protection des bases de données.

Se pourrait-il que tous ces nouveaux écrits sur le domaine public soient uniquement considérés, ainsi que certains l’ont soutenu, comme faisant partie de la “confrontation désormais prééminente dans le panorama du droit d’auteur, celle qui oppose “culture du remix” à “l’auteur

¹ J. GINSBURG, “‘Une chose publique’? - The Author’s Domain and the Public Domain in Early British, French and US Copyright Law”, dans P. Torremans (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007, p.133.

² J. BOYLE, *The public domain – Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008; Y. BENKLER, “Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain”, *New York University Law Review*, 1999, Vol. 74, 354; R. COOMBE, “Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship and a Revitalized Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property”, *DePaul L. Rev.*, 2002-2003, Vol. 52, p. 1173; 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; L. GUIBAULT & B. HUGENHOLTZ (eds.), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006; ainsi que toutes les contributions de la conférence sur le domaine public, tenue à la Duke University en 2002 et publiées dans le volume 66 de la revue de droit *Law and Contemporary Problems* (2003).

romantique³? C'est peut-être là que cette opposition a commencé mais l'attention croissante portée sur les plans académique et législatif à la partie non protégée de la propriété intellectuelle a désormais dépassé la simple dénonciation pour insister sur la valeur intrinsèque du domaine public en tant que matière première pour la création, l'innovation et le développement et pour essayer de mettre en place un régime qui permettrait de protéger et de promouvoir un domaine public riche et accessible. Ce projet, ainsi que l'affirme M. Birnhack, vise à démontrer que "le domaine public n'est pas simplement – ou du moins ne devrait pas être – un sous-produit involontaire ou la "tombe" des œuvres protégées par le droit d'auteur, mais son objectif même"⁴.

Le Plan de l'OMPI pour le développement adopte également un point de vue protectionniste du domaine public. La recommandation n° 16 préconise de "*prendre en considération la préservation du domaine public dans l'élaboration des normes à l'OMPI et [d']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*". Ces deux recommandations, plutôt que de dénoncer l'érosion accrue du domaine public et d'encourager à freiner le développement de la propriété intellectuelle, ont tendance à s'intéresser principalement au domaine public lui-même indépendamment de son pendant, la propriété intellectuelle. Bien que, ces dernières décennies, les décideurs, tant sur le plan national qu'international, se soient concentrés sur la définition et l'application des droits exclusifs, leur attention se porte désormais de manière égale sur les limitations de la propriété intellectuelle et sur la définition et la promotion de lieux de non-exclusivité, tels que le domaine public ou les exceptions et limitations.

Le développement des technologies numériques a aussi favorisé des projets, à but lucratif ou non, fondés sur des œuvres relevant du domaine public, tirant la valeur de ces œuvres afin de fournir au public des ressources culturelles gratuitement ou à bas prix. De nombreux modèles économiques, tels que Google Books Search, prospèrent actuellement grâce au domaine public et les pouvoirs publics s'emploient à promouvoir la numérisation et la mise à disposition du public de leur patrimoine culturel ainsi que le démontre la bibliothèque numérique Europeana.

La protection du domaine public comprend deux étapes, comme l'indique le Plan d'action pour le développement : premièrement, la délimitation des contours du domaine public, de façon à contribuer à l'évaluation de sa valeur et de son étendue; deuxièmement, l'examen et la promotion de la conservation et de l'accessibilité du domaine public.

La présente étude suivra la même direction car elle commencera par évaluer l'étendue du domaine public, tel que défini par les lois, l'histoire et la philosophie en matière de droit d'auteur, avant de se pencher sur la question de son efficacité et de sa disponibilité accrue pour l'ensemble du public et de la société. Cela aboutira à la formulation de certaines recommandations qui, en considérant le domaine public comme un objet qui devrait bénéficier d'un statut positif et d'une certaine protection, pourraient favoriser la consolidation du domaine public, ainsi que le préconise le Plan d'action pour le développement.

Notre but n'est pas de définir ce qui devrait relever ou non du domaine public; il ne consiste pas davantage à examiner les causes de son rétrécissement, ou alors seulement à titre incident. Cette étude se situe au-delà du débat sur ce qui doit et ce qui ne doit pas être protégé par le

³ J. GINSBURG, "Une chose publique'?...", *op. cit.*, p. 133.

⁴ M. BIRNHACK, "More or Better? Shaping the Public domain", dans *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 60.

droit d'auteur, dans quelle mesure et combien de temps⁵. Elle n'aborde pas la question de la détermination de ces limitations à la propriété intellectuelle (en ce qui concerne la portée des droits, l'objet de la protection, la durée convenable du droit, etc.). Cette délimitation est fondamentalement une question de politique générale à propos de laquelle la décision appartient aux États, à un niveau à la fois international et national.

Par conséquent, le domaine public qui sera ébauché ici n'est pas uniquement ce qui reste une fois que les contours du droit d'auteur ont été tracés mais également un centre d'archivage de ressources indépendant. Par conséquent, au lieu de se concentrer sur la portée du droit d'auteur et les moyens de le limiter, les recommandations formulées au terme de la présente étude tenteront d'élaborer des stratégies pour favoriser l'essor du domaine public et rendre ce dernier plus accessible au public. Par ailleurs, cette étude se limitera au domaine public comme résultat des régimes juridiques en matière de droit d'auteur et non en matière de brevets ou de marques.

La première partie de l'étude présente une évaluation du rôle du domaine public dans le droit d'auteur, en commençant par une définition du domaine public et en expliquant de quoi il doit être distingué. Le rôle du domaine public dans l'histoire et la justification du droit d'auteur sera également traité.

La deuxième partie recense les composants du domaine public, notamment sur la base d'une comparaison indicative des législations nationales. Elle analyse également d'autres droits ou intérêts législatifs susceptibles de modifier ou de compromettre l'accessibilité et la facilité d'utilisation du domaine public en ce qui concerne le droit d'auteur.

La troisième partie présente une étude des initiatives de classement non législatives et privées, qui facilitent l'accès, l'utilisation, le recensement et la localisation des objets tombés dans le domaine public et d'autres créations dont les conditions d'utilisation sont similaires.

La quatrième partie ébauche un futur envisageable pour le domaine public, en développant l'élan dont il bénéficie dans les contextes législatif et judiciaire ainsi que les principes fondamentaux qui pourraient le régir en vue de lui conférer un statut plus positif et finalement en formulant des recommandations à l'égard des activités futures relatives aux rapports entre le domaine public et le droit d'auteur qui pourraient être menées par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

II. LA PLACE DU DOMAINE PUBLIC DANS LE DROIT D'AUTEUR

A. La notion de domaine public

1. La définition classique du domaine public

Le domaine public est généralement défini comme l'ensemble des éléments intellectuels qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur ou dont la durée la protection est devenue est arrivée à terme.

⁵ La présente étude ne traitera pas la question du prolongement du droit d'auteur (ou des droits connexes) qui, ces dernières années, a fait l'objet de vives controverses dans de nombreux pays. Son effet sur le domaine public sera néanmoins évoqué dans le cadre des discussions sur le rétablissement du droit d'auteur parfois provoqué par le prolongement de la protection et dans les recommandations formulées à la fin de l'étude.

La définition peut être plus stricte et porter uniquement sur les œuvres dont le droit d'auteur est échu, ou plus large et englober les utilisations d'œuvres toujours protégées au titre du droit d'auteur mais rendues légitimes par l'application d'une exception ou d'une licence⁶.

Cet élargissement de la notion de domaine public en vue d'inclure toutes les ressources dont l'utilisation serait libre de toute exclusivité, est également dû à un changement de vocabulaire. En anglais, les termes "commons", "intellectual commons" ou "open content" ont commencé à remplacer l'expression "public domain" afin d'insister sur l'utilisation ouverte ou libre des œuvres relevant du domaine public et sur la nature collective et partagée de cette utilisation.

La présente étude garde une perspective classique de la notion de domaine public⁷, liée aux objets qui ne sont pas (ou plus) protégés par le droit d'auteur. Cette définition est principalement négative car son domaine est le contraire de la portée de la protection au titre du droit d'auteur.

Cette approche négative du domaine public domine dans la plupart des régimes des droits d'auteurs. Elle implique que si le droit d'auteur est réglementé et renforcé, les éléments relevant du domaine public ne sont eux-mêmes généralement pas soumis à une quelconque réglementation ou protection : l'expression "domaine public" apparaît rarement dans les dispositions de la loi. Il est encore plus rare que des règles spécifiques soient attachées au domaine public ou à ses éléments⁸.

Cette absence de définition ou de régime juridique positif joue un rôle déterminant dans l'analyse du domaine public. Elle révèle la conception profonde du domaine public qu'ont adoptée les lois sur le droit d'auteur et constitue un des premiers obstacles à sa promotion et à sa préservation. C'est la législation sur le droit d'auteur qui impose la définition du domaine public comme ce qui n'est *pas* protégé par le droit d'auteur mais toute tentative d'évaluer la valeur du domaine public devrait aller plus loin et s'orienter vers une définition positive du domaine public, à savoir la libre utilisation des éléments qui relèvent du domaine public et l'absence de toute exclusivité de ces éléments.

La présente étude définit le rôle et le contenu du domaine public comme l'inverse du droit d'auteur, selon l'usage courant. Néanmoins, sur la base des enjeux liés à la préservation et à l'accessibilité totale soulevés par l'absence d'un régime convenable pour le domaine public dans les législations sur le droit d'auteur, des recommandations sont formulées en conclusion afin de jeter les bases d'un domaine public enrichi et davantage disponible.

2. Limitations de la définition

i) La distinction entre la libre utilisation et le libre accès

Le principal résultat de l'absence de droits d'auteur ou de leur expiration dans un élément du domaine public est l'absence de toute exclusivité liée à l'utilisation de cet élément. L'utilisation des œuvres du domaine public est réputée être gratuite pour tous. En d'autres termes, personne ne peut contrôler ou empêcher leur reproduction, communication publique ou toute autre utilisation qui relèverait des prérogatives du droit d'auteur.

⁶ Pour les divergences entre les différentes cartographies du domaine public, voir P. SAMUELSON, "Challenges in the mapping of the public domain", dans *The Future the public domain*, *op. cit.*, p. 9.

⁷ Pour d'autres conceptions du domaine public, voir P. SAMUELSON, "Enriching Discourse on Public Domains", *Duke Law Journal*, 2006, vol. 55, 111-169.

⁸ Voir toutefois ci-dessous, quatrième partie. A.

Pour être plus précis, un tel contrôle ne peut pas reposer sur l'application du droit d'auteur mais pourrait réapparaître par d'autres moyens, qu'ils soient juridiques ou techniques, ainsi que nous le verrons ci-après.

Tout régime appliqué au domaine public devrait garantir cette libre utilisation. Reste que l'appartenance au domaine public ne garantit pas en soi la liberté d'accès aux ressources appartenant à ce dernier. L'accès à une œuvre du domaine public dépendra de nombreux facteurs.

Tout d'abord, il convient de signaler que la protection du droit d'auteur elle-même, dans une certaine mesure, n'influe pas sur la liberté relative d'obtenir un accès aux œuvres. En effet, la possibilité de jouir intellectuellement du contenu d'une œuvre, d'appréhender sa signification et son contenu n'est généralement pas restreinte par le droit d'auteur⁹, tant qu'un particulier peut obtenir un accès matériel à cette connaissance. Cet accès à la création et à la libre jouissance des œuvres est la conséquence des droits limités accordés au titulaire du droit d'auteur. L'exclusivité que confère le droit d'auteur n'implique que le contrôle d'actes d'exploitation publique d'œuvres, qui concerne la reproduction de l'œuvre¹⁰, la communication au public, la diffusion publique et d'autres actes publics de diffusion de l'œuvre, tels que la location ou le prêt. Les actes consistant simplement à lire, visionner, écouter ou jouir d'une œuvre ne devraient pas être réputés porter atteinte au droit d'auteur. L'objet naturel du droit d'auteur est plutôt le contrôle de la diffusion des œuvres à un public¹¹. Autrement dit, le centre d'attention du droit d'auteur est l'*exploitation* d'une œuvre, l'exploitation étant ici définie comme diffusion publique. L'essence du droit d'auteur n'a jamais été la régulation de l'*accès* aux œuvres ou de l'*utilisation* des œuvres.

Néanmoins, l'accès *intellectuel* à des œuvres du domaine public, leur jouissance et leur utilisation supposent un accès *matériel* préalable à ces œuvres. L'accès matériel aux œuvres est rendu possible et réglementé soit par le droit de propriété de la représentation originale de l'œuvre, soit par la conclusion d'un contrat avec un distributeur afin d'obtenir une copie matérielle de l'œuvre. L'étendue de la contrainte exercée par le droit de propriété dépendra du nombre de copies en circulation (voir ci-dessous).

En outre, les œuvres du domaine public ne sont pas toujours exemptes de coût ou de rémunération. Personne ne songerait à soutenir raisonnablement avoir le droit d'acquérir les œuvres de Cervantes gratuitement dans les librairies. Dans un tel cas, le statut d'œuvre du domaine public autorise leur libre reproduction et diffusion publiques, qui, il faut l'espérer, permettront de stimuler leur mise à disposition gratuite ou à bas coût sur le marché ainsi que l'expression créative inspirée de ces œuvres. Cela étant, l'absence de protection ne permet pas en soi d'imposer un accès gratuit aux copies d'œuvres du domaine public. De plus, c'est

⁹ Cela étant dit, certaines évolutions du système de propriété intellectuelle menacent l'idée cruciale de libre consommation intellectuelle. Le droit d'auteur, en raison de l'introduction contagieuse des logiciels dans son domaine, a été progressivement étendu à la simple utilisation de l'œuvre, d'abord au moyen de règlements spécifiquement conçus pour les logiciels et les bases de données, puis finalement à tous les types d'œuvres, au moyen de la protection des mesures technologiques bloquant et contrôlant l'utilisation même des œuvres. Dans le cas des logiciels, le contenu de l'œuvre, n'est même pas disponible pour les connaissances intellectuelles. La divulgation du code source du logiciel n'est même pas certaine lorsque ce dernier fait partie d'une invention brevetée.

¹⁰ mais uniquement lorsque la copie qui en résulte peut être accessible à un public et donc faire l'objet d'une exploitation publique

¹¹ Cet argument est traité plus en détail dans S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, Larcier, 2005, n^{os} 419 et seq.

la logique même du domaine public, conjuguée à la liberté du commerce, qui permet aux entrepreneurs de reproduire et de distribuer les œuvres dont droit d'auteur a expiré, même contre paiement d'une taxe. Cette dernière servira d'incitation nécessaire afin d'encourager la disponibilité de ces œuvres pour le public.

Un autre facteur qui est essentiel pour rendre effectif l'accès aux œuvres et étroitement lié au régime même du droit d'auteur, est l'absence possible de divulgation. De nombreuses œuvres ont été créées sans que leur auteur ne ressente le besoin de les divulguer. Que ce soit parce qu'elles ne sont pas suffisamment originales ou après l'échéance de leur protection juridique, elles relèvent techniquement du domaine public mais resteront inconnues et, par conséquent, non disponibles pour le public, tout comme les idées non divulguées. De facto, le domaine public sera alors réduit à l'ensemble des œuvres et créations qui ont été publiées¹². Il en va de même pour les œuvres du domaine public tombées dans l'oubli. Il se peut qu'il ne reste aucune copie ou que seules quelques-unes soient encore disponibles, ce qui rend leur réutilisation illusoire. Une symphonie inconnue de Mozart présente dans le domaine public ne l'enrichira en aucune manière si elle est perdue ou est inconnue. De nombreux écrits publiés avant le XIX^e siècle ne sont plus lus et les rares exemplaires sont recouverts de poussière dans les bibliothèques : en théorie, ils appartiennent au domaine public mais n'en font pas réellement partie dans les faits.

Pour conclure, les efforts déployés en vue de renforcer l'accès aux œuvres tombées dans le domaine public ne devraient pas négliger l'effet du contrôle sur l'accès physique aux œuvres, et devraient envisager des moyens d'améliorer la disponibilité des créations pour le public à travers des initiatives publiques et les bibliothèques¹³ (voir ci-dessous). Plus nombreux seront les exemplaires disponibles pour le public, gratuitement ou contre paiement d'une modeste taxe, plus efficace sera le domaine public.

Toute promotion du domaine public devrait alors avoir pour but de préserver et d'encourager l'utilisation gratuite et collective des ressources créatives relevant de ce domaine afin d'éviter toute récupération de l'exclusivité mais pourrait également viser à promouvoir la richesse du domaine public en faisant connaître des œuvres et en améliorant l'accès à son contenu. À cet égard, le rôle des bibliothèques et leur participation au dépôt légal revêtent une importance particulière.

ii) Exceptions au droit d'auteur

On peut tout à fait soutenir que les objectifs et justifications du domaine public et ceux des exceptions et limitations relatives au droit d'auteur sont étroitement liés : dans les deux cas le but est d'accroître l'accès du public aux expressions culturelles et créatrices, et la justification réside dans l'intérêt public. Une des fonctions du domaine public est de rendre possible les pratiques productives, qu'elles soient culturelles, créatrices, purement cognitives ou consommatrices, et de les faire échapper à l'exercice d'un droit de propriété exclusif. En cela, il n'est pas éloigné de nombreuses exceptions au droit d'auteur qui autorisent l'utilisation d'une œuvre protégée à des fins de consommation ou de création.

¹² R. DEAZLEY, *Rethinking Copyright – History, Theory, Language*, Edward Elgar, 2006, p. 111. Il convient de noter également que des œuvres non publiées pendant le délai normal de validité du droit d'auteur pourront bénéficier de la réactivation de leurs droits d'auteur.

¹³ G. DINWOODIE & R. COOPER-DREYFUSS, "Patenting Science: Protecting the Domain of Accessible Knowledge", dans *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 191 ; P. SAMUELSON, "Enriching Discourse on Public Domain", *op. cit.*, p. 163.

D'un point de vue sociologique, les exceptions et le domaine public ont ceci de commun qu'ils sont fondés sur l'intérêt général et habilent le public à exploiter des œuvres de création sans empiéter sur les droits intellectuels de quiconque. Au plan économique, ils concernent tous deux les actifs ou l'utilisation des actifs pour lesquels aucune transaction n'est possible. En outre, au plan juridique, si l'on définit le domaine public comme étant l'absence d'exclusivité, on pourrait considérer qu'il en est de même pour les exceptions étant donné qu'aucune exclusivité ne s'applique à l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur au titre d'une exception.

Ce type de raisonnement a conduit certains experts à inclure dans le domaine public non seulement les objets non protégés, mais aussi les utilisations non protégées d'œuvres soumises au droit d'auteur, c'est-à-dire les exceptions au droit d'auteur ou l'usage loyal¹⁴. Ainsi, P. Samuelson a nommément distingué, dans le domaine public, un "noyau" de ressources intellectuelles qui ne sont pas protégées par la propriété intellectuelle ainsi que plusieurs "terrains contigus" et certaines "zones troubles"¹⁵. C'est dans ces zones contiguës qu'on peut placer entre autres les logiciels libres, l'usage loyal et d'autres exceptions au droit d'auteur, ces dernières étant en théorie hors du domaine public, mais "apparemment à l'intérieur en réalité"¹⁶.

Rattacher les exceptions au droit d'auteur à la définition générale du domaine public reviendrait en fait à séparer le domaine public en deux parties distinctes : la première, de caractère structurel, engloberait les éléments qui sont intrinsèquement non protégés, indépendamment des conditions de leur utilisation; la seconde, de caractère uniquement fonctionnel, couvrirait les ressources dont la liberté d'utilisation serait seulement circonstancielle¹⁷. Le caractère ouvert et la liberté d'utilisation reposent, dans le premier cas, sur la non-existence du droit d'auteur et, dans le second, sur l'impossibilité de détenir et de faire respecter l'exclusivité du droit d'auteur.

La présente étude se bornera à étudier le domaine public au sens structurel et restreint, sans inclure les exceptions au droit d'auteur dans l'analyse. Les différences importantes qui séparent le domaine public *stricto sensu* et les limitations du droit d'auteur justifient cette approche.

Alors que le domaine public est par nature libre pour tous, exempt de discrimination et indépendant des conditions d'utilisation, les exceptions au droit d'auteur ne s'appliquent généralement qu'à certaines catégories d'utilisateurs (enseignants, particuliers, personnes handicapées) et à certains contextes strictement définis (illustration de cours, usage privé, objectif d'information, etc.). La portée des exceptions au droit d'auteur tient compte des droits exclusifs des titulaires du droit d'auteur, ceux-ci étant restreints par les droits découlant des exceptions. En revanche, la liberté d'utilisation que permet le domaine public n'est limitée par aucune contrepartie ni aucun droit privé.

¹⁴ Voir par exemple J. COHEN, "Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain", in *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 121; A. CHANDER & M. SUNDER, "The Romance of the Public Domain", *Cal. L. Rev.*, 2004, Vol. 92, p. 1340; J. BOYLE, *The public domain*, *op. cit.*, p. 38 (with some qualification); P. SAMUELSON, "Digital Information, Digital Networks, and The Public Domain", *Law & Contemp. Probs.*, 2003, Vol. 66, p. 148; V.L. BENABOU & S. DUSOLLIER, "Draw me a public domain", in P. TORREMANS (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007, p. 161.

¹⁵ P. SAMUELSON, "Digital Information, Digital Networks, and The Public Domain", *op. cit.*

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Cette distinction est exposée plus en détail dans V.L. BENABOU & S. DUSOLLIER, "Draw me a public domain", *op. cit.*; et a été partiellement reprise par le manifeste pour le domaine public élaboré par le réseau thématique européen Communia (voir <http://www.publicdomainmanifesto.org>).

Plus fondamentalement, au niveau international, les exceptions au droit d'auteur sont encadrées par le principe du triple critère, qui trouve son origine dans la Convention de Berne et a par la suite été adopté par l'ensemble des autres grands traités internationaux relatifs au droit d'auteur, depuis l'accord sur les ADPIC jusqu'aux Traités de l'OMPI de 1996¹⁸ dans une certaine mesure : le triple critère fait prévaloir l'intérêt général ou certains intérêts privés sur l'exclusivité reconnue aux auteurs lorsque l'exploitation normale des œuvres n'est pas affectée. Il traduit la recherche d'un équilibre pour des raisons non seulement économiques, mais aussi normatives. En un sens, il est un test de proportionnalité qui apprécie les droits exclusifs par rapport à l'intérêt général. À l'inverse, l'équilibre inscrit par le domaine public dans le régime du droit d'auteur précède l'exclusivité accordée par la loi et n'a pas à être mis en balance avec l'exploitation normale des œuvres. Le domaine public est ce qui ne devrait pas, ou ne devrait plus, être protégé, et il n'y a pas lieu normalement de le soumettre à un test de proportionnalité.

Enfin, la promotion du domaine public et celle des exceptions au droit d'auteur suivent des voies très différentes. Le domaine public est un donné des régimes de droit d'auteur. Mis à part une certaine résistance à l'expansion de l'objet ou de la durée du droit d'auteur par exemple, la protection du domaine public consiste essentiellement à promouvoir sa disponibilité et à améliorer son effectivité en terme d'accès et de liberté d'utilisation. Les exceptions au droit d'auteur sont le fruit de décisions de politique générale et restent encore à définir au plan international. Avant d'étudier les effets concrets de ces utilisations privilégiées par la loi, il est primordial de parvenir à une définition commune des principales exceptions au droit d'auteur. Cela suppose une approche différente, qui sera suivie d'une activité normative différente.

Par conséquent, en vue d'établir des priorités et des recommandations claires, la présente étude dissociera le domaine public, au sens de ressources intellectuelles non protégées par le droit d'auteur, des exceptions au droit d'auteur.

iii) Informations officielles relevant du domaine public

La terminologie du domaine public est aussi de plus en plus largement utilisée à propos des informations communiquées par les États ou des données produites ou financées par les pouvoirs publics. Par exemple, la recommandation de l'UNESCO (2003) sur la promotion et l'usage du multilinguisme et l'accès universel au cyberspace définit ainsi le domaine public :

“l'information publiquement accessible, dont l'utilisation ne porte atteinte à aucun droit légal ni à aucune obligation de confidentialité. Il englobe ainsi l'ensemble des œuvres ou objets de droits voisins qui peuvent être exploités par quiconque sans autorisation, par exemple parce que la protection n'est pas assurée en vertu du droit national ou international, ou en raison de l'expiration du délai de protection. Il englobe en outre les données publiques et l'information officielle que les gouvernements et les organisations internationales produisent et mettent volontairement à la disposition du public.”

Le libre accès à ces informations ou données et leur libre utilisation sont essentiels dans une société démocratique et servent l'intérêt général. Toutefois, cela ne doit pas être confondu avec la notion de domaine public utilisé dans la présente étude, car ni l'objet ni l'objectif ne sont les mêmes. Certains documents ou informations émanant de l'État ou de diverses autorités publiques peuvent entrer dans le domaine public tel que défini dans un régime de droit d'auteur par le biais de la règle excluant les actes officiels (voir plus bas), mais d'autres informations émanant des gouvernements peuvent encore être protégées par le droit d'auteur. Dans certains pays, des efforts ont été faits pour promouvoir la mise à disposition des citoyens de tels

¹⁸ Voir S. RICKETSON, étude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, 2003, page 73.

documents ou données publics, malgré leur éventuelle protection par le droit d'auteur, par exemple en encourageant la réutilisation et l'exploitation commerciale d'informations du secteur public¹⁹ ou même en renonçant au droit d'auteur pour les documents élaborés par les administrations publiques²⁰.

Bien qu'elles poursuivent un objectif similaire à celui du domaine public dans le droit d'auteur (même si leur approche tend à être plus axée sur le marché), les politiques relatives aux informations du secteur public ne se rattachent pas au domaine public tel que défini aux fins de la présente étude²¹.

iv) Œuvres orphelines et épuisées

Sans histoire familiale, les œuvres orphelines n'ont souvent pas d'âge : il est possible qu'elles soient ou non dans le domaine public car il importerait à cet égard de connaître l'auteur de l'œuvre, la date de sa mort constituant dans de nombreux cas le point de départ du délai d'application du droit d'auteur. Invoquer les dispositions nationales qui calculent la durée de la protection à compter de la date de publication des œuvres anonymes peut être un moyen de résoudre le problème dans certains cas, mais pas dans tous, car la date de publication n'est pas toujours connue.

La question des œuvres orphelines n'est souvent pas considérée sous cet angle : la plupart du temps, il est présumé que ces œuvres sont encore protégées par le droit d'auteur, l'obstacle principal à leur exploitation et réutilisation étant l'ignorance de l'identité ou de la localisation physique des titulaires des droits²².

En vérité, les œuvres orphelines occupent une zone grise entre un espace délimité soumis à la protection du droit d'auteur dont tous les éléments exigent l'obtention d'une autorisation en bonne et due forme pour pouvoir utiliser les œuvres, et l'espace délimité du domaine public dans lequel tous les éléments démontrent que les œuvres ne sont plus protégées et peuvent être librement utilisées. À cause de l'absence d'information permettant d'identifier l'auteur, l'œuvre orpheline ne peut être placée de manière définitive ni dans le domaine protégé, ni dans le domaine non protégé.

La clarification de la situation des œuvres orphelines est de ce fait tout autant liée à l'application du droit d'auteur qu'à la promotion du domaine public.

Bon nombre de pays ont commencé à mettre au point des mécanismes destinés, d'une part, à établir la filiation juridique des œuvres orphelines (le but étant de retrouver leur auteur) et, d'autre part, si l'auteur ne peut être identifié, à autoriser malgré tout l'exploitation de ces œuvres.

¹⁹ Voir en particulier la directive 2003/98/CE de l'Union européenne, sur la réutilisation des informations du secteur public, J.O., 2003 L345.

²⁰ Voir, par exemple, le site Web du gouvernement néerlandais dont le contenu est présenté sous une licence CC0, qui place ce contenu dans le domaine public (<http://www.rijksoverheid.nl/english>).

²¹ Sur le rapport entre information du secteur public et droit d'auteur, voir M. VAN EECHELD, "The Commercialization of Public Sector Information: Delineating the Issue", dans *The Future of the public domain*, op. cit., p. 279.

²² Voir Groupe de haut niveau de la commission européenne sur les bibliothèques numériques, Sous-groupe du droit d'auteur, *Rapport final sur la préservation numérique, les œuvres orphelines et les œuvres épuisées*, 2008 ; ou aux États-Unis, le rapport du Copyright Office sur les œuvres orphelines, disponible à l'adresse <http://www.copyright.gov/orphan/>.

Si le but du domaine public est de permettre l'exploitation et la réutilisation la plus large possible des œuvres de création, les systèmes mis en place pour autoriser l'utilisation d'une œuvre orpheline (après qu'une recherche diligente de l'auteur a échoué), le cas échéant en contrepartie d'une rémunération, serviront les mêmes fins que la préservation du domaine public. L'accès du public aux œuvres et l'exploitation fructueuse de celles-ci s'en trouveront facilités (même si une taxe est provisoirement imposée en l'absence de l'auteur)²³.

En revanche, si le but du domaine public est d'assurer la liberté et la gratuité des réutilisations, la tendance actuelle à concéder sous licence l'utilisation des œuvres orphelines pourrait alors aller à l'encontre d'un tel objectif, dans la mesure où, faute de connaître l'identité de l'auteur ou le statut de l'œuvre au regard du domaine public, il sera généralement présumé que les œuvres orphelines sont protégées et qu'une taxe doit être versée préalablement à leur utilisation. Dans cette hypothèse, l'utilisation d'œuvres du domaine public serait alors soumise à ce qui s'apparenterait à une licence obligatoire, ce qui irait à l'encontre de la liberté d'utilisation normalement attachée au domaine public.

Dès lors, si les œuvres orphelines devaient être incluses dans la démarche qui cherche à préserver la liberté d'utilisation et l'accès aux œuvres du domaine public, il serait indispensable de mettre davantage l'accent sur l'identification des œuvres et de leurs auteurs afin de déterminer plus précisément quelles œuvres de création appartiennent au domaine public. La question des œuvres orphelines devrait être étudiée parallèlement aux projets menés sur le domaine public, quand bien même elle n'est pas strictement liée à celui-ci.

v) Domaine public et savoirs traditionnels

Le domaine public a toujours été le dépositaire des savoirs traditionnels et du folklore dans la conception classique de la propriété intellectuelle. Les savoirs traditionnels et le folklore (hormis les cas où les savoirs traditionnels sont soumis au droit coutumier qui confère d'autres formes de propriété et de droits) peinent à tirer parti des droits de propriété intellectuelle ancrés dans la conception occidentale de la qualité d'auteur puisqu'en général ils ne constituent pas un matériel nouveau ou original mais, à l'inverse, un matériel ancien et davantage fondé sur un ensemble de connaissances recueillies que sur des traditions individuelles. Peu susceptible d'être protégé par le droit d'auteur, le folklore appartient habituellement au domaine public, ce qui facilite son exploitation et son appropriation²⁴.

Les pays en développement sont depuis longtemps réticents à accepter une vision du domaine public qui laisse sans protection leurs folklore et expressions créatrices traditionnelles. Une définition du domaine public, notamment si elle s'inscrit dans la perspective du développement, devrait prendre en considération le statut particulier des savoirs traditionnels et tenir compte des travaux actuellement menés dans le cadre de l'OMPI en vue de reconnaître certains droits au

²³ Sur ce point, voir la recommandation de la Commission européenne du 24 août 2006 sur la numérisation et l'accessibilité en ligne du matériel culturel et la conservation numérique, 2006/585/CE, J.O., 31.08.2006, L236/28, article 6.

²⁴ 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 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; G. DUTFIELD & U. SUTHERSANEN, *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar, 2008, p. 335.

folklore. Le régime (aujourd'hui mondial) de la propriété intellectuelle doit cesser de dénier l'exclusivité ou d'autres types de droits aux nombreuses formes de production intellectuelle, de savoirs ou d'expressions culturelles. Il est important que le domaine public ne néglige pas les régimes de propriété commune d'autres cultures²⁵.

Par conséquent, la présente étude exclura les expressions du folklore et les savoirs traditionnels du domaine public qu'elle tente de définir et délimiter, même si, en l'état actuel du droit international, ils sont encore considérés comme non protégés par le droit d'auteur fondé sur la qualité d'auteur.

Il est à noter que de nombreux pays en développement incluent dans leur régime de protection du droit d'auteur une protection spécifique des expressions du folklore en général alignée, là où elle existe, sur la protection des œuvres du domaine public. Tel est le cas, parmi les pays dont la législation est étudiée dans la présente étude, de l'Algérie, du Kenya et du Rwanda. Sous la dénomination de folklore ou de patrimoine culturel, certaines formes d'expressions créatrices jouissent d'un statut particulier, qui n'équivaut pas à la protection en vertu du droit d'auteur mais les soumet à un mélange de règles autorisant leur utilisation par des organismes officiels, quelquefois en contrepartie d'une taxe, et d'interdictions de présenter ce patrimoine de manière inexacte ou déformée.

B. Rôle du domaine public dans la propriété intellectuelle

Plus personne ne conteste le rôle essentiel que joue le domaine public dans l'équilibre de la propriété intellectuelle, ni le fait que le droit d'auteur est en principe limité dans sa portée, son objet et sa durée, d'où il découle que de nombreux éléments restent hors du champ d'application du droit d'auteur et sont dans le domaine public.

L'absence d'une protection conférée à ces éléments ou œuvres donne au public la liberté d'utiliser, de reproduire et de communiquer ce qui appartient au domaine public. Cela répond à de nombreux objectifs. P. Samuelson distingue huit valeurs essentielles du domaine public dans les régimes du droit d'auteur et des brevets²⁶ :

- il est une composante de la création de nouveaux savoirs ou de la création;
- il favorise l'imitation concurrentielle;
- il favorise l'innovation ultérieure;
- il offre un accès à l'information à faible coût;
- il donne accès au patrimoine culturel;
- il promeut l'éducation;

²⁵ À ce sujet, voir la Déclaration de Bellagio sur le domaine public, adopté par de nombreux experts en 1993: "in general, we favor recognition and protection of the public domain. We call on the international community through expansive application of concepts of fair use, compulsory licensing, and narrower initial coverage of property rights in the first place. But since existing author-focused regimes are blind to the interests of nonauthorial producers as well as to the importance of the commons, the main exception to this expansion of the public domain should be in favor of those of have been excluded by the authorial biases of current law." (cité par R. COOMBE, "Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship ...", *op. cit.*, p. 1184).

²⁶ P. SAMUELSON, "Challenges in Mapping the Public Domain", *op. cit.*, p. 22.

- il promeut la santé publique et la sécurité;
- il promeut la démocratie et les valeurs démocratiques.

Parmi ces valeurs, certaines sont particulièrement importantes pour le domaine public dans le droit d'auteur. En premier lieu, la liberté d'utiliser les éléments se trouvant dans le domaine public, comme les idées, les principes, les faits ou les œuvres dont la protection a expiré, permet aux créateurs ultérieurs de s'appuyer sur les éléments préexistants. Le domaine public favorise ainsi les nouvelles utilisations créatrices et il contribue au processus graduel de toute création artistique²⁷. Le domaine public met également à disposition du matériel à des fins éducatives, permettant l'accès à des aspects importants du savoir et de la culture des sociétés.

Mais le domaine public promeut également une utilisation des œuvres uniquement axées sur la consommation : une fois qu'une œuvre n'est pas ou n'est plus protégée, elle est librement utilisable par tous, sans frais ou à un coût réduit en fonction des modalités de sa mise à disposition prévue par le marché ou les institutions publiques. De par la nature des œuvres littéraires et artistiques, même leur simple consommation représente un avantage social puisque c'est un moyen pour le public d'accéder au savoir, à la culture et à l'éducation.

