HAL open science

Les stratégies temporelles en droit de la propriété intellectuelle

Iony Randrianirina

▶ To cite this version:

Iony Randrianirina. Les stratégies temporelles en droit de la propriété intellectuelle. Alexandre QUIQUEREZ. Stratégies Internationales et Propriété Intellectuelle, Larcier, pp.39, 2019, Droit, Management et Stratégies, 9782807910515. hal-04214432

HAL Id: hal-04214432

https://hal.science/hal-04214432v1

Submitted on 29 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Les stratégies temporelles en droit de la propriété intellectuelle

Iony Randrianirina

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Lorraine
Institut François Gény EA 7301

Ce jour si long
Trop court encore
Pour le chant de l'alouette !

– Matsuo Bashô –

1.— Le maître du haïku japonais, par ces quelques vers, traduit bien les enjeux de l'écoulement du temps en matière de propriété intellectuelle. Tirer profit du temps imparti par son monopole et de l'échéance de celui d'autrui. L'intrication de l'éternel et du précaire.

2.— Un laboratoire américain, Eli Lilly, obtient un brevet pour protéger le chlorhydrate de fluoxétine, un psychotrope de type inhibiteur sélectif de la recapture de la sérotonine, utilisé comme antidépresseur dans le traitement de certaines maladies. Le médicament ainsi breveté est estampillé de la marque *Prozac*. Malheureusement, ce qui sera plus tard surnommé « la pilule du bonheur » ne peut être commercialisé qu'une fois revêtu de l'autorisation de mise sur le marché, soit dans le délai d'une dizaine voire une douzaine d'années après l'obtention du brevet, le temps de développement du produit. Si l'entreprise Eli Lilly souhaite mettre à profit les vingt annuités d'exploitation exclusive accordées par le brevet, il ne lui reste donc plus que huit à dix ans pour exploiter leur droit d'exclusif. Heureusement, le droit de l'Union européenne a créé un certificat complémentaire de protection (CCP), titre européen qui permet de proroger la durée de protection d'un principe actif entrant dans la composition d'un médicament ou d'un produit phytopharmaceutique couvert par un brevet. C'est ici qu'entre en jeu la stratégie d'entreprise : le CCP a justement vocation à compenser le temps nécessaire à l'obtention de l'autorisation de mise sur le marché des nouveaux médicaments. Le CCP prend donc le relai du brevet à l'expiration de celui-ci pour une durée maximale de cinq ans [1]. Sachant que très souvent, les ventes d'un médicament montent en puissance lors de ses dernières années, le *Prozac* américain a réalisé l'intégralité de son bénéfice sur les cinq années post-brevet grâce à la stratégie de demande de délivrance d'un CCP européen [2].

3.— Dans un tout autre cadre, à l'heure où les producteurs de films de la firme Disney cherchent des œuvres libres de droits à adapter gratuitement au cinéma, un éditeur français, quant à lui, choisit le Canada pour rééditer les treize premiers romans originaux de Ian Fleming autour de son personnage principal James Bond, une décision qui ne relève pas du hasard, et pour cause : lesdits romans sont tombés dans le domaine public sur le territoire canadien, mais pas encore en France ni en Grande-Bretagne [3], et encore moins aux États-Unis [4].

---

[1] La période de protection est allongée de six mois pour les médicaments pédiatriques.

[2] M. MAZIERE, « Génériques, les princeps dans la tempête », *Pharmaceutiques* 2007, dossier Propriété industrielle, p. 60.

[3] Où les romans ne tomberont dans le domaine public qu'au 1er janvier 2035.

[4] Où ils tomberont dans le domaine public en 2049 car pour les œuvres publiées entre 1950 et 1963 dans ce pays, le délai est porté à 95 ans à compter de leur publication (*US Copyright Term Extension Act*, 7 octobre 1998).

4.— Pendant ce temps, dans un village reculé du Zimbabwe, des scientifiques américains déguisés en touristes prennent attentivement des notes en interrogeant un guérisseur autochtone sur ses remèdes miracles à base de plantes endémiques. Ce que Anesu Nkomo ne sait pas, c'est que ses connaissances ancestrales ainsi divulguées vont, en réalité, servir une industrie pharmaceutique multinationale qui développera un nouveau médicament breveté, et cela à son insu et sans en retirer aucun bénéfice.

5.— Dans ces trois cas pratiques, deux types de stratégie de gestion des droits de propriété intellectuelle sont menés autour d'un facteur commun : le temps.

6.— Les actifs immatériels, composés pour une grande part de droits de propriété intellectuelle, représentent « 75 % à 90 % de la capitalisation boursière des grandes entreprises cotées » [5]. Maintenir un niveau de compétitivité pérenne tout en assurant un bénéfice confortable passe donc par une bonne stratégie de gestion des droits de propriété intellectuelle. La tâche est loin d'être aisée eu égard à la durée limitée de la plupart de ces monopoles légaux, à l'exception du droit de marque dont la durée de protection peut être renouvelée indéfiniment. S'il est naturel de vouloir mettre tous les moyens en œuvre pour prolonger au maximum ses droits de propriété intellectuelle, la logique est inversée lorsqu'il s'agit d'exploiter des créations d'autrui : dans ce dernier cas, les entreprises cherchent plutôt à tirer profit de réalisations non protégées afin de minimiser leurs coûts de production. Deux stratégies différentes selon que la création envisagée est ou non objet de propriété.

7.— Le mot stratégie est un terme militaire correspondant à l'art de conduire des forces armées en vue de la victoire [6]. Il s'agit de « réfléchir aux voies et aux moyens qui sont nécessaires pour gagner » [7]. Mais qu'y gagner quand on sait ce que la stratégie est — « un pari calculé » — et ce qu'elle n'est pas — « une certitude » [8] — ?

8.— Dans le milieu des affaires, la stratégie d'entreprise, dans son sens premier, traite « de la survie de l'entreprise et de son devenir face notamment à des concurrents » [9]. Elle peut donc se définir sommairement comme « la détermination des buts à long terme de l'entreprise et le choix des actions et de l'allocation des ressources nécessaires à leur atteinte » [10].

9.— En droit de la propriété intellectuelle, les stratégies de gestion des actifs immatériels ne peuvent sous-estimer le facteur temps, spécialement quand les durées d'exclusivité légale diffèrent d'un État à un autre et qu'elles s'allongent inexorablement, en témoigne l'histoire. En France, les droits relatifs aux spectacles duraient initialement jusqu'à cinq ans *post mortem auctoris*, et dix ans *post mortem* pour toutes les autres œuvres. Cette durée de protection fut uniformisée à dix ans pour toutes les œuvres. La protection fut de nouveau modifiée en 1810 pour le droit de reproduction — extension à vingt ans *post mortem* —, puis en 1844 pour le

---

[5] R. LALLEMENT, « Évaluation et valorisation financière de la propriété intellectuelle : nouveaux enjeux, nouveaux mécanismes », *Centre d'analyse stratégique*, note de veille n° 111, oct. 2008, p. 2.

[6] Le mot vient des termes grecs *stratos* (armée) ; *agos* (je conduis) ; *stratègos* (chef d'armée) ; et *stratègia* (commandement d'une armée).

[7] L. LEHMANN-ORTEGA, F. LEROY, B. GARRETTE, P. DUSSAUGE, R. DURAND et al., *Strategor*, 7e éd., Dunod, 2016.

[8] Ph. MAILLOT, *Stratégie de l'entreprise*, Gualino, 2007, p. 19.

[9] Th. LOILIER et A. TELLIER, « La stratégie : fondements et pôles d'interrogation récurrents », in *Les grands auteurs en stratégie*, EMS, 2007, p. 8.

