

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/5/3

ORIGINAL : anglais

DATE : 2 mai 2003

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

**COMITÉ INTERGOUVERNEMENTAL DE LA PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES
GÉNÉTIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AU
FOLKLORE**

**Cinquième session
Genève, 7 – 15 juillet 2003**

ANALYSE GLOBALE DE LA PROTECTION JURIDIQUE
DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES

Document établi par le Secrétariat

I. APERÇU

1. Le présent document offre une analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles (synonyme des “expressions du folklore”), sous la forme d’une version actualisée et étoffée du document intitulé “Analyse systématique préliminaire de l’expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore” (WIPO/GRTKF/IC/4/3), établi par le Secrétariat de l’OMPI. Il examine le cadre général de la protection des expressions culturelles traditionnelles et étudie les formes possibles de protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle, dans le cadre de régimes de propriété intellectuelle classiques ou généraux (comme le droit d’auteur, mais aussi toute une gamme d’autres formes de propriété intellectuelle), de régimes de propriété intellectuelle adaptés et élargis (comme des adaptations du droit d’auteur permettant de renforcer la reconnaissance des expressions culturelles traditionnelles) et de systèmes *sui generis* nouveaux ou de lois conçues spécialement pour accorder aux expressions culturelles traditionnelles la protection de la propriété intellectuelle.

2. Ce document donne un aperçu de l’analyse globale dont le texte complet figure dans l’annexe et en souligne les principaux éléments. L’analyse devrait être lue parallèlement à une source d’information complémentaire, le “Résumé comparatif des lois *sui generis* pour la protection des expressions culturelles traditionnelles” (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3), qui expose et compare les principaux éléments de plusieurs instruments clés du point de vue de la protection *sui generis* des expressions culturelles traditionnelles. Cette analyse peut favoriser la poursuite des travaux sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles et les débats sur la politique à suivre à cet égard de plusieurs façons : elle rassemble et compare des expériences concrètes concernant un large éventail de mécanismes juridiques utilisés pour protéger les expressions culturelles traditionnelles et elle peut constituer une source empirique structurée pour les débats au niveau international qui portent sur d’éventuelles recommandations ou directives futures destinées à aider les décideurs à élaborer des systèmes de propriété intellectuelle pour protéger les expressions culturelles traditionnelles.

3. Il est suggéré de laisser cette analyse “en suspens” dans l’attente d’autres contributions de façon à ce que les membres du comité puissent continuer à fournir des informations nouvelles et actualisées sur les formes existantes de protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle, dans le cadre de régimes de propriété intellectuelle en vigueur, de régimes de propriété intellectuelle adaptés ou de systèmes *sui generis* nouveaux. Le présent document se termine par la suggestion d’un cadre d’examen des lignes d’action possibles pour la protection des expressions culturelles traditionnelles.

II. INTRODUCTION

4. À sa quatrième session en décembre 2002, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé “comité”) a examiné une “Analyse systématique préliminaire de l’expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore” (WIPO/GRTKF/IC/4/3). Il a demandé au Secrétariat de l’OMPI d’élaborer une “analyse globale” sous la forme d’une version actualisée de l’analyse antérieure.

5. En préparant cette analyse actualisée, le Secrétariat a tenu compte des observations faites au sujet du document WIPO/GRTKF/IC/4/3 au cours de la quatrième session du comité, des documents fournis lors des exposés sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles qui ont été présentés au cours de cette session et d'autres commentaires et observations relatifs au document WIPO/GRTKF/IC/4/3 qui ont été soumis au Secrétariat de l'OMPI entre la quatrième session et le 1^{er} mai 2003 par le Canada, les États-Unis d'Amérique, les Philippines, l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) et la Communauté européenne et ses États membres.

6. Les grandes parties définies à partir des documents antérieurs examinés par le comité sont les suivantes : i) une section détaillée sur les politiques pertinentes et les lignes d'action possibles; ii) une section sur les expressions culturelles traditionnelles en tant qu'actifs économiques et culturels; iii) une section révisée sur les collections, les bases de données et les registres relatifs au patrimoine culturel; et iv) l'intégration d'informations qui figuraient auparavant dans le "Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore" (WIPO/GRTKF/IC/3/10). De plus, d'autres informations sur les expériences nationales, des exemples et des analyses juridiques ont été introduits dans plusieurs parties du document à la suite d'informations, de commentaires et d'observations soumis par les membres du comité.

7. Cette analyse, telle qu'elle a été complétée et améliorée, pourrait constituer la base d'un guide pratique sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles, comme l'a approuvé le comité à sa troisième session (voir le paragraphe 155 du document WIPO/GRTKF/IC/3/10 et le paragraphe 294 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3).

III RÉSUMÉ DES PRINCIPAUX ÉLÉMENTS DE L'ANALYSE GLOBALE

Contexte général

8. L'analyse globale figurant dans l'annexe traite la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles dans le cadre de la politique culturelle et de la politique en matière de propriété intellectuelle, en abordant des questions telles que : i) la préservation et la sauvegarde du patrimoine culturel tangible et intangible; ii) la promotion de la diversité culturelle; iii) le respect des droits culturels; et iv) la promotion de la créativité et de l'innovation, même en ce qui concerne les œuvres fondées sur la tradition, en tant que facteurs du développement économique durable. L'analyse générale porte sur le lien entre la propriété intellectuelle, et plus précisément la protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle, et ces questions.

La tradition en tant que source de créativité

9. Il est souvent considéré que la tradition n'est qu'une question d'imitation et de reproduction, alors qu'elle suppose également d'innover et de créer dans le cadre traditionnel. Comme les artistes et les spécialistes traditionnels régénèrent continuellement leurs œuvres par de nouvelles conceptions et de nouvelles expériences, la tradition peut être une source importante de créativité et d'innovation. Le patrimoine culturel et les cultures traditionnelles constituent souvent une source de créativité pour les communautés autochtones et locales et les autres communautés culturelles. Le patrimoine culturel est aussi une source d'inspiration et de créativité pour les industries culturelles.

Propriété intellectuelle et signification de la “protection”

10. La plupart des formes de propriété intellectuelle, comme le droit d’auteur, les droits connexes, les brevets et les dessins et modèles industriels, créent des droits de propriété privée sur des créations et des innovations afin de permettre un contrôle sur leur exploitation commerciale et prévoient des mesures d’incitation à la création et à la diffusion de produits issus de la créativité humaine. La protection de la propriété intellectuelle doit être distinguée des notions de “préservation” et de “sauvegarde”. La protection du droit d’auteur vise par exemple dans une large mesure à promouvoir une plus grande créativité, à encourager la diffusion publique et à permettre au titulaire de surveiller l’exploitation commerciale de ses travaux. En revanche, la préservation et la sauvegarde dans le cadre du patrimoine culturel visent généralement l’identification, la fixation, la transmission, la revitalisation et la promotion du patrimoine culturel tangible ou intangible afin de garantir sa sauvegarde et sa viabilité.

11. Il est nécessaire de préciser ce que l’on entend par “protection” parce qu’il apparaît que, dans certains cas, les mesures de préservation et de sauvegarde apporteraient une réponse plus appropriée aux besoins et aux attentes des dépositaires d’expressions culturelles traditionnelles que la protection au sens de la propriété intellectuelle. Tout programme d’enregistrement et de fixation des expressions de la culture traditionnelle doit préciser ses objectifs en matière de préservation comme de protection et les concilier de façon appropriée. En cas d’inquiétude sur la protection contre l’utilisation commerciale illicite des expressions culturelles traditionnelles, la législation relative à la concurrence déloyale peut aussi fournir une réponse concrète aux besoins et aux attentes des communautés traditionnelles.

Patrimoine culturel et protection de la propriété intellectuelle

12. L’analyse figurant dans l’annexe établit une distinction entre i) le patrimoine culturel et la culture traditionnelle implicites préexistants, qui pourraient être qualifiés de culture traditionnelle ou de folklore *stricto sensu* et ii) les productions littéraires et artistiques contemporaines créées par les générations actuelles d’une société donnée et fondées sur la culture ou le folklore traditionnel préexistant ou encore inspirées de cette culture ou de ce folklore.

13. Alors que la culture traditionnelle préexistante en tant que telle et les expressions particulières qui en découlent ne sont généralement pas protégées par la législation relative au droit d’auteur ou aux dessins et modèles industriels en vigueur, une production littéraire et artistique contemporaine fondée sur la culture traditionnelle ou inspirée de cette culture qui comprend de nouveaux éléments ou une nouvelle expression constitue une œuvre “nouvelle” dont le créateur (ou les créateurs) est généralement vivant et identifiable. Cette production contemporaine peut comprendre une nouveauté en termes d’interprétation, d’arrangement, d’adaptation ou de collection d’éléments du patrimoine et d’expressions culturelles préexistantes qui appartiennent au domaine public, ou même une “nouvelle présentation” par une plus grande numérisation, la colorisation et autres. Les expressions et représentations des cultures traditionnelles contemporaines fondées sur la tradition sont généralement protégées par la législation relative au droit d’auteur et aux dessins et modèles industriels en vigueur aux termes de laquelle elles satisfont aux critères d’“originalité” ou de “nouveauté”.

14. L’analyse globale examine en détail la possibilité d’appliquer les systèmes de propriété intellectuelle existants à la protection des expressions culturelles traditionnelles, en se reportant le cas échéant à des exemples réels et à des expériences concrètes.

Le “domaine public”

15. L'analyse figurant dans l'annexe suggère qu'une connaissance plus précise du rôle, du cadre et des limites du “domaine public” est essentielle à l'élaboration d'un cadre général approprié pour la protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle. Les détenteurs et les dépositaires des expressions culturelles traditionnelles se demandent si l'appartenance du patrimoine culturel au domaine public offre les meilleures possibilités de création et d'amélioration. D'autres affirment que cette appartenance est utile puisqu'elle permet la régénération et la revitalisation du patrimoine culturel. L'appartenance du patrimoine culturel au domaine public est aussi liée au rôle du patrimoine en tant que source de créativité et d'innovation. Ni les membres d'une communauté culturelle ni les industries culturelles ne seraient en mesure de créer ou d'innover en se fondant sur le patrimoine culturel s'il faisait l'objet de droits de propriété privée exclusifs.

Besoins et attentes des communautés autochtones et locales

16. Les besoins et les attentes des communautés autochtones et locales sont définis approximativement dans l'analyse comme visant des stratégies de propriété intellectuelle “positive” ou “défensive” ou des combinaisons de ces deux types de stratégies. (La nature de la protection de la propriété intellectuelle et la distinction entre les stratégies de protection positive et défensive sont examinées dans les paragraphes 20, 28, et 41 à 44 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12). L'annexe examine dans quelle mesure la protection de la propriété intellectuelle est utile pour répondre à ces besoins, et souligne que certains d'entre eux sont peut-être plus liés à la préservation et à la sauvegarde qu'à la protection de la propriété intellectuelle. Il est aussi avancé que la législation relative à la concurrence déloyale et d'autres lois de protection du consommateur peuvent être particulièrement utiles et intéressantes.

Questions essentielles de politique générale et conclusions

17. Une question essentielle de politique générale porte sur le point de savoir si la limitation de la protection de la propriété intellectuelle aux expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition satisfait de façon adéquate aux objectifs définis en matière de politique culturelle et de propriété intellectuelle. Ce système offre-t-il les meilleures possibilités en termes de créativité et de développement économique? Sert-il au mieux les intérêts de la diversité culturelle et de la préservation de la culture? Répond-il aux préoccupations des dépositaires des cultures traditionnelles?

18. Ces questions s'articulent autour de la question de savoir si la protection de la propriété intellectuelle devrait être appliquée aux expressions culturelles traditionnelles qui se trouvent actuellement dans le domaine public, à savoir les expressions culturelles traditionnelles qui ne bénéficient pas de la protection du droit d'auteur ou d'autres formes de propriété intellectuelle. Deux approches générales ont été proposées dans le cadre du débat international, notamment au sein du comité. Malgré une tendance à les considérer comme opposées, elles ne s'excluent pas nécessairement et une solution globale peut s'inspirer de ces deux points de vue.

Pas de protection de la propriété intellectuelle pour les expressions culturelles traditionnelles qui appartiennent au domaine public : normes de propriété intellectuelle existantes et adaptées et mesures de propriété intellectuelle spéciales

19. Certains membres du comité ont avancé que les droits de propriété intellectuelle classiques existants sont suffisants pour protéger les expressions culturelles traditionnelles si toutes leurs possibilités sont exploitées. Il existe de nombreux exemples de communautés traditionnelles ayant fait protéger avec succès des chansons, des œuvres graphiques et d'autres œuvres littéraires et artistiques au titre du droit d'auteur et par les droits des artistes interprètes ou exécutants. L'équilibre actuel entre les différents intérêts au sein du système de la propriété intellectuelle laisse les membres des communautés culturelles et les autres personnes libres de créer et d'innover sur la base de leurs traditions culturelles, d'acquérir des droits de propriété intellectuelle subsistants sur des créations et des innovations et de tirer avantage de ces droits. Cela favorise leur développement économique et répond à certains objectifs du patrimoine culturel et des politiques d'échanges culturels. La protection de la propriété intellectuelle stimule la création de nouvelles œuvres intellectuelles et leur diffusion. Certains partisans de cette approche estiment qu'il peut être nécessaire et souhaitable d'apporter des modifications aux droits existants et/ou de prendre des mesures spéciales dans le cadre du système de la propriété intellectuelle afin de répondre à des besoins spécifiques – par exemple, la protection au titre du droit d'auteur pour des œuvres qui n'ont pas été fixées sur un support matériel (par exemple les œuvres qui ont été transmises uniquement par la parole) et des recours spéciaux contre les atteintes au droit d'auteur qui sont aussi culturellement offensantes.

Droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles du domaine public – systèmes sui generis

20. Par ailleurs, de nombreux membres du comité, des communautés et d'autres parties prenantes demandent la mise en place d'une protection juridique pour les expressions culturelles traditionnelles préexistantes qui se trouvent actuellement dans le domaine public. Cette situation se produit dans deux cas de figure : les expressions culturelles traditionnelles qui auraient pu bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur mais pour lesquelles le délai est expiré depuis longtemps (ce qui pose la question de la protection rétroactive); et les expressions culturelles traditionnelles qui ne présentent pas les qualités requises pour la protection au titre du droit d'auteur, par exemple elles n'ont pas un caractère original suffisant ou une paternité bien établie. Ce type d'objet appartient, du point de vue juridique, au domaine public même si les communautés concernées le contestent souvent, en particulier lorsque les expressions culturelles traditionnelles ont été enregistrées ou écrites sans qu'elles aient donné leur consentement en connaissance de cause.

21. Il est fondamental de savoir s'il est souhaitable d'étendre de nouvelles formes de la propriété intellectuelle à ces objets : les expressions culturelles traditionnelles qui se trouvent actuellement dans le domaine public devraient-elles bénéficier d'une protection positive de la propriété intellectuelle? Cette protection devrait-elle prendre la forme de droits destinés à empêcher ou à autoriser l'utilisation par les tiers, ou devrait-elle être limitée au droit à une rémunération équitable comme une redevance en contrepartie de l'utilisation par les tiers. Devrait-il y avoir un système de droit moral en ce qui concerne l'attribution de la paternité et l'intégrité lorsque les expressions culturelles traditionnelles sont utilisées? Il existe des systèmes *sui generis* qui créent ce type de droits (document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3), mais ces approches soulèvent plusieurs enjeux et questions d'ordre général qui sont définis et examinés dans l'analyse globale figurant dans l'annexe.

22. Il est suggéré que, si les États décident d'établir un système de protection positive pour les expressions culturelles traditionnelles, à partir de l'exemple de la loi type pour le Pacifique Sud de 2002, ce système pourrait permettre :

a) de favoriser et de faciliter l'accès aux expressions culturelles traditionnelles et leur utilisation comme fondement de la créativité et de l'innovation, que ce soit ou non par les membres de la communauté culturelle concernée;

b) dans de tels cas, de prendre en considération les droits de propriété intellectuelle afférents des créateurs et des innovateurs;

c) de s'assurer cependant que ces utilisations des expressions culturelles traditionnelles, en particulier à des fins commerciales, se font dans le respect des engagements pris par l'utilisateur de reconnaître la source des expressions culturelles traditionnelles, de partager équitablement les avantages découlant de cette utilisation des expressions culturelles traditionnelles et de n'en faire, en aucun cas, un usage déshonorant, infamant, diffamatoire ou fallacieux; et,

d) nonobstant ce qui précède, de protéger les expressions sacrées et secrètes contre toute forme d'utilisation et d'exploitation à des fins commerciales.

23. L'annexe expose aussi une autre approche qui peut être complémentaire et qui pourrait prendre en considération les principes et "composantes fondamentales" suivants :

a) les cultures traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles préexistantes constituent notamment une base de création et d'innovation. La législation relative au droit d'auteur et aux dessins et modèles industriels est généralement adaptée à la protection des expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition. Les créateurs peuvent utiliser la propriété intellectuelle pour commercialiser leurs œuvres à des fins de développement économique, empêcher les tiers de faire de même ou d'acquérir des droits de propriété intellectuelle sur le même objet. Les marques (y compris les marques de certification et les marques collectives) et les indications géographiques, la lutte contre la concurrence déloyale et la protection des informations non divulguées (pour les expressions culturelles traditionnelles secrètes) constituent d'autres formes de propriété intellectuelle qui semblent particulièrement utiles.

b) Cela suppose que la création, d'une manière générale, de droits de propriété sur toutes les formes d'expressions culturelles traditionnelles qui se trouvent actuellement dans le domaine public n'est pas appropriée, du point de vue de la politique en matière de propriété intellectuelle comme de la politique culturelle. Des droits de propriété sur les expressions culturelles traditionnelles du domaine public risquent de briser la capacité des autochtones et des dépositaires de la tradition, ainsi que celle des non autochtones et des personnes non dépositaires de la tradition à créer et à innover en se fondant sur la tradition.

c) Cependant, un domaine public complètement libre et non réglementé ne répond pas à tous les besoins des communautés autochtones et locales. En particulier :

i) tout d'abord, les États et les communautés autochtones et traditionnelles devraient avoir la possibilité d'empêcher, sous certaines conditions, des utilisations particulières d'expressions culturelles traditionnelles faites en dehors du contexte de la communauté culturelle, comme : i) des utilisations qui suggèrent à tort l'existence d'un lien avec une communauté culturelle; ii) des utilisations déshonorantes, infamantes, diffamatoires, offensantes et fallacieuses; et/ou iii) l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles sacrées ou secrètes.

ii) La législation relative à la concurrence déloyale et d'autres lois de protection du consommateur semblent répondre à bon nombre des besoins des communautés autochtones et locales. La nature de la protection contre la concurrence déloyale est expliquée dans l'annexe. Il s'agit d'un ensemble souple de textes législatifs de propriété intellectuelle capables de tenir compte de circonstances nouvelles.

iii) Lorsque la législation relative à la lutte contre la concurrence déloyale n'est pas applicable, des registres nationaux, peut-être même un registre international, pourraient être créés pour que les communautés puissent faire enregistrer les expressions culturelles traditionnelles dont les utilisations ne devraient pas être autorisées. L'enregistrement aurait l'avantage de centrer la protection sur certaines expressions culturelles traditionnelles et celles dont les communautés estiment que la protection est utile et donc qu'elles enregistrent de façon anticipée. L'enregistrement préalable offre une précision et une certitude que l'on ne retrouve pas dans les systèmes de protection plus généraux.

iv) Ensuite, les tensions et les conflits entre le droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle en ce qui concerne les expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition et les responsabilités autochtones et coutumières nécessitent une étude plus approfondie dont les résultats pourraient déboucher sur des suggestions de mesures destinées à gérer ces tensions et ces conflits.

24. Cependant, ce ne sont pas les seuls modèles possibles et les exposés présentés au cours de la quatrième session du comité ont illustré la diversité et l'éventail des approches possibles. L'analyse indique que plusieurs États ont demandé l'élaboration de nouvelles dispositions, directives ou recommandations types visant à aider les États et les organisations régionales à créer des systèmes efficaces et à permettre une certaine cohérence des différents systèmes nationaux émergents.

25. L'analyse suggère enfin que la protection accordée aux expressions culturelles traditionnelles pourrait consister en une palette variée de possibilités, associant des droits de propriété intellectuelle à certaines options *sui generis* mentionnées.

26. Elle indique aussi que, le cas échéant, la protection efficace des expressions culturelles traditionnelles doit se fonder sur des normes connues et existantes même si elles peuvent être adaptées ou modifiées pour répondre à des besoins particuliers. Cette méthode tire parti de la jurisprudence et des idées établies, facilitant ainsi l'acceptation politique des solutions, leur intégration dans les systèmes nationaux et internationaux et enfin leur application puisque des essais et des normes connus peuvent être mis en œuvre par des fonctionnaires chargés de l'application des droits.

27. L'analyse porte aussi sur des sujets concernant la nature des expressions culturelles traditionnelles, les dispositions types OMPI/UNESCO sur la protection du folklore de 1982; les expressions culturelles traditionnelles en tant qu'actifs économiques et culturels; la protection régionale et internationale; les collections, bases de données et registres relatifs au patrimoine culturel; et l'acquisition, la gestion et l'application des droits.

28. Le présent document devrait être lu parallèlement au document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3, qui contient un résumé comparatif des lois *sui generis* existantes pour la protection des expressions culturelles traditionnelles. Il est envisagé que ce tableau fasse finalement partie du guide pratique sur la protection juridique des expressions

culturelles traditionnelles. Les États et organisations régionales intéressés sont invités à actualiser et à préciser les informations figurant dans ce tableau, et d'autres informations et annotations pourront être ajoutées en temps voulu afin d'améliorer son utilité pratique.

IV. CONCLUSIONS

29. Les discussions sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ont parfois pris la forme d'un débat sur le point de savoir s'il devrait y avoir une protection *sui generis* pour les expressions culturelles traditionnelles ou si les systèmes de propriété intellectuelle classiques ou établis suffisent. Cependant, il est difficile de tracer une distinction nette entre ces deux positions. Certaines lois existantes prévoient déjà plusieurs formes de protection des expressions de la culture traditionnelle, généralement sur la base du système du droit d'auteur (par exemple des dispositions variables sur les conditions de la fixation et la protection des œuvres anonymes). Dans le cadre du système du droit d'auteur et des droits connexes, la protection internationale a récemment été étendue à certaines expressions culturelles traditionnelles qui étaient auparavant considérées comme relevant du domaine public : dans le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996, les artistes interprètes ou exécutants d'expressions culturelles traditionnelles (ou d'expressions du folklore) bénéficient d'une protection pour l'aspect sonore de leurs interprétations ou exécutions. Par exemple, l'interprète d'une chanson ou d'un chant traditionnel a le droit de fixer les conditions d'enregistrement ("la fixation") de l'interprétation et du mode de distribution et de commercialisation de l'enregistrement, même si la chanson ou le chant ne remplit pas en soi les conditions de la protection au titre du droit d'auteur (par exemple lorsqu'il s'agit d'une "expression du folklore" et non d'une "œuvre littéraire ou artistique"). Un certain nombre d'éléments *sui generis* similaires pourraient être conçus pour la protection des expressions culturelles traditionnelles dans le cadre du système de propriété intellectuelle classique. Cela fait apparaître la nécessité de préciser la distinction entre un système de propriété intellectuelle étoffé, adapté ou simplement appliqué de manière plus efficace, d'une part, et une autre forme de droits *sui generis*, d'autre part. Comme cela apparaît dans l'analyse figurant dans le présent document, l'examen des systèmes *sui generis* soulève des questions de politique générale déterminantes. D'autres travaux sont nécessaires pour préciser et orienter ces questions afin qu'elles constituent une base possible pour un consensus international sur des recommandations ou des directives en vue de la protection des expressions culturelles traditionnelles.

30. Le présent document s'inspire du large éventail des expériences en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles qui ont été soumises au comité, pour recenser et préciser toutes les questions et tous les objectifs de politique générale qui devront peut-être être pris en considération lorsqu'on examinera les possibilités de protection des expressions culturelles traditionnelles. Pour les décideurs qui se penchent sur la protection des expressions culturelles traditionnelles, la série de questions ci-après peut contribuer à illustrer les lignes d'action possibles :

- a) la question déterminante de savoir si la protection requise est une forme de protection de la propriété intellectuelle, comme des systèmes de propriété intellectuelle existants ou adaptés, étoffés ou *sui generis*;
- b) le point de savoir si la protection a un objectif essentiellement positif ou défensif, ou s'il s'agit d'une stratégie combinant les deux types de protection;

- c) quelles lignes d'action sont actuellement disponibles dans le cadre des systèmes de propriété intellectuelle classiques, y compris dans le domaine de la concurrence déloyale, et quelles lignes d'action existent pour les éléments adaptés, étoffés ou *sui generis* de la propriété intellectuelle existante pour protéger les expressions culturelles traditionnelles;
- d) quelles lignes d'action sont actuellement disponibles dans les systèmes contractuels ou ceux qui n'ont pas trait à la propriété intellectuelle pour satisfaire aux objectifs visés, comme le patrimoine culturel, la protection du consommateur et les lois en matière de commercialisation;
- e) la question de savoir si, en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles non protégées, les objectifs généraux de propriété intellectuelle ainsi que les politiques culturelles et autres (en rapport avec la diversité culturelle, la créativité et la préservation du patrimoine culturel par exemple) suscitent un intérêt à étudier de nouveaux systèmes *sui generis* spécifiques pour leur protection par la propriété intellectuelle;
- f) les mécanismes qui existent dans d'autres systèmes locaux, nationaux ou régionaux, y compris les systèmes des communautés autochtones et les systèmes coutumiers, et les enseignements pratiques ou théoriques qui peuvent en être tirés;
- g) quel cadre de politique générale et quelles lignes d'action possibles sont utiles pour l'élaboration de systèmes destinés à la protection *sui generis* spécifique des expressions culturelles traditionnelles, si c'était la voie choisie;
- h) quel est le lien entre les systèmes *sui generis* et les systèmes de propriété intellectuelle classiques, en particulier en ce qui concerne les chevauchements; et
- i) comment les systèmes nationaux interagissent dans des cadres juridiques bilatéraux, régionaux ou internationaux.

31. Pour faire avancer le débat, accroître l'utilité des documents de politique générale élaborés pour le comité et renforcer la capacité des décideurs nationaux et des représentants des communautés, il est suggéré au Secrétariat d'élaborer, aux fins d'examen par le comité, une liste annotée d'options pour la protection des expressions culturelles traditionnelles, ainsi qu'une analyse des avantages et des inconvénients potentiels de chaque option. Cette liste porterait sur les questions mentionnées dans le paragraphe 30 ci-dessus et, en rapport avec la protection *sui generis* des expressions culturelles traditionnelles, elle aborderait les facteurs spécifiques énumérés dans le paragraphe 58 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12. Cela permettrait au comité d'utiliser le volume important de documents dont il dispose en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles et de communiquer ces documents sous une forme concise et pratique aux décideurs et aux représentants des communautés dans le cadre de l'élaboration continue des politiques. Cela fournirait aussi une plate-forme de base pour la coopération internationale et le débat sur les questions de politique. Cette liste annotée d'options pourrait aussi constituer une partie intéressante du guide pratique sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou une source d'information complémentaire, comme l'a approuvé le comité à sa troisième session (voir le paragraphe 155 du document WIPO/GRTKF/IC/3/10 et le paragraphe 294 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3).

32. L'élaboration d'une liste annotée de lignes d'action possibles exposerait clairement les choix qui doivent être faits lorsque l'on envisage une protection nouvelle ou renforcée de la propriété intellectuelle pour les expressions culturelles traditionnelles. Aucune nouvelle tâche n'est proposée pour examen par le comité dans le présent document. Cependant, le comité a décidé à sa quatrième session de revenir "sur les questions relatives aux orientations en matière législative sous la forme de dispositions types et d'éléments constitutifs d'un éventuel système international *sui generis* de protection du folklore à sa cinquième session, lorsqu'une version mise à jour du document WIPO/GRTKF/IC/4/3 aura été disponible depuis un certain

temps” (voir le paragraphe 92 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15). Le comité souhaitera donc peut-être examiner ces questions de façon plus approfondie sur la base du présent document. La liste annotée de lignes d’action possibles fournirait une base complète et pratique pour l’élaboration de recommandations ou de directives au niveau international si le comité opte pour cette solution. À diverses occasions, les États et d’autres entités ont demandé l’élaboration de dispositions, de directives ou de recommandations non contraignantes visant à aider les États et les organisations régionales à mettre en place des systèmes nationaux efficaces. La protection régionale et internationale des expressions culturelles traditionnelles a aussi été appuyée par l’OAPI dans ses observations sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3. Il est proposé au Secrétariat de réaliser certaines activités en ce qui concerne les collections, les bases de données et les registres relatifs au patrimoine culturel, ainsi que cela a été discuté dans le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, une proposition que plusieurs membres du comité ont appuyée (par exemple, voir les observations de la Communauté européenne et de ses États membres et de l’OAPI sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3 et la déclaration de la Suisse à la quatrième session du comité (WIPO/GRTKF/IC/4/15)).

33. Il est aussi suggéré que l’analyse de la protection de la propriété intellectuelle pour les expressions culturelles traditionnelles figurant dans l’annexe du présent document reste en suspens de façon à ce que les membres du comité puissent continuer à fournir des informations complètes, actualisées et précises sur les formes existantes de protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle, dans le cadre de régimes de propriété intellectuelle en vigueur, de régimes adaptés ou de systèmes *sui generis* nouveaux. Cela pourrait inclure des exemples pertinents d’utilisation des systèmes de propriété intellectuelle pour protéger les expressions culturelles traditionnelles et des exemplaires de tout texte législatif pertinent, en projet ou promulgué, portant sur la protection des expressions culturelles traditionnelles.

34. Le comité est invité : i) à prendre note du présent document et de l’annexe, à formuler des observations y relatives, et à encourager ses membres à continuer de fournir au Secrétariat des informations nouvelles ou actualisées; et ii) sur la base du présent document, à fournir des orientations pour d’autres activités concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle, y compris la possibilité d’élaborer une liste annotée de lignes d’action possibles qui servirait de base concrète à la protection des expressions culturelles traditionnelles et à l’élaboration de recommandations ou de directives.

[L’annexe suit]

ANNEXE

ANALYSE GLOBALE DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES EXPRESSIONS
CULTURELLES TRADITIONNELLES

I.	CONTEXTE GÉNÉRAL ET LIGNES D’ACTION POSSIBLES	3
	<i>Introduction</i>	3
	<i>Contexte général</i>	3
	<i>La tradition comme source de créativité</i>	5
	<i>Tradition, modernité et marché</i>	6
	<i>Propriété intellectuelle et signification du terme “protection”</i>	7
	<i>Patrimoine culturel et protection de la propriété intellectuelle</i>	9
	<i>Le domaine public</i>	9
	<i>Besoins et attentes des dépositaires des expressions culturelles traditionnelles</i>	13
	<i>Questions essentielles de politique générale et conclusions</i>	14
II.	QU’ENTEND-ON PAR “EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES”? 21	
	<i>Introduction</i>	21
	<i>Expressions tangibles et intangibles de la culture</i>	22
	<i>Utilisation du terme “traditionnel”</i>	23
	<i>Le rapport entre les “expressions culturelles traditionnelles” et les “savoirs traditionnels”</i>	24
	<i>Description pratique des expressions culturelles traditionnelles</i>	27
III.	BREF HISTORIQUE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DE LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES.....	28
	<i>La reconnaissance d’une protection internationale pour les “œuvres non publiées” dans la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques en 1967</i>	28
	<i>Adoption de la loi type de Tunis sur le droit d’auteur à l’usage des pays en voie de développement, 1976</i>	28
	<i>Les dispositions types, 1982</i>	29
	<i>Tentatives visant à élaborer un traité international, 1982 à 1985</i>	30
	<i>Forum mondial OMPI-UNESCO sur la protection du folklore, 1997</i>	31
	<i>Missions d’enquête de l’OMPI, 1998-1999</i>	31
	<i>Consultations régionales OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore, 1999</i>	32
	<i>Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l’OMPI</i>	32
IV.	LES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES EN TANT QU’ACTIFS ÉCONOMIQUES ET CULTURELS	33
V.	EXEMPLES D’APPROPRIATION ET D’APPROPRIATION ILLICITE.....	35
VI.	ANALYSE JURIDIQUE DE LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES PAR LA LÉGISLATION CLASSIQUE SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET PAR DES MESURES ET SYSTÈMES <i>SUI GENERIS</i>	40
	<i>Introduction</i>	40
	<i>Droit d’auteur</i>	41
	<i>Droits des artistes interprètes ou exécutants</i>	54
	<i>Marques de commerce, marques de certification et marques collectives</i>	55
	<i>Indications géographiques</i>	61
	<i>Dessins et modèles industriels</i>	63
	<i>Brevets</i>	67
	<i>Concurrence déloyale (y compris la substitution)</i>	67
	<i>Renseignements non divulgués (droit des secrets d’affaires)</i>	69

VII. LES DISPOSITIONS TYPES DE LÉGISLATION NATIONALE DE 1982	70
VIII. PROTECTION RÉGIONALE ET INTERNATIONALE.....	72
IX. COLLECTIONS, BASES DE DONNÉES ET REGISTRES RELATIFS AU PATRIMOINE CULTUREL.....	74
<i>Introduction.....</i>	74
<i>Musées et institutions du patrimoine culturel</i>	76
<i>Instruments et programmes internationaux pertinents.....</i>	78
<i>L'accès aux expressions culturelles traditionnelles par les personnes travaillant sur le terrain, les musées et les services d'archives, et leur mise à la disposition du public.....</i>	83
<i>Fixation, enregistrement et inventaire des expressions culturelles traditionnelles.....</i>	90
<i>La mise en place de registres, listes et inventaires d'expressions culturelles traditionnelles en tant que stratégie de propriété intellectuelle.....</i>	94
X. ACQUISITION, GESTION ET APPLICATION DES DROITS	95

I. CONTEXTE GÉNÉRAL ET LIGNES D'ACTION POSSIBLES

Introduction

1. Le présent document offre une analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles (ou du terme synonyme “expressions du folklore”), sous la forme d’une version actualisée et étoffée du document intitulé “Analyse systématique préliminaire de l’expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore” (WIPO/GRTKF/IC/4/3), établi par le Secrétariat de l’OMPI. Il examine le cadre général de la protection des expressions culturelles traditionnelles et étudie les formes possibles de protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle, dans le cadre de régimes de propriété intellectuelle classiques ou généraux (comme le droit d’auteur, mais aussi toute une gamme d’autres formes de propriété intellectuelle), de régimes de propriété intellectuelle adaptés et élargis (comme des adaptations du droit d’auteur permettant de renforcer la reconnaissance des expressions culturelles traditionnelles) et de systèmes *sui generis* nouveaux ou de lois conçues spécialement pour accorder aux expressions culturelles traditionnelles la protection de la propriété intellectuelle.

2. Les termes “expressions culturelles traditionnelles” et “expressions du folklore” sont utilisés indifféremment dans les débats internationaux sur la politique à suivre dans ce secteur de la propriété intellectuelle. Le terme “expressions culturelles traditionnelles” est employé dans le présent document à des fins de neutralité parce que certaines communautés ont exprimé des réserves au sujet des connotations négatives du terme “folklore”. La protection des expressions culturelles traditionnelles/expressions du folklore est souvent associée aux savoirs traditionnels, mais il s’agit d’une notion distincte (lorsque le terme “savoirs traditionnels” est utilisé au sens étroit pour désigner le savoir-faire technique comme les connaissances écologiques ou médicales traditionnelles – voir la section intitulée “Qu’entend-on par ‘expressions culturelles traditionnelles’” ci-dessous). Le présent document ne traite pas directement de la protection des savoirs traditionnels au sens étroit du terme que l’on vient de décrire.

Contexte général

3. Les normes et politiques qui existent et qui évoluent offrent un contexte approprié pour étudier la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles, elles abordent plusieurs questions liées entre elles, comme : i) la préservation et la sauvegarde du patrimoine culturel tangible et intangible; ii) la promotion de la diversité culturelle; iii) le respect des droits culturels; et iv) la promotion de la créativité et de l’innovation – même en ce qui concerne les œuvres fondées sur la tradition – en tant que facteurs du développement économique durable.