Enfin, le domaine public présente un intérêt économique : des modèles d'affaires peuvent être établis à partir d'œuvres non protégées étant donné que le coût d'accès à ces œuvres est diminué du fait de l'expiration du droit d'auteur. Certains éditeurs se spécialisent dans la publication de livres ou d'œuvres musicales tombés dans le domaine public. L'environnement numérique a encore fait baisser le coût de production des modèles d'affaires fondés sur des œuvres du domaine public, comme l'a démontré récemment l'exemple de Google Recherche de livres. Google a en effet lancé un nouveau modèle d'affaires qui met à disposition des livres qui ne sont plus protégés et sont présentés gratuitement au public, tout en générant des recettes publicitaires pour son moteur de recherche. Dans le contexte du plan d'action pour le développement, le domaine public peut également être vu comme un outil clé du développement puisqu'il permet aux pays de favoriser la création, l'éducation et l'innovation à travers l'accès à l'information, au savoir et à la culture. Tout comme elle tire avantage du droit d'auteur, la croissance économique peut gagner à prendre appui sur le matériel se trouvant dans le domaine public, ce dont témoigne l'actuel regain d'intérêt pour les œuvres non protégées.

Dans une perspective plus large, le domaine public peut également être vu comme un élément central du patrimoine culturel de l'humanité²⁸. C'est ce qui ressort des importants travaux menés par l'UNESCO dans les années 1990 à propos de la notion de domaine public et de la protection de celui-ci²⁹, principalement défini comme l'ensemble des œuvres dont le droit d'auteur a expiré. Dans ce texte, le domaine public était considéré comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité et, à ce titre, comme justifiant l'adoption de mesures spécifiques destinées à garantir à la fois son authenticité et son intégrité. De ce fait, bien que le principe de la libre utilisation des éléments appartenant au domaine public ait été posé, les mesures de politique générale envisagées par l'UNESCO tendaient plutôt à renforcer le contrôle sur le domaine public à travers l'établissement de droits moraux perpétuels ou d'autres systèmes de droits permettant à l'État de préserver les œuvres en question. Cette dimension du domaine public s'écarte de la stricte

²⁷ J. LITMAN, "The Public Domain", *Emory Law Journal*, 1990, vol. 39, p. 965-1023.

²⁸ B. D'ORMESSON-KERSAINT, "La protection des œuvres du domaine public", *R.I.D.A.*, avril 1983, p. 93.

²⁹ Voir UNESCO, Projet de recommandation aux États membres sur la sauvegarde des œuvres du domaine public, 1993, 27 C/40, conférence générale, 27^e session; Rapport sur les œuvres de l'esprit d'intérêt universel tombées dans le domaine public, considérées comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité, Conférence générale de l'UNESCO, 1999, 30 C/56.

réglementation du droit d'auteur pour rentrer dans le champ de la préservation du patrimoine culturel, où des critères de qualité peuvent intervenir puisque tout ce que le droit relatif au droit d'auteur attribue au domaine public n'a pas de valeur en tant que patrimoine culturel.

Au regard de l'intérêt public, le domaine public revêt donc une importance pluridimensionnelle aux plans de l'éducation, de la vie démocratique, de l'économie et de la libre concurrence. Il joue un rôle égal à celui du droit d'auteur dans une société démocratique où la diversité culturelle et les libertés de créer, d'innover et de prendre part à l'environnement culturel et scientifique sont des objectifs fondamentaux. Un domaine public solide et vivant dans le monde de la culture et de la science est une pièce centrale du patrimoine commun de l'humanité et, à ce titre, il doit être accessible à tous. Le domaine public est un moteur puissant du développement social et économique. Il doit également être préservé de toute privatisation induite et de tout empiètement, et doit servir de contrepoids à l'exclusivité de la propriété intellectuelle.

C. L'histoire du domaine public

L'histoire du domaine public dans le droit d'auteur voit s'opposer deux récits différents. L'opinion la plus répandue, particulièrement parmi les spécialistes du droit d'auteur qui s'emploient à défendre le domaine public, veut que le domaine public ait précédé le droit d'auteur. Autrement dit, comme M. Rose le décrit avec justesse, "on raconte qu'à l'origine, le monde littéraire dans son entier se trouvait libre et ouvert, mais plusieurs secteurs ont ensuite été fixés et cloisonnés et c'est ainsi qu'est née la propriété littéraire. Cette histoire suppose que le domaine public, ou les biens littéraires communs, ont précédé le droit d'auteur"³⁰. Ce droit est ensuite entré en scène, comme s'il s'emparait de ressources qui n'étaient pas protégées jusqu'alors, réduisant ainsi cet Éden du domaine public où chacun était libre d'utiliser toute chose³¹. Pour compléter ou qualifier ce point de vue, certains soutiennent que les premières lois sur le droit d'auteur ont aussi créé le domaine public ou l'ont renforcé en délimitant le privilège qu'elles concédaient, laissant au domaine public ce qui n'entraînait pas dans le champ d'application du droit d'auteur ou qui ne remplissait pas les conditions requises pour bénéficier d'une protection³².

À l'inverse, d'autres spécialistes ont tendance à affirmer que cette idée si communément admise selon laquelle le domaine public est antérieur à la reconnaissance de la propriété intellectuelle pourrait bien se révéler erronée dans les premiers régimes de droit d'auteur³³. Selon eux, le domaine public n'a pas toujours été aussi populaire qu'aujourd'hui, aussi bien dans les débats que dans la réalité juridique. L'expression même de "domaine public" n'est apparue qu'au XIX^e siècle³⁴. Quoi qu'il en soit, dans la pratique, la liberté de copie s'apparentait en général à un mythe avant la création du droit d'auteur : en effet, les activités d'impression et de publication étaient strictement réglementées par des privilèges ou par la censure, ce qui limitait considérablement les possibilités de copier et de publier librement les écrits d'auteurs vivants ou décédés³⁵. J. Ginsburg démontre en outre que même après l'apparition du droit d'auteur, on ne saurait considérer que son attribution a créé, par la même occasion, un domaine public composé

³⁰ M. ROSE, "Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain", *Law and Contemporary Problems*, 2003, vol. 66, p. 75 de l'original; R. DEAZLEY, *Rethinking Copyright*, *op. cit.*, p. 108.

³¹ J. BOYLE, *op. cit.*; L. LESSIG, *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, 2004.

³² M. ROSE, "Nine-Tenths of the Law...", *op. cit.*, p. 75.

³³ Voir en particulier J. GINSBURG, "Une chose publique...", *op. cit.*, mais aussi T. OCHOA, "Origin and Meanings of the Public Domain", *Dayton L. Rev.*, 2002, vol. 28, p. 215 et, adoptant une approche plus mesurée, M. ROSE, "Nine-Tenths of the Law...", *op. cit.*.

³⁴ T. OCHOA, "Origin and Meanings of the Public Domain", *op. cit.*

³⁵ M. ROSE, "Nine-Tenths of the Law...", *op. cit.*, pp. 75-76.

de toutes les œuvres ne répondant pas aux critères requis pour être protégées³⁶. Les catégories d'œuvres à protéger faisaient souvent l'objet d'interprétations généreuses, et il s'avérait que les exigences relatives au respect des formalités alors imposées n'étaient pas aussi rigoureuses que la législation le prévoyait; en règle générale, les sanctions prévues par la "*common law*" en cas de copie ou de publication non autorisée étaient préservées (du moins au Royaume-Uni), tandis que le non-respect des formalités avait des conséquences mal définies. Dans ces premiers systèmes de protection, la protection du droit d'auteur devrait donc être perçue comme étant plus large que stipulé dans les statuts, avec des frontières pas strictement délimitées. En conséquence, les contours du domaine public lui-même étaient flous et indéterminés à cette époque de l'histoire du droit d'auteur.

Ces deux perspectives sont peut-être quelque peu excessives et pourraient être rapprochées. Certes, "une idylle d'esprit communautaire dont nous avons supposément été déçus"³⁷ constitue dans une certaine mesure la projection d'un souhait où le domaine public serait la règle, une règle de plus en plus souvent transgressée par le droit d'auteur. Avant la législation sur le droit d'auteur et au-delà de ses dispositions, la réglementation de l'imprimerie et, par conséquent, des activités de publication ne laissait que peu de marge à la libre copie. Néanmoins, ces prescriptions ne s'appliquaient qu'à l'expression écrite, telle que les livres, même si la notion pouvait être comprise au sens large et inclure d'autres œuvres littéraires. D'autres types d'expression créative restaient ouverts à la reproduction, et même les écrits pouvaient dans une certaine mesure être copiés ou exploités par d'autres créateurs à l'aide de moyens qui constitueraient aujourd'hui une atteinte au droit d'auteur. La réglementation des activités et des marchés de publication n'a dès lors pas banni toute possibilité de libre utilisation et de libre copie³⁸.

Par ailleurs, la naissance d'un régime juridique de droit d'auteur, qui a aboli les anciens privilèges, a soulevé la question des limitations à fixer pour ces droits juridiques. Si les limites pouvaient être vagues et incertaines et le champ d'application du droit interprété de manière élargie, ce qui a amorcé l'expansion croissante de la propriété intellectuelle que beaucoup dénoncent aujourd'hui, leur adoption a suscité certains débats et construit un espace de libre utilisation juridiquement défini. En ce sens, il est exact d'affirmer que "le droit d'auteur et le domaine public sont nés en même temps"³⁹, ou du moins leurs concepts tels que compris et limités par l'ordonnancement juridique. Cependant, il fallait encore construire une rhétorique et un régime pour cet espace de libre utilisation, ce qui pouvait permettre à un véritable domaine public d'émerger de son invisibilité historique, pour le moins dans le discours sur le droit d'auteur, voire dans la réalité des faits.

Il a fallu un certain temps pour mener à bien cette construction depuis la loi dite *Statute of Anne* et les autres règles originelles sur le droit d'auteur, ce qui donne l'impression que le domaine public était relativement absent au début de l'histoire du droit d'auteur. Dans la plupart des pays, la terminologie relative au domaine public est apparue plutôt tardivement. Les Français ont été les premiers à utiliser cette expression, par laquelle ils désignaient l'expiration du droit d'auteur. Pendant longtemps, le "domaine public" n'a qualifié que les œuvres dont la protection avait expiré au fil du temps. Par la suite, on a progressivement utilisé ce concept pour englober toutes les créations qui ne sont pas, ou plus, protégées par le droit d'auteur⁴⁰.

³⁶ J. GINSBURG, "Une chose publique...", *op. cit.*

³⁷ M. ROSE, "Nine-Tenths of the Law...", *op. cit.*, p. 76 de l'original.

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem*, p. 75 de l'original.

⁴⁰ Voir par exemple T. OCHOA, "Origin and Meanings of the Public Domain", *op. cit.*, qui retrace l'usage de la terminologie dans la jurisprudence des États-Unis, dès 1896, pour englober les créations ou les inventions qui n'étaient pas protégées par un brevet ou un droit d'auteur parce

Parallèlement à cette construction graduelle d'une terminologie et d'une rhétorique appropriées, la notion et le régime de domaine public ont commencé à émerger dans bon nombre de pays au XIX^e siècle, dans les débats menés autour de l'expansion du droit d'auteur et dans la jurisprudence traitant des critères de protection au titre du droit d'auteur. Avant même que l'expression "domaine public" soit utilisée, le concept de ressources librement accessibles à tous faisait office de pendant à l'octroi d'un droit exclusif sur les expressions créatives. J. Ginsburg nous rappelle qu'en dépit de la position actuelle de la France, qui peut paraître protectionniste, son système de droit d'auteur "était à l'origine le plus enclin à reconnaître un domaine public par défaut, en soulignant l'importance de la propriété du public en tant que toile de fond des droits privés"⁴¹. Ce domaine public était exprimé par les notions de "propriété publique" ou de "propriété commune"⁴². La déclaration souvent citée de Le Chapelier, dans laquelle il défend le principe de propriété littéraire – "la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain" – est bien connue pour continuer ainsi :

"Cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés. Quand un auteur a livré son ouvrage au public, [...] l'écrivain a associé le public à sa propriété, ou plutôt la lui a transmise toute entière. Cependant, comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelque fruit de leur travail, il faut que, pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie. Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain."

Il est intéressant de noter que, dans cette citation, la notion de "propriété publique" apparaît aussitôt que l'ouvrage a été livré au public. La propriété du public mentionnée ici ne devrait pas être confondue avec le droit traditionnel de propriété sur les biens, tangibles ou non⁴³, mais devrait être comprise comme l'intérêt du public à obtenir un accès aux créations intellectuelles et à en jouir. En ce sens, Le Chapelier introduit l'idée d'un domaine public au sein même du système de droit d'auteur, dans la mesure où cette liberté d'accès aux œuvres découle du mécanisme de divulgation et est assurée parallèlement à l'exclusivité conférée par la protection du droit d'auteur. L'on retrouve ici la notion de domaine public cognitif évoquée ci-avant, qui établit une distinction entre la liberté d'utilisation accordée par le domaine public *stricto sensu* et l'accès intellectuel aux œuvres tributaire de la divulgation de ces œuvres, que le droit d'auteur soit protégé ou non.

La notion de domaine public telle que nous la connaissons aujourd'hui s'est plus largement répandue au XIX^e siècle, lors du débat suscité par l'extension de la durée de la protection de la propriété artistique⁴⁴. En France, de nombreux écrivains, philosophes et hommes politiques célèbres se sont passionnés pour la question, qu'ils aient défendu ou combattu la perpétuité de la propriété littéraire et artistique, comme pour tout autre droit de propriété. Joseph Proudhon, qui était l'un des opposants les plus farouches à un droit d'auteur perpétuel, a explicitement fait référence à la notion et à l'expression de domaine public :

qu'elles ne remplissaient pas les conditions requises.

⁴¹ J. GINSBURG, "Une chose publique...", *op. cit.*, p. 144 de l'original.

⁴² T. OCHOA, "Origin and Meanings of the Public Domain", *op. cit.*, pp. 233-235 de l'original.

⁴³ En effet, à l'époque, la notion de propriété était utilisée dans un sens plus idéologique que juridique. Pour ce qui concerne l'utilisation de la propriété publique dans le droit d'auteur, cette fois dans un sens juridique, on consultera plutôt P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris, LGDJ, 1969.

⁴⁴ Sur cet épisode, voir L. PFISTER, "La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle", *R.I.D.A.*, juillet 2005, p. 117.

“Or, en signant un pareil acte, le législateur aura fait pis que de payer à l’auteur un prix exorbitant, il aura fait abandon de la chose publique, du domaine intellectuel, et cela en pure perte, au grand dommage de la communauté. [...] Ne déshéritons pas pour cela l’humanité de son domaine [...] La propriété intellectuelle fait plus que porter atteinte au domaine public; elle fraude le public de la part qui lui revient dans la production de toute idée et de toute forme⁴⁵.”

Ici, le domaine public est proclamé comme l’antithèse du droit d’auteur, comme son pendant nécessaire et sa vocation, une opposition qui continue de dominer le discours contemporain sur le domaine public.

En 1878, à l’ouverture du Congrès littéraire international qui annonçait l’adoption de la Convention de Berne, Victor Hugo a retenu ces deux conceptions du domaine public : d’une part en affirmant que “dès que l’œuvre est publiée l’auteur n’en est plus le maître. C’est alors l’autre personnage qui s’en empare, appelez-le du nom que vous voudrez : esprit humain, domaine public, société”; d’autre part en soutenant que le domaine public est le sort qui doit être réservé aux œuvres après l’expiration de la protection du droit d’auteur.

C’est aussi au XIX^e siècle que le domaine public a fait son apparition dans la jurisprudence et le processus législatif. Un précurseur notable est la célèbre affaire anglaise *Donaldson c. -Beckett*⁴⁶, datant de 1774, dans laquelle le domaine public était défendu au motif du *publici juris* une fois expirée la durée légale de la protection du droit d’auteur. Dans cette décision, Lord Camden a établi cette analogie fameuse : “S’il y a quelque chose au monde [...] qui est commun à l’humanité, la science et le savoir [...] devraient être libres et généraux comme l’air et l’eau”.

Aux États-Unis d’Amérique, la Cour suprême a commencé à utiliser l’expression à la fin du XIX^e siècle et, surtout, elle y a associé un système de libre disponibilité et d’irrévocabilité⁴⁷.

À l’échelon international, en 1886 déjà, la Convention de Berne utilisait le domaine public pour désigner les œuvres dont la protection du droit d’auteur avait expiré, empruntant cette notion à la législation française sur le droit d’auteur⁴⁸. Cette référence au domaine public, toujours comprise dans le cadre de l’expiration de la durée de la protection, subsiste aujourd’hui encore dans l’article 18(1) de la Convention de Berne⁴⁹.

On peut conclure de ce bref aperçu historique que l’impulsion en faveur du domaine public a progressivement pris sa place dans le discours sur le droit d’auteur et son régime juridique, s’affirmant comme le pendant nécessaire de la protection du droit d’auteur. Si, de nos jours, le domaine public a gagné en importance dans les débats politiques comme dans la réflexion en la matière, cela est probablement dû à l’environnement numérique qui a élargi l’accès aux contenus culturels et qui, par là-même, pose la question d’un domaine public riche et indépendant de la protection du droit d’auteur.

⁴⁵ J. PROUDHON, *Les Majorats littéraires*, 1868 (où la terminologie du domaine public apparaît à de nombreuses reprises).

⁴⁶ *Donaldson c. Beckett*, 98 Eng. Rep., 357 (1774).

⁴⁷ Voir les cas analysés par T. OCHOA, “Origin and Meanings of the Public Domain”, *op. cit.*, p. 240 et suivantes.

⁴⁸ Voir l’article 14 de la Convention de Berne de 1886, qui prévoit que : “La présente Convention, sous les réserves et conditions à déterminer d’un commun accord, s’applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public dans leur pays d’origine”.

⁴⁹ “La présente Convention 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

D. La justification du domaine public

Les justifications philosophiques traditionnelles de la propriété intellectuelle mentionnent rarement le domaine public, mais elles illustrent toutefois la façon dont la propriété intellectuelle traite ce qui n'est pas protégé. Ces théories sont principalement axées sur la raison pour laquelle on accorderait aux auteurs l'exclusivité sur les fruits de leurs travaux ou de leurs activités de création, justifiant ainsi la reconnaissance de la propriété. Néanmoins, il n'a été prêté que peu d'attention à une éventuelle justification de la conservation d'un domaine public ou de biens communs relevant du savoir ou de la culture, du moins dans les théories occidentales sur la propriété intellectuelle (qui continuent de dominer le discours sur le droit d'auteur).

La théorie de John Locke sur le travail et la propriété est souvent utilisée pour justifier l'octroi d'un droit d'auteur ou d'un droit de brevet, semblable à un droit de propriété, sur les œuvres ou les inventions découlant d'un travail intellectuel⁵⁰. Dans sa célèbre proposition tirée du *Traité du gouvernement civil*, il écrit ainsi :

*“Tout ce qu'[un homme] a tiré de l'état de nature, par sa peine et son industrie, appartient à lui seul : car cette peine et cette industrie [sont] sa peine et son industrie propre et seule”*⁵¹.

Il n'est pas question de propriété intellectuelle, et Locke n'a jamais écrit sur le sujet, mais ce passage a été sans cesse repris dans l'histoire du droit d'auteur pour associer un droit de propriété aux fruits du travail intellectuel⁵².

Une autre explication philosophique classique de la propriété intellectuelle est celle de Hegel, qui justifie l'octroi d'un droit sur un objet à une personne qui instille sa volonté dans cet objet. Sa théorie de la propriété liée à la personnalité valide les droits de propriété privée découlant de l'acte subjectif d'appropriation, en tant qu'extension de la personnalité.

durée de la protection”.

⁵⁰ À propos de l'influence exercée par la théorie 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*, op. cit., n° 276; D. ATTAS, “Lockean Justifications of Intellectual Property”, tiré de A. GOSSERIES, A. MARCIANO et A. STROWEL (eds.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 29.

⁵¹ JOHN LOCKE, *Du Gouvernement civil, de sa véritable origine, de son étendue et de sa fin*, tiré de *Traité du gouvernement civil*, ch. V, 27 (Peter Laslett ed., 1988).

⁵² Voir la pétition des libraires lors du débat autour de la loi dite *Statute of Anne*, dans le *Journal of the House of Commons*, 26 février 1706, cité par A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences*, Bruylant/LGDJ, 1993, p. 187 : “many learned Men have spent much Time, and been at great Charges, in Composing Books, who used to dispose of their Copies upon valuable Considerations, to be printed by the Purchasers [...] but of late Years such Properties have been much invaded”; ou le préambule à la loi sur le droit d'auteur de l'État du Massachusetts, du 17 mars 1783, citée par J. GINSBURG, “A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America”, *R.I.D.A.*, janvier 1991, p. 144; ou encore, pour la France, les nombreuses déclarations de Le Chapelier et Lakanal lors de l'adoption des décrets révolutionnaires de 1791 et de 1793, qui font référence au fruit du génie de l'écrivain ou au Manifeste de Louis d'Héricourt en faveur de la propriété littéraire (“Un manuscrit (...) est, dans la personne de l'auteur, un bien qui lui est réellement propre, parce que c'est le fruit de son travail qui lui est personnel, dont il doit avoir la liberté de disposer à son gré”) (cité par A.C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, Jules Renouard et Cie, tome I, 1838, p. 156).

Lorsqu'on les applique à la propriété intellectuelle, ces deux philosophies assimilent la propriété à la production culturelle de l'être humain : ce qui est protégé est ce que les hommes ont tiré de l'état brut de la nature⁵³. Le principe de propriété selon Locke trouve ses racines dans l'hypothèse d'après laquelle chaque homme est libre de s'approprier toutes les ressources au moyen de son travail, tandis que la vision hégélienne se fonde sur l'idée d'un domaine public prêt à être possédé par tout individu doté d'une telle volonté. Les deux théories considèrent la nature comme une propriété privée en puissance. Transposée à la propriété intellectuelle, la nature peut être assimilée au domaine public, qui est ainsi perçu comme la matière première servant à la création future et à la protection du droit d'auteur.

Dans sa philosophie, Locke n'oublie pas pour autant la nécessité de conserver certaines ressources que tous peuvent utiliser librement, et il précise sa proposition en affirmant que l'appropriation doit laisser "aux autres assez de semblables et d'aussi bonnes choses communes" dont ils peuvent disposer⁵⁴. Dès lors, il ne peut y avoir de droit de propriété naturel sans reconnaissance parallèle de biens communs. Cela justifiera l'équilibre indispensable à la propriété intellectuelle, où l'octroi d'une exclusivité doit être contrebalancé par la reconnaissance de biens communs intangibles ou, comme nous l'appelons aujourd'hui, le "domaine public"⁵⁵.

Une autre philosophie pourrait nous aider à comprendre le besoin de reconnaître le droit d'auteur tout en préservant un certain accès aux expressions culturelles : il s'agit des travaux de Jurgen Habermas sur la sphère publique⁵⁶. La sphère publique, dans le sens d'ensemble de personnes à même de s'opposer de manière critique à l'État, est apparue au XVIII^e siècle, en même temps que les premières lois sur le droit d'auteur. Le fait qu'une protection des œuvres littéraires et artistiques ait été mise en place justement à cette époque n'a rien d'une coïncidence. Comme le démontre Habermas, la matrice de la sphère publique est de fait culturelle, car elle trouve dans la production littéraire et artistique le fondement de la réflexion et des débats politiques (ce que Kant avait déjà décrit à l'époque⁵⁷). Cela explique que l'objectif social du droit d'auteur soit la promotion de la sphère publique. Les œuvres sont destinées au public, et le régime de protection entend faciliter la circulation des œuvres dans la sphère publique en permettant à l'auteur de maîtriser cette circulation, dans une certaine mesure. Ainsi, le modèle de sphère publique dans sa quintessence intègre le domaine public en tant qu'élément clé du régime de droit d'auteur, étant donné que son objectif final devrait être de promouvoir l'accès public aux œuvres.

Plus récemment, les théories relatives aux droits naturels de propriété intellectuelle ont été remplacées par des conceptions utilitaires, qui justifient l'octroi d'un droit de propriété privée par les bienfaits sociaux engendrés au niveau global. Dans ce cadre, la propriété intellectuelle est légitime à condition qu'elle prévoie suffisamment de mesures d'incitation destinées aux créateurs

⁵³ A.-C. RENOARD, *op. cit.*, p. 441 : "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 pour n'être pas incontestée".

⁵⁴ Pour une analyse de cet aspect de la philosophie de Locke, voir W. GORDON, "A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property", *Yale L.J.*, 1993, Vol. 102, p. 1555 et suivantes.

⁵⁵ Concernant l'application de la théorie de Locke au domaine public, voir J. BOYLE, *op. cit.*, p. 28, ainsi que G. DUTFIELD et U. SUTHERSANEN, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁶ J. HABERMAS, *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, 1962. Sur l'application du modèle de sphère publique à la protection du droit d'auteur et ses conséquences pour la protection numérique du droit d'auteur, voir S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres...*, *op. cit.*, p. 220 et suivantes.

⁵⁷ I. KANT, "Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ?", *Berlinische Monatschrift*, 1784.

et aux innovateurs, en vue de stimuler la production d'œuvres et d'inventions. Ce raisonnement a nourri l'évolution d'une riche analyse de la propriété intellectuelle sur les plans juridique et économique ces trente dernières années.

Les avantages économiques de la propriété intellectuelle ont souvent été démontrés. Ces travaux ne sont pas exempts de préoccupations à propos du domaine public, même si la recherche en droit et en économie ou l'analyse économique du domaine public n'en sont qu'à leurs débuts⁵⁸. Par exemple, l'Union européenne a mandaté une étude sur la valeur économique du domaine public, particulièrement pour les institutions de préservation du patrimoine culturel⁵⁹. Comme les études de ce type visent à estimer la valeur actuelle des œuvres du domaine public et la valeur des œuvres qui tomberont dans le domaine public dans les années à venir, elles pourraient contribuer à évaluer la valeur d'un domaine public riche et l'effet de tout changement qui pourrait être décidé et modifierait la frontière entre protection et absence de protection dans les régimes de droit d'auteur.

De plus, les études économiques portant sur l'extension de la durée de certains droits de propriété intellectuelle sont utiles pour évaluer la valeur du domaine public composé d'œuvres dont la protection du droit d'auteur a expiré⁶⁰. Les études sur les aspects économiques des logiciels libres et de la concession de licences d'accès libre abondent⁶¹ : elles examinent les avantages économiques qui peuvent être associés aux pratiques de mise en commun et au contrôle non exclusif sur les biens intellectuels, caractéristiques que les mouvements favorables au libre accès partagent avec le domaine public (voir ci-dessous).

Ces études économiques ont pour point commun une évolution progressive partant de l'idée de la soi-disant tragédie des biens communs pour aboutir à un point de vue selon lequel l'organisation de ces biens communs, au lieu de leur privatisation, pourrait se révéler avantageuse. "La Tragédie des biens communs" est le titre d'un célèbre article d'économie de G. Hardin paru en 1968, dans lequel il soutenait que les ressources faisant l'objet d'une gestion collective entraîneraient forcément la surconsommation et l'épuisement parce qu'elles ne sont pas soumises à des droits exclusifs⁶². Depuis, de nombreux auteurs éminents (dont, non des moindres, Elinor Ostrom, qui a reçu le Prix Nobel d'économie en 2009⁶³) sont parvenus à démontrer que la gestion collective des biens communs, qu'ils soient tangibles ou intangibles, pouvait éviter cette tragédie et créer certaines valeurs. Malgré ces recherches récentes, on peut

⁵⁸ R. POLLOCK, *The Value of the Public Domain*, juillet 2006, consultable à l'adresse <http://www.ippr.org/publicationsandreports/publication.asp?id=482>; E. SALZBERGER, "Economic Analysis of the Public Domain", tiré de *The Future of the Public Domain*, op. cit., p. 27-58; Computer & Communications Industry Association, *Fair Use in the US Economy*, 2007, consultable à l'adresse <http://www.cciainet.org/Copyright-Resources/>.

⁵⁹ Voir le premier rapport issu de cette étude, *Economic and Social Impact of the Public Domain: EU Cultural Institutions and the PSI Directive*, mai 2009, consultable à l'adresse http://www.epsiplatform.eu/psi_library/reports/economic_and_social_impact_of_the_public_domain_eu_cultural_institutions_and_the_psi_directive_may_2009.

⁶⁰ W. LANDES et R. POSNER, "Indefinitely renewable copyright", *U. Chi. L. Rev.*, 2003, vol. 70, p. 471.

⁶¹ Pour une étude récente, voir par exemple J. HOUGHTON, *Open Access – What are the economic benefits?*, étude mandatée par Knowledge Exchange, 2009, consultable à l'adresse <http://www.knowledge-exchange.info/Default.aspx?ID=31>.

⁶² G. HARDIN, "The Tragedy of the Commons", *Science*, 1968, n° 162, 1243.

⁶³ Voir par exemple E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

dire que “l’exploration de l’information et du savoir en tant que biens communs en est encore au stade de la petite enfance”⁶⁴. Pourtant, cette exploration pourrait servir à enrichir le discours juridique sur le domaine public et sur sa valeur pour la création et l’innovation.

Toutes ces idéologies développées sur la propriété intellectuelle ou appliquées à elle ont peut-être le défaut d’être profondément enracinées dans des conceptions philosophiques ou économiques occidentales, lesquelles tendent à placer la propriété privée et l’exclusivité au cœur du développement et de la justice. D’autres notions de propriété ou de droit sur les biens pourraient enrichir le débat sur les biens communs ou le domaine public, en considérant la valeur de la propriété collective ou de la production culturelle sous un angle nouveau : moins liée aux actes personnels des auteurs, mais contribuant à la culture et au patrimoine communs⁶⁵. Il serait utile de poursuivre les recherches dans ce sens.

III. COMPOSITION DU DOMAINE PUBLIC

A. Principes fondamentaux

Le domaine public est composé d’éléments qui sont en soi non protégés, quelles que soient leurs conditions d’utilisation. Tout ce qui se trouve dans le domaine public peut, par définition, être utilisé librement puisque le domaine repose sur le principe de l’absence de droits exclusifs.

Il sera constitué d’éléments qui, en général, sont utilisés par de nombreux pays pour définir la matière de la protection par le droit d’auteur mais qui seront complétés par d’autres éléments qui semblent, dans certaines législations nationales, relever du domaine public. Afin de mener à bien cette étude sur la composition du domaine public selon les législations nationales, les pays ont été choisis compte tenu du souci de parvenir à une représentation équilibrée et différenciée des législations par la répartition géographique, le niveau de développement économique et le système juridique. Il s’agit des pays suivants : Algérie, Australie, Brésil, Chili, Chine, Costa Rica, Danemark, États-Unis d’Amérique, France, Italie, Kenya, Malaisie, République de Corée et Rwanda.

Recenser le contenu du domaine public peut être utile à de nombreux égards. Premièrement, cela peut aider les pays à déterminer les œuvres appartenant au domaine public. Deuxièmement, cela permettra de mettre en évidence que le domaine public n’est pas homogène. Il est changeant et comprend de nombreux éléments éclectiques, ce qui a deux conséquences. D’une part, la façon dont chaque élément tombe, par l’effet de la loi ou par tout autre effet, dans le domaine public permet de mettre en évidence différents mécanismes et de chercher à atteindre différents objectifs, qui peuvent avoir une incidence sur les recommandations de politique ou les stratégies visant à maintenir et promouvoir le “caractère public” de ces différentes parties du domaine public. D’autre part, étant donné que chaque catégorie des éléments tombés dans le domaine public obéit à différents mécanismes, le domaine public est sans aucun doute à la merci de diverses menaces d’incorporation ou de marchandisation. Comprendre les différences de nature et de fonctionnement de ces menaces est une condition préalable à la formulation de recommandations adéquates pour contrecarrer ces atteintes indues.

En conclusion, différentes recommandations seront nécessaires pour aborder les différentes parties du domaine public.

⁶⁴ C. HESS et E. OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons – From Theory to Practice*, MIT Press, 2006, p. 3 de l’original.

⁶⁵ R. COOMBE, “Fear, Hope and Longing”, *op. cit.*, p. 1181.

B. Territorialité du domaine public

Le statut juridique d'une ressource intellectuelle est fonction de la législation qui lui est applicable. La Convention de Berne, comme de nombreuses législations ou jurisprudences nationales fournissant des règles permettant de déterminer la législation applicable au droit d'auteur, prévoit que la jouissance et l'exercice du droit d'auteur sont indépendants "de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre" et que "l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée" (article 5.2) de la Convention de Berne). Lorsque la Convention de Berne s'applique à un objet, la législation applicable au droit d'auteur est la *lex protectionis*. Cette règle du droit applicable, inhérente au principe même de la territorialité du droit d'auteur, s'applique aussi à la durée de la protection par le droit d'auteur, sous réserve de certains critères qui seront traités ci-dessous. La seule exception sont les expressions du folklore, par l'effet de l'article 15.4a) de la Convention de Berne⁶⁶.

Par conséquent, le statut juridique d'une œuvre protégée par le droit d'auteur varie en fonction des lois du pays dans lequel la protection est recherchée. Une œuvre peut être protégée par le droit d'auteur dans un pays alors que, dans un autre, elle sera considérée comme appartenant au domaine public, sur la base des différentes règles applicables à la protection par le droit d'auteur ou à la durée du droit d'auteur.

Cette variabilité peut grandement compliquer la tâche de l'identification de la composition du domaine public, en particulier lorsque l'exploitation ou l'utilisation d'une œuvre tombée dans le domaine public est envisagée simultanément dans de nombreux pays, comme c'est de plus en plus le cas depuis l'apparition de l'exploitation en ligne. Cela constitue un casse-tête chinois pour la conservation et la promotion du domaine public.

Le matériel créatif ne tombe donc pas en soi dans le domaine public ou non, mais sera considéré comme faisant l'objet d'un droit d'auteur ou non selon la législation applicable. La première difficulté qui surgit consiste à assurer la préservation du domaine public. Lorsqu'une œuvre n'a pas de statut juridique définitif permanent, comment peut-on promouvoir sa libre utilisation au-delà des critères nationaux? Comment l'utilisateur peut-il être certain de pouvoir utiliser librement cette œuvre si cette utilisation doit avoir lieu?

C. Les nombreuses parties du domaine public fondées sur la matière protégée

1. Idée-expression ou domaine public ontologique

Une séparation essentielle entre la matière protégée par le droit d'auteur et le domaine public est constituée par ce que l'on appelle le principe de la dichotomie idée-expression. Ce principe signifie que seules les expressions créatives méritent une protection, laissant les idées ou l'information libres d'être utilisées par tous ou, selon la célèbre expression de Desbois, "de libre parcours". Les œuvres sont des expressions et des représentations des idées, faits, principes et méthodes. Actuellement, la dichotomie idée-expression est ce qui constitue la notion d'œuvre⁶⁷,

⁶⁶ "Pour les œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue, mais pour lesquelles il y a tout lieu de présumer que cet auteur est ressortissant d'un pays de l'Union, il est réservé à la législation de ce pays la faculté de désigner l'autorité compétente représentant cet auteur et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci dans les pays de l'Union." Cette disposition traite davantage de l'autorité compétente pour faire respecter des droits sur des éléments du folklore que de la détermination de la législation applicable, mais les raisons profondes du moment qui ont conduit à son incorporation dans la Convention de Berne étaient certainement de veiller à ce que le folklore national soit protégé selon la législation du pays d'origine.

⁶⁷ V.-L. BENABOU, "Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle", *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, janvier 2005, p. 53.

avant même la question de savoir ce qu'est une œuvre littéraire ou artistique ou ce qu'est une œuvre originale. Les idées, les faits, le style, les méthodes, l'intrigue, les simples informations, les notions sont donc, par nature, non protégés et constituent des biens communs au sens propre du terme. On peut dire qu'ils forment un domaine public **ontologique**.

Les idées peuvent toujours être protégées par le secret et la non-divulgation mais, une fois qu'un auteur a divulgué son œuvre au public, toute *idée* incorporée dans l'œuvre est abandonnée au domaine public, et l'auteur doit se contenter de maintenir un contrôle uniquement sur le *façonnage* initial de ses idées⁶⁸. Plus qu'une ligne de partage entre le domaine protégé par le droit d'auteur et le domaine public non protégé, ce contrôle sert aussi de critère pour déterminer une éventuelle atteinte au droit d'auteur, car seule la copie d'une expression, et non d'une idée, s'apparente à une violation du droit d'auteur.