[10] A. CHANDLER, *Stratégies et structures de l'entreprise*, Éditions d'Organisation, 1989, p. 13.

droit de représentation [11]. En 1854, à la suite d'une nouvelle réforme, le droit exclusif est étendu à trente ans *post mortem* et en 1866, à cinquante ans. Cette durée est reprise en 1957 mais en 1985, une durée de protection particulière est adoptée pour les œuvres musicales : soixante-dix ans *post mortem*. Une loi française de 1997 transpose une directive européenne de 1993 et uniformise le délai qui est désormais de soixante-dix ans *post mortem* pour toutes les œuvres. Une semblable évolution est observée aux États-Unis. Dans le premier *Copyright Act* du 31 mai 1790, la durée de protection était de quatorze ans après la publication de l'œuvre [12]. Elle est passée en 1909 à vingt-huit ans, avec une possibilité de renouvellement de vingt-huit ans. L'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne en 1989 aligne la législation sur la règle des cinquante ans *post mortem*. Enfin, pour s'aligner sur la durée de protection en vigueur dans le droit de l'Union européenne, en 1998, la loi américaine étend le délai de protection à soixante-dix ans *post mortem* en ce qui concerne les œuvres solitaires. Récemment, une directive européenne du 27 septembre 2011 a allongé la durée de protection des interprétations fixées sur phonogrammes à soixante-dix ans pour les artistes-interprètes et les producteurs [13].

10.— Le temps, allié ou ennemi ? Tout dépend de l'angle de vue, l'essentiel étant moins dans la gestion du temps que dans une exploitation illimitée des actifs immatériels. D'où une position stratégique consistant tantôt dans la prolongation de la durée du temps lorsque l'entreprise exploite ses propres créations (**I**), tantôt dans l'écoulement du temps lorsqu'elle exploite les créations réalisées par les tiers (**II**).

I. LES STRATEGIES ADOPTEES PAR LES PROPRIETAIRES DES CREATIONS

11.— Les stratégies consistant dans la prolongation du temps visent à maintenir un droit de propriété intellectuelle le plus longtemps possible. Selon son domaine d'activité, une entreprise essaiera de proroger tantôt ses droits de propriété littéraire et artistique (A), tantôt ses droits sur des dessins ou modèles (B), tantôt son brevet d'invention (C).

A. La prolongation des droits de propriété littéraire et artistique

12.— Les exemples qui suivent tendent à démontrer que la stratégie adoptée en matière de gestion des droits de propriété littéraire et artistique repose essentiellement sur des voies détournées aux fins de préserver un monopole d'exploitation.

13.— Ainsi, les personnages d'œuvres littéraires et de séquences animées sont systématiquement déposés comme marques : celui du prince dessiné par Antoine de Saint-Exupéry, la rose, le renard, la planète aux Baobabs, sont déposés comme marques dans un but évident de prolonger la durée de protection des illustrations du *Petit Prince* ; *Goldorak* est enregistré comme marque pour désigner des produits dérivés du dessin animé [14]. Le phénomène n'est guère nouveau, en témoignent les enregistrements du clown Ronald de *MacDonald* ou encore du personnage de *Monsieur Propre*. Certaines tentatives échouent cependant lorsque la protection revendiquée vise la désignation d'une œuvre de l'esprit, non assimilée à des produits ou des services. Ainsi en a décidé la Chambre des recours de l'Office de l'Union européenne

[11] L'idée générale était alors d'assurer des revenus à la veuve et aux enfants de l'auteur.

[12] Le point de départ étant ici celui de la publication de l'œuvre et non la mort de l'auteur.

[13] Dir. n° 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 sept. 2011, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins et modifiant la dir. n° 2006/116/CE, JOUE L 265/1, 11 oct. 2011.

[14] Paris, 1re ch., 24 juin 2009, RG n° 07/22307, *RLDI* 2009, n° 51, 1674 ; S. THIERRY, « La protection des marques verbales par le droit d'auteur », in *Droits de propriété intellectuelle, Liber amicorum G. Bonet*, Litec, 2010, p. 87.

pour la propriété intellectuelle (EUIPO) en constatant que l'expression « Jean de Florette » n'indique pas « l'origine commerciale des livres, films, vidéos, DVD ou "Blu-ray", mais leur origine artistique », la marque ne pouvant porter que sur des signes « qui développent les fonctions caractéristiques des marques », c'est-à-dire la garantie d'identité d'origine des produits ou services désignés [15]. L'EUIPO entérine ainsi une décision du Tribunal de l'Union européenne interdisant l'enregistrement de la marque *Dr No* pour désigner une œuvre cinématographique [16]. Conformément à sa jurisprudence désormais constante, la Chambre des recours de l'EUIPO a récemment refusé l'enregistrement du titre *Das Tagebuch der Anne Frank*, lequel « n'est connu qu'en relation avec un livre particulier », « titre unique et distinctif d'un livre particulier » [17].

14.— La reconstitution du droit exclusif peut encore être tentée via le droit moral de l'auteur. C'est ainsi que la veuve d'Henri Salvador a pu intenter avec succès une action mettant en cause l'édition d'un CD de compilation d'interprétations tombées dans le domaine public. La Cour de cassation a accédé à la demande sur le fondement de la perpétuité du droit moral de l'artiste-interprète et de celui de l'auteur [18].

15.— L'intervention du droit de l'Union européenne peut également aider à étendre le droit exclusif au-delà de la protection nationale en invoquant l'objectif d'uniformisation. C'est ainsi que la Cour de Justice, en alignant le régime de protection d'une œuvre créée sur le territoire d'un Etat membre sur le régime le plus accueillant, oblige indirectement les États à couvrir des éléments jusqu'alors exclus de leur protection locale [19].

---

[15] EUIPO, Ch. Recours, 12 mars 2012, aff. R. 1573/2011-5, L'Eau des collines-Éditions de la treille c/ Bernard Magrez Grands vignobles.

[16] Trib. UE, 30 juin 2009, aff. T-435/05, Danjaq c/ OHMI, pt 25 : « l'examen des documents présentés par la requérante met en évidence que les signes *Dr. No* et *Dr. NO* n'indiquent pas l'origine commerciale des films, mais leur origine artistique ».

[17] OHMI, 31 août 2015, aff. R. 2400/2014-4, Das Tagebuch der Anne Frank.

[18] Civ. 1re, 24 sept. 2009, n° 08-11.112 : *D*. 2009, p. 2486, obs. J. DALEAU ; *RTD com*. 2010, p. 129, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *RIDA* oct. 2009, p. 311, obs. P. SIRINELLI ; *Légipresse* 2009, n° 267, II, p. 171, obs. C. ALLEAUME ; *Comm. com. électr.* 2009, Comm. 98, obs. C. CARON ; *Légipresse* 2010, n° 268, III, p. 11, note X. DAVERAT ; *Comm. com. électr.* 2010, Chron. 4, obs. X. DAVERAT ; *Gaz. Pal.* 17-18 févr. 2010, 17, obs. L. MARINO ; *Propr. intell.* 2010, p. 639, obs. J.-M. BRUGUIERE ; T. AZZI, « L'arrêt Henri Salvador : menace sur le domaine public en droit de la propriété littéraire et artistique », *D*. 2010, p. 1466. Sur le droit moral de l'artiste-interprète, la Cour rappelle que « le droit imprescriptible reconnu à l'artiste-interprète au respect de son interprétation lui permet de s'opposer à toute reproduction altérée de celle-ci, quand bien même l'altération de l'interprétation procéderait de l'enregistrement d'origine et serait appréciée au regard de l'écoulement du temps et de l'évolution des techniques, qu'ayant constaté que la compilation litigieuse était d'une qualité sonore de grande médiocrité, la cour d'appel a caractérisé l'atteinte au droit moral ». Sur le droit moral de l'auteur – Henri Salvador ayant écrit quelques-unes des chansons reproduites sur la compilation –, la Cour reproche aux défendeurs le fait que l'œuvre soit distribuée comme un « produit de promotion de la grande distribution, étranger à la sphère artistique ».