4. Le patrimoine culturel et la culture sont au cœur des préoccupations actuelles relatives à l’identité individuelle, communautaire et nationale, aux échanges culturels internationaux et nationaux et à la diversité des créations au niveau mondial. Les qualités distinctes et diverses des multiples communautés culturelles du monde sont menacées par l’uniformité découlant des nouvelles technologies et de la mondialisation de la culture et du commerce. Les nouvelles technologies créent des méthodes jusque-là inconnues pour concevoir, reproduire, échanger et utiliser des produits culturels. Les défis du multiculturalisme et de la diversité culturelle, en particulier dans les sociétés composées d’autochtones et de communautés

immigrantes, nécessitent des politiques culturelles qui respectent un équilibre entre la protection et la préservation des expressions culturelles – traditionnelles ou autres – et le libre échange des expériences culturelles. Trouver l'équilibre entre la préservation du patrimoine culturel et de la spécificité culturelle d'une part, et l'enrichissement de la culture "vivante" en tant que source de créativité et de développement d'autre part, constitue un autre défi.

5. Ainsi, la préservation et la sauvegarde du patrimoine culturel et la promotion de la diversité culturelle sont des objectifs essentiels dans plusieurs conventions et programmes internationaux ainsi que dans des politiques, des pratiques et des processus régionaux et nationaux¹. Le respect et la protection des droits culturels sont abordés dans divers instruments relatifs au droit d'auteur².

6. Quel est le lien entre la propriété intellectuelle, et en particulier la protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle, et ces questions? Le rapport entre la propriété intellectuelle et les politiques culturelles en ce qui concerne le patrimoine, la diversité et la créativité est complexe et exige objectivité et coordination. Une connaissance approfondie de ce sujet suppose de bien connaître la nature et les objectifs de la protection de la propriété intellectuelle, ainsi que l'éventail des besoins et des attentes des détenteurs de droits et des dépositaires des expressions culturelles traditionnelles en ce qui concerne la préservation et/ou la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles. La nature du patrimoine culturel en tant qu'élément "vivant" et source de créativité a aussi une importance, de même que le rôle du commerce et du marché et la notion de "domaine public". Une difficulté essentielle consiste à aborder la question de la protection des expressions culturelles traditionnelles de façon à concilier les préoccupations des utilisateurs, les droits existants des tiers et l'intérêt public. Ces questions sont examinées plus en détail dans les paragraphes ci-après.

7. Parmi les questions clés qui se trouvent au cœur du débat figurent les suivantes : si les expressions et les représentations du patrimoine culturel bénéficient d'une forme de protection de la propriété intellectuelle, cela suppose-t-il un changement des objectifs de la protection de la propriété intellectuelle? Quel est le rapport entre la propriété intellectuelle, en particulier le droit d'auteur et les droits connexes, et les politiques culturelles qui font le lien entre la préservation du patrimoine culturel, la promotion du multiculturalisme et le renforcement du libre échange des expériences culturelles? Quelles sont les formes de protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle qui servent au mieux les intérêts de la créativité et du développement? Où faut-il tracer la limite entre l'utilisation inappropriée d'expressions culturelles traditionnelles et leur utilisation comme source d'inspiration légitime? De quelle façon les politiques et les modèles de propriété

¹ Parmi les exemples existants au niveau international, on trouve la Convention pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) de 1972, le Programme de l'UNESCO sur les chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité de 1998, un projet de convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel examiné à l'UNESCO, la Déclaration sur la diversité culturelle de l'UNESCO de 2001 et un intérêt émergent pour un instrument international sur la diversité culturelle au sein du Réseau international sur les politiques culturelles (INCP) et de l'UNESCO.

² Comme la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966.

intellectuelle devraient-ils garantir que les expressions culturelles traditionnelles qui bénéficient de la protection de la propriété intellectuelle sont celles que les communautés culturelles ont identifiées comme méritant cette protection?

La tradition comme source de créativité

8. Il est souvent considéré que la tradition n'est qu'une question d'imitation et de reproduction, alors qu'elle suppose également d'innover et de créer dans le cadre traditionnel. La tradition n'est pas immuable. Le patrimoine culturel se crée en permanence; il est cumulatif et innovant. La culture, organique par nature, a besoin de croître et d'évoluer pour survivre – la tradition façonnant ainsi l'avenir³. Comme M. Sori Yanagi, concepteur industriel japonais, l'a récemment fait observer, l'incorporation d'un élément de l'artisanat traditionnel dans un dessin ou modèle moderne peut avoir une plus grande valeur que l'imitation de cet élément en lui-même : "La tradition crée de la valeur seulement lorsqu'elle progresse. Elle doit évoluer avec la société."⁴ De ce fait, étant donné que les artistes et les spécialistes traditionnels régénèrent continuellement leurs œuvres par de nouvelles conceptions et de nouvelles expériences, la tradition peut être une source importante de créativité et d'innovation.

9. Dans le domaine de la musique traditionnelle, la matière disponible est aussi sans cesse retravaillée. Il a même été déclaré que "la chanson populaire est en réalité, par définition et pour autant qu'on le sache, entièrement un produit de plagiat"⁵. Il s'agit peut-être d'une exagération, mais la variation dans les cultures traditionnelles comprend "des changements et des choix délibérés, intentionnels ... introduits par l'artiste populaire dont le génie créatif ne se contente pas d'une simple répétition sans originalité lorsqu'il s'approprie une variante d'un conte (ou d'une chanson) comme sa propre version personnelle. Loin d'être en conflit, la créativité et la tradition, l'individu et la communauté, créent ensemble la variabilité essentielle, maintenant ainsi en vie le véritable objet que leurs forces combinées aident à façonner"⁶.

10. Les manifestations de la culture et du patrimoine traditionnels sont donc souvent source de créativité pour les communautés autochtones et locales et les autres communautés culturelles. La re-création et la créativité pures des anciennes traditions ne constituent pas nécessairement la meilleure façon de préserver l'identité des communautés autochtones, locales et culturelles et d'améliorer leur situation économique. Ceci étant admis, le lien entre le patrimoine culturel, la culture et le développement économique est désormais mieux compris. Des institutions financières internationales et régionales, comme la Banque mondiale, ont commencé à financer des projets de développement culturel qui considèrent la culture comme une ressource économique capable de contribuer à réduire la pauvreté, à créer des emplois locaux et à tirer avantage des échanges extérieurs.

³ Voir Bergey, Barry "A Multi-faceted Approach to the Support and Conservation of Folk and Traditional Culture", exposé présenté au Symposium international sur la protection du folklore et/ou de la culture traditionnelle et sur la législation en la matière, Beijing (Chine), 18-20 décembre 2001.

⁴ *Japan Times*, 30 juin 2002.

⁵ Seeger, P., *The Incomplete Folksinger*, 1992, cité dans McCann, Anthony, "Traditional Music and Copyright – the Issues", 1999, p. 5.

⁶ Bronner, S.J., *Creativity and Tradition in Folklore: New Directions*, 1992, cité dans McCann, *op. cit.*, p. 6.

11. L'artisanat, une forme d'expression culturelle tangible, illustre les avantages que présente la combinaison de la tradition et de la créativité. L'artisanat est considéré à la fois comme ayant un caractère traditionnel et contemporain, conformément à l'idée que les expressions culturelles traditionnelles reflètent une culture vivante et évoluent bien qu'elles soient fondées sur des formes et un savoir-faire traditionnels. Ceci traduit la capacité de nombreuses communautés dépositaires de la tradition à allier celle-ci avec les influences et les échanges culturels caractéristiques de la modernité dans le but de conserver leur identité et d'améliorer leurs conditions sociales et économiques⁷. Un programme gouvernemental de lutte contre la pauvreté intitulé "Investing in Culture" (Investir dans la culture), en faveur du peuple San Khomani d'Afrique du Sud, offre un excellent exemple. Ce programme vise à revitaliser le processus de fabrication d'ouvrages artisanaux de la communauté et de permettre à celle-ci d'engranger ses propres revenus pour la première fois de son histoire⁸.

12. Les formes ou les manifestations du patrimoine culturel constituent aussi une source d'inspiration et de créativité pour les entreprises culturelles qui sont de puissants moteurs de la croissance économique et engendrent beaucoup de recettes et d'emplois alimentés par la demande croissante pour ces produits et services culturels dans un marché en expansion. Aujourd'hui, de nombreuses entreprises, petites, moyennes et grandes, créent de la richesse en utilisant les formes et les objets des cultures traditionnelles – les coopératives locales qui produisent et commercialisent les objets d'artisanat fait main, les fabricants d'industries textiles qui utilisent des dessins et modèles traditionnels, les producteurs d'enregistrements sonores de musique traditionnelle, les fabricants de produits pharmaceutiques qui utilisent les connaissances des autochtones sur les plantes ayant des propriétés de guérison, les promoteurs dans le domaine du tourisme et les conglomérats dans le domaine des loisirs qui utilisent différentes formes de représentation traditionnelle pour les films, les parcs d'attraction et les jouets pour enfants⁹.

Tradition, modernité et marché

13. Toutefois, le rapport entre la tradition, la modernité et le marché n'est pas toujours perçu de façon positive. Ce qui constitue la créativité d'un certain point de vue peut éroder la culture traditionnelle sous un autre angle. De plus, l'imitation ou la commercialisation, par le secteur commercial, de formes culturelles et d'œuvres artistiques présentant une spécificité culturelle peut être défavorable au bien-être de la communauté d'origine. La création ou l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles en dehors du contexte de la communauté culturelle peut avoir un impact négatif sur cette communauté d'une façon subtile mais destructrice. De nombreux produits culturels profondément ancrés dans le patrimoine culturel de certains pays en développement ont franchi les frontières et créé des segments de marché

⁷ Blake, Janet, *Élaboration d'un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* (UNESCO), 2002, p. 4.

⁸ Voir plus loin "Expressions culturelles traditionnelles en tant qu'actifs économiques et culturels".

⁹ *Safeguarding Traditional Cultures: A Global Assessment* (UNESCO et la Smithsonian Institution), cité dans Bergey, Barry : "Cultural Diversity, Cultural Equity and Commerce", exposé présenté lors du Séminaire d'experts sur la diversité culturelle de l'OEA du 19 mars 2002.

importants dans des pays industrialisés. Cependant, la commercialisation de ces transferts culturels n'a souvent pas bénéficié aux pays d'origine. Il a été suggéré que cela a eu comme grave conséquence l'appauvrissement progressif du patrimoine culturel des pays¹⁰.

14. Des questions relatives à la propriété intellectuelle ont aussi été posées. Les communautés qui sont les détentrices et les dépositaires de leur patrimoine culturel affirment que, alors qu'elles ne peuvent pas obtenir une protection de leur patrimoine culturel et de leurs cultures traditionnelles par la propriété intellectuelle, cette protection peut être accordée à des personnes extérieures à la communauté pour des créations et des innovations qui découlent de leur patrimoine culturel et s'en inspirent. Par conséquent, les communautés se considèrent comme exclues de façon négative et positive. Des communautés autochtones et locales et d'autres communautés culturelles se sont plaintes que leurs expressions et leurs représentations culturelles sont utilisées sans autorisation de façon irrespectueuse et inappropriée, entraînant des atteintes et des dommages sur le plan culturel. Il est aussi suggéré que l'obtention de la protection des œuvres dérivées par la propriété intellectuelle menace les modes de création et de transmission appliqués par les communautés culturelles, voire l'existence même des communautés d'origine dont les relations sont exprimées et préservées par le biais d'expressions et de ressources créatives. Pour déterminer si cet argument ou d'autres sont valables, il est nécessaire de procéder à un examen détaillé de la nature de la protection de la propriété intellectuelle, en particulier le droit d'auteur et les droits connexes, et de son lien avec la préservation et la promotion du patrimoine culturel et de la diversité créative. Il est aussi important de ne pas établir de distinctions artificielles entre les communautés traditionnelles et le marché, parce que de nombreuses communautés traditionnelles se lancent dans la commercialisation de certains aspects de leur culture.

Propriété intellectuelle et signification du terme "protection"

15. La plupart des formes de propriété intellectuelle, comme le droit d'auteur, les droits connexes, les brevets et les droits sur des dessins ou modèles industriels, créent des droits de propriété privée sur des créations et des innovations afin d'accorder un contrôle sur leur exploitation, en particulier l'exploitation commerciale, et d'encourager la création et la diffusion d'autres produits issus de la créativité humaine. En outre, la protection par la propriété intellectuelle permet : i) de faciliter le bon fonctionnement des marchés en évitant la confusion et la tromperie (objectif fondamental de la protection des marques et des indications géographiques) et en luttant contre la concurrence déloyale; ii) de sauvegarder l'intégrité de certaines œuvres et créations et les droits de paternité qui s'y rapportent (objectif fondamental de la protection du droit moral dans le domaine du droit d'auteur, par exemple); et/ou iii) de protéger les renseignements non divulgués contre une utilisation de mauvaise foi ou leur appropriation. La protection par la propriété intellectuelle aide aussi à monnayer les actifs de propriété intellectuelle. Utilisée de façon stratégique dans un contexte de marché, elle génère des recettes. Sa valeur ne découle pas tant du droit d'empêcher les tiers d'exercer des droits mais plutôt de la possibilité d'accorder des licences sur les actifs de propriété intellectuelle. La protection par la propriété intellectuelle peut en particulier aider les petites entreprises à réunir un capital-risque et d'autres formes de capitaux propres, et à obtenir un financement et un crédit. Les actifs de propriété intellectuelle peuvent aussi servir de caution ou de garantie pour les emprunts ou offrir une base complémentaire ou parallèle pour rechercher des fonds d'investisseurs.

¹⁰ "La diversité culturelle dans les pays en développement – les défis de la mondialisation", Réseau international sur la politique culturelle, 2002.

16. La protection de la propriété intellectuelle doit être distinguée des notions de “préservation” et de “sauvegarde”. Le document WIPO/GRTKF/IC/5/12 (paragraphe 17 et suivants) examine cette distinction dans le cadre du travail d’ensemble du comité. Le droit d’auteur protège les produits de la créativité, sous forme d’œuvres littéraires et artistiques originales, contre certaines utilisations telles que la reproduction, l’adaptation, l’interprétation ou l’exécution publique, la radiodiffusion et d’autres formes de communication au public. Le titulaire du droit d’auteur sur une œuvre a le droit exclusif d’empêcher ou d’autoriser la réalisation de ces actes par des tiers, sous réserve de certaines exceptions et limitations. Les objectifs de la protection du droit d’auteur visent dans une large mesure à encourager davantage la créativité, à favoriser la diffusion publique et à permettre au titulaire de contrôler l’exploitation commerciale de l’œuvre. Le droit d’auteur peut aussi offrir une protection contre l’utilisation préjudiciable ou dégradante d’une œuvre, une préoccupation fréquente en ce qui concerne les œuvres culturelles traditionnelles.

17. En revanche, la préservation et la sauvegarde dans le contexte du patrimoine culturel visent généralement l’identification, la fixation, la transmission, la revitalisation et la promotion du patrimoine culturel (tangibles ou intangibles) afin de veiller à sa sauvegarde ou à sa viabilité¹¹.

18. Comme l’a souligné le Canada dans ses observations sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, lorsque l’on se penche sur la question de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles, il est utile de rappeler que le terme “protection” peut avoir plusieurs significations, à savoir la préservation, la promotion d’une utilisation plus large, le contrôle de l’utilisation, l’interdiction d’une utilisation inappropriée ou la distribution d’une juste part des bénéfices aux dépositaires des expressions culturelles traditionnelles. Toute une gamme de mesures juridiques et de politiques générales parallèles à la législation sur la propriété intellectuelle peuvent permettre de mettre en place ces différentes formes de protection. Par exemple, il peut être intéressant d’être titulaire d’un droit de propriété intellectuelle sur une légende qui a été écrite des siècles plus tôt sur un morceau de tissu. Un tel droit peut être utile pour empêcher les tiers d’utiliser la légende d’une manière jugée inappropriée par la communauté, par exemple en la reproduisant sur un T-shirt. Cependant, si seules quelques personnes connaissent la légende et la langue qui devrait être utilisée pour la raconter, la “protection” peut prendre la forme de mesures visant à aider ces personnes à transmettre leur connaissance de la légende et de la langue utilisée à la génération suivante. Si le tissu commence à se désagréger, la “protection” peut prendre la forme de mesures visant à préserver le tissu pour les générations futures. Dans d’autres cas, la “protection” peut consister à promouvoir la légende en dehors de la communauté afin que d’autres puissent en prendre connaissance, mieux comprendre de la culture et la communauté d’origine et mieux la respecter.

19. Il est essentiel de préciser sur ce que l’on entend par “protection” parce que l’on peut, dans certains cas, répondre aux besoins et aux attentes des détenteurs et des dépositaires des expressions culturelles traditionnelles de façon plus appropriée avec des mesures de préservation et de sauvegarde que par la protection au sens de la propriété intellectuelle. Il peut être nécessaire de combiner les deux approches dans une stratégie globale : par exemple, dans des projets de préservation des cultures traditionnelles, qui peuvent comprendre la mise par écrit d’œuvres orales et la numérisation d’œuvres graphiques ou écrites, des questions

¹¹ Voir *Glossary: Intangible Cultural Heritage*, Commission des Pays-Bas pour l’UNESCO, 2002.

sensibles peuvent se poser en ce qui concerne la paternité et l'exercice du droit d'auteur découlant de ces activités. L'exercice des droits de propriété intellectuelle présente aussi un intérêt lorsque les détenteurs et les dépositaires des expressions culturelles traditionnelles souhaitent contrôler la commercialisation de leurs expressions culturelles traditionnelles. Il est aussi important que les mesures de préservation/sauvegarde et de protection par la propriété intellectuelle se complètent.

Patrimoine culturel et protection de la propriété intellectuelle

20. En ce qui concerne le lien entre le patrimoine culturel et la propriété intellectuelle, il est utile de distinguer entre i) le patrimoine culturel et la culture traditionnelle implicites préexistants (qui pourraient être qualifiés de culture traditionnelle ou de folklore *stricto sensu*) et ii) les productions littéraires et artistiques créées par les générations actuelles d'une société donnée et fondées sur le patrimoine culturel et la culture traditionnelle préexistants ou encore inspirées de ce patrimoine ou de cette culture.

i) Généralement, la culture traditionnelle préexistante se transmet de génération en génération (elle est ancienne) et elle est "détenue" collectivement par un ou plusieurs groupes ou une ou plusieurs communautés. Il est probable que son origine soit inconnue, pour autant que la notion d'auteur ait ici une quelconque pertinence. La culture traditionnelle préexistante en tant que telle et les expressions particulières y relatives ne sont généralement pas protégées par les législations actuelles sur le droit d'auteur ou les dessins et modèles industriels;

ii) Par ailleurs, une production littéraire et artistique contemporaine fondée sur la culture traditionnelle ou issue ou inspirée de cette culture, qui comprend de nouveaux éléments ou une nouvelle expression constitue une œuvre "nouvelle" dont le créateur (ou les créateurs) est généralement vivant et identifiable. Cette production contemporaine peut comprendre une nouveauté en termes d'interprétation, d'arrangement, d'adaptation ou de collection d'éléments du patrimoine culturel et d'expressions culturelles préexistantes qui appartiennent au domaine public, ou même une "nouvelle présentation" par une plus grande numérisation, la colorisation et autres. Les expressions et représentations des cultures traditionnelles contemporaines fondées sur la tradition sont généralement protégées par la législation relative au droit d'auteur et aux dessins et modèles industriels en vigueur, aux termes de laquelle elles satisfont aux critères d'"originalité" et de "nouveauté". La loi n'établit aucune distinction fondée sur "l'authenticité" ou l'identité de l'auteur – c'est-à-dire que la condition d'originalité du droit d'auteur peut être remplie par un auteur ou un inventeur qui n'est pas membre de la communauté culturelle pertinente dans laquelle la tradition trouve son origine.

21. Aux fins de la présente analyse, les expressions culturelles traditionnelles contemporaines qui bénéficient d'une protection par la propriété intellectuelle ou qui remplissent les conditions de cette protection, en particulier la protection au titre du droit d'auteur et des dessins et modèles industriels, seront désignées par le terme "expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition".

Le domaine public

22. Une connaissance plus précise du rôle, du cadre et des limites du domaine public fait partie intégrante de l'élaboration d'un cadre général approprié pour envisager la protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle.

23. Le terme “domaine public” est utilisé ici dans le même sens que dans le contexte du droit d’auteur et il renvoie à des éléments de la propriété intellectuelle qui ne remplissent pas les conditions de la propriété privée et dont le contenu peut être utilisé par toute personne¹². Dans ce contexte, le “domaine public” signifie autre chose que “accessible au public” - par exemple, le contenu publié sur l’Internet peut être accessible au public sans appartenir au domaine public au point de vue du droit d’auteur. De même, un actif de propriété intellectuelle tel qu’une œuvre de collaboration ou une marque collective peut être détenu par une communauté sans pour cela appartenir au domaine public. Cette analyse met en avant que le domaine public est une notion du système de la propriété intellectuelle et qu’il ne tient pas compte des domaines privés créés par le droit coutumier et indigène. Cette question est l’un des thèmes abordés dans l’étude sur le lien entre la propriété intellectuelle et le droit coutumier et indigène.

24. Se rapprochant d’une certaine manière des ressources phylogénétiques et de la diversité biologique, le patrimoine culturel a, dans certains cas, été considéré comme une propriété collective (faisant partie du “patrimoine universel de l’humanité” cité par exemple dans certains instruments et certaines déclarations dans le domaine culturel¹³), appartenant donc au domaine public.

25. À l’instar des ressources phylogénétiques et de la diversité biologique, l’appartenance du patrimoine culturel au domaine public est de plus en plus contestée, en particulier par les communautés autochtones et locales préoccupées par l’incapacité de la propriété intellectuelle à offrir une protection au patrimoine culturel préexistant, combinée à la possibilité d’une protection de la propriété intellectuelle pour les expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition, en l’absence de mécanisme permettant de rémunérer les personnes qui ont préservé et développé les ressources culturelles (dans le cas des ressources phylogénétiques et de la diversité biologique, les inégalités perçues ont été prises en considération dans l’engagement international de la FAO et plus récemment dans un traité international et dans la Convention sur la diversité biologique)¹⁴.

26. Les détenteurs et les dépositaires des expressions culturelles traditionnelles se demandent si l’appartenance du patrimoine culturel au domaine public offre les meilleures possibilités de création et d’amélioration. Tous les documents historiques devraient-ils appartenir au domaine public et être exclus de la protection parce qu’ils ne sont pas suffisamment récents? Il est avancé que le fait d’accorder la protection de la propriété intellectuelle aux expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition uniquement est une approche inappropriée qui n’est pas la plus favorable à la diversité culturelle et à la

¹² Litman, J., *The Public Domain*, cité dans Bragdon, Susan, “Rights and Responsibilities for Plant Genetic Resources : Understanding the role of the public domain and private rights in the production of public goods”, projet présenté à la première session du Comité consultatif sur le projet de l’IPGRI concernant le domaine public, à Portland (Oregon), les 14 et 15 novembre 2002.

¹³ La Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (1972), la Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire (1989) et plus récemment dans la Déclaration universelle de l’UNESCO sur la diversité culturelle.

¹⁴ Bragdon, Susan, “Rights and Responsibilities for Plant Genetic Resources : Understanding the role of the public domain and private rights in the production of public goods”, projet de document soumis à la première session du Comité consultatif sur le projet de l’IPGRI sur le domaine public, à Portland (Oregon), les 14-15 novembre 2002.

préservation de la culture. Presque toute création a des antécédents culturels et historiques et il faudrait créer des systèmes accordant aux communautés culturelles une compensation pour toutes les créations et innovations qui s'inspirent de la tradition.

27. Par ailleurs, l'appartenance du patrimoine culturel au domaine public est intéressante. Elle favorise la réalisation de plusieurs objectifs liés à la sauvegarde et à la préservation du patrimoine culturel et il est avancé que cette appartenance au domaine public est essentielle à son renouvellement et à sa survie. La préservation devrait alimenter les pratiques culturelles vivantes et la revitalisation culturelle, par exemple au moyen de programmes nationaux sur les traditions populaires. L'appartenance du patrimoine culturel au domaine public est aussi liée à son rôle en tant que source de créativité et d'innovation et il est avancé que c'est grâce au partage et aux adaptations et arrangements contemporains que le patrimoine culturel est préservé et transmis aux générations futures¹⁵. Comme l'ont déclaré la Communauté européenne et ses États membres dans leurs observations sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, "le fait que le folklore appartienne pour la majeure partie au domaine public n'entrave pas son développement – au contraire, cela permet à des artistes contemporains de créer de nouvelles œuvres qui en découlent ou s'en inspirent". Dans son observation sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, le Canada a exprimé l'avis que "le droit d'auteur encourage les membres d'une communauté à maintenir le 'patrimoine culturel préexistant' en vie en leur accordant la protection au titre du droit d'auteur lorsqu'ils utilisent différentes expressions du 'patrimoine culturel préexistant' dans leurs créations ou leurs œuvres contemporaines".

28. Il est utile de rappeler que la protection au titre du droit d'auteur accordée à l'auteur un droit exclusif sur la forme spécifique de l'expression contemporaine uniquement; elle ne couvre pas toute idée ou tout élément figurant dans l'œuvre protégée par le droit d'auteur et autorise même "l'utilisation loyale" de l'expression elle-même¹⁶.

29. Ni les membres des communautés culturelles concernées ni les entreprises culturelles ne seraient en mesure de créer et d'innover en se fondant sur le patrimoine culturel s'il faisait l'objet de droits de propriété privée (en fonction de la nature des droits de propriété et des exceptions à ces droits). Une surprotection des expressions culturelles entraîne un rétrécissement du domaine public et, partant, une diminution du nombre d'œuvres dont on peut s'inspirer. Il s'ensuit que les artistes autochtones désireux de développer leur tradition artistique en réinterprétant les motifs traditionnels sous une forme inédite et souhaitant rivaliser sur les marchés de l'art et de l'artisanat risquent d'être gênés par des régimes de ce type. Ce genre de législation pourrait provoquer un "gel" de la culture à un moment historique, et empêcher les populations traditionnelles de faire entendre une voix adaptée à notre époque¹⁷.

¹⁵ Voir Uchtenhagen, Ulrich, "Protection of Adaptations and Collections of Expressions of Folklore", colloque national sur la protection juridique des expressions du folklore, Beijing, du 13 au 15 septembre 1993.

¹⁶ Affaire Harper & Row Publishers, Inc. c Nation Enterprises, 471 U.S. 539, citée dans l'affaire Eldred/Ashcroft, 537 U.S. 2003.

¹⁷ Voir Farley, Christine Haight, "Protecting Folklore of Indigenous Peoples : Is Intellectual Property the Answer?" Connecticut Law Review, automne 1997.

30. Certains membres du comité ont donc déclaré que toute protection des expressions culturelles traditionnelles devrait établir un juste équilibre entre la protection contre l'utilisation illicite des expressions culturelles traditionnelles et l'encouragement du développement et de la diffusion de ces expressions et de la créativité individuelle inspirées des expressions culturelles traditionnelles¹⁸. Ils tendent à penser que la propriété intellectuelle existante établit cet équilibre. Par conséquent, le principal moyen de protection des expressions culturelles traditionnelles devrait être la propriété intellectuelle classique, complétée en fonction des conditions et des attentes des communautés locales par des lois spécifiques traitant des problèmes spécifiques. La Communauté européenne et ses États membres ont déclaré ce qui suit :

“... Cependant, ceux qui prônent la protection de leurs propres expressions du folklore par la propriété intellectuelle créeraient des monopoles d'exploitation et se heurteraient tout naturellement à des revendications d'exclusivité de la part d'autres régions. Les échanges ou la communication s'en trouveraient entravés, voire impossibles. En fait, il ne faudrait recourir à la protection par la propriété intellectuelle que dans la mesure où elle est nécessaire et bénéfique à la société parce qu'elle stimule la créativité et les investissements, tout en respectant les intérêts d'autrui et de la société dans son ensemble. La protection totale des expressions du folklore reviendrait, pour ainsi dire, à couler le folklore dans du béton, l'empêchant donc d'évoluer jusqu'à compromettre son existence même puisqu'il perdrait le dynamisme qui le caractérise. À un certain stade, il faut établir une distinction entre le domaine public et la propriété intellectuelle protégée ... le domaine de la protection de la propriété intellectuelle ne devrait pas être étendu au point de devenir flou et d'affaiblir la sécurité juridique.”¹⁹

31. Plusieurs pays ont indiqué dans leurs réponses au questionnaire sur les expressions culturelles traditionnelles adressé par l'OMPI en 2001 que les expressions des cultures traditionnelles sont considérées comme faisant partie du domaine public. Il s'agit des pays suivants : Australie, Belgique, Canada, Colombie, Fédération de Russie, Grèce, Honduras, Hongrie, Italie, Japon, Kirghizistan, Pays-Bas, République de Corée, République tchèque, Viet Nam.

32. Il est certain que les échanges culturels et communautaires marquent depuis longtemps la musique et d'autres formes culturelles. Des traditions musicales comme le jazz sont apparues au début du XX^e siècle à des carrefours culturels comme la Nouvelle Orléans, et combinent des cultures afro-américaines, antillaises et européennes²⁰. La musique rock a évolué à partir du blues, se fondant sur des imitations, des révisions et des improvisations enrichissantes. Dans ce contexte, le droit d'auteur n'empêche pas les artistes d'utiliser les éléments communs. En revanche, cela conforte l'idée que les nouveaux artistes créent à partir des œuvres des autres et récompense l'improvisation au sein d'une tradition²¹.

33. Il est donc suggéré qu'un domaine public solide est le fondement sur lequel le système du droit d'auteur s'appuie pour fonctionner plutôt que l'antithèse de la protection au titre du droit d'auteur. C'est le caractère accessible des ressources du domaine public qui permet les

¹⁸ Par exemple les pays suivants : Canada, Chine, Équateur, États-Unis d'Amérique, Kirghizistan, Malaisie, Mexique, République de Corée, Roumanie, Suisse.

¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/3/11.

²⁰ Bergey, *op cit.*

²¹ Vaidhyathan, *Siva Copyrights and Copywrongs*, 2001 (New York University Press), 125.

échanges et la créativité. Cependant, en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles, la protection du domaine public devrait-elle supposer un régime qui n'accorde de valeur qu'à la créativité contemporaine et laisse la créativité "traditionnelle" en proie à des utilisations non réglementées?

Besoins et attentes des dépositaires des expressions culturelles traditionnelles

34. En ce qui concerne les besoins et les attentes des dépositaires des expressions culturelles traditionnelles, on peut recenser plusieurs stratégies en matière de propriété intellectuelle. Le document WIPO/GRTKF/IC/5/12 (paragraphe 17 et suivants) donne un aperçu des différentes stratégies de propriété intellectuelle pour les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles en général. Au cours des missions d'enquête et des consultations menées par l'OMPI depuis 1998, trois approches ont été rencontrées :

a) *La protection de la propriété intellectuelle pour soutenir le développement économique* : certaines communautés souhaitent obtenir et exercer des droits de propriété intellectuelle sur leurs créations et innovations fondées sur la tradition qui leur permettent d'exploiter celles-ci dans un but commercial, afin de contribuer à leur développement économique;

b) *La protection de la propriété intellectuelle pour empêcher une utilisation indésirable par des tiers* : les communautés peuvent souhaiter acquérir des droits de propriété intellectuelle et les exercer activement pour empêcher l'utilisation et la commercialisation de leur patrimoine culturel et de leurs expressions culturelles traditionnelles par des tiers, y compris l'utilisation culturellement offensante ou préjudiciable.

Dans les deux approches exposées, les détenteurs et les dépositaires des expressions culturelles traditionnelles souhaitent protéger leurs expressions culturelles traditionnelles en affirmant avec force leurs droits de propriété intellectuelle. Dans le cadre des travaux du comité, on parle de "protection positive". Cette protection positive a deux aspects – les dépositaires d'expressions culturelles traditionnelles peuvent utiliser la protection de la propriété intellectuelle pour mettre un terme aux actes non autorisés ou inappropriés commis par des tiers, ou l'utiliser comme point de départ de relations commerciales ou autres dans leurs négociations avec d'autres partenaires. Par exemple, une communauté peut utiliser la protection de la propriété intellectuelle pour mettre un terme à l'utilisation d'un dessin ou modèle traditionnel par un fabricant, mais elle peut aussi utiliser cette protection comme base pour sa propre entreprise commerciale, ou concéder des licences et contrôler l'utilisation appropriée des expressions culturelles traditionnelles par les tiers, et organiser et définir les avantages financiers ou autres qui découlent de cette utilisation autorisée.

c) *Stratégies défensives pour protéger les expressions culturelles traditionnelles* : une troisième approche consiste à appliquer des stratégies de protection défensives visant à empêcher les tiers d'obtenir ou de maintenir des droits de propriété intellectuelle sur des œuvres dérivées d'expressions culturelles traditionnelles, les adaptations de ces expressions et les représentations. Ceux qui choisissent cette approche ne sont pas personnellement intéressés par l'obtention de la protection par la propriété intellectuelle. Ils sont cependant intéressés par la sauvegarde de leur patrimoine culturel et de leurs expressions culturelles et, à cet égard, ils estiment que personne ne devrait obtenir de droits de propriété intellectuelle dans ce domaine.

35. Un objectif défensif légèrement différent vise à empêcher l'utilisation et la commercialisation des expressions culturelles traditionnelles hors de leur contexte habituel (par opposition à l'objectif qui vise à empêcher l'acquisition de droits de propriété intellectuelle sur ces expressions), mais les deux objectifs peuvent souvent coïncider. Les droits de propriété intellectuelle peuvent être exercés pour se défendre contre l'utilisation indésirée des expressions culturelles traditionnelles. Il peut s'agir : i) d'utilisations qui suggèrent à tort l'existence d'un lien avec une communauté; ii) d'utilisations déshonorantes, infamantes, diffamatoires ou fallacieuses; iii) de l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles sacrées et secrètes. Le Conseil Same a cité le costume Same traditionnel comme exemple d'une expression culturelle utilisée illicitement par l'industrie du tourisme de façon inappropriée. Le peuple Same n'a aucun intérêt à commercialiser cette partie de son patrimoine culturel, son seul intérêt est de s'assurer que le costume n'est pas utilisé de façon inappropriée par des personnes non autorisées²².

36. Il est important de savoir précisément dans quelle mesure et dans quels cas la protection de la propriété intellectuelle peut satisfaire à ces besoins, car certains d'entre eux concernent peut-être plus la préservation et la sauvegarde que la protection de la propriété intellectuelle. La loi sur la concurrence déloyale et les autres lois de protection du consommateur peuvent être utiles, notamment parce que les préoccupations liées à l'utilisation commerciale abusive d'expressions culturelles traditionnelles découlent souvent de l'impression que ces expressions sont utilisées pour créer l'impression trompeuse que le produit est fabriqué ou autorisé par une communauté traditionnelle.

37. D'une manière générale, il est peu probable qu'une seule forme de protection des expressions culturelles traditionnelles réponde à tous les besoins de la communauté traditionnelle : il peut être nécessaire de recourir à plusieurs instruments juridiques positifs et défensifs pour atteindre les objectifs définis en matière de protection et de préservation de la culture traditionnelle.

Questions essentielles de politique générale et conclusions

38. Une question essentielle consiste peut-être à savoir si le fait de limiter la protection de la propriété intellectuelle aux expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition, et de considérer le patrimoine culturel préexistant comme faisant partie d'un domaine public non réglementé, correspond de façon adéquate aux objectifs et aux politiques en matière de culture et de propriété intellectuelle. Ce système offre-t-il les meilleures possibilités en termes de créativité et de développement économique? Sert-il au mieux les intérêts de la diversité culturelle et de la préservation de la culture? Répond-il aux préoccupations des dépositaires des cultures traditionnelles?