La Convention de Berne n'énonce pas explicitement le principe de la dichotomie idée-expression. Cela a été fait par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996), dont l'article 2 dispose que "la protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels". Ce libellé a été tiré de l'article 9.2) de l'Accord sur les ADPIC.

Les idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques peuvent être considérés comme n'étant que des exemples de ce que le terme général "idées" recouvre⁶⁹. Les informations en tant que telles, les simples faits, les données brutes, les concepts ou les styles ne sont pas non plus protégés. On pourrait aussi ajouter les mots, les notes de musique, les couleurs et tous autres éléments de base servant à s'exprimer.

Les raisons sous-jacentes à ce principe sont l'hypothèse de base reconnue selon laquelle les idées et les informations constituent les fondements de l'innovation, de la création, de la recherche scientifique et de l'éducation. Le droit d'auteur ne peut pas restreindre la capacité des utilisateurs et des créateurs d'obtenir un accès aux savoirs existants et de mettre à profit ces savoirs pour faire progresser la création.

Les idées constituent le "noyau dur" du domaine public, et ne peuvent donc en soi être au bénéfice d'une protection par le droit d'auteur⁷⁰. Il ne fait aucun doute que, même lorsque ces idées prennent la forme d'expressions originales et quittent le domaine public, l'objet de la protection est nouveau, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une œuvre originale, et laisse intacte l'idée désormais incorporée dans l'œuvre elle-même. En ce sens, l'idée ne quitte jamais réellement le domaine public et peut être utilisée de nouveau par n'importe qui, à tout moment. En raison de leur omniprésence, les idées demeurent résistantes à la protection par le droit d'auteur axée sur la forme et non sur le contenu.

De nombreuses législations nationales rappellent explicitement ce principe. L'exclusion d'idées apparaît, par exemple, dans les législations sur le droit d'auteur de l'Australie (qui ne protège que les formes d'expression), du Brésil (exclusion des idées, des procédures normatives, des systèmes, des méthodes ou projets mathématiques ou des concepts en tant que tels, des diagrammes, des plans ou des règles nécessaires à l'exécution d'actes mentaux, des jeux ou de la conduite d'affaires, des informations d'utilisation courante telles que celles qui figurent dans les calendriers, les journaux intimes, les registres ou les légendes ainsi que de l'exploitation

⁶⁸ C. JOYCE, M. LEAFFER, P. JASZI, T. OCHOA, *Copyright Law*, Lexis Nexis, 7^e édition, 2006, p. 106.

⁶⁹ J. REINBOTHE & S. VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths Lexis Nexis, London, 2002, p. 47.

⁷⁰ Ni par un brevet étant donné que, contrairement à ce qui est souvent dit, les idées abstraites ne peuvent jamais être brevetées mais doivent avoir un caractère technique ou concret.

industrielle ou commerciale des idées incorporées dans des œuvres), de la Chine (qui exige que les œuvres soient exprimées sous une certaine forme), du Costa Rica (exclusion des idées, des processus, des méthodes de fonctionnement, des concepts mathématiques en soi), du Danemark (qui exige que les œuvres soient exprimées d'une certaine manière), de la Corée (qui définit les œuvres comme l'expression d'idées), du Rwanda (exclusion des idées, procédures, systèmes, méthodes de fonctionnement, concepts, principes, découverte de simples données, même si elles sont exprimées, décrites, expliquées, illustrées ou incorporées dans une œuvre) et des États-Unis d'Amérique (exclusion de toute idée, procédure, processus, système, méthode de fonctionnement, concept, principe ou découverte). Dans d'autres systèmes, cette exclusion est implicitement reconnue ou appliquée par les tribunaux ou résulte de la protection uniquement d'"œuvres", ce qui équivaut à des expressions créatives. Comme les dispositions aussi bien de l'Accord sur les ADPIC que du WCT peuvent être interprétées comme imposant à leurs États contractants une obligation, aucun pays ne peut prendre une décision contraire⁷¹.

Malgré le fait que cela semble être un atout dans le régime du droit d'auteur, l'absence de protection des idées et des informations est de plus en plus menacée par l'expansion de la propriété intellectuelle ces dernières décennies. Une première source de menace est l'adoption d'une protection spécifique dans l'Union européenne et dans certains autres pays (par exemple, la Corée) pour les bases de données non originales. Ce que l'on appelle le droit *sui generis* a pour effet de conférer des droits exclusifs équivalents à des droits de reproduction et de communication sur des ensembles de données. Les véritables données brutes individuelles ne feront jamais l'objet d'une telle protection qui n'existe que pour des parties importantes d'une base de données et des collections de données. Toutefois, lorsque des données ou des informations n'ont du sens qu'en tant que collection ou lorsque la base de données constitue la seule source d'information de ce type, le droit *sui generis* pourrait bien ne pas tenir compte du principe de libre accès et de libre utilisation des idées (voir ci-dessous).

2. Critères de protection des objets tombés dans le domaine public

i) Originalité

Pour pouvoir bénéficier d'une protection par le droit d'auteur, l'œuvre doit présenter un certain degré d'originalité. On entend par originalité, selon R. Casas Valles, la preuve et la matérialisation de la paternité et de ce qui justifie la concession d'une protection par le droit d'auteur⁷². Tous les pays appliquent ce principe. L'originalité n'est pas expressément mentionnée dans la Convention de Berne et rarement dans les législations nationales (parmi les exceptions figurent les législations de l'Algérie, de l'Australie, du Costa Rica, des États-Unis d'Amérique, du Kenya, de la Malaisie et du Rwanda), même s'il est probablement possible d'en déduire la définition à partir de l'expression "œuvre littéraire ou artistique" et de la condition de création intellectuelle qui s'applique à la protection des collections (article 2.5) de la Convention de Berne).

La Convention de Berne aussi laisse aux bons soins du législateur national la définition des limites de l'originalité, ce qui conduit à des différences entre pays quant à la définition et au degré d'originalité exigé. La distinction bien radicale qui existe entre les critères utilisés dans les pays de tradition de droit d'auteur et ceux de tradition de copyright a été à la fois souvent soulignée et parfois atténuée⁷³. Le premier insiste sur l'empreinte laissée par la personnalité de

⁷¹ Voir aussi l'article 1.1) de l'Accord sur les ADPIC qui prévoit une protection plus large par les législations nationales "à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord".

⁷² R. CASAS VALLES, "The requirement of originality", in E. Derclaye (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edgar Elgar, 2008, p. 102.

⁷³ Voir, principalement, A. STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright, op. cit.*

l'auteur, rattachant l'originalité à une approche subjective, tandis que le second procède à un examen moins strict et moins objectif en exigeant une création indépendante, non copiée d'une autre, apportant la preuve d'un certain effort intellectuel. Le "critère de l'effort intellectuel", qui était suffisant officiellement dans certains pays pour satisfaire à la condition d'originalité, a été expressément interdit par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans la célèbre affaire *Feist*; la Cour a estimé ce qui suit :

*"La condition sine qua non du droit d'auteur est l'originalité. [...] Le terme "original", utilisé aux fins du droit d'auteur, signifie uniquement que l'œuvre a été créée d'une manière indépendante par l'auteur (par opposition à une copie d'une autre œuvre) et qu'elle présente au moins un degré minimal de créativité. À ces fins, le niveau de créativité exigé est extrêmement bas; même une faible quantité suffira"*⁷⁴.

Mais la pierre de touche de la protection par le droit d'auteur n'est pas un instrument très sélectif de constitution du domaine public. D'une part, dans de nombreux pays, la limite de l'originalité pouvant bénéficier d'une protection par le droit d'auteur est très faible et est, en général, conçue pour comprendre toute activité intellectuelle, toute marque de personnalité. Peu de créations intellectuelles demeureront dans le domaine public en l'absence de l'originalité requise. En ce sens, l'originalité, en tant que critère permettant d'amener une création à bénéficier d'une protection par le droit d'auteur, fait passer l'une des idées essentielles de la propriété intellectuelle qui peut s'expliquer par l'influence à la fois de Locke et de Hegel, à savoir le principe selon lequel toute création due à l'intervention humaine devrait bénéficier d'une protection privée (voir ci-dessus). Le facteur déclenchant de la protection est donc éminemment subjectif tout en étant réduit au strict minimum.

D'autre part, il est souvent très difficile d'évaluer l'originalité avec certitude et son appréciation finale sera souvent laissée aux tribunaux. En d'autres termes, il pourrait être difficile de déterminer la protection d'une création, et de nombreux utilisateurs potentiels pourraient prudemment décider d'opter pour une protection par le droit d'auteur en cas d'incertitude. Par conséquent, les contours de cette partie du domaine public peuvent être très flous.

Ce faible niveau d'originalité constitue aussi une menace pour le domaine public puisqu'il laisse de moins en moins d'œuvres non protégées, couvrant de la matière parfois incongrue dont la créativité semble être réduite à un niveau très faible.

Certains mécanismes juridiques renforcent aussi l'absence d'équilibre entre ce qui est protégé et ce qui ne l'est pas. Ainsi, en Australie, le droit d'auteur est présumé, dans le cadre d'une procédure juridique, demeurer sur l'œuvre lorsque le défendeur ne le conteste pas⁷⁵. La situation éventuelle de l'œuvre dans le domaine public, dans une procédure pour atteinte, n'est donc pas remise en cause *prima facie*.

ii) Fixation

Certains pays exigent que l'œuvre soit fixée sur un support tangible pour pouvoir bénéficier d'une protection par le droit d'auteur. C'est notamment le cas des États-Unis d'Amérique où le critère de fixation est rempli lorsque l'incorporation de l'œuvre dans une copie ou un disque phonographique, de l'autorité de l'auteur ou sous l'autorité de l'auteur, a un caractère suffisamment permanent ou stable pour permettre que ladite œuvre soit perçue, reproduite ou communiquée par un autre moyen pendant un laps de temps supérieur à une période transitoire (article 102.b) de la loi sur le droit d'auteur des États-Unis d'Amérique). Cette fixation de l'œuvre s'applique aussi au Kenya (article 22.3) de la loi sur le droit d'auteur du Kenya) et en Malaisie

⁷⁴ Feist Publications, Inc. c. Rural Telephone Service Company, Inc., 499 U.S. 340 (1991).

⁷⁵ Il existe une présomption analogue au Kenya.

(article 7.3b) de la loi sur le droit d'auteur de la Malaisie). Dans ces pays, on peut partir du principe que les œuvres dépourvues d'une certaine forme de fixation seront laissées sans protection, tombant ainsi dans le domaine public.

Dans d'autres pays, les œuvres sont réputées être protégées dès qu'elles ont été créées.

iii) Nationalité de l'œuvre

De nombreux pays prévoient encore dans leur législation que certaines œuvres sont exclues de la protection du droit d'auteur sur la base de leur nationalité, réservant cette protection aux œuvres créées par leurs ressortissants ou publiées sur leur territoire ainsi qu'aux œuvres dont le pays d'origine est un État partie aux traités auxquels ils sont eux-mêmes parties. Par exemple, la loi kényenne sur le droit d'auteur inclut expressément dans le domaine public les "œuvres étrangères qui ne bénéficient pas de la protection au Kenya" (article 45.1)). Il existe des dispositions similaires en Australie, au Brésil, au Chili, en Chine, au Costa Rica, au Danemark, en Malaisie, en République de Corée et aux États-Unis d'Amérique. Dans certains pays comme la France, l'Italie ou le Rwanda, cette exclusion de la protection ne vise que les œuvres publiées dans des pays qui n'accordent pas un niveau de protection suffisant aux œuvres publiées dans le pays concerné. Le principe de réciprocité peut donc sauver des œuvres provenant de pays qui ne sont pas parties à la Convention de Berne.

Avec l'augmentation croissante du nombre de pays parties à la Convention de Berne et à l'Accord sur les ADPIC, les œuvres de peu de pays risquent de ne pas être protégées dans d'autres pays. Il est donc plutôt rare que ce critère puisse faire tomber une œuvre dans le domaine public dans un pays donné.

3. Durée de la protection ou domaine public temporel

La limitation temporelle est un élément essentiel dans le domaine de la propriété intellectuelle sauf pour les marques, les indications géographiques et, dans une certaine mesure, le droit *sui generis* accordé aux bases de données. À l'expiration d'un certain délai, l'œuvre ou l'invention est réputée tombée dans le domaine public. On peut parler de domaine public **temporel**.

L'importance de cette limitation dans le temps pour la constitution d'un domaine public explique que, dans de nombreux pays et pendant longtemps, le terme "domaine public" proprement dit renvoyait essentiellement aux œuvres qui n'étaient plus protégées. Aux débuts du droit d'auteur, une durée définie était aussi considérée comme l'élément principal permettant à l'ensemble de la société d'accéder à la production littéraire et artistique et la meilleure preuve d'un compromis entre la protection et l'intérêt public.

Les débats sur l'extension de cette durée qui ont eu lieu dans de nombreux pays au XIX^e siècle ont fortement mis l'accent sur ce point. Une durée limitée visait à établir un équilibre entre la protection exclusive et la mise à disposition publique, créant ainsi deux domaines distincts délimités par le temps qui passe. Le domaine public était aussi considéré comme le principe et le droit d'auteur comme l'exception, nécessaire mais dont l'application ne devrait être éternelle, ainsi qu'il ressort de la déclaration de Lord Macaulay reproduite ci-dessous, extraite d'un discours prononcé en 1841 devant la Chambre des communes du Royaume-Uni :

“Il est juste que les auteurs soient rémunérés et la manière la plus classique de procéder est d’avoir recours au monopole. Or le monopole représente le mal. Pour faire le bien, nous devons nous incliner devant le mal mais cela ne doit pas durer un jour de plus que le temps nécessaire pour défendre le bien”⁷⁶.

L’instauration d’un droit de propriété privée ne constituait qu’une incursion limitée dans le domaine public qui devait demeurer la règle. J. Ginsburg a démontré que cette prédominance du domaine public existait dans les premiers régimes de propriété littéraire et artistique en France et aux États-Unis d’Amérique⁷⁷. En 1774, dans l’affaire *Donaldson c. Beckett*⁷⁸ – l’une des grandes affaires de droit d’auteur du Royaume-Uni – la Chambre des lords s’est prononcée en faveur du principe selon lequel le droit d’auteur devrait être limité dans le temps, insistant sur l’intérêt public qu’il y avait à préserver la règle du domaine public.

À l’heure actuelle, tous les pays respectent le principe de la limitation dans le temps. La durée minimale pour les pays parties à la Convention de Berne ou à l’Accord sur les ADPIC est de 50 ans après la mort de l’auteur. En outre, l’article 7 de la Convention de Berne prévoit des modes spécifiques de calcul de la durée qui sont axés sur l’auteur. En ce qui concerne les œuvres cinématographiques, l’article 7.2) dispose que les lois nationales peuvent prévoir que la durée de la protection expire 50 ans après que l’œuvre aura été rendue accessible au public avec le consentement de l’auteur ou que, à défaut d’un tel événement, la durée de la protection expire 50 ans après la réalisation de l’œuvre. Pour les œuvres anonymes ou pseudonymes, la durée de la protection expire 50 ans après que l’œuvre a été licitement rendue accessible au public, sauf lorsque l’identité de l’auteur est connue ou ultérieurement divulguée. Enfin, l’article 7.4) autorise une durée de protection plus courte : 25 ans à compter de la réalisation des œuvres des arts appliqués. La même tolérance pourrait s’appliquer aux œuvres photographiques si l’État concerné n’a pas ratifié le Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur de 1996 dont l’article 9 écarte une durée plus courte, revenant à la durée minimale générale de 50 ans après la mort de l’auteur.

Mais ces durées ne constituent que des seuils minimaux et rien n’empêche les États d’allonger la durée au-delà de la règle de 50 ans. Par conséquent, il appartient aux législations nationales de déterminer la durée du droit d’auteur sur une œuvre et ce qui relève ou non du domaine public. La durée de la protection varie donc considérablement d’un pays à l’autre et peut être difficile à déterminer, notamment en raison de l’application des principes de droit international privé. En effet, comme pour les conditions d’existence du droit d’auteur, l’article 7.8) de la Convention de Berne dispose que la durée sera régie par la loi du pays où la protection sera réclamée. La détermination du domaine public temporel dépendra de la législation du pays dans lequel l’œuvre est exploitée. Mais cette disposition atténue quelque peu ce principe en établissant que “toutefois, à moins que la législation de ce dernier pays n’en décide autrement, elle n’excédera pas la durée fixée dans le pays d’origine de l’œuvre”. Il s’agit d’une des principales exceptions à l’application générale de la *lex loci protectionis*, qui sera obligatoire si l’État n’en décide pas autrement⁷⁹.

L’effet de cette règle de comparaison des durées de protection pourrait compliquer davantage le calcul de la durée du droit d’auteur sur une œuvre. Elle suppose l’application d’un principe de “réciprocité matérielle”⁸⁰, qui favorise l’application d’une durée de protection plus courte que celle qui est fixée dans le pays d’origine de l’œuvre. Par exemple, la durée de protection d’une œuvre

⁷⁶ T.B. MACAULAY, *Macaulay Speeches and Poems*, 1874, p. 285.

⁷⁷ J. GINSBURG, “A Tale of two Copyrights...”, *op. cit.*

⁷⁸ 1 Eng. Rep. 837 (H.L. 1774).

⁷⁹ Pour une explication détaillée de la règle de comparaison des durées de protection, voir S. CHOISY, *Le domaine public en droit d’auteur*, Litec, 2002, p. 117-142.

⁸⁰ J. Reinbothe et S. von Lewinski, *op. cit.*, p. 117.

dont le pays d'origine est l'Algérie (où la durée de protection est fixée à 50 ans après la mort de l'auteur) est considérée en France comme étant de 50 ans après la mort de l'auteur, l'application de la durée normale de 70 ans prévue par le Code de la propriété intellectuelle⁸¹ étant écartée. Par conséquent, pour calculer la durée de protection il faudra tout d'abord savoir si le pays a expressément dérogé à l'article 7.8) de la Convention de Berne, puis déterminer le pays d'origine de l'œuvre et la durée de protection applicable dans ce pays afin de la comparer avec la durée prévue par la loi du pays dans lequel la protection est demandée.

Outre l'application éventuelle de la règle de comparaison, le calcul de la durée du droit d'auteur peut d'une certaine façon être difficile compte tenu de particularités nationales.

La plupart des pays commencent par adopter des règles faciles. Le principe général consiste à prévoir une durée de 50 ans (par exemple : Algérie, Chine, Kenya, Malaisie, République de Corée, Rwanda) ou de 70 ans (Australie, Brésil, Chili, Costa Rica, Danemark, États-Unis d'Amérique, France, Italie) après la mort de l'auteur⁸². Au niveau régional, une durée commune est parfois imposée (par exemple, par la directive de 1993 de l'Union européenne qui harmonise la durée à 70 ans après la mort de l'auteur) ou suggérée (comme dans l'annexe VII de l'Accord de Bangui de l'OAPI qui prévoit une durée de 70 ans après la mort de l'auteur). La plupart des pays calculent la durée à compter du 1^{er} janvier suivant la mort de l'auteur ou de tout autre évènement pertinent, comme le suggère la Convention de Berne.

Ce principe général est ensuite souvent complété par des règles spécifiques applicables à certaines catégories d'œuvres. La durée peut être calculée à partir de la mise à disposition ou de la publication de l'œuvre (ou même de sa réalisation) en cas d'œuvres anonymes ou pseudonymes (applicable à tous les pays analysés), d'œuvres audiovisuelles (Algérie, Brésil, Chine, Kenya), d'œuvres photographiques (Algérie, Brésil, Chine, Kenya), d'œuvres collectives (Algérie), d'œuvres créées dans le cadre d'un emploi ou appartenant à une entité juridique (Chili, Chine), d'œuvres non publiées d'auteurs inconnus (Danemark), d'œuvres commandées par le gouvernement (Kenya), ou de droit d'auteur de la couronne, le cas échéant (Australie⁸³).

Des durées plus courtes peuvent aussi être prévues. Par exemple, le Brésil accorde une protection courte : un an pour les titres de publications périodiques, y compris les journaux, et deux ans pour les publications annuelles. Le Costa Rica accorde aux œuvres créées par les autorités publiques une durée de 25 ans après la publication.

La directive de l'Union européenne de 1993 sur la durée accorde à celui qui publie une œuvre se trouvant dans le domaine public et non publiée auparavant⁸⁴ une protection de 25 ans après la publication ou la communication publiques. Imaginons quelqu'un qui découvre un manuscrit inconnu de Victor Hugo et le publie. Bien que cette œuvre soit tombée dans le domaine public, Victor Hugo étant décédé depuis plus de 70 ans, cette personne jouira de droits exclusifs sur l'œuvre pendant 25 ans. Cette protection est toutefois limitée aux droits patrimoniaux, ce qui la rapproche plus d'un droit connexe fondé sur l'investissement que d'un véritable droit d'auteur en raison de l'absence de protection du droit moral. Cette règle spécifique trouve sa justification

⁸¹ Comme les Français ne dérogent pas à cette règle mais la renforcent en disposant que, lorsque le pays d'origine de l'œuvre et son auteur ne sont pas européens, la durée de protection est la durée accordée dans le pays d'origine de l'œuvre sans qu'elle puisse excéder celle prévue en France (voir l'article L.123-12 du CPI).

⁸² À noter que la durée de protection examinée ici ne concerne que les droits patrimoniaux, la durée du droit moral étant examinée plus loin.

⁸³ Toutefois, en Australie, un droit d'auteur d'une durée illimitée est conféré aux prérogatives de la couronne par la législation et les textes d'application.

⁸⁴ Voir l'article 4 de la Directive de l'Union européenne sur la durée de protection du droit d'auteur.

dans le fait qu'elle incite à publier et à mettre à disposition une œuvre qui devrait en principe être considérée comme tombée dans le domaine public. Cette question sera examinée plus loin car elle empiète dans une certaine mesure sur le domaine public.

Des règles très particulières peuvent aussi s'appliquer dans certains pays, rendant le calcul encore plus complexe. Aux États-Unis d'Amérique, les formalités aujourd'hui abrogées dont l'accomplissement déterminait l'octroi du droit d'auteur ont laissé des traces dans le mode de calcul de la durée de protection du droit d'auteur.

Pour les œuvres américaines créées le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date, la protection du droit d'auteur est conférée pour toute la durée de vie de l'auteur plus 70 ans. Pour les œuvres anonymes ou pseudonymes ou les œuvres créées dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services, cette durée est portée à 95 ans après la première publication ou 120 ans après la création, la durée expirant la première s'appliquant. La même règle s'applique aux œuvres créées mais non publiées ou enregistrées avant le 1^{er} janvier 1978, avec une règle spéciale en cas de publication ultérieure avant 2003 : la durée de protection n'expira pas avant la fin de 2047. En ce qui concerne les œuvres créées avant 1978, leur appartenance ou non au domaine public dépendra toujours de l'accomplissement antérieur de formalités. Si l'œuvre est publiée à l'époque avec avis en bonne et due forme, la première durée de protection de 28 ans est automatiquement renouvelée pour une période supplémentaire de 67 ans (seulement si le renouvellement a été obtenu dans les règles pour les œuvres publiées entre 1923 et 1963). Les œuvres publiées avant 1923 relèvent du domaine public. Il convient aussi de noter que ces règles déjà compliquées ne s'appliquent qu'aux œuvres originaires des États-Unis d'Amérique, les œuvres étrangères étant régies par des dispositions encore plus complexes⁸⁵.

La détermination du statut "domaine public" d'une œuvre nationale aux États-Unis d'Amérique doit donc se fonder sur de nombreux éléments tels que l'existence et la date de publication, l'accomplissement des formalités alors applicables en matière d'avis, l'existence d'un renouvellement de la protection – des informations qui peuvent être difficiles à obtenir pour des non experts.

Ce n'est pas plus facile en Australie. Outre la règle générale de 70 ans après la mort de l'auteur ou la première publication pour les œuvres anonymes ou pseudonymes, la protection s'étend aux œuvres qui ont été publiées pour la première fois après la mort du créateur, aux sons enregistrés et aux films réalisés depuis le 1^{er} mai 1969. Cependant, si l'auteur est décédé avant 1955, le droit d'auteur sur l'œuvre publiée du vivant de l'auteur a expiré en application du principe de non-rétroactivité de la prolongation de la durée de protection qui a été adopté en 2005.

Le droit d'auteur sur des œuvres écrites non publiées telles que des lettres, n'a pas expiré, sauf pour les photographies prises avant 1955, qu'elles aient été publiées ou non. Les œuvres réalisées avant le 1^{er} juillet 1912 ne bénéficient plus du droit d'auteur sauf dans le cas où subsiste un droit sur l'œuvre conféré par la loi de 1911 sur le droit d'auteur.

Le cas de l'Australie fait apparaître une complication qui peut survenir dans de nombreux pays lorsqu'une nouvelle législation prolonge la durée de protection du droit d'auteur. Si cette nouvelle durée définie par un texte législatif est réputée ne pas rétablir le droit d'auteur sur les œuvres déjà tombées dans le domaine public, ces œuvres demeurent sans protection. Par exemple, une controverse est née au Chili concernant la protection de l'œuvre du prix Nobel

⁸⁵ Pour une présentation complète du mode de calcul de la durée de protection du droit d'auteur sur les œuvres aux États-Unis d'Amérique, voir le site <http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm>.

Gabriela Mistral. Elle est décédée en 1957, alors que la loi chilienne sur le droit d'auteur ne conférait qu'une protection limitée à 30 ans après la mort. Son œuvre est donc entrée dans le domaine public en 1988. La question de savoir si le droit d'auteur sur son œuvre, comme sur d'autres œuvres tombées dans le domaine public, a été rétabli lorsque la durée de protection a été portée à 50 ans après la mort en 1992 (puis à 70 ans) n'est toujours pas réglée.

De nombreux pays prévoient une règle expresse favorable ou défavorable au rétablissement du droit d'auteur en cas de prolongation de la durée du droit d'auteur, mais il est parfois difficile de la connaître et de l'appliquer.

Lorsque l'Union européenne a harmonisé la durée de protection à 70 ans après la mort de l'auteur, elle a opté pour le rétablissement du droit d'auteur pour les œuvres toujours protégées dans un pays de l'Union au moment de l'entrée en vigueur de la directive. En conséquence, une œuvre se trouvant dans le domaine public dans un État pourrait voir son droit d'auteur réactivé si elle est toujours protégée dans un autre État membre. Cela nécessite aussi des recherches afin de déterminer si, au moment de l'adoption de la directive, une œuvre était toujours protégée dans un État membre (ils étaient 12 à l'époque).

Ces deux exemples montrent que la détermination précise du domaine public temporel nécessite souvent de connaître l'application dans le temps des prolongations successives de la durée de protection du droit d'auteur par voie législative.

La durée du droit d'auteur peut aussi être allongée dans certains pays par ce que l'on a appelé les prorogations de guerre. C'est ce qui s'est passé en France où deux lois (en 1919 et en 1951) ont ajouté des mois de protection supplémentaire à la durée normale du droit d'auteur pour des œuvres qui ne se trouvaient pas dans le domaine public lorsque les lois ont été promulguées, afin de compenser l'absence d'exploitation pendant les deux guerres mondiales. La première loi a ajouté six ans et, selon le choix entre des modes de calcul divergents, 83 ou 152 jours; la deuxième a ajouté huit ans et 120 jours⁸⁶. Si l'auteur décédait en se battant pour la France, ses œuvres bénéficiaient d'une durée de protection supplémentaire de 30 ans! Cette série de prorogations a donné lieu à de nombreuses controverses en France (comme en Belgique où une prolongation similaire a été adoptée), en particulier s'agissant de savoir si les prorogations de guerre étaient compatibles avec la durée de protection désormais harmonisée applicable dans toute l'Union européenne. La Cour de cassation de la France a partiellement mis un terme à cette controverse en 2007 dans une affaire concernant un portrait de Verdi peint par Boldini, qui est décédé en 1931⁸⁷. L'œuvre est en principe entrée dans le domaine public le 1^{er} janvier 2002, mais les titulaires de droits réclamaient le bénéfice des deux prorogations de guerre et donc une protection jusqu'en 2016. La cour suprême a refusé cette prolongation au motif qu'elle était couverte par la durée de 70 ans désormais imposée par la directive de l'Union européenne. Toutefois, l'interprétation de l'article 10.1) de la directive prévoyait une exception lorsqu'une durée de protection supérieure à 70 ans après la mort de l'auteur avait commencé à courir à la date du 1^{er} juillet 1995 (date d'entrée en vigueur de la directive). La durée plus longue de la protection s'applique alors, permettant à l'exception française des prorogations de guerre de s'appliquer encore, dans de rares cas uniquement.

Le Chili présente une autre particularité nationale : la durée de protection peut être calculée à compter de la date de décès de la dernière survivante, parmi la femme et les filles des auteurs (à condition qu'elles ne soient pas mariées). Cette disposition étrange (sexiste) pourrait bientôt être abrogée par un projet de loi actuellement à l'examen.

⁸⁶ A. Lucas et H.J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, § 513.

⁸⁷ Cour de cassation, 27 février 2007, *D.*, 2007, page 807.

L'analyse de ces lois nationales semble contredire l'établissement automatique du domaine public temporel, mécanisme en vertu duquel, lorsqu'un certain délai est écoulé, l'œuvre tombe dans le domaine public. La date effective d'entrée dans le domaine public peut être rendue incertaine par de nombreux événements. La prolongation éventuelle par voie législative de la durée en est un et pas le moindre.

Cela explique en partie que les prolongations répétées de durée aient toujours suscité beaucoup d'opposition. De nombreux motifs ont été invoqués pour expliquer que certaines prolongations répétées visent la protection des créateurs et de leurs héritiers et à leur participation aux bénéfices tirés de l'exploitation des œuvres mais, la plupart du temps, la demande relative à un allongement de la protection émane d'entreprises, donc du marché, qui souhaiteraient bénéficier d'un monopole illimité sur certaines œuvres. Tout le monde se souvient de la forte opposition provoquée par la loi des États-Unis d'Amérique de 1998 relative à l'extension du terme du droit d'auteur (connue aussi sous le nom de loi Sony Bono) qui a étendu la durée de protection des œuvres protégées par le droit d'auteur à 70 ans après la mort de l'auteur, comme en Europe. Cette extension a été contestée devant la Cour suprême au motif qu'elle était anticonstitutionnelle, la constitution des États-Unis d'Amérique disposant que le Congrès a le pouvoir "de favoriser le progrès de la science et des arts utiles en assurant, *pour un temps limité*, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs". Dans l'affaire *Eldred c. Ashcroft*⁸⁸, la cour suprême a confirmé la loi : un "temps limité" n'était donc pas considéré comme une période courte mais seulement comme une période non illimitée – distinction subtile mais significative.

Au lieu d'adhérer à une conception de la durée de protection qui établirait une distinction claire entre les œuvres protégées et le domaine public comme dans l'affaire *Donaldson c. Beckett*, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a donc admis que la durée du droit d'auteur peut être périodiquement allongée tant que le Congrès peut le justifier de manière rationnelle. Les besoins économiques sont alors considérés comme un motif particulièrement fort de prolongation de la protection. Comme en Europe au moment de l'adoption de la directive de 1993 sur la durée de protection du droit d'auteur, l'argument de la longévité accrue de la vie humaine a aussi été soulevé : le droit d'auteur devrait bénéficier à l'auteur et à deux générations successives d'héritiers, ce qui, pour des raisons démographiques, n'est pas tout à fait respecté avec une règle de 50 ans. Est aussi prise en considération dans la "durée d'utilisation nécessaire du droit d'auteur" la durée d'utilisation productive des œuvres, c'est-à-dire la période pendant laquelle elles ont une valeur sur le marché. En d'autres termes, si les œuvres peuvent encore avoir une valeur commerciale, le droit d'auteur devrait subsister sur ces œuvres et la durée devrait être allongée en conséquence. Avec ce raisonnement, le domaine public se limite à un résidu d'œuvres sans valeur (tout au moins en termes économiques), le régime du droit d'auteur est déterminé uniquement par la demande du marché et le domaine public ne sert qu'à palier aux déficiences du marché. Cela illustre le fait que le domaine public temporel n'est pas le principe prédominant et que la définition du domaine public dans le régime du droit d'auteur n'est pas suffisamment solide pour résister à ces prorogations constantes. L'effet d'une prolongation de la durée sur le domaine public est rarement évalué dans ces contextes législatifs.

Cela indique aussi que le domaine public, une fois déterminé par la règle de la durée de protection, n'est pas immuable, ou plutôt qu'il ne prend pas une forme définitive une fois pour toutes. Pour faire simple, à l'heure actuelle nous ne savons pas quand les œuvres existantes tomberont dans le domaine public, nous savons seulement qu'elles finiront toutes par s'y trouver. Cela ne confère pas une grande force au domaine public.

⁸⁸ 537 U.S. 186 (2003).

4. Les créations exclues ou le domaine public d'intérêt général

Le domaine public est également enrichi par des éléments qui sont expressément exclus du domaine de la protection. Ces exclusions concernent les créations intellectuelles qui pourraient de prime abord bénéficier de la protection conférée par le droit d'auteur mais que le législateur a décidé d'exclure de la protection pour des motifs d'intérêt public ou général. Ces exclusions constituent ce que l'on peut appeler le **domaine public d'intérêt général**.

La Convention de Berne prévoit deux exclusions possibles de la protection au titre du droit d'auteur⁸⁹. L'une est obligatoire et concerne des nouvelles du jour et des faits divers (article 2.8)), l'autre est facultative et concerne les textes officiels d'un État (article 2.4)). À l'instar de la Convention, de nombreux pays prévoient les deux exclusions. On peut également trouver d'autres types d'exclusions dans certaines législations nationales.

i) Actes officiels

En matière de droit d'auteur, une exclusion classique de la protection a trait aux textes officiels d'ordre législatif, administratif et judiciaire ainsi qu'aux traductions officielles de ces textes, comme l'énonce l'article 2.4) de la Convention de Berne. Cette dernière réserve également aux législations nationales la faculté d'exclure de la protection au titre du droit d'auteur les discours politiques et les discours prononcés dans les débats judiciaires (article 2*bis*.1)) tout en octroyant à leur auteur le droit exclusif de réunir en recueil ces discours (article 2*bis*.3)).

Cette exclusion vise à laisser des documents tels que les lois, les décisions judiciaires et d'autres types de documents officiels à la disposition de tous, afin de se conformer à la maxime selon laquelle "nul n'est censé ignorer la loi". Une autre raison pourrait être que, dans la mesure où ces actes officiels sont édictés par des représentants du peuple, personne ne peut se les approprier car ils sont le bien commun de tous les citoyens.

En dépit de leur caractère facultatif dans la Convention de Berne, la plupart des pays refusent d'accorder une protection à ce type de document, soit par une exclusion expresse législative (comme c'est le cas en Algérie, au Brésil, en Chine, en Corée, au Danemark, aux États-Unis, en Italie, en Malaisie ou au Rwanda), soit par la jurisprudence (France).

La portée de l'exclusion et, par conséquent, de la partie du domaine public composée par les documents officiels, varie d'un pays à l'autre. Au minimum, les lois et les règlements, ainsi que les décisions judiciaires⁹⁰, sont censés relever du domaine public (Algérie, Chine, Corée, France, Italie, Rwanda). Quelques pays élargissent parfois l'exclusion aux œuvres produites ou subventionnées par l'État ou d'autres organismes publics (par exemple, le Brésil, la Malaisie, les États-Unis d'Amérique) ou accordent quelques libertés d'utilisation de ces documents administratifs (par exemple, l'Algérie, le Danemark). Parfois, la jurisprudence exclut également les œuvres présentant une valeur normative, telles que les billets de banque⁹¹, les examens officiels pour certaines professions⁹² ou les avis rendus par les juges⁹³.