[19] CJUE, 20 janv. 2009, aff. C-240/07, Sony Music Entertainment (Germany) GmbH c/ Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH. Dans cette affaire, la filiale allemande de la société Sony, titulaire des droits d'auteur sur les chansons de Bob Dylan, entendait faire cesser la diffusion, par la société Falcon, des CD reproduisant certaines chansons enregistrées en 1964. La défenderesse, société allemande également, opposait l'absence de droits revenant à Sony sur les chansons litigieuses, son monopole n'étant garanti en Allemagne que pour les œuvres postérieures à 1966. Les juges du fond allemands interrogèrent alors la CJCE sur la portée de l'article 10 de la directive relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins. La question était de savoir si le droit protégé devait l'être dans l'État membre où la protection était réclamée. La Cour considère que rien dans le texte de la directive ne permet de postuler une telle exigence : il suffit donc que l'œuvre soit protégée dans n'importe lequel des États membres pour bénéficier d'une protection uniforme.

16.— D'autres entreprises tentent une prorogation artificielle de leurs droits exclusifs d'exploitation en invoquant d'autres droits de propriété intellectuelle. Il a ainsi été observé que certaines entreprises, avant l'expiration du droit d'auteur sur une œuvre solitaire, invoquaient la nature d'œuvre de collaboration, à l'instar des sociétés Arima et Cavonda International Music Promotion BV qui exploitent les droits des héritiers de Maurice Ravel sur le *Boléro*. Ce dernier, à l'origine composé pour un ballet au Palais Garnier, aurait en effet été créé en 1928 par Ravel, en collaboration avec la chorégraphe Bronislava Nijinska et le décorateur Alexandre Nikolaïevitch Benois. En associant ainsi les héritiers Benois au processus de création, la société exploitant le *Boléro* était assurée d'un prolongement de son monopole d'une durée de vingt-trois ans et cent vingt jours de plus. L'histoire nous apprendra que la stratégie a échoué [20], ce qui semble avoir découragé le Fonds Anne Frank d'agir de même. Ce dernier a en effet tenté d'empêcher le *Journal d'Anne Frank* de tomber dans le domaine public en essayant de démontrer que le père de la jeune fille, Otto Frank, a collaboré à la création de l'œuvre en supprimant certains détails trop personnels, notamment ceux où Anne évoque son éveil à la sexualité. Une stratégie qui permettrait une entrée dans le domaine public au 1er janvier 2051 au lieu du 1er janvier 2016, soit une prorogation de trente-cinq années supplémentaires [21]. La tentative ne semble pas avoir été menée à son terme. C'est l'occasion de nous rendre compte que la stratégie « est avant toute chose une décision qui nous semble intelligente ou agréable, mais qui n'assure aucunement que le résultat soit à la hauteur de nos espérances » [22].

17.— Mais le cas le plus emblématique des stratégies temporelles reste l'action de lobbying menée par la firme Disney pour faire voter le 7 octobre 1998 par les deux chambres du Congrès américain le fameux *Copyright Term Extension Act*, parfois baptisé « Mickey Mouse Protection Act ». Le résultat fait passer les droits des auteurs de cinquante à soixante-dix ans *post mortem* et ceux des sociétés, de soixante-quinze ans à la période la plus courte entre cent vingt ans après la création et quatre-vingt-quinze ans après la publication [23]. L'idée était d'aligner la législation américaine sur la législation européenne. Mickey peut couler des jours heureux jusqu'en 2023 au plus tôt. De quoi inspirer la société Moulinsart qui cherche activement une stratégie pour empêcher les œuvres d'Hergé de tomber dans « les limbes du domaine public » [24] en 2054. Interrogé à ce sujet par les journalistes du *Monde*, Nick Rodwell, administrateur de la société Moulinsart, répond sans ambiguïté : « we shall certainly talk to the Belgium government ».

18.— Si certains rivalisent d'ingéniosité dans leurs tentatives de proroger leurs droits de propriété littéraire et artistique, d'autres déploient des stratagèmes pour prolonger leurs monopoles sur des dessins ou modèles déposés.

---

[20] L. LUTAUD et Th. HILLERITEAU, « Boléro de Ravel : les négociations secrètes des héritiers avec la Sacem », *Le Figaro*, 3 mai 2016.

[21] D. BELOT, « Droit d'auteur - Durée - Le Journal d'Anne Frank : nouvelle bataille pour éviter le domaine public ? », *Juris art etc.* 2015, n°30, p.7.

[22] Ph. MAILLOT, *Stratégie de l'entreprise*, Gualino, 2007, p. 19.

[23] F. BIANCHI, « Comment Disney bataille depuis 88 ans pour protéger Mickey », http://bfmbusiness.bfmtv.com/entreprise/comment-disney-bataille-depuis-88-ans-pour-proteger-mickey-943780.html . Les journalistes avancent la somme de 87,6 millions de dollars, dépensée au total depuis 1997 par le comité d'action politique de Disney pour investir dans ce que le droit américain nomme le sponsoring. Un montant de 149 600 dollars aurait été versé aux élus lors de cette campagne, selon le site Priceonomics. Le jour même de la signature de la nouvelle loi, note une avocate constitutionnelle américaine sur un forum, le leader des Républicains au Sénat Trent Lott aurait perçu directement 1 000 dollars.

[24] L'expression est de D. BELOT, « La stratégie Tintin », *Juris art etc.* 2014, n°17, p.37.

B. La prolongation du droit des dessins et modèles

19.— Dans beaucoup de secteurs de l'industrie, la durée de protection des dessins et modèles est estimée trop brève. Les entreprises leur préfèrent largement le régime du droit des marques ou celui du droit d'auteur. La stratégie le plus souvent adoptée est une solution de repli sur l'enregistrement dans la base « marques », sauf dans les rares pays refusant encore la protection des marques tridimensionnelles comme en Amérique Latine [25]. L'industrie de la mode, quant à elle, très réactive aux nouvelles tendances, assiste rarement à des dépôts de dessins ou de modèles [26], ce qui fait intervenir le droit d'auteur par défaut, en vertu de la règle de l'unité de l'art. Les plus chanceux parviennent à cumuler les protections en déposant leurs dessins ou modèles comme marques tridimensionnelles à l'expiration de la période de protection de vingt-cinq ans. Le modèle de voiture *Mini-Cooper* a pu être déposé comme marque le 1er avril 1996, ce qui prolonge le monopole sur le modèle déposé dans les années 1960. La stratégie est moins payante en France où l'enregistrement comme marque a été refusé concernant la brique de *Lego* et le lapin en chocolat de *Lindt*.

20.— La forme d'un produit ou de l'emballage d'un produit n'étant plus protégée par un modèle tombé dans le domaine public, grande est la tentation, voire la tentative, des entreprises de prolonger artificiellement les droits de propriété intellectuelle par l'enregistrement de la même forme en tant que marque [27]. Mais l'exercice relève le plus souvent du « coup de poker » car peu d'offices d'enregistrement accèdent à ce type de demande. Sans compter la multitude de critères d'enregistrement propres à chaque législation. Le défaut de distinctivité est le premier motif de refus d'enregistrement d'une marque tridimensionnelle reprenant la forme d'un produit ou de son conditionnement. Les examinateurs de l'EUIPO sont ainsi réputés pour leur sévérité. Cette rigueur peut donc être contournée par l'ajout d'un élément figuratif ou verbal sur la forme ou le conditionnement concerné [28]. Certains systèmes juridiques ont des règles encore plus rigoureuses que l'EUIPO. Ainsi, le Japon ne reconnaît la protection des marques tridimensionnelles que depuis 1997, accueillant enfin la forme de la bouteille de *Coca-Cola*, pourtant enregistrée comme marque à l'USPTO [29] depuis le 1er janvier 1916.