Pas de protection de la propriété intellectuelle pour les expressions culturelles traditionnelles qui appartiennent au domaine public : normes de propriété intellectuelle adéquates/adaptées existantes et mesures de propriété intellectuelle spéciales

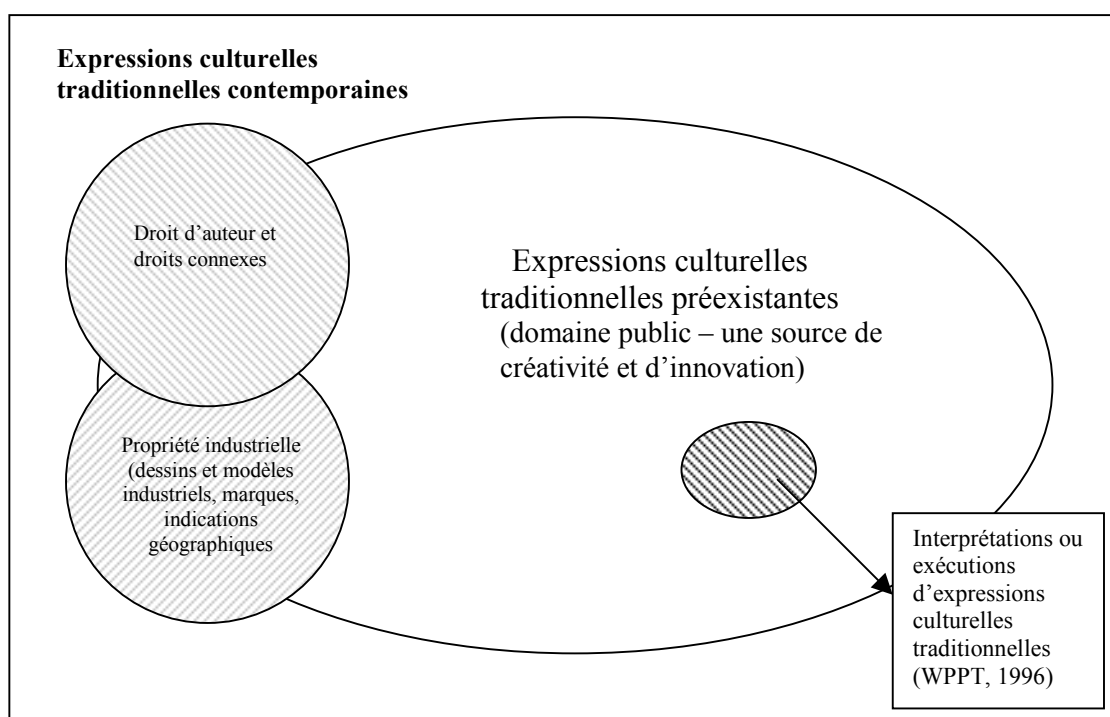
39. Certains membres du comité ont avancé que les droits de propriété intellectuelle classiques existants sont suffisants pour protéger les expressions culturelles traditionnelles si toutes leurs possibilités sont exploitées. Il existe de nombreux exemples de communautés traditionnelles ayant fait protéger avec succès des chansons, des œuvres graphiques et d'autres

²² Déclaration du Conseil Same, quatrième session du comité, 9-17 décembre 2002.

œuvres littéraires et artistiques au titre du droit d’auteur et par les droits des artistes interprètes ou exécutants. L’équilibre actuel entre les différents intérêts au sein du système de la propriété intellectuelle laisse les membres des communautés culturelles et les autres personnes libres de créer et d’innover sur la base de leurs traditions culturelles, d’acquérir des droits de propriété intellectuelle subsistants sur des créations et des innovations et de tirer avantage de ces droits. Cela favorise leur développement économique et répond à certains objectifs du patrimoine culturel et des politiques d’échanges culturels. La protection de la propriété intellectuelle stimule la création de nouvelles œuvres intellectuelles et leur diffusion. Certains partisans de cette approche estiment qu’il peut être nécessaire et souhaitable d’apporter des modifications aux droits existants et/ou de prendre des mesures spéciales dans le cadre du système de la propriété intellectuelle afin de répondre à des besoins spécifiques – par exemple, la protection au titre du droit d’auteur pour des œuvres qui n’ont pas été fixées (par exemple les œuvres qui ont été transmises uniquement par la parole) et des recours spéciaux contre les atteintes au droit d’auteur qui sont aussi culturellement offensantes.

40. Dans le cadre du système du droit d’auteur et des droits connexes, la protection internationale a récemment été étendue à certaines expressions culturelles traditionnelles qui étaient auparavant considérées comme relevant du domaine public : dans le Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996, les artistes interprètes ou exécutants d’expressions culturelles traditionnelles (ou d’expressions du folklore) bénéficient d’une protection pour l’aspect sonore de leurs interprétations ou exécutions : par exemple, l’interprète d’une chanson ou d’un chant traditionnel a le droit de fixer les conditions d’enregistrement (“la fixation”) de l’interprétation et du mode de distribution et de commercialisation de l’enregistrement, même si la chanson ou le chant ne remplit pas en soi les conditions de la protection au titre du droit d’auteur. Par conséquent, une partie du domaine public fait déjà l’objet de droits privés, ne serait-ce que de façon indirecte.

Schéma 1



Droits de propriété sur les expressions culturelles traditionnelles du domaine public – systèmes sui generis

41. Par ailleurs, de nombreux membres du comité, des communautés et d'autres parties intéressées demandent la mise en place d'une protection juridique pour les expressions culturelles préexistantes qui se trouvent actuellement dans le domaine public. Cette situation se produit dans deux cas de figure : les expressions culturelles traditionnelles qui auraient pu bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur mais pour lesquelles le délai est expiré depuis longtemps (ce qui pose la question de la protection rétroactive); et les expressions culturelles traditionnelles qui ne présentent pas les qualités requises pour la protection au titre du droit d'auteur (par exemple elles n'ont pas un caractère original suffisant et une paternité bien établie). Ce type d'objet appartient, du point de vue juridique, au domaine public même si les communautés concernées le contestent souvent (en particulier lorsque les expressions culturelles traditionnelles ont été enregistrées ou mises par écrit sans qu'elles aient donné leur consentement en connaissance de cause).

42. Il est fondamental de savoir s'il est souhaitable d'étendre de nouvelles formes de protection par la propriété intellectuelle à ces objets : les expressions culturelles traditionnelles qui se trouvent actuellement dans le domaine public devraient-elles bénéficier d'une protection positive de la propriété intellectuelle? Cette protection devrait-elle prendre la forme de droits destinés à empêcher ou à autoriser l'utilisation par les tiers, ou devrait-elle être limitée au droit à une rémunération équitable (par exemple une redevance en contrepartie de l'utilisation par les tiers) ou faudrait-il créer un système de "droit moral" en ce qui concerne l'attribution de la paternité et l'intégrité lorsque les expressions culturelles traditionnelles sont utilisées? Il existe des systèmes *sui generis* qui créent ce type de droits (voir les différents systèmes résumés dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3), mais ces approches soulèvent plusieurs problèmes et questions d'ordre général, par exemple :

a) comment faudrait-il répondre aux besoins de reconnaissance de la propriété collective et de durée de protection illimitée? Les marques collectives et les indications géographiques sont des exemples de droits de propriété intellectuelle détenus collectivement; de nombreuses œuvres protégées par le droit d'auteur (comme les œuvres multimédias) font état de multiples auteurs et droits associés qui nécessitent une approche collective pour la gestion et l'application des droits. Les marques et les indications géographiques peuvent être protégées indéfiniment mais les demandes de protection illimitée concernent des mécanismes plus proches du droit d'auteur, des droits connexes et des dessins et modèles industriels, qui ont généralement des durées de protection limitées, l'objet protégé passant ensuite dans le domaine public.

b) Qui "détiendrait" et/ou gérerait les droits sur les expressions culturelles traditionnelles "appartenant au domaine public"? Il pourrait s'agir de l'État ou d'une administration désignée par l'État, mais ce n'est pas une obligation. Comme l'ont souligné les États-Unis d'Amérique dans leurs observations sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, il peut être problématique pour l'État de détenir des droits sur les expressions culturelles traditionnelles ou de décider qui détient ces droits : "les gouvernements sont des entités politiques contemporaines et éphémères, contrairement aux dépositaires de la tradition. Dans certains cas, l'État peut être hostile aux communautés traditionnelles se trouvant à l'intérieur de ses frontières". Les États-Unis d'Amérique ont aussi fait remarquer que, si la question de "l'autorité compétente" devrait peut-être être décidée au sein de la communauté, les membres des communautés ne sont pas toujours d'accord sur la personne qui devrait détenir l'autorité.

L'objectif devrait probablement être de s'assurer que les bénéficiaires reviennent aux communautés culturelles concernées si elles peuvent être identifiées. Les organismes de gestion collective existants ou nouveaux pourraient jouer un rôle dans la gestion des droits dans l'intérêt direct des communautés concernées.

c) Qu'en est-il des créations "non traditionnelles" qui appartiennent aussi au domaine public (comme les œuvres de Shakespeare, les événements historiques grecs, égyptiens, romains et babyloniens et les histoires qui ont longtemps été des sujets d'opéras, de livres et de pièces, et les œuvres plus récentes qui sont tombées dans le domaine public); les créations "traditionnelles" devraient-elles bénéficier d'un statut juridique privilégié par rapport aux autres créations "non traditionnelles" du domaine public? Il convient ici de préciser clairement ce que l'on entend par "traditionnelles". Il peut être difficile de justifier des règles de propriété intellectuelle distinctes pour les créations traditionnelles et non traditionnelles, mais il s'agit d'une question de politique générale dont la décision appartient aux États. Des systèmes spéciaux pour les objets appartenant au domaine public qui ont un caractère "traditionnel" peuvent devoir s'appliquer aussi à d'autres objets qui se trouvent aussi dans le domaine public.

d) Ce dernier point est étroitement lié à la nécessité de définir les "communautés" qui auraient droit à une protection spéciale. Parlons-nous en particulier des "populations autochtones" et des "communautés locales" au sens où on les entend aujourd'hui? La création d'un régime de propriété intellectuelle *sui generis* pour certaines communautés (comme les populations autochtones ou locales, par opposition à toutes les personnes "non autochtones" ou "non locales") est-elle acceptable dans le cadre d'une politique générale? Les principes relatifs au traitement national dans les traités internationaux relatifs à la propriété intellectuelle peuvent avoir des incidences sur un régime national spécialisé pour la protection des expressions culturelles traditionnelles : si le régime applicable aux expressions culturelles traditionnelles est considéré comme un droit de propriété intellectuelle qui entre dans le champ de ces obligations internationales, cela pourrait entraîner la nécessité d'étendre la protection au-delà des populations autochtones locales à certains ressortissants étrangers. Le traitement national ne s'applique pas nécessairement, soit parce que la protection internationale peut être définie par d'autres critères de rattachement, comme la réciprocité, soit parce que le régime des expressions culturelles traditionnelles n'entrerait pas dans le champ de la loi relative à la propriété intellectuelle visée par les obligations du traité. Cependant, cela pourrait devenir une question juridique et politique de fond. En outre, comme l'ont souligné les États-Unis d'Amérique dans leurs observations sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, si la protection des communautés qui peuvent être identifiées est établie, il serait nécessaire d'étudier quel traitement il conviendrait d'appliquer aux individus qui mettent en pratique leurs traditions mais qui vivent en dehors de leurs communautés.

e) Les expressions culturelles traditionnelles qui appartiennent au domaine public devraient-elles, si elles ne bénéficient pas d'une protection positive générale, bénéficier d'une forme quelconque de protection défensive contre certaines utilisations telles que : i) des utilisations qui suggèrent à tort l'existence d'un lien avec une communauté; ii) des utilisations déshonorantes, infamantes, diffamatoires ou fallacieuses; iii) l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles sacrées et secrètes. Comme on l'a déjà noté, certains États et certaines organisations régionales ont déjà adopté des mesures ayant cet objectif, comme des mesures qui visent à empêcher l'incorporation non autorisée de signes et de symboles indigènes ou traditionnels dans des marques. La législation relative à la protection du consommateur est utile et pertinente dans ce contexte.

f) Est-ce que seules certaines utilisations d'expressions culturelles traditionnelles devraient nécessiter un consentement? (Les systèmes *sui generis* existants distinguent entre les utilisations coutumières et non coutumières et les utilisations commerciales et non commerciales par exemple.)

g) La fixation des expressions culturelles traditionnelles appartenant au domaine public devrait-elle faire partie d'une stratégie de propriété intellectuelle?

h) La protection devrait-elle avoir un caractère "général" ou l'enregistrement préalable des expressions culturelles traditionnelles distinctes et déterminées devrait-il être une condition? Si oui, les registres, les listes et les inventaires existants qui sont établis par des programmes relatifs au patrimoine culturel peuvent-ils jouer un rôle?

i) Comment les utilisations préalables et continues des expressions culturelles traditionnelles devraient-elles être traitées dans un nouveau système *sui generis*?

j) Comment ces systèmes s'aligneraient-ils sur les droits et obligations existants en matière de propriété intellectuelle prévus par les conventions, les traités et les accords commerciaux internationaux, régionaux et bilatéraux?

Questions subsidiaires

43. Les questions subsidiaires sont des éléments de questions essentielles de politique générale plus larges, par exemple :

a) quel est le lien entre le droit de la propriété intellectuelle et les systèmes juridiques qui ne concernent pas la propriété intellectuelle, les lois et instruments dans le domaine du patrimoine culturel, de la protection du consommateur, de la commercialisation et des appellations?

b) Comment les lois et protocoles coutumiers et indigènes devraient-ils être reconnus et respectés : grâce à des systèmes de propriété intellectuelle existants ou à des systèmes de propriété intellectuelle *sui generis*?

c) Outre l'existence juridique ou la création de droits attachés à des expressions culturelles traditionnelles, quelles sont les structures institutionnelles, les programmes et les mesures d'appui nécessaires pour transformer des systèmes juridiques de protection en systèmes réellement efficaces et fonctionnels au bénéfice des dépositaires des expressions culturelles traditionnelles?

d) Puisque les anthropologues, d'autres travailleurs sur le terrain, les musées et les archives se trouvent au carrefour entre les communautés et le marché, de quelle façon leurs activités affectent-elles les efforts déployés pour protéger juridiquement les expressions culturelles traditionnelles?

Systèmes de protection possibles

44. Il est suggéré que, si les États décident d'établir un système de protection positive pour les expressions culturelles traditionnelles, à partir de l'exemple de la loi type pour le Pacifique Sud de 2002, ce système pourrait permettre :

i) de favoriser et de faciliter l'accès aux expressions culturelles traditionnelles et leur utilisation comme fondement de la créativité et de l'innovation, que ce soit ou non par les membres de la communauté culturelle concernée;

ii) dans de tels cas, de prendre en considération les droits de propriété intellectuelle afférents des créateurs et des innovateurs;

iii) de s'assurer cependant que ces utilisations des expressions culturelles traditionnelles, en particulier à des fins commerciales, se font dans le respect des engagements pris par l'utilisateur de reconnaître la source des expressions culturelles traditionnelles, de partager équitablement les avantages découlant de cette utilisation des expressions culturelles traditionnelles et de n'en faire, en aucun cas, un usage déshonorant²³, infamant, diffamatoire ou fallacieux; et,

iv) nonobstant ce qui précède, de protéger les expressions sacrées et secrètes contre toute forme d'utilisation et d'exploitation à des fins commerciales.

45. Une autre approche, qui peut être complémentaire, pourrait prendre en considération les principes et "composantes" suivants :

a) le patrimoine culturel préexistant constitue notamment une base de créativité et d'innovation. Ceci est lié à son appartenance au domaine public et correspond à un domaine public fiable en tant que source d'échanges et de créativité. La législation relative au droit d'auteur et aux dessins et modèles industriels est généralement adaptée à la protection des expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition. Les créateurs peuvent utiliser la propriété intellectuelle pour commercialiser leurs œuvres à des fins de développement économique, empêcher les tiers de faire de même et/ou d'acquérir des droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles. Les marques (y compris les marques de certification et les marques collectives) et les indications géographiques, la lutte contre la concurrence déloyale et la protection des informations non divulguées (pour les expressions culturelles traditionnelles secrètes) constituent d'autres formes de propriété intellectuelle qui semblent particulièrement utiles.

b) Il apparaît donc, d'une façon générale, que la création de droits de propriété sur toutes les formes d'expressions culturelles traditionnelles qui se trouvent actuellement dans le domaine public n'est pas appropriée, du point de vue de la politique en matière de propriété intellectuelle comme de la politique culturelle. Des droits de propriété sur les expressions culturelles traditionnelles du domaine public risquent de briser la capacité des autochtones et des dépositaires de la tradition, ainsi que celle des non autochtones et des personnes non dépositaires de la tradition, à créer et à innover en se fondant sur la tradition. D'après les points de vue exprimés par plusieurs États, il apparaît aussi que tous les États ne sont pas convaincus de l'opportunité et de la nécessité de créer des droits de priorité sur les expressions culturelles traditionnelles appartenant au domaine public.

²³ Cependant, comme les États-Unis d'Amérique l'ont souligné dans leurs observations sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, des restrictions aux utilisations déshonorantes peuvent constituer des limitations de la liberté d'expression inacceptables aux États-Unis d'Amérique.

c) Cependant, un domaine public complètement libre et non réglementé ne répond pas à tous les besoins des communautés autochtones et locales, en particulier en ce qui concerne les utilisations inappropriées de leurs expressions culturelles traditionnelles :

i) tout d'abord, les États et les communautés autochtones et traditionnelles devraient avoir la possibilité d'empêcher des utilisations particulières des expressions culturelles traditionnelles appartenant au domaine public faites en dehors du contexte de la communauté culturelle, comme : i) les utilisations qui suggèrent à tort l'existence d'un lien avec une communauté culturelle; ii) des utilisations déshonorantes, infamantes, diffamatoires, offensantes et fallacieuses; et/ou iii) l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles sacrées et secrètes.

ii) La législation relative à la concurrence déloyale et d'autres lois relatives à la protection du consommateur et à la commercialisation semblent répondre à bon nombre des besoins des communautés autochtones et locales. La loi sur les arts et artisanats indiens des États-Unis d'Amérique, décrite plus loin dans le présent document, en donne un exemple pertinent. Un avantage de la législation sur la lutte contre la concurrence déloyale réside dans sa souplesse. Il s'agit aussi d'une notion déjà comprise par les tribunaux, ce qui augmente la probabilité d'une application efficace. La nature de la protection contre la concurrence déloyale est expliquée ailleurs dans le présent document.

iii) Lorsque la législation relative à la lutte contre la concurrence déloyale n'est pas applicable, des registres nationaux, peut-être même un registre international, pourraient être créés pour que les communautés puissent faire enregistrer les expressions culturelles traditionnelles dont les utilisations ne devraient pas être autorisées. L'enregistrement aurait l'avantage de centrer la protection sur certaines expressions culturelles traditionnelles et celles dont les communautés estiment que la protection est utile et donc qu'elles enregistrent de façon anticipée. L'enregistrement préalable offre une précision et une certitude que l'on ne retrouve pas dans les systèmes de protection plus généraux.

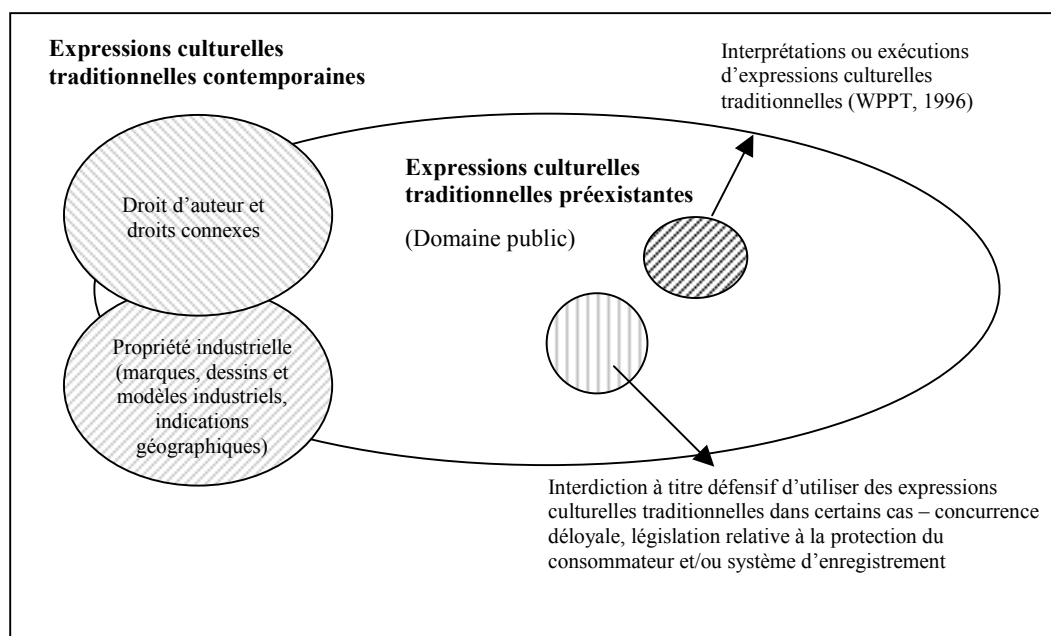
iv) Ensuite, les tensions et les conflits entre le droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle en ce qui concerne les expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition et les responsabilités autochtones et coutumières nécessitent une étude plus approfondie dont les résultats pourraient déboucher sur des suggestions de mesures destinées à gérer ces tensions et conflits.

(Voir le schéma 2, page suivante, qui tente de décrire un système fondé sur ces composantes).

46. Cependant, ce ne sont pas les seuls modèles possibles et les exposés présentés au cours de la quatrième session du comité ont illustré la diversité et l'éventail des approches possibles. Il semble que ni les normes de propriété intellectuelle existantes ni les dispositions types de 1982 ne suffisent à elles seules pour satisfaire aux besoins et attentes des communautés autochtones et locales et il est souhaitable d'analyser d'autres modèles en combinant mesures de propriété intellectuelle et autres. À cet égard, les États et d'autres entités ont demandé l'élaboration de nouvelles dispositions, directives ou recommandations types visant à aider les États et les organisations régionales à créer des systèmes efficaces et à permettre une certaine

cohérence des systèmes nationaux émergents qui représentent des approches diverses. La participation des communautés et des dépositaires d'expressions culturelles traditionnelles concernés est essentielle à l'élaboration de cette politique.

Schéma 2



47. Enfin, la protection accordée aux expressions culturelles traditionnelles peut résulter d'une palette variée de possibilités, associant des droits de propriété intellectuelle à certaines options *sui generis* mentionnées ci-dessus. La question de savoir quelles sont les possibilités les plus appropriées, du point de vue de la propriété intellectuelle et des politiques culturelles pertinentes, est étudiée de façon plus approfondie dans le reste du présent document.

II. QU'ENTEND-ON PAR "EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES"?

Introduction

48. La signification et la portée des termes "expressions culturelles traditionnelles" et d'autres termes désignant plus ou moins la même réalité, par exemple les "expressions du folklore", les "cultures indigènes et la propriété intellectuelle" et le "patrimoine culturel tangible et intangible" (termes qui sont peut-être les plus génériques) continuent de faire débat au sein de diverses instances, qu'elles soient intergouvernementales, régionales, nationales ou non gouvernementales. En effet, ces termes recouvrent potentiellement une immense variété de coutumes, de traditions, de formes d'expression artistique, de savoirs, de croyances, de produits, de procédés de fabrication et d'espèces qui tirent leurs origines de nombreuses communautés dans le monde entier²⁴.

²⁴ On trouvera un examen détaillé des questions de terminologie dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/9.

49. La signification du patrimoine culturel dépend largement des conditions dans lesquelles celui-ci est constitué et préservé et la terminologie varie selon la région et la communauté culturelle d'où émanent ces termes et leur définition. Cela dépend également à quelles fins ces termes et leur définition sont élaborés. Par conséquent, déterminer ce qui est et ce qui n'est pas considéré comme faisant partie du "patrimoine culturel" ou d'"expressions culturelles traditionnelles" est une question complexe et subjective, et il n'existe pas de définitions communément admises pour ces termes²⁵.

50. Les termes "expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore" sont utilisées indifféremment dans les débats internationaux sur la politique à suivre dans ce secteur de la propriété intellectuelle. Le terme "expressions culturelles traditionnelles" est employé dans le présent document à des fins de neutralité parce que certaines communautés ont exprimé des réserves au sujet des connotations négatives du terme "folklore". La protection des expressions culturelles traditionnelles/expressions du folklore est souvent associée aux savoirs traditionnels, mais il s'agit d'une notion distincte. Le présent document ne traite pas de la protection des savoirs traditionnels, par exemple les systèmes spécifiques de protection des savoirs écologiques ou médicaux traditionnels.

Expressions tangibles et intangibles de la culture

51. Les "expressions de" la culture traditionnelle (ou les "expressions du" folklore) peuvent être tangibles ou intangibles, ou encore le plus souvent concilier ces deux natures. Dans leurs observations sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, les États-Unis d'Amérique ont donné un certain nombre d'exemples d'expressions culturelles traditionnelles qui allient des éléments tangibles et intangibles : les dessus de lit afro-américains illustrant des histoires bibliques par des dessins; la pratique du "mime" à Terre-Neuve pendant la période de Noël lorsque les villageois miment des charades élaborées, jouent de la musique, mangent, boivent, dansent et fabriquent des déguisements; le mardi gras des "indiens" de la Nouvelle Orléans qui offrent un véritable exemple du caractère inséparable des éléments tangibles (costumes, instruments, chars) et intangibles (musique, chanson, danse, chant) du folklore. Or, la culture traditionnelle ou le savoir folklorique implicites dont découle l'expression sont généralement intangibles. Dans le cas par exemple d'une peinture représentant un mythe ou une légende ancienne, le mythe ou la légende en question font partie intégrante du "folklore" intangible implicite, tout comme les savoirs et les aptitudes utilisés pour créer la peinture, tandis que la peinture, quant à elle, est une expression tangible de ce folklore²⁶.

52. Les expressions culturelles traditionnelles aux fins de la propriété intellectuelle comprennent à la fois des éléments tangibles et des éléments intangibles. Il est artificiel de séparer ces deux aspects car, pour ainsi dire, les expressions tangibles et les expressions intangibles représentent respectivement le "corps" et l'"âme" d'un seul et même tout. Cela dit, il se peut que ces expressions nécessitent des mesures de protection différentes selon qu'elles sont tangibles ou intangibles.

²⁵ Voir Palethorpe et Verhulst, "Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law" (étude mandatée par la Commission européenne), octobre 2000, p. 6 à 13.

²⁶ *Idem*.

Utilisation du terme “traditionnel”

53. Comme on l’a déjà dit, le patrimoine culturel se crée en permanence; il est cumulatif et innovant. La culture, organique par nature, a besoin de croître et d’évoluer pour survivre – la tradition façonnant ainsi l’avenir. Il est souvent considéré que la tradition n’est qu’une question d’imitation et de reproduction, alors qu’elle suppose également d’innover et de créer dans le cadre traditionnel²⁷. Ainsi, le terme “traditionnel” ne signifie pas “vieux” mais indique plutôt que les expressions culturelles découlent de la tradition ou sont fondées sur la tradition, définissent une population autochtone ou traditionnelle ou sont associées à cette population et peuvent être réalisées ou pratiquées de façon traditionnelle.

54. Donc, comme on l’a déjà dit, il existe une distinction entre le patrimoine culturel “préexistant” et les expressions culturelles modernes en évolution. En d’autres termes, on pourrait établir une distinction entre i) la culture traditionnelle implicite préexistante (laquelle pourrait être qualifiée de culture traditionnelle ou de folklore *strictu sensu*) et ii) les productions littéraires et artistiques créées par les générations actuelles d’une société donnée et fondées sur la culture ou le folklore traditionnel préexistant, ou encore inspirées de cette culture ou de ce folklore.

55. Cette distinction apparaît également dans certaines législations nationales, telles que celle de la Tunisie (qui fait référence à la fois au “folklore” et aux “œuvres inspirées du folklore”)²⁸. La loi sur le droit d’auteur de la Hongrie de 1999 exclut les expressions du folklore de la protection au titre du droit d’auteur mais l’alinéa 7 de l’article 1 prévoit que “cela ne peut porter atteinte à la protection à laquelle l’auteur d’une œuvre inspirée de l’art folklorique de caractère individuel et original a droit au titre du droit d’auteur”. En outre, la loi type de Tunis sur le droit d’auteur protège, en tant qu’œuvres originales protégées par le droit d’auteur, les œuvres dérivées qui incluent “les œuvres inspirées du folklore national” alors que le folklore, lui-même qualifié d’“œuvres du folklore national”, fait l’objet d’un type spécial (*sui generis*) de protection au titre du droit d’auteur.

56. Même si, compte tenu de la nature “vivante” et cumulative du patrimoine culturel, il ne convient peut-être pas d’exagérer l’intérêt d’une telle distinction, celle-ci reste pertinente aux fins d’une analyse relative à la propriété intellectuelle. En effet, les nouveaux arrangements, les nouvelles adaptations et interprétations ou exécutions du folklore préexistant sont davantage susceptibles d’être protégés par les lois de propriété intellectuelle en vigueur que le folklore préexistant lui-même qui n’est pas aussi bien protégé en vertu desdites lois. Or, le fait de savoir s’il faut ou non accorder une protection juridique au folklore préexistant est une question de politique générale déterminante. Dans l’affirmative, c’est dans ce domaine qu’il sera peut-être nécessaire d’apporter certaines modifications aux droits existants, c’est-à-dire des mesures spéciales pour compléter les droits existants et/ou les mécanismes ou les systèmes *sui generis*.

²⁷ Voir Bergey, Barry “A Multi-faceted Approach to the Support and Conservation of Folk and Traditional Culture”, exposé présenté au Symposium international sur la protection du folklore et/ou de la culture traditionnelle et sur la législation en la matière, Beijing, 18 – 20 décembre 2001.

²⁸ Loi n° 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique.

57. De la même façon que la tradition peut constituer une source d'innovation pour les membres d'une communauté culturelle donnée ou pour des personnes étrangères à cette communauté, il est également possible de mettre en évidence d'autres utilisations de la tradition qui sont pertinentes dans le cadre d'une analyse relative à la propriété intellectuelle. Hormis les innovations fondées sur la tradition, cette dernière peut être "imitée" par des personnes étrangères à une communauté culturelle ou "recréée" par les membres de cette communauté. Elle peut également être "ravivée" (si la tradition a disparu) ou "revivifiée" (si elle est tombée en désuétude). Or l'innovation fondée sur la tradition est davantage de nature à être protégée au titre de la propriété intellectuelle que les expressions culturelles traditionnelles imitées, recréées, ravivées ou revivifiées.

Le rapport entre les "expressions culturelles traditionnelles" et les "savoirs traditionnels"

58. La protection juridique des expressions culturelles traditionnelles (ou expressions du folklore) est une question débattue depuis de nombreuses décennies. Déjà en 1967 une modification a été apportée à la Convention de Berne afin de prévoir la protection des œuvres non publiées d'auteurs inconnus, y compris les expressions du folklore (voir le paragraphe 69 ci-dessous), et en 1982 les dispositions types de législation nationale ont été élaborées sous les auspices de l'OMPI et de l'UNESCO. Depuis lors, plusieurs lois nationales de propriété intellectuelle ont incorporé ces dispositions et certains nouveaux systèmes *sui generis* sont aussi apparus. À ce jour, nous disposons donc d'une expérience considérable en ce qui concerne la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles, mais nous avons besoin de davantage de données. Les débats intergouvernementaux sur les expressions culturelles traditionnelles ont généralement réuni des représentants de bureaux du droit d'auteur et de ministères et départements chargés de la culture, du patrimoine, du tourisme, de la justice et de l'enseignement. Au niveau international, des travaux approfondis sur la sauvegarde et la préservation du patrimoine culturel et sur la promotion de la diversité culturelle ont été réalisés et sont réalisés par l'UNESCO essentiellement. Comme on l'a noté plus haut, la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles est envisagée de façon appropriée du point de vue des politiques en matière de propriété intellectuelle et de culture et des objectifs relatifs à la préservation du patrimoine culturel, à la promotion de la créativité et à la diversité culturelle.

59. La notion de "savoirs traditionnels" est apparue plus récemment dans les milieux des spécialistes des questions de propriété intellectuelle. Cette notion est utilisée dans deux sens différents dans le contexte de la propriété intellectuelle. Elle est parfois utilisée dans un sens étroit pour désigner le savoir-faire "technique" et les savoirs relatifs ou associés à la conservation de la biodiversité, l'agriculture, la médecine et les ressources génétiques, entre autres domaines similaires. Dans ce cas, la nature du discours s'écarte de ce qui a prévalu pendant des décennies en ce qui concerne les expressions culturelles, puisqu'il s'agit principalement des lois relatives aux brevets et aux secrets d'affaires, d'un éventail de parties prenantes différentes et d'un contexte général particulier lié notamment à l'environnement, à l'agriculture, à la diversité biologique et à la santé. Le terme "savoirs traditionnels" est cependant aussi utilisé dans un sens plus large pour désigner à la fois le savoir-faire et les connaissances techniques et les expressions traditionnelles et les manifestations de cultures sous forme de musique, d'histoires, de peintures, d'artisanats, de langues et de symboles, d'interprétations et exécutions et autres, c'est-à-dire les expressions culturelles traditionnelles²⁹.

²⁹ Cette question est examinée de façon plus approfondie dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/12 et WIPO/GRTKF/IC/5/8.

60. Il existe souvent un rapport étroit entre les savoirs traditionnels “techniques” et les expressions artistiques traditionnelles. Certains membres du comité ont souligné³⁰ le caractère global des systèmes de cultures et de savoirs traditionnels, et la nécessité de reconnaître les interactions complexes qui existent entre l’identité sociale et culturelle d’une communauté et les composantes de sa base de connaissances, dans laquelle le savoir-faire technique, les expressions culturelles et les formes d’expression narratives, les pratiques écologiques et certains aspects du mode de vie et des systèmes spirituels peuvent tous être interdépendants, de sorte que toute tentative visant à les distinguer ou à définir séparément des éléments de ces savoirs ou de cette culture peut s’avérer délicate ou problématique. Pour résoudre ce problème, une approche consiste à distinguer clairement entre le caractère global et interconnecté des savoirs traditionnels et de la culture implicites en tant qu’objet protégé et les mécanismes juridiques qui sont définis pour accorder certaines formes spécifiques de protection juridique à cet objet (voir le débat parallèle aux paragraphes 36 et suivants du document WIPO/GRTKF/IC/5/12 et aux paragraphes 32 et suivants du document WIPO/GRTKF/IC/5/8).

61. Cependant, le regroupement de toutes les expressions culturelles sous la notion générale de “savoirs traditionnels” a suscité des préoccupations. Compte tenu de la portée incertaine des savoirs traditionnels, cela peut conduire à une perte de contexte pour la protection des expressions culturelles, puisqu’une série de parties prenantes et d’instruments juridiques différents peuvent être impliqués et que cela pourrait entraîner l’inutilité des travaux antérieurs approfondis sur les expressions culturelles et le folklore. La protection des expressions culturelles traditionnelles peut aussi nécessiter la prise en considération de toute une gamme de mesures dans le domaine de la culture et de la propriété intellectuelle, et suppose souvent l’intervention de plusieurs administrations nationales autres que les offices de propriété industrielle ou les administrations chargées de l’environnement ou de l’agriculture, intéressées par les ressources génétiques et les savoirs traditionnels techniques. Un certain nombre de membres du comité ont demandé que plus de temps soit consacré aux questions relatives aux expressions culturelles traditionnelles (point également soulevé dans les observations du Canada sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3).

62. Plusieurs États et d’autres parties prenantes ont estimé que les expressions culturelles traditionnelles et les savoirs traditionnels techniques devraient être traités selon deux voies parallèles et complémentaires, tout au moins sur le plan méthodologique, même s’ils reconnaissent les liens qui unissent ces deux notions. Par exemple, au cours de la troisième session du comité, l’Union européenne et ses États membres ont déclaré que le comité devrait “poursuivre ses travaux afin de parvenir à une distinction des savoirs traditionnels et du folklore ... et les différentes pistes juridiques qui sont susceptibles de se compléter à cet effet ... Il faut définir la portée des savoirs traditionnels liés à la biodiversité et protéger le folklore et l’artisanat par d’autres mesures”³¹. Les délégations du Canada³², de la Chine³³, des États-Unis d’Amérique³⁴ et du Venezuela³⁵ ont exprimé des points de vue à peu près similaires.