⁸⁹ Une autre exclusion, qui figure à l'article 2.7) de la Convention de Berne, permet aux États d'exclure de la protection au titre du droit d'auteur des œuvres des arts appliqués et de leur accorder la protection spéciale destinée aux dessins et modèles. Par conséquent, dans les pays appliquant cette exclusion, les œuvres des arts appliqués feront formellement partie du domaine public sur le plan du droit d'auteur mais seront généralement protégées, et se situeront donc de fait hors du domaine public, par la protection au titre du droit des dessins et modèles industriels.

⁹⁰ En ce qui concerne les traductions officielles de ces actes, voir J. GINSBURG & T. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works – 1886-1986*, Oxford Press, 2006, paragraphe 8.108.

⁹¹ Voir en France, Cass. 5 fév. 2002, *R.I.D.A.*, juillet 2002, page 381 (excluant les billets de banque

Les seuls pays qui dérogent à cette règle sont ceux qui reconnaissent le droit d'auteur de la Couronne, tels que le Royaume-Uni ou l'Australie, où les actes officiels en font pas partie du domaine public et le droit d'auteur qui leur est associé est transmis à l'État (en Australie) ou à la reine (au Royaume-Uni). L'application du droit d'auteur de la Couronne aux actes officiels a été récemment critiquée par le Comité australien de révision de la législation sur le droit d'auteur, qui recommande de révoquer cette protection, afin que ces documents officiels soient librement accessibles au nom de l'intérêt général dans une démocratie moderne⁹⁴.

Au Chili, la situation n'est pas claire car il semble que, en l'absence d'une exclusion expresse dans la législation sur le droit d'auteur⁹⁵, les actes officiels peuvent être protégés, bien que cela ne soit jamais appliqué. Néanmoins, lors d'un litige récent relatif aux discours prononcés par le prix Nobel Pablo Neruda, alors qu'il était membre du Congrès, la Cour suprême a décidé que ces discours relevaient du domaine public, alléguant que dans un système démocratique fonctionnant correctement, les discours des fonctionnaires publics ne devaient pas être protégés par le droit d'auteur.

Toutefois, le fait que les actes officiels relèvent du domaine public n'a pas empêché la constitution d'une exclusivité privée sur les collections de ces documents, comme c'est le cas dans l'Union européenne au moyen du droit "*sui generis*" des bases de données. Comme le montre une décision récente de la Cour européenne de justice⁹⁶, la preuve qu'un important investissement a été réalisé afin de réunir les lois ou décisions de justice non protégées par le droit d'auteur confère à la base de données regroupant ces documents des droits exclusifs la protégeant contre toute extraction ou réutilisation d'une partie substantielle de ses données. Étant donné que les actes officiels sont de plus en plus accessibles au moyen de bases de données, ce qui facilite leur consultation et les recherches les concernant, l'octroi illimité d'un droit *sui generis* sur les bases de données, combiné à l'approche libérale de la Cour européenne de justice en ce qui concerne la portée des droits ainsi accordés⁹⁷, pourrait nuire à l'accessibilité publique garantie par le placement de lois, de décisions judiciaires et d'autres productions de l'État dans le domaine public. C'est là un autre exemple de la difficulté de garantir l'efficacité du domaine public.

ii) Nouvelles du jour

La seconde exclusion, cette fois-ci obligatoire, prévue par la Convention de Berne concerne les "nouvelles du jour ou [les] faits divers qui ont le caractère de simples informations de presse" (article 2.8)).

de la protection au titre du droit d'auteur mais abrogée par une ordonnance de 2005 accordant cette protection concernant les pièces de monnaie et les billets de banque aux institutions qui les produisent).

⁹² Voir en France, TGI Paris, 9 nov. 1988, *Cah. Dr. auteur*, février 1989, page 16; CA Paris, 13 juin 1991, *D.* 1992, somm. page 12.

⁹³ Voir aux États-Unis, *Wheaton c. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591, 668, 8 L.Ed. 1055 (1834).

⁹⁴ Voir le rapport du Comité de révision de la législation sur le droit d'auteur de la Couronne, à l'adresse <http://www.austlii.edu.au/au/other/clrc/18.pdf>.

⁹⁵ Toutefois, cette situation pourrait changer car le projet de loi visant réviser la loi sur droit d'auteur, qui est en cours d'examen, prévoit une exclusion des actes officiels de la protection au titre du droit d'auteur.

⁹⁶ CEJ, 5 mars 2009, *Apis-Hristovich EOOD c. Lakorda AD*, C-545/07.

⁹⁷ La CEJ a effectivement jugé que la simple consultation d'une base de données protégée pouvait, dans certains cas, constituer une atteinte au droit d'extraction. Voir CEJ, 9 octobre 2008, *Directmedia Publishing GmbH c. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, C-304/07.

Cette exclusion est expressément prévue par la Chine, la Corée, le Costa Rica, l'Italie et le Rwanda. D'autres pays l'appliquent au titre de la jurisprudence, au motif soit d'un manque d'originalité, soit de la dichotomie de l'idée ou de l'expression⁹⁸.

Les nouvelles du jour alimentent le domaine public davantage en raison de la dichotomie de l'idée ou de l'expression que d'une justification d'intérêt public. C'est du fait de leur nature même que les informations, les simples faits et les nouvelles ne nécessitent pas une protection au titre du droit d'auteur⁹⁹, ce qui situe dans le cadre du domaine public *ontologique* que nous avons défini plus haut.

iii) Autres exclusions

Les États sont également libres d'invoquer d'autres motifs d'intérêt public pour exclure certaines créations de la protection et les placer dans le domaine public. Si l'on en juge par notre analyse des pays, il apparaît que cela n'est pas fréquent.

Le Chili, par exemple, place dans le domaine public des œuvres qui ont été expropriées par l'État, sauf si la loi désigne un bénéficiaire de la protection de ces œuvres (article 11 de la loi sur le droit d'auteur). Cet article a été adopté au début des années 70, alors que le Chili avait un gouvernement socialiste (avant le coup d'état de 1973) et traduit l'esprit de l'époque, où les expropriations pour des raisons d'intérêt général étaient une stratégie politique. Cependant, à ce jour il ne semble pas que cette disposition ait été appliquée aux œuvres de création.

Deux autres pays considèrent les œuvres d'auteurs qui ne laissent pas d'héritier à leur mort comme relevant du domaine public (voir l'article 66 de la loi costaricienne sur le droit d'auteur et l'article 45 de la loi brésilienne sur le droit d'auteur). Dans d'autres pays, les règles normales applicables aux successions en déshérence s'appliqueront probablement et les droits d'auteur seront généralement transférés à l'État.

Le placement des œuvres en déshérence dans le domaine public au Costa Rica et au Brésil peut être interprété comme un signe de la volonté de l'État de ne pas laisser exercer des droits privés sur des œuvres de création en les laissant dans le patrimoine commune car leur transmission à l'État les a transformées en biens collectifs. En ce sens, le domaine public auquel elles appartiennent est plus proche de la notion de domaine public connue dans le droit administratif, qui se rapporte aux biens de l'État utilisés à des fins collectives.

Notons enfin que la loi américaine sur le droit d'auteur exclut de la protection au titre du droit d'auteur "toute partie d'une œuvre [dérivée] dans laquelle du matériel [préexistant] a été utilisé illégalement" (article 103.a). Cette exclusion des créations dérivées de contrefaçon tient également compte d'un motif d'intérêt général car elle décourage l'atteinte aux droits d'auteur existants.

5. Renonciation au droit d'auteur : le domaine public volontaire

S'agissant de la composition du domaine public, une question récente concerne la possibilité que le domaine public comprenne des œuvres dont les titulaires des droits d'auteur ont renoncé à leurs droits. Ces œuvres formeraient une sorte de **domaine public volontaire**¹⁰⁰, non par l'effet de la loi mais par la simple volonté des auteurs eux-mêmes¹⁰¹.

⁹⁸ Voir, par exemple, la décision de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans l'affaire *International News Service c. Associated Press*, 248 U.S. 215, 234 (1918).

⁹⁹ S. RICKETSON, *op. cit.*, page 13.

¹⁰⁰ ou "domaine public consenti" pour emprunter l'expression de S. CHOISY, *op. cit.*, page 167 ; voir également, M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, thèse, Université de Montpellier,

Contrairement à d'autres droits de propriété intellectuelle, notamment ceux attachés aux brevets ou aux marques, l'acte de création suffit à conférer la titularité du droit d'auteur (ou la fixation dans certains systèmes juridiques). On ne peut pas refuser le "titre" une fois qu'il a été octroyé, la "qualité d'auteur" étant inséparable du phénomène de création. Aucune formalité d'enregistrement, aucune taxe, aucun coût, aucune atteinte à l'ordre public ne sauraient empêcher l'auteur de bénéficier d'une protection dans une situation de monopole. Quand bien même il souhaiterait ne pas être protégé, le créateur n'a aucun moyen d'échapper au modèle juridique de la protection exclusive.

Dès lors, le placement volontaire d'œuvres dans le domaine public nécessite une mesure formelle, un geste positif de renonciation au droit d'auteur. Ce placement des œuvres dans le domaine public est de plus en plus fréquent et relève d'une contestation plus générale de la propriété intellectuelle. Il est parfois la conséquence des mouvements qui ont fait l'expérience de la concession de licence de droit d'auteur en accès libre et utilisent des schémas tels que Creative Commons (voir ci-dessous), qui désormais propose également un renonciation complète aux droits d'auteur attachés à sa propre création au moyen d'une licence standard appelée Creative Commons CC0¹⁰². Cette licence standard a pour objectif d'affirmer qu'un titulaire de droits d'auteur renonce à la totalité de ses droits d'auteur et droits connexes attachés à une œuvre, dans toute la mesure de ce qui est permis par la loi. La renonciation au droit d'auteur peut aussi prendre la forme d'une licence moins formelle voire d'une simple déclaration à cet effet.

Ce domaine public volontaire diffère des licences libres ou des licences de logiciels gratuits, en ce qu'il vise une renonciation complète à la protection au titre du droit d'auteur tandis que ces licences accordent uniquement la liberté d'utiliser des œuvres tout en maintenant l'existence et l'exercice du droit d'auteur¹⁰³ (voir ci-dessous). L'explication souvent donnée pour les licences placées dans le domaine public tient dans la formule "*aucun* droit n'est réservé", tandis que dans les licences classiques de "*copyleft*" "*certain*s droits sont réservés" (l'exercice classique d'exclusivité des droits d'auteur étant une option où "*tous* les droits sont réservés"). Le domaine public volontaire doit également être distingué de situations où l'auteur n'applique pas ses droits contre les atteintes au droit d'auteur : cette décision n'a pas d'incidence sur l'existence des droits d'auteur, qui sont toujours attachés à l'œuvre¹⁰⁴.

Certains pays incluent ces renonciations à la protection au titre du droit d'auteur dans leur définition du domaine public. Parmi les pays que nous avons analysés, c'est le cas du Chili, bien que la réalité et la portée de la renonciation au droit d'auteur soient sujettes à controverse, et du Kenya. Ce dernier, pour rendre cette renonciation valable et sûre, prévoit quelques exigences formelles en demandant que la renonciation par un auteur ou son ayant cause se fasse par écrit, soit rendue public et ne soit pas contraire à une obligation contractuelle antérieure relative à l'œuvre (article 45.2) de la loi kényenne loi sur le droit d'auteur). La République de Corée admet que les auteurs puissent renoncer à leurs droits en faveur du Ministre de la culture et du tourisme qui confiera ensuite à la Commission coréenne du droit d'auteur la gestion des droits d'auteur attachés à ces œuvres à des fins non lucratives¹⁰⁵. Toutefois, des droits d'auteur restent attachés aux œuvres qui ne sont pas vraiment placées dans le domaine public.

décembre 2006, non publiée, 281 et seq.

¹⁰¹ M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, *op. cit.*, page 420.

¹⁰² Voir http://wiki.creativecommons.org/CC0_FAQ.

¹⁰³ S. CHOISY, *op.cit.*, 168.

¹⁰⁴ M. CLEMENT-FONTAINE, *op. cit.*, 286.

¹⁰⁵ Il est à noter que, jusqu'à présent, il n'existe aucun cas de ce type de renoncement.

À l'exception des pays qui autorisent expressément et officialisent ce passage dans le domaine public, la légitimité et la validité des renoncements au droit d'auteur soulèvent de nombreuses questions.

Dans la plupart des législations, la question de savoir si le titulaire du droit peut renoncer au plein exercice de ses droits exclusifs n'a pas de réponse claire. Du seul point de vue des droits économiques, la renonciation à ces derniers posera la question de la nature du droit d'auteur en soi. Doit-il être considéré comme un droit fondamental, comme cela peut être le cas dans certains systèmes juridiques? Peut-on légalement renoncer à ce droit? Inversement, si le droit d'auteur est considéré comme un droit de propriété, la question est moins complexe car ce droit contient un attribut inhérent, le droit de renoncer à la propriété elle-même (abusus).

La question essentielle et la plus complexe est celle du droit moral. Attachée à la personne du créateur, la protection morale est considérée comme inaliénable dans de nombreux pays, ce qui implique automatiquement l'impossibilité de renoncer à son intérêt moral dans la création. Par conséquent, même s'il est possible de renoncer à des droits économiques, l'œuvre sera tout de même protégée au titre du droit moral et le titulaire du droit d'auteur peut exercer ce dernier afin de conserver une certaine maîtrise de l'utilisation de son œuvre.

Si l'on reconnaît une certaine validité à la renonciation totale au droit d'auteur, une autre question concerne le caractère irrévocable de celle-ci. L'auteur peut-il changer d'avis et exercer une nouvelle fois son droit exclusif sur l'œuvre, annulant ainsi le placement de cette dernière dans le domaine public? Là encore, il n'existe aucune certitude. Tout dépend du caractère révocable des licences ou des actes unilatéraux par lesquels l'auteur affirme dans la pratique la résiliation de toute protection de son œuvre. Les réponses peuvent varier considérablement entre un système juridique et un autre.

Il pourrait être tentant pour les créateurs souhaitant promouvoir et renforcer le rôle du domaine public dans le droit d'auteur d'autoriser cette renonciation. Il convient toutefois d'être particulièrement prudent lorsqu'on met en place un tel mécanisme.

En premier lieu, seuls les auteurs d'une œuvre devraient être autorisés à faire passer l'œuvre en question dans le domaine public, et non les titulaires des droits postérieurs, ou alors uniquement avec le consentement exprès des auteurs donné en connaissance de cause.

En second lieu, et plus particulièrement si la renonciation à la protection au titre du droit d'auteur est jugée irrévocable, elle devrait être soumise à un régime précis de conditions formelles dont l'objectif serait de s'assurer que l'auteur agit de son plein gré et, le cas échéant, de l'informer du caractère irrévocable de son choix. Le secteur industriel exerce de plus en plus de pressions sur les auteurs pour qu'ils réduisent leurs protections et il se pourrait qu'il soit intéressé à une renonciation au droit d'auteur qui lui permettrait d'exploiter l'œuvre en toute liberté. L'autonomie des créateurs, qui pourrait justifier la légitimité de ce choix, est une conséquence de l'exclusivité que la loi sur le droit d'auteur leur confère. Reste qu'il ne faudrait pas sous-estimer la situation financière ou sociale qui est susceptible d'influencer leur décision de renoncer à leurs droits d'auteur.

Même si l'on admet cette renonciation, il convient de rappeler que l'œuvre désormais passée dans le domaine public n'est pas protégée contre les tentatives d'appropriation. Une fois dans le domaine public, elle sera soumise à un régime de libre utilisation, ce qui laisse à d'autres personnes la possibilité d'exploiter, en pratiquant des adaptations minimales mais originales, la nouvelle œuvre en en obtenant l'exclusivité et en en faisant une source de revenus. Cela peut expliquer que certains auteurs, désireux de faire profiter le public du libre accès à leur création et

de la libre jouissance de cette dernière, préfèrent avoir recours à des licences moins radicales qui confèrent ces libertés, tout en leur permettant de conserver une certaine emprise sur leur œuvre, plutôt que de renoncer complètement à leur droit d'auteur.

6. Conclusions intermédiaires concernant la composition du domaine public

La composition du domaine public peut être représentée de la façon suivante :

Partie du domaine public	Composition	Limites changeantes
<i>Domaine public ontologique</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Idées, méthodes, règles, principes, style, faits, informations, etc. – Nouvelles du jour 	appropriation de collection de données au moyen de la protection de bases de données non originales
<i>Objets tombés dans le domaine public</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Œuvres non originales – œuvres étrangères non couvertes par les traités applicables <p>Dans certains pays : œuvres non fixées</p> <p>Dans les pays ayant un ancien régime de formalités : œuvres ne remplissant pas à l'époque les conditions prescrites</p>	<ul style="list-style-type: none"> – faible niveau d'originalité exigé – difficulté à déterminer l'originalité – adhésion aux traités internationaux ou accords bilatéraux
<i>Domaine public temporel</i>	<ul style="list-style-type: none"> – 70 ans après le décès de l'auteur – règles spécifiques 	<ul style="list-style-type: none"> – règle de comparaison (article 7.8) Convention de Berne) – prolongement répété de la durée du droit d'auteur – mesures transitoires, restauration ou non du droit d'auteur
<i>Domaine public d'intérêt général</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Textes officiels <p>Dans certains pays :</p> <ul style="list-style-type: none"> – œuvres expropriées par l'État – œuvres d'auteurs décédés sans héritiers – œuvres dérivées de contrefaçon 	Appropriation d'une collection de textes officiels par la protection de bases de données non originales
<i>Domaine public volontaire</i>	Œuvres placées dans le domaine public	Incertitude quant à sa validité juridique

L'analyse réalisée ci-dessus a permis de souligner le fait que cette composition est marquée par des limites incertaines ainsi que par la dimension changeante du domaine public. Les causes en sont multiples.

Premièrement, la territorialité de la protection au titre du droit d'auteur entraîne des changements dans le statut d'une création, en fonction de la loi du pays où la protection est réclamée. Il en découle que son éventuelle appartenance au domaine public est également déterminée par l'application territoriale du droit, qui est parfois compliquée par le droit du pays d'origine.

Deuxièmement, il est difficile de définir avec précision les contours de certaines parties du domaine public car les critères de protection ou de non-protection soit sont subjectifs ou incertains (par exemple, l'appréciation de l'originalité), soit se basent sur des règles complexes (par exemple la durée du droit d'auteur).

Enfin, la protection limitée du domaine public dans les lois sur le droit d'auteur, essentiellement considéré comme le négatif de la propriété intellectuelle ne bénéficiant pas d'un régime particulier en vue de sa préservation, en fait une cible facile à des fins de récupération, ainsi que le montrent les exemples de restauration des droits d'auteur attachés à des œuvres du domaine public lors du prolongement de la durée du droit d'auteur, ou le statut incertain des œuvres placées dans le domaine public par leurs auteurs.

Les limites floues du domaine public constituent une des premières préoccupations pour sa définition et sa mise à disposition. Il en résulte également que le domaine public n'est pas bien préparé pour relever les défis posés par d'autres mécanismes juridiques ou techniques que nous allons aborder à présent.

D. Relativité du domaine public

Du fait de la définition négative du domaine public, les éléments appartenant à ce domaine ne seront exempts d'exclusivité que grâce à l'intervention de la législation sur le droit d'auteur. *De lege lata*, rien n'empêche leur réservation ou privatisation par d'autres mécanismes, car le domaine public ainsi défini ne suit pas une règle absolue de non-exclusivité.

Cela signifie que certaines œuvres qui peuvent être classées comme n'étant pas protégées par le droit d'auteur et donc relevant du domaine public dans la législation sur le droit d'auteur, peuvent être protégées par d'autres moyens, juridiques, contractuels ou techniques. Aussi, les contours du domaine public que nous venons de tracer sont-ils purement relatifs et n'entraînent-ils pas une situation indiscutable de non-protection ou de propriété publique.

Cette partie de l'ouvrage fera ressortir les différentes difficultés que les œuvres du domaine public sont susceptibles de rencontrer et qui risquent de limiter leur "caractère public" ou leur disponibilité. La plupart du temps, on peut conclure que l'influence d'autres moyens employés pour exercer un contrôle sur les œuvres relevant du domaine public peut être limité, elle-même et n'érode pas notablement le caractère public du domaine public. Notre étude continuera de s'appuyer sur les législations nationales des pays analysés à ce jour.

1. Droits moraux perpétuels

La libre disponibilité et le libre emploi des œuvres tombées dans le domaine public peuvent se trouver réduits sous l'effet de l'exercice d'un droit moral perpétuel. Dans les États où cette perpétuité est admise, l'adaptation d'une œuvre tombée dans le domaine public peut très bien se trouver compromise par l'opposition de parents éloignés des auteurs dans la mesure où ils peuvent établir leurs droits à succéder à l'auteur dans l'exercice du droit moral. Ils pourraient également être tentés de jouer un rôle de censeurs.

De ce fait, la réalité de la libre utilisation des œuvres tombées dans le domaine public peut être fragile et aucun utilisateur ou créateur d'une œuvre dérivée n'est à l'abri de l'obligation de continuer d'appliquer le droit moral à l'intégrité. Lorsque la perpétuité s'étend au droit de

divulgaration – si un tel droit existe – la législation sur le droit d’auteur elle-même procure une arme puissante aux héritiers de l’auteur pour empêcher la mise à disposition d’œuvres posthumes non publiées, ce qui réduit l’accès intellectuel qu’a le public aux œuvres tombées dans le domaine public. Le troisième attribut du droit moral, le droit de paternité, devrait poser moins de problèmes car il n’empêche pas de nouvelles créations à partir d’une œuvre tombée dans le domaine public et ne réduit pas l’exploitation d’une telle œuvre ou son accessibilité. Mais il contraindra les créateurs ou exploitants ultérieurs à attribuer convenablement à son auteur l’œuvre relevant du domaine public utilisée.

La Convention de Berne n’impose aucune durée au droit moral et n’interdit pas davantage une règle de perpétuité dans ce domaine. Il y a lieu de noter que l’annexe VII de l’Accord de Bangui instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle qui sert de législation type à ses membres africains pour ce qui est de la propriété littéraire et artistique, prévoit que les droits moraux ne sont pas limités dans le temps (voir l’article 22, sous paragraphe 2).

Dans de nombreux pays la durée des droits moraux suit celle des droits économiques, notamment en Australie, en Corée ou en Malaisie (en ce qui concerne les pays analysés dans le présent document). Elle peut parfois se justifier par un régime moniste du droit d’auteur où la dimension morale du droit d’auteur est considérée comme faisant partie intégrante de la dimension économique¹⁰⁶. Dans d’autres pays la protection morale a une durée différente de la protection économique. Les droits moraux peuvent être plus courts et s’éteindre à la mort de l’auteur comme en Corée (si ce n’est pour la protection d’un préjudice à l’honneur de l’auteur).

La dissociation des droits économiques et des droits moraux peut se limiter à certains attributs de la protection morale. En Australie par exemple le droit à l’intégrité dans un film cinématographique s’éteint à la mort de son ou de ses auteurs alors que les autres attributs des droits moraux s’alignent quant à leur durée sur les droits économiques. En Chine le droit de divulgation permet de déroger à la règle de la perpétuité propre au droit moral et dure 50 ans après la mort de l’auteur. Les États-Unis d’Amérique connaissent une situation plus compliquée : un droit moral à l’attribution et à l’intégrité n’est conféré qu’aux œuvres des arts visuels et sa durée dépend de la date de création de ces œuvres. Ce droit ne survit pas à l’auteur pour ce qui est des œuvres créées après 1990 mais suit la durée des droits économiques pour les œuvres visuelles créées avant cette date.

La France est probablement le premier exemple que l’on peut citer lorsqu’on pense à un droit moral perpétuel. Toutefois, la perpétuité de la protection morale des œuvres et de leurs auteurs est une réalité dans le monde entier dans de nombreux pays qui ne sont pas tous des anciennes colonies françaises et n’ont pas tous des traditions de droit civil. Parmi les pays que nous avons analysés, l’Algérie, le Brésil, le Chili (où la question est encore controversée), la Chine, le Costa Rica, le Danemark, la France, l’Italie, le Kenya et le Rwanda ne prévoient aucune limitation à la protection des intérêts moraux des auteurs.

La situation du Chili est dans ce cas également peu claire et donne lieu à controverse. Dans la mesure où l’article 11 de la loi chilienne sur le droit d’auteur prévoit la libre utilisation des œuvres tombées dans le domaine public – à la condition que l’attribution et l’intégrité de l’œuvre soient respectées – certains chercheurs et spécialistes en déduisent que le droit moral ne fait l’objet d’aucune limitation dans le temps. Pour d’autres, la perpétuité ne s’applique qu’à l’attribution et à l’intégrité mais pas aux droits de divulgation et de repentir.

¹⁰⁶

A. DIETZ, “Legal principles of Moral Rights (Civil Law) – General Report”, dans *The moral right of the author*, ALAI Congress, Anvers, 1993, p. 67.

Le maintien d'une protection morale peut également être limité aux œuvres présentant un intérêt culturel essentiel. Par exemple, la loi danoise sur le droit d'auteur prévoit un droit moral perpétuel qui cependant ne s'appliquera que si des intérêts culturels sont violés (voir l'article 75). Il a été précisé que cette règle a pour objet de protéger le patrimoine culturel et qu'elle ne devrait être appliquée qu'aux œuvres considérées comme faisant partie de ce patrimoine ou aux œuvres d'auteur qui par ailleurs ont créé des œuvres de valeur¹⁰⁷. Deux cas ont été soumis aux tribunaux à ce jour. Dans le premier cas, la Cour suprême a estimé qu'il y avait eu violation du droit moral lors de l'adaptation d'une œuvre musicale tombée dans le domaine public¹⁰⁸. Dans une autre affaire traitée en 1990, aucune atteinte à l'intégrité de la Bible n'a été décelée dans un film qui avait ajouté un contenu pornographique à la vie de Jésus¹⁰⁹. La Bible était néanmoins implicitement considérée comme jouissant toujours d'une protection du droit moral en vertu de la loi danoise sur le droit d'auteur (la difficulté consistant à savoir qui est en droit de l'exercer)!

Défendre l'intégrité des œuvres qui sont considérées comme faisant partie du patrimoine culturel d'un État est souvent l'objet caché de règles de perpétuité appliquées aux droits moraux. C'est ce qui ressort entre autres de la possibilité que l'État ou ses représentants, généralement le ministère de la culture, ont d'exercer le droit moral de défendre l'intégrité des œuvres relevant du domaine public, une compétence qui existe en Algérie (droit moral exercé par l'Office national des droits d'auteur et droits voisins en l'absence d'héritiers légitimes), au Brésil (obligation de défendre l'intégrité et la paternité d'œuvres relevant du domaine public imposées à l'État), au Costa Rica (le ministre de la culture et de la jeunesse), au Danemark (la protection spéciale indiquée plus haut ne peut être exercée que par les pouvoirs publics mais pas par les héritiers de l'auteur), en Italie (le ministère de la culture au cas où l'intérêt général est en jeu). Dans la plupart des pays, cette compétence n'a jamais été exercée.

L'OAPI est d'avis que, une fois éteinte la protection des droits patrimoniaux, l'organisme national de gestion collective des droits doit être habilité à faire respecter les droits moraux au bénéfice des auteurs.

En France également, les pouvoirs publics jouent un rôle dans la défense d'un droit moral perpétuel. L'article L. 122-9 CPI prévoit que le Ministre de la culture peut saisir le tribunal de première instance d'un cas d'abus (préssumé commis par les héritiers des auteurs) dans l'exercice du droit de divulgation, même pour des œuvres tombées dans le domaine public. A. Lucas estime que cet article peut s'appliquer également à d'autres abus commis dans l'exercice du droit moral de l'auteur, *post mortem auctoris*¹¹⁰. Le Ministre de la culture peut ainsi réclamer en justice le respect du droit moral ou contraindre les héritiers à renoncer à leur refus de divulguer l'œuvre si l'intérêt général est en jeu. Cette intervention ne se limite dès lors pas à l'exercice du droit moral en lieu et place des héritiers légitimes des auteurs mais peut également viser à défendre l'intérêt qu'a le public de voir une œuvre posthume révélée et publiée malgré le veto des titulaires des droits. Plutôt qu'une substitution de l'État dans l'exercice d'un droit moral perpétuel, cette compétence assure un équilibre entre la sauvegarde du patrimoine culturel et l'intérêt général à accéder à la culture. Cette possibilité a cependant été rarement exercée¹¹¹.

¹⁰⁷ T. Riis, *Intellectual Property Law. Denmark*, Kluwer Law International, 2^e édition, 2009.

¹⁰⁸ UFR (*Danish Weekly Law Report*), 1965, 137, cité par M. Koktvedgaard, "Moral right – National Report for Denmark", dans *The Moral right of the author*, Congress ALAI, Anvers, 1993, 118.

¹⁰⁹ UFR (*Danish Weekly Law Report*), 1990, 856, cité par M. Koktvedgaard, *ibidem*.

¹¹⁰ A. Lucas & H.J. Lucas, *op. cit.*, §475.

¹¹¹ D'autres entités ont essayé d'intervenir dans ce débat notamment le Centre National du Livre, qui a juridiquement compétence pour assurer l'intégrité des œuvres littéraires après la mort de l'auteur ou certaines sociétés collectives également à propos d'œuvres littéraires (ce qui a souvent été refusé par les tribunaux). Par exemple dans une affaire fameuse où une société de gestion collective d'auteurs littéraires a essayé de s'opposer à l'adaptation cinématographique des *Liaisons*

Cette intervention de l'État ou d'une société collective peut être comprise comme un moyen de surmonter la difficulté qu'il y a à identifier les héritiers réels d'un auteur décédé. Le droit moral prend alors une dimension plus collective¹¹² et devient plutôt un outil répondant à l'obligation de fidélité¹¹³. Mais, comme il ressort clairement du régime du droit d'auteur français, c'est également une question de politique publique qui se rapproche davantage de la protection du patrimoine national que de la sauvegarde de droits individuels¹¹⁴. Les pouvoirs publics ou les représentants des auteurs font davantage office de gardiens de l'intégrité des monuments culturels et de défenseurs des intérêts collectifs.

Une telle justification de la politique publique en faveur de l'exercice d'un droit moral perpétuel pourrait atténuer l'obstacle que crée cette perpétuité à l'utilisation libre du domaine public. En fait, en ce qui concerne le droit à l'intégrité, on pourrait distinguer cette protection de l'exercice d'un droit exclusif en vertu du droit d'auteur et considérer qu'il s'agirait essentiellement d'une question de protection du patrimoine culturel sous couvert de droit moral. Cela ne devrait donc se produire que lorsque une question essentielle d'intérêt général ou un risque grave pour l'œuvre serait en jeu. Dans une certaine mesure, cette protection du patrimoine culturel est en elle-même un moyen de sauvegarder et de préserver le domaine public¹¹⁵, à condition qu'elle soit exercée dans une mesure raisonnable par les pouvoirs publics et par les héritiers légitimes des auteurs eux-mêmes, placés, si besoin est, sous le contrôle des pouvoirs publics. Il ne saurait à aucun moment s'agir d'un veto contre l'adaptation de nouvelles créations.

Même si on n'est pas d'accord avec cette conception, il semble que le recours au droit moral pour interdire l'adaptation d'une œuvre tombée dans le domaine public est lui-même plutôt limité. Récemment un cas fameux s'est produit en France avec *Les Misérables* de Victor Hugo, dont un des héritiers a essayé d'empêcher la publication d'une suite du roman bien connu. Le demandeur a finalement été débouté de sa demande par les tribunaux¹¹⁶, au motif qu'une œuvre tombée dans le domaine public pouvait être librement adaptée en vertu de la liberté de création. Le droit moral pouvait seulement être invoqué pour protéger le droit de paternité et d'intégrité mais à l'unique condition qu'un préjudice réel avait été causé à ces droits par l'adaptation, ce que les héritiers doivent prouver en démontrant ce que la position de l'auteur aurait été. La difficulté qu'il y a à apporter ces preuves montre que le droit moral perpétuel ne réussira en fait qu'à empêcher une adaptation lorsque celle-ci est manifestement un recours abusif à la liberté d'utiliser les œuvres relevant du domaine public.

2. Domaine public payant

Le domaine public payant est un système en vertu duquel un utilisateur d'œuvres relevant du domaine public est tenu de payer une licence obligatoire afin de reproduire ou de diffuser publiquement l'œuvre, malgré son statut d'œuvre relevant du domaine public. C'est une idée que l'on peut faire remonter à Victor Hugo. Dans un de ses discours devant le *Congrès littéraire*

dangereuses de Choderlos de Laclos, décédé en 1803 (Cass., 6 décembre 1966, *D.*, 1967, Jurisprudence, p.381, note DESBOIS.).

¹¹² A. LUCAS & H.J. LUCAS, *op. cit.*, § 428.

¹¹³ P. SIRINELLI, *Propriété Littéraire et droits voisins*, Dalloz, 1992, p. 89. Voir également, S. STROMHOLM, *Le droit moral de l'auteur*, PA Nordstedt, 1967, t. I, p.480.

¹¹⁴ A.M. CHARDEAUX, *Les Choses Communes*, LGDJ, 2006, § 211. Dans ce sens, voir également A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne*, étude pour la Commission européenne, 1976, § 165 (qui évoque une "sorte de protection pour les monuments"), B. D'ORMESSON-KERSAINT, *op. cit.*, p. 125.

¹¹⁵ M.A. CHARDEAUX, *op. cit.*, §214.

¹¹⁶ Cass. 30 janvier 2007, *JCP G*, 2007, p.29, note C. Caron; CA Paris, 19 décembre 2008, *Communications – Commerce Electronique*, mars 2009, p. 26.

internationale en 1878, ce grand écrivain préconisait que ce droit d'auteur s'éteigne à la mort de l'auteur ou de ses héritiers directs au bénéfice du domaine public dont il était un avocat enthousiaste. Il a également défendu la création d'un domaine public payant qui consisterait à verser une légère taxe pour chaque exploitation d'une œuvre relevant du domaine public à verser un fond consacré à l'encouragement des jeunes écrivains et créateurs¹¹⁷.

L'idée de tirer une rémunération de la publication d'œuvres relevant du domaine public dans l'intérêt de la génération actuelle de créateurs, même si elle n'est pas ressortie du travail des législateurs que Hugo souhaitait convaincre à l'époque, à savoir les auteurs de la Convention de Berne, a toutefois bénéficié d'une certaine reconnaissance au fil du temps.

L'Italie a souvent été citée en exemple en tant que pays occidental qui appliquait un tel régime, intitulé *Diritto Demaniale* (droit domanial). Son système de domaine public payant a cependant été abrogé 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 (Congo-Brazzaville), la Côte d'Ivoire et le Paraguay. La prééminence des pays africains dans cette liste peut s'expliquer par la présence de dispositions dans l'Accord de Bangui et dans son annexe sur la propriété littéraire et artistique où est envisagée la création d'un tel régime¹¹⁸.

La législation française s'intéresse au cas particulier du domaine public payant à propos du manque de protection des œuvres divulguées pour la première fois dans un pays qui n'accorde pas une protection suffisante aux œuvres divulguées en France (voir ci-dessus). Non seulement ces œuvres ne sont pas protégées en France – si ce n'est sous la forme d'une protection des droits d'intégrité et à l'attribution – mais toute exportation en France de ces œuvres exige le versement de redevances de droits d'auteur qui sont perçues au bénéfice de certaines sociétés collectives et du *Centre National des Lettres*¹¹⁹. Ce régime particulier n'a cependant jamais été appliqué.

La mise en œuvre d'un domaine public payant peut constituer en fait un obstacle à la libre utilisation des œuvres relevant du domaine public. L'étendue de cette entrave dépendra de l'importance des taxes exigées. Il y a lieu de noter qu'un tel régime s'applique au domaine public qui ne se compose que d'œuvres dont le droit d'auteur a expiré et non pas à l'autre partie du domaine public (à l'exception des pays appliquant le même régime aux expressions du folklore).