21.— Enfin, le brevet d'invention constitue également un des droits de propriété industrielle des plus rentables et donc des plus convoités. Les stratégies visant à faire perdurer le monopole de leurs titulaires sont les plus recherchées en ce domaine.

C. La prolongation du brevet d'invention

22.— La seule prolongation officielle qui existe du brevet d'invention est offerte par le certificat complémentaire européen de protection délivré pour des produits pharmaceutiques nouveaux. C'est un titre qui permet de prolonger le monopole pour une durée maximale de cinq ans. Les industries pharmaceutiques utilisent fréquemment cette mesure pour tenir compte des délais particulièrement longs s'écoulant entre le dépôt de la demande de brevet et la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché [30]. La moindre année supplémentaire d'exclusivité

---

[25] Et jusqu'à récemment encore le Japon et la Chine.

[26] N. HADJADJ-CAZIER (sous la dir. de), *Les stratégies de protection du design*, La Documentation française, 2003, p. 72 et s.

[27] Ibidem, p. 89.

[28] Conseil donné par F. SOUTOUL et J.-Ph. BRESSON, « Les marques tridimensionnelles dans la pratique française et communautaire », *Magazine de l'OMPI*, févr. 2009.

[29] United States Patent and Trademark Office.

[30] P. CORBEL, *Management stratégique des droits de la propriété intellectuelle*, Gualino, 2007, p. 55.

compte quand on sait que, pour un même médicament, l'inventeur demande plusieurs brevets en série protégeant ainsi toutes les technologies complémentaires telles que les procédés de fabrication, les nouvelles formules, les nouvelles applications et les nouvelles combinaisons de molécules.

23.— D'autres stratégies comme la stratégie de marque sont également utilisées par les entreprises pour tenter de proroger leur monopole d'exploitation de l'invention. Il a ainsi été observé que dans nombre d'industries pharmaceutiques, une bonne marque permet de vendre de façon rentable des médicaments qui ne sont plus protégés par un brevet arrivant à expiration [31]. La stratégie de marque a en effet été utilisée pour prolonger l'exclusivité d'exploitation de l'aspirine, créée en 1897 par Felix Hoffman pour Bayer, et brevetée en 1899. A l'arrivée du terme du brevet, toute une campagne de promotion a été organisée autour de la marque concernant un nouveau produit. Dans le même temps, Bayer a déposé la marque *Aspirin*. La même stratégie de marque a été réutilisée par Bayer concernant le médicament *Cipro* à l'expiration du brevet du même nom [32]. On peut donc constater que les laboratoires pharmaceutiques désignent systématiquement leur principe actif par une marque, et ne communiquent qu'à partir d'elle. Ainsi en est-il de l'entreprise Sanofi, à en croire son rapport annuel de gestion pour l'année 2014 [33].

24.— Ces différentes stratégies utilisées pour prolonger un monopole amènent à s'interroger sur l'utilité de la limitation temporelle des droits de propriété intellectuelle [34]. Elle apparaît pour la première fois en France à l'issue d'une Déclaration du 24 décembre 1762 qui vint mettre un terme aux concessions illimitées sous l'Ancien régime : « Les privilèges en fait de commerce qui ont pour objet de récompenser l'industrie des inventeurs ou d'exciter celle qui languissait dans une concurrence sans émulation n'ont pas toujours eu le succès qu'on en peut attendre (...) parce que des privilèges accordés pour des temps illimités semblent plutôt être un patrimoine héréditaire qu'une récompense personnelle à l'inventeur » [35]. Le professeur Bruguière défend quant à lui le droit du public à l'information, ainsi que la liberté d'entreprendre en dénonçant qu' « une propriété trop longue ou éternelle, c'est une rente et une rente c'est économiquement néfaste » [36]. Chacun l'aura compris, les droits de propriété intellectuelle ont, soit une fonction de récompense, soit une fonction de préservation de l'intérêt général.

25.— L'allongement de la durée du monopole n'est donc pas sans inconvénients. D'une part, le rapport Lévy-Jouyet sur l'économie de l'immatériel constate que « si un allongement éventuel ultérieur de la durée du droit de l'industriel s'applique à une œuvre déjà commercialisée, il donne lieu à un surcroît de rente sans contrepartie économique » [37]. D'autre part, la prolongation du monopole est nécessairement plus onéreuse du point de vue de l'utilisateur de la création. C'est ainsi que le juge Breyer observait, dans une opinion dissidente de la décision de la Cour suprême du 15 janvier 2003 sur l'extension de durée de protection de la loi américaine que « ce n'est pas aux auteurs qu'il faut penser mais à ceux qui payent, par exemple, à la Compagnie United Airlines, bien obligée de répercuter sur ses clients le coût des

---

[31] Ch. LE BAS, « Brevet et multi-protection : définition, formes, déterminants, enjeux », in *Les nouveaux usages du brevet d'invention, entre innovation et abus*, sous la dir. de J.-P. GASNIER et N. BRONZO, Puam, 2014, p. 28.
[32] N. BINCTIN, *Stratégie d'entreprise et propriété intellectuelle*, LGDJ, 2015, p. 99.
[33] Idem, p. 100.
[34] Pour un rappel historique, cf. J.-M. BRUGUIERE, « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *Propr. ind.* 2010, n° 10, dossier 10.
[35] Texte cité par J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 270.
[36] J.-M. BRUGUIERE, « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », op. cit.
[37] Rapp. Lévy-Jouyet présenté au nom de la Commission sur l'économie de l'immatériel, nov. 2006.

500.000 dollars que représente la rémunération des titulaires de droits pour l'utilisation de *Rhapsody in Blue* et dont l'allongement de la durée de protection alourdit les charges, sans représenter la moindre incitation supplémentaire à la création » [38]. Un autre argument à l'encontre d'un allongement de la durée du monopole consiste à montrer que les durées longues de protection n'ont pas réellement l'effet incitatif sur la création que sont supposés induire les droits intellectuels. Une étude économique a permis de le prouver. Ainsi, la décision d'investir dans une production culturelle dépend de la comparaison que fait le producteur entre le montant de l'investissement initial effectué aujourd'hui et le flux des revenus anticipés mais réalisés dans le futur. La comparaison des deux sommes demande donc un calcul d'actualisation. La valeur actuelle correspondant à un revenu de 100 euros que l'on percevrait dans cinquante ans doit être calculée en tenant compte du prix du temps, c'est-à-dire du taux d'escompte que les individus appliquent au futur. La valeur actuelle d'un revenu d'un euro obtenu dans cinquante ans n'est ainsi que de 0,0339 euro – 100/(1+i)50 – avec un taux d'actualisation constant de 7 %. De même, la valeur actuelle des bénéfices engendrés par l'exploitation d'une œuvre qui rapporte un euro par an pendant cinquante ans est de 13,80 euros. Rallonger la durée des droits de vingt ans n'augmentera la valeur actuelle de cette somme que d'un pourcentage très faible, et n'aura donc probablement aucun effet incitatif (le supplément de revenus généré sur les vingt années suivantes grâce à l'allongement de la durée des droits voisins est équivalent à 0,359 euros actuels, soit 2,6 % de revenu supplémentaire) [39].