³⁰ Par exemple le Brésil (paragraphe 220 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17) et la Thaïlande (paragraphe 187 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17); voir le débat rapporté au paragraphe 36 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12 et aux paragraphes 104 et suivants du document WIPO/GRTKF/IC/5/8.

³¹ Paragraphe 218 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17.

³² Paragraphe 235.

³³ Paragraphe 242.

63. Un moyen pratique d'expliquer le rapport entre les savoirs traditionnels techniques et les expressions culturelles traditionnelles consiste à exposer leurs différences en utilisant le langage et la logique des différentes formes de protection de la propriété intellectuelle (voir le débat général sur ce point aux paragraphes 41 et suivants du document WIPO/GRTKF/IC/5/12). Ainsi, par exemple, comme certaines formes de protection de la propriété intellectuelle couvrent le contenu des savoirs (notamment les brevets et les secrets d'affaires), on peut dire que la protection des "savoirs traditionnels" renvoie à la protection du contenu ou des éléments du savoir-faire, des compétences, des pratiques et de l'apprentissage traditionnels. Par ailleurs, le droit d'auteur, les droits connexes et les droits sur les dessins et modèles industriels protègent certaines formes ou expressions spécifiques des savoirs traditionnels. Par conséquent, on peut dire que la protection des "expressions culturelles traditionnelles" renvoie à la protection des expressions des savoirs traditionnels. De même, les marques, les indications géographiques et les marques de certification et les marques collectives protègent les signes distinctifs, les symboles et les indications, créant ainsi une troisième catégorie d'éléments des savoirs traditionnels, à savoir la réputation, les signes, les indications et les symboles traditionnels. Ces catégories ont un caractère général et des limites indistinctes. Tout comme les différentes formes de propriété intellectuelle se chevauchent et se croisent pour une même création, des formes distinctes de protection de la propriété intellectuelle peuvent être appliquées simultanément aux divers éléments d'une même création ou innovation traditionnelle implicite. Par exemple, de nombreux produits de l'artisanat ont des qualités techniques et esthétiques et peuvent être protégés par la législation sur la propriété industrielle, le droit d'auteur ou une combinaison des deux. Ceci est prévisible et ne s'applique pas seulement aux créations et innovations "traditionnelles" (les logiciels peuvent, par exemple, être protégés à la fois par les brevets et au titre du droit d'auteur). Cependant, c'est la raison pour laquelle le guide pratique élaboré par le Secrétariat portera sur les expressions culturelles traditionnelles ainsi que sur les savoirs traditionnels connexes (savoir-faire technique).

64. Un moyen similaire mais plus simple consiste à envisager les expressions culturelles traditionnelles et les savoirs traditionnels techniques comme des composantes des "savoirs traditionnels" au sens le plus large. Certaines expressions culturelles traditionnelles peuvent en fait être décrites comme les expressions culturelles des savoirs traditionnels (ou des savoirs traditionnels exprimés sous des formes culturelles), tandis que les savoirs traditionnels techniques sont le contenu ou le savoir-faire et les compétences des savoirs traditionnels. Une telle formulation permet d'accorder à chacun un traitement différent le cas échéant, tout en reconnaissant leur caractère connexe en tant que formes des savoirs traditionnels. C'est l'approche que suivait auparavant le Secrétariat de l'OMPI aux fins des missions d'enquête par exemple. Des documents parallèles portant sur les savoirs traditionnels examinent cette distinction de façon plus approfondie (voir par exemple les paragraphes 18 et suivants du document WIPO/GRTKF/IC/5/8).

65. Il est souhaitable de réaffirmer que les expressions culturelles méritent d'être examinées parallèlement aux débats connexes sur les savoirs techniques, afin d'envisager la protection des expressions culturelles dans le contexte des mesures et objectifs pertinents, de s'inspirer de façon appropriée des travaux antérieurs dans ce domaine, de tenir compte des systèmes de propriété intellectuelle pertinents (notamment mais pas uniquement le droit d'auteur et les droits connexes) et de faire participer les parties prenantes intéressées. Dans l'avenir, on

³⁴ Paragraphe 254.

³⁵ Paragraphe 286.

pourra se demander si le comité devrait établir un groupe de travail subsidiaire ou un autre organe subsidiaire chargé d'agir de façon plus ciblée et de rendre compte au comité sur des sujets comme les expressions culturelles traditionnelles, auxquels pourraient participer des experts culturels, des représentants de bureaux du droit d'auteur et d'autres services concernés et des représentants d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales intéressées. Compte tenu de l'intérêt continu du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI pour cette question, les documents et les rapports de ces organes subsidiaires et du comité pourraient lui être fournis à titre d'information générale.

Description pratique des expressions culturelles traditionnelles

66. Sans constituer une définition à proprement parler, une description pratique des expressions culturelles traditionnelles pourrait être la suivante (en utilisant la description figurant dans les dispositions types de 1982 comme point de départ) :

on entend par "expressions culturelles traditionnelles" les productions se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté de [nom du pays] ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté, en particulier :

- a) les expressions verbales telles que les contes populaires, la poésie populaire et les énigmes, les signes, les symboles et les indications;
- b) les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale populaires;
- c) les expressions corporelles telles que les danses et spectacles populaires ainsi que les expressions artistiques des rituels; que ces expressions soient fixées ou non sur un support; et
- d) les expressions tangibles telles que :
 - i) les ouvrages d'art populaire, notamment les dessins, peintures, ciselures, sculptures, poterie, terre cuite, mosaïque, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d'aiguille, textiles, tapis, costumes;
 - ii) les objets d'artisanat;
 - iii) les instruments de musique;
 - iv) les ouvrages d'architecture."

67. Le document WIPO/GRTKF/IC/5/12 indique ce qui suit : "Les termes expressions de la culture traditionnelle et expressions du folklore peuvent être employés de manière synonyme, ce qui est généralement le cas dans les législations *sui generis* nationales existantes sur le folklore ainsi que dans les dispositions types UNESCO-OMPI. Ils s'entendent des œuvres ou productions et des formes ou expressions de savoirs traditionnels ou d'éléments du patrimoine culturel traditionnel, tangibles ou intangibles, ayant les caractéristiques d'un patrimoine traditionnel associé à une communauté. Il s'agit en l'espèce de la façon dont une protection peut être conférée aux expressions en tant que telles et pas uniquement au contenu".

III. BREF HISTORIQUE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DE LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES

68. Les activités précédentes de l'OMPI dans le domaine de la propriété intellectuelle et des expressions culturelles traditionnelles dont plusieurs ont été entreprises avec la collaboration de l'UNESCO ont, au cours d'une période de quelque 30 ans, permis de recenser et, dans certains cas, d'étudier différents besoins et questions d'ordre juridique, théorique, pratique et administratif, liés à la propriété intellectuelle et aux expressions culturelles traditionnelles.

La reconnaissance d'une protection internationale pour les "œuvres non publiées" dans la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques en 1967

69. La Conférence diplomatique de 1967 à Stockholm sur la révision de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (la "Convention de Berne") a visé à introduire la protection du folklore au niveau international. Elle a eu pour résultat les alinéas suivants de l'article 15.4) des Actes de Stockholm (1967) et de Paris (1971) de la Convention de Berne :

"4.a) 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.

"b) Les pays de l'Union qui, en vertu de cette disposition, procéderont à une telle désignation, le notifieront au Directeur général [de l'OMPI] par une déclaration écrite où seront indiqués tous les renseignements relatifs à l'autorité ainsi désignée. Le Directeur général communiquera aussitôt cette déclaration à tous les autres pays de l'Union."

70. Dans l'esprit de la conférence de révision, cet article de la Convention de Berne suppose la possibilité d'accorder une protection aux expressions culturelles traditionnelles. Son incorporation dans la Convention de Berne répond aux demandes qui avaient été faites à l'époque concernant une protection internationale spécifique pour les expressions culturelles traditionnelles³⁶.

Adoption de la loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement, 1976

71. Pour répondre aux besoins particuliers des pays en développement et faciliter leur accès aux œuvres étrangères protégées par le droit d'auteur tout en assurant une protection internationale suffisante à leurs propres œuvres, la Convention de Berne a été révisée en 1971. Il a été jugé nécessaire de fournir aux États le texte d'une loi type qui pourrait les aider à se conformer aux règles de la convention dans le cadre de leur législation nationale.

³⁶ Cf. Ficsor, M., "Attempts to Provide International Protection for Folklore by Intellectual Property Rights", document présenté au Forum mondial OMPI-UNESCO sur la protection du folklore, tenu à Phuket (Thaïlande), du 8 au 10 avril 1997, p.17; Ricketson, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986* (Londres, 1987) p. 313-315. Un seul pays, l'Inde, a procédé à la désignation mentionnée dans l'article.

72. C'est ainsi qu'en 1976, la loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement a été adoptée par le comité d'experts gouvernementaux, réuni à l'initiative du Gouvernement tunisien du 23 février au 2 mars 1976 à Tunis, avec le soutien de l'OMPI et de l'UNESCO. La loi type de Tunis accorde une protection spécifique aux œuvres du folklore national. Ces œuvres n'ont pas besoin d'être fixées sous une forme matérielle pour bénéficier d'une protection qui leur est d'ailleurs acquise indéfiniment³⁷.

Les dispositions types, 1982

73. Les dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables ont été adoptées en 1982 sous les auspices de l'OMPI et de l'UNESCO³⁸.

74. Au cours de l'élaboration des dispositions types, il avait été convenu par un groupe de travail réuni par l'OMPI et l'UNESCO : i) qu'il convenait d'assurer au folklore une protection spécifique efficace; ii) que cette protection juridique pouvait être facilitée au niveau national par des dispositions législatives types; iii) que ces dispositions types devraient être élaborées de façon à être applicables à la fois dans les pays sans législation en vigueur dans ce domaine et dans les pays où une législation existante pouvait être améliorée; iv) que ces dispositions types devraient aussi permettre une protection au moyen du droit d'auteur et des droits connexes dans le cas où cette forme de protection serait applicable; et v) que les dispositions types servant à l'élaboration de lois nationales devraient ouvrir la voie à une protection sous-régionale, régionale et internationale des créations du folklore.

75. Les dispositions types ont été élaborées face à la crainte que les expressions du folklore qui constituent une part importante du patrimoine culturel vivant des nations, puissent faire l'objet de différentes formes d'exploitation illicite et d'actions dommageables. En termes plus précis, comme cela est déclaré dans le préambule de ces dispositions, le comité d'experts a estimé que la dissémination des diverses expressions du folklore pouvait conduire à une exploitation indue du patrimoine culturel d'une nation, que tout abus de nature commerciale, ou autre, ou toute dénaturation des expressions du folklore était préjudiciable aux intérêts culturels et économiques d'une nation, que les expressions du folklore en tant qu'elles constituent des manifestations de la créativité intellectuelle méritaient de bénéficier d'une protection s'inspirant de celle qui est accordée aux productions intellectuelles, et que la protection du folklore se révélait indispensable en tant que moyen permettant de développer, de perpétuer et de diffuser davantage ces expressions.

76. En ce qui concerne l'application des dispositions types, plusieurs pays se sont fondés sur le texte de ces dispositions pour établir un régime juridique national de protection du folklore. Un grand nombre de ces pays a adopté des dispositions sur la protection du folklore dans le cadre de leur législation sur le droit d'auteur.

³⁷ Voir en particulier l'article 1.5bis et l'article 6 de la loi type de Tunis.

³⁸ Voir les paragraphes 156 à 175 du document WIPO/GRTKF/IC/1/13 (Rapport de la première session du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore). Voir aussi Ficsor, M., *op. cit.*

Tentatives visant à élaborer un traité international, 1982 à 1985

77. Au cours de la réunion du comité d'experts gouvernementaux qui a adopté les dispositions types, plusieurs participants ont souligné que des mesures internationales seraient indispensables pour étendre la protection des expressions du folklore d'un pays donné au-delà des frontières nationales. L'OMPI et l'UNESCO ont donné suite à ces suggestions par la constitution conjointe d'un groupe d'experts sur la protection internationale des expressions du folklore par la propriété intellectuelle, qui s'est réuni à Paris du 10 au 14 décembre 1984. Le groupe d'experts a été chargé d'examiner la nécessité d'une réglementation internationale particulière concernant la protection internationale des expressions du folklore au titre de la propriété intellectuelle et d'étudier un projet d'instrument allant dans ce sens. Les discussions du groupe d'experts ont débouché sur une large reconnaissance du besoin d'une protection internationale des expressions du folklore, en particulier en raison de l'utilisation croissante et incontrôlée de ces expressions au moyen de technologies modernes hors des limites du pays d'origine des communautés qui leur ont donné naissance.

78. La très grande majorité des participants a toutefois estimé qu'il était prématuré d'établir un traité international faute d'une expérience suffisante en matière de protection des expressions du folklore au niveau national, notamment en ce qui concerne l'application des dispositions types. Les deux difficultés principales mises en évidence par le groupe d'experts ont été : l'absence de sources adéquates permettant de déterminer les expressions du folklore à protéger et le manque de mécanismes pratiques pour régler les questions relatives aux expressions du folklore qui intéressent simultanément plusieurs pays d'une région. Le comité exécutif de la Convention de Berne et le Comité intergouvernemental sur le droit d'auteur, lors de leurs sessions communes de juin 1985 à Paris, ont examiné le rapport du groupe d'experts et se sont en grande partie ralliés à ses conclusions. Dans leur majorité écrasante, les participants étaient d'avis qu'un traité sur la protection des expressions du folklore était prématuré. Si on voulait élaborer un instrument international un tant soit peu réaliste, celui-ci ne saurait pour le moment être autre chose qu'une sorte de recommandation.

Adoption du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), 1996

79. Contes populaires, poèmes, chansons, musiques instrumentales, danses, pièces de théâtre et autres expressions similaires du folklore sont perpétués au moyen d'interprétations régulières. Par conséquent, si la protection des artistes interprètes ou exécutants est étendue aux personnes qui interprètent ou exécutent des expressions du folklore, ce qui est le cas dans de nombreux pays, la protection s'applique par analogie aux interprétations ou exécutions des expressions du folklore. Toutefois, un certain problème s'est posé à propos de la notion clé d'"artiste interprète ou exécutant" (et de la notion d'"interprétation ou exécution" qui en découle indirectement) en vertu de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 1961 (la "Convention de Rome"). Aux termes de l'article 3.a) de la Convention de Rome, "on entend par artistes interprètes ou exécutants, les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent ou *exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques*" (italiques ajoutées). Étant donné que les expressions du folklore ne correspondent pas à la définition d'œuvres littéraires et artistiques à proprement parler, la définition de l'"artiste interprète ou exécutant" telle qu'elle figure dans la Convention de Rome ne semble pas s'appliquer aux artistes qui interprètent ou exécutent des expressions du folklore.

80. Cependant, le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), adopté en décembre 1996, applique la notion d'"artiste interprète ou exécutant", pour ce qui concerne le traité en question, aux artistes interprétant ou exécutant des expressions du folklore³⁹. À la date du 15 avril 2003, 41 États avaient ratifié le WPPT. Le traité est entré en vigueur le 20 mai 2002.

81. À la conférence diplomatique au cours de laquelle le WPPT, ainsi que le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), ont été adoptés en décembre 1996, le Comité d'experts de l'OMPI sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne et le Comité d'experts sur un éventuel instrument relatif à la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes ont recommandé "l'organisation d'une réunion internationale visant à étudier, sous tous leurs aspects, les questions concernant la préservation et la protection des expressions du folklore, les aspects de propriété intellectuelle liés au folklore, ainsi que l'harmonisation des divers intérêts régionaux"⁴⁰.

Forum mondial OMPI-UNESCO sur la protection du folklore, 1997

82. Conformément à la recommandation faite pendant la conférence diplomatique de 1996, le Forum mondial de l'OMPI-UNESCO sur la protection du folklore s'est tenu à Phuket (Thaïlande), en avril 1997. De nombreux besoins et questions liés à la propriété intellectuelle et au folklore ont été débattus au cours de cette réunion⁴¹. La réunion a aussi adopté un "plan d'action" définissant notamment les besoins et questions ci-après :

a) la nécessité de mettre au point une nouvelle norme internationale pour la protection juridique du folklore; et

b) l'importance d'arriver à trouver un équilibre entre les intérêts de la communauté propriétaire du folklore et ceux des utilisateurs des expressions du folklore.

83. Afin d'avancer en direction d'une prise en compte de ces besoins et questions, le plan d'action proposait, entre autres, que "l'on tienne des forums consultatifs régionaux ..."⁴².

Missions d'enquête de l'OMPI, 1998-1999

84. En 1998 et 1999, l'OMPI a mené des missions d'enquête pour recenser autant que possible les besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle des détenteurs de savoirs traditionnels. Des communautés autochtones et locales, des organisations non gouvernementales, des représentants des pouvoirs publics, des universitaires, des chercheurs et des représentants du secteur privé figuraient parmi les groupes de personnes consultés lors de ces missions. Pour les besoins de ces missions, les "savoirs traditionnels" englobaient les

³⁹ Aux fins du WPPT, les artistes interprètes ou exécutants qui bénéficient d'une protection comprennent les "artistes interprètes ou exécutants" qui sont des acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques ou des expressions du folklore."

⁴⁰ Voir le paragraphe 269 du document BCP/CE/VI/16-INR/CE/V/14.

⁴¹ Cf. Publication n° 758 de l'OMPI (E/F/S).

⁴² Le plan d'action note que "les participants des gouvernements des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni ont déclaré expressément qu'ils ne pouvaient se rallier au plan d'action."

expressions culturelles traditionnelles en tant que sous-catégorie⁴³. Les “expressions culturelles traditionnelles” comprenaient l’artisanat et d’autres expressions culturelles tangibles. Une grande partie des informations recueillies au cours de ces missions se rapportait directement ou indirectement aux expressions culturelles traditionnelles.

85. Les missions d’enquête ont été menées dans 28 pays entre mai 1998 et novembre 1999. Les résultats des missions ont été publiés par l’OMPI dans un rapport intitulé “Besoins et attentes des dépositaires de savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle : rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête (1998-1999)”⁴⁴.

Consultations régionales OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore, 1999

86. Conformément à la proposition figurant dans le plan d’action adopté au Forum mondial OMPI-UNESCO sur la protection du folklore, 1997, ces deux organisations ont tenu quatre consultations régionales sur la protection des expressions du folklore en 1999⁴⁵. Chacune des consultations régionales a adopté des résolutions ou des recommandations définissant certains besoins et questions en matière de propriété intellectuelle, ainsi que des propositions concernant les futures activités en rapport avec les expressions du folklore⁴⁶. Ces résolutions et recommandations sont disponibles auprès du Secrétariat de l’OMPI et sur le site Web de l’Organisation⁴⁷.

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

87. Fin 2000, les États membres de l’OMPI ont créé le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, consacré aux débats des États membres sur ces sujets. Les documents de travail du comité intergouvernemental peuvent être demandés au Secrétariat et sont aussi disponibles sur le site Web de l’OMPI⁴⁸.

88. À ce jour, le comité intergouvernemental s’est réuni quatre fois. Il a progressé sensiblement sur la question des rapports d’ordre théorique et pratique entre le système de la propriété intellectuelle et les préoccupations et besoins des détenteurs de savoirs traditionnels et des dépositaires des cultures traditionnelles. Sous la direction du comité intergouvernemental, le Secrétariat a entrepris une série d’études analytiques approfondies, fondées sur des enquêtes détaillées portant sur les expériences nationales dans ce domaine, afin de jeter les bases d’un débat international sur la politique à suivre, et a aussi élaboré des

⁴³ Voir le chapitre intitulé “Terminologie” du rapport sur les missions d’enquête.

⁴⁴ Publication n° 768 de l’OMPI (E/F/S). Le rapport peut également être consulté à l’adresse <http://www.wipo.int/globalissues/ik/ffm/report/final/index-fr.html>.

⁴⁵ Les consultations régionales ont été tenues pour les pays africains à Pretoria, Afrique du Sud (mars 1999); pour les pays d’Asie et du Pacifique à Hanoi, Viet Nam (avril 1999); pour les pays arabes à Tunis, Tunisie (mai 1999); et pour l’Amérique latine et les Caraïbes à Quito, Équateur (juin 1999). Étaient présents à ces quatre consultations régionales 63 gouvernements d’États membres de l’OMPI, 11 organisations intergouvernementales et cinq organisations non gouvernementales.

⁴⁶ WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

⁴⁷ <http://www.wipo.int>.

⁴⁸ <http://www.wipo.int/globalissues/igc/documents/index-fr.html>.

instruments pratiques visant à promouvoir les intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels, d'expressions culturelles traditionnelles et de ressources génétiques en matière de propriété intellectuelle. Les sessions du comité réunissent plus de 400 représentants d'États membres, d'organisations intergouvernementales et d'organisations non gouvernementales.

89. En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles, le comité intergouvernemental a examiné l'analyse approfondie faite par le Secrétariat de l'utilisation du système de la propriété intellectuelle et des approches *sui generis* existantes aux fins de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles (documents WIPO/GRTKF/IC/3/10 et WIPO/GRTKF/IC/4/3). Cette analyse était fondée sur l'expérience nationale de 66 États membres, invités à répondre à un questionnaire, ainsi que sur une série d'études de cas. L'une d'elles comprenait des études pratiques de cas réels dans lesquels des autochtones australiens ont cherché à utiliser la propriété intellectuelle pour protéger leurs expressions culturelles traditionnelles. Les dernières études sont intitulées "Minding Culture – Case Studies on Intellectual Property and Traditional, Cultural Expressions"⁴⁹ (le respect de la culture : études de cas sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles) et sont disponibles sur le site Web de l'OMPI et dans le document WIPO/GRTKF/IC/Study2. De plus, l'OMPI a aussi publié une étude sur les expériences concrètes en Inde, en Indonésie et aux Philippines. Le comité a reçu des comptes rendus détaillés de la Fédération de Russie, de la Nouvelle-Zélande, du Nigéria, du Panama, de la Tunisie et du Secrétariat de la Communauté du Pacifique sur leurs récentes expériences législatives de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles.

90. Ainsi que l'a approuvé le comité, l'OMPI élabore un guide pratique sur la protection juridique des expressions de la culture traditionnelle et des savoirs traditionnels techniques connexes (dont ce document constitue un précurseur précoce) et réalise une étude concrète des rapports entre les droits de propriété intellectuelle et les systèmes de protection coutumiers et indigènes. Les résultats de cette étude seront intégrés dans le guide pratique.

IV. LES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES EN TANT QU'ACTIFS ÉCONOMIQUES ET CULTURELS

91. La préservation et la protection du patrimoine culturel et des expressions culturelles traditionnelles sont importantes pour les populations du monde entier puisqu'il s'agit fondamentalement de protéger le patrimoine et la culture mondiaux intangibles de façon à ce qu'ils puissent être transmis aux générations futures. La perte du patrimoine culturel est une tragédie pour ces populations et ces communautés dont la survie dépend de l'intégrité de leurs savoirs et de leurs systèmes culturels. Par conséquent, il se peut qu'une grande partie du patrimoine culturel n'ait aucun potentiel commercial mais cela ne signifie pas qu'ils sont moins dignes de respect ou de protection.

92. Cependant, le patrimoine culturel est souvent une source de créativité et d'innovation et la protection adéquate et appropriée des expressions et des manifestations des cultures traditionnelles peut contribuer à la prospérité d'un créateur traditionnel ou au développement économique d'une communauté. Ce type d'actifs fondés sur les savoirs est passé largement inaperçu dans les milieux de la propriété intellectuelle jusque relativement récemment et, à cet

⁴⁹ Disponible à l'adresse
<http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

égard, se sont des actifs traditionnels mais aussi de nouveaux actifs intellectuels. Les innovations et les créations fondées sur la tradition, qui constituent une partie importante du patrimoine culturel d'une communauté, peuvent aussi être utiles sur d'autres marchés, comme les loisirs, l'art, le tourisme, l'architecture et la mode⁵⁰.

93. La valeur commerciale des expressions culturelles traditionnelles en ce qui concerne les industries culturelles tend à se concentrer sur les arts et l'artisanat, le tourisme culturel, la musique, le multimédia et la publication, l'architecture et la mode. Malheureusement, il existe très peu de données économiques sur la valeur de la contribution des expressions culturelles traditionnelles à ces industries. Cependant, voici quelques exemples (comme pour le reste du présent document, les participants du comité sont invités à communiquer au Secrétariat de l'OMPI d'autres exemples et informations) :

a) comme l'indique un rapport australien récent publié par le Département des communications, des techniques de l'information et des arts, les arts visuels et l'artisanat constituent une source importante de revenus pour les artistes et les communautés autochtones et le niveau de protection du droit d'auteur et d'autres droits de propriété intellectuelle dont ils bénéficient est de la plus haute importance pour eux. Le chiffre d'affaires de l'industrie des arts visuels et de l'artisanat autochtones est estimé à environ 130 millions de dollars des États-Unis en Australie, dont la population autochtone reçoit environ 30 millions de dollars des États-Unis de bénéfices⁵¹.

b) Un programme gouvernemental de lutte contre la pauvreté intitulé "Investing in Culture" (Investir dans la culture) en faveur du peuple San Khomani d'Afrique du Sud a dynamisé les activités artisanales de la communauté, lui permettant ainsi, pour la première fois, d'engranger des revenus à partir de ses ouvrages artisanaux. Les membres plus âgés de la communauté enseignent leurs connaissances aux plus jeunes, revitalisant ainsi les compétences traditionnelles menacées de disparition. Grâce à leurs activités traditionnelles, les membres de la communauté ont de plus en plus le sens de l'identité culturelle, de la cohésion sociale et la fierté de leur culture. Les artisans, qui dépendaient auparavant de subventions gouvernementales, gagnent aujourd'hui l'équivalent de 600 dollars des États-Unis par an, une fortune pour cette communauté appauvrie. La communauté envisage de pénétrer des marchés locaux et étrangers plus sophistiqués, où les articles peuvent être vendus à des prix plus élevés⁵². Elle s'intéresse à l'utilisation des droits de propriété intellectuelle pour protéger ces ouvrages artisanaux. Les marques et les indications géographiques pourraient être particulièrement appropriées.

⁵⁰ Voir par exemple l'étude de l'UNESCO intitulée "*Study on International Flows of Cultural Goods*", 1980-98, Paris, 2000,
http://www.unesco.org/culture/industries/trade/html_eng/question3.shtml.

⁵¹ Rapport de l'enquête sur les arts visuels et l'artisanat contemporain, Australie, 2002, p. 116 et 135.

⁵² Renseignements fournis par le Département des sports, de l'art et de la culture du Gouvernement provincial de Northern Cape (Afrique du Sud).

c) Une entreprise d'Afrique du Sud, Buy Africa, aide les artisans et les femmes autochtones à commercialiser leurs articles sur l'Internet, en leur permettant d'entrer sur le marché de l'exportation et de fournir au monde des produits d'artisanat et des curiosités d'Afrique du Sud. Les commandes pour ces produits d'artisanat se font en ligne par l'intermédiaire de Buy Africa⁵³.

d) Au cours des dernières années, la musique traditionnelle a éveillé l'imagination du public, comme en témoigne le succès de la musique du monde. Les progrès technologiques réalisés dans les techniques d'enregistrement, l'essor de l'industrie musicale et la demande pour la musique du monde, s'associent pour créer un immense marché pour des sons nouveaux et variés. *Graceland* en 1986 et *Rhythm of the Saints* en 1990 de Paul Simon, qui utilisaient respectivement de la musique d'Afrique et d'Amérique latine, ont dévoilé les bénéfices extraordinaires qui peuvent être obtenus lorsque des musiciens occidentaux incorporent de la musique non occidentale dans leurs chansons. *Graceland* est resté 31 semaines en tête de la liste des albums du *Billboard* et plus de trois millions et demi d'exemplaires ont été vendus dans le monde⁵⁴. Un million trois cents mille exemplaires de *Rhythm of the Saints* ont été vendus au cours des quatre premières semaines de sa commercialisation⁵⁵.

V. EXEMPLES D'APPROPRIATION ET D'APPROPRIATION ILLICITE

94. Sur la base des missions d'enquête menées à bien par l'OMPI en 1998 et 1999, des réponses au questionnaire sur le folklore et d'autres éléments, on trouvera exposés ci-après des exemples concrets spécifiques d'expressions culturelles traditionnelles pour lesquelles une protection juridique a été recherchée ou est souhaitée par certains États et autres parties prenantes⁵⁶.

i) Des peintures faites par des autochtones ont été reproduites par des non autochtones sur des tapis, des tissus imprimés destinés à l'habillement, des T-shirts, des robes et autres vêtements ainsi que sur des cartes de vœux; et ces produits ont ensuite été diffusés et mis en vente par ces non autochtones. On trouvera des exemples dans les cas mentionnés par l'Australie dans sa réponse au questionnaire sur le folklore, lesquels sont résumés dans le rapport final (WIPO/GRTKF/IC/3/10)⁵⁷. Certains de ces cas sont par ailleurs examinés dans l'étude intitulée "Minding Culture : Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions"⁵⁸ qui a été mandatée et publiée par l'OMPI. Des non autochtones ont également photographié des peintures corporelles et reproduit, notamment sous forme de photographies, des peintures rupestres (pétroglyphes) et ils ont ensuite diffusé et mis en vente

⁵³ Matlou, Jubie "Rural arts and crafts go global" Mail and Guardian, <http://archive.mg.co.za>; voir aussi www.buyafrica.com.

⁵⁴ Sherylle Mills, "Indigenous Music and the Law : An Analysis of National and International Legislation", Yearbook for Traditional Knowledge Music, 1996, page 57.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ L'enlèvement d'objets sacrés et de cérémonie (biens culturels meubles) n'a pas été traité ici. Cette question relève peut-être moins de la propriété intellectuelle que des lois régissant directement le patrimoine culturel et des domaines de l'archéologie et de l'anthropologie.

⁵⁷ Voir le paragraphe 126 du document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

⁵⁸ "Minding Culture : Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions", de Mme Terri Janke. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

de ces productions. Des exemples sont aussi examinés dans l'étude "Minding Culture". Dans un autre exemple, le musée olympique de Lausanne a publié trois œuvres d'art d'aborigènes australiens sur son site Web, en même temps que les jeux olympiques de Sydney en 2000, sans demander le consentement des artistes, et a encouragé le public à télécharger les œuvres d'art et à les utiliser comme fond d'écran. Cet acte porte atteinte aux artistes, deux artistes Balgo de premier rang, dont les œuvres ont une grande importance culturelle et sont liées à leur connaissance de leur terre. Les œuvres d'art ont été retirées du site Web et après des négociations sur le droit d'auteur et les atteintes au droit moral, un arrangement a été conclu, aux termes duquel les artistes ont perçu une certaine somme d'argent en dédommagement de l'atteinte, une lettre d'excuses écrite signée par le président de la Fondation du musée olympique, reconnaissant l'atteinte au droit d'auteur et au droit moral et s'excusant pour les dommages culturels causés. La lettre d'excuses est aussi reproduite sur le site Web du musée olympique⁵⁹.

ii) Des chansons et des musiques traditionnelles ont été enregistrées, adaptées, arrangées et interprétées ou exécutées en public ou encore communiquées au public, notamment via l'Internet. De nos jours, à l'ère du numérique, il ne faut rien de plus aux musiciens qu'un ordinateur et du matériel d'enregistrement pour pouvoir trouver et utiliser des musiques venant du monde entier. Il est en effet possible de télécharger gratuitement de la musique traditionnelle sur un ordinateur personnel depuis un très grand nombre de sites d'archivage de musiques et de la stocker sous forme de données numériques qui peuvent être ensuite transférées dans d'autres fichiers audios (lesquels constituent de nouvelles compositions) et retravaillées au gré de l'inspiration créatrice de chacun⁶⁰. Il est très préoccupant de constater à cet égard que de la musique, qui à l'origine a été enregistrée à des fins ethnographiques, est dorénavant échantillonnée et utilisée dans de nouvelles compositions pour lesquelles une protection au titre du droit d'auteur est revendiquée. Cela se fait parfois par le biais d'accords négociés (par exemple l'album "Play" de 1999 de l'artiste techno populaire Moby qui a échantillonné le CD "Sounds of the South" du musicologue Alan Lomax). Cependant, dans d'autres cas, l'échantillonnage est effectué sans accord. La plupart de ces musiques ont été enregistrées à l'occasion d'interprétations ou d'exécutions en direct de musiques traditionnelles indigènes, souvent à l'insu des artistes interprètes ou exécutants. L'exemple le plus connu en l'occurrence est peut-être le disque compact intitulé "Deep Forest" qui est sorti en 1992 et dans lequel des échantillons numériques de musiques originaires du Ghana, des îles Solomon et de communautés africaines 'pygmées' étaient fusionnés avec des rythmes de "techno-house"⁶¹. Dans le même ordre d'idées, un deuxième album est paru en 1995 sous le titre "Bohème"; il s'agissait cette fois-ci d'une fusion de musiques d'Europe de l'Est, de Mongolie, d'Asie de l'Est ainsi que de musiques amérindiennes. Les droits sur la célèbre chanson "The Lion Sleeps Tonight" – inspirée d'une œuvre des années 30, "Mbube" de Solomon Linda – compositeur sud-africain aujourd'hui

⁵⁹ Voir la lettre d'excuses en ligne à l'adresse suivante :

http://www.olympic.org/fr/passion/museum/home_fr.asp

⁶⁰ Voir Sandler, Felicia, "Music of the Village in the Global Marketplace – Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?", thèse de doctorat, Université du Michigan, 2001, p. 58 et 59.

⁶¹ *Ibidem*, p. 58 à 63; Mills, "Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation", 1996 Yearbook for Traditional Music, 28 (1996), p. 57 à 85.

décédé – continuent de faire l’objet d’un litige complexe⁶². Un autre exemple qui a été signalé concerne la chanson à succès intitulée “Return to Innocence” créée en 1993 par le groupe européen Enigma⁶³. Un problème connexe réside dans la composition par des non autochtones de chansons et de musiques qui sont pseudo-indigènes du fait par exemple qu’elles portent sur des thèmes indigènes et/ou qu’elles sont accompagnées par des rythmes associés à la musique indigène⁶⁴.

iii) Des contes et poèmes faisant partie de la tradition orale indigène ont été transposés à l’écrit, traduits et publiés par des non autochtones ou des personnes non dépositaires de la tradition, ce qui a soulevé des questions au sujet des droits et des intérêts des communautés qui fournissent ces contenus par rapport aux droits d’auteur détenus et exercés par ceux qui les enregistrent, les traduisent et les publient.

iv) Des instruments de musique traditionnels ont été transformés en instruments modernes et commercialisés sous un nouveau nom, ou utilisés par des personnes qui, sans être dépositaires de la tradition, sont actives dans l’univers des musiques du monde ou au sein du mouvement *New Age*, ou encore utilisés à des fins touristiques (comme le tambour métallique de la région des Caraïbes et le didgeridoo des aborigènes d’Australie)⁶⁵. Des instruments de musique, tels que justement des instruments de percussion et le didgeridoo, sont fabriqués en série comme articles de souvenir. Mme Janke cite des exemples de didgeridoos et d’autres objets fabriqués à l’étranger puis importés en Australie où ils sont présentés comme des produits ayant été fabriqués dans le pays⁶⁶.

v) Des peuples autochtones et des communautés traditionnelles ont indiqué qu’ils ont besoin de protéger les dessins ou modèles de textiles tissés ou faits main; des étoffes et des habits ayant été copiés et commercialisés par des non autochtones. On pourrait citer notamment les exemples suivants : l’*amauti* du Canada, le *sari* d’Asie du Sud, les tissus teints par nouage au Nigéria et au Mali, le tissu kente du Ghana et de certains autres pays d’Afrique de l’Ouest, les coiffes traditionnelles de Tunisie, le *huipil* maya du Guatemala, la *mola cuna* du Panama et les tapisseries tissées et les bandes textiles wari du Pérou; des tapis (d’Égypte, d’Oman, de la République islamique d’Iran et d’autres pays); des tentes (comme les dessins ou modèles de tipis traditionnels d’Amérique du Nord); des chaussures (comme les dessins ou modèles de mocassins traditionnels d’Amérique du Nord); et les dessus de lit “appalachiens traditionnels” contrefaits fabriqués en dehors des États-Unis d’Amérique et vendus dans des solderies pour une fraction du coût des dessus de lit faits main. Dans sa réponse au questionnaire sur le folklore, le Bhoutan a par exemple signalé que les dessins ou modèles et les motifs traditionnels des textiles bhoutanais étaient copiés et utilisés sur des tissus fabriqués à la machine, ce qui a pour effet de diluer la valeur intrinsèque de ces dessins ou modèles de textiles et, dans un même temps, de constituer une menace pour les techniques

⁶² Entretien avec M. Owen Dean, Spoor and Fisher Attorneys, Prétoria, Afrique du Sud, le 23 octobre 2002. Voir également Malan, Rian “Where does the Lion Sleep Tonight” à l’adresse : <http://www.3rdear music.com/forum/mbube2.html> (23 octobre 2002).