Dans certains pays (par exemple l'Algérie et le Rwanda), seule l'exploitation commerciale ou à but lucratif des œuvres relevant du domaine public donner lieu à paiement. Dans la plupart des cas, l'intégrité et la paternité de l'œuvre doivent également être respectées. D'une manière générale, le système fonctionne comme une licence obligatoire : l'utilisation est conditionnée par le paiement de la taxe fixée mais pas par l'obtention d'une autorisation préalable (comme dans le cas des droits exclusifs). Cette obtention est néanmoins nécessaire en Algérie. En pareil cas, la libre utilisation d'une œuvre tombée dans le domaine public est encore plus réduite.

Les utilisations faites de la taxe varient également. Souvent prélevées par la société de gestion nationale collective des droits ou par l'administration chargée des droits d'auteur (comme c'est le cas de l'Office national du droit d'auteur et des droits voisins en Algérie qui fait également office de société de perception), les redevances seront généralement consacrées à des utilisations sociales et culturelles, pour aider les jeunes créateurs, assurer la protection sociale des

¹¹⁷ Voir discours de Victor Hugo du 25 juin 1878.

¹¹⁸ Voir article 59.

¹¹⁹ Voir A. LUCAS & H.J. LUCAS, *op. cit.*, § 1139.

créateurs en difficulté ou promouvoir des œuvres de création. Parfois, la rémunération sert à la préservation du domaine public lui-même et non pas à tel ou tel créateur, comme c'est le cas en Algérie. En pareil cas, au lieu d'être une charge pour l'exploitation du domaine public, les taxes ainsi prélevées peuvent également être considérées comme des moyens de financer la protection des œuvres relevant du domaine public.

Le montant de la taxe diffère notablement d'un pays à l'autre. L'OAPI recommande qu'elle soit la moitié du montant de la rémunération normalement versée pour les œuvres bénéficiant toujours d'une protection, ce qui peut être difficile à calculer.

L'application du système ne vise généralement que les œuvres nationales. L'Italie a fait exception à cette règle dans la mesure où la taxe devait également être versée pour utiliser des œuvres relevant du domaine public étranger.

Le système du domaine public payant est parfois proposé comme modèle du savoir traditionnel par opposition à la réutilisation non rémunérée par les entrepreneurs occidentaux¹²⁰. Cette idée est toujours présente dans certains pays en développement qui appliquent la taxe à l'exploitation à la fois des œuvres relevant du domaine public et des éléments du folklore.

Le régime du domaine public payant a fait l'objet d'une recherche au début des années 1980 de la part de l'OMPI et de l'UNESCO¹²¹. À l'époque ce type de système était appliqué en Algérie, en Argentine, au Brésil, en Bulgarie, en Hongrie, en Italie, au Mexique, au Portugal, en Tchécoslovaquie, en Tunisie, en URSS et au Zaïre¹²².

Ce système a été perçu à l'époque comme un outil intéressant, essentiellement pour des raisons sociales et culturelles, qui pouvaient procurer quelques recettes au secteur artistique, très pauvre dans les pays en développement. Mais à l'époque l'accent n'était pas mis sur la disponibilité du domaine public comme c'est le cas maintenant. L'efficacité de ces systèmes n'a pas vraiment été évaluée, du moins le semble-t-il. L'administration et la perception de ces taxes pourraient constituer une lourde charge pour les sociétés de perception, notamment dans les pays en développement. Et on pourrait souvent y voir une taxe supplémentaire.

Ce qui est plus fondamental c'est que le domaine public payant semble de plus en plus être un modèle périmé du fait qu'il entre en conflit direct avec le domaine public. À une époque où de nombreux pays, particulièrement les pays en développement, s'efforcent d'équilibrer la propriété intellectuelle en renforçant la libre utilisation du domaine public et le libre accès à ce domaine, il pourrait se produire d'autres entraves à la libre utilisation dudit domaine. Il en résulterait également moins d'encouragements aux particuliers ou aux éditeurs qui souhaitent faire connaître les œuvres tombées dans le domaine public au moyen d'une nouvelle publication ou communication au public, notamment si la taxe demandée pour cette exploitation est élevée. Ce régime devrait tout au moins se limiter à l'exploitation commerciale et ce, sous forme d'une rémunération raisonnable.

¹²⁰ M. LEISTNER, "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 la section 17 de la loi type de Tunis sur le droit d'auteur de 1976.

¹²¹ 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, 13-28.

¹²² La situation actuelle dans ces pays n'a pas été vérifiée mais il semble que le système ait été abrogé dans beaucoup d'entre eux.

En revanche, si l'on devait supprimer le domaine public payant, il pourrait être essentiel de trouver d'autres manières de financer les activités culturelles ou de répondre aux besoins sociaux des artistes dans les pays pauvres lorsque ce ne sont pas là des priorités. Les pays en développement peuvent se retrouver écartelés entre deux grands objectifs culturels : appuyer la création locale ou l'accessibilité du domaine public. Par ailleurs, l'idée du domaine public payant pourrait également être envisagée comme moyen de financer la préservation des œuvres relevant du domaine public, en partageant la charge du financement de la préservation des œuvres relevant du domaine public, notamment au moyen de bibliothèques numériques, avec les exploitants commerciaux de ces œuvres. Les taxes prélevées ne serviraient plus à apporter une assistance aux artistes vivants mais à soutenir le domaine public lui-même.

3. Le rétablissement du droit d'auteur dans certaines œuvres

Une fois qu'une œuvre est tombée dans le domaine public avec le passage du temps, aucun droit d'auteur ne devrait de nouveau exister à l'égard de cette œuvre. Cependant, certains mécanismes particuliers peuvent rétablir la protection par le droit d'auteur. La directive européenne sur la durée du droit d'auteur de 1993 prévoit deux mécanismes susceptibles de rétablir un droit d'auteur ou un droit similaire pour les œuvres relevant du domaine public.

La directive exige des États membres d'accorder une protection de 25 ans limitée aux droits patrimoniaux de l'auteur à "toute personne qui, après l'extinction de la protection du droit d'auteur, publie licitement ou communique licitement au public pour la première fois une œuvre non publiée auparavant"¹²³. Cette protection d'œuvres posthumes, c'est-à-dire d'œuvres qui n'ont pas été publiées pendant la durée normale du droit d'auteur fondée sur la vie de l'auteur, vise à encourager les éditeurs à publier ces œuvres relevant du domaine public. Elle a cependant pour effet de retirer ces œuvres du domaine public en rétablissant un droit d'auteur limité. Par suite de l'absence d'une protection du droit moral et de l'octroi du droit patrimonial à la personne investissant dans la publication (et non pas aux héritiers de l'auteur décédé), ce droit d'auteur est plus proche d'un droit voisin.

Cette protection d'œuvres posthumes dans l'Union européenne favorise la publication et la diffusion d'œuvres qui pourraient sans cela rester non divulguées, vidant ainsi le statut du domaine public de toute utilité. À cet effet, la restriction que cette protection impose au domaine public lui-même peut être considérée comme un mal nécessaire.

La même directive permet (sans les obliger) à nos États membres d'assurer une protection limitée de 30 ans après la publication pour des "éditions critiques et scientifiques d'œuvres qui sont tombées dans le domaine public"¹²⁴. L'Italie a mis en œuvre cette protection et accorde une protection de 25 ans aux éditions critiques et scientifiques d'œuvres relevant du domaine public (article 85^{quarter} de la loi italienne sur le droit d'auteur). Même en l'absence de l'originalité requise pour que l'œuvre critique puisse être protégée par le droit d'auteur, comme toute autre adaptation d'une œuvre relevant du domaine public, ce droit spécial (limité à l'exploitation économique) est un encouragement adressé à l'éditeur d'éditions critiques d'œuvres non protégées, comme c'est le cas d'œuvres posthumes. La Cour de cassation italienne a estimé que la reconstitution de l'œuvre originale ne suffit pas pour justifier sa protection mais que l'éditeur critique doit par exemple recréer une partie manquante de l'œuvre¹²⁵.

¹²³ Article 4, Directive 93/98/EEC du Conseil (OJ L290, 24.11.1993, p. 9) codifiée par la Directive 2006/116/EC du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 sur la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits connexes (version codifiée).

¹²⁴ Article 5.

¹²⁵ Cass. 17 janvier 2001, n. 559, BMG Ricordi s.p.a., Fondazione Gioacchino Rossini e Azio Corghi c. Ente Autonomo Teatro Regio di Torino, dans *Giur. it.*, 2001, p. 1421, note M. CROSIGNANI,

Dans ce deuxième cas l'impact sur le domaine public est moindre que dans le cas du régime en faveur des œuvres posthumes car seule la publication critique sera protégée et non pas l'œuvre originale sur laquelle elle repose qui relève toujours du domaine public et est de libre utilisation.

4. Droits de propriété

L'accès à une création intellectuelle et son utilisation exigeront d'obtenir l'accès à un support matériel de cette œuvre. Cet accès peut être légalement contrôlé par le propriétaire de cette copie tangible de l'œuvre. Le droit d'auteur et son opposé, le domaine public, ne concernent que l'œuvre intangible et doivent être distingués et seront normalement exercés séparément de la propriété matérielle. Contrôler l'accès à des copies tangibles d'œuvres est un exercice légitime des droits de propriété.

D'une manière générale, la propriété de telle ou telle copie n'empêchera pas la possibilité d'utiliser librement et de reproduire quelque chose qui relève du domaine public car de nombreuses copies peuvent être en circulation. Même si la Joconde est la propriété du Louvre et que l'accès à cette œuvre n'est pas complètement libre, il est facile de la reproduire et de la communiquer car de nombreuses copies de la fameuse peinture ont été effectuées.

Toutefois, il peut se produire des cas où le droit de propriété peut être en cause du point de vue de la liberté du domaine public. Lorsque aucune autre copie de l'œuvre n'est disponible à part l'unique support tangible que son propriétaire s'est réservé, la jouissance de l'œuvre relevant du domaine public exige qu'on puisse y accéder. Imaginons une peinture de Van Gogh pour laquelle il n'existe pas de reproduction et sur laquelle son propriétaire exerce un contrôle strict. Comme dans le cas des œuvres non publiées évoqué plus haut, cette création, même si elle est théoriquement tombée dans le domaine public, se trouve en réalité hors du domaine public car personne ne peut en jouir.

Contraindre le propriétaire d'un important actif culturel à faciliter l'accès à cet actif devrait impliquer d'abord de faire appel aux dispositions légales en matière de patrimoine culturel : le propriétaire ne devrait pas renoncer à son contrôle sur son bien mais pourrait au moins être encouragé à rendre publiques certaines reproductions de l'œuvre. À notre avis la loi sur le droit d'auteur n'a pas grand-chose à voir avec cette situation.

Le droit de propriété peut également porter atteinte au domaine public d'une autre manière comme il est ressorti de la récente controverse du droit de l'image en France. En 1999, la Cour de cassation a accordé à la propriétaire de la première maison libérée par les forces alliées en 1944 le droit de s'opposer à ce que des reproductions de la maison soient effectuées au motif pur et simple qu'elle avait un droit de propriété, qui, selon la Cour, s'étendait à l'image du bien¹²⁶. Cette jurisprudence a soulevé une question délicate en matière de droit d'auteur et de domaine public. Si le propriétaire du support tangible d'une œuvre (il peut s'agir d'une maison dont l'architecture est protégée par le droit d'auteur mais également de tout autre type d'œuvre) est habilité à autoriser ou interdire sa reproduction, que reste-t-il du droit exclusif de l'auteur de cette œuvre? Et si l'œuvre n'est plus protégée par le droit d'auteur, l'exercice de ce droit de propriété tangible n'impliquerait-il pas la fin du domaine public car toute reproduction enfreindrait le monopole exercé par le propriétaire? De nombreux spécialistes du droit d'auteur ont dénoncé cette nouvelle extension du droit de propriété à la fois parce qu'il va à l'encontre du principe

Edizione critica e diritto d'autore : un'antitesi superata?.

126

Cass., 10 March 1999, *Bull. Civ.*, I, n°87, p. 58.

essentiel de la séparation entre la propriété physique et la propriété intellectuelle, le droit à l'image étant réservé à cette dernière et parce qu'elle mettait en danger la liberté d'utiliser le domaine public¹²⁷.

Heureusement, quelques années plus tard, la même cour est revenue sur sa propre décision en conférant un tel droit au propriétaire uniquement lorsque un droit ou un intérêt spécifique tel que la défense de la vie privée, un dommage excessif à la jouissance de la propriété, est violé ou qu'une violation de domicile se produit au moment où l'image est prise ou exploitée. Il s'agit là d'une application logique de la cohabitation entre deux droits, l'exercice de l'un d'entre eux n'étant pas autorisé à porter atteinte à l'exercice et à la jouissance de l'autre. Mais le droit de propriété en lui-même ne confère plus une exclusivité sur l'image du bien.

La préservation du domaine public devrait tenir à l'écart les efforts ainsi déployés par les propriétaires de copies tangibles d'œuvres non protégées pour s'arroger une certaine exclusivité sur l'image de leurs biens.

5. Respect de la vie privée

Le respect de la vie privée peut également empêcher la publication ou la communication de certaines œuvres même lorsque celles-ci sont tombées dans le domaine public. Il s'agit essentiellement d'informations confidentielles ou d'une correspondance privée dont la divulgation pourrait porter atteinte aux intérêts privés de la famille ou des proches de l'auteur. S'agissant du droit de propriété, dont il a été question ci-dessus, l'exploitation du domaine public ne peut être à ce point absolu qu'il porte atteinte au respect de la vie privée ou aux intérêts privés d'autrui.

L'Italie nous donne l'exemple de cette cohabitation nécessaire en imposant que les auteurs ou leurs ayants droit donnent leur consentement à la publication de lettres privées confidentielles ou de mémoires de famille, que les unes ou les autres soient encore protégés par le droit d'auteur ou soient tombés dans le domaine public (article 93-95 de la loi italienne sur le droit d'auteur).

6. Mesures techniques de protection

L'évolution numérique s'est accompagnée du déploiement de mesures techniques liées aux œuvres numériques pour protéger ces dernières contre certaines utilisations non autorisées. Fondés sur la cryptographie ou d'autres moyens techniques, des systèmes de gestion des droits numériques ou des mesures techniques de protection ont été élaborés ces dernières années pour faire face à la question délicate de la protection et de la gestion du droit d'auteur dans un environnement électronique. Ces moyens techniques sont de plus en plus intégrés dans des supports tangibles numériques d'œuvres notamment dans des DVD, des logiciels ou des jeux vidéo ainsi que dans la distribution en ligne d'œuvres musicales, de nouvelles, de films, d'ouvrages ou d'images. Il s'agit de contrôler l'utilisation de l'œuvre, par exemple en empêchant des personnes non autorisées d'y avoir accès, en empêchant que des copies en soient faites, en ne permettant que les utilisations pour lesquelles un prix a été payé ou en imposant que l'œuvre soit visualisée ou écoutée sur un appareil donné ou dans une région donnée.

Les mesures techniques de protection n'établissent généralement pas de distinction entre les œuvres protégées ou non protégées par le droit d'auteur¹²⁸. Elles sont prises indifféremment à l'égard d'œuvres toujours protégées par le droit d'auteur ou tombées dans le domaine public. Par exemple, un site Web mettant des ouvrages à disposition en ligne peut les faire protéger par

¹²⁷ Cass. Ass. Plén., 7 May 2004, *D.*, 2004, Jurisp., p. 1545, note J.-M. BRUGUIÈRE.

¹²⁸ K. KOELMAN, "The Public Domain Commodified: Technological Measures and productive Information Use", dans *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, p. 105-119.

des systèmes techniques qui empêchent qu'on les copie qu'on les imprime ou qu'on les partage. D'une manière générale, la protection technique ainsi assurée, opérera de la même manière pour un ouvrage récemment publié par un auteur vivant que pour des pièces de Shakespeare. Des verrouillages techniques peuvent également être mis en place pour protéger des œuvres non susceptibles d'une protection par le droit d'auteur telles qu'une création non originale, des nouvelles ou des actes officiels. On peut compenser le manque d'exclusivité légale en appliquant à ces œuvres une mesure technique de protection. L'exclusivité factuelle ou technique se substitue donc à l'exclusivité légale.

Il s'agit là d'une des atteintes possibles au domaine public qui a été le plus vivement dénoncée ces dernières années¹²⁹. Dès 1996, le Conseil consultatif juridique de la Commission européenne a mis en garde contre l'utilisation généralisée de dispositifs techniques de protection pouvant aboutir à la création de fait de nouveaux monopoles en matière d'information. Cela poserait des problèmes particuliers pour des œuvres relevant du domaine public¹³⁰.

La restriction de l'accès aux œuvres relevant du domaine public par suite de l'application de mesures techniques peut être relative dans une certaine mesure, au moins si les œuvres soumises à ces contraintes sont encore en grande partie disponibles sous une forme ou sur des supports non protégés. Le fait qu'un vendeur de livres électroniques habilite les pièces de Shakespeare d'un mécanisme de contrôle d'accès ne pose peut-être pas de problème si ces pièces sont facilement accessibles par ailleurs. Dans ce cas également peu importe la différence entre l'accès au support d'une œuvre et l'utilisation de cette œuvre. On ne peut empêcher les fournisseurs de contenu de demander une rémunération pour les biens ou les services qu'ils vendent et on ne peut davantage empêcher qu'ils obtiennent cette rémunération au moyen d'instruments de contrôle de l'accès. Une récupération du domaine public plus réelle peut à l'inverse se produire si l'œuvre est seulement disponible sous une forme techniquement protégée. En pareil cas, la disponibilité des œuvres tombées dans le domaine public est indûment compromise.

Imposer une restriction technique à la libre utilisation d'une œuvre relevant du domaine public une fois que l'intéressé y a légalement accédé et l'a payée donne davantage matière à réflexion. Il est indéniable que toute mesure technique qui empêcherait d'utiliser l'œuvre, c'est-à-dire qui empêcherait sa reproduction ou sa communication, irait à l'encontre de l'essence même du domaine public et recréerait une exclusivité à l'égard de ce qui ne devrait pas sortir du patrimoine commun. Obtenir une rémunération pour l'accès à une copie numérique des pièces de Shakespeare pourrait être légitime mais empêcher un acquéreur légal de les copier pourrait très bien être considéré comme une restriction induue de la libre utilisation du domaine public.

En plus de la marchandisation technique du contenu numérique, une couche supplémentaire est venue renforcer la protection. Dès que l'on a envisagé de recourir à la technique pour renforcer un exercice effectif du droit d'auteur, une technique semblable pouvant être utilisée pour faire échec à cette protection technique. Cela a donné naissance aux dispositions d'anti-neutralisation que de nombreux pays ont désormais adoptées à la suite des traités de 1996 de l'OMPI qui exigent d'interdire de neutraliser les mesures techniques prises pour protéger le droit d'auteur dans les œuvres. Cette législation a un double effet : elle reconnaît

¹²⁹ Voir par exemple, Y. BENKLER, "Free as the air to common use..." *op. cit.*, p. 354-446; J. BOYLE, "The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain", *Law and Contemp. Probs.*, 2003, Vol. 66, p. 33; P. SAMUELSON, "Mapping the Digital Public Domain...", *op. cit.*, p. 147-171.

¹³⁰ Réponse du Conseil consultatif juridique européen au Livre vert sur le droit d'auteur et les droits connexes dans la société de l'information.

et justifie le déploiement de verrouillages techniques à l'égard de l'expression créative et elle les renforce en infligeant des sanctions à quiconque touche à la couche technique de protection. À chaque couche, un empiètement sur le domaine public peut se produire.

Premièrement, la plupart des dispositions anti-neutralisation ne visent pas à préserver la liberté d'accès aux œuvres relevant du domaine public. Comme P. Goldstein l'a bien fait observer :

“Le problème avec l'article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et avec toute législation d'application qui repose sur lui, tient à son asymétrie. Cette disposition proscrit le décryptage de tout objet protégé par le droit d'auteur mais ne proscrit pas le cryptage d'objets non protégés par les droits d'auteur. (...) Seule une mesure qui rend effectivement illégal le cryptage des éléments du produit facilement distingués comme relevant du domaine public donnerait un équilibre au droit d'auteur – en laissant crypté le contenu protégé par ce droit d'auteur et le contenu tombé dans le domaine public ouvert à l'accès du public”¹³¹.

Pour plaider en faveur de mécanismes juridiques qui régleraient l'application de mesures techniques de protection à des œuvres relevant du domaine public on pourrait arguer du besoin d'une "protection adéquate de ces mesures" prévue par les traités de l'OMPI. Cette adéquation devrait être mesurée à la lumière du préambule des traités qui insiste sur la "nécessité de maintenir un équilibre entre les droits d'auteur et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information". Le domaine public ainsi que sa préservation et sa disponibilité étant un élément central de l'accès à l'information et de l'intérêt général, toutes dispositions traitant de la neutralisation de mesures techniques pourraient se fonder sur ce préambule pour réglementer le recours à des restrictions techniques appliquées à l'utilisation du domaine public.

On peut établir utilement une analogie avec la solution mise en place par l'Union européenne pour protéger les exceptions au droit d'auteur contre l'application de restrictions techniques. L'article 6.4) de la Directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la société d'information exige des États membres qu'ils prévoient un recours pour les utilisateurs empêchés d'exercer certaines exceptions fondamentales à cause de mesures techniques protégeant l'œuvre¹³². Les États membres de l'Union européenne ont mis cette obligation en œuvre soit en mettant en place des procédures de médiation et d'arbitrage entre les bénéficiaires des exceptions et les titulaires du droit d'auteur qui ont appliqué des mesures techniques excessives ou bien en offrant des moyens judiciaires ou administratifs de réparation aux utilisateurs privés de leurs droits. Une solution semblable pourrait être proposée en cas d'entrave induite à la libre utilisation des œuvres du domaine public, solution qui pourrait tenir compte des intérêts légitimes des prestataires de services offrant aux utilisateurs des œuvres du domaine public.

Deuxièmement, la législation antineutralisation interdit à la fois l'acte consistant à neutraliser des mesures techniques et les activités dites préparatoires c'est-à-dire tout acte de diffusion et de fabrication de dispositifs permettant ou facilitant la neutralisation. Cette interdiction ne devrait avoir normalement aucun effet sur l'accès aux œuvres du domaine public et sur leur libre utilisation puisque le Traité du droit d'auteur de l'OMPI et les pays le mettant en œuvre restreignant l'interdiction des activités de neutralisation aux mesures techniques appliquées aux

¹³¹ P. GOLDSTEIN, "Copyright and Its Substitutes", *Wis. L. Rev.*, 1997, p. 869. Dans la même optique, W. GORDON, "Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract", *Chi.-Kent L. Rev.*, 1998, p. 1480, note 50.

¹³² Voir S. DUSOLLIER, "Exceptions and Technological Measures in the European Copyright Directive of 2001", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2003, p. 62-83.

œuvres protégées par le droit d'auteur. De ce fait, faire échec au mécanisme de contrôle d'accès ou d'un dispositif anticopie intégré dans une œuvre relevant du domaine public ne constituera pas un délit.

Le domaine public pourrait cependant, subir un certain effet indirect. Une contrainte technique peut s'appliquer essentiellement à une œuvre de ce domaine public qui se trouve être également accompagnée d'une création récente protégée par le droit d'auteur. Imaginons qu'une petite introduction est ajoutée au livre électronique d'une pièce de Shakespeare ou que ce livre électronique est proposé dans une nouvelle traduction espagnole¹³³. La simple présence d'un élément protégé par le droit d'auteur dans le support physique faisant l'objet de la mesure de protection technique suffirait à rendre illicite sa neutralisation.

De plus, l'interdiction du trafic de dispositifs aidant à la neutralisation ne dépend pas de l'utilisation ultérieure de ces dispositifs par leurs acquéreurs, ils servent essentiellement à contourner les mesures techniques liées aux éléments relevant du domaine public, cela n'exonère pas les fournisseurs de ces dispositifs de leur responsabilité. Si le commerce des dispositifs permettant au public d'accéder aux œuvres relevant du domaine public malgré la mise en service de verrouillages techniques trop restrictifs, est illicite, le seul recours à la disposition des utilisateurs consisterait à détenir la compétence technique nécessaire pour neutraliser eux-mêmes ces verrouillages ce qui ne sera pas évident.

Les dispositions antineutralisation, même si ce n'était pas leur objectif ni leur intention, risquent donc d'avoir un effet sur la libre disponibilité et utilisation des œuvres relevant du domaine public ou qui y sont tombées.

7. Droits connexes

Des droits voisins peuvent s'appliquer aux œuvres du domaine public ce qui pourrait limiter la libre utilisation de ces œuvres. Cette limitation devrait être légèrement nuancée. Les droits des artistes, interprètes ou producteurs qui exécutent ou produisent une œuvre du domaine public s'appliquent à un nouvel élément, à savoir l'interprétation ou l'exécution ou bien le nouvel enregistrement de sons¹³⁴. L'œuvre du domaine public, même si elle est l'objet de l'interprétation, de l'exécution ou de l'enregistrement, subsistera sous d'autres formes et sur d'autres supports et, dans une certaine mesure, pourra être utilisée comme telle sans porter atteinte aux nouveaux droits ainsi constitués.

Le maintien de droits connexes doit néanmoins être reconnu lorsqu'on évalue le statut d'un élément culturel à l'égard du domaine public ce qui exigerait de distinguer l'œuvre créative fondamentale qui peut ne plus être protégée de son interprétation ou de sa production sous forme d'enregistrement. Un enregistrement de Bach ne sera d'utilisation libre qu'en ce qui concerne la musique proprement dite mais une certaine exclusivité s'appliquera encore à son interprétation ou à son enregistrement.

Les droits *sui generis* dans les bases de données lorsque celles-ci existent, risquent de poser davantage de problèmes pour ce qui est du domaine public créé par le droit d'auteur. Ces droits protègent des bases de données non originales, notamment dans l'Union européenne et en

¹³³ Voir J. GINSBURG, "Access to copyrighted works in the "digital millennium"", dans S. DUSOLLIER (ed.), *Copyright – a Right to control the access to Works?* Cahiers du CRID, n° 18, Bruylant, Brussels, 2000, p. 63.

¹³⁴ Il est moins probable que les producteurs de films correspondant à une œuvre du domaine public aient des droits car ceux-ci porteraient sur la première fixation d'un film et sans doute pas sur la remastérisation ou la numérisation d'un film ancien.

Corée, dès lors qu'elles ont nécessité un investissement substantiel. La durée de la protection est généralement de 15 ans à partir de la constitution de la base et ce délai peut être renouvelé en cas d'investissement substantiel ultérieur.

Les bases de données ainsi protégées peuvent être un recueil d'éléments d'œuvres du domaine public telles que de simples données, des créations exclues de la protection par le droit d'auteur telles que les actes officiels ou pour lesquels le droit d'auteur a expiré. Le droit *sui generis* s'appliquant à ces éléments non protégés peut alors regagner une certaine exclusivité qui a souvent été dénoncée comme constituant une atteinte excessive au domaine public¹³⁵. La Cour européenne de justice a reconnu une large étendue à ce droit, indépendamment du contenu de fond ou non protégé des éléments figurant dans la base de données¹³⁶.

Dans ce cas également, la menace devrait être à la fois nuancée et mieux expliquée.

La protection *sui generis* s'appliquera seulement à la base de données en tant que recueil d'éléments et non pas à chaque élément en tant que tel. Les faits ou les données proprement dites telles qu'intégrées dans la base de données peuvent être néanmoins utilisés séparément sans porter atteinte aux droits s'appliquant à la base. Cela dit, deux éléments pourraient cependant poser problème. D'après la jurisprudence de la Cour européenne de justice, un élément peut en lui-même être un élément constitutif de la base de données, et être protégé en tant que tel contre l'extraction et la réutilisation, si son rassemblement, sa vérification ou sa présentation a exigé un investissement important¹³⁷. Ce sera cependant assez rare. La CEJ a récemment évoqué cette possibilité lorsqu'elle a admis que "le caractère officiel et accessible au public d'une partie des éléments contenus dans une base de données ne dispense pas la juridiction nationale de vérifier si les éléments prétendument extraits et/ou réutilisés à partir de cette base de données constituent, d'un point de vue quantitatif, une partie substantielle du contenu total de cette dernière ou, le cas échéant, s'ils constituent, d'un point de vue qualitatif, une telle partie substantielle en ce qu'ils représentent, en termes d'obtention, de vérification ou de présentation, un important investissement humain, technique ou financier"¹³⁸.

Ce qui est très préoccupant c'est la possibilité que chaque donnée prenne de la valeur seulement lorsqu'elle est utilisée dans un ensemble et en corrélation les unes avec les autres. En pareil cas, il faudra procéder à l'extraction d'une série de données ce qui pourrait porter atteinte au droit applicable à la base de données. Pour reprendre l'exemple d'une base de données contenant les textes législatifs d'un pays, l'extraction d'un corps entier de lois dans un domaine spécifique peut être pertinente pour ce qui est de l'accès du public aux textes officiels mais relèvera sans doute alors du droit *sui generis*. En pareil cas, le droit sur la base de données constitue un préjudice plus gênant pour le caractère de domaine public des données ou des éléments composant la base de données.

¹³⁵ Voir par exemple, M. DAVIDSON, "Database Protection : The Commodification of Information", *The Future of the Public Domain*, *op. cit.*, 167-190; J. BOYLE, *The public domain ...*, *op. cit.*, 207-213.

¹³⁶ Voir à cet égard l'affaire 444/02 devant la Cour européenne de justice *Fixtures Marketing*, paragraphes 19 à 21; ou, plus récemment une affaire concernant une base de données d'actes législatifs, ECJ, du 5 mars 2009, *Apis-Hristovich*, C-545/07, paragraphes 69 à 70.

¹³⁷ *The British Horseracing Board and Others*, cité plus haut, paragraphe 71 (une partie quantitativement négligeable du contenu d'une base de données peut en fait représenter, pour ce qui est de l'obtention de la vérification ou de la présentation, un investissement humain technico-financier important).

¹³⁸ *Apis-Hristovich*, paragraphe 74.

Une autre source de préoccupation est la durée éventuellement illimitée du droit *sui generis*. La durée initiale de protection de 15 ans peut être en effet renouvelée plusieurs fois dès qu'un investissement important a été fait pour actualiser la base de données. Dans l'Union européenne, cette extension de la durée ne semble pas s'appliquer uniquement aux nouveaux éléments découlant de l'investissement important consenti mais à l'ensemble de la base de données, y compris aux anciens éléments qui s'y trouvent. Cela ne se justifie pas et une protection plus raisonnable, respectant la logique de la durée limitée de la propriété intellectuelle et du domaine public, consisterait à limiter l'attribution d'une autre durée de 15 ans au seul objet du nouvel investissement substantiel¹³⁹.

Finalement la base de données peut se révéler un véritable obstacle à la libre utilisation du domaine public lorsqu'elle est la seule source de certaines informations ou données non protégées¹⁴⁰.

8. Autres droits de propriété intellectuelle

Dans le domaine public concernant le droit d'auteur peuvent également intervenir d'autres droits de propriété intellectuelle susceptibles de subsister dans les œuvres du domaine public. De ce fait, l'utilisation de ces œuvres ne doit pas être assujettie aux réserves propres au droit d'auteur mais pourrait bien être visée par les droits exclusifs accordés par d'autres systèmes de propriété intellectuelle.

Le problème ne se posera généralement pas avec les droits de dessin et modèle industriel ni avec les droits de brevet. Premièrement, ces droits ayant une durée plus courte que le droit d'auteur, il sera exceptionnel voire impossible qu'une œuvre tombée dans le domaine public après l'expiration du droit d'auteur, puisse être de nouveau soumise à un droit de brevet et ou de dessin et modèle industriel. La divulgation antérieure d'une œuvre détruit sa nouveauté ce qui empêche dans la plupart des cas d'étendre sa protection par l'adjonction de droits de dessin et modèle industriel ou bien de brevet une fois le droit d'auteur expiré. Par ailleurs, on imagine difficilement qu'une œuvre littéraire et artistique se prêtant à la protection par le droit d'auteur puisse prétendre à la qualité d'invention technique susceptible d'être protégée par un brevet.

S'agissant de la relation entre le droit d'auteur et le droit de dessin et modèle industriel, il est difficile d'imaginer qu'une œuvre qui n'a pas l'originalité requise pour obtenir la protection du droit d'auteur soit suffisamment nouvelle et ait le caractère distinctif requis pour être protégée en tant que dessin et modèle industriel.

En fait, le principal problème en ce qui concerne le domaine public tient à la protection des marques. Le nom ou l'aspect visuel d'un personnage, d'une peinture ou de la forme d'un objet peut donner droit à un enregistrement de marque même après que le droit d'auteur s'appliquant à ses œuvres a expiré. Grâce à la protection ainsi accordée aux marques, le propriétaire de la marque pourrait en théorie interdire la libre utilisation de ce nom, de cette image ou de cette forme. Imaginons que l'apparition de Mickey soit enregistrée comme une marque visuelle, (c'est le cas dans de nombreux pays). Lorsque le droit d'auteur attaché à cette petite souris cessera (s'il cesse jamais!), Disney pourrait continuer de s'appuyer sur sa marque enregistrée, "illimitée dans le temps", pour empêcher certaines utilisations de son fameux personnage.

En principe, une œuvre qui est tombée dans le domaine public peut être librement utilisée par tout le monde. De ce fait, cette liberté d'utilisation inclut également son enregistrement comme marque, puisque le titulaire de l'ancien droit d'auteur n'est plus en mesure d'empêcher cet

¹³⁹ E. DERCLAYE, *The legal protection of databases*, Edward Elgar, 2008, page 140.

¹⁴⁰ *Ibidem*, page 280.

enregistrement¹⁴¹ (sauf en cas de droit moral, s'il est perpétuel, et si l'enregistrement risque de nuire à l'intégrité de l'œuvre). On peut trouver de nombreux exemples d'œuvres du domaine public enregistrées comme marques dans les registres de marques depuis des héros de dessins animés ou de bande dessinée jusqu'à des morceaux de musique¹⁴² et des peintures célèbres.

La menace du rétablissement d'un monopole abusif à l'égard d'une œuvre du domaine public est néanmoins limitée à de nombreux égards par les principes mêmes de la loi sur les marques.

Une première caractéristique de la protection des marques est le besoin d'un caractère distinctif : le signe prétendant à la protection doit être assez distinctif aux yeux du consommateur des biens ou services concernés. Des images ou des sons populaires n'auront probablement pas un caractère distinctif inhérent puisque le public sera davantage habitué à les voir en tant qu'expressions créatives et dans des contextes culturels que de percevoir à travers eux l'indication de l'origine commerciale des marchandises sur lesquelles ils sont apposés¹⁴³, à moins qu'un second sens puisse être établi. Dans de nombreux cas, la valeur créative primordiale recherchée par l'œuvre, que ce soit dans le domaine public ou non, empêchera un enregistrement valide en tant que marque. Par exemple les noms "Tarzan" ou "Harry Potter" n'ont pas été acceptés comme marque valide dans les pays du Benelux car pour le public, ils évoquent principalement le personnage, l'œuvre et son auteur mais non pas le fournisseur des marchandises couvertes par la demande de marque¹⁴⁴.

Cela peut être particulièrement le cas pour un habillage commercial ou une marque constituée par la forme d'un produit. On peut imaginer que la forme tridimensionnelle d'un produit est originale et de ce fait tel est protégée par le droit d'auteur. L'enregistrement en tant que marque peut alors maintenir la protection une fois que la durée du droit d'auteur a expiré. Toutefois, l'enregistrement d'une forme est encore plus limité. Au-delà de la nécessité d'établir un caractère distinctif et de la difficulté intrinsèque rencontrée pour établir ce caractère distinctif pour la forme d'un produit¹⁴⁵, il peut exister une certaine exclusion, comme c'est le cas dans l'Union européenne pour des formes donnant une forte valeur au produit. Des œuvres célèbres de sculptures relevaient certainement de cette exclusion car leur valeur substantielle tient à la forme elle-même. S'agissant de la forme d'œuvres d'art appliqué, telle que l'immobilier dont le dessin est reconnu, ce dessin particulier peut sans doute donner une valeur substantielle au produit lui-même, indépendamment de son éventuel caractère distinctif pour le public¹⁴⁶. Cette exclusion crée également un certain obstacle à l'enregistrement de personnage en trois dimensions..