26.— Au vu des effets de la prolongation des droits de propriété intellectuelle, il est permis de rejoindre la position du professeur Bruguière lorsqu'il écrit qu' « on ne crée pas plus en étant protégé, dix, quinze, ou vingt ans de plus. Cela n'est pas sérieux » [40]. Le constat est d'autant plus vrai que ce ne sont pas les créateurs qui bénéficient personnellement de l'allongement du monopole, ce sont leurs ayants droit, principalement les producteurs investisseurs.

27.— Ainsi que nous l'avons évoqué tout au long de cette première partie, une des meilleures stratégies d'exploitation d'une création consiste dans la prolongation temporelle du monopole légal. Quoi de plus naturel que de vouloir rester maître de ses productions intellectuelles *ad vitam aeternam* ! Mais curieusement, lorsqu'il s'agit d'exploiter une création appartenant à autrui, les entreprises, du moins celles qui ne souhaitent pas investir dans des licences d'exploitation, se ruent sur les créations tombées dans le domaine public afin de pouvoir en tirer un maximum de profit et de les adapter librement. De telles stratégies sont nombreuses qui laissent patiemment écouler le temps au lieu de vouloir l'étendre indéfiniment.

II. LES STRATEGIES ADOPTEES PAR LES EXPLOITANTS DES CREATIONS

28.— Deux catégories de créations sont massivement et lucrativement exploitées grâce à l'écoulement du temps : ce sont, d'une part, les créations tombées dans le domaine public (A) et, d'autre part, les créations du folklore et les savoirs traditionnels (B).

A. L'exploitation des créations tombées dans le domaine public

29.— L'intérêt pour les créations tombées dans le domaine public est ancien. Multiples sont les procédés qui consistent à s'inspirer d'une œuvre connue d'un public déjà acquis tout en

[38] Cour suprême des États-Unis, 15 janv. 2003, *Propr. intell.* 2003, n° 7, p. 170, obs. A. LUCAS.

[39] N. MOUREAU et A. MARCIANO, « Durée optimale de protection : les économistes battent la mesure », *Juris art etc.* 2013, n°3, p.22 et s.

[40] J.-M. BRUGUIERE, « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », op. cit.

jouissant de la possibilité infinie d'exploiter cette création sans être entravé dans ses productions par des tiers titulaires de droits de propriété intellectuelle. L'utilisation des créations dont le monopole est expiré est d'autant plus rentable qu'aucune redevance n'est à investir [41]. Ainsi, dans le cadre d'une récente étude sur la valeur du domaine public [42], Inkle, l'une des 24 entreprises du secteur de la création interrogées, a avoué se servir de contenus libres de droits pour développer une application mobile basée sur l'œuvre de Jules Verne. Onilo, une société spécialisée dans la technologie, propose aux écoles des livres animés pour enfants dont certains sont des adaptations d'œuvres tombées dans le domaine public.

30.— Les titulaires de droits intellectuels eux-mêmes tiennent à la maîtrise de leurs œuvres même tombées dans le domaine public. Ainsi, la Motion Pictures Association of America (MPAA), le puissant lobby des studios hollywoodiens, a demandé à Google de déréférencer un site Internet qui permettait d'accéder à des films relevant du domaine public, dénonçant une violation du copyright relatif au film *His Girl Friday*, sorti en 1940. Le moteur de recherche a refusé d'accéder à la demande, à bon droit puisque l'œuvre était tombée dans le domaine public aux États-Unis en 1967 [43].

31.— Une étude comparée et chiffrée de l'exploitation d'œuvres protégées et d'œuvres tombées dans le domaine public montre qu'il y a plus d'exemplaires vendus dans le dernier cas. Ainsi, entre 1913 et 1932, un ouvrage tombé dans le domaine public a été en moyenne édité 5,2 fois contre 3,2 fois pour un ouvrage protégé par le droit d'auteur [44]. La même étude dévoile que les ouvrages tombés dans le domaine public ont un coût moyen de 3,85 dollars contre 8,05 dollars pour les ouvrages protégés. Par ailleurs, l'auteur de l'étude démontre que tant que la perte est compensée par l'avantage d'un supplément créatif, l'entreprise productrice tire profit de la jouissance de droits de propriété intellectuelle. Mais lorsque les pertes égalent les gains créés par le monopole, la durée de protection est optimale. Au-delà de ce seuil optimal, il devient plus coûteux que bénéfique de maintenir les droits exclusifs des titulaires. Il est donc préférable de laisser les œuvres tomber dans le domaine public. Autrement dit, la détermination de la durée de protection optimale est obtenue par la comparaison des bénéfices attendus et des coûts engendrés par la protection légale.

32.— Le roman *Alice's Adventures in Wonderland*, plus connu en France sous sa traduction française *Alice au Pays des Merveilles*, édité en 1865 sous la plume de Lewis Caroll, est tombé dans le domaine public depuis longtemps, son illustre auteur étant décédé en 1898. La disparition des droits patrimoniaux fait alors le bonheur des producteurs de la firme Walt Disney dès l'année 1951, date de la sortie du film d'animation adapté du roman. Le phénomène de l'adaptation devient une recette miracle : c'est à celui qui produira la plus belle illustration, la plus belle préface, la traduction la plus innovante, le meilleur commentaire, et surtout le prix le plus attractif. Les rééditions du roman culte, sous toutes ses formes, se vendent comme des petits pains. On ne change pas une stratégie gagnante : la société Walt Disney, si elle protège ses propres créations comme une louve, tire pourtant un profit confortable des œuvres tombées dans le domaine public. *Cendrillon*, *Pinocchio*, *La Belle et la Bête*, *le Bossu de Notre-Dame*, *Aladdin*, sont autant d'exemples d'adaptations de contes désormais libres de droits, une

---

[41] K. ERICKSON, « Le domaine public, une formidable source de valeur », *OMPI Magazine* 2015, n° 4, p. 34.

[42] Ibidem.

[43] Civ. 1re, 17 déc. 2009, n° 07-21.115 et n° 07-21.553 : *JDI* 2010, n° 2010-4, p. 1221, note A.-E. KAHN, *Comm. com. électr.* 2010, n° 7, p. 10, note Y. GAUBIAC ; *Propr. intell.* 2010, n° 35, p. 733, note A. LUCAS ; *RLDI* 2010, n° 56, p. 25, note L. COSTES.

[44] P. HEALD, *Copyright Ownership and Efficient Exploitation : An Empirical Study of American Works Before and After They Enter the Public Domain*, Mimeo, 2006, *passim*.

cinquantaine au total. Le film *La Reine de Neiges* a ainsi généré 1,27 milliard de dollars pour sa seule exploitation en salles, sans compter les ventes de produits dérivés.

33.— Toujours pour illustrer la volonté farouche des auteurs de contrôler l'exploitation de leurs œuvres, même tombées dans le domaine public, le chanteur Henri Salvador protestait contre l'édition par une société de production d'une compilation de dix-huit chansons, enregistrées entre 1948 et 1952, qui reproduisait ses interprétations, tombées dans le domaine public [45]. Les chansons étaient d'une qualité sonore médiocre, et les supports CD étaient vendus pour 1 euro dans les grandes surfaces. L'artiste a eu raison de la bataille judiciaire qui s'en est suivie puisque la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris lui ayant accordé des dommages et intérêts en constatant une violation de son droit moral d'artiste-interprète, de son droit à l'image et de son droit moral d'auteur [46].