⁶³ Voir “Taiwanese singer found a global audience”, Financial Times, 2 avril 2002. Disponible à l’adresse : <http://news.ft.com/ft/gx.cgi/ftc?pagename=View&c=Article&cid=FT3DDC52KZC&liv> (12 août 2002).

⁶⁴ Sandler, *op. cit.*, p. 39 et 40.

⁶⁵ Sandler, Felicia, *op. cit.*, p. 35 à 38.

⁶⁶ Janke, *op. cit.*, p. 37 à 40.

locales de tissage généralement pratiquées par les femmes des villages bhoutanais⁶⁷. L'imitation de dessins ou modèles de textiles traditionnels est non seulement néfaste sur le plan économique mais risque également d'entraîner la disparition de l'artisanat textile. Ces imitations sont liées au fait que des étrangers se rendent dans des communautés traditionnelles pour y "apprendre" des techniques de tissage traditionnelles et en repartent ensuite avec ce savoir sans le consentement préalable donné en connaissance de cause par les intéressés.

vi) L'enregistrement et l'adaptation d'interprétations ou d'exécutions faites en public de contes, de pièces et de danses indigènes (telles que la danse *sierra* du Pérou et la danse *haka* du peuple maori de Nouvelle-Zélande) ont soulevé des questions quant à la protection des droits des communautés autochtones en ce qui concerne ces expressions de leur culture.

vii) Le fait de photographier des exécutions ou interprétations de chansons ou de danses faites en public par des autochtones et de reproduire et publier ensuite ces photographies sur des pochettes de disques compacts ou de bandes magnétiques, ou encore sous forme de cartes postales ou sur l'Internet (comme les interprétations ou exécutions des Wik Apalech Dancers d'Australie, autre cas examiné dans l'étude "Minding Culture") a suscité des préoccupations analogues.

viii) Pour alimenter le marché des articles de souvenir, des objets d'artisanat (comme des paniers tressés, des peintures de petit format et des figurines sculptées) faisant appel à des styles artistiques traditionnels courants ont été reproduits et imités à des fins de production en série sur des supports non traditionnels, tels que des T-shirts, des torchons, des napperons, des cartes de jeu, des cartes postales, des dessous de verre, des glacières, des calendriers et des tapis de souris d'ordinateur. Il existe de très nombreux exemples d'objets d'artisanat qui ont été commercialisés de cette façon par des tiers, notamment la *chiva* de Colombie.

ix) La collecte, l'enregistrement et la diffusion d'expressions de la culture des peuples autochtones ainsi que la recherche sur ces cultures sont source de multiples inquiétudes pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. Premièrement, il est possible que la confidentialité des informations obtenues par des ethnographes auprès de personnes interrogées ne soit pas respectée (bien qu'il soit peu probable que cela arrive avec des ethnographes professionnels liés par des codes d'éthique professionnels). Deuxièmement, il est possible que les cultures indigènes traditionnelles donnent lieu à des descriptions erronées. De plus, il se peut qu'une population à laquelle des recherches ont été consacrées ne puisse pas pleinement accéder au matériel documentaire la concernant. Enfin, il est à craindre que la majeure partie de la documentation relative aux cultures indigènes et traditionnelles soit constituée, détenue et commercialisée par des non autochtones et des personnes non dépositaires de la tradition⁶⁸.

x) Afin de présenter un produit (par exemple, un objet d'art ou d'artisanat) comme étant "indigène", des entreprises non autochtones ou non traditionnelles utilisent le style ou la méthode de fabrication de produits indigènes et traditionnels. À titre d'exemple, on pourrait citer notamment le cas de sculptures, de tissages et autres formes d'arts plastiques intégrant des motifs ou des dessins et modèles traditionnels ou indigènes; ou encore des œuvres

⁶⁷ Voir la réponse du Bhoutan au questionnaire sur le folklore.

⁶⁸ Janke, Terri, *Our Culture, Our Future* (Rapport élaboré en 1999 pour l'Institut australien des études sur les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres et la Commission des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres), p. 30 à 32; Sandler, *op. cit.*, p. 53 à 56.

musicales ou chorégraphiques présentant certaines caractéristiques des compositions traditionnelles ou indigènes (lignes mélodiques, motifs rythmiques, tempi, métrique, etc.)⁶⁹. Comme le Groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes (GRULAC) l'a indiqué dans sa contribution à la première session du comité, la méthode de fabrication et le "style" des produits traditionnels se prêtent facilement à l'imitation :

"... divers secteurs représentatifs de communautés et de groupes créateurs de manifestations traditionnelles de l'art textile et de l'artisanat (poterie, sculpture, etc.) se sont plaints de ce que leurs œuvres et leurs dessins et modèles industriels fassent l'objet d'une copie plus subtile, mais tout aussi pernicieuse sur le plan économique qu'une copie ou un plagiat du style de l'art original. Certaines œuvres et certains dessins de produits textiles sont produits au moyen de techniques traditionnelles très anciennes. Il est arrivé que des personnes étrangères au lieu d'origine de l'art ou du dessin viennent dans ce lieu pour apprendre les techniques traditionnelles avant de les reproduire ensuite à l'étranger de manière artisanale, voire industrielle. En pareil cas, les dessins originaux sont stylisés de sorte que, même s'il n'est pas possible de prétendre qu'une œuvre ou un dessin particulier a été copié, le style du produit évoque directement les produits originaux de la communauté ou de la région qui les a créés au départ"⁷⁰.

xi) Des éléments sacrés ou secrets ont été utilisés sans autorisation, divulgués et reproduits, comme les tissus sacrés de Coroma en Bolivie⁷¹ ainsi que des chants sacrés qui ne peuvent être exécutés ou interprétés que dans un lieu particulier et dans un but bien précis⁷². En Nouvelle-Zélande, les anciens Maori ont protesté contre le tournage d'un film pour Hollywood près du Mont Taranaki, un volcan en sommeil considéré comme une divinité dans la mythologie maori, parce qu'il est sacré⁷³.

xii) L'utilisation à des fins commerciales par des entités non indigènes de termes d'origine indigène, tels que "tohunga", "mata nui", "pontiac", "cherokee", "billabong", "tomahawk", "boomerang", "tairona", "vastu"⁷⁴, "ayurveda", "gayatri", "siddhi", "yoga" et "rooibos"⁷⁵, a suscité des préoccupations et des questions tant sur le plan culturel que juridique. Le mot "tohunga" a récemment donné lieu à un litige entre Lego, société danoise fabriquant des jouets, et le peuple maori de Nouvelle-Zélande. En l'occurrence, des noms maoris et polynésiens, notamment "tohunga" qui est le nom d'un guérisseur spirituel traditionnel, ont été donnés à plusieurs jouets d'une nouvelle gamme. Étant donné que l'affaire ne portait pas sur l'enregistrement d'une marque de fabrique, le droit des marques n'a pas été directement appliqué même si les Maoris considéraient cet emploi particulier de leur langue comme étant déplacé et offensant. À la suite de démarches effectuées par des groupes maoris se plaignant d'une violation de leurs droits en matière de patrimoine culturel, il semble que la société Lego, tout en notant qu'elle n'avait commis aucun acte illégal, ait reconnu la

⁶⁹ Sandler, *op. cit.*, p. 46 à 48.

⁷⁰ Annexe II du document OMPI/GRTKF/IC/1/5, p. 7 et 8.

⁷¹ Lobo, Susan, *The Fabric of Life : Repatriating the Sacred Coroma Textiles, Cultural Survival Quarterly*, été 1991, p. 40 et 41.

⁷² Sandler, *op. cit.*, p. 41 à 44.

⁷³ Voir "Maori elders try to scupper Cruise movie", *Telegraph*, 15 janvier 2003.

⁷⁴ Voir "War of words : Whose Vastu is it, anyway?", *Times News Network*, 28 décembre 2002.

⁷⁵ Voir Silver, Bradley "Tempest brews over tea trademark", *The National Law Journal*, 14 octobre 2002 à l'adresse: www.nlj.com.

nécessité de tenir compte de ce type de préoccupations culturelles dans ses activités futures⁷⁶. Des représentants de groupes maoris et de la société Lego se seraient d'ailleurs réunis pour examiner l'élaboration d'un code international de bonne conduite que les fabricants de jouets s'engageraient à respecter, bien qu'aucun code n'ait encore été élaboré⁷⁷. Les Maori ont récemment déposé des plaintes contre un jeu de Playstation 2 qui, selon eux, utilise des images et le patrimoine maori. Moana Maniapoto, une chanteuse néo-zélandaise, affirme qu'elle ne peut pas utiliser son propre nom sur un CD ou dans une tournée de concerts en Allemagne parce que le nom "Moana" a été revendiqué en tant que marque par quelqu'un qui détient désormais les droits exclusifs sur ce nom en Allemagne⁷⁸.

VI. ANALYSE JURIDIQUE DE LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES PAR LA LÉGISLATION CLASSIQUE SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET PAR DES MESURES ET SYSTÈMES *SUI GENERIS*

Introduction

95. Pour résumer, il existe deux façons générales de concevoir la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles. Pour certains membres, en effet, ces dernières sont adéquatement protégées par les droits de propriété intellectuelle existants, et aucun autre système de protection n'est nécessaire ni approprié. D'autres estiment, en revanche, qu'il faut établir des systèmes spécifiques, notamment réglementaires, soit pour compléter les droits de propriété intellectuelle existants, soit pour les remplacer parce qu'ils sont considérés comme étant inappropriés ou inadaptés – ils sont désignés dans le présent document sous le nom de "systèmes réglementaires *sui generis*". On devine aussi une troisième conception de la question parmi les tenants des systèmes de propriété intellectuelle conventionnels, à savoir que ces derniers pourraient être adaptés, élargis ou modifiés pour répondre à des besoins particuliers.

96. Comme plusieurs États l'ont fait observer précédemment, il conviendrait de suivre ces axes de réflexion en parallèle, sans en privilégier aucun. Les deux principaux points de vue ne sont pas nécessairement incompatibles. On pourrait en effet formuler une double problématique en ces termes : il est entendu que certains des principaux aspects des expressions culturelles traditionnelles sont d'ores et déjà couverts par les droits et mécanismes de propriété intellectuelle existants, mais qu'il peut se révéler nécessaire de disposer d'autres mesures pour compléter le système juridique en vigueur et pour remédier aux insuffisances perçues de la protection. La protection accordée aux expressions culturelles traditionnelles pourrait ainsi finir par consister en une palette variée de possibilités associant les droits de propriété intellectuelle à certaines options *sui generis*⁷⁹. Dans certains cas, des utilisations

⁷⁶ "Nous avons apprécié la volonté de Lego de reconnaître qu'un acte blessant avait été commis par inadvertance et d'agir en conséquence", extrait de l'article de M. Andrew Osborn "Maoris win Lego battle" paru dans *The Guardian*, 31 octobre 2001, disponible à l'adresse <http://www.guardian.co.uk/Archive/Article/0,4273,4288446,00.html>.

⁷⁷ Voir la réponse de la Nouvelle-Zélande au questionnaire sur le folklore et le site <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/asia-pacific/1619406.stm>.

⁷⁸ Voir par exemple <http://www.law.auckland.ac.nz/learn/legalsys/daviddocs/Class11.doc>.

⁷⁹ Paragraphes 179, 181, 189, 192, 194, 197 et 198 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17.

élargies ou modifiées du système des droits de propriété intellectuelle ont permis d'établir un lien entre ces deux régimes. C'est dans cet esprit que le présent document traite des droits existants d'une part et des démarches *sui generis* d'autre part.

97. Les types de propriété intellectuelle analysés sont le droit d'auteur, les marques, avec notamment les marques collectives et de certification, les indications géographiques, les dessins industriels, les brevets, la concurrence déloyale (y compris la substitution de produits) et les informations non divulguées (secrets d'affaires).

98. La présente analyse des systèmes de propriété intellectuelle conventionnels doit être lue à la lumière du document intitulé "Comparative Summary of *Sui Generis* Laws for the Protection of Traditional Cultural Expressions" (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3).

Droit d'auteur

Expressions culturelles traditionnelles en tant que "productions dans le domaine littéraire et artistique"

99. La protection au titre du droit d'auteur s'étend aux "œuvres littéraires et artistiques", comme l'indique la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1971 (ci-après dénommée "Convention de Berne")⁸⁰. La convention prévoit clairement la protection de toutes les productions dans les domaines littéraire, scientifique et artistique et aucune exception due à leur mode ou forme d'expression n'est prévue. Les œuvres protégées sont indiquées dans la convention; les œuvres prises en considération dans la définition figurent sur la liste, qui n'est pas exhaustive.

100. Un grand nombre d'expressions culturelles traditionnelles dont la protection est souhaitée sont des "productions dans les domaines littéraire, scientifique et artistique" et constituent donc, en principe, l'objet réel ou potentiel de la protection au titre du droit d'auteur. Ces expressions concernent notamment : la musique et les chants, les danses, les pièces de théâtre, les contes, les cérémonies et rituels, les dessins, les peintures, les sculptures, la poterie, la mosaïque, la boiserie, la quincaillerie, la joaillerie, la vannerie, les travaux d'aiguille, les textiles, les tapis, les costumes, les instruments de musique, l'architecture, les sculptures, les gravures, les objets d'artisanat, la poésie et les dessins et modèles.

101. La protection au titre du droit d'auteur (à savoir les droits patrimoniaux d'interdire ou d'autoriser, notamment, la reproduction, l'adaptation, la communication au public et aux tiers, et le droit moral relatif à l'attribution et à l'intégrité) semble répondre parfaitement à la

⁸⁰ L'article 2.1 de la Convention de Berne énonce ce qui suit : "Les termes 'œuvres littéraires et artistiques' comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que : les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences". Voir également les articles 2.3), 2.4) et 2.5), en ce qui concerne l'exigence de protéger certains autres types d'œuvres.

plupart des attentes et objectifs des peuples autochtones et communautés traditionnelles. La possibilité, en vertu du droit d'auteur, de percevoir une compensation pour l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles sous forme soit d'une redevance, soit de la réparation du préjudice causé par une atteinte au droit d'auteur, répond également à certains besoins et objectifs.

Limitations dans l'utilisation du droit d'auteur

102. On peut toutefois se demander, comme l'ont fait certains États, communautés autochtones et locales et autres parties prenantes, si le droit d'auteur constitue une protection adéquate pour les expressions culturelles traditionnelles⁸¹. Ainsi :

a) le droit d'auteur protège uniquement les œuvres originales et de nombreuses productions littéraires et artistiques traditionnelles ne sont pas originales. La Hongrie, par exemple, a déclaré dans sa réponse au questionnaire sur le folklore : “[...] une expression du folklore ne peut jamais être une œuvre d'auteur, puisque sa caractéristique principale n'est pas de refléter la personnalité unique d'un auteur, mais de représenter de façon immuable les spécificités du domaine public culturel.”⁸²;

b) le droit d'auteur nécessite l'identification d'un ou de plusieurs créateurs connus. Il est difficile, voire impossible, d'identifier les créateurs des expressions culturelles traditionnelles parce qu'elles sont créées et détenues en commun et parce que leurs créateurs sont tout simplement inconnus. Comme le déclarent la Communauté européenne et ses États membres dans leur document intitulé “Expressions du folklore”, présenté à la troisième session du comité : “le droit d'auteur se fonde sur l'identification de l'auteur de l'œuvre, alors que le folklore se distingue par l'anonymat du créateur de la tradition ou par le fait que la tradition appartient à une communauté.”⁸³;

c) la conception de la “titularité” dans le droit d'auteur est incompatible avec les lois et systèmes coutumiers. Si le droit d'auteur confère des droits de propriété exclusifs, individuels, aux particuliers, les auteurs autochtones sont soumis à des règles et responsabilités complexes, plus proches des droits d'utilisation ou de gestion, qui sont communautaires par nature⁸⁴. L'ensemble des droits réglementant la production des matériels culturels autochtones a été ainsi décrit par une artiste autochtone dans l'affaire *M*, Payunka, Marika and Others c. Indofurn Pty Ltd*⁸⁵ jugée en Australie :

⁸¹ WIPO/GRTKF/IC/1/5 (document présenté par le groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes (GRULAC)); WIPO/GRTKF/IC/3/11. (document présenté par la Communauté européenne et ses États membres); réponses au questionnaire sur le folklore (WIPO/GRTKF/IC/2/7) et à l'enquête sur les savoirs traditionnels (WIPO/GRTKF/IC/2/5) des pays suivants : Australie, Bhoutan, Hongrie, Indonésie, Nouvelle-Zélande, Norvège, Panama, Pérou, Philippines, République de Corée, Samoa, Singapour, Îles Salomon, Viet Nam et autres.

⁸² Page 2 de la réponse de la Hongrie au questionnaire sur le folklore. Toutes les réponses peuvent être consultées à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/questionnaires/ic-2-7/index.html>.

⁸³ Page 3 du document WIPO/GRTKF/IC/3/11.

⁸⁴ Voir la page 3 du document WIPO/GRTKF/IC/3/11; McDonald, p. 45.

⁸⁵ (1994) 30 IPR 209.

“Si, en tant qu’artiste, je suis titulaire du droit d’auteur sur une œuvre d’art particulière selon la loi occidentale, en vertu du droit aborigène, je ne dois pas utiliser une image ou une histoire susceptible de porter atteinte aux droits de tous les autres Yolngu (son clan) qui ont un droit, direct ou indirect, sur cette image ou cette histoire. Ainsi, j’administre l’image pour le compte de tous les autres Yolngu qui ont un droit sur l’histoire.”⁸⁶

(Cette affaire, dénommée “affaire Carpets”, est l’un des thèmes de l’étude intitulée “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, réalisée par Mme Terri Janke à la demande de l’OMPI et qui peut être consultée à l’adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.)

McDonald donne une illustration intéressante de la nature de la titularité des droits culturels dans le droit coutumier : la “titularité” dans le droit coutumier est analogue au droit d’un salarié dans une œuvre créée dans le cadre de son travail (cette illustration renvoie aux pays dans lesquels l’employeur est titulaire du droit d’auteur attaché aux œuvres d’un salarié). Au sens large, un salarié est “autorisé” à créer une œuvre dont est “titulaire” son employeur; le salarié n’est donc habilité qu’à utiliser ou à perfectionner l’œuvre en vertu du pouvoir conféré par l’employeur⁸⁷.

Cette distinction entre “titularité” au sens du droit d’auteur et droits et responsabilités dans l’“usage” communautaire a une signification concrète, dans le cadre de la concession sous licence par exemple. Un titulaire autochtone du droit d’auteur serait habilité, en vertu du droit d’auteur, à concéder sous licence ou à céder ses droits à un tiers, ce qui pourrait ne pas être autorisé par les règles coutumières. L’affaire *Yumbulul c. Reserve Bank of Australia*⁸⁸, jugée en Australie, est pertinente à cet égard;

d) l’exigence de fixation dans le droit d’auteur empêche la protection des expressions culturelles intangibles et orales telles que les contes, danses ou chants, à moins qu’elles ne fassent l’objet d’une fixation sous une forme ou sur un support quelconques. Même certaines expressions “fixées”, telles que la peinture du visage ou du corps, peuvent ne pas satisfaire à l’exigence de fixation⁸⁹;

e) la durée limitée de la protection du droit d’auteur est considérée comme inadéquate pour les expressions du folklore et les cultures traditionnelles. Tout d’abord, elle ne répond pas à la nécessité de protéger les expressions du folklore à perpétuité. Par ailleurs, la durée limitée de la protection exige de déterminer avec certitude la date de la création ou de la première publication d’une œuvre, date qui est inconnue en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles préexistantes⁹⁰.

⁸⁶ Page 215, dans McDonald, *ibid.*

⁸⁷ McDonald, p. 46.

⁸⁸ (1991) 21 IPR 481.

⁸⁹ Voir aussi McDonald, p. 42 et Dean Ellinson, “Unauthorised Reproduction of Traditional Aboriginal Art,” *UNSW Law Journal*, 1994, p. 333.

⁹⁰ Réponses au questionnaire sur le folklore (WIPO/GRTKF/IC/2/7) et à l’enquête sur les savoirs traditionnels (WIPO/GRTKF/IC/2/5) des pays suivants : Hongrie, Nouvelle-Zélande, Norvège, et Viet Nam; page 3 du document WIPO/GRTKF/IC/3/11 (document présenté par la Communauté européenne et ses États membres).

L'exigence d'originalité

103. Bien que la Convention de Berne ne le dise pas expressément, il semble, aux termes de l'article 2.1, que les œuvres protégées doivent être des créations intellectuelles, et cette idée est renforcée par l'utilisation de ces termes à l'article 2.5. C'est pourquoi, de nombreuses législations nationales disposent que les œuvres doivent être "originales". Et, comme indiqué plus haut, plusieurs États et autres entités font valoir que cette exigence empêche la protection des expressions du folklore par le droit d'auteur.

104. Du reste, qu'entend-on par "originalité"? Ce terme n'est pas défini dans les traités internationaux pertinents, ni dans les législations nationales en général. La question est plutôt laissée à l'appréciation des tribunaux dans chaque cas particulier. Il semble, cependant, qu'il n'ait pas la même signification que le terme "nouveau" tel qu'il est défini dans le droit des brevets. Bien que certaines divergences puissent exister sur ce point entre les systèmes juridiques de droit civil et de common law, on peut affirmer que dans les deux systèmes juridiques, une œuvre est "originale" pour autant qu'elle ait nécessité un certain degré d'effort intellectuel et qu'elle n'ait pas été copiée sur le travail d'un tiers⁹¹.

105. Au moins dans les pays de common law, un niveau relativement faible de créativité est requis afin de satisfaire à l'exigence d'originalité. Aussi, cette exigence ne constitue-t-elle pas un obstacle infranchissable en ce qui concerne les formes d'expression contemporaines de la culture traditionnelle qui sont des productions nouvelles créées par les générations actuelles s'inspirant des dessins ou modèles autochtones ou traditionnels préexistants. Les affaires mentionnées par l'Australie dans sa réponse au questionnaire sur le folklore en constituent de bons exemples. Par exemple, l'affaire *M*, Payunka, Marika and Others v Indofurn Pty Ltd*⁹², où le tribunal n'a eu aucune difficulté à juger que les œuvres d'art présentées étaient originales :

"Bien que les œuvres d'art empruntent les formes aborigènes traditionnelles et soient fondées sur les thèmes du Rêve, chacune d'elles présente une finesse et une complexité qui dénotent beaucoup de talent et d'originalité."⁹³

106. Même si les affaires jugées en Australie se rapportaient toutes aux arts visuels, il semble qu'il n'y ait aucune raison pour que les résultats soient différents dans d'autres domaines tels que la musique. Le fait que l'auteur d'une telle œuvre ait pu être soumis à des règles coutumières régissant le mode de création, ainsi que le moment et l'objectif de la création de cette œuvre ne semble avoir aucune influence sur la situation : d'un point de vue indépendant et selon la conception traditionnelle du droit d'auteur, l'œuvre peut être considérée comme "originale".

⁹¹ Palethorpe et Verhulst, page 28; Goldstein P., p. 161; voir également Ricketson S., "The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986" (Londres, 1987), pp. 228 à 234.

⁹² (1994) 30 IPR 209. Il s'agit de l'affaire communément appelée "Carpets Case", qui constitue l'un des thèmes de l'étude intitulée "Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions", réalisée à la demande de l'OMPI par Mme Terri Janke et disponible à l'adresse suivante :

<http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

⁹³ (1994) 30 IPR 20, p. 216.

107. C'est pourquoi, du moins en ce qui concerne les pays de common law, une expression culturelle contemporaine trouvant son fondement dans une forme ou une expression traditionnelle est suffisamment originale pour être protégée par le droit d'auteur à condition qu'elle ne constitue pas une simple reproduction de cette dernière et qu'il lui soit ajoutée une expression nouvelle.

108. La loi n'établit aucune distinction quant à l'identité de l'auteur, ce qui permet de satisfaire à l'exigence d'originalité, que l'auteur de l'expression contemporaine du folklore appartienne ou non à la communauté culturelle où la tradition trouve son origine. Cela pose éventuellement un problème aux communautés autochtones, traditionnelles et autres communautés culturelles, qui peuvent souhaiter interdire aux personnes n'appartenant pas à la communauté concernée de bénéficier du droit d'auteur sur des créations issues de celle-ci ou au moins limiter cette possibilité. Cela soulève de sérieux problèmes en ce qui concerne les orientations de politique générale relatives à certaines questions d'ordre culturel et intellectuel telles que les échanges culturels et la diversité culturelle. Il pourrait donc être préférable de rechercher le moyen d'imposer aux auteurs certaines obligations envers la communauté concernée (par exemple celle de reconnaître officiellement l'apport de cette dernière ou de respecter certaines formes du droit moral attaché à l'utilisation des traditions sous-jacentes).

109. Toutefois, la question est plus complexe lorsqu'il s'agit d'imitations non originales ou de simples créations du folklore préexistant, qui ont peu de chances de satisfaire à l'exigence d'"originalité". Dans la perspective du système du droit d'auteur, elles appartiennent au domaine public. Par exemple, dans sa réponse au questionnaire sur le folklore, la Hongrie a donné un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour suprême, concernant la nature de la protection accordée aux expressions du folklore en Hongrie :

"En 1977, la Cour suprême s'est prononcée sur la question de savoir si l'"auteur" connu d'un "conte populaire" avait créé une œuvre personnelle et originale. La cour a estimé que, en ce qui concerne les contes populaires, il convient de juger de l'originalité et de la qualité d'auteur en prenant en considération les règles spécifiques de la poésie populaire. À cet égard, la variabilité des contes populaires constitue le critère le plus important : les contes populaires sont transmis et conservés oralement, et sont donc susceptibles d'être modifiés en permanence. Un conteur n'est pas habilité à bénéficier de la protection par le droit d'auteur si son rôle dans la création des contes ne dépasse pas le cadre traditionnel de la narration."

110. De même, Kutty rend compte d'un cas en Indonésie, concernant un masque de danseurs en bois décoré, d'origine folklorique, fabriqué et proposé sur un marché étranger à des fins commerciales. En fait, deux groupes commerciaux différents se livraient à la commercialisation de ces objets artistiques. La concurrence acharnée entre les deux entreprises a poussé l'une des parties à revendiquer un droit d'auteur sur le masque en question. La partie intéressée s'est opposée à la revendication de l'autre entreprise. Finalement, le droit d'auteur sur le masque n'a pas été accordé au motif que la création artistique appartenait au peuple indonésien.⁹⁴

⁹⁴ Kutty P. V., "*Study on the Protection of Expressions of Folklore*", étude réalisée à la demande de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et bientôt disponible à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/cultural/index.html>

111. Comme on l'a vu précédemment, la volonté des États d'accorder ou non une certaine forme de protection à cet objet relevant du domaine public est avant tout une question de politique générale.

112. Si un État souhaite le faire, il peut étudier la manière dont la question de l'originalité a été réglée dans les systèmes *sui generis* existants. En général, ces systèmes *sui generis* ne sont pas considérés comme faisant partie du droit d'auteur *stricto sensu* et ne font pas référence à l'exigence d'originalité. Par exemple, dans les dispositions types de 1982, l'exigence d'originalité n'est mentionnée nulle part; c'est pourquoi, de nombreuses législations nationales en matière de droit d'auteur qui les ont mises en œuvre ne les mentionnent pas non plus. De même, la législation du Panama ne fait aucune référence à l'exigence d'originalité, tout comme le Cadre juridique régional pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture élaboré par les États insulaires du Pacifique.

L'exigence relative à la possibilité de déterminer l'identité de l'auteur

113. Le droit d'auteur ne protège pas uniquement les créateurs individuels. Il peut aussi protéger des groupes de créateurs à titre de coauteurs ou d'employés. Il est d'ailleurs assez fréquent, à l'heure actuelle, de voir plusieurs personnes créer une œuvre unique protégée par le droit d'auteur. Il est toutefois nécessaire, au regard du droit d'auteur, que l'identité du ou des créateurs puisse être déterminée. Lorsque plusieurs auteurs concourent à la création d'une même œuvre avec l'intention de réunir leurs contributions en un tout homogène, ils sont considérés, dans de nombreuses juridictions, comme des "coauteurs" dont chacun est titulaire d'un droit d'auteur. Il peut aussi arriver, lorsque des œuvres indépendantes sont réunies en une production unique, que chacun des créateurs concernés jouisse d'un droit d'auteur distinct sur sa propre contribution. Différents types de droit d'auteur ayant pour titulaires des personnes différentes peuvent être associés dans la même production, chacun des auteurs conservant alors son propre droit d'auteur à moins d'en avoir expressément fait cession à une autre personne morale (en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles, il pourra s'agir d'une association, d'une société, d'une fiducie ou de toute autre personne morale représentant une tribu ou la communauté culturelle concernée). Dans certains pays, si les parties d'une telle œuvre sont créées par des employés dans le cadre de leurs fonctions, le droit d'auteur appartient à l'employeur. De même, si les auteurs sont employés par une personne morale représentant le groupe social concerné, c'est cette dernière (association, fiducie ou autre) qui devient titulaire du droit d'auteur.

114. En ce qui concerne les nouvelles expressions culturelles fondées sur la tradition, il existe presque toujours un ou des créateurs dont l'identité peut être déterminée et cette exigence est généralement satisfaite. Les affaires jugées en Australie en constituent, encore une fois, de bons exemples. Si l'identité du créateur n'a pas été déterminée, comme lorsque le folklore est préexistant, cela est plus difficile et il est peu probable que la protection par le droit d'auteur soit accordée. Toutefois, le droit d'auteur a été raisonnablement créatif en renonçant à l'exigence relative à la "possibilité de déterminer l'identité de l'auteur" dans certains autres cas. Par exemple, à l'article 7.3) de la Convention de Berne, le droit d'auteur prévoit la protection des œuvres anonymes et pseudonymes. Cependant, la dernière phrase de l'article rend cette forme de protection moins adaptée au folklore préexistant :

"Les pays de l'Union ne sont pas tenus de protéger les œuvres anonymes ou pseudonymes pour lesquelles il y a tout lieu de présumer que leur auteur est mort depuis cinquante ans".

115. Toutefois, les moyens utilisés pour prendre en considération l'exigence relative à la possibilité de déterminer l'auteur présupposent l'existence d'un "auteur". Bien que l'on puisse avancer qu'une expression culturelle traditionnelle préexistante doit nécessairement avoir eu un "auteur" à un stade donné, il est probable que, en ce qui concerne la plupart des expressions culturelles préexistantes, il n'y a pas d'"auteur" au sens du droit d'auteur. Toutefois, dans ce cadre, il ne s'agit pas en général d'œuvres véritablement anonymes, dans la mesure où il y a un auteur, mais dont l'identité est inconnue. Pour de nombreuses expressions culturelles traditionnelles, le contexte entourant la paternité d'une œuvre peut ne pas être suffisamment déterminé pour être ancré dans le droit d'auteur. Néanmoins, il est possible d'utiliser le moyen prévu à l'article 15.4) de la Convention de Berne pour protéger des œuvres dont l'identité de l'auteur est inconnue.

116. La volonté des États de donner ou non à des groupes d'individus inconnus la possibilité d'acquérir et d'exercer le droit d'auteur ou des droits analogues sur des expressions culturelles traditionnelles est une question à examiner et à déterminer sur le plan politique. Il est possible de le faire dans le contexte général du droit d'auteur, comme le démontrent les systèmes *sui generis* existants :

a) les dispositions types de 1982 prévoient la possibilité d'accorder des droits collectifs ou communautaires. En tant que système *sui generis* et non de droit d'auteur, elles ne se réfèrent pas aux "auteurs" des expressions du folklore. Elles ne mentionnent même pas directement les "titulaires" des expressions du folklore. Au contraire, elles stipulent que toute demande d'autorisation concernant l'utilisation des expressions du folklore doit être présentée soit à une entité (l'"autorité compétente") désignée par l'État (dans ce cas, l'État est considéré comme l'"auteur" ou le "titulaire" des droits sur les expressions) ou à la "communauté concernée" (article 10). En résumé, les dispositions types ne contiennent pas d'exigence relative à la possibilité de déterminer un "auteur" ou des "auteurs";

b) de même, la loi type de Tunis sur le droit d'auteur stipule, en ce qui concerne les œuvres du folklore national (à distinguer des œuvres dérivées du folklore), que les droits accordés dans le domaine du folklore doivent être exercés par une autorité désignée par le gouvernement (article 6);

c) la législation du Panama prévoit la protection des "droits collectifs des communautés autochtones", et les demandes d'enregistrement de ces droits doivent être présentées par "les congrès généraux ou les autorités traditionnelles autochtones respectifs";

d) la loi type pour le Pacifique Sud accorde des "droits culturels traditionnels" aux "titulaires traditionnels de droits", définis comme le groupe, le clan ou la communauté ou encore un individu reconnu par un groupe, un clan ou une communauté comme leur dépositaire, chargé de la protection des expressions culturelles, conformément au droit et aux pratiques coutumiers de ce groupe, ce clan ou cette communauté. Plutôt que de leur porter atteinte, ces droits s'ajoutent aux droits de propriété intellectuelle éventuellement attachés à ces expressions culturelles.

117. Toutefois, s'il semble juridiquement possible de créer des mécanismes permettant d'accorder des droits aux communautés ou à l'État (éliminant ainsi la nécessité de déterminer un "auteur"), l'efficacité de telles dispositions dépend de considérations pratiques telles que la

capacité d'organisation des communautés, leur connaissance de la loi et leur possibilité d'accès à cette dernière, les ressources dont elles disposent pour gérer et faire valoir leurs droits, etc. C'est dans ce cadre que la gestion collective est susceptible de jouer un rôle.

Conceptions différentes de la "titularité des droits"

118. Il s'agit là de la relation entre un artiste ou un auteur en tant que titulaire du droit d'auteur et l'artiste en tant que membre d'une communauté autochtone. Les conceptions différentes de la "titularité des droits" dans le cadre du droit d'auteur d'une part et, d'autre part, dans le droit et les protocoles coutumiers, prend une signification particulière dans les cas où un artiste autochtone peut prétendre au droit d'auteur auquel il est soumis, tout en étant simultanément assujéti au droit et au règlement coutumiers. Si les droits de propriété intellectuelle confèrent des droits individuels de titularité, le sens coutumier des termes "être titulaire" ne correspond pas nécessairement ou uniquement à celui de "titularité des droits" tel qu'il est perçu dans le contexte occidental non autochtone. Ces termes peuvent exprimer un sentiment de prise en considération de la culture traditionnelle ou de responsabilité pour cette dernière et non simplement le droit d'exclure les tiers de certaines utilisations des expressions culturelles traditionnelles, ce qui se rapproche davantage de la nature de nombreux systèmes de propriété intellectuelle⁹⁵.

119. Cette tension entre les droits individuels de titularité en vertu du droit d'auteur et la titularité communautaire des droits détenue par les artistes et leurs communautés respectives a attiré l'attention du pouvoir judiciaire. Dans l'affaire *Yumbulul* mentionnée précédemment, la cour a jugé que "la question de la reconnaissance officielle des intérêts de la communauté dans la reproduction des objets sacrés est une question sur laquelle doivent se pencher les réformateurs des lois et les législateurs"⁹⁶.