¹⁴¹ Voir par exemple le Tribunal fédéral des brevets d'Allemagne, 25 novembre 1997, *GRUR*, 1998, 1021 (Concernant l'enregistrement de la Joconde comme marque) ; la Cour de justice du Benelux, 27 mai 1999, *BIE*, 1999, 248 (Enregistrement des premières notes de la lettre à Élise de Beethoven)).

¹⁴² Au moins dans les pays où il est admis d'enregistrer les sons comme marque.

¹⁴³ A. KUR, "General Report – Does /should trademark law prohibit conduct to which copyright exceptions apply?", *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, Actes du congrès 2001, New York., p. 600.

¹⁴⁴ Gerechtshof Amsterdam, 26 juillet 2001 et 6 novembre 2003, les deux cas étant cités et examinés dans V. VANOVERMEIRE, « Inschrijving als merk van een in het publiek domeingevalen werk », A. CRUQUENAIRE & S. DUSOLLIER (eds.), *Le Cumul des droits intellectuels*, Larcier, 2009, p. 185.

¹⁴⁵ Voir par exemple, La Cour suprême allemande, *GRUR*, 1952, 516, qui exclut l'utilisation de figurines populaires en porcelaine étant donné qu'elles ne présentent pas de caractère distinctif.

¹⁴⁶ V. VANOVERMEIRE, *op. cit.*, aux pages 90 et suivantes.

Par ailleurs, le droit des marques ne permet que l'enregistrement d'un signe spécifique ce qui peut limiter la protection en tant que marque d'un personnage proprement dit¹⁴⁷. Autrement dit, Mickey lui-même ne peut être enregistré, seulement une représentation graphique particulière de ce personnage (particulièrement au sein de l'Union européenne où une représentation graphique est exigée). Il est vrai que la protection s'étendra aux signes semblables à la marque enregistrée s'il y a risque de confusion pour le public. Mais l'argument ne vaudra pas pour l'enregistrement de peintures utilisées comme marque qui n'ont qu'une représentation unique.

La protection des marques présente une limitation définitive et essentielle : le principe de spécialité. L'évaluation de l'indispensable caractère distinctif se fera à la lumière des produits et des services pour lesquels la marque est enregistrée et la protection accordée se limitera aux produits ainsi définis. De ce fait, Mickey pourra très bien être enregistré en tant que marque soit comme nom, soit comme signe visuel mais cela ne devra valoir que pour certains produits ou services limités. La fameuse peinture de la Laitière de Vermeer a par exemple été enregistrée en tant que marque et sa validité a été reconnue pour des produits laitiers, ce qui ne porte pas pour autant indument atteinte au fait que l'œuvre elle-même appartient au domaine public et peut donc être librement utilisée et reproduite par tout le monde et être à la base de créations dérivées. La seule limitation à son utilisation consistera à l'apposer sur des produits laitiers seulement dans le territoire où la marque est en vigueur. Le monopole que l'enregistrement de la marque récupère, comme il ressort de cet exemple, est donc plutôt étroit et n'empiète que partiellement sur le domaine public constitué par les principes du droit d'auteur.

Ceci dit, cette conclusion rassurante peut se révéler fautive dans certains cas. D'une part, dans de nombreux pays la protection de marques célèbres dépassera le domaine de la spécialité dans certaines circonstances, notamment en cas de dilution ou ternissement de la marque. Les tribunaux devraient donc s'efforcer de ne pas appliquer trop largement le concept de dilution ou de ternissement d'une marque célèbre lorsque celle-ci se compose d'une œuvre qui est tombée dans le domaine public et dont la libre utilisation dans le cadre de l'expression créative est considérée par le propriétaire de la marque comme portant atteinte à la renommée de la marque.

En revanche, les propriétaires d'une marque seront tentés d'enregistrer leurs signes dans diverses classes de produits, ce qui peut dans la pratique vider de son sens le principe de la spécialité. Ce qui est encore pire c'est que l'enregistrement d'une marque dans une classe de produits en étroite relation avec le travail lui-même et sa valeur créative entravera probablement la libre utilisation relative au fonctionnement du domaine public. À titre d'exemples, on peut citer l'enregistrement du nom "Mickey" en tant que marque communautaire pour des produits et des services de la classe 41 et particulièrement ceux concernant "éducation; formation; divertissement; activités sportives et culturelles" ou l'enregistrement du nom "Tintin" dans la même classe concernant "éducation; formation; enseignement; divertissement; organisation de manifestations et d'expositions à des fins culturelles, d'enseignement et d'éducation; parcs d'attraction; production de films et dessins animés; publication et diffusion de livres, de journaux et de périodiques". En procédant à cet enregistrement, les titulaires de droits sur des icônes culturelles si populaires pourront, si la marque est considérée comme valide et suffisamment distinctive (ce qui pourrait ne pas être le cas comme signalé plus haut), empêcher la reproduction du héros lui-même dans des ouvrages ou des films une fois le droit d'auteur expiré.

C'est là que se situe le véritable risque pour le domaine public dans le cadre du monopole des marques. Pour mettre le domaine public à l'abri de ce genre de nouvelle commercialisation, l'enregistrement d'une marque devrait être refusé lorsqu'il amènerait à établir un monopole semblable à celui accordé antérieurement par le droit d'auteur et qui empêche l'utilisation de

¹⁴⁷

A.V. GAIDE, "Copyright, trademark and trade dress: Overlap or conflict for cartoon characters", in *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, Actes du congrès ALAI 2001, New York, p. 557.

l'œuvre en vue d'une expression créative. Un tel refus pourrait invoqué l'intérêt public ou l'intérêt général. C'est ce qui a parfois été fait dans la jurisprudence visant à empêcher le chevauchement de droits de propriété intellectuelle successifs lorsque ceux-ci sont préjudiciables au domaine public. Dans une affaire dont a été saisie la Cour européenne de justice, l'avocat général a estimé que : "l'intérêt public ne devrait pas avoir à tolérer le risque, serait-il léger, que les droits des marques empiètent indument sur le domaine d'autres droits exclusifs qui sont limités dans le temps alors qu'il existe en fait d'autres moyens efficaces pour les fabricants d'indiquer l'origine d'un produit"¹⁴⁸. Dans ce cas la marque a servi à obtenir une nouvelle réserve du droit sur une invention dont le brevet a expiré mais la déclaration était assez large pour être conçue comme un principe général s'appliquant aussi au domaine public concernant le droit d'auteur.

IV. INITIATIVES ET MOYENS PERMETTANT DE RENFORCER L'ACCES AU DOMAINE PUBLIC, SON UTILISATION, SON IDENTIFICATION ET SA LOCALISATION

Ces dernières années, des initiatives privées se sont fait jour pour promouvoir un meilleur accès aux œuvres créatives et leur libre utilisation ce qui a favorisé le développement du domaine public. Les licences ouvertes ont joué un grand rôle : même si leur objet ne se situe généralement pas dans le domaine public, ce modèle de licence accorde une liberté d'utilisation dans des conditions plus souples qui se rapprochent de celles du domaine public. D'autres outils ont été mis au point pour aider à identifier, localiser ou rassembler les œuvres du domaine public en s'efforçant de rendre son fonctionnement plus efficace.

A. Licences copyleft, ouvertes et d'accès libre

1. Concept

Peu satisfaits de l'extension de la propriété intellectuelle, certains créateurs ont mis en place des régimes alternatifs d'exercice du droit d'auteur. Le premier et le plus connu est le mouvement en faveur des logiciels libres né dans les années 80 pour contrebalancer l'exercice d'un droit d'auteur exclusif dans le domaine des logiciels que beaucoup considéraient comme excessif extravagant et incompatible avec les besoins de la communauté des concepteurs et des utilisateurs de logiciels. De nombreuses licences ont été mises au point, dotées de caractéristiques communes qui accordent certaines libertés fondamentales aux titulaires de licences, notamment le droit de reproduire, de communiquer ou de distribuer l'œuvre gratuitement au public et obligent le donneur de licence à fournir le code source du programme.

Cette première idée a inspiré, en lui donnant son nom, un mouvement plus large dont le but essentiel était d'utiliser le droit d'auteur pour partager les œuvres et accorder une grande liberté d'utilisation au public. Ce mouvement a pris de nombreux noms. "Open source" [Libre accès] est l'expression d'origine qui s'est appliqué à d'innombrables licences régissant les logiciels libres. Il insiste sur l'obligation centrale découlant de ces licences, - "l'obligation de fournir le code source du logiciel. Le mouvement ou les licences en faveur de logiciels non exclusifs sont aussi généralement intitulés F/OSS, [Free/Open-Source Software] (voire FLOSS, Free, Libre, Open Source Software).

Tandis que les principes de l'"open source" s'étendaient au-delà du monde des logiciels, ces initiatives ont laissé de côté l'élément "source" pour lui préférer "accès libre" ou "contenu libre". Ce qui est souligné, c'est le caractère libre de la ressource, que cette liberté concerne son accès ou son utilisation. Dans la lignée d'un ensemble d'ouvrages qui appliquent le concept

¹⁴⁸ ECJ, *Linde AG, Winward Industries Inc. and Radio Uhren AG*, 8 avril 2003, C-53/01 à C-55/01, avis de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer rendu le 24 octobre 2002, at 29.

économique des “commons” à la propriété intellectuelle, de nombreux projets ont également emprunté ce terme pour exprimer la nouvelle mise en commun des ressources que l'accès libre et les initiatives en faveur du partage pouvaient assurer. L'expression “initiative reposant sur des plates-formes communes” a parfois servi à désigner des projets de partage dans le domaine du droit d'auteur ou des brevets¹⁴⁹.

Également tirée du monde du logiciel libre, l'expression “copyleft” a pris de l'importance dans les programmes d'accès libre et dans la documentation qui en traite. Le terme “copyleft” provient d'un jeu de mot en anglais qui oppose, “copyleft” à “copyright” – “left” (gauche) contre “right” (droit) – mais également progressistes à conservateurs (en référence à ce que les tenants du copyleft percevaient comme une position “droitière” et conservatrice du droit d'auteur exclusif), donc “droit” en tant que droit juridiquement reconnu contre “gauche” en tant que renonciation à la propriété.

La production collaborative s'est même ouvert un chemin jusqu'au monde des brevets¹⁵⁰. Certains projets de biotechnologie ont essayé d'appliquer les principes du libre partage et de la production collective promus par les logiciels d'accès libre aux résultats de la recherche biotechnologique¹⁵¹.

Les logiciels, les œuvres ou les inventions distribués au public au titre d'un régime de licence “open source” ou “copyleft” sont souvent présentés comme relevant du domaine public. Ce n'est pas exactement le cas car la décision de couvrir l'utilisation de ces œuvres par une licence copyleft ne revient pas à renoncer au droit d'auteur mais bien à l'exercer, quoique de manière différente. Reposant sur des licences qui accordent à tout utilisateur de ladite œuvre le droit de reproduire, distribuer, communiquer et parfois modifier l'œuvre, les licences d'accès libre peuvent être considérées comme poursuivant un objectif semblable au domaine public, c'est-à-dire promouvoir la libre disponibilité, utilisation et exploitation d'expressions créatives. À cet égard, ce régime crée une sorte de domaine public, né du et à l'intérieur du monopole proprement dit, que l'on peut inclure dans le domaine public fonctionnel défini plus haut. Que ce soit dans le domaine du droit d'auteur ou des brevets, la stratégie “copyleft” permet de créer un monde de libre utilisation sans renoncer à l'exclusivité que le créateur a sur la création intellectuelle. De plus, cela empêche parfois d'autres personnes de s'approprier cette création et de la faire leur, car la distribution ultérieure des œuvres se voit imposer les mêmes conditions de licence (voir plus bas). Dans ce sens, ce régime fait échec à toute tentative de marchandisation qui souvent menace les éléments versés dans le domaine public.

Le mouvement en faveur de l'accès libre, tel qu'il ressort de ces licences particulières, vise également à renforcer le domaine public au niveau idéologique. Toutes ces initiatives privées – depuis les logiciels libres jusqu'aux brevets libres – poursuivent le même objectif qui est de saper le régime de la propriété intellectuelle de l'intérieur. Selon le concept de l'accès libre, le droit d'auteur s'exerce pour partager et mettre en commun la propriété intellectuelle ce qui va à l'encontre du sens même d'exclusivité qui lui est propre. Ces programmes de licences visent à

¹⁴⁹ Voir ROBERT P. MERGES, “A New Dynamism in the Public Domain”, *U. Chi. L. Rev.*, 2004, vol. 71, p. 813.

¹⁵⁰ S. BOETTIGER & D. BURK, “Open source patenting”, *Journal of International Biotechnology Law*, nov./déc. 2004, p. 221.

¹⁵¹ Par exemple, le projet BIOS (Biological Innovation for Open Society) met à la disposition du public des outils de recherche biologique couverts par une licence semblable aux licences de logiciels libres. La licence impose le partage des améliorations et les titulaires de la licence ne doivent pas s'approprier le fond de la technologie et des améliorations. Les titulaires des licences doivent également consentir à ne pas empêcher d'autres titulaires d'utiliser la technologie pour développer des produits différents.

provoquer un changement normatif dans la manière dont les droits de propriété intellectuelle sont exercés. Le partage est préconisé comme représentant une nouvelle norme en matière de droit d'auteur. Une démarche et une idéologie décidées s'expriment dans le mouvement en faveur de l'accès libre. Non seulement les tenants de ce mouvement exercent le droit d'auteur différemment, mais ils espèrent que leur modèle se traduira par un changement réel et durable dans la législation elle-même.

2. Présentation des principaux régimes de licence

i) Logiciels libres

L'histoire des logiciels open-source est désormais bien connue et bien documentée. En réaction au développement initial de pratiques en matière de licence visant à restreindre les "droits d'utilisation" des logiciels et à la fermeture croissante du code source, Richard Stallman a imaginé un nouveau modèle de distribution de logiciels qui correspondrait plus étroitement aux habitudes de la communauté des programmeurs. Cet autre cadre a été nommé "logiciel libre" pour traduire la liberté d'accès et d'utilisation des logiciels.

L'histoire des logiciels libres a alors suivi deux voies différentes. Richard Stallman a fondé la Free Software Foundation, qui a mis au point et continue de gérer la licence publique générale, la première licence intégrant le principe des logiciels libres. Le développement du système d'exploitation Linux effectué par un étudiant a rapidement donné un pédigré commercial à l'idée du logiciel libre en démontrant le succès commercial que ce nouveau modèle pouvait remporter. Un schisme s'est produit en 1998 lorsque des programmeurs moins radicaux ont lancé l'initiative "open source" dont l'objectif était d'élaborer des principes open source qui pouvaient être considérés non seulement comme s'opposant aux pratiques de l'industrie des logiciels mais qui pouvaient s'inscrire dans une stratégie commerciale. Ils ont inventé l'expression "open source" pour insister non sur la liberté d'utilisation mais sur le besoin de mettre à disposition le code source du logiciel. Cette réunion a également donné naissance à la définition de l'open source¹⁵², qui énonce les principaux éléments et dispositions que doit comprendre une licence pour mériter le label "open source". Cette définition contient 10 "commandements" qui constituent une sorte de certificat de label. Ces commandements reprennent les quatre libertés fondamentales que toute licence libre doit accorder 1) la liberté d'exécuter le logiciel pour tout utilisateur ou toute utilisation (par exemple à des fins commerciales ou non); 2) le droit d'obtenir l'accès au code source; 3) la liberté de rediffuser des copies et 4) la liberté d'améliorer le programme et de faire connaître ces améliorations si l'on veut.

Finalement le mouvement en faveur des logiciels libres a donné naissance à plus d'une centaine de licences libres utilisées dans le monde entier. La licence publique générale représente la plus grande partie des licences actuellement employées sur le marché. La majorité tirent leur origine d'une philosophie et d'une documentation juridique émanant des États-Unis d'Amérique. Une licence européenne, la Licence publique européenne (EURL) vient d'être récemment mise au point par la Commission européenne pour être appliquée aux logiciels d'une manière qui soit conforme au cadre réglementaire de l'Union européenne¹⁵³.

¹⁵² Voir Open Source Initiative OSI: The Open Source Definition, <http://www.opensource.org/docs/definition.html>.

¹⁵³ Voir <http://ec.europa.eu/idabc/eurl>.

ii) Creative Commons

Lawrence Lessig, un spécialiste bien connu de la législation sur le cyberspace, a suivi Richard Stallman et le mouvement open source en général en imaginant la transposition du modèle copyleft utilisé dans les logiciels libres en d'autres types de création¹⁵⁴. Il a fondé en 2001 le projet et l'organisation Creative Commons. L'objectif principal de Creative Commons est parallèle à celui du mouvement en faveur des logiciels libres, c'est-à-dire accorder les libertés fondamentales que sont le droit de faire des copies et de distribuer une œuvre protégée par le droit d'auteur à des utilisateurs mais il a mis au point des licences applicables à tous types d'œuvres littéraires et artistiques et non pas uniquement aux logiciels.

En plus d'élaborer des licences applicables hors du monde des logiciels, Creative Commons s'écarte du modèle open source utilisé pour les logiciels en donnant à l'auteur le choix entre différentes licences. Chaque licence accorde des droits différents à l'utilisateur. Lorsqu'il décide d'accorder sur son œuvre une licence Creative Commons, l'auteur peut choisir soit d'autoriser l'utilisateur à modifier son œuvre soit de limiter les utilisations de l'œuvre à des fins non commerciales soit d'obliger l'utilisateur à accorder la même liberté d'utilisation lorsqu'il modifie l'œuvre et fait connaître au public l'œuvre dérivée. Quelle que soit la licence Creative Commons que l'auteur choisit, une œuvre doit être attribuée à son auteur lorsqu'elle est diffusée.

Creative Commons donne à l'auteur le choix entre six licences différentes, réparties selon trois caractéristiques fondamentales : commerciale/non-commerciale, œuvres dérivées/œuvres non dérivées et partage des conditions initiales à l'identique ou non¹⁵⁵. Chaque licence accorde à l'utilisateur, sans redevance ni exclusivité, le droit perpétuel à l'échelle mondiale de reproduire, montrer, exécuter, communiquer et distribuer des copies de l'œuvre. En fonction du type de licence retenu, le droit de créer des œuvres dérivées ou d'utiliser l'œuvre à des fins commerciales peut également être accordé. Tous les droits qui ne sont pas explicitement accordés par le donneur de licence sont réservés à l'exception des limitations propres au droit d'auteur auxquelles la licence ne porte pas atteinte. Les licences dites de partage des conditions initiales à l'identique exigent que la distribution ultérieure d'œuvres dérivées soit effectuée dans les mêmes conditions de licence.

Sur chaque licence des labels sont alors apposés sous forme de symboles qui représentent les droits fondamentaux octroyés par la licence :

	Paternité
	Pas d'utilisation commerciale
	Œuvres non dérivées
	Partage des conditions initiales à l'identique

¹⁵⁴ L. LESSIG, *Free Culture*, *op. cit.*, p. 183–200.

¹⁵⁵ On trouvera une liste de ces licences accompagnée de renseignements de base sur chacune d'entre elles ainsi que des liens vers des informations plus complètes dans Creative Commons, Creative Commons Licenses, <http://creativecommons.org/about/licenses/meet-the-licenses>.

Une œuvre mise à disposition sur l'Internet (ou ailleurs au demeurant), en vertu d'une licence paternité – pas d'utilisation commerciale – partage des conditions initiales à l'identique apparaîtrait à l'utilisateur avec les symboles suivants :



En raison du succès rencontré par le projet Creative Commons et par son iconographie, un utilisateur qui obtient l'accès à une œuvre présentant ces logos peut immédiatement reconnaître les conditions régissant l'utilisation et la distribution de l'œuvre. L'utilisateur recevra également un résumé de la licence se présentant comme suit :



Attribution-Noncommercial-Share Alike 3.0 Unported

You are free:

- 
to Share — to copy, distribute and transmit the work
- 
to Remix — to adapt the work

Under the following conditions:

- 
Attribution — You must attribute the work in the manner specified by the author or licensor (but not in any way that suggests that they endorse you or your use of the work).
- 
Noncommercial — You may not use this work for commercial purposes.
- 
Share Alike — If you alter, transform, or build upon this work, you may distribute the resulting work only under the same or similar license to this one.

With the understanding that:

Waiver — Any of the above conditions can be **waived** if you get permission from the copyright holder.

Other Rights — In no way are any of the following rights affected by the license:

- Your fair dealing or **fair use** rights;
- The author's **moral** rights;
- Rights other persons may have either in the work itself or in how the work is used, such as **publicity** or privacy rights.

Notice — For any reuse or distribution, you must make clear to others the license terms of this work. The best way to do this is with a link to this web page.

Licence CC dans sa version "lisible par l'homme"

Le preneur de licence peut avoir accès à l'intégralité du texte de la licence énonçant ses droits et ses obligations. Ce texte se présente comme suit :

Licence CC (extrait)

Les licences Creative Commons ont été appliquées dans le monde entier à une large gamme d'œuvres protégées par le droit d'auteur. L'internationalisation de l'utilisation de la licence CC a été facilitée par la création d'un réseau de chapitres nationaux de Creative Commons. Même si le projet a son origine aux États-Unis d'Amérique, Creative Commons a essayé très tôt d'adopter son système de licence aux cadres réglementaires d'autres pays.



Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Unported



CREATIVE COMMONS CORPORATION IS NOT A LAW FIRM AND DOES NOT PROVIDE LEGAL SERVICES. DISTRIBUTION OF THIS LICENSE DOES NOT CREATE AN ATTORNEY-CLIENT RELATIONSHIP. CREATIVE COMMONS PROVIDES THIS INFORMATION ON AN "AS-IS" BASIS. CREATIVE COMMONS MAKES NO WARRANTIES REGARDING THE INFORMATION PROVIDED, AND DISCLAIMS LIABILITY FOR DAMAGES RESULTING FROM ITS USE.

Licence

THE WORK (AS DEFINED BELOW) IS PROVIDED UNDER THE TERMS OF THIS CREATIVE COMMONS PUBLIC LICENSE ("CCPL" OR "LICENSE"). THE WORK IS PROTECTED BY COPYRIGHT AND/OR OTHER APPLICABLE LAW. ANY USE OF THE WORK OTHER THAN AS AUTHORIZED UNDER THIS LICENSE OR COPYRIGHT LAW IS PROHIBITED.

BY EXERCISING ANY RIGHTS TO THE WORK PROVIDED HERE, YOU ACCEPT AND AGREE TO BE BOUND BY THE TERMS OF THIS LICENSE. TO THE EXTENT THIS LICENSE MAY BE CONSIDERED TO BE A CONTRACT, THE LICENSOR GRANTS YOU THE RIGHTS CONTAINED HERE IN CONSIDERATION OF YOUR ACCEPTANCE OF SUCH TERMS AND CONDITIONS.

1. Definitions

- a. **"Adaptation"** means a work based upon the Work, or upon the Work and other pre-existing works, such as a translation, adaptation, derivative work, arrangement of music or other alterations of a literary or artistic work, or phonogram or performance and includes cinematographic adaptations or any other form in which the Work may be recast, transformed, or adapted including in any form recognizably derived from the original, except that a work that constitutes a Collection will not be considered an Adaptation for the purpose of this License. For the avoidance of doubt, where the Work is a musical work, performance or phonogram, the synchronization of the Work in timed-representation with a moving image ("synching") will be considered an Adaptation for the purpose of this License.
- b. **"Collection"** means a collection of literary or artistic works, such as encyclopedias and anthologies, or performances, phonograms or broadcasts, or other works or subject matter other than works listed in Section 1(g) below, which, by reason of the selection and arrangement of their contents, constitute intellectual creations, in which the Work is included in its entirety in unmodified form along with one or more other contributions, each constituting separate and independent works in themselves, which together are assembled into a collective whole. A work that constitutes a Collection will not be considered an Adaptation (as defined above) for the purposes of this License.
- c. **"Distribute"** means to make available to the public the original and copies of the Work or Adaptation, as appropriate, through sale or other transfer of ownership.
- d. **"License Elements"** means the following high-level license attributes as selected by Licensor and indicated in the title of this License: Attribution, Noncommercial, ShareAlike.
- e. **"Licensor"** means the individual, individuals, entity or entities that offer(s) the Work under the terms of this License.
- f. **"Original Author"** means, in the case of a literary or artistic work, the individual, individuals, entity or entities who created the Work or if no individual or entity can be identified, the publisher; and in addition (i) in the case of a performance the actors, singers, musicians, dancers, and other persons who act, sing, deliver, declaim, play in, interpret or otherwise perform literary or artistic works or expressions of folklore; (ii) in the case of a phonogram the producer being the person or legal entity who first fixes the sounds of a performance or other sounds; and, (iii) in the case of broadcasts, the organization that transmits the broadcast.

Pour ce faire, l'organisation a demandé à des équipes nationales de traduire les licences dans leurs langues et leurs systèmes juridiques. Des œuvres peuvent désormais être exploitées sous licence Creative Commons adaptées à la législation et à la langue de plus d'une cinquantaine de pays, dont un tiers sont des pays en développement¹⁵⁶. L'équipe Creative Commons assurant le suivi et le contrôle de la transposition de licence dans les législations nationales, toutes ces licences sont conçues pour être compatibles à la fois avec les licences génériques et les unes avec les autres et pour accorder les mêmes droits et imposer les mêmes obligations aux parties. Par rapport à la plupart des licences ouvertes, les licences Creative Commons sont probablement celles qui sont acceptées le plus facilement par les auteurs et les utilisateurs parce que ceux-ci peuvent comprendre les termes employés dans ces licences et peuvent compter sur leur compatibilité avec leur législation nationale.

Dans une certaine mesure, on peut dire que Creative Commons donne une réponse efficace aux besoins de certaines communautés de créateurs qui pourraient considérer le partage comme la manière normale de diffuser la création que celle-ci relève de l'art, de l'information, de la science ou soit fonctionnelle.

D'autres licences libres ont été mises au point pour la création artistique, notamment la licence *Art Libre*, en France en 1999, mais elles sont moins utilisées à l'heure actuelle que Creative Commons.

iii) Libre accès aux publications scientifiques

L'idéologie du libre accès s'est également étendue au domaine des publications scientifiques où on l'a considérée comme une stratégie permettant de contrebalancer la marchandisation croissante des publications scientifiques et la moindre disponibilité des connaissances scientifiques¹⁵⁷. S'agissant des publications scientifiques, le dogme de la liberté d'accès a été appliqué en mettant en place une distribution électronique gratuite des revues universitaires dans presque tous les domaines de la science et en créant des requêtes centraux de revues en accès libre tels que le OpenDOAR (Open Directory of Open Access Repositories) qui contient plus de 14 000 sources de bases de données ou de revues universitaires en accès libre.

L'idéologie de l'accès libre dans le domaine des publications scientifiques a été aidé par le fait que de nombreux organismes de recherche, universités, bibliothèques, organismes de financement de la recherche et éditeurs ont signé la déclaration de Berlin sur le libre accès à la connaissance en science exacte, science de la vie, sciences humaines et sociales. Cette déclaration exige des auteurs associés aux signataires qu'ils concèdent à tous les utilisateurs le droit gratuit et mondial d'accéder à leurs œuvres et exige que les œuvres soient déposées auprès d'au moins une archive en ligne assurant le libre accès, la distribution non restrictive, l'interopérabilité et l'archivage à long terme¹⁵⁸. La publication de résultats ou d'articles scientifiques en accès libre est de plus en plus la norme en matière de recherche scientifique. Elle ne suit pas de système particulier de licence pour permettre l'accès libre mais repose plutôt sur des plates-formes de distribution de licences existantes telles que Creative Commons ou bien laisse les auteurs ou les dépositaires en libre accès rédiger leur propre politique de libre accès.

¹⁵⁶ La liste de ces pays peut être consultée à <http://creativecommons.org/worldwide>

¹⁵⁷ A. GUADAMUZ GONZÁLEZ, "Open Science: Open Source Licenses in Scientific Research", *N.C. J.L. & Tech.*, 2006, Vol. 7, p. 332.

¹⁵⁸ Le texte complet de la Déclaration de Berlin peut être consultée sur le site http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration_wsis_fr.pdf.

3. Principales caractéristiques des licences copyleft

Malgré leur diversité, que ce soit au plan des objectifs ou de la forme, les initiatives en matière d'accès libre ou de copyleft ont certaines caractéristiques en commun.

i) Affirmation du droit à la propriété intellectuelle

Le libre accès, comme signalé plus haut, n'a pas pour but de laisser l'œuvre tomber dans le domaine public ou de la priver de la protection de la loi. Au contraire, les licences open source affirment généralement un droit d'auteur sur l'objet qu'elles régissent.

Toutes les licences copyleft, depuis celles traitant des logiciels open source jusqu'aux licences Creative Commons affirment le droit d'auteur sur l'œuvre. Il est dit dans le préambule que "les développeurs qui utilisent la GPL GNU protègent vos droits en deux étapes : 1) ils affirment leur droit d'auteur sur le logiciel et 2) vous accordent cette licence qui vous donne la permission légale de le copier, le distribuer et/ou le modifier"¹⁵⁹. Les licences Creative Commons insistent de la même manière sur le fait que "l'œuvre est protégée par le droit d'auteur ou toutes autres lois applicables, toute utilisation de l'œuvre autres que celles autorisées aux termes de la présente licence ou la loi sur le droit d'auteur est interdite". L'utilisateur, pour ce qui est de l'utilisation de l'œuvre, ne détient aucun autre droit que ceux que lui accorde la licence et ceux dont la législation locale le fait bénéficier (par exemple, usage loyal ou autres limitations au droit d'auteur).

La licence repose donc entièrement sur le principe du droit d'auteur; seules certaines utilisations sont expressément accordées par l'auteur. On décrit souvent les licences libres ou les licences copyleft comme donnant la possibilité de "réserver certains droits" alors que l'exercice traditionnel du droit d'auteur consisterait à "réserver tous les droits". Cette affirmation du droit d'auteur a été considérée comme indispensable dans le projet open source car elle pouvait exiger des utilisateurs qu'ils suivent la logique de la liberté d'utilisation en distribuant des logiciels modifiés dans des conditions semblables et en fournissant le code source. C'était là les conditions à respecter pour bénéficier des privilèges de la libre utilisation et reproduction que le titulaire du droit d'auteur accordait en premier lieu. En revanche, verser le logiciel dans le domaine public permettrait aux utilisateurs soit de vendre des reproductions sans fournir le code source ou sans accorder une large liberté d'utilisation soit de récupérer un certain monopole sur le logiciel en le modifiant légèrement. L'astuce nécessaire pour diffuser les libertés ainsi accordées ou plutôt pour assurer au public la jouissance et le partage de l'œuvre a donc été trouvée dans le droit d'auteur lui-même. Les droits exclusifs subsistent lorsque l'œuvre fait l'objet d'une licence copyleft mais les droits d'accès et d'utilisation du contenu sont créés dans le cadre du monopole exclusif et accordés au grand public.

Verser des œuvres dans le domaine public ou les mettre à disposition sans restriction a été considéré comme compromettant la viabilité de la mise à disposition du public. Toute modification pourrait créer un nouveau droit d'auteur susceptible de donner alors lieu à une licence exclusive ou bien il se pourrait même que des reproductions d'une œuvre non protégée soient fournies en vertu de contrats restrictifs ou de mesures techniques de blocage.

La stratégie choisie par le mouvement en faveur du copyleft consiste donc à s'appuyer sur les droits exclusifs du droit d'auteur pour garantir et maintenir l'accessibilité publique des œuvres et des créations dérivées. En d'autres termes, les initiatives du type Creative Commons "créent un domaine commun autocontraignant plutôt qu'un domaine public sans restriction"¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Voir GPL, version 3.0 en anglais, disponible à <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>

¹⁶⁰ A. KAPCZYNSKI, S. CHAIFETZ, Z. KATZ & Y. BENKLER, "Addressing Global Health Inequities: An Open Licensing Approach for University Innovations", *Berkeley Tech. L.J.*, 2005, Vol. 20, p. 1072.

Toutefois certaines licences ont pour but de verser l'œuvre dans le domaine public, en offrant à son auteur la possibilité de renoncer à son droit d'auteur sur ladite œuvre. Par exemple, Creative Commons propose une licence CC0¹⁶¹, qui permet à un auteur de verser sa création dans le domaine public en renonçant à tous les droits relatifs au droit d'auteur dans toute la mesure autorisée par la loi. Nous avons traité plus haut des difficultés juridiques que ce versement dans le domaine public peut entraîner dans de nombreux régimes juridiques.

ii) L'utilisation inverse de l'exclusivité

Les droits exclusifs accordés par le droit d'auteur sont fondamentalement des droits visant à autoriser ou à interdire la reproduction ou la communication publique d'une œuvre. Le libre accès tient à l'exercice du droit d'*autoriser* l'utilisation de l'œuvre, une utilisation qui peut être assujettie à certaines conditions stipulées dans la licence libre. L'auteur ou l'inventeur qui choisit un système de libre accès exerce son droit de ne pas exclure l'utilisation de l'œuvre, et de la rendre libre, une liberté qui est parfois limitée à certains égards ou à laquelle se voit associer l'obligation d'accorder la même liberté ultérieurement.

L'exclusivité conférée par le droit de propriété intellectuelle est donc conçu non pas comme étant fondé sur l'exclusion mais sur la liberté ou le monopole de décider de ne pas imposer d'exclusion. Cela n'est pas paradoxal si on partage l'idée que la propriété intellectuelle vise l'exclusivité mais pas l'exclusion, termes qui ne sont pas synonymes. L'exclusivité donne la possibilité d'exclure mais n'entraîne pas forcément l'exclusion.

Il faut voir là à la fois une similitude et une différence par rapport au domaine public qui est caractérisé par l'absence d'exclusivité et où aucun utilisateur n'est exclu de l'utilisation de l'œuvre non protégée. Une licence libre obtient le même résultat mais avec l'appui de l'exclusivité accordée par la protection du droit d'auteur.

iii) L'absence de discrimination

Une autre caractéristique de la plupart des initiatives de libre accès est l'égalité de traitement dont bénéficie tout utilisateur qui souhaite utiliser un actif couvert par le "copyleft". La liberté ainsi accordée devrait profiter à tous les utilisateurs qu'il s'agisse de particuliers, d'universitaires ou d'entreprises et devrait s'exercer quel que soit le contexte, que l'utilisateur poursuive un but commercial ou non. L'absence de discrimination est même une des règles obligatoires des licences libres en matière de logiciel.

Le principe de l'égalité de traitement à l'égard des utilisateurs ou du type d'utilisation a été nuancé dans certains systèmes de libre accès. Les licences Creative Commons donnent un bon exemple de différence de traitement. Un des choix fondamentaux ouverts à l'auteur consiste à donner toute liberté d'utiliser et de reproduire à des fins uniquement non commerciales, en permettant une discrimination non pas à l'encontre du type d'utilisateur mais du but de l'utilisation ce qui s'écarte du principe du domaine public où la liberté d'utilisation n'établit pas de discrimination entre les types d'utilisateurs ou les contextes d'utilisation.

L'absence d'une définition de ce qui est "non commercial" dans les licences Créative Commons complique la question car il n'y a aucune certitude quant aux types d'utilisation permis¹⁶². Le critère non commercial est en fait rarement utilisé dans la législation sur le droit d'auteur et d'une portée plutôt incertaine.

¹⁶¹ Voir <http://creativecommons.org/publicdomain/>.