34.— Les stratégies temporelles sont efficaces tant qu'elles ont vocation à s'appliquer à l'intérieur d'un seul et même pays, ou que les délais de protection sont identiques dans toutes les législations. Mais leur efficience trouve vite ses limites au plan international dès lors que les États adoptent des périodes de monopole différentes. Ainsi, les romans de Ian Fleming autour du personnage de James Bond sont tombés dans le domaine public au Canada, où le délai de protection est de seulement cinquante ans contre soixante-dix ans dans la majorité des pays mondiaux. En France ou en Grande Bretagne, par exemple, il faudra attendre le 1er janvier 2035 pour pouvoir exploiter les œuvres sans recourir à une licence. Aux États-Unis, les œuvres seront libres de droits en 2049 seulement car dans ce pays, pour les œuvres publiées entre 1950 et 1963, le délai est porté à quatre-vingt-quinze ans à compter de leur publication. Concernant ces romans en version originale, le problème du respect des droits d'auteur se pose à l'heure de la numérisation systématisée des œuvres et de leur circulation via les modes de communication sur Internet. La société d'édition Gallimard a ainsi porté plainte contre le site web collaboratif Wikisource, lequel a mis en ligne des œuvres libres de droit au Canada qui s'étaient retrouvées accessibles en France. Le demandeur a obtenu gain de cause puisque les œuvres numérisées d'Apollinaire, de Gide et d'Éluard ne sont désormais plus accessibles depuis la France [47]. Cette affaire soulève, outre les problématiques liées à la gestion du temps dans l'exploitation des œuvres, d'autres interrogations relatives à la territorialité de la protection, à l'heure de la circulation des créations sur Internet. Ce qui n'est pas sans rappeler les affaires Google Books [48].

35.— Sachant désormais la valeur économique des œuvres devenues libres de droit, ainsi que leur faible coût d'exploitation, nul ne s'étonnera plus d'apprendre que la société Moulinsart cherche aujourd'hui des moyens d'empêcher les bandes dessinées *Tintin* de tomber dans le domaine public.

---

[45] Cf. *supra*, n° 14.

[46] Civ. 1re, 24 sept. 2009, n° 08-11.112, précité note n° 18.

[47]https://fr.wikisource.org/wiki/Wikisource:Demande_des_%C3%A9ditions_Gallimard_du_15_f%C3%A9vrier_2010

[48] A. LUCAS, note sous US Court of Appeals for the Second Circuit, 16 octobre 2015, The Authors Guild et autres contre Google Inc., *Propr. intell*. 2016, n° 58, p. 59 ; L. MARINO, « États-Unis : Google Books sauvé par le fair use », note sous US Court of Appeals for the Second Circuit, 16 octobre 2015, The Authors Guild et a. c/ Google Inc, requête numéro 13-4829-cv, *Gaz. Pal*. 2016, n° 6 ; S. CARRE et G. VERCKEN, « Google et la fortune du droit d'auteur », *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 119.

36.— Après les créations tombées dans le domaine public, ce sont aussi les créations du folklore et les savoirs traditionnels qui sont massivement exploitées par les entreprises, toujours en raison de leur rentabilité.

B. L'exploitation des créations du folklore et des savoirs traditionnels

37.— Le terme « folklore » [49] semble avoir été employé pour la première fois en 1846 par l'archéologue anglais W.-J. Thoms, directeur de la revue *Notes and Queries*, pour traduire l'idée de traditions, coutumes et superstitions des gens du peuple [50]. Il a par la suite fini par désigner tout le contenu évoqué par les notions de « savoir du peuple » et de « culture du peuple » [51]. Aujourd'hui, les travaux du Comité intergouvernemental de l'OMPI utilisent désormais ensemble les notions d' « expressions culturelles traditionnelles » et d' « expressions du folklore », considérées dès lors comme synonymes [52]. La classification quadripartite proposée en 1982 dans les Dispositions types de l'OMPI et l'UNESCO demeure largement admise et a été reprise dans le projet de Dispositions élaboré par le Comité intergouvernemental de l'OMPI. Il s'agit d'une part des expressions verbales (récits, légendes, épopées, énigmes et autres narrations), musicales (chansons et musique instrumentale) et corporelles (danses, spectacles, cérémonies, rituels et autres représentations), qu'elles soient fixées ou non sur un support, et d'autre part des expressions tangibles, telles que les peintures (y compris la peinture du corps), sculptures, poteries, objets en terre cuite, mosaïques, travaux sur bois, bijoux, vanneries, travaux d'aiguille, textiles, verreries, tapis, costumes, instruments de musique ou ouvrages d'architecture [53]. Certains auteurs estiment préférable de n'entendre par folklore que « les expressions de la création artistique traditionnelle », sous peine de rendre le système de protection impraticable [54]. En sont donc exclues les croyances traditionnelles et les traditions scientifiques. Le folklore apparaît finalement comme « un sous-ensemble du patrimoine culturel d'une nation » [55]. La notion est moins vaste dans la mesure où elle suppose une activité de création, ce qui exclut notamment les sites naturels, le matériel ethnologique ou le produit des fouilles archéologiques.

38.— Eu égard au fait que les créations du folklore remontent à des temps immémoriaux, elles sont généralement « l'attribut d'une collectivité » et il est impossible d'en identifier l'auteur individualisé [56]. Dès lors, les règles occidentales du droit de la propriété littéraire et artistique ne sont pas adaptées à la préservation des créations du folklore [57]. Cette absence de protection juridique a longtemps fait le bonheur des industries musicales et cinématographiques. La firme Walt Disney nous a ainsi fait connaître les légendes de certaines tribus indiennes et chinoises à

---

[49] qui regroupe les « œuvres des cultures traditionnelles » (P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 10e éd., Puf, 2017, p. 89, n° 74).

[50] MOREIRA DA SILVA, « Folklore et droit d'auteur », *Revue U.E.R*, janv. 1967, p. 54.

[51] NIEDZIELSKA, « Les aspects propriété intellectuelle de la protection du folklore », *Dr. auteur* 1980, p. 279.

[52] Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, 6e session, *Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : options juridiques et de politique*, 2004, WIPO/GRTKF/IC/6/3, n° 16, consultable sur le site http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_6/wipo_grtkf_ic_6_3.pdf.

[53] Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, 10e session, *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : projets d'objectifs et de principes*, WIPO/GRTKF/IC/10/4, p. 12, consultable sur le site http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_10/wipo_grtkf_ic_10_4.pdf.

[54] A. LUCAS-SCHLOETTER, « La protection juridique du folklore », *JCl. Propr. litt. et artist*., Fasc. 1962, n° 12.

[55] Ibidem.

[56] GOBIN, « Le folklore musical », *Les Cahiers du droit*, vol. IV : Pessac 1984, p. 41.

[57] A. LUCAS-SCHLOETTER, « La protection juridique du folklore », précité, n° 20 et s.

travers les films d'animation *Pocahontas* et *Mulan*. Ce qui peut être contesté, d'un point de vue moral et éthique, c'est l'atteinte morale constituée par l'accaparement de ces créations. En effet, les œuvres issues de la reproduction, de la représentation ou de l'imitation des créations du folklore, lorsqu'elles sont divulguées par des artistes occidentaux, peuvent revêtir un caractère original, et partant, recevoir la protection du droit d'auteur. Ce fut le cas de l'album *Deep Forest* — sorti en 1992 — des musiciens Éric Mouquet et Michel Sanchez spécialisés dans la musique « ethnique électronique », dont la chanson la plus célèbre, *Sweet Lullaby*, était issue de l'échantillonnage numérique d'une berceuse chantée dans les îles Salomon. Ainsi encore en est-il de l'album intitulé *Return to Innocence*, du groupe de rock allemand Enigma, qui contenait notamment des échantillonnages numériques de musiques provenant d'un groupe indigène taïwanais [58]. Par ailleurs, le signe verbal *The Haka Dance* est enregistré comme marque à l'INPI, le 10 décembre 1999, par la SARL Cloud's, pour désigner les produits en classes 24, 25 et 28 [59], alors même que le *haka* désigne un mélange de chant et de danse guerriers maori rendu célèbre dans le monde entier par « l'interprétation » qu'en ont fait les All Black avant tout match de rugby.