120. Cette question a été directement soulevée dans l'une des affaires mentionnées par l'Australie dans sa réponse au questionnaire sur le folklore, l'affaire *John Bulun Bulun v R and T Textiles*⁹⁷. L'aspect pertinent de cette affaire concerne la revendication du clan auquel appartenait l'artiste, selon laquelle il était effectivement titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre d'art et ses membres étaient les bénéficiaires de la création de l'artiste agissant en tant que détenteur d'un fidéicommiss. C'est pourquoi, il revendiquait une forme de droit collectif en ce qui concerne le droit d'auteur attaché à l'œuvre, en sus de tout autre droit attaché à la paternité de l'œuvre. La cour, dans un long *obiter dictum*, a estimé que l'artiste avait des obligations fiduciaires envers son clan. S'il était autorisé à poursuivre l'exploitation de l'œuvre d'art dans son propre intérêt, il était toujours tenu, en raison de ces obligations, de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de porter préjudice aux intérêts communautaires du clan dans l'œuvre d'art. Golvan poursuit :

"[La cour] a noté que, même si l'artiste, qui a bénéficié de mesures de réparation appropriées, n'y avait pas eu droit, le clan aurait quand même bénéficié de moyens de recours équitables. Ainsi, si l'artiste n'avait pas pris les mesures nécessaires, le principe

⁹⁵ Voir Janke, *op. cit.*, page 44.

⁹⁶ Page 492.

⁹⁷ (1998) 41 IPR 513. Cette affaire est également citée dans l'étude intitulée "Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions", réalisée à la demande de l'OMPI par Mme Terri Janke et bientôt disponible à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

d'équité prévoit l'extension d'une mesure de réparation aux bénéficiaires en leur permettant d'intenter une action en leur nom propre contre l'auteur de l'atteinte et le titulaire du droit d'auteur. Dans ces conditions, le principe d'équité imposerait une fiducie judiciaire au titulaire du droit d'auteur en faveur du clan en tant que bénéficiaire⁹⁸.

121. Cette question mérite d'être approfondie. Pour beaucoup, il convient de trouver des moyens de gérer le rapport entre la protection du droit d'auteur et les responsabilités coutumières. Des divergences entre la législation en matière de propriété intellectuelle et le droit coutumier ont constitué l'un des motifs pour lesquels des systèmes *sui generis* ont été élaborés. La législation du Panama et celle des Philippines (mentionnées au paragraphe 121 du Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore) renvoient directement au droit coutumier.

122. Toutefois, certains soulignent également que cette question présente beaucoup d'intérêt pour les peuples et communautés autochtones qui reconnaissent le droit coutumier, mais qu'elle n'est pas applicable aux autres communautés traditionnelles. En outre, il serait faux de considérer qu'il existe une forme générique de système exclusif, collectif ou communautaire, fondé sur les coutumes, puisque cela reviendrait à ne pas tenir compte de la très grande diversité de systèmes traditionnels exclusifs dont beaucoup sont extrêmement complexes⁹⁹.

123. On pourrait éventuellement avancer que les règles coutumières ne doivent pas être traitées différemment des règles relatives aux autres législations ne traitant pas de la propriété intellectuelle avec lesquelles la législation en matière de propriété intellectuelle peut entrer en conflit. Par exemple, la législation en matière de bonnes mœurs peut interdire la publication de photographies à caractère pornographique, tandis que le droit d'auteur accorde à l'auteur des droits sur la reproduction et la publication des photographies. Cependant, il n'y a pas conflit en la matière, le droit d'auteur n'accordant pas au titulaire du droit le droit positif de l'exercer; il lui permet plutôt d'empêcher des tiers d'exercer les droits (ou de les y autoriser). La possibilité qu'a le titulaire du droit d'exercer ou non ses droits dépend éventuellement d'autres lois, comme le précise l'article 17 de la Convention de Berne :

“Les dispositions de la présente Convention ne peuvent porter préjudice, en quoi que ce soit, au droit qui appartient au Gouvernement de chacun des pays de l'Union, de permettre, de surveiller ou d'interdire, par des mesures de législation ou de police intérieure, la circulation, la représentation, l'exposition de tout ouvrage ou production à l'égard desquels l'autorité compétente aurait à exercer ce droit”.

124. Il est donc possible d'affirmer, par analogie, qu'il n'y a pas de “conflit” entre le droit d'auteur et le droit coutumier parce que, si le droit coutumier devait être reconnu à cette fin par un pays, le droit d'auteur n'autorise ou n'oblige pas un artiste traditionnel à agir contrairement à ses responsabilités coutumières.

⁹⁸ Golvan “Aboriginal Art and Copyright: An Overview and Commentary Concerning Recent Developments”, E.I.P.R, 1999, p. 602.

⁹⁹ Dutfield, “Protecting Traditional Knowledge and Folklore,” avant-projet, (UNCTAD/ICTSD), page 14.

125. Ces questions font l'objet d'une étude qui sera réalisée par le Secrétariat de l'OMPI, comme l'indique le Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore, approuvé par le comité à sa troisième session. L'étude visera à déterminer dans quelles circonstances et de quelle manière le droit d'auteur et les autres formes de protection des expressions culturelles peuvent prendre en considération le droit et les protocoles coutumiers. Les enseignements tirés de cette étude seront intégrés dans le programme de coopération juridico-technique mis en œuvre par le Secrétariat de l'OMPI et dans le Guide pratique de l'OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles.

L'exigence de fixation

126. Selon les principes généralement admis sur le plan international, le droit d'auteur a pour objet de protéger tant les œuvres orales que les œuvres écrites. Aux termes de l'article 2.1 de la Convention de Berne la protection s'étend à différentes productions telles que "les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature". Bien que les termes "de même nature" limitent éventuellement l'éventail d'œuvres susceptibles d'être protégées à celles analogues aux conférences, allocutions et sermons, l'article 2.2 de la Convention précise que les législations nationales ne sont pas tenues de prévoir la fixation sous une forme matérielle comme une condition générale de la protection.

127. Néanmoins, de nombreuses législations nationales, en particulier dans les pays de common law, prévoient cette condition parce que la fixation prouve l'existence de l'œuvre et définit une base plus claire et précise pour les droits. Toutefois, cette exigence n'existe pas dans le traité et, de fait, de nombreux pays, tels que l'Espagne, la France, l'Allemagne, d'autres pays de droit civil en Amérique latine et d'autres pays encore, n'exigent pas la fixation.

128. Ainsi, la fixation ne constitue pas un élément obligatoire, au plan international, du droit d'auteur, et les États sont libres de prévoir qu'il n'est pas nécessaire de procéder à la fixation sous une forme matérielle des œuvres en général ou des expressions culturelles traditionnelles en particulier en vue de les protéger. Cette disposition a été prévue, par exemple, dans la loi type de Tunis de 1976, qui écarte toute possibilité de demander la fixation d'une œuvre du folklore. Les rédacteurs ont considéré que les œuvres du folklore sont souvent, par leur nature, sous forme orale et n'ont jamais été enregistrées, et que de demander leur fixation afin de les protéger compromettrait cette protection et comporterait même, selon les commentaires relatifs à la loi type, le risque d'accorder le droit d'auteur à ceux qui procèdent à leur fixation. La fixation ne constitue pas une exigence dans les dispositions types de 1982, la législation du Panama ou la loi type pour le Pacifique Sud. En tout état de cause, l'exigence de fixation, lorsqu'elle existe, ne pose un problème qu'en ce qui concerne les expressions intangibles du folklore. Pour ce qui est des expressions culturelles traditionnelles, en revanche, il est possible qu'elles soient plus vulnérables si elles ne sont pas fixées d'une manière ou d'une autre (sachant qu'il est précisé, dans une autre partie du présent document, que le simple fait de les recenser ne suffit pas nécessairement à garantir la protection des expressions culturelles traditionnelles par le droit d'auteur).

Durée limitée

129. La durée de la protection par le droit d'auteur expire généralement 50 ans après la mort de l'auteur ou, dans certains pays, 70 ans après. La Convention de Berne prévoit une période de protection minimale de 50 ans et les pays sont libres de protéger le droit d'auteur pendant

une période plus longue. Toutefois, il est généralement admis comme un élément essentiel du système du droit d'auteur que la durée de la protection n'est pas illimitée; le système est fondé sur le principe qu'il convient de limiter la durée de la protection de sorte que, à terme, les œuvres tombent dans le domaine public. Cependant, de nombreux peuples autochtones et communautés traditionnelles souhaitent la protection illimitée d'au moins certains aspects de leurs expressions culturelles traditionnelles et, à cet égard, le système du droit d'auteur ne répond pas à leurs attentes.

130. La notion de durée de protection illimitée n'est pas nouvelle dans le droit de la propriété intellectuelle¹⁰⁰ et les États peuvent choisir de créer des systèmes prévoyant une protection illimitée des productions littéraires et artistiques, même si cela crée des tensions avec les orientations générales et les principes juridiques relatifs au système du droit d'auteur. Les dispositions types de 1982 elles-mêmes ne prévoient pas de limite de temps, pas plus que la législation du Panama ou la loi type pour les États insulaires du Pacifique. La volonté d'un État d'adopter ou non cette démarche est une question de politique générale qui sera examinée plus loin.

Préoccupations quant à l'impossibilité pour le droit d'auteur de fournir une protection à caractère défensif

131. Si les arguments examinés jusqu'ici se rapportent plus à l'impossibilité pour le droit d'auteur de fournir une protection positive, certains affirment que le droit d'auteur actuel comporte des inconvénients qui limitent la possibilité des peuples autochtones et traditionnels d'empêcher l'utilisation de leurs productions littéraires et artistiques par des tiers (en d'autres termes, le droit d'auteur ne fournit pas une protection "à caractère défensif" au sens indiqué précédemment).

a) Si le système du droit d'auteur classe les expressions du folklore dans le domaine public, les individus non autochtones et non traditionnels sont susceptibles (au même titre que les individus autochtones et traditionnels) d'obtenir un droit d'auteur sur des expressions folkloriques "nouvelles" ou incorporées dans des œuvres dérivées, telles que des adaptations ou des arrangements musicaux.

b) Même en ce qui concerne les expressions culturelles contemporaines fondés sur la tradition qui sont protégées par le droit d'auteur, les exceptions généralement acceptées peuvent porter atteinte aux droits prévus par le droit et les protocoles coutumiers. Par exemple, les législations nationales sur le droit d'auteur prévoient, en règle générale, qu'une sculpture ou une œuvre artistique exposée en permanence dans un lieu public peut être reproduite sans autorisation sur des photographies, des dessins ou autres. Il a été indiqué que les incidences de l'exposition publique de certaines œuvres ne sont éventuellement pas bien connues des artistes autochtones ou traditionnels¹⁰¹. De même, les législations nationales en matière de droit d'auteur autorisent souvent les archives, bibliothèques et autres institutions publiques à faire des reproductions d'œuvres littéraires et artistiques en vue de les mettre à la

¹⁰⁰ La protection des marques et des indications géographiques peut être illimitée (sous certaines conditions). Le jugement rendu par la Chambre des Lords dans l'affaire *Millar c. Taylor* (4 Burr. (4th ed.) 2303, 98 Eng. Rep 201 (K.B. 1769)) prévoyait un droit d'auteur perpétuel, mais ce principe a été supprimé par des jugements ultérieurs.

¹⁰¹ McDonald, I., *Protecting Indigenous Intellectual Property* (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998), p. 44.

disposition du public. Toutefois, adopter cette démarche lorsqu'il s'agit d'expressions culturelles traditionnelles protégées par le droit d'auteur peut soulever, en parallèle, des problèmes liés aux droits culturels et autochtones. D'un autre côté, il n'y a pas de raison pour que les limitations et exceptions communes aux autres œuvres protégées par le droit d'auteur ne s'appliquent pas aussi aux expressions culturelles traditionnelles.

c) La protection par le droit d'auteur ne s'étend pas au "style" ou au mode de fabrication. Cependant, comme l'a déclaré le GRULAC dans le document présenté à la première session du comité intergouvernemental, le mode de fabrication et le "style" des produits traditionnels sont à la merci d'une imitation¹⁰².

d) Les moyens de réparation prévus par la législation actuelle ne permettent éventuellement pas d'empêcher une utilisation illicite des œuvres d'un artiste autochtone titulaire du droit d'auteur, ou ne prévoient pas des dommages-intérêts équivalents au préjudice culturel et non économique découlant de cette utilisation illicite.

132. Il conviendrait éventuellement de se pencher de manière plus approfondie sur cette question, en vue de préciser et d'étudier les options concrètes relatives aux aspects de la législation actuelle en matière de droit d'auteur qui sont considérés comme entrant en conflit avec les droits, responsabilités et pratiques coutumiers autochtones ou autres ou leur portant atteinte.

133. En ce qui concerne le style et le mode de fabrication, la protection par le droit d'auteur ne s'étend pas aux aspects utilitaires, concepts, formules et autres éléments non originaux, aux couleurs, à l'objet et aux techniques utilisées pour créer une œuvre. Il s'agit là d'un principe fondamental et de longue date, pris en considération dans les législations en matière de droit d'auteur dans le monde entier. Il existe des limites à ce qui peut être protégé par le droit d'auteur, comme l'indique l'article 9.2 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) : "La protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels". Le droit d'auteur autorise donc l'imitation des éléments non originaux ou des idées et concepts qui sous-tendent les œuvres, ce qui est une pratique très répandue, la créativité se nourrissant et s'inspirant des autres œuvres. Les États-Unis d'Amérique ont souligné, dans leurs commentaires sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, que les éléments de style peuvent être protégés en droit américain, dans la mesure où ils constituent une expression originale de la personnalité de l'auteur.

134. Ainsi, même si la protection par le droit d'auteur devait être accordée à une nouvelle expression culturelle fondée sur la tradition, elle n'empêcherait pas par elle-même l'appropriation du "style" traditionnel de l'œuvre protégée. À cet égard, d'autres branches du droit de la propriété intellectuelle, telles que la législation relative à la concurrence déloyale ou le délit de substitution en common law peuvent se révéler plus utiles, bien qu'il y ait peu d'exemples de l'application de ces concepts à une imitation de styles autochtones. Ce point est examiné dans une autre partie du présent document. Ceci pourrait s'appliquer à la protection d'un style en soi, en tant qu'objet de protection, ou à la protection d'une connotation ou d'une représentation trompeuse fondée sur l'utilisation d'un style ou d'une image ou de symboles distinctifs. Cette question fait l'objet d'un examen plus approfondi au paragraphe 202 ci-après.

¹⁰² Pages 7 et 8 de l'annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/1/5.

135. Ce type de questions pourrait également être abordé dans le cadre d'un système *sui generis* si un État choisit d'établir un tel système. Ou encore, elle pourrait faire l'objet de modifications spécifiques des législations nationales en matière de droit d'auteur, bien que la question de savoir pourquoi le "style" des expressions culturelles traditionnelles serait spécifiquement protégé, alors que celui des (autres) œuvres protégées par le droit d'auteur ne le serait pas soulève certains problèmes juridiques et de politique générale.

136. Ces questions étant liées à des divergences plus profondes entre les formes coutumières de "titularité" et les droits de propriété intellectuelle, elles seront également abordées dans l'étude que le Secrétariat de l'OMPI fera réaliser sur ce sujet, comme indiqué précédemment.

Conclusions

137. Les exigences du droit d'auteur relatives à l'originalité et à la possibilité de déterminer l'identité de l'auteur ne semblent pas empêcher la protection des expressions culturelles fondées sur la tradition créées par les générations actuelles (ci-après dénommées "expressions culturelles contemporaines"), qu'elles soient ou non le fruit du travail d'individus appartenant à des sociétés autochtones ou traditionnelles. Toutefois, l'exigence de fixation, pour autant qu'elle existe dans certaines législations nationales, empêche la protection des expressions culturelles contemporaines intangibles (telles que la musique, les danses et les rituels) tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support quelconque.

138. On peut donc affirmer, en conclusion, que les expressions culturelles traditionnelles contemporaines tangibles peuvent être protégées par le droit d'auteur, comme l'illustrent certaines affaires recensées en Australie et au Canada¹⁰³. Par ailleurs, les expressions intangibles sont également protégées dans les pays n'exigeant pas la fixation, et ce, tant qu'elles ne sont pas fixées. Le droit d'auteur est alors reconnu à l'auteur ou aux auteurs de l'œuvre, ceux-ci devant généralement être identifiables.

139. Toutefois, la durée limitée de la protection et certaines autres caractéristiques du droit d'auteur (telles que le fait qu'il ne protège pas le style ou le mode de fabrication, ou la référence à un patrimoine culturel particulier) peuvent rendre la protection par le droit d'auteur moins attractive pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. En outre, les divergences existant entre les droits d'un titulaire du droit d'auteur et ses responsabilités coutumières parallèles peuvent poser des problèmes aux créateurs autochtones.

140. C'est pourquoi, si la protection par le droit d'auteur est possible dans certains cas, elle peut ne pas répondre à toutes les attentes et à tous les objectifs des peuples autochtones et communautés traditionnelles.

141. Les États qui ne souhaitent pas accorder aux expressions culturelles traditionnelles une protection autre que celle qui est déjà prévue par le droit d'auteur doivent déployer davantage d'efforts en vue de permettre et de faciliter l'accès des peuples autochtones et communautés

¹⁰³ Les affaires australiennes sont examinées dans l'étude de l'OMPI intitulée "Minding Culture". Au Canada, divers artistes, compositeurs et écrivains autochtones ont utilisé la Loi sur le droit d'auteur pour protéger leurs créations fondées sur la tradition, par exemple, les sculptures sur bois des artistes de la côte du Pacifique, les bijoux en argent des artistes de Haida, les chants et enregistrements sonores des artistes autochtones et les sculptures des artistes Inuit.

traditionnelles au système du droit d'auteur et l'utilisation de ce système. Différentes suggestions ont été formulées dans ce sens, telles que le renforcement de la sensibilisation et de la formation, la fourniture d'une aide juridique, l'appui dans la sanction des droits et le recours à la gestion collective.

142. En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles préexistantes, ainsi que les simples imitations et recreations de ces dernières, elles ont peu de chances de satisfaire aux exigences relatives à l'originalité et à la possibilité de déterminer l'identité de l'auteur et restent, aux fins du droit d'auteur, dans le domaine public.

143. Les États qui souhaitent accorder aux expressions culturelles traditionnelles une protection dont la portée dépasse celle qui est prévue dans le système actuel du droit d'auteur peuvent, soit étudier si certaines modifications de la législation et des pratiques en matière de droit d'auteur sont nécessaires et se justifient, soient envisager la création de systèmes *sui generis*, comme l'ont déjà fait certains États.

144. S'il est possible de renforcer la protection déjà accordée par le droit d'auteur aux expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition, grâce à la modification de la législation et des pratiques en matière de droit d'auteur, il semble qu'une évolution plus profonde des normes existantes sous la forme d'un système *sui generis* soit nécessaire afin de protéger le folklore préexistant. Comme le font remarquer les États-Unis d'Amérique dans leurs commentaires sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, "il est pratiquement impossible de protéger totalement les expressions culturelles traditionnelles si l'on se contente de modifier les lois sur le droit d'auteur, car ce dernier, par sa nature même, ne se prête pas à leur protection. Le droit d'auteur ne protège que des expressions originales et laisse dans le domaine public des œuvres qui font désormais partie intégrante de notre histoire et de notre culture."

Droits des artistes interprètes ou exécutants

145. Les danses et les pièces de théâtre font partie des expressions culturelles traditionnelles que les peuples autochtones et communautés traditionnelles souhaitent faire protéger.

146. Selon le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) de 1996, les interprétations et exécutions d'"œuvres littéraires et artistiques ou d'expressions du folklore" sont protégées en vertu des droits des artistes interprètes ou exécutants. Ainsi, du moins en principe, les types d'interprétations ou d'exécutions pour lesquels la protection est demandée sont déjà protégés par le droit international, parce qu'il s'agit soit d'œuvres littéraires ou artistiques, soit d'expressions du folklore (il est à noter que la protection des interprétations et exécutions d'œuvres littéraires et artistiques prévue par la Convention de Rome de 1961 et par l'Accord sur les ADPIC n'est pas limitée aux œuvres protégées par le droit d'auteur). Au 15 avril 2000, 41 États avaient ratifié le WPPT. Il s'ensuit que les artistes interprètes ou exécutants d'expressions du folklore dans ces parties contractantes sont susceptibles d'être protégés dans les autres États contractants, ce qui signifie qu'un système international de protection des artistes interprètes ou exécutants d'expressions du folklore existe déjà. Le WPPT accorde à ces artistes interprètes ou exécutants un droit moral et des droits patrimoniaux, énoncés aux articles 5 à 10 de la Convention.

147. Il a souvent été suggéré que la protection des interprétations ou exécutions d'expressions du folklore pourrait, indirectement, s'étendre de manière appropriée aux expressions du folklore elles-mêmes. Il s'agit probablement là d'une aspiration normale, à condition que l'artiste interprète ou exécutant appartienne à la même communauté culturelle que le "titulaire" des expressions du folklore. Dans le cas contraire, l'expression concernée peut quand même être protégée indirectement, mais les avantages en découlant ne reviennent pas à la communauté concernée.

148. Toutefois, certains aspects de la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants sont moins avantageux pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. Certains de ces aspects sont exposés dans les exemples mentionnés ci-après dans le chapitre intitulé "Collecte, enregistrement et diffusion des expressions culturelles traditionnelles - Droit d'auteur et droits connexes". L'aspect le plus important peut-être est que le WPPT ne couvre pas la partie visuelle des interprétations et exécutions. Seules les parties sonores, à savoir celles qui peuvent être perçues par l'oreille humaine, sont protégées, ce qui semble limiter sérieusement l'utilité du WPPT en ce qui concerne les expressions du folklore. Les travaux relatifs à l'élaboration d'un instrument de protection des interprétations ou exécutions audiovisuelles se poursuivent.

Marques de commerce, marques de certification et marques collectives

Introduction

149. Les marques sont des signes utilisés pour distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'une autre sur le marché. Ces signes peuvent être constitués, entre autres choses, de mots, de dessins, de symboles, d'éléments figuratifs ou de formes. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles sont préoccupées par le fait que des entreprises ou des personnes non autochtones utilisent dans le commerce leurs mots, leurs noms, leurs dessins ou leurs modèles, leurs symboles ou d'autres signes distinctifs leur appartenant, et les fassent enregistrer en tant que marques. Comme on l'a vu précédemment, il existe en effet plusieurs exemples connus d'utilisation non autorisée de mots, de noms, de dessins, de symboles et d'autres signes distinctifs indigènes ou traditionnels et de leur enregistrement en tant que marques. Par ailleurs, ils soutiennent qu'ils ne peuvent eux-mêmes faire protéger leurs mots et leurs symboles conformément à la législation sur les marques existante car celle-ci n'est pas suffisamment adaptée à leurs besoins. Le document WIPO/GRTKF/IC/5/12, dans lequel sont examinés les différentes formes de protection pouvant s'appliquer aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles contient (au paragraphe 44), contient l'observation suivante : "La protection peut également potentiellement s'appliquer en cas d'utilisation fallacieuse ou trompeuse d'éléments de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture traditionnelle ou de tout signe ou symbole en rapport avec ces savoirs ou expressions ainsi qu'à toute utilisation qui tendrait faussement à faire croire en l'existence d'une association avec une communauté autochtone ou locale ou d'une approbation de celle-ci. Il conviendrait en l'occurrence d'élaborer des textes de loi ou de prévoir des droits de propriété intellectuelle qui définissent la réputation, les signes et les symboles des communautés traditionnelles et des cultures autochtones (par exemple, les labels d'authenticité et les marques de certification, et l'interdiction d'utiliser certains termes et symboles) ou appellent l'attention sur ces aspects.

Enregistrement, en tant que marques, par des tiers, de mots, noms et marques indigènes

150. Il a été suggéré que la principale raison de l'appropriation de mots indigènes et traditionnels et d'autres marques est la volonté de commercialiser le "caractère indigène" à des fins commerciales¹⁰⁴. Mais, les marques servant à indiquer l'origine commerciale des produits et à distinguer un produit d'un autre, l'utilisation non autorisée de mots et de symboles indigènes par des organismes non autochtones peut éventuellement semer la confusion dans l'esprit des consommateurs quant à l'origine véritable des produits. L'utilisation de signes indigènes en tant que marques peut donner aux consommateurs l'impression que ces produits sont véritablement confectionnés par des personnes appartenant à une population autochtone ou ont certaines caractéristiques ou qualités propres aux cultures autochtones alors que ce n'est pas le cas. L'utilisation par d'autres de leurs symboles, mots, etc. fait que les peuples autochtones et les communautés traditionnelles sont associés à des produits qui peuvent être d'une qualité inférieure, stéréotypés ou liés à un certain mode de vie¹⁰⁵.

151. Outre le système des marques, la législation sur la concurrence déloyale (y compris la substitution de produits ou de services) et celle sur la publicité et l'étiquetage de nature à induire en erreur ou faux sont aussi pertinentes en l'occurrence. La loi de 1990 sur les arts et artisanats indiens des États-Unis d'Amérique protège les artisans amérindiens en garantissant l'authenticité des objets d'artisanat indien placés sous l'autorité d'une commission des arts et de l'artisanat indiens. La loi, conçue comme une loi du "marché vrai", interdit la commercialisation de produits sous l'appellation "Indian made" s'ils ne sont pas fabriqués par des Indiens selon la définition donnée dans la loi¹⁰⁶. La question de la législation sur la concurrence déloyale est abordée séparément dans le présent document.

Mesures visant à empêcher l'enregistrement, en tant que marques, de mots, noms ou autres marques indigènes

152. Certaines organisations régionales et certains États ont déjà pris des mesures pour empêcher, dans la mesure du possible, l'enregistrement non autorisé, en tant que marques, de marques indigènes (cherchant à réaliser ainsi l'une des formes de la "protection défensive" dont il a été question précédemment dans ce document). On peut citer, à cet égard, les trois exemples de la Communauté andine, des États-Unis d'Amérique et de la Nouvelle-Zélande :

a) L'article 136.g) de la décision 486 de la Commission de la Communauté andine dispose que : "Ne peuvent pas être enregistrés comme marques les signes dont l'usage dans le commerce porte atteinte à un droit d'un tiers, en particulier lorsque : ils consistent en un nom d'une communauté autochtone, afro-américaine ou locale ou en des dénominations, des mots, des lettres, des caractères ou des signes utilisés pour distinguer les produits, les services ou les modes de transmission de ladite communauté ou ils constituent l'expression de sa culture ou de ses pratiques, sauf si la demande d'enregistrement est présentée par la communauté elle-même ou avec le consentement exprès de celle-ci". Cette disposition a été utilisée en Colombie, pour refuser l'enregistrement de la marque "Tairona". Étant donné que le mot "Tairona" correspond au nom d'une culture autochtone ayant peuplé le territoire colombien,

¹⁰⁴ Sandler, F. "Music of the Village in the Global Marketplace: Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?" p. 39.

¹⁰⁵ Cassidy, Michael (ed.) "Intellectual Property and Aboriginal People: A Working Paper," p.22.

¹⁰⁶ Voir le paragraphe 122.i) du document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

il a été décidé qu'il devait être protégé en tant qu'élément du patrimoine de cette culture et du pays lui-même, et qu'à ce titre, seuls des représentants de cette culture ou des personnes autorisées par eux pouvaient demander à l'utiliser en tant que signe distinctif et, comme en l'occurrence, en tant que marque;

b) l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique (USPTO) a créé une vaste base de données des insignes officiels de toutes les tribus amérindiennes reconnues au niveau fédéral ou à celui d'un État¹⁰⁷. En vertu de l'article 2.a) de la loi sur les marques, 1946, telle que modifiée, l'enregistrement d'une marque peut être refusé ou annulé (à tout moment) si la marque se compose ou comporte des éléments susceptibles de discréditer ou de donner faussement l'impression d'un lien avec une personne, vivante ou morte, des institutions, des croyances, des symboles nationaux, ou si ces éléments tendent à les mépriser ou à les dénigrer. L'Office américain des brevets et marques (USPTO) peut refuser l'enregistrement d'une marque qui suggère à tort un lien avec une tribu autochtone ou avec des croyances défendues par la tribu en question. Cette disposition confère non seulement une protection aux aspects du folklore des tribus amérindiennes, mais également "à ceux des autres peuples autochtones du monde entier". Le décret d'application de la loi sur les marques, 1998, a donné mandat à l'USPTO de mener une étude exhaustive sur les insignes officiels des tribus amérindiennes reconnus au niveau fédéral et au niveau des États. Consécutivement à cette étude¹⁰⁸, l'USPTO a établi le 31 août 2001 une base de données des insignes officiels des tribus amérindiennes. Cette base de données des insignes officiels des tribus amérindiennes peut être consultée afin d'empêcher l'enregistrement d'une marque pouvant prêter à confusion avec un insigne officiel. On entend par "insigne le drapeau ou les armoiries ou l'écusson ou la devise de toute tribu amérindienne, reconnue au niveau fédéral ou à celui d'un État", à l'exclusion des mots¹⁰⁹;

c) Commissaire aux marques de refuser l'enregistrement d'une marque dès l'instant où il a un motif raisonnable de penser que son utilisation ou son enregistrement sont susceptibles d'offenser une partie importante de la communauté, y compris les Maoris, population autochtone de ce pays. Dans l'article qui énumère les motifs de refus à l'enregistrement d'une marque, la loi prévoit ce qui suit :

"1) Le commissaire n'a pas le droit d'accomplir l'un des actes suivants :

"b) enregistrer une marque ou une partie de marque lorsque

"i) il estime, pour un motif raisonnable, que son utilisation ou son enregistrement sont susceptibles d'offenser une partie importante de la communauté, y compris les Maoris." ¹¹⁰

Procédures d'opposition et de radiation

153. Lorsqu'un mot ou une marque indigène ou traditionnelle a été enregistrée en tant que marque par une personne ou une entité qui n'y a pas été autorisée par la communauté concernée, cette communauté peut entamer une procédure de radiation (ou s'opposer à une

¹⁰⁷ Voir le document intitulé "Report on the Official Insignia of Native American Tribes", 30 septembre 1999.

¹⁰⁸ Voir <http://www.uspto.gov/web/menu/current.html> (lien identifié par la mention "30Nov99").

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 24-26.

¹¹⁰ Voir <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2002/an/049.html>

demande d'enregistrement d'une marque). À cet effet, elle pourrait notamment avancer que la marque proposée n'a pas de caractère distinctif, que son enregistrement est ou serait "contraire à la loi" ou "scandaleux" ou encore qu'elle est fallacieuse ou peut créer une confusion quant aux produits et services du déposant. La législation sur les marques prévoit aussi des motifs relatifs d'opposition fondés sur des droits détenus par des tiers, tels que les droits antérieurs détenus par une communauté sur le signe dans la mesure où celui-ci a trait à l'identité ou à l'origine de la communauté.

154. Toutefois, à la lecture des rapports disponibles, il semble qu'il n'existe que très peu de cas où les peuples ou communautés autochtones se sont opposés à l'enregistrement d'une marque ou ont demandé la radiation d'une marque enregistrée. Mme Janke, dans l'étude qu'elle a menée pour l'OMPI sur l'utilisation des marques aux fins de la protection des expressions culturelles traditionnelles¹¹¹, écrit que les peuples autochtones ont un accès limité aux conseils juridiques ainsi qu'aux bulletins et journaux officiels pertinents dans lesquels les demandes d'enregistrement de marque sont notifiées. Elle propose que les peuples autochtones reçoivent des informations et une formation sur les procédures d'opposition, de radiation ou d'invalidation¹¹².

Enregistrement de marques à la demande de peuples autochtones ou de communautés traditionnelles

155. Dans leur réponse au questionnaire de 2001 de l'OMPI sur le folklore, des États ont donné plusieurs exemples d'utilisation de marques par des peuples autochtones et des communautés traditionnelles, entre autres celui de l'Indigenous Label of Authenticity en Australie¹¹³. Ces exemples constituent une illustration de la notion de protection des expressions culturelles traditionnelles par des droits de propriété intellectuelle évoquée précédemment.

156. Au Canada, les marques, y compris les marques de certification, sont utilisées par des populations autochtones pour identifier une vaste gamme de produits et services allant des arts et de l'artisanat traditionnels aux produits alimentaires, vêtements et services touristiques, ainsi que des entreprises dirigées par les Premières nations. De nombreuses entreprises et organisations autochtones ont enregistré des marques comportant leurs symboles et noms traditionnels. Le nombre de marques non déposées utilisées par les entreprises et organisations autochtones est considérablement plus élevé que celui de marques déposées. Certaines marques sont enregistrées en vue d'empêcher l'utilisation abusive des symboles ou des noms. D'autre part, la Première nation Snuneymuxw, du Canada, a utilisé en 1999 la loi sur les marques pour protéger dix images pétroglyphes (peintures antiques sur roche). Étant donné que les pétroglyphes ont une signification religieuse spécifique pour les membres de la Première nation, la reproduction et la commercialisation non autorisées des images ont été jugées contraires aux intérêts culturels de la communauté, et les images pétroglyphes ont été enregistrées afin de mettre un terme à la vente d'objets commerciaux, tels que t-shirts, bijoux et cartes postales, comportant ces images. Par la suite, les membres de la Première nation Snuneymuxw ont fait savoir que des marchands locaux et des artisans commerciaux avaient

¹¹¹ Voir <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>

¹¹² Pages 9 et 10.

¹¹³ Parmi les études de cas "Minding Culture" effectuées par Mme Terri Janke, l'étude intitulée "Indigenous Arts Certification Mark" sera publiée sous peu à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

effectivement cessé d'utiliser les images pétroglyphes et que le recours à la protection par le système des marques, accompagné d'une campagne de sensibilisation du public afin de le rendre attentif à la signification des pétroglyphes pour la Première nation Snuneymuxw, avait été couronné de succès.

157. Un autre exemple a été fourni par le Mexique. Il s'agit de celui du peuple Seri, dont les créations comptent de nombreux articles d'ornement destinés aux marchés d'objets d'artisanat et constituent une source de revenus importante pour les familles et les communautés. Au milieu de 1993, une réunion a été tenue pour examiner les difficultés posées aux artisans Seri par la production en grande série d'objets en bois-de-fer par des ouvriers métis. Étant donné que les Seri ne cherchaient pas à protéger un procédé ou un produit unique, le concept d'appellation d'origine, d'abord étudié, fut finalement abandonné au profit du mécanisme des marques. C'est ainsi que la coopérative de consommateurs "Artesanos Los Seris" (S.C.L.) a enregistré la marque "Arte Seri" auprès de l'Institut national mexicain de la propriété industrielle dans cinq classes différentes entre 1994 et 1995. Cette marque est toujours en vigueur dans plusieurs classes, mais les Seri n'en font pas un usage permanent. Cet exemple fournit des éléments de réflexion intéressants et pourrait faire l'objet d'une étude plus approfondie pour les besoins du Guide pratique de l'OMPI sur les expressions culturelles traditionnelles et les savoirs traditionnels connexes.

158. Au Portugal, les tapis d'Arraiolos, les objets d'artisanat du nord de l'Alentejo, le fromage rayé et les mouchoirs des amoureux de Minho sont enregistrés en tant que marques collectives, de même que les chaussures fabriquées au Portugal, les broderies de Caldas da Rainha, les ananas des Açores, le fromage d'Évora et les objets d'artisanat des Açores.