¹⁶² Sur ce point voir l'étude menée par Creative Commons au sujet du sens de "non commercial", à http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial.

iv) L'effet viral ou copyleft

Une caractéristique importante de certaines licences libres tient au fait qu'elles exigent du preneur de licence de distribuer l'œuvre ou les œuvres dérivées en vertu du même système copyleft ce qui interdit le retour à un système exclusif. C'est ce que l'on a appelé l'effet viral ou l'effet copyleft au sens que la "libre" distribution des œuvres se propage en mode épidémique le long de la chaîne de diffusion et de modification de l'œuvre d'origine. Il s'agit de conjuguer les libertés accordées au preneur de licence avec l'obligation pour lui d'accorder les mêmes libertés aux utilisateurs ultérieurs de l'œuvre. La licence s'applique automatiquement le long de la chaîne de distribution à chaque nouvelle reproduction de l'œuvre ainsi qu'à chaque version dérivée ou adaptée de cette dernière. La personne qui procède à une modification de l'œuvre protégée par le droit d'auteur mais mise au point et distribuée selon un système libre n'est plus en mesure d'imposer des restrictions si ce n'est celles autorisées par la licence d'origine. La licence copyleft est présentée comme contaminant chaque œuvre dérivée qui en découle. En termes plus simples, ce mécanisme se rapproche de l'"interdiction d'interdire", le but ultime étant de conserver à l'œuvre couverte par cette licence sa liberté même si elle fait l'objet de modifications et d'améliorations.

La disposition "copyleft" n'est pas une caractéristique indispensable de toutes les licences, même pour les logiciels open source. Chez Creative Commons seules les licences dites "partage des conditions initiales à l'identique" impose cette contamination. .

Ce mécanisme de viralité aide à propager l'esprit du partage et l'intérêt pour l'œuvre elle-même dont le statut est désormais déterminé par le caractère copyleft, à mi-chemin entre la protection exclusive du droit d'auteur et le domaine public libre. Il permet également à la licence, normalement limitée aux parties au contrat¹⁶³, de lier tout utilisateur de l'œuvre. À cet égard, la licence copyleft est souvent considérée comme un moyen d'établir un arrangement privé dans le sens que "le processus d'établissement des règles concernant l'utilisation des informations est privatisé et la compétence légale de définir les limites de l'accès public à l'information est déléguée à des parties privées"¹⁶⁴.

Pour assurer le fonctionnement de la viralité du système open source ou de libre accès, une caractéristique de ces contrats doit être d'obliger l'utilisateur à joindre la licence à ses reproductions. L'utilisateur distribue alors des copies de l'œuvre ou les améliorations ou modifications qui lui ont été apportées. Ainsi, tout utilisateur ultérieur trouvera la licence lorsqu'il désirera utiliser le matériel sous licence. Comme Margaret Radin a dit dans sa description de ce mécanisme, il s'agit que "les obligations accompagnent l'objet numérique"¹⁶⁵. Dans les contrats de type viral, les termes sont joints à l'œuvre ou au logiciel qui est diffusé¹⁶⁶, le contrat fonctionne avec l'actif numérique et la licence est incorporée dans l'objet qu'elle vise à réglementer. Le

¹⁶³ Il y a lieu de noter que la qualification de la licence prête à controverse. Aux États-Unis d'Amérique par exemple, la licence n'est pas considérée comme un véritable contrat comme dans les pays de droit civil, et aucune autre qualification juridique ne pourrait permettre son exploitation. Lorsqu'on y voit comme un contrat, tous les principes généraux de la loi sur les contrats s'appliquent, y compris la règle de la relativité qui veut que seules les parties ayant consenties au contrat seront liées par les droits et obligations qui en découlent.

¹⁶⁴ N. ELKIN-KOREN, "A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights", dans R. COOPER DREYFUSS, H. FIRST & D. LEENHEER ZIMMERMAN (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, 2001, p. 192.

¹⁶⁵ M.J. RADIN, "Human, Computers, and Binding Commitment", *Ind. L.J.*, 2000, Vol. 75, p. 1132.

¹⁶⁶ C'est particulièrement vrai de Creative Commons où le processus de création de la licence dont les termes de base ont été choisis par l'auteur et complètement automatisés et où une version numérique de la licence est fournie pour être jointe à l'œuvre. Le produit de la licence est offert avec le produit de l'œuvre.

contrat fonctionne même avec des versions modifiées ou améliorées de l'œuvre ou du logiciel qu'il cherche essentiellement à réglementer. Le copyleft transforme donc un simple effet d'arrangement d'une demande privée – qui ne s'applique qu'aux parties cet arrangement privé (à savoir le contrat) – en une caractéristique applicable à la ressource intellectuelle proprement dite et à tout utilisateur de cette ressource. La protection passe d'un contrat à ce qui ressemble étrangement à un droit de propriété (ou plutôt à une sorte de statut de domaine public) opposable au reste du monde. Comme cela se produit avec le matériel relevant du domaine public, la liberté d'utilisation peut bénéficier à tout un chacun et est inhérente à l'œuvre elle-même.

Toutefois, la réglementation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur arrêtée par le contrat copyleft n'est pas aussi complète que ce que le domaine public obtient en termes de liberté d'utilisation et d'accès. Même si elle prétend se propager grâce à la distribution et à la modification des objets qu'elle vise, la perpétuation automatique d'une licence copyleft dépend de beaucoup de conditions : l'opposabilité des licences, la définition exacte des œuvres dérivées que cette licence peut attirer, la compatibilité des différentes licences s'appliquant à divers éléments d'une création et leur applicabilité dans le monde entier¹⁶⁷. En comparaison, une œuvre du domaine public est librement accessible et utilisable sans aucune condition ni réserve (sauf les éventuels empiètements analysés plus haut).

Même si elle est d'aspect semblable et poursuit un objectif similaire, la licence libre est donc moins "publique" que le domaine public et a une portée différente. Toutefois, reconnaître et encourager des modèles d'accès libre, avec l'assentiment des auteurs, renforcerait la liberté d'utilisation et la liberté d'accès au contenu créatif et favoriserait ainsi le domaine public.

B. Données sur le matériel relevant du domaine public

Pour identifier les éléments du domaine public dans le droit d'auteur, il faut, comme nous l'avons vu, prendre en compte de nombreux éléments tels que la détermination de la législation applicable, les dispositions législatives pertinentes, certaines données sur l'œuvre, son auteur, sa date et le pays de publication, le respect de certaines formalités, etc. C'est essentiellement pour déterminer la durée du droit d'auteur et donc ce que nous avons appelé le domaine public temporel, qu'il faut des données de base.

Certaines de ces données sont faciles à obtenir, d'autres non. Le droit d'auteur étant accordé sans formalités conformément aux dispositions de la Convention de Berne, il n'existe généralement pas d'organisme ou de registre central où toutes les données sur les soient rassemblées. Pour déterminer l'expiration du droit d'auteur sur une œuvre, on peut toutefois faire appel à différents organismes. Les bibliothèques disposent d'importantes archives d'œuvres et de bases de données indiquant les dates de publication, les noms des auteurs, et lorsqu'elle est connue, la date de leur mort. Les catalogues des bibliothèques et d'autres institutions culturelles rassemblent des renseignements complets de grande valeur sur les œuvres qu'ils détiennent. C'est notamment le cas des bibliothèques nationales que la loi charge de gérer le dépôt légal, le cas échéant. Les sociétés de perception détiennent également beaucoup de données sur les œuvres qu'elles gèrent. Les éditeurs, les producteurs, les archives ou les registres de droit d'auteur lorsqu'ils existent peuvent également constituer des sources utiles d'information sur les œuvres protégées par le droit d'auteur.

Le principal problème tient à la disparité des sources de données. De nombreux projets se sont faits jour récemment pour essayer de mettre au point une source d'information convergent et unique. C'est ainsi que dans l'Union européenne, le projet ARROW (Accessible Registries of

¹⁶⁷

D'autres explications sont fournies dans S. DUSOLLIER, "Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering", *Chicago-Kent Law Review*, 2007, Vol. 82, p. 1391-1435.

Rights Information and Orphan Works), qui englobe des bibliothèques nationales, des éditeurs, des associations d'écrivains et des organisations de gestion collective, visent à trouver les moyens d'identifier les titulaires de droits, les droits et de préciser le statut d'une œuvre¹⁶⁸. La commission européenne a également annoncé dernièrement qu'elle envisage de créer soit un registre européen des œuvres soit un réseau de registres¹⁶⁹.

Beaucoup de ces efforts ont vu le jour en réponse aux problèmes des œuvres orphelines : aider à identifier les titulaires de droits sur une œuvre permettra probablement de nuancer la qualification de certaines œuvres en tant qu'œuvres orphelines mais cela pourrait également amener à reconnaître qu'une création est tombée dans le domaine public. Le renforcement en cours des données sur les œuvres orphelines constitue donc un moyen prometteur de clarifier le contenu du domaine public.

Grâce aux progrès dans le domaine numérique, on pourra également présenter ces données sous format électronique et les joindre à des œuvres. "La formation sur le régime des droits" est une question abordée dans les traités de l'OMPI de 1996, qui exigent que les États interdisent la suppression ou l'altération de ces renseignements. Toutefois, l'interdiction ne s'applique qu'aux informations relatives aux œuvres protégées. La question d'une possible extension de cette protection aux informations sur des créations non protégées et sur leur appartenance au domaine public doit être soulevée.

Lorsque des données sur le statut d'une œuvre sont transformées en données électroniques qui peuvent être lues par des moteurs de recherche ou d'autres logiciels, on parle de "langages d'expression des droits". D'abord mis au point pour servir de base aux systèmes de gestion numérique des droits et limités aux données relatives aux œuvres protégées et à leur condition d'emploi, il s'agit de plus en plus désormais d'un moyen pour informer les utilisateurs de l'appartenance d'une œuvre au domaine public ou des conditions propres à une licence libre s'appliquant à une œuvre. Par exemple, le projet Creative Commons a conçu un système d'information appelé ccREL qui permet d'exprimer en métadonnées les conditions de licences s'appliquant aux œuvres couvertes par les nombreuses licences Creative Commons. Le système ccREL permet aux ordinateurs d'interpréter les conditions de licence de droit d'auteur attachées au matériel que l'on trouve sur l'Internet. Certains moteurs de recherche tels que Google mettent déjà en œuvre ces informations et offrent la possibilité de ne rechercher sur l'Internet que les ressources pouvant être librement utilisées car bénéficiant d'une licence du type Creative Commons. Le système REL, en ce qui concerne les œuvres du domaine public, est moins développé et à notre connaissance n'est pas utilisé par les moteurs de recherche.

Une question primordiale concernant les données relevant ainsi du domaine public, que ce soit sous forme analogique ou numérique, est la question de leur rassemblement, normalisation et interopérabilité communes. De nombreux projets existants ont placé la question de l'interopérabilité au centre de leurs préoccupations.

Les questions de contrôle et de responsabilité susceptibles de se poser au moment de certifier l'appartenance d'une œuvre au domaine public sont également pertinentes. L'évaluation de l'appartenance d'une œuvre au domaine public pouvant se révéler délicate, certifier qu'une œuvre n'est plus protégée peut donner lieu à des erreurs d'étiquetage de ces œuvres. Un complément d'étude s'impose.

¹⁶⁸ Pour plus d'informations, voir <http://www.arrow-net.eu>.

¹⁶⁹ *European Voice*, 1^{er} octobre 2009.

On peut trouver un exemple de ce qui précède dans la première version de Google Book Search Settlement¹⁷⁰, où les œuvres considérées comme appartenant au domaine public en vertu de la législation des États-Unis d'Amérique seront intégralement fournies par le moteur de recherche. L'accord en question a donné à Google toute sécurité pour mettre un livre à disposition dès lors qu'il est établi qu'il relève du domaine public selon les principes énoncés dans la pièce jointe 5 de la première version de l'accord. Selon ces principes, c'est en fait Google lui-même qui détermine le statut des livres. Plus exactement, il suffira qu'au moins deux personnes (recrutées par Google) parviennent à la même conclusion au sujet de données nécessaires à la vérification du statut d'un livre, pour que cette conclusion soit acceptée. Cela n'exclura pas bien entendu la possibilité que le statut protégé d'une œuvre soit contesté mais cela ôtera à Google toute responsabilité liée à une quelconque utilisation des œuvres qui ont fait leur apparition avant cette nouvelle connaissance du statut d'une œuvre. Cet exemple montre que l'appartenance des œuvres au domaine public est de plus en plus déterminée par le secteur privé et que les systèmes mis en place uniquement grâce à des arrangements privés mettent les personnes qui procèdent à cette détermination à l'abri de toute responsabilité s'agissant d'éventuelles erreurs ou d'atteintes au droit d'auteur.

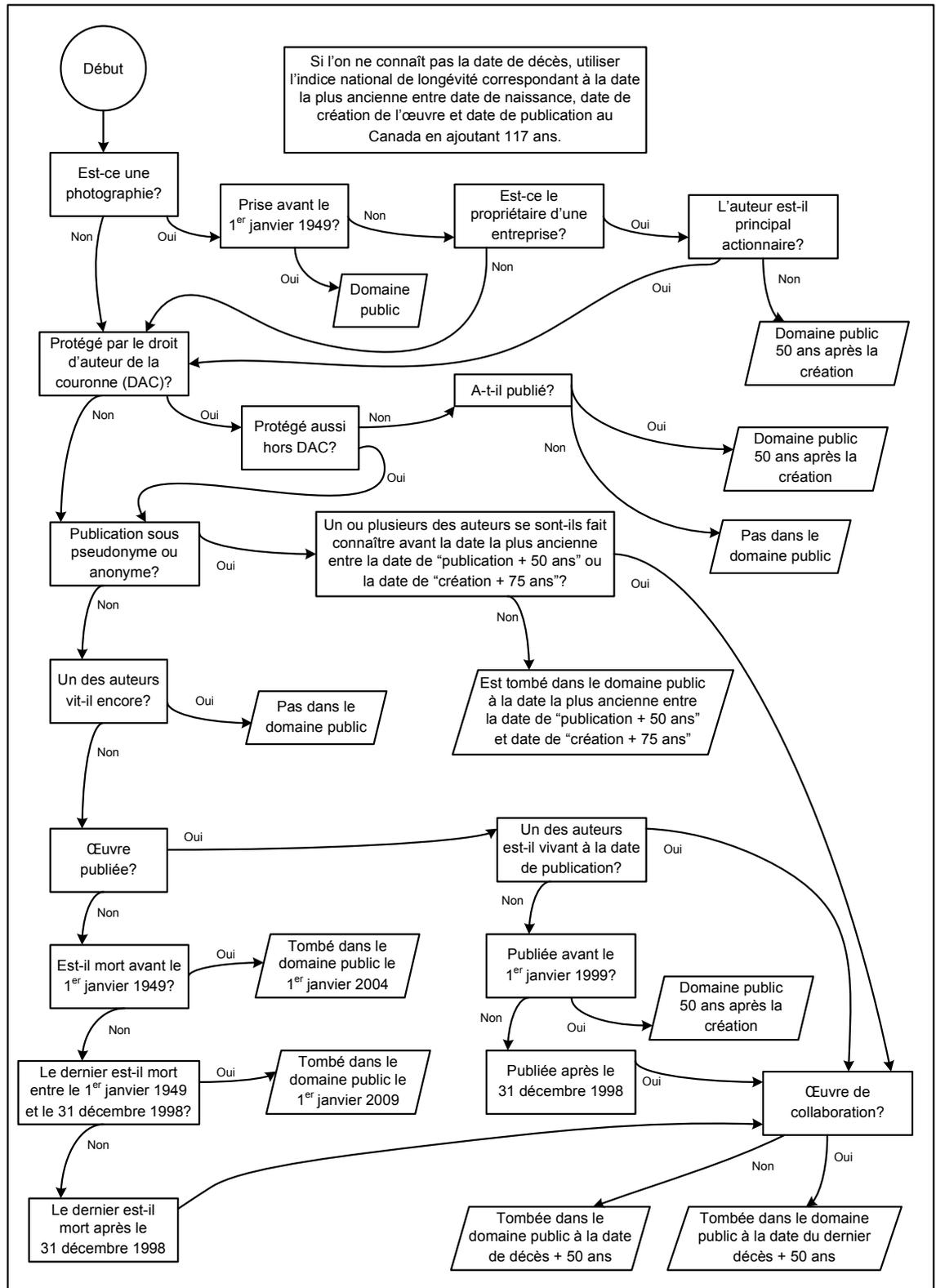
C. Calculateurs de domaine public

Les calculateurs de domaine public sont des outils à caractère technique de création récente mis au point pour la plupart par des particuliers ou des organisations non gouvernementales, qui permettent de calculer le moment où une œuvre protégée tombe dans le domaine public. Ces calculateurs ont pour objet de calculer automatiquement la durée de protection d'une œuvre dans une juridiction donnée ce qui permet de déterminer si l'œuvre est protégée ou relève du domaine public.

Ces dispositifs comportent deux étapes. La première consiste à rassembler les informations nécessaires sur les dispositions légales relatives à la durée du droit d'auteur et à les agencer sous forme d'organigramme au moyen d'une série de questions visant à déterminer les règles précises à appliquer.

¹⁷⁰

Voir http://www.googlebooksettlement.com/r/view_settlement_agreement.



Exemple d'organigramme mis au point au Canada par Access Copyright, Creative Commons Canada, Creative Commons Corp. et la Fondation Wikimedia Foundation (version du 16 décembre 2008).

Ces organigrammes sont alors convertis en codes et en algorithmes pour pouvoir traiter automatiquement les informations fournies par un utilisateur au sujet d'une œuvre et donner une réponse quant à sa situation au regard du droit d'auteur.

Public Domain Sherpa est un calculateur de domaine public qui fonctionne sur le Web pour la juridiction des États-Unis d'Amérique¹⁷¹. Il indique la situation d'une œuvre créative en fonction d'une série de questions et d'étapes présentée ci-dessous.

Is the work published? Yes.
 Was it published in the US? Yes.
 When was the work first published? 1956.
 Was it published with a valid copyright notice? Yes.
 Was the copyright renewed? No.

© 2006 - 2009 www.pdsherpa.com

Was the copyright renewed?

Is the work published? Yes.
 Was it published in the US? Yes.
 When was the work first published? 1956.
 Was it published with a valid copyright notice? Yes.

Yes
 No
 Unknown

Back Next

© 2006 - 2009 www.pdsherpa.com

Use the work any way your heart desires. You're limited only by your imagination -- create something remarkable!

© 2006 - 2009 www.pdsherpa.com

When was the work first published?

Enter year: 1956

Is the work published? Yes.
 Was it published in the US? Yes.

Back Next

© 2006 - 2009 www.pdsherpa.com

Les calculateurs de domaine public combinent donc deux séries de données. D'un côté, les données introduites par l'utilisateur qui s'informe sur le statut d'une œuvre, données qui peuvent porter, selon la juridiction, sur la date du décès de l'auteur, la date de première publication ou création, ou bien le respect des formalités exigées à l'époque. De l'autre côté, des données relatives aux dispositions juridiques en vigueur qui ont été intégrées dans l'algorithme par le concepteur du calculateur.

La Open Knowledge Foundation, installée au Royaume-Uni est un des concepteurs les plus importants de calculateur de domaine public. Avec la collaboration de juristes, de chercheurs et de groupes d'intérêts pertinents, la Fondation a lancé la mise au point de ce genre d'instruments jusque dans 17 pays¹⁷².

Ces calculateurs n'indiqueront le statut des œuvres au regard du domaine public qu'en ce qui concerne l'expiration du droit d'auteur ce qui permet de déterminer ce qui relève ou non de ce que nous avons appelé le domaine public temporel. C'est à la fois le domaine public le plus compliqué à évaluer mais également le plus objectif puisque, contrairement au domaine public fondé sur l'absence d'originalité, on s'appuie sur des données fixes telles que la date du décès de l'auteur ou la date de publication.

¹⁷¹ Voir <http://www.publicdomainsherpa.com/calculator.html>.

¹⁷² Pour plus de renseignements sur le projet, voir <http://wiki.okfn.org/PublicDomainCalculators>.

La principale valeur ajoutée de ces instruments techniques est d'aider à résoudre le fonctionnement complexe des règles relatives à la durée du droit d'auteur en offrant une réponse informatisée et de le faire dans de nombreuses juridictions dont l'utilisateur potentiel de l'œuvre risque de ne pas connaître les règles particulières.

Toutefois, il faut être conscient que, malgré l'avantage évident offert, tout calculateur de domaine public comporte des limitations qui lui sont propres.

Premièrement, pour bien fonctionner et pouvoir donner des réponses exactes, il faut que les données introduites dans l'algorithme au sujet de la législation sur le droit d'auteur aussi bien que les données introduites lors de la demande d'information sur l'œuvre soient complètes et correctes. Dans les pays où le calcul de la durée du droit d'auteur dépende de nombreux éléments, il est difficile d'obtenir certaines données inconnues de l'utilisateur. Quiconque n'a jamais essayé d'évaluer le statut au regard du droit d'auteur d'une œuvre publiée aux États-Unis d'Amérique avant 1978 sans savoir précisément si elle a été publiée avec la mention correspondante de réserve des droits d'auteur et si elle a été finalement renouvelée, sait de quoi nous parlons. La certitude juridique peut être compromise si des erreurs se produisent soit dans les données relatives à l'œuvre ou dans les dispositions applicables du droit d'auteur. Pour ce qui est de ces dernières, les concepteurs des calculateurs de domaine public devront s'assurer que l'on a bien pris en compte, le cas échéant, des paramètres supplémentaires tels que l'éventuel rétablissement du droit d'auteur au moment de la prolongation du délai ou d'autres éventuels délais différents applicables à des œuvres étrangères.

Quiconque utilise un calculateur devrait également établir une claire distinction entre une œuvre d'art et ses différentes expressions. Une œuvre littéraire, par exemple un roman, peut donner lieu à diverses traductions ou adaptations. Au moment de demander le statut d'une création en regard du domaine public, nous devons distinguer entre l'œuvre originale et sa traduction. L'une peut relever du domaine public et l'autre non. Les calculateurs de domaine public devraient prévoir des questions permettant d'établir ce genre de distinction.

Encore plus important, les calculateurs de domaine public sont conçus en fonction d'une juridiction donnée, ce qui se justifie parfaitement étant donné que, comme nous l'avons vu, les limites du domaine public auront varié en fonction du pays pour lequel les renseignements sur la protection d'une œuvre sont demandés. Mais cette territorialité pose de nombreux problèmes. Lorsqu'un usager a l'intention de créer quelque chose à partir d'une œuvre du domaine public ou d'utiliser cette œuvre de toute autre manière, il doit s'assurer que l'œuvre en question n'est protégée dans aucun des pays où son exploitation est prévue. Une réponse affirmative d'un calculateur de domaine public pourrait ne pas valoir pour un autre pays. Par ailleurs, la règle de comparaison des délais, énoncée au paragraphe 7.8) de la Convention de Berne et applicable dans de nombreux pays (voir plus haut), ne doit pas être négligée au moment de calculer la durée. Il n'en faudrait pas moins intégrer l'algorithme de toutes les règles de durée applicables dans d'autres pays si l'on veut effectuer cette comparaison entre la durée prévue par la *lex loci protectionis* et celle du pays d'origine.

Pourrait-on résoudre les problèmes pratiques que pose la territorialité inhérente aux calculateurs en élaborant un "super calculateur" international? Peut-être mais il faudrait attendre que les projets nationaux soient complètement terminés et il faudrait charger un organisme international de procéder à cet énorme travail.

En conclusion, les calculateurs de domaine public pourraient très bien ne jamais être parfaits et fournir au mieux une réponse approximative quant au statut d'une œuvre au regard du domaine public. Dans la plupart des cas on pourrait déterminer si une œuvre est ou non protégée mais il

existerait toujours une zone grise où il serait impossible de donner des réponses définitives soit parce qu'il manque certaines données décisives sur l'œuvre soit parce que l'affaire fait intervenir de nombreuses juridictions.

D. Systèmes d'enregistrement

On trouve aujourd'hui sur l'Internet un nombre croissant de systèmes privés d'enregistrement des œuvres. D'une manière générale, ils ne visent pas à certifier le caractère public ou protégé d'une création mais à fournir des informations électroniques sur des droits ainsi qu'une langue pour incorporer dans les œuvres de manière permanente. Cet enregistrement peut également servir de preuve devant les tribunaux, fréquemment au moyen d'un certificat d'enregistrement signé par voie numérique. Globalement les entreprises qui offrent ces services s'occupent d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'œuvres couvertes par une licence d'accès libre ou copyleft mais pas vraiment d'œuvres du domaine public à l'exception des œuvres versées par leurs auteurs dans le domaine public. On peut citer comme exemples de sociétés ou de sites Web spécialisés dans l'étiquetage et l'enregistrement des œuvres la licence libre SafeCreative, créée en Espagne¹⁷³ (qui collabore étroitement avec Creative Commons), Registered Commons¹⁷⁴, et Numly¹⁷⁵.

E. Bases de données et moteurs de recherche de matériel du domaine public

Grâce aux calculateurs de domaine public, aux langues servant à l'information sur les droits et à d'autres données qui permettent de déterminer la situation d'une œuvre, certains sites Web offrent actuellement des bases de données d'œuvres tombées dans le domaine public afin d'en faire la promotion. Des exemples célèbres de ces bases de données sont le Projet Gutenberg¹⁷⁶, spécialisé avant tout dans les œuvres littéraires et qui permet de télécharger des livres ou la base de données d'œuvres du domaine public créée par Open Knowledge Foundation¹⁷⁷, ainsi que la Public Domain Movie Database¹⁷⁸. D'autres sites se spécialisent dans la diffusion d'œuvres encore protégées mais bénéficiant d'une licence Creative Commons ou d'autres systèmes de licences gratuites. Un exemple est Jamendo qui offre gratuitement de la musique¹⁷⁹.

Ces bases de données sont généralement limitées par une question récurrente propre au domaine public à savoir sa territorialité. La plupart du temps elles permettent seulement de déterminer si une œuvre se trouve dans le domaine public d'une juridiction mais elle recommande aux usagers de vérifier la situation pour toute autre juridiction. Par exemple, sur le site du Projet Gutenberg vous pourrez télécharger gratuitement l'*Ulysse* de James Joyce, déclaré de domaine public en vertu de la législation des États-Unis d'Amérique. Joyce étant mort en 1941, il ne sera tombé dans le domaine public en Europe qu'en 2012. Étant donné que la situation d'une œuvre peut varier d'un pays à l'autre, les bases de données de référence ne seront en tout cas fiables que pour une seule juridiction, en fonction des dispositions en vigueur et du calculateur de domaine public employé. Les usagers ne tiennent pas toujours compte de cette limitation.

¹⁷³ Voir <http://www.safecreative.org>.

¹⁷⁴ Voir <http://www.registeredcommons.org>.

¹⁷⁵ Voir <http://www.numly.com>.

¹⁷⁶ Voir <http://www.gutenberg.org>.

¹⁷⁷ Voir <http://www.publicdomainworks.net>.

¹⁷⁸ Voir <http://pdmdb.org/>.

¹⁷⁹ Voir <http://www.jamendo.org>.

Bon nombre de ces fournisseurs font également bien attention à prévoir une clause de déni de responsabilité lorsqu'ils certifient la situation d'une œuvre et recommandent à leurs utilisateurs d'effectuer leurs propres recherches s'ils ont l'intention d'exploiter publiquement l'œuvre.

Il ne faut pas oublier que les premières bases de données sur des œuvres du domaine public restent peut-être les bonnes vieilles bibliothèques et autres institutions du patrimoine culturel. Leur transformation en bibliothèques numériques repose souvent sur le caractère du domaine public d'une bonne partie de leurs collections. Il suffira de donner comme exemple la bibliothèque numérique européenne¹⁸⁰ créée par l'Union européenne qui, en tant que portail vers des institutions nationales, donne déjà libre accès à plus de cinq millions d'œuvres, et la bibliothèque numérique mondiale de l'UNESCO¹⁸¹, qui contient 1250 documents essentiels du patrimoine mondial. Ces projets financés par les fonds publics formeront nécessairement un élément essentiel des politiques publiques visant à améliorer l'accès au matériel du domaine public.

F. Conclusion intermédiaire sur les instruments du domaine public

Tous les instruments conçus pour déterminer, certifier ou enregistrer la situation d'une œuvre comme étant protégée ou non implique un certain coût qui est parfois pris en charge par des particuliers ou des organisations non gouvernementales ou bien par des institutions publiques telles que les bibliothèques ou les registres nationaux. Tout projet visant à promouvoir le domaine public devra nécessairement résoudre la question financière ou trouver des moyens pour encourager la participation d'acteurs non publics.

Il faudrait également considérer comme un objectif essentiel l'implication des pays en développement qui n'auront pas les mêmes possibilités d'élaborer des instruments coûteux sur le domaine public.

V. PROTECTION DU DOMAINE PUBLIC ET RECOMMANDATIONS

La demande de protection positive du domaine public qui pourrait le protéger contre la privatisation n'est pas nouvelle. Dans son article précurseur sur le domaine public, D. Lange en appelait déjà en 1981 à la reconnaissance et au statut juridique du domaine public¹⁸². Ce statut juridique n'a pas encore été créé à l'échelon international ou national. Nonobstant, une certaine forme de protection se dessine pour des œuvres tombées dans le domaine public, tant dans la jurisprudence que dans la recherche universitaire, qui pourrait servir de terrain favorable à l'élaboration de principes et de recommandations essentielles visant la préservation, une plus grande accessibilité et un meilleur usage du domaine public.

A. Protection existante du domaine public

Dans les pays ayant fait l'objet d'une enquête aux fins de la présente étude, le domaine public semble gagner en importance tant dans la jurisprudence que dans la législation.

Certains pays ont, dans leurs lois sur le droit d'auteur, explicitement mentionné et défini le domaine public. Tel est le cas de l'Algérie, du Brésil, du Chili, du Costa Rica, du Kenya et du Rwanda¹⁸³. La plupart du temps, cette définition décrit principalement ce que recouvre le

¹⁸⁰ Voir <http://www.europeana.eu>.

¹⁸¹ Voir <http://www.wdl.org>.

¹⁸² D. LANGE, "Recognizing the Public Domain", *Law and Contemporary Problems*, 1981, Volume 44, page 147.

¹⁸³ Voir les définitions complètes au tableau III de l'annexe.

domaine public, mais n'entraîne aucun effet normatif. Tout au plus, la loi rappelle la règle de libre usage attachée au domaine public, comme au Chili (où l'article 11 conclut en ces termes : "quiconque peut utiliser les œuvres du patrimoine culturel commun, en respectant leur intégrité et leur paternité") ou au Costa Rica (article 7 : "quiconque peut utiliser librement, sous toute forme ou selon tout procédé, les œuvres appartenant au domaine public").

En France, certains spécialistes¹⁸⁴ ont commencé à élaborer une protection positive dans le domaine public fondée sur la notion en droit civil de choses communes ou *res communes*, qu'exprime à l'article 714 du Code civil (mais également connue dans d'autres systèmes qui s'en inspirent) en ces termes "il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous".

Considérer le domaine public en matière de droit d'auteur, mais également de droit des brevets, comme une chose publique ou *res communis* au sens juridique du terme, ne prête guère à controverse. Mais chercher à conférer à cette notion un statut qui préserverait le domaine public de toute récupération ou appropriation est relativement nouveau¹⁸⁵. Qualifier le domaine public de *res communis* suppose deux conséquences. La première est l'interdiction d'une récupération de l'ensemble de l'œuvre, même si une récupération partielle est envisageable (comme il a été vu plus haut avec l'enregistrement de la marque d'une œuvre tombée dans le domaine public). La seconde est la garantie d'un usage collectif de l'œuvre : tout membre du public a droit à utiliser, modifier, exploiter, reproduire et créer de nouvelles œuvres à partir d'éléments du domaine public. Le caractère collectif des choses communes emporte en outre l'obligation de leur préservation, notamment dans le cas des choses communes de l'environnement.

Si l'objectif d'un régime propre au domaine public consiste tant à garantir la liberté d'accès et d'utilisation qu'à prévenir toute exclusivité sur la ressource, le statut juridique des choses communes, au sens du droit français (ou pour le moins tel que préconisé par les spécialistes déjà cités), peut fournir les premiers fondements de ce régime. Le domaine public étant qualifié de "chose commune", la jurisprudence pourrait interdire toute tentative d'en reconquérir le monopole.

Il existe des exemples de ce type de tentatives. En France, de nouveau, un tribunal a restreint l'exercice du droit d'auteur de deux artistes qui avaient restauré, en y ajoutant une œuvre d'art contemporaine, un lieu public et historique, la Place des Terreaux à Lyon, au motif que l'ensemble architectural historique de la place relevait du domaine public¹⁸⁶. Ces artistes entendaient opposer leur droit d'auteur sur leur œuvre originale de réaménagement à une société de vente de cartes postales qui reproduisait la place, y compris leur œuvre protégée. L'argument décisif tenait au fait que le statut de domaine public de l'ensemble architectural entrave et limite nécessairement l'exercice du droit d'auteur détenu par les auteurs d'une œuvre dérivée dans la mesure où cela constitue une condition de la libre reproduction du domaine public. Sinon, un droit d'auteur serait indirectement rétabli sur l'œuvre tombée dans le domaine public à l'avantage des auteurs de sa restauration ou modification. La décision a fait l'objet d'un recours, fondé sur différents moyens, mais la Cour d'appel a conclu que la protection accordée

¹⁸⁴ S. CHOISY, *op. cit.*; M.A. CHARDEAUX, *op. cit.*, paragraphe 230.

¹⁸⁵ Cette interprétation est due essentiellement à M.A. CHARDEAUX, *Les Choses communes, op. cit.*

¹⁸⁶ TGI Lyon, 4 avril 2001, *RIDA*, octobre 2001, note de S. CHOISY.

aux auteurs du réaménagement de la place ne doit pas porter atteinte à la jouissance commune¹⁸⁷, attestant ainsi la reconnaissance d'une protection positive du domaine public et de son usage collectif inhérent.

Ces motifs devraient être reconnus dans le seul cas où l'exercice du droit d'auteur sur l'œuvre dérivée empêcherait complètement et devancerait le libre usage du domaine public. Ils ne devraient pas s'entendre comme étant susceptibles de réduire à néant les droits exclusifs et légitimes des auteurs de toute œuvre incorporée dans un élément relevant du domaine public. L'affaire française de la Place des Terreaux était à cet égard exemplaire. Les cartes postales ne représentaient pas uniquement ou principalement l'œuvre contemporaine, laquelle était à ce point intégrée dans le lieu historique qu'il était impossible de reproduire la place sans inclure fortuitement une reproduction de l'œuvre protégée.

Dans une affaire analysée plus haut et supposant un droit moral perpétuel, la Cour de cassation française s'est également prévalu du domaine public pour limiter la portée de la revendication des héritiers de Victor Hugo qui visait à interdire toute adaptation de l'un de ses célèbres romans¹⁸⁸.

La jurisprudence des États-Unis d'Amérique abonde également en opinions qui rappellent le principe de la libre reproduction d'œuvres ou d'inventions relevant du domaine public et l'interdiction qui en découle de rétablir une protection exclusive de ces œuvres ou inventions, notamment par la législation¹⁸⁹.

Des traces d'une protection positive du domaine public peuvent encore se trouver dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice, ou, plus précisément, dans certaines opinions de son avocat général. Nous avons vu *supra* la conclusion de l'avocat général dans une affaire de marque qui invoquait l'intérêt général pour interdire l'enregistrement d'une marque qui reconstituerait un monopole sur une invention dont le brevet était expiré¹⁹⁰. Son argumentation était suffisamment générale pour s'appliquer à toute tentative de récupération, par l'enregistrement d'une marque, de l'exclusivité sur une œuvre tombée dans le domaine public. De nouveau, l'interdiction de l'enregistrement d'une marque devrait s'entendre comme se limitant au seul cas où le nouveau droit porterait atteinte à une œuvre tombée dans le domaine public en réservant tous les usages (voir *supra* l'exposé sur les marques).

¹⁸⁷ Lyon, 20 mars 2003, *Communications – Commerce électronique*, septembre 2003, note de C. CARON. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt en se fondant sur un motif très différent, sans mentionner nullement l'œuvre préexistante relevant du domaine public. Voir Cass., 15 mars 2005, à l'adresse

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arrêt_no_632.html.

¹⁸⁸ Cour de Cassation, 30 janvier 2007, *JCP G*, 2007, page 29, note de C. CARON.