39.— Le savoir traditionnel, quant à lui, regroupe les « connaissances générées, développées et transmises de manière intergénérationnelle et intragénérationnelle au sein des communautés traditionnelles faisant partie intégrante de leur identité culturelle ainsi que spirituelle » [60]. Les savoirs traditionnels comprennent notamment le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage [61]. La terminologie populaire désigne sous le vocable « copiage légal » le fait de copier une technologie non protégée dans le pays où le copiage a lieu. Ainsi, le Japon ou encore la Corée ont longtemps négligé de légiférer sur les inventions, ce qui a permis un large « copiage légal » dans ces pays [62]. La richesse de la langue révèle aujourd'hui une nouvelle appellation : la biopiraterie.

40.— L'intérêt pour la sauvegarde et la défense des savoirs traditionnels est né d'un phénomène de mode, le *New Age*, tendant à retrouver les valeurs perdues, une certaine spiritualité renouvelée dans les cultures indigènes, d'où la popularité des produits dits « ethniques ». En effet, jusqu'à il y a quelques années, depuis la sensibilisation à la biopiraterie, les industries occidentales ont tendance à exploiter les savoirs et les ressources indigènes sans le consentement des peuples qui les possèdent, et sans même leur en partager les bénéfices. Or, selon la plupart des législations actuelles, une telle exploitation est légale, les savoirs indigènes et le folklore étant considérés par le droit des propriétés intellectuelles comme faisant partie du domaine public [63]. L'affaire usuellement citée en référence est celle dite du margousier d'Inde. L'effet fongicide des extraits hydrophobes de graines de margousier (*azadirachta indica*) est connu et utilisé depuis des siècles en Inde, tant dans les systèmes traditionnels de médecine

---

[58] MILLS, « Indigenous Music and the Law : An Analysis of National and International Legislation », *Yearbook for traditional music*, 59.

[59] Tissus et linge de bain, linge de lit, linge de maison, linge de table en matières textiles, serviettes de toilette en matières textiles, canevas pour la tapisserie ou la broderie, couvertures de voyage, rideaux en matières textiles, stores en matières textiles, tentures murales en matières textiles non tissés. - vêtements - chaussures - chapellerie. - jeux, jouets, articles de gymnastique et de sport (à l'exception des tapis), décorations pour arbres de Noël.

[60] A. TANKOANO, « La signification du terme "traditionnel" dans la notion de savoirs traditionnels », in *Liber Amicorum en l'honneur du professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 797.

[61] Ibidem.

[62] B. REMICHE, « Le droit des brevets au XXIe siècle : simple droit subjectif ou arme stratégique de l'entreprise ? », in *Liber Amicorum en l'honneur du professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 756.

[63] S. VON LEWINSKI, « Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propr. intell.* 2005, n° 14, p. 22.

pour soigner des maladies dermatologiques, que dans les pratiques agricoles traditionnelles pour protéger les récoltes contre des infections mycosiques. Mais en 1994, l'Office européen des brevets délivrait le brevet n° EP0436257 à la société américaine W.R. Grace pour une « méthode propre à combattre les champignons aux plants avec l'huile de margousier extraite hydrophobément ». L'année suivante, un groupe d'ONG internationales et de représentants d'agriculteurs indiens faisait opposition à la demande de brevet ainsi qu'à sa délivrance. Le requérant avait démontré que l'effet fongicide des extraits de graines de margousier était connu et utilisé depuis des siècles dans l'agriculture indienne pour protéger les cultures, et que l'invention alléguée dans la demande EP0436257 n'était donc pas nouvelle. En 2000, l'OEB finit par révoquer le brevet litigieux au motif que « tous les éléments de la (…) revendication avaient été communiqués au public avant la demande de brevet » et que [le brevet] est donc réputé n'impliquer aucune activité inventive » [64].

41.— Toujours en Inde, une affaire similaire concernait l'utilisation du *curcuma longa*, végétal de la famille du gingembre, cultivé depuis des siècles pour ses propriétés cicatrisantes. En 1995, deux ressortissants Indiens du centre médical de l'Université du Mississippi obtenaient le brevet américain n° 5.401.504 pour « une méthode propre à faciliter la cicatrisation d'une blessure, consistant essentiellement en l'administration au patient d'un agent cicatrisant constitué d'une quantité efficace de poudre de curcuma ». L'autorité chargée de l'examen de la demande de brevet avait estimé que l'invention revêtait le caractère de nouveauté au vu des informations auxquelles elle avait eu accès. Mais le Conseil indien de la recherche scientifique et industrielle demanda à l'Office américain des brevets et des marques (USPTO) de réexaminer la demande de brevet au motif que le curcuma était utilisé depuis des siècles pour soigner les blessures et que son usage médicinal n'était donc pas nouveau. La revendication était étayée par des preuves écrites de l'existence du savoir traditionnel, dont un texte ancien en sanskrit et un article publié en 1953 dans le journal de l'Association médicale indienne. L'USPTO ne put que révoquer le brevet.

42.— Dans l'affaire du pélargonium du Cap, la Chambre des recours de l'OEB avait invalidé une demande de brevet déposée par une société pharmaceutique allemande sur un médicament à base de pélargonium du Cap, une espèce de géraniums aux vertus médicales contre la bronchite issue d'un savoir ancestral sud-africain. Grâce à son brevet, la firme allemande avait en effet engrangé des bénéfices sans les partager avec les communautés locales sources du savoir traditionnel, comme le prescrit l'article 8 j de la Convention sur la diversité biologique.

43.— Enfin, plus récemment, la Fondation France Libertés-Danielle Mitterrand, qui traque depuis une dizaine d'années les pratiques de biopiraterie, avait fait opposition, devant l'OEB, à la délivrance d'un brevet octroyé en mars 2015 à l'Institut de Recherche pour le Développement (IRD) sur une molécule issue d'un petit arbre tropical, le *quassia amara*. Les feuilles de *quassia amara* ont en effet des propriétés insecticides et des vertus médicinales bien connues en Amérique latine, où elles sont en particulier utilisées pour traiter des accès de paludisme. Les chercheurs de l'IRD en ont isolé une molécule, la simalikalactone E (SkE), qu'ils destinent à enrichir la pharmacopée antipaludique. Mais avant de se concentrer sur cette plante, ils ont auparavant interrogé des communautés Kali'na, Palikur et Créoles en Guyane, pour connaître leurs remèdes traditionnels, leurs techniques et leurs effets. Le même institut s'est de nouveau retrouvé au cœur d'une polémique similaire en demandant un brevet pour un médicament à base d'acide rosmarinique, principe actif utile contre la Ciguatéra, issu de la décoction de

[64] Sur appel interjeté par la société W.R. Grace, la Chambre des recours de l'OEB a confirmé en 2005 la décision de révocation du brevet EP0436257.