159. En Nouvelle-Zélande, le Conseil des arts maori ("*Te Waka Toi*") utilise la protection par les marques grâce à la marque "Maori Made" *Toi Iho*™ qu'il a mise au point¹¹⁴. Cette marque de certification, qui garantit l'authenticité et la qualité du produit, indique aux consommateurs que la personne qui a fabriqué le produit est d'origine maori et qu'elle produit des objets d'une qualité déterminée¹¹⁵. La marque "Maori Made" *Toi Iho* a été enregistrée en réponse à des préoccupations exprimées par les Maoris en ce qui concerne la protection des droits culturels et des droits de propriété intellectuelle, l'utilisation illicite et l'abus des notions, styles et images maoris et l'absence d'avantages commerciaux pour les Maoris. Cette marque est considérée par beaucoup comme un instrument provisoire permettant d'offrir une protection limitée à la propriété culturelle des Maoris. Ce mécanisme ne mettra pas fin à l'utilisation abusive des notions, styles et images maoris, mais peut diminuer la demande de produits imités¹¹⁶. La marque "Maori Made" *Toi Iho* a été conçue et créée par des artistes maoris et est assortie de deux marques complémentaires, à savoir la marque "Mainly Maori" et la marque "Maori Co-production". La marque "Mainly Maori" *Toi Iho* est réservée à des groupes d'artistes, la plupart d'origine maori, qui travaillent ensemble pour produire, présenter ou interpréter ou exécuter des œuvres relevant d'une forme artistique tandis que la marque "Maori Co-production" *Toi Iho* est utilisée par des artistes maoris qui s'associent à des personnes d'origine non maorie pour produire, présenter ou interpréter ou exécuter des œuvres appartenant à une forme artistique. La marque "Maori Co-production" *Toi Iho* permet de reconnaître le développement des entreprises d'innovation et des

¹¹⁴ Pour de plus amples informations sur la marque *Toi Iho*™, voir <http://www.toiho.com>

¹¹⁵ Voir la règle 5.3) dans l'ouvrage intitulé "Rules Governing the Use By Artists of the *Toi Iho*™ Maori Made Mark" publié par le Conseil des arts de la Nouvelle-Zélande *Toi Aotearoa*.

¹¹⁶ Voir la réponse de la Nouvelle-Zélande au questionnaire sur le folklore.

entreprises de collaboration entre les Maoris et les non-Maoris¹¹⁷. La protection offerte par ce type de marque porte sur la réputation liée aux expressions culturelles traditionnelles (il s'agit, au fond, d'une garantie de la légitimité de l'expression culturelle sur laquelle la marque est apposée), à la différence des enregistrements des images pétroglyphes Snuneymuxw citées plus haut, qui confèrent une protection directe aux expressions culturelles traditionnelles concernées.

160. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles se sont malgré tout déclarés préoccupés par le fait que le système des marques ne satisfait pas à leurs besoins. Par exemple, les marques de commerce sont des marques utilisées dans le commerce. Pour que les peuples autochtones ou les communautés traditionnelles puissent faire enregistrer un mot ou une marque indigène en tant que marque de commerce, ils doivent utiliser cette marque dans le commerce ou avoir sincèrement l'intention de le faire. Cela n'aide pas les communautés culturelles traditionnelles, qui souhaitent seulement protéger leurs mots et leurs marques contre toute exploitation par des tiers. Toutefois, les droits d'une communauté sur son propre nom ou sur sa propre identité peuvent être utiles et faire l'objet d'un complément d'étude.

161. Mais Mme Janke¹¹⁸ recense de nombreux cas où des Australiens autochtones ont essayé de faire enregistrer ou ont obtenu l'enregistrement de mots ou de dessins indigènes en tant que marques ainsi que de mots anglais ayant un sens particulier ou une signification particulière pour eux. On citera à titre d'exemple le terme "dreaming", pour lequel 90 demandes d'enregistrement ont été déposées. Quinze d'entre elles ont abouti à un enregistrement et neuf sont en instance.

162. Mme Janke indique que des marques ont été enregistrées ou tout au moins ont fait l'objet d'une demande d'enregistrement par des Australiens autochtones dans les domaines suivants : festivals culturels, savons, parfumerie, huiles essentielles, lotions pour le corps et autres produits à base de ressources naturelles, centres artistiques, vêtements et textiles, musique, films, radiodiffusion et publications, et services liés à l'Internet.

163. Toutefois, bon nombre de ces demandes n'aboutissent pas à un enregistrement. Mme Janke en a tiré la conclusion suivante :

"Il y a de plus en plus d'entreprises et d'organisations indigènes qui s'efforcent de tirer parti de la législation sur les marques pour parvenir à faire enregistrer leurs propres marques de commerce aux fins de la protection de leurs œuvres artistiques et d'autres savoirs indigènes, en particulier l'utilisation commerciale indigène proposée. Dans la plupart des cas, ces marques n'ont pas été enregistrées. On suppose que c'est parce que souvent la marque proposée comprend uniquement des termes purement descriptifs [...] et que lorsqu'il reçoit un rapport négatif, le demandeur autochtone omet souvent de répondre pour clarifier la situation. [...] Le nombre de marques non enregistrées utilisées par des entreprises et organisations aborigènes est nettement plus élevé que celui des marques qui sont enregistrées. [...] Bien qu'il existe des preuves évidentes que l'utilisation par les peuples autochtones du système des marques augmente, il semblerait que ces peuples aient besoin d'en savoir davantage sur ce système, en

¹¹⁷ Voir <http://www.toiho.com/about/about.htm>

¹¹⁸ Voir <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>

particulier sur la procédure à suivre pour déposer une demande, sur la manière de surmonter les problèmes rencontrés lorsqu'une marque présente un caractère descriptif et sur d'autres questions soulevées dans les rapports négatifs [...]."¹¹⁹

Conclusions

164. Au stade actuel, les législations protégeant les signes distinctifs, en particulier les marques et les indications géographiques, offrent les mêmes possibilités de protection pour les marques indigènes ou traditionnelles destinées à être utilisées dans le commerce que pour tout autre signe. La durée éventuellement permanente de la protection conférée par une marque et l'utilisation de marques collectives ou de certification présentent un intérêt certain, ainsi qu'il a été expliqué.

165. Les États mettent aussi en place des mécanismes visant à empêcher l'enregistrement par des tiers, en tant que marques, de marques ou de symboles indigènes ou traditionnels et tendent à satisfaire le besoin de protection "défensive".

166. Toutefois, certains obstacles pratiques demeurent, tels que la question des taxes de dépôt et de renouvellement ainsi qu'une absence générale de sensibilisation des communautés autochtones ou traditionnelles à la législation et aux possibilités que celle-ci offre, notamment en ce qui concerne les procédures d'opposition ou d'invalidation.

Indications géographiques

167. Comme l'ont fait remarquer un certain nombre de membres du comité, les indications géographiques pourraient s'avérer utiles en ce qui concerne la protection des expressions culturelles traditionnelles.

168. Selon la définition donnée par l'article 22.1) de l'Accord sur les ADPIC, les indications géographiques "servent à identifier un produit comme étant originaire du territoire d'un Membre, ou d'une région ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique"¹²⁰. Pour ce qui est des indications géographiques, les États doivent prévoir, selon l'article 22.2) de l'Accord sur les ADPIC, les moyens juridiques permettant aux "parties intéressées" d'empêcher l'utilisation, dans la désignation ou la présentation d'un produit, de tout moyen qui indique ou suggère que le produit en question est originaire d'une

¹¹⁹ Page 22.

¹²⁰ En ce sens, l'"indication géographique" englobe l'"appellation d'origine" telle que définie dans l'Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international, 1979 et visée dans la Convention de Paris. Est également protégée par des droits de propriété intellectuelle l'"indication de provenance", présente elle aussi dans la Convention de Paris et qui désigne toute expression ou signe servant à indiquer qu'un produit ou un service a pour origine un pays, une région ou un lieu particuliers. La différence entre, d'une part, l'"indication géographique" de l'Accord sur les ADPIC et l'"appellation d'origine" de la Convention de Paris et, de l'autre, l'"indication de provenance" réside donc dans le fait que contrairement à cette dernière, les deux premières supposent l'existence d'un lien entre la qualité du produit et son lieu de production. Le terme "indication géographique" est souvent utilisé pour désigner à la fois les appellations d'origine et les indications de provenance. Le présent document l'utilise dans son sens le plus large afin de tenir compte de toutes les formes de protection existantes.

région géographique autre que le véritable lieu d'origine d'une manière qui induit le public en erreur quant à l'origine géographique du produit et toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10bis de la Convention de Paris. L'article 22.3 dispose que les États peuvent refuser ou invalider l'enregistrement de marques contenant ou constituées par une telle indication, pour des produits qui ne sont pas originaires du territoire indiqué, si l'utilisation de cette indication est de nature à induire le public en erreur.

169. Certaines expressions culturelles traditionnelles – par exemple les objets d'artisanat faits à partir de ressources naturelles – pourraient être considérées comme des “produits”, et donc bénéficier, à ce titre, d'une protection en tant qu'indications géographiques. D'autres, comme les noms, signes et autres indications indigènes et traditionnels, pourraient elles-mêmes constituer des indications géographiques.

170. Certains États ont proposé des exemples dans lesquels des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels liés à ces dernières ont été enregistrés à titre d'indications géographiques :

a) le Portugal a cité les vins de Porto, Madère, Redondo et Dão, les fromages de Serpa, Azeitão, S. Jorge, Serra da Estrela et Nisa, les broderies de Madère et le miel de l'Alentejo et des Açores;

b) au Mexique, l'appellation d'origine OLINALÁ renvoie à des articles en bois fabriqués dans la municipalité d'Olinalá dans l'État de Guerrero. Cette tradition est en relation avec le travail des vernisseurs mexicains qui utilisent des matières premières naturelles, le produit constituant clairement un exemple du rapport entre l'environnement et la culture et remplissant, de ce fait, les conditions requises pour l'appellation. L'Unión de Artesanos Olinca, A. C., a été à l'origine de la demande de reconnaissance de la dénomination, même si en réalité la déclaration en a été faite par l'État dans son ensemble, à qui appartient l'appellation, ce qui écarte la possibilité d'exclusion arbitraire des autres parties intéressées. Ce fait montre l'importance des appellations d'origine comme éléments du patrimoine national qui doit être protégé par l'État. Les articles en question sont des coffres et des caisses en bois d'aloès (*Bursera aeloxylon*), un arbre endémique de la région du Haut-Balsas. Le procédé de vernissage fait intervenir des matières premières supplémentaires telles que des graisses provenant d'insectes et des poudres minérales. La fabrication des produits artisanaux d'Olinalá est une tradition locale utilisant le bois d'un arbuste qui est une ressource biologique spécifique à la région. L'appellation d'origine TEQUILA est un autre exemple proposé par le Mexique. La tequila est une boisson spiritueuse produite dans plusieurs régions du Mexique par distillation de la sève fermentée extraite d'une plante connue sous le nom d'“agave bleu”, la variété “Azul” de l'Agave tequilana Weber. Le nom “Tequila” vient de la région éponyme de Jalisco, mais cette boisson est traditionnellement fabriquée dans un certain nombre de municipalités des États de Jalisco, Nayarit, Tamaulipas, Guanajuato et Michoacán. La fabrication de la tequila fait appel à des connaissances traditionnelles régionales qui datent du milieu du XVI^e siècle, et elle est progressivement devenue une industrie à part entière à la fin du XIX^e siècle. La tequila est considérée comme la boisson alcoolique mexicaine par excellence;

c) la Fédération de Russie compte un certain nombre de branches d'activité enregistrées dont les articles ont rapport à des désignations pour lesquelles une protection en tant qu'appellations d'origine est demandée : nielle de Velikiy-Ustyug, peinture de Gorodets, email de Rostov, jouet en argile de Kargopol et jouet de Filimonov.

Dessins et modèles industriels

171. La législation sur les dessins et modèles industriels protège l'apparence d'éléments fonctionnels créés de manière indépendante qui sont nouveaux ou originaux¹²¹. Les droits conférés au titulaire du dessin ou modèle peuvent être fondés sur la création ou sur l'enregistrement et sont exclusifs. Ils demeurent en vigueur durant au moins 10 ans, voire plus longtemps dans certains pays¹²². Le titulaire d'un dessin ou modèle protégé a le droit d'empêcher des tiers de reproduire, vendre ou importer des articles qui comprennent un dessin ou modèle identique ou analogue à celui qui est protégé¹²³.

172. Il existe plusieurs exemples d'expressions culturelles traditionnelles qui semblent relever de la protection par un dessin ou modèle industriel, telles que les textiles (tissus, costumes, vêtements, tapis, etc.) et d'autres expressions tangibles de la culture, comme les sculptures, la poterie, le travail sur bois, la ferronnerie, la bijouterie, le tressage de paniers et d'autres formes d'artisanat.

173. Ainsi qu'il ressort des missions d'enquête et des activités ultérieures de l'OMPI, les peuples autochtones et les communautés traditionnelles affirment que la législation actuelle sur les dessins et modèles industriels ne leur permet pas de protéger leurs dessins et modèles en tant que dessins et modèles industriels même lorsque cette protection convient particulièrement bien au dessin ou modèle, à la forme ou aux caractéristiques visuelles du produit artisanal, en particulier lorsque "les produits artisanaux ont un caractère utilitaire et ne peuvent pas être considérés comme des œuvres d'art aux fins de leur protection par le droit d'auteur[...]"¹²⁴. En outre, ils soutiennent que des tiers exploitent leurs dessins et modèles sans y être autorisés, sans expression de gratitude et sans partager les avantages en découlant et, dans certains cas, obtiennent même des droits de propriété intellectuelle sur leurs "nouveaux" dessins ou modèles ou leurs dessins et modèles "originaux". L'une des revendications les plus souvent entendues est que le "style" d'un dessin ou modèle indigène a fait l'objet d'une appropriation illicite.

174. On examinera dans la présente section ces revendications, aussi bien aux fins d'une protection positive qu'aux fins d'une protection défensive.

Protection positive des dessins et modèles traditionnels

175. Pour qu'un dessin ou modèle puisse être protégé en tant que dessin ou modèle industriel, il doit être nouveau ou original¹²⁵. Bien que la notion de nouveauté n'ait aucune définition établie dans les traités internationaux, elle signifie généralement que le public n'a eu accès à aucun dessin ou modèle identique ou similaire avant la date d'enregistrement ou de

¹²¹ Article 25.1) de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

¹²² Article 26.3) de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

¹²³ Article 26.1) de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

¹²⁴ Voir le document soumis par le GRULAC intitulé "Les savoirs traditionnels et la nécessité de leur assurer une protection appropriée au titre de la propriété intellectuelle" (paragraphe 6 de l'annexe I du document OMPI/GRTKF/IC/1/5).

¹²⁵ Article 25.1) de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

priorité. En ce qui concerne le critère d'originalité, il signifie généralement que le dessin ou modèle concerné diffère notablement de dessins ou modèles connus ou de combinaisons d'éléments de dessins ou modèles connus¹²⁶.

176. Il semblerait que certains dessins et modèles traditionnels ne remplissent pas cette condition. Toutefois, il existe des exemples de dessins et modèles traditionnels qui ont été enregistrés conformément à une législation sur les dessins et modèles industriels :

a) lors d'une mission d'enquête effectuée en Chine en décembre 2002, la délégation de l'OMPI a rencontré un créateur dont les services à thé avaient été jugés originaux bien que d'inspiration traditionnelle et avaient ainsi obtenu la protection par le droit des dessins et modèles;

b) Au Kazakhstan, l'apparence extérieure du costume national, les couvre-chefs (*sakyele*), les tapis (*tuskiiz*), les ornements de selles et les accessoires du vêtement féminin tels que les bracelets (*blezik*) sont protégés au titre des dessins et modèles industriels¹²⁷. La protection des dessins et modèles industriels est régie par la législation nationale sur les brevets¹²⁸, qui définit le dessin ou modèle industriel comme "*toute solution artistique et technique qui est adoptée pour un article et qui en détermine l'aspect extérieur*"¹²⁹. La loi prévoit en outre que pour pouvoir être protégé, le dessin ou modèle industriel doit être nouveau, original et susceptible d'application industrielle¹³⁰. En ce qui concerne la notion de nouveauté, la loi dispose ce qui suit : "un dessin ou modèle industriel est considéré comme nouveau si l'ensemble de ses caractéristiques essentielles figurant dans les représentations du dessin ou modèle et indiquées dans la liste des caractéristiques essentielles n'était pas connu par des informations généralement accessibles dans le monde avant sa date de priorité"¹³¹.

177. Il peut être nécessaire d'examiner d'autres exemples avant de pouvoir tirer une conclusion. On peut toutefois avancer que si des formes contemporaines de dessins et modèles traditionnels peuvent satisfaire au critère de "nouveauté", les dessins et modèles déjà exploités et connus qui sont créés de nouveau n'y satisferont probablement pas.

La procédure d'enregistrement des dessins et modèles et ses répercussions sur les peuples autochtones et les communautés traditionnelles

178. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles, selon les informations disponibles, trouvent que la protection des dessins et modèles conformément à la législation sur les dessins et modèles industriels pêche par les points suivants :

a) un dessin ou modèle enregistré est divulgué au public, ce qui, dans le cas notamment des dessins et modèles sacrés ou secrets, ne convient pas aux peuples autochtones ou traditionnels. Toutefois, on peut faire valoir que les dessins et modèles sacrés ou secrets

¹²⁶ Article 25.1) de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

¹²⁷ Voir le paragraphe 126 du rapport final sur l'expérience acquise au niveau national (document WIPO/GRTKF/IC/3/10).

¹²⁸ Voir la loi sur les brevets n°428-I LRK du 16 juillet 1999 de la République du Kazakhstan à l'adresse suivante : http://www.kazpatent.org/english/acts/patent_law.html.

¹²⁹ Article 8.1) de la loi sur les brevets de la République du Kazakhstan.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

ne doivent pas être enregistrés pour pouvoir être protégés : ils peuvent l'être en tant qu'informations non divulguées. On peut aussi faire valoir qu'un dessin ou modèle ni secret, ni sacré qui est utilisé par une communauté sera de toute façon divulgué et que l'enregistrement lui fournit simplement la protection nécessaire (on notera cependant qu'étant donné que les dessins et modèles doivent généralement être nouveaux ou originaux pour pouvoir être enregistrés, leur divulgation peut avoir pour effet de les exclure de la protection;

b) la durée de protection étant limitée, le dessin ou modèle tombe par la suite dans le domaine public. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles souhaitent protéger indéfiniment leurs dessins et modèles traditionnels contre toute exploitation par des personnes non autochtones, la protection de l'intégrité de dessins ou modèles ayant une importance culturelle ou spirituelle particulière pouvant être notamment plus importante que l'exploitation de leur valeur commerciale. Dans ce cas, il peut être préférable, peut-être, de protéger certains dessins et modèles selon la législation sur le droit d'auteur en tant qu'expressions artistiques et non en tant que dessins et modèles industriels, la durée de protection de ceux-ci étant inférieure à celle qui est prévue par la législation sur le droit d'auteur;

c) les communautés ont du mal à faire protéger leurs droits collectifs. Bien que la loi prévoie que les dessins et modèles industriels puissent être enregistrés au nom de deux ou plus de deux personnes, chacune se voyant attribuer une part égale non divisible sur le dessin ou modèle, des droits collectifs ne peuvent être accordés que si l'organe demandant la protection du dessin ou modèle industriel a la capacité juridique (ce qui est probablement le cas de la plupart des communautés);

d) les coûts afférents à l'enregistrement d'un dessin ou modèle industriel et, ultérieurement, aux mesures nécessaires à son respect lorsque le besoin s'en fait sentir.

Recours facilité à la législation sur les dessins et modèles industriels

179. Différentes propositions ont été faites pour modifier la législation et la pratique dans le domaine des dessins et modèles industriels en vue de permettre aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles de tirer plus facilement parti de la protection offerte dans ce domaine.

180. À cet égard, l'Accord sur les ADPIC demande aux États de faire en sorte "que les prescriptions visant à garantir la protection des dessins et modèles de textiles, en particulier pour ce qui concerne tout coût, examen ou publication, ne compromettent pas indûment la possibilité de demander et d'obtenir cette protection"¹³².

181. D'un point de vue pratique, il peut être important, aux fins des mesures de fixation des savoirs traditionnels, de structurer ces travaux de fixation de telle manière qu'ils remplissent les critères minimaux pour l'acquisition, l'exercice et le respect des droits sur les dessins et modèles industriels. Voir plus loin la partie intitulée "Collections, bases de données et registres relatifs au patrimoine culturel".

¹³² Article 25.2) (section 4) de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

Protection défensive

182. Comme on l'a vu précédemment, on se plaint souvent de l'appropriation du "style" des dessins et modèles traditionnels. Cette question est examinée ci-dessus dans la partie intitulée "Droit d'auteur", et les points qui y sont soulevés s'appliquent aussi aux dessins et modèles industriels. Les principes relatifs à la substitution de produits, dont il est question à partir du paragraphe 202 ci-dessous, sont également pertinents.

183. Une autre façon de protéger d'une manière défensive les expressions du folklore pourrait être de recourir à la fixation. Cette approche est examinée plus en détail dans la partie intitulée "Collections, bases de données et registres relatifs au patrimoine culturel" ci-dessous.

Protection sui generis des dessins et modèles

184. On peut noter que les systèmes *sui generis* actuels couvrent aussi les dessins et modèles traditionnels et qu'ils feront l'objet d'un examen plus approfondi dans le Guide pratique de l'OMPI. En résumé :

a) les dispositions types de 1982 prévoient une protection des dessins et modèles en tant qu'expressions tangibles du folklore¹³³ contre toute reproduction ou utilisation non autorisée;

b) la législation *sui generis* du Panama mettant en place un "régime spécial de propriété intellectuelle en matière de droits collectifs des populations autochtones relatifs à la protection et à la défense de leur identité culturelle en tant que savoirs traditionnels"¹³⁴ renvoie explicitement aux tissus traditionnels et aux dessins et modèles de costumes. Les "dispositions sur la protection, la promotion et le développement de l'artisanat" sont aussi pertinentes¹³⁵. Le chapitre VIII de cette loi accorde une protection aux objets de l'artisanat national en interdisant l'importation d'objets artisanaux ou l'activité de ceux qui imitent des articles et vêtements panaméens indigènes et traditionnels¹³⁶.

Conclusions

185. Le critère de "nouveau" ou d'"originalité" peut poser un problème pour les dessins et modèles traditionnels déjà commercialisés ou divulgués au public. Toutefois, il existe des exemples, au niveau national, d'enregistrement de dessins ou modèles traditionnels selon une législation sur les dessins et modèles industriels. Mais il semblerait que les dessins et modèles contemporains, créés par les générations actuelles, remplissent plus facilement le critère de "nouveau" ou d'"originalité" que les dessins et modèles véritablement anciens ou connus. Il serait utile de disposer d'autres informations concrètes sur le sujet.

¹³³ Voir l'article 2 des dispositions types.

¹³⁴ Créé par la loi n° 20 du 26 juin 2000 et réglementé par le décret exécutif n° 12 du 20 mars 2001. Voir aussi le paragraphe 121.ii) du rapport final sur l'expérience acquise au niveau national (document WIPO/GRTKF/IC/3/10).

¹³⁵ Loi n° 27 du 24 juillet 1997 du Panama.

¹³⁶ Voir la réponse du Panama au questionnaire sur le folklore à l'adresse suivante : <http://www.wipo.org/globalissues/questionnaires/ic-2-7/panama.pdf>.

186. Mis à part ce qui précède et certains aspects plus techniques, le système des dessins et modèles industriels présente d'autres inconvénients théoriques ou pratiques selon les peuples autochtones et les communautés traditionnelles.

187. En ce qui concerne les questions théoriques (telles que la durée limitée de la protection ou la protection des droits collectifs), des mécanismes *sui generis* ont été parfois mis en place mais on ne dispose pas encore de toute l'expérience nécessaire. Pour ce qui est des questions plus pratiques (comme le coût de l'acquisition et le respect des droits), les États pourraient les aborder, s'ils le souhaitent, de différentes manières (voir plus loin).

Brevets

188. Les brevets d'invention ont eux aussi un rapport avec la protection des expressions culturelles traditionnelles. En effet, un brevet portant sur une méthode traditionnelle liée à la production d'une expression culturelle traditionnelle peut, par exemple, être perçu comme une atteinte aux intérêts des communautés traditionnelles. Ceci soulève une quantité de questions d'ordre pratique et juridique qui sont examinées (plus particulièrement sous l'angle des savoirs traditionnels et des ressources génétiques) dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/5 et WIPO/GRTKF/IC/5/6. On peut citer, à cet égard, l'exemple d'un brevet obtenu pour un processus de fabrication du tambour métallique, un instrument musical des Caraïbes dont le dépôt a suscité des objections de la part d'habitants de cette région¹³⁷. En effet, si des ressortissants des Caraïbes ou une personne morale autorisée de cette région avaient détenu des droits antérieurs sur ce processus ou sur un processus analogue, cela leur aurait permis de les exercer et d'empêcher ainsi des tiers d'obtenir le brevet en question. Cela aurait constitué une protection défensive aux Caraïbes, puisque la fixation du processus traditionnel de fabrication de l'instrument et sa publication – donc sa présence dans l'état de la technique – auraient pu être utilisées comme stratégie de défense.

189. La Fédération de Russie a notamment délivré des brevets à des entreprises industrielles nationales pour un fini "Porcelain glaze" (brevet n° 2148570) déposé par l'association "Gzhel" et un procédé intitulé "Method for artistic-decorative articles made of wood (variants)" (brevet n° 2156783) déposé par l'association "Khokhloma Painting").

Concurrence déloyale (y compris la substitution)

190. Comme on l'a déjà vu, les dispositions relatives à la concurrence déloyale pourraient répondre à un grand nombre de préoccupations des communautés autochtones et traditionnelles. Cette possibilité a d'abord été évoquée par le GRULAC dans le document WO/GA/26/9, et la délégation de la Norvège suggéré que soit envisagée :

"la possibilité de protéger les savoirs traditionnels à l'aide d'un mécanisme conçu sur le modèle de l'article 10*bis*, le but étant de parvenir à une norme générale internationale qui obligerait les États à protéger les savoirs traditionnels contre la concurrence déloyale. Cette norme pourrait s'assortir d'un ensemble de principes directeurs définis d'un commun accord et servant à orienter son application. Ce mécanisme aurait notamment pour caractéristiques que la protection des savoirs traditionnels serait obtenue sans examen ou enregistrement et que l'appréciation de la contrefaçon par les

¹³⁷ Voir "A Nation's Steel Soul", New York Times, 7 juillet 2002, à l'adresse : <http://www.nytimes.com/2002/07/07/weekinreview/07BARA.html>.

tribunaux se ferait selon des normes souples, fondées sur des notions telles que la loyauté et l'équité. La délégation a indiqué que ces principes directeurs aideraient grandement les tribunaux nationaux dans l'application d'une telle norme."¹³⁸

191. L'article 10*bis* de la Convention de Paris dispose que tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale constitue un acte de concurrence déloyale et interdit notamment :

- a) les actes de nature à créer une confusion avec les produits, les services ou les activités industrielles ou commerciales d'un concurrent;
- b) les allégations fausses de nature à discréditer les produits, les services ou les activités industrielles ou commerciales d'un concurrent;
- c) les indications ou allégations susceptibles d'induire le public en erreur, notamment sur le mode de fabrication d'un produit ou la qualité, la quantité ou toute autre caractéristique d'un produit ou service.

192. Certains autres actes, en plus de ces "cas particuliers", sont considérés comme étant potentiellement constitutifs de concurrence déloyale. Il s'agit notamment de la violation du secret d'affaires et du parasitisme, c'est-à-dire le fait de tirer un profit illégitime du fruit des efforts d'autrui. L'article 10*bis* de la Convention de Paris est incorporé par renvoi dans l'Accord sur les ADPIC¹³⁹.

193. Tout en constituant un complément de la législation sur la propriété industrielle, le droit de la concurrence déloyale offre un type de protection que cette dernière n'est pas en mesure d'assurer. Pour remplir cette fonction, il doit donc être souple et libre de formalités telles que la procédure d'enregistrement. Le droit de la concurrence déloyale doit en particulier pouvoir suivre les comportements du marché et s'adapter à leurs changements, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il puisse être imprévisible.

194. L'exemple d'une récente affaire australienne, en fournit une bonne illustration. En avril 2003, la Cour fédérale de Brisbane a prononcé, à la demande de l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), des ordonnances interdisant jusqu'au procès à la société Australian Icon Products Pty Ltd toute utilisation de l'expression "art aborigène" ou du terme "authentique" pour sa gamme d'objets d'inspiration autochtone peints ou taillés à la main, et ce, à moins d'avoir des raisons de penser que ces derniers ont été faits par des personnes d'origine aborigène. Ces ordonnances provisoires par consentement obligeaient également Australian Icon à faire parvenir une lettre rectificative à sa clientèle et à la publier sur son site Web. Selon ses dires, la société Australian Icon, qui est le plus gros fabricant de souvenirs de style aborigène d'Australie, fournit localement plus de 1700 commerces et exporte dans 38 pays. La poursuite de l'ACCC a pour origine le fait que cette société utilise sur certains de ses objets d'inspiration aborigène peints à la main les mentions "authentique", "certifié authentique" et "art aborigène d'Australie" et que ces affirmations sont trompeuses parce que la majorité des artistes qui produisent les objets en question pour Australian Icon ne sont ni aborigènes ni d'origine aborigène. L'ACCC estime par ailleurs que l'énoncé figurant sur le site Web de la société Australian Icon selon lequel ces objets sont

¹³⁸ Document WIPO/GRTKF/IC/3/17, paragraphe 227.

¹³⁹ Article 2.1) de l'Accord sur les ADPIC.

peints par un groupe d'artistes "Australiens, d'origine aborigène ou aborigènes" est également trompeur. Les allégations de l'ACCC ne concernent pas les produits finis que la société Australian Icon achète tels quels à des artistes autochtones. L'ACCC réclame notamment :

- a) une déclaration constatant que la conduite de la société Australian Icon est de nature trompeuse et fallacieuse;
- b) une injonction permanente imposant à la société Australian Icon de s'abstenir à l'avenir de tout acte analogue;
- c) l'obligation pour Australian Icon de faire parvenir à ses détaillants et d'afficher sur son site Web de nouveaux rectificatifs;
- d) l'imposition à la société Australian Icon d'une peine d'intérêt général l'obligeant à fournir à ses détaillants des avis leur recommandant de lire attentivement les étiquettes et de ne pas supposer qu'un produit d'inspiration aborigène a été conçu ou fabriqué par des aborigènes s'il n'est pas clairement étiqueté dans ce sens;
- e) la mise en œuvre d'un programme destiné à assurer la conformité des usages commerciaux¹⁴⁰.

Renseignements non divulgués (droit des secrets d'affaires)

195. L'Accord sur les ADPIC dispose, en son article 39, qu'en assurant une protection contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris, les membres de l'Organisation Mondiale du Commerce doivent protéger les "renseignements non divulgués" tels que définis dans ce même article contre toute acquisition, divulgation ou utilisation contraire aux usages commerciaux honnêtes.

196. En Australie, dans l'affaire *Foster c Mountford (1976) 29 FLR 233* le tribunal a utilisé la doctrine de la common law sur les informations confidentielles pour empêcher la publication d'un livre contenant des informations sensibles du point de vue culturel. L'affaire concernait un anthropologiste, M. Mountford, qui avait entrepris une expédition dans l'intérieur des terres du Territoire du nord en 1940. Les aborigènes locaux lui avaient montré des sites et des objets tribaux qui avaient pour eux une profonde signification religieuse et culturelle. Le défendeur avait pris note de ces renseignements et en avait publié certains dans un livre en 1976. Les plaignants ont demandé et obtenu une ordonnance de référé empêchant la publication du livre pour abus de confiance (ils n'ont pas pu intenter une action en violation du droit d'auteur parce que l'œuvre en question – c'est-à-dire le livre – n'avait pas été écrit par eux et qu'ils n'avaient pas acquis de droits sur lui). Le tribunal a fait valoir que la publication du livre pouvait révéler des informations ayant une profonde signification religieuse et culturelle pour les aborigènes qui les avaient fournis au défendeur à titre confidentiel et que la divulgation de ces renseignements équivalait à un abus de confiance.

¹⁴⁰ Voir <http://www.accc.gov.au/> (7 avril 2003).

VII. LES DISPOSITIONS TYPES DE LÉGISLATION NATIONALE DE 1982

197. Ayant publié, en 2001, un questionnaire sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la mise en œuvre des dispositions types, l'OMPI a constaté que ces dernières avaient été utilisées à un degré ou à un autre par de nombreux pays dans l'élaboration de leur législation. Ont par exemple répondu à ce questionnaire le Burkina Faso, le Ghana, le Kenya, le Mozambique, le Mexique, la Namibie, la République-Unie de Tanzanie, le Sénégal, le Sri Lanka, le Togo et le Viet Nam.

198. Il semblerait toutefois qu'il n'existe que peu de pays dont on puisse dire qu'ils exploitent activement ces dispositions et les mettent effectivement en pratique. L'expérience concrète de leur application est apparemment assez limitée.

199. Il est malheureusement impossible d'attribuer une seule cause à cette situation, les États ayant mentionné différentes difficultés juridiques, théoriques, infrastructurelles et autres obstacles opérationnels rencontrés dans la conception et l'application au niveau national de dispositions législatives praticables et efficaces. Les besoins à cet égard sont variés et il n'existe pas de solution ou de stratégie unique pouvant être adoptée.

200. Ces conclusions laissent clairement entendre qu'il faut, en premier lieu, renforcer et mettre effectivement en pratique, au niveau national, les systèmes et mesures existants de protection des expressions culturelles traditionnelles – par exemple les dispositions types – en tenant compte des différents besoins juridiques, théoriques, infrastructurels et autres obstacles opérationnels auxquels les pays sont confrontés. Il faudrait une assistance technico-juridique globale intégrée, exploitant, le cas échéant, la totalité du système de propriété intellectuelle et des autres mesures existantes et prenant en considération les obligations internationales de chaque État en matière de propriété intellectuelle. Le succès de cette assistance dépendra de la participation entière et résolue des gouvernements nationaux. La nécessité d'adopter des stratégies interministérielles est évidente étant donné la diversité des ministères, départements, organismes, offices et bureaux chargés de la protection des expressions culturelles traditionnelles. Les populations et communautés intéressées et les autres parties prenantes, telles que la profession juridique dans chaque pays, doivent aussi, au besoin, être consultées et participer à l'action entreprise. Voir plus loin la partie X intitulée "Acquisition, gestion et application des droits".

201. Le comité a approuvé une proposition aux termes de laquelle le Secrétariat de l'OMPI pourra fournir aux États, à leurs populations et communautés et, si nécessaire, aux organisations régionales, sur demande et dans le cadre d'un projet défini, une assistance technico-juridique accrue en matière de propriété intellectuelle dans le but de renforcer et de mettre effectivement en pratique, au niveau national, les systèmes et mesures déjà en place pour la protection des expressions culturelles traditionnelles. On trouvera dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/4 un bref rapport au comité concernant cette coopération. Ces conclusions ont également été appuyées, ainsi que le concept d'une coopération technico-juridique accrue, par les Philippines dans leurs commentaires sur la précédente version du présent document.

202. Deuxièmement, les réponses au questionnaire et les activités antérieures de l'OMPI ont permis de relever plusieurs suggestions concernant la mise à jour et la modification des dispositions types ou, selon la formulation de certains, l'élaboration de nouvelles dispositions types, lignes directrices ou recommandations non contraignantes en cette matière¹⁴¹.

203. Certains ont fait valoir que de telles dispositions types, lignes directrices ou recommandations pouvaient être d'une grande utilité pour les offices nationaux et les organismes chargés de mettre en place des mécanismes de protection efficaces et de veiller à la cohérence de systèmes nationaux et régionaux en développement, qui évolueraient autrement de façon désordonnée.

204. L'opinion émise, dans les grandes lignes, était qu'il serait utile de mettre au point de nouvelles dispositions types, lignes directrices ou recommandations de législation nationale qui prendraient en compte les changements juridiques, politiques et technologiques intervenus depuis la fin des années 1970 et le début des années 1980, c'est-à-dire depuis l'époque à laquelle ont été élaborées les dispositions types actuelles. Sont notamment au nombre de ces changements une plus grande prise de conscience des droits et des besoins des peuples autochtones et traditionnels, une meilleure compréhension du lien qui unit la préservation du patrimoine culturel, la promotion de la diversité culturelle et le droit de la propriété intellectuelle, l'apparition de nouveaux instruments tournés vers la protection du patrimoine culturel et de la diversité culturelle, des transformations dans le domaine de la propriété intellectuelle, amenées notamment par l'Accord sur les ADPIC en 1994 et le WPPT en 1996, et enfin l'avènement, depuis le début des années 1980, de technologies et de formes d'exploitation commerciale nouvelles.