¹⁸⁹ Voir par exemple l'affaire *Compco Corp. c. Day-Brite Lighting*, 376 U.S. 234 (1964) ("lorsqu'un produit n'est pas protégé par un brevet ou un droit d'auteur, la législation ne peut interdire à des tiers de copier ce produit. Une interdiction porterait atteinte au principe fédéral, qui ressort de l'article premier de la Constitution et dans les lois d'application fédérales et autorise un libre accès à la copie quels que soient les éléments que les lois fédérales sur les brevets et le droit d'auteur laissent dans le domaine public"), ainsi que d'autres décisions citées dans T. OCHOA, *op. cit.*, page 248.

¹⁹⁰ Opinion de l'avocat général R.J. Colomer, 24 octobre 2002, dans l'affaire *Linde*, C-53/01 to C-55/01, p. 29 (décision de la CEJ, 8 avril 2003).

Certains pays sont plus audacieux dans ce qu'ils entreprennent pour préserver le domaine public de toute réappropriation. Au Chili, un projet de loi, modifiant la loi sur le droit d'auteur, est à l'heure actuelle examiné. Il y est prévu de considérer comme des délits les tentatives de récupération d'une œuvre tombée dans le domaine public. Un nouvel article (article 80) interdirait que :

- quiconque sciemment reproduise, distribue, rende accessible ou communique au public, sous un nom qui n'est pas celui de l'auteur véritable, une œuvre appartenant au domaine public;
- quiconque revendique d'une manière frauduleuse des droits patrimoniaux sur une œuvre appartenant au domaine public.

Cette protection a deux facettes. La première, liée au droit moral de paternité, sanctionne quiconque attribue à tort une œuvre relevant du domaine public. La seconde touche à l'interdiction de récupérer toute exclusivité sur un élément du domaine public en sanctionnant la personne qui tente de revendiquer des droits exclusifs sur cet élément. Ce type de protection ne semble pas empêcher de demander une rémunération pour la mise à disposition d'œuvres relevant du domaine public, interdiction qui viderait de tout intérêt l'exploitation commerciale des œuvres relevant du domaine public en raison de l'absence de mesures d'encouragement. Selon la formulation de cette disposition, il semble que seule le rétablissement artificiel de l'exclusivité sur l'œuvre constituerait une infraction.

Tous ces exemples attestent un regain d'intérêt pour l'élaboration d'un régime positif qui protégerait le domaine public contre tout empiètement indu ou excessif. Ils fournissent également quelques idées intéressantes pour fonder un régime de ce type.

B. Principaux objectifs tendant à une consolidation du domaine public

L'estimation de la valeur et du contenu du domaine public a permis de vérifier que si un domaine public sain et dynamique joue un rôle essentiel dans la participation culturelle et démocratique, le développement économique, l'éducation et le patrimoine culturel, l'absence d'organisation de ce domaine public dans la plupart des lois relatives au droit d'auteur, de même que sa définition qui en fait le négatif de la protection par le droit d'auteur, affaiblissent cet objectif.

L'identification des nombreux composants du domaine public est une tâche ardue que compliquent encore des règles de territorialité et le droit applicable. Défini uniquement comme un objet non protégé par la propriété intellectuelle, le domaine public est ainsi laissé à la merci des fluctuations de la portée du droit d'auteur, par une large appréciation des critères de protection ou d'extension, parfois rétroactive, de sa durée. Une fois tombés dans le domaine public, des éléments non susceptibles de protection ou des œuvres originales dont le droit d'auteur est expiré n'obtiennent pas de statut juridique qui garantirait leur libre utilisation ou les protégerait contre de nouvelles réserves ou exclusivités, soit par d'autres titres de propriété intellectuelle, par récupération du droit d'auteur ou par des mesures techniques.

Toute mesure rationnelle devrait d'abord permettre d'identifier le domaine public et de l'inscrire dans un cadre de régime juridique déterminé, afin de le soustraire des friches ou jachères de la protection par le droit d'auteur où il se trouve ordinairement. À cet effet, il serait nécessaire de concrétiser le domaine public, quant à son identité et son statut juridique.

Le fait que le domaine public est l'inverse de la protection par le droit d'auteur ne devrait pas nécessairement signifier qu'il est un élément sans valeur de la propriété intellectuelle. Exclusivité et concurrence étant les traits caractéristiques de la propriété intellectuelle, le

domaine public devrait inversement opérer sur le terrain de la non-exclusivité et la non-rivalité. Ces particularités sont propres à toute chose commune dont la valeur repose sur une utilisation collective et non concurrente, exempte de toute appropriation.

L'efficacité de ces règles de non-exclusivité et non-rivalité devrait renforcer le domaine public et s'exprimer dans des règles normatives qui rejettent toute réserve exclusive et facilitent le libre¹⁹¹ usage et un accès commun.

Il en découlerait les principes fondamentaux suivants favorisant la consolidation du domaine public, comme l'énonce la recommandation n° 20 du Plan d'action pour le développement :

- Besoin de **certitude** dans l'identification des objets tombés dans le domaine public : afin de stimuler le développement économique, la création ultérieure, l'usage aux fins d'éducation ou de consommation dans la sphère du domaine public, permettre d'identifier les éléments composant le domaine public d'une manière précise et sûre constitue une mesure importante. Déterminer la portée tant du domaine public que du droit d'auteur ne sera jamais une science exacte. Il conviendrait par ailleurs de préciser ou de simplifier les règles juridiques, mais aussi de concevoir des instruments qui permettraient cette identification.
- Besoin **de disponibilité et de durabilité** des objets tombés dans le domaine public : l'appartenance théorique d'une œuvre au domaine public n'aura guère de valeur si son accès ou son usage ne sont pas effectifs. Toute politique en faveur du domaine public devrait en accroître la disponibilité, l'accès effectif, ainsi que la durabilité. Par ce dernier aspect, il faut entendre que le domaine public devrait permettre à la fois la réutilisation et l'exploitation et que son contenu devrait être préservé et conservé dans l'intérêt des générations futures.
- Un principe de **non-exclusivité** garanti par la loi devrait s'appliquer au domaine public : la règle de libre usage du domaine public, en l'absence de protection par le droit d'auteur, devrait être établie juridiquement et étayée par l'application d'une interdiction de toute commercialisation ou de récupération privée des éléments du domaine public.
- Un principe de **non-rivalité** garanti par la loi devrait s'appliquer au domaine public : de l'absence de protection par le droit d'auteur devrait naître un usage collectif effectif des ressources du domaine public; il garantirait également le soutien et l'usage sans discrimination des objets relevant du domaine public.

Des théories économiques sur les choses communes, tangibles ou intangibles, qui prévoient l'équité, l'efficacité et la durabilité des ressources communes soutiennent d'une certaine manière ces quatre principes¹⁹². Les savoirs communs ne se heurtent pas aux mêmes menaces que les choses communes matérielles, étant moins exposés aux risques d'épuisement et de dégradation. Toutefois, il faudra, aux fins de durabilité des choses communes intangibles, telles que les savoirs ou le domaine public, en garantir l'accès effectif et les préserver de l'oubli. L'organisation de dépositaires du domaine public constituerait un élément essentiel de cette préservation. Il incombe toujours davantage aux bibliothèques qui en sont chargées depuis des siècles, d'établir

¹⁹¹ Par libre, il faut entendre un usage non entravé par une réserve juridique ou technique plutôt qu'une absence de rémunération, mais logiquement, le domaine public vise à réduire le prix de l'œuvre à son coût de production.

¹⁹² Voir par exemple, C. HESS & E. OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons – From Theory to Practice*, MIT Press, 2006, pages 5 et 6.

des catalogues, de conserver et de rendre disponibles les savoirs dans l'environnement numérique. Elles devraient par conséquent contribuer aux efforts tendant à encourager un enrichissement du domaine public¹⁹³.

L'ensemble des principes ci-dessus pourrait conduire aux recommandations suivantes.

C. Recommandations

La mise en place d'un régime positif pour le domaine public, qui puisse étayer les principes susmentionnés, nécessiterait l'adoption de règles normatives dans les législations relatives au droit d'auteur et l'établissement de conditions matérielles pour permettre d'accéder effectivement aux ressources du domaine public, d'en jouir et de les préserver.

Il est par conséquent difficile d'élaborer des recommandations précises produisant un effet normatif, car les efforts devraient être systématiques et dépasser les modifications à apporter dans les lois sur la propriété intellectuelle. Les interventions seraient en outre plus pertinentes à l'échelon national. Les recommandations ci-après ne proposent pas de limiter de quelque manière la durée ou la portée du droit d'auteur, qui est une question relevant essentiellement des politiques publiques nationales.

Les idées suivantes pourraient être intéressantes à l'échelon international.

- Eu égard à l'**identification du domaine public** :
 - La territorialité s'appliquant à la détermination du domaine public devrait faire l'objet d'une étude plus approfondie. Il est difficile de soumettre des recommandations à cet effet car remplacer la *lex loci protectionis* par la loi du pays d'origine ne ferait que déplacer l'incertitude. Au lieu de devoir tenir compte de différentes lois lorsqu'il envisage d'exploiter une création dans différents pays, l'utilisateur devra déterminer le statut des ressources utilisées en fonction de la loi des pays d'origine, même pour une exploitation ayant lieu dans un seul pays.
 - Il faudrait au moins examiner la difficulté attachée à la règle de la comparaison des conditions applicables à la durée de la protection, comme en dispose l'article 7.8 de la Convention de Berne.
 - L'abandon volontaire du droit d'auteur sur des œuvres et l'affectation au domaine public devraient être reconnus comme un exercice légitime de paternité et d'exclusivité liée au droit d'auteur, dans la mesure autorisée par les législations nationales (en excluant éventuellement tout abandon de droits moraux) et sous réserve du consentement explicite, donné en connaissance de cause et libre de l'auteur. Ce point pourrait donner lieu à une recherche approfondie.
 - Une exception à la *lex loci protectionis* ou son atténuation pourrait être envisagée afin de reconnaître mutuellement la validité d'une affectation au domaine public reconnu dans le pays d'origine de l'œuvre.

¹⁹³

Ce concept est déjà l'objet d'une théorie de C. HESS et E. OSTROM, qui ont analysé la bibliothèque en tant qu'institution type de ressources mises en commun dans le domaine des savoirs (voir C. HESS & E. OSTROM, "Ideas, Artifacts, and Facilities: Information As A Common-Pool Resource", *Law and Contemporary Problems*, 2003, Volume 66, pages 111 à 145).

- La question des œuvres orphelines devrait être abordée à l'échelon international ou, pour le moins, toute reconnaissance mutuelle du statut d'œuvre orpheline appliquée dans un pays devrait être admise par d'autres parties à la Convention de Berne (excepté lorsque l'auteur peut être identifié ou localisé dans cet autre pays). L'OMPI devrait en outre aider à établir des réseaux d'information sur les œuvres en vue de faciliter l'identification des auteurs d'œuvres orphelines. Il serait ainsi possible de préciser si les œuvres orphelines sont protégées ou non.
- Des efforts internationaux devraient être consacrés à l'élaboration d'instruments techniques ou d'information destinés à identifier le contenu du domaine public, en particulier s'agissant de durée du droit d'auteur. Ce type d'instrument peut comprendre des compilations de données relatives à des œuvres, des bases de données d'œuvres, ou des machines à calculer tombées dans le domaine public. Une application et un renvoi réciproque de ces instruments, à l'échelon international, revêtent une importance particulière.
- Les traités Internet de l'OMPI pourraient être modifiés pour qu'il y soit inclus dans la définition de "l'information sur la gestion des droits", toutes informations électroniques concernant les œuvres tombées dans le domaine public.

– Eu égard à la **disponibilité et la durabilité du domaine public** :

- La disponibilité du domaine public devrait être améliorée, notamment grâce à une coopération avec les institutions du patrimoine culturel et l'UNESCO (dans ses travaux relatifs à la préservation du patrimoine culturel immatériel).
- Le dépôt légal devrait être encouragé à l'échelon national, assorti éventuellement d'une aide financière et logistique pour les pays en développement. À l'échelon international, il conviendrait d'instaurer des catalogues des œuvres déposées, ainsi qu'un système de renvoi réciproque à ces œuvres.
- Le rôle des institutions du patrimoine culturel, en particulier des bibliothèques, dans l'étiquetage, l'établissement de catalogues, la conservation et la mise à disposition des œuvres tombées dans le domaine public, devrait être reconnu et soutenu, notamment dans l'environnement numérique.
- Des recherches devraient être effectuées pour reconnaître des moyens de promouvoir la divulgation et l'exploitation des objets tombés dans le domaine public sous forme de financement et de mesures d'encouragement. Elles pourraient inclure le système du domaine public payant, pour faire contribuer les utilisateurs commerciaux d'œuvres tombées dans le domaine public, par une somme minimale, à la compilation et la conservation des objets relevant du domaine public assurées par des institutions publiques. Quand le droit moral est perpétuel, des moyens devraient permettre de réprimer d'éventuels abus dans l'exercice du droit de divulgation ou du droit à l'intégrité.
- Toute extension de la portée ou de la durée du droit d'auteur et des droits connexes, à l'échelon tant international que national, devrait tenir compte des effets concrets sur la durabilité du domaine public.

- Eu égard à la ***non-exclusivité et la non-rivalité du domaine public*** :
- Des moyens juridiques devraient être conçus pour empêcher la récupération de l'exclusivité sur des œuvres qui sont tombées dans le domaine public, par le biais d'un autre titre de propriété intellectuelle (marque ou droit sur des bases de données), de droits de propriété, d'autres droits ou d'une protection technique, si cette exclusivité est semblable, en portée ou en effet, à celle d'un droit d'auteur ou si elle est préjudiciable aux utilisations non rivales ou simultanées d'œuvres relevant du domaine public.
 - Les traités Internet de l'OMPI devraient être modifiés en vue d'interdire tout empêchement technique à la reproduction, la communication publique ou la mise à disposition d'une œuvre qui est tombée dans le domaine public. Il n'existe aucun fondement juridique à l'application de mesures de protection techniques au domaine public, car celui-ci devrait garantir le droit de réutilisation, de modification, de reproduction et de communication. En outre, il pourrait être précisé que seules des mesures techniques destinées à des œuvres protégées qui forment une partie importante du contenu numérique auquel elles s'appliquent, seront protégées contre la neutralisation. Des mesures techniques qui protègent principalement des œuvres relevant du domaine public, compte tenu de l'existence connexe et minimale d'œuvres protégées, ne devraient pas bénéficier d'une protection juridique
 - Les pays membres de la Convention de Berne étant tenus de respecter sur leur territoire la protection de la propriété intellectuelle accordée par d'autres pays, ils devraient reconnaître le statut de domaine public défini par d'autres pays et empêcher la privatisation de ce qui relève ailleurs du domaine public.

ANNEXES – Analyses comparatives

Les législations nationales suivantes relatives au droit d'auteur ont fait l'objet d'une analyse¹⁹⁴ :

- **Algérie** : Ordonnance n° 03-05 du 19 Jourmada El Oula 1424 correspondant au 19 juillet 2003 relative au droit d'auteur et aux droits voisins)
- **Australie** : Loi n° 63 sur le droit d'auteur de 1968, modifiée (jusqu'à la loi n° 113 de 2008)
- **Brésil** : Loi n° 9610 sur le droit d'auteur et les droits voisins du 19 février 1998, (Lei N° 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998-Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências)
- **Chili** : Loi n° 17.336 sur la propriété intellectuelle (1970) (modifiée en dernier lieu par la loi n° 19928 du 31 janvier 2004)
- **Chine** : Loi sur le droit d'auteur de la République populaire de Chine adoptée à la quinzième session du Comité permanent de la septième Assemblée populaire nationale le 7 septembre 1990 et modifiée conformément à la décision portant révision de la loi sur le droit d'auteur de la République populaire de Chine, adoptée le 27 octobre 2001 à la vingt quatrième session du Comité permanent de la neuvième Assemblée populaire nationale
- **Costa Rica** : Loi n° 6683 sur le droit d'auteur et les droits voisins (modifiée en dernier lieu par la loi n° 8039 du 10 octobre 2000) (LEY N° 6683 de Derechos de Autor y Derechos Conexos)
- **Danemark** : Loi codifiée n° 763 sur le droit d'auteur du 30 juin 2006
- **États-Unis d'Amérique** : Loi des États-Unis d'Amérique sur le droit d'auteur et lois connexes contenues dans le titre 17 du code des États-Unis d'Amérique
- **France** : Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, modifiée en dernier lieu en 2009
- **Italie** : Loi n° 663 sur la protection du droit d'auteur du 22 avril 1941, modifiée en dernier lieu en 2008 (Legge 22 aprile 1941, n° 633, sulla Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio)
- **Kenya** : Loi n° 12 sur le droit d'auteur, 2001.
- **Malaisie** : Loi n° 332 sur le droit d'auteur de 1987, modifiée en dernier lieu par la loi n° A1139/2002
- **République de Corée** : Loi de la république de Corée sur le droit d'auteur, modifiée en dernier lieu par la loi n° 8101 du 28 décembre 2006
- **Rwanda** : Loi sur la protection de la propriété intellectuelle du 31 mars 2008

¹⁹⁴

L'analyse des législations nationales a bénéficié du concours des experts suivants : Alberto Cerda (Chili), Heyyoon Choi (République de Corée), Jessica Coates (Australie), Andrew Christie (Australie), Andres Guadamuz (Costa Rica), Marisella Ouma (Kenya), Marco Ricolfi (Italie), Thomas Riis (Danemark), Manuela Rotolo (Brésil), Myriam Sanou (pour l'analyse des dispositions de l'OAPI, Rwanda, Algérie et Kenya), Stefano Sciacca (Italie), Kujjit Singh (Malaisie), Hong Xue (Chine)

ANNEXE I – Composition du domaine public

Pays	Définition du domaine public	Domaine public ontologique		Objet du domaine public			Domaine public temporel		Régime du domaine public		Domaine public volontaire Abandon du droit d'auteur
		Idee/ expression	Originalité	Fixation	Œuvres étrangères	Durée du droit d'auteur	Textes officiels	Autres exclusions			
Algérie	Œuvres littéraires et artistiques nationales dont la durée de protection est expirée (article 8)	Concepts (non explicites) Nouvelles du jour (article 47)	Œuvres non originales (article 3 de la loi)	Non	Œuvres étrangères non visées par des traités internationaux (article 162)	- œuvres dont l'auteur ou les auteurs sont morts depuis plus de 50 ans (articles 54 et 55) - œuvres collectives, œuvres pseudonymes et anonymes, œuvres audiovisuelles, œuvres posthumes publiées depuis plus de 50 ans (articles 56-58, 60) - photographies et œuvres d'art appliqué créées depuis plus de 50 ans (article 59)	Lois, réglementations, décisions administratives des administrations publiques, décisions de justice et leur traduction (article 11)			Incertain	

Australie	-	Concepts (non explicités)	Œuvres non originales (article 32)	Œuvres non fixées	Œuvres étrangères non visées par des traités internationaux applicables	<ul style="list-style-type: none"> - œuvres dont l'auteur ou les auteurs sont morts depuis plus de 70 ans (article 33) - œuvres publiées pour la première fois après la mort de l'auteur et depuis plus de 70 ans - œuvres anonymes/ pseudonymes publiées depuis plus de 70 ans - enregistrements sonores, films publiés depuis plus de 70 ans (s'ils ont été réalisés après le 1^{er} mai 1969) - 50 ans à partir de la réalisation ou de la première publication du matériel effectué pour une administration publique ou un organisme public de Commonwealth ou de l'État - œuvres publiées avant 1955 et dont l'auteur est mort avant 1955 - œuvres anonymes et pseudonymes publiées avant 1955 - photographies prises avant 1955 	Non (droit d'auteur de la Couronne)	-	Incertain
------------------	---	---------------------------	------------------------------------	-------------------	---	---	-------------------------------------	---	-----------

Brésil	<p>Article 45 :</p> <ul style="list-style-type: none"> - œuvres dont la protection est expirée - œuvres d'auteurs morts sans héritiers - œuvre d'auteurs inconnus (folklore) 	<ul style="list-style-type: none"> - idées, procédures normatives, systèmes, méthodes ou projets mathématiques ou concepts en tant que tels (article 8.I) - diagrammes, plans ou méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, méthodes de jeu ou pratiques commerciales (article 8.II) - information relative à l'usage commun tel que figurant dans les calendriers, agendas, registres ou légendes (article 8.V) - l'exploitation industrielle ou commerciale des idées incorporées dans des œuvres (article 8.VII) - contenu scientifique / technique des œuvres (article 7.3)) 	Œuvres non originales (non explicites)	<ul style="list-style-type: none"> - œuvres étrangères non visées par des traités internationaux ou provenant de pays n'appliquant pas la protection aux auteurs brésiliens (article 1) 	<ul style="list-style-type: none"> - titres de périodiques (après un ou deux ans pour des publications annuelles) (article 10) - œuvres dont l'auteur ou les auteurs sont morts depuis plus de 70 ans (articles 41 et 42) - œuvres anonymes / pseudonymes publiées depuis plus de 70 ans (article 42) - œuvres audiovisuelles et photographiques divulguées depuis plus de 70 ans (article 44) - œuvres appartenant au domaine public le 20 juin 1998 	<ul style="list-style-type: none"> - œuvres qui sont simplement subventionnées par l'Union, les États, le district fédéral ou les municipalités (article 6) - textes de traités ou de conventions, lois, décrets, règlements, décisions judiciaires et autres et autres dispositions officielles (article 8.IV) 	<ul style="list-style-type: none"> - œuvres d'auteurs morts sans héritiers (article 45) - œuvres d'auteurs inconnus susceptibles de protection juridique ou usages ethniques et traditionnels (article 45) - formulaires vierges destinés à être complétés de toutes sortes de renseignements scientifiques ou autres et les instructions y relatives (article 8.III) - noms et titres isolés (article 8.VI) 	Incertain
---------------	---	--	--	--	--	---	--	-----------

Chine	-	<ul style="list-style-type: none"> - Idées (article 3) - comptes rendus d'événements d'actualité (article 5.2)) - calendriers, tables mathématiques, formules et formulaires d'usage courant (article 5.3)) 	Œuvres non originales	-	œuvres étrangères non visées par des traités internationaux (article 2)	<ul style="list-style-type: none"> - œuvres dont l'auteur est mort depuis plus de 50 ans - œuvres détenues par des personnes morales, qui sont des créations de service, œuvres cinématographiques et photographiques publiées depuis plus de 50 ans 	lois, règlements, résolutions, décisions et ordonnances des organes de l'État; autres documents de caractère législatif, administratif ou judiciaire; leurs traductions officielles (article 5.1))	- œuvres dont la publication ou la distribution est interdite par la loi (article 4)	Incertain
Costa Rica	-	<ul style="list-style-type: none"> dées, procédés, méthodes et concepts mathématiques en tant que tels (article 1) Nouvelles du jour (article 67) 	Œuvres non originales (article 1)	-	Œuvres étrangères non visées par des traités internationaux (article 3)	<ul style="list-style-type: none"> - œuvres dont les auteurs sont morts depuis plus de 70 ans (articles 58 et 59) - dictionnaires, encyclopédies et œuvres collectives publiées depuis plus de 70 ans (article 60) - œuvres cinématographiques mises à disposition du public depuis plus de 70 ans (article 61) - œuvres anonymes et pseudonymes publiées depuis plus de 70 ans (article 62) - œuvres publiques publiées depuis plus de 25 ans (article 63) 	Incertain	- œuvres dont l'auteur est mort sans héritier et dont l'État n'hérite pas (article 66)	Incertain

Danemark	-		Idées (article 1)	Œuvres non originales	Non	Œuvres étrangères en dehors de l'UE non visées par des traités (articles 87 et 88)	<ul style="list-style-type: none"> - œuvres dont les auteurs sont morts depuis plus de 70 ans (article 63.1) - œuvres anonymes et pseudonymes rendues publiques depuis plus de 70 ans (article 63.2) - œuvres d'auteurs inconnus non rendues publiques et créées depuis plus de 70 ans (article 63.4) 	Lois, textes administratifs, décisions judiciaires et autres documents officiels analogues (article 9)	-	Incertain (probablement non)
-----------------	---	--	-------------------	-----------------------	-----	--	--	--	---	------------------------------

<p>États-Unis d'Amérique</p>	<p>-</p>	<p>idées, procédures, procédés, systèmes, méthodes de fonctionnement, concepts, principes ou découvertes (article 102.b))</p>	<p>Œuvres non originales(art icle 102.a))</p>	<p>Œuvres non fixées</p>	<p>œuvres étrangères publiées qui ne bénéficient d'aucune protection en vertu d'un instrument international ou ne sont pas visées par un décret présidentiel (article 104)</p>	<p>- œuvres des États-Unis d'Amérique créées après le 1^{er} janvier 1978 dont l'auteur est mort depuis plus de 70 ans</p> <p>- œuvres anonymes/ pseudonymes, œuvres créées dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services, publiées en premier lieu depuis plus de 95 ans ou créées depuis plus de 120 ans</p> <p>- œuvres créées mais non publiées ou enregistrées avant le 1^{er} janvier 1978 dont les auteurs sont morts depuis plus de 70 ans (mais ne tombant pas dans le domaine public avant 2048 si elles ont été rééditées avant 2003)</p> <p>- œuvres publiées avant 1978 portant une mention de réserve du droit d'auteur et depuis plus de 95 ans .</p> <p>- œuvres publiées entre 1923 et 1977 sans mention de réserve du droit d'auteur</p> <p>- œuvres publiées entre 1923 et 1963 avec mention de réserve du droit d'auteur mais dont le droit d'auteur n'a pas été renouvelé</p> <p>- œuvres publiées avant 1923,</p> <p>- œuvres étrangères (règles spéciales)</p>	<p>œuvres du gouvernement des États-Unis d'Amérique (article 105)</p>	<p>Œuvres dérivées de contrefaçon</p>	<p>Œuvres consacrées au domaine public</p>
-------------------------------------	----------	---	---	--------------------------	--	---	---	---------------------------------------	--

France	-	Idées Nouvelles informations	Œuvres non originales	Non	Œuvres provenant d'un pays qui n'accorde pas une protection suffisante aux œuvres françaises (L.111-4)	- œuvres dont l'auteur ou les auteurs sont morts depuis plus de 70 ans (L.123-1 et 123-2) - œuvres anonymes, pseudonymes et collectives publiées depuis plus de 70 ans (L.123-3)	Lois et réglementations, décisions de justice, œuvres comportant une valeur normative	-	Incertain
Italie	-	Idées Nouvelles	Œuvres non originales (excepté photographies non originales protégées depuis 20 ans (article 87)	Non	Œuvres étrangères non visées par des traités internationaux ou provenant de pays n'accordant pas de protection aux œuvres italiennes (articles 185-187)	- œuvres dont les auteurs sont morts depuis plus de 70 ans (articles 25 et 26) - œuvres collectives, œuvres anonymes et pseudonymes publiées depuis plus de 70 ans (articles 26 et 27)	Actes officiels de l'État et des administrations publiques	-	Incertain

<p>Kenya</p>	<p>Article 45 :</p> <ul style="list-style-type: none"> - œuvres dont la durée de protection est expirée - œuvres dont les auteurs ont renoncé à leurs droits - œuvres étrangères ne bénéficiant pas de la protection au Kenya 	<p>Idées Informations et nouvelles</p>	<p>Œuvres non originales</p>	<p>Œuvres non fixées</p>	<p>Œuvres étrangères non visées par des traités internationaux (article 23.1))</p>	<p>Article 23.2)</p> <ul style="list-style-type: none"> - œuvres dont l'auteur est mort depuis plus de 50 ans -œuvres audiovisuelles et photographies créées ou rendues disponibles depuis plus de 50 ans - enregistrements sonores et émissions de radiodiffusion enregistrés ou diffusés depuis plus de 50 ans - œuvres anonymes et pseudonymes publiées depuis plus de 50 ans (article 23.3)) - œuvres créées sur commande pour le gouvernement depuis plus de 50 ans (article 25.2) 	<p>Actes officiels</p>	<p>-</p>	<ul style="list-style-type: none"> - œuvres dont les auteurs ont renoncé à leurs droits par une déclaration écrite et rendue publique (article 45.1) b et 2))
---------------------	--	--	------------------------------	--------------------------	--	--	------------------------	----------	--

<p>Malaisie</p>	<p>-</p>	<p>idées, procédés, méthodes de fonctionnement ou concept mathématique en tant que tels (article 7.2A))</p>	<p>Œuvres non originales (article 7.3)a)</p>	<p>Œuvres non fixées (article 7.3)b)</p>	<p>Œuvres étrangères non visées par des traités internationaux ni par une réglementation particulière adoptée par le ministre compétent (article 59A)</p>	<p>- œuvres dont les auteurs sont morts depuis plus de 50 ans (article 17.1)) - œuvres anonymes/ pseudonymes publiées ou rendues disponibles depuis plus de 50 ans (article 17.3)) - enregistrements sonores publiés ou fixés depuis plus de 50 ans (article 19) - émissions radiodiffusées créées depuis plus de 50 ans (article 20) - films publiés depuis plus de 50 ans (article 22) - œuvres d'organismes publics et internationaux publiés depuis plus de 50 ans (article 23)</p>	<p>-</p>	<p>-</p>	<p>Incertain</p>
------------------------	----------	---	--	--	---	--	----------	----------	------------------

République de Corée	-	Idées Compte rendu d'actualités et simples faits	Œuvres non originales	Non	Œuvres étrangères non visées par des traités internationaux (article 3)	- œuvres dont les auteurs sont morts depuis plus de 50 ans (article 39) - œuvres anonymes et pseudonymes rendues publiques depuis plus de 50 ans (article 40) - œuvres créées par un employé dans le cadre des relations de travail rendues publiques ou créées depuis plus de 50 ans (article 41) - œuvres cinématographiques rendues publiques ou créées depuis plus de 50 ans (article 42)	Article 7 - Constitution, lois, traités, décrets, ordonnances et règlements - Notifications émises par l'administration publique ou locale - décisions de justice - traductions ou compilations d'actes officiels établis par l'administration publique ou locale	- œuvres dont l'auteur est mort sans héritier (article 49.1) - œuvre appartenant à une personne morale qui est dissoute (article 49.2)	Incertain
Rwanda	- œuvres dont la durée de protection est expirée - œuvres étrangères (article 6.9))	Article 198 : - idées, procédures, systèmes, modes opératoires, concepts, principes, découvertes ou simples données, même si ceux-ci sont énoncés, décrits, expliqués, illustrés ou incorporés dans une œuvre - Nouvelles quotidiennes ou nouvelles communiquées au public	Œuvres non originales (article 195)	-	œuvres étrangères ne bénéficiaient pas de la protection en vertu d'un instrument international ou dont le pays n'accorde pas une protection équivalente aux œuvres rwandaises (article 8)	- œuvres dont les auteurs sont morts depuis plus de 50 ans (articles 217 et 218) - œuvres anonymes/ pseudonymes publiées, créées ou rendues disponibles depuis plus de 50 ans (article 219) - œuvres collectives, œuvres audiovisuelles et œuvres publiées après la mort de l'auteur, publiées, créées ou rendues disponibles depuis plus de 50 ans (article 220) - œuvres des arts appliqués créés depuis plus de 25 ans (article 221)	Textes officiels d'ordre législatif, administratif ou judiciaire et toutes traductions (article 198)	-	Incertain

ANNEXE II – Atteintes au domaine public

Pays	Droit moral perpétuel	Domaine public payant	Rétablissement du droit d'auteur	Droit au respect de la vie privée	Droits connexes	Mesures techniques
Algérie	OUI	OUI (Limité aux exploitations commerciales)	NON	-	Artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes et de films, organismes de radiodiffusion	
Australie	NON	NON	NON	-	Enregistrements sonores, films cinématographiques, émissions télévisées et radiodiffusées, éditions publiées d'œuvres	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées
Brésil	OUI	NON	NON	-	Artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes, organismes de radiodiffusion	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées
Chili	OUI (contesté)	NON	NON	-	Artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes, organismes de radiodiffusion	NON
Chine	OUI (excepté pour le droit de divulgation)	NON	NON	-	Artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes et de films, organismes de radiodiffusion	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées
Costa Rica	OUI	NON	NON	-	Artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes et de films, organismes de radiodiffusion	

Pays	Droit moral perpétuel	Domaine public payant	Rétablissement du droit d'auteur	Droit au respect de la vie privée	Droits connexes	Mesures techniques
Danemark	OUI (uniquement si des intérêts culturels sont lésés)	NON	Protection d'une durée de 25 ans pour les œuvres posthumes	-	Artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes et de films, radiodiffusion Photographies Droits <i>sui generis</i> sur des bases de données	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées
États-Unis d'Amérique	NON	NON	NON	-	Enregistrements sonores	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées
France	OUI (Limité en cas d'abus)	(uniquement pour des œuvres dont le pays n'accorde pas une protection suffisante aux œuvres françaises, mais n'a jamais été appliqué)	Protection d'une durée de 25 ans pour les œuvres posthumes	-	Artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes et de films, radiodiffusion Droits <i>sui generis</i> sur des bases de données	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées
Italie	OUI	Abrogé en 1996	- Protection d'une durée de 25 ans pour les œuvres posthumes - Protection d'une durée de 25 ans pour une édition critique d'œuvres tombées dans le domaine public	- Utilisation de lettres confidentielles ou privées relevant du domaine public subordonnée au consentement de la famille	Artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes et de films, radiodiffusion Droits <i>sui generis</i> sur des bases de données Photographies non originales	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées
Kenya	OUI	OUI	NON	-	Exécutions ou interprétations, enregistrements sonores, émissions radiodiffusées	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées

Pays	Droit moral perpétuel	Domaine public payant	Rétablissement du droit d'auteur	Droit au respect de la vie privée	Droits connexes	Mesures techniques
Malaisie	NON	NON	NON	-	Artistes interprètes ou exécutants, enregistrement sonores, films, émissions radiodiffusées	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées
République de Corée	NON	NON	NON	-	Interprétations ou exécutions, phonogrammes et émissions radiodiffusées	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées
Rwanda	OUI	OUI (exploitation commerciale)	NON	-	Artistes interprètes ou exécutants, producteurs de phonogrammes, organismes de radiodiffusion	Mesures techniques appliquées uniquement aux œuvres protégées

ANNEXE III – Protection positive du domaine public :

Pays	Définition du domaine public	Protection spéciale	Domaine public payant	Protection selon la jurisprudence
Algérie	Œuvres littéraires et artistiques dont la durée de protection est expirée (article 8)	-	OUI	
Australie	-	-	NON	
Brésil	- œuvres dont la protection est expirée - œuvres d'auteurs morts sans héritiers - œuvres d'auteurs inconnus (folklore) (article 45)	-	NON	
Chili	Article 11 (patrimoine culturel commun) : - œuvres dont la protection est expirée - œuvres d'auteurs inconnus (y.c. folklore) - œuvres dont l'auteur a abandonné ses droits - œuvres étrangères	- libre usage par des tiers - qualification de délit prévue pour interdire la fausse attribution ou la récupération de droits exclusifs sur des œuvres tombées dans le domaine public	NON	
Chine	-		NON	
Costa Rica		Libre usage d'œuvres tombées dans le domaine public	NON	
Danemark	-		NON	
États-Unis d'Amérique			NON	aucun monopole en vertu de la législation de l'État
France	-		NON	Jurisprudence naissante
Italie	-		NON (abrogé)	
Kenya	article 45.1) : œuvres dont la durée de protection est expirée; œuvres étrangères ne bénéficiant pas de la protection au Kenya		OUI	
Malaisie	-		NON	

Pays	Définition du domaine public	Protection spéciale	Domaine public payant	Protection selon la jurisprudence
République de Corée	-		NON	
Rwanda	Article 6.9) : oeuvres dont la durée de protection est expirée; oeuvres étrangères ne bénéficiant pas de la protection en vertu d'un instrument international	Partie du patrimoine national et de la culture (article 202)	OUI	

[Fin du document]