feuilles d'*Heliotropium foertherianum* (ou « faux tabac »). En 2009, l'INPI avait déjà remis en cause la validité de la demande de l'IRD en soulignant l'absence de nouveauté due à trois antériorités. Selon l'INPI, ces antériorités « divulguent l'utilisation d'extraits des plantes pour le traitement de la Ciguatéra ». Un des documents établit que « la plante la plus populaire est *Argusia Argentea*, et un extrait aqueux de ses feuilles a montré une activité contre les intoxications aux ciguatoxines ». Cet extrait divulgué « représente un médicament pour le traitement de la Ciguatéra contenant de l'acide rosmarinique ». Il est enfin indiqué que le remède faisant l'objet des revendications « a été préparé selon la méthode habituellement utilisée », c'est-à-dire la méthode utilisée par les populations locales pour la réalisation du remède traditionnel. En 2010, en réponse à l'avis rendu par l'INPI, les demandeurs ont modifié leurs revendications en ajoutant que le composé de formule générale est utilisé « de façon isolée ». De plus, bien que reconnaissant l'existence de différents remèdes traditionnels et en particulier d'un remède à base d'*Argusia Argentera* relayés dans les antériorités mentionnées, les demandeurs précisaient « qu'il n'existe aucune preuve scientifique de l'efficacité de ce type de traitement ni de son innocuité ». Les demandeurs ajoutent que selon eux « aucun des documents ne divulgue, ni ne suggère quelle(s) pourrai(en)t être la ou les substances chimiques responsables de l'effet des extraits de *H. foertherianum* sur le traitement de la Ciguatéra ». En effet, selon eux, il « n'était pas connu à la date du dépôt de la présente demande de brevet qu'un tel extrait de plante puisse contenir un composé de formule générale tel que l'acide rosmarinique ». La stratégie de dépôt de brevet consistait, dans ce cas précis, à ne pas reconnaître les savoirs dans le domaine de la chimie comme faisant obstacle à la nouveauté d'une invention dès lors qu'un composé a été identifié et isolé. La nouveauté scientifique et l'activité inventive découleraient de l'analyse de l'efficacité des remèdes traditionnels et de l'identification du principe actif. Dès lors, les communautés locales se verraient refuser toute antériorité du fait d'une incapacité à démontrer scientifiquement l'efficacité de leurs traitements ainsi que de leur incapacité à décrire chimiquement, selon les critères occidentaux et scientifiques, le principe actif d'un extrait de plante. La nouveauté résiderait, selon les demandeurs, dans leur niveau d'analyse plus précis et détaillé que celui des communautés locales. Voilà un raisonnement visant à écarter les savoirs autochtones et leurs détenteurs de la possibilité de revendiquer — au moins pour partie — des droits de propriété industrielle du fait de leur prétendue non-scientificité et de leur caractère imprécis comparativement aux méthodes et connaissances scientifiques. La demande de l'IRD est semble-t-il toujours pendante devant l'OEB.

44.— Un conflit culturel surgit nécessairement lorsque, du point de vue des peuples indigènes, les savoirs et le folklore ne relèvent pas du domaine public, mais sont davantage assujettis à des formes différentes de « propriété ». Ainsi, selon certaines règles coutumières, une forme de responsabilité exclusive pèse sur certaines personnes issues de la communauté indigène. Dès lors, il n'est pas étonnant que les peuples indigènes estiment inéquitable, voire injuste, une exploitation industrielle à l'étranger de leurs savoirs et de leurs ressources. Une telle exploitation est même considérée comme un manque de respect à leur égard. Par ailleurs, il faut reconnaître que, bien plus que dans les civilisations occidentales, l'art vivant occupe une place primordiale, tant dans tous les aspects de la vie des peuples indigènes, dont leur identité, que dans leur droit à l'autodétermination [65].

45.— Face à de telles difficultés, des solutions de compromis peuvent être recherchées, en attendant que des traités internationaux aboutissent à une réelle protection juridique

[65] Cf. S. VON LEWINSKI, « Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propr. intell.* 2005, n° 14, p. 22.

contraignante [66]. Il peut ainsi être proposé de négocier avec les communautés locales pour, d'une part définir les modalités pratiques d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels, et d'autre part de partager les bénéfices découlant de la commercialisation des inventions qui les incorporent. A l'heure actuelle, de telles règles découlent le plus souvent de contrats ou d'accords publics-privés. Dans la plupart des cas, les communautés locales perçoivent un certain pourcentage des redevances futures, desquelles une partie est parfois affectée à la conservation de l'environnement. Ainsi, en vertu d'un accord récemment conclu, les guérisseurs traditionnels du Samoa recevront une partie des bénéfices tirés d'un nouveau médicament contre le SIDA, la prostratine, composé dérivé de l'écorce de l'arbre samoan *malala*. De même, un fonds spécial a été créé pour assurer avec la tribu des Kani le partage des bénéfices tirés de la commercialisation du médicament Jevanii basé sur la plante *arogyapaacha*. Les tribus Kani recevront, sur les 2 % de redevances qui seront payables au TBGRI par la société Arya Vaidya Pharmacy Ltd sur toute vente future de médicaments, la moitié des redevances. D'autres types de bénéfices non monétaires peuvent également être octroyés, comme la formation des équipes locales de recherche, l'augmentation des capacités scientifiques, la distribution d'équipement, la reconnaissance lors des publications, ou encore la participation des communautés locales aux mécanismes de décision.

46.— Comme nous le constatons, les créations du folklore et les savoirs traditionnels ont en commun avec les créations tombées dans le domaine public, outre leur grande attractivité sur le marché, le fait que les entreprises peuvent les exploiter à moindre coût, c'est-à-dire sans avoir à investir dans des licences de droits de propriété intellectuelle.

47.— Conclusion.— Le haïku de Matsuo Bashô résume parfaitement les stratégies temporelles utilisées par les entreprises dans la gestion des créations. Le temps est estimé trop long quand il s'agit d'attendre qu'une création tombe dans le domaine public pour pouvoir l'exploiter librement et sans avoir à rendre de comptes à l'auteur, mais trop court quand il s'agit d'exploiter ses propres créations. Est-il permis de rappeler qu'au bénéfice des entreprises désireuses de préserver un monopole d'exploitation illimité, il existe des solutions alternatives aux droits de propriété intellectuelle : ce sont les monopoles de fait. Ceux-ci sont certes périlleux, mais ils présentent l'avantage de la pérennité. Ainsi en est-il du savoir-faire secret, dont la protection juridique reste fragile, en dépit des actuelles réformes sur le secret des affaires. En effet, quelles que soient les sanctions envisagées et prononcées, une fois le secret divulgué, c'est le monopole qui se trouve atteint de façon irréversible. Le mal est fait !

---

[66] Cf. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., et sur l'ensemble de la question, Rapport au *Forum du Pacifique Sud sur les œuvres des cultures traditionnelles*, Unesco/Communauté du Pacifique, Nouméa, 1999.— Cf. également P.-Y. YENTCHARE, « Partager les fruits de l'innovation avec les Communautés autochtones ou locales : les 12 travaux d'Hercule », *Revue internationale de droit économique* 2016, n° 1, p. 107 ; S. PESSINA DASSONVILLE, « La protection des savoirs traditionnels autochtones (associés aux ressources génétiques) et les sirènes de la propriété intellectuelle », *RLDI* 2013, n° 93, p. 118 ; F. THOMAS, « Le protocole de Nagoya au secours des contrats d'accès à la biodiversité », *RDC* 2012, n° 3, p. 975 ; J.-C. GALLOUX, « Droit sur les créations nouvelles », *RTD com*. 2011, p. 85 ; N. F. MATIP et K. KOUTOUKI, « La protection juridique du folklore dans les États membres de l'organisation africaine de la propriété intellectuelle », *Revue québécoise de droit international*, 2008, n° 21-1, p. 243 ; P. ARHEL, « Cycle de Doha : bilan et perspectives », *D*. 2007, p. 1984 ; S. VON LEWINSKI, « Le Folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle », *Propr. intell*. 2005, n° 14, p. 22 ; Y. GENDREAU, « Pour un renouveau du droit moral à travers les revendications des autochtones », *Propr. intell*. 2005, n° 14, p. 15 ; L. Y. NGOMBE, « Brèves observations sur la protection du folklore par le droit d'auteur », *RRJ* 2004, n° 4, p. 2367.