205. L'accent a été mis sur certaines des insuffisances plus spécifiques, tant de fond que théoriques, que présentent les dispositions types. On a déjà vu, en effet, dans le présent document ainsi que dans le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, que ces dernières offrent en quelque sorte une protection générale à toutes les formes d'expression de la culture traditionnelle appartenant au domaine public, en prévoyant toutefois une large exception en faveur des emprunts. Il semble donc que l'on doive en conclure à une absence de protection contre les œuvres dérivées fondées sur des expressions culturelles traditionnelles du domaine public. Par ailleurs, les dispositions types ne prévoient aucune protection défensive pour des expressions culturelles traditionnelles particulières que les communautés culturelles

¹⁴¹ Voir les déclarations des États au Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (OMPI/GRTKF/IC/1/13, OMPI/GRTKF/IC/2/16) et les réponses au Questionnaire sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore (par exemple : Burundi, Côte d'Ivoire, Colombie, Équateur, Iran (République Islamique d'), Jamaïque, Kirghizistan, Malaisie, Mexique, Namibie, Nouvelle Zélande, Pakistan, Panama, Philippines, Pologne, Roumanie, Sri Lanka, Tchad, Togo, Tunisie, Venezuela, Viet Nam et le groupe des pays africains). Voir également la consultation régionale OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore pour les pays de l'Asie et du Pacifique, Hanoi, 21 au 23 avril 1999 (OMPI-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1); la consultation régionale OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore pour les pays africains, Pretoria, 23 au 25 mars 1999 (OMPI-UNESCO/FOLK/AFR/99/1). Voir l'exemple de la mission d'enquête de l'OMPI en Afrique de l'Ouest dans OMPI, Besoins et attentes des dépositaires de savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle : rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels (1998-1999), (OMPI, 2001), p. 151.

concernées ont jugées dignes d'être protégées au moyen d'un enregistrement. De nouvelles dispositions types pourraient par conséquent être élaborées sous forme de lignes directrices ou de recommandations afin d'apporter des solutions entre autres à ces questions.

VIII. PROTECTION RÉGIONALE ET INTERNATIONALE

206. Un certain nombre de mécanismes et de cadres juridiques régionaux et internationaux existants se prêtent à la protection des expressions culturelles traditionnelles, et notamment les suivants :

a) l'article 15.4) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1971 (Convention de Berne) permet à une autorité désignée d'un État signataire de la Convention de protéger et de faire appliquer dans tous les autres États signataires de cette Convention les droits attachés à des œuvres non publiées et anonymes dont les auteurs sont présumés être ressortissants de l'État concerné. Comme indiqué précédemment dans le présent document, cet article a été expressément adopté pour qu'il s'applique à la protection internationale des expressions du folklore. En d'autres termes, pour tirer de cette disposition un exemple pratique : l'Inde, le seul pays qui ait officiellement procédé à la désignation mentionnée dans l'article, peut nommer une autorité pour protéger et faire appliquer dans tout autre pays ayant adhéré à la Convention de Berne les droits attachés aux expressions du folklore dont les auteurs sont présumés être des ressortissants indiens. En fait, un système international de protection semble exister, du moins en théorie, pour les expressions du folklore qui sont des "œuvres". Il ne semble pas, toutefois, que ce mécanisme ait jamais été utilisé, dont l'application se heurte d'ailleurs à certaines limites d'ordre pratique. La relation avec l'article 7 de la Convention sur la durée de la protection pourrait exiger une analyse plus approfondie, notamment les articles 7.3) et 7.8). Par exemple, dans la disposition sur la comparaison des périodes de protection dans la Convention de Berne¹⁴², la durée de la protection applicable dans le pays où la protection est demandée est la plus brève des durées applicables dans ce pays ou dans le pays d'origine de l'œuvre. En conséquence, à moins que le pays où la protection est recherchée protège les expressions du folklore indéfiniment, la période de protection accordée à l'œuvre est peut-être arrivée à expiration dans ce pays. Il pourrait y avoir d'autres limites du même genre dans l'application de l'article 15.4). Cette protection, puisqu'elle s'applique à des œuvres anonymes et fonctionne au bénéfice des États, ne peut intéresser les peuples autochtones et les communautés locales qui souhaitent exercer directement leurs droits. Toutefois, il semblerait que le fonctionnement pratique de l'article, ainsi que ses avantages et inconvénients, méritent d'être étudiés plus à fond, ne fût-ce que parce qu'il s'agit d'une mesure existante comprise dans une convention à laquelle de nombreux États ont adhéré;

b) pour les pays qui assurent une protection aux expressions du folklore en tant qu'œuvres bénéficiant du droit d'auteur, la Convention de Berne prévoit que tous les États ayant ratifié la Convention doivent protéger les œuvres étrangères selon le principe du traitement national. Cela signifie en fait que les pays qui protègent le folklore comme œuvres bénéficiant du droit d'auteur et qui sont signataires de la Convention de Berne jouissent d'une protection pour leurs expressions du folklore dans tous les autres pays et réciproquement. Toutefois, la comparaison des périodes de protection et autres dispositions peut là encore limiter l'importance pratique de cette observation;

¹⁴² Article 7.8) de la Convention de Berne

c) en vertu des traités sur la propriété intellectuelle de certaines organisations régionales, les expressions du folklore sont protégées sur le territoire des États signataires de ces accords selon le principe du traitement national. Par exemple :

i) au chapitre I de l'annexe VII de l'Accord de Bangui une protection spéciale est assurée aux expressions du folklore ou aux œuvres s'inspirant de celles-ci. La forme de protection accordée est fondée sur le modèle du *domaine public payant*¹⁴³. Au chapitre II concernant la protection et la promotion du patrimoine culturel l'Accord porte sur la protection des expressions du folklore. Il prévoit aussi le principe du traitement national. En conséquence, les 15 pays membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) qui ont ratifié l'Accord sont tenus de protéger réciproquement leurs expressions du folklore conformément à ce principe. Certains des États sont des États voisins. L'on ignore toutefois si ces dispositions ont jamais été appliquées dans la pratique;

ii) la Décision 351 sur le droit d'auteur et les droits voisins de la Communauté andine fournit une protection, entre autres à l'artisanat, conformément à la notion de traitement national. En d'autres termes, les cinq États assujettis à la Décision sont obligés de protéger l'artisanat des uns et des autres d'une façon qui soit au moins aussi favorable que celle accordée à leurs propres ressortissants. L'on ignore si cette possibilité a déjà été effectivement exploitée;

d) certaines lois nationales, telles que celles du Panama, prévoient une certaine forme de traitement national, mais comme la loi est récente elle n'a peut-être pas été mise à l'essai dans la pratique.

207. L'on notera que rares sont les États, si tant est qu'il y en ait, qui, dans leurs réponses au questionnaire sur la protection internationale des expressions du folklore, ont mentionné l'article 15.4 de la Convention de Berne, l'Accord de Bangui ou encore la Décision 351 des pays andins (dans la mesure où ces dispositions sont applicables). Ces mesures déjà en place semblent être peu utilisées ou peu connues.

208. Bien que la majorité des membres ayant répondu au questionnaire de l'OMPI sur le folklore de 2001 aient exprimé le souhait de disposer d'un mécanisme de protection internationale des expressions culturelles traditionnelles, un certain nombre de pays ne semblent pas encore prêts à se lancer dans l'élaboration d'un tel accord. Il est vrai que plusieurs questions juridiques et théoriques restent à régler, et que la diversité des stratégies possibles au niveau national vient encore compliquer les tentatives faites pour parvenir à un large accord international. La troisième session du comité n'a pas approuvé la proposition du Secrétariat de procéder à un examen plus approfondi de cette question.

209. La plupart des législations nationales prévoient un mécanisme de protection des œuvres étrangères, et les États ont la possibilité, lors de l'élaboration de leur législation nationale en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles, de prévoir la protection des expressions étrangères sur la base du traitement national ou de la réciprocité. Ainsi, des

¹⁴³ Voir article 59.

réseaux de législations nationales prévoyant chacune la protection réciproque des expressions étrangères du folklore peuvent finalement permettre de créer des systèmes sous-régionaux, régionaux et même interrégionaux de protection.

IX. COLLECTIONS, BASES DE DONNÉES ET REGISTRES RELATIFS AU PATRIMOINE CULTUREL

Introduction

210. La présente partie examine plusieurs questions qui se posent lorsque i) le patrimoine culturel et les expressions de la culture traditionnelle tombent initialement entre les mains de folkloristes, d'ethnographes, d'ethnomusicologues, d'anthropologues culturels et autres travailleurs sur le terrain et ii) lorsque les expressions de la culture traditionnelle sont fixées, enregistrées, affichées et mises à la disposition du public (musées, catalogues, registres, bibliothèques, archives et autres services analogues).

211. Les activités des collectionneurs, des personnes travaillant sur le terrain, des musées et des archives etc. sont importantes pour la préservation, la conservation, la perpétuation et la transmission aux générations futures de formes intangibles et tangibles du patrimoine culturel. Les musées jouent également un rôle précieux sur le plan éducatif.

212. Toutefois, le fait que les éléments du patrimoine culturel et des expressions de la culture traditionnelle soient du "domaine public" et ne fassent pas l'objet d'une protection au titre de la propriété intellectuelle va à l'encontre des efforts visant à protéger les intérêts des communautés autochtones et locales. Cela est d'autant plus vrai, eu égard à la tendance actuelle qu'ont les musées de numériser leurs collections de patrimoine culturel et de les mettre à la disposition du public à des fins tant de muséologie ou de conservation que commerciales.

213. Certaines préoccupations ont été exprimées par les peuples autochtones et les communautés traditionnelles au sujet de la collecte, de l'enregistrement et de la mise à la disposition du public de leur patrimoine culturel intangible, notamment en ce qui concerne les obligations coutumières indigènes. Ces préoccupations doivent elles aussi être examinées.

214. La présente section examine les sujets suivants :

a) la possibilité d'élaborer des *protocoles, codes de conduite et lignes directrices* en matière de propriété intellectuelle à l'usage des personnes travaillant sur le terrain, ainsi que des musées et autres institutions analogues;

b) la possibilité d'élaborer une *liste récapitulative* et des *clauses contractuelles* types de propriété intellectuelle à employer aux fins de la rédaction des contrats de dépôt, d'accès, de diffusion et de licence utilisés par les ethnomusiciens et autres personnes travaillant sur le terrain, les services d'archives, les musées, les bibliothèques et autres institutions;

c) en ce qui concerne plus particulièrement la protection des éléments numérisés du patrimoine culturel, l'élaboration de *règles d'utilisation* et de *mentions de réserve du droit d'auteur* types destinées à être utilisées pour les sites Web, les CD-ROM, les bases de données spécialisées et d'autres produits électroniques multimédias.

215. Ces sujets sont tirés de suggestions formulées à l'occasion d'activités antérieures de l'OMPI et d'autres activités (telles que les missions d'enquête de l'OMPI et la Conférence sur le patrimoine folklorique en crise, organisée par la Société américaine du folklore et le Centre américain des traditions populaires de la Bibliothèque du Congrès et tenue en décembre 2000)¹⁴⁴.

216. La présente partie examine aussi la question de savoir s'il est opportun ou non, pour les communautés culturelles, de procéder à l'enregistrement et à la fixation d'expressions culturelles traditionnelles relevant du domaine public pour atteindre l'un des résultats suivants :

i) acquérir des droits de propriété intellectuelle sur ces expressions (protection positive);

ii) empêcher des tiers d'acquérir des droits de propriété intellectuelle sur ces expressions (protection défensive).

217. Parmi les questions pertinentes qui nécessiteront éventuellement une étude plus approfondie, on peut citer : a) la pertinence des registres, inventaires et listes établis en vertu de la législation et des programmes sur le patrimoine culturel, b) l'utilité et la faisabilité d'un système d'enregistrement aux fins de la protection positive ou défensive des expressions culturelles traditionnelles, c) la pertinence, à cet égard, d'une protection *sui generis* des bases de données, d) le rôle des outils numériques de gestion des droits, tant en ce qui concerne les règles d'utilisation que la sécurité du contenu et e) l'effet que peuvent avoir, le cas échéant, la fixation et l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles sur le degré de considération dont bénéficient les obligations indigènes et coutumières pertinentes.

218. Ainsi que le mentionne brièvement le document WIPO/GRTKF/IC/4/3, la Communauté européenne et ses États membres et l'OAPI se sont prononcés en faveur de travaux sur ces sujets dans leurs commentaires sur ce même document, tout comme la Suisse au cours de la quatrième session du comité. Sous réserve de considérations d'ordre budgétaire, ces questions connexes pourraient faire l'objet d'un examen collectif dans le cadre d'un ou de plusieurs ateliers de techniciens et d'experts auxquels participeraient des organisations intergouvernementales et non gouvernementales, institutions culturelles et registres concernés tels que celles et ceux qui sont mentionnés plus loin ainsi que dans des documents antérieurs. Ces ateliers pourraient faire évoluer certaines des questions évoquées ci-dessus, et leurs résultats seraient intégrés dans le Guide pratique de l'OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels connexes.

¹⁴⁴ Voir OMPI, *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle – Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, 2001. Ce besoin a été explicitement mentionné, par exemple, durant les missions en Asie du Sud et dans les pays arabes (voir les pages 111 et 168). Voir aussi le débat de conclusion et les recommandations de la Conférence sur le patrimoine folklorique en crise, tenue les 1^{er} et 2 décembre 2000.

Musées et institutions du patrimoine culturel

219. Les réponses au questionnaire de l'OMPI de 2001 sur le folklore¹⁴⁵, les résultats d'autres activités de l'OMPI et le rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête regorgent d'exemples de musées et autres institutions du patrimoine culturel. Quelques exemples relatifs à différentes régions sont donnés ci-après :

i) le Musée canadien des civilisations est une société de la Couronne qui fait office de musée national de l'homme au Canada. La division des études culturelles du musée collecte l'art folklorique tangible aussi bien que des enregistrements de chants, de langues, de contes oraux et de narrations personnelles. Se conformant aux souhaits exprimés par les membres de certains groupes autochtones au regard de l'accès à leurs expressions du folklore, la division ethnologique du musée réserve l'accès à certaines collections d'art sacré autochtone aux membres de groupes ayant une parenté culturelle avec les groupes concernés, mais refuse l'accès au grand public;

ii) le centre omanais de musique traditionnelle, Mascate, Oman, a été créé en 1983 pour fixer, conserver et promouvoir la musique omanaise traditionnelle. Depuis sa fondation, le centre a établi des documents pour plus de 80% des traditions musicales du Sultanat, y compris plus de 23 000 photos, 580 enregistrements audiovisuels et un très grand nombre d'enregistrements sonores. Le centre a également établi des bases de données numériques de ces fixations. En matière de fixation, il procède en deux phases : au cours de la première, le centre dresse la carte des traditions toujours vivantes en interrogeant des musiciens traditionnels; dans la seconde phase, les musiques et danses traditionnelles sont fixées sur des supports sonores, audiovisuels, photographiques ou sur une combinaison de ces supports. Le centre pratique une approche globale de la fixation des traditions musicales en ne se contentant pas d'enregistrer une œuvre musicale particulière, mais également les danses, coutumes et réunions sociales qui y sont associées, les méthodes de guérison, de plantation, d'agriculture, de pêche, les traditions artisanales, etc. Cette approche globale de la fixation est nécessaire parce que "à Oman, la musique traditionnelle est une partie intégrante des modes de vie traditionnels" qui comprennent la guérison, la pêche, la plantation et d'autres techniques de travail¹⁴⁶. Au cours de son activité de fixation, le centre a répertorié plus de 130 types de musiques traditionnelles à Oman qui peuvent, cependant, être classés comme les expressions de quatre grandes traditions de la chanson omanaise : chansons célébrant la mer et la pêche, chansons de fêtes, musique traditionnelle bédouine, musique traditionnelle de la montagne;

¹⁴⁵ Par exemple les réponses d'Antigua-et-Barbuda, de la Barbade, du Burkina Faso, des États-Unis d'Amérique, de la Gambie, du Ghana, du Honduras, de la République islamique d'Iran, de la Namibie, du Panama et du Sénégal.

¹⁴⁶ Réunion avec des responsables du Centre omanais de musique traditionnelle, Mascate, du 27 février 1999. Voir OMPI, Besoins et attentes des dépositaires de savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle : rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels (1998-1999), (OMPI, 2001).

iii) en Chine, la littérature et les arts populaires du pays sont répertoriés dans les dix collections de la littérature et des arts populaires chinois (appelées la “grande muraille de la civilisation”). Ces dix collections comprennent quelque 300 volumes de recueils de chants, proverbes, opéras, musiques instrumentales, ballades, danses et contes chinois¹⁴⁷;

iv) les archives de la culture populaire qui se trouvent au centre de la vie populaire américaine, bibliothèque du Congrès, États-Unis d’Amérique, ont été créées en 1928 et comprennent aujourd’hui une collection ethnographique sous différentes formes, à savoir plus de deux millions de photos, de manuscrits, d’enregistrements sonores et visuels. L’autre grand répertoire national de matériels ethnographiques est le centre des traditions populaires et du patrimoine culturel à la Smithsonian Institution. Les archives de ce centre, créé en 1967, renferment plus de 1,5 million de photos, manuscrits, enregistrements sonores et visuels¹⁴⁸;

v) au Ghana, le centre international de musique et danse africaines (International Center for African Music and Dance, ICAMD), qui se trouve à l’université du Ghana à Legon, a pour mission de promouvoir la connaissance et la créativité de la musique et de la danse africaines au niveau international. L’une de ses principales missions consiste à fonctionner comme centre de conservation, de documentation et d’étude pour la musique et la danse africaines. Son premier objectif à cet égard est de créer une bibliothèque unique de textes oraux (interviews, textes de chansons, contes, etc.), de manuscrits non publiés et de documents sur des événements musicaux (tels que festivals, rituels et cérémonies), ainsi que l’acquisition de manuscrits, livres et enregistrements audiovisuels de musique, danse, pièces de théâtre africaines et d’œuvres générales dans le domaine de l’ethnomusicologie et de la pédagogie musicale. Les œuvres fixées comprennent des matériels anthropologiques et historiques sur les sociétés et cultures africaines, des dictionnaires et encyclopédies de musique, des dictionnaires de langues ainsi qu’une vaste collection d’enregistrements audiovisuels de musique, de danse et de littérature orale africaines¹⁴⁹;

vi) au Guatemala, des efforts ont été déployés en vue de fixer sur des supports certaines expressions de la culture traditionnelle et du folklore. Un registre des biens archéologiques, historiques et artistiques existe depuis 1954 et son importance n’a cessé de croître ces derniers temps. Le registre a pour mission d’enregistrer, et donc de conserver, les données sur l’origine historique, la signification et les caractéristiques des expressions culturelles. Le registre répertorie non seulement les œuvres, monuments et autres objets tangibles du patrimoine culturel national (y compris tous les objets préhispaniques et mayas),

¹⁴⁷ Colloque internationale sur la protection et la législation en matière de culture populaire/traditionnelle (Beijing, 18-20 décembre 2001).

¹⁴⁸ Réponse des États-Unis d’Amérique. Voir également Bulger, P., “Preserving American Folk Culture at the Library of Congress”, document présenté au Colloque internationale sur la protection et la législation en matière de culture populaire/traditionnel (Beijing, 18-20 décembre 2001).

¹⁴⁹ Bulletin de l’ICAMD de septembre 1998 et réunion avec le professeur J.H. Kwabena Nketia, Directeur de l’ICAMD, le 25 janvier 1999. Voir OMPI, *Besoins et attentes des dépositaires de savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle : rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels* (1998-1999), (OMPI, 2001). Sur la question de la fixation des expressions du folklore en Afrique, voir également Mould-Idrussu, B., “L’expérience de l’Afrique”, Forum mondial OMPI-UNESCO, Phuket, 1997, p. 17 ss.

mais également les expressions intangibles de la culture nationale telles que *fiestas* traditionnelles, traditions orales et légendes. Au Guatemala, ces dernières sont répertoriées et fixées, en particulier par le *Centro de Estudios Folclóricos* de l'université de San Carlos¹⁵⁰;

vii) le Centre de musique arabe et méditerranéenne "Ennejma Ezzahra", de Sidi Bou Saïd, Tunisie, a été créé en 1991 avec les objectifs suivants : fixation et conservation des expressions de la musique arabe et méditerranéenne traditionnelle; création d'une base de données comprenant une gamme étendue, pratiquement exhaustive d'enregistrements de musique traditionnelle tunisienne; publication de cette musique et mise à disposition du public; publication d'études et recherches sur la musique tunisienne, arabe et méditerranéenne traditionnelle; organisation de concerts. Le centre a constitué une impressionnante collection de documents grâce à une approche systématique. Ces documents sont classés et accessibles au public. Le centre abrite également dans ses locaux un centre de recherche ouvert aux étudiants et aux chercheurs dans le domaine de la musicologie¹⁵¹;

viii) au Laos, *La Banque de Données Ethnographiques du Laos* contient 6000 photos numérisées de costumes, instruments de musique, objets d'artisanat et textiles traditionnels.

Instruments et programmes internationaux pertinents

UNESCO

220. L'UNESCO a pris plusieurs initiatives aux niveaux international, régional et national en matière de recensement, de conservation, de préservation et de diffusion du "patrimoine culturel intangible" ou de la "culture traditionnelle et du folklore".

221. Un certain nombre d'instruments, de recommandations et de programmes ont été adoptés et établis par l'UNESCO au fil des ans :

i) la Déclaration de principes de la coopération culturelle internationale de 1966¹⁵² stipule à l'article premier : "1. Chaque culture a une dignité et une valeur qui doivent être respectées et préservées. 2. Chaque peuple a le droit et le devoir de développer sa culture. 3. Dans leur variété féconde, leur diversité et l'influence réciproque qu'elles exercent les unes sur les autres, toutes les cultures font partie du patrimoine commun de l'humanité";

¹⁵⁰ Réunion avec des représentants du Ministère de la culture, Guatemala, 18 janvier 1999. Voir OMPI, *Besoins et attentes des dépositaires de savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle : rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

¹⁵¹ Voir également l'intervention de la Tunisie à la première session du comité intergouvernemental (paragraphe 36 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13) et OMPI, *Besoins et attentes des dépositaires de savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle : rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

¹⁵² http://www.unesco.org/culture/laws/cooperation/html_eng/page1.shtml

ii) la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels de 1970 vise à protéger les "biens culturels"¹⁵³ contre le vol, l'exportation illicite et l'aliénation abusive. Les États parties à la convention sont tenus de restituer aux autres États contractants à la convention les biens culturels volés dans un musée ou une institution similaire et qui sont inventoriés, de prendre des mesures afin de contrôler l'acquisition par des personnes et des institutions situées sur leur territoire d'objets culturels exportés illicitement, et de coopérer avec les autres États qui sont confrontés à de graves difficultés pour protéger leur patrimoine en appliquant des contrôles à l'importation en fonction des contrôles à l'exportation effectués par les autres États contractants et de prendre des mesures en vue d'éduquer le public. Pour promouvoir la convention, l'UNESCO a demandé à l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) de rédiger un nouveau traité en complément de la convention de l'UNESCO de 1970 en instituant un minimum de normes juridiques uniformes. Ses travaux ont abouti à la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, 1995¹⁵⁴. Le code international de déontologie de l'UNESCO pour les négociants en biens culturels est un code volontaire qui a pour objectif d'harmoniser les pratiques dans le domaine du négoce des objets d'art en conformité des principes de son instrument normatif international conçu pour empêcher le trafic illicite de biens culturels;

¹⁵³ Sont considérés comme "biens culturels" selon l'article premier de la convention "...les biens qui, à titre religieux ou profane, sont désignés par chaque État comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science, et qui appartiennent aux catégories ci-après :

- a. collections et spécimens rares de zoologie, de botanique, de minéralogie et d'anatomie; objets présentant un intérêt paléontologique;
- b. les biens concernant l'histoire, y compris l'histoire des sciences et des techniques, l'histoire militaire et sociale ainsi que la vie des dirigeants, penseurs, savants et artistes nationaux, et les événements d'importance nationale;
- c. le produit des fouilles archéologiques (régulières et clandestines) et des découvertes archéologiques;
- d. les éléments provenant du démembrement de monuments artistiques ou historiques et des sites archéologiques;
- e. objets d'antiquité ayant plus de cent ans d'âge, tels qu'inscriptions, monnaies et sceaux gravés;
- f. le matériel ethnologique;
- g. les biens d'intérêt artistiques, tels que :
 - i) tableaux, peintures et dessins faits entièrement à la main sur tout support et en toutes matières (à l'exclusion des dessins industriels et des articles manufacturés à la main);
 - ii) productions originales de l'art statuaire et de la sculpture, en toute matières;
 - iii) gravures, estampes et lithographies originales;
 - iv) assemblages et montages artistiques originaux, en toutes matières;
- h. manuscrits rares et incunables, livres, documents et publications anciens d'intérêt spécial (historique, artistique, scientifique, littéraire, etc.) isolés ou en collections;
- i. timbres-poste, timbres fiscaux et analogues, isolés ou en collections;
- j. archives, y compris les archives phonographiques, photographiques et cinématographiques;
- k. objets d'ameublement ayant plus de cent ans d'âge et instruments de musique anciens.

¹⁵⁴ <http://www.unesco.org/culture/legalprotection/>.

iii) la Convention de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel ("la convention sur le patrimoine mondial") a été adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO en 1972. La convention définit le type de sites naturels¹⁵⁵ ou culturels¹⁵⁶ susceptibles d'être pris en considération pour figurer sur la liste du patrimoine mondial et définit les obligations des États contractants en matière d'identification des sites et de protection et de préservations desdits sites. En signant la convention, chaque pays s'engage à conserver non seulement les sites du patrimoine mondial se trouvant sur son territoire, mais également à protéger son patrimoine national. La convention précise ensuite les modalités d'utilisation et de gestion du Fonds du patrimoine mondial et dans quelles conditions une assistance financière internationale peut être accordée;

iv) l'activité de l'UNESCO dans le domaine de la protection du folklore a abouti en 1989 à la Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire. Cette recommandation encourage la coopération internationale et suggère des mesures à prendre pour recenser, conserver, préserver, diffuser et protéger la culture traditionnelle et le folklore. Une conférence internationale a été organisée en vue d'évaluer les résultats de la mise en œuvre et de l'application de la recommandation¹⁵⁷;

v) un programme intitulé les trésors humains vivants a été lancé en 1996 aux fins d'encourager la transmission de savoir-faire et de techniques traditionnels par des artistes et artisans avant qu'ils ne disparaissent par manque d'utilisation ou de reconnaissance. Aux termes du guide, sont considérés comme 'trésors humains vivants' les "personnes qui incarnent au plus haut point les compétences et techniques nécessaires à la mise en œuvre de certains aspects de la vie culturelle d'un peuple et à la pérennité de son patrimoine culturel matériel";

¹⁵⁵ En son article 2, la convention définit le "patrimoine naturel" comme suit : "... *les monuments naturels* constitués par des formations physiques et biologiques ou par des groupes de telles formations qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue esthétique ou scientifique; *les formations géologiques et physiographiques* et les zones strictement délimitées constituant l'habitat d'espèces animales et végétales menacées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation; *les sites naturels* ou les zones naturelles strictement délimitées, qui ont une valeur universelle du point de vue de la science, de la conservation ou de la beauté naturelle."

¹⁵⁶ Aux termes de l'article premier de la convention, on entend par "biens culturels" "les monuments : œuvres architecturales, de sculpture ou de peinture monumentales, éléments ou structures de caractère archéologiques, inscriptions, grottes et groupes d'éléments, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science; les ensembles : groupes de constructions isolées ou réunies, qui, en raison de leur architecture, de leur unité, ou de leur intégration dans le paysage, ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science; les sites : œuvres de l'homme ou œuvres conjuguées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones y compris les sites archéologiques qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou anthropologique." <http://www.unesco.org/whc/nwhc/pages/doc/main.htm>.

¹⁵⁷ L'UNESCO et la Smithsonian Institution ont coorganisé une conférence internationale intitulée "A Global Assessment of the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore: Local Empowerment and International Cooperation", qui s'est tenue à Washington D.C., du 27 au 30 juin 1990.

vi) en 1998 a été lancé un programme sur les chefs-d'œuvre du patrimoine oral et intangible de l'humanité afin de distinguer les exemples les plus remarquables d'espaces culturels (c'est-à-dire de lieux concentrant des activités culturelles populaires et traditionnelles, mais également un temps caractérisé généralement par une certaine périodicité ou par un événement) ou de formes d'expressions populaires et traditionnelles qui comprennent, entre autres : les langues, la littérature orale, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, le savoir-faire de l'artisanat, de l'architecture et d'autres arts ainsi que des formes traditionnelles de communication et d'information¹⁵⁸. Le projet vise également à encourager les gouvernements, les ONG et les communautés locales à entreprendre des actions d'identification, de préservation et de mise en valeur de leur patrimoine oral et immatériel;

vii) le programme de l'UNESCO pour la préservation et la revitalisation du patrimoine culturel intangible vient de lancer une série de publications destinées à aider les spécialistes avec le catalogage et la compilation d'inventaires de formes culturelles, étant donné que celles-ci changent sans cesse et risquent de disparaître à jamais à la mort de leurs créateurs. Le premier volume de cette série est un *Guide pour la collecte de musiques et instruments de musique traditionnels*¹⁵⁹. Un guide pour la collecte des architectures populaires est en préparation.

222. Dernièrement, la conférence générale de l'UNESCO, à sa 31^e session, a adopté une résolution visant l'élaboration d'un nouvel instrument normatif international pour la sauvegarde du patrimoine culturel traditionnel et du folklore¹⁶⁰. Aux termes de la résolution, le directeur général est invité à soumettre à la 32^e session de la conférence générale, qui se tiendra vers la fin 2003, un rapport sur l'étendue possible d'un tel instrument ainsi qu'un avant-projet de convention internationale¹⁶¹. Ces travaux progressent rapidement et doivent faire l'objet d'une troisième réunion intergouvernementale en juin 2003. Comme le Canada et l'OAPI l'ont souligné dans leurs commentaires sur le document WIPO/GRTK/IC/4/3, ce processus est directement lié aux travaux du comité sur les expressions culturelles traditionnelles; le Canada a également appelé à un renforcement de la coopération entre l'OMPI et l'UNESCO à cet égard.

223. Il existe en outre plusieurs programmes de documentation au niveau international. L'UNESCO, par exemple, a réalisé conjointement avec l'institut culturel africain, un guide sous le titre *Artisanat : Guide méthodologique pour la collecte des données*¹⁶². Sur la base de ce guide et après sa large diffusion auprès des États membres de l'UNESCO en anglais, arabe, espagnol et français, l'UNESCO créera par étapes des bases de données informatisées qui seront accessibles par l'intermédiaire de réseaux internationaux. Ce réseau pour la collecte et

¹⁵⁸ <http://www.unesco.org/culture/heritage/intangible/index.shtml>

¹⁵⁹ Dournon, Geneviève. Handbook for the Study of Traditional Music and Musical Instruments. Paris: UNESCO, 1999.

¹⁶⁰ 31 C/Resolution 30. 17 États membres ont exprimé officiellement par écrit leurs réserves à l'égard de l'adoption de la résolution en question : Allemagne, Argentine, Barbade, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Grenade, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Suède, Suisse.

¹⁶¹ Voir <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001246/124687f.pdf> - Actes de la Conférence générale – 31^e Session - Paris, 15 octobre au 3 novembre - "Résolutions".

¹⁶² UNESCO/ICA, *Artisanat: Guide méthodologique pour la collecte des données* (de Jocelyn Etienne-Nugue) Paris : UNESCO/ICA, 1990.

la diffusion mondiale de données sur les formes et techniques artisanales aura son centre névralgique au Centre international pour la promotion de l'artisanat (CIPA) qui a été fondé en septembre 1996 à Fès, Maroc. L'UNESCO a aussi publié la *Collection UNESCO de musique traditionnelle du monde*.

Centre du commerce international (CCI)

224. Le Centre du commerce international (CCI) est exploité conjointement par l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui l'a créé, et la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). Le CCI fournit en premier lieu une coopération technique aux pays en développement, surtout en matière d'encouragement des échanges commerciaux. Les programmes du CCI concernent en particulier le développement des produits et des marchés, le développement de services d'appui au commerce, l'information commerciale, la mise en valeur des ressources humaines, la gestion des achats et approvisionnements internationaux, et l'évaluation des besoins et la conception de programmes de développement des échanges.

225. En coopération avec l'UNESCO, le CCI a publié en 1996 un rapport sous le titre "Aperçu de moyens et législations destinés à protéger les créations artisanales"¹⁶³. Le rapport propose la mise en place d'une structure de protection à deux volets, assurant d'une part la protection des artisans (les professionnels) et, d'autre part, la protection des droits d'auteur. Le rapport proposait en outre de confier la protection des professionnels à une chambre syndicale à créer dans chaque pays et qui serait chargée de la défense des intérêts de ses membres¹⁶⁴. D'autre part, la protection des droits de propriété intellectuelle devrait être du ressort d'une société nationale de la création artisanale. Cette société fonctionnerait comme organe de surveillance de la chambre syndicale et assurerait la liaison entre les deux organes¹⁶⁵. À une date plus récente, en juillet 2000, le CCI a publié un rapport intitulé "législations et autres moyens destinés à protéger l'artisanat", qui était fondé sur des activités menées en coopération avec l'OMPI en Bolivie, Colombie et au Pérou.

226. S'agissant des produits artisanaux, le CCI a adopté en l'an 2000 une nouvelle recommandation de l'Organisation mondiale des douanes (OMD) demandant aux États de codifier leurs produits artisanaux dans les nomenclatures statistiques nationales¹⁶⁶.

227. En janvier 2001, un atelier organisé conjointement par le CCI et l'OMPI sur le thème de la protection juridique des créations artisanales s'est tenu à La Havane, Cuba. À cette occasion, il a été préconisé d'élaborer un système national efficace de protection des produits de l'artisanat et de reconnaître la nécessité d'établir des relations de confiance avec les acteurs du secteur artisanal¹⁶⁷.

¹⁶³ CLT-96/WS/5, 1996.

¹⁶⁴ ITC/UNESCO. *op.cit.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ ITC/AG(XXXIV)/185, 27 février 2001.

¹⁶⁷ WIPO-ITC/DA/HAV/01/03, 30 janvier – 1^{er} février 2001.

L'accès aux expressions culturelles traditionnelles par les personnes travaillant sur le terrain, les musées et les services d'archives, et leur mise à la disposition du public

Un exemple

228. Comme on l'a vu précédemment, les débats ont mis en lumière "la nécessité d'un équilibre et d'une coordination entre la préservation et la protection ainsi que d'un lien plus clair entre l'exercice de la protection positive et la gestion du domaine public. Cette question se pose de façon concrète dans le cadre du processus de préservation des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture traditionnelle, parce que le processus peut lui-même entraîner une absence de protection ou faire tomber de façon involontaire les savoirs traditionnels ou les expressions de la culture traditionnelle dans le domaine public ou donner par mégarde à des tiers la capacité absolue d'utiliser ces savoirs ou ces expressions sans respecter les valeurs et les intérêts de la communauté à l'origine de ces savoirs ou expressions. Bien évidemment, ce genre de situation se produit surtout lorsque la préservation des matériels a été entreprise sans l'autorisation du détenteur ou du dépositaire de ces matériels, par exemple lors d'un enregistrement non autorisé d'une interprétation ou exécution d'une expression du folklore ou de la fixation ou de la diffusion sans consentement de savoirs médicaux traditionnels, pouvant être considérés comme confidentiels ou secrets. Toutefois, des difficultés peuvent aussi apparaître lorsque le processus de préservation est entrepris avec le consentement ou la participation des détenteurs de savoirs traditionnels, mais porte involontairement ou accidentellement atteinte à la protection des savoirs ou des expressions de la culture traditionnelle, ce qui peut se produire lorsque le matériel est enregistré ou fixé sans la pleine compréhension des répercussions d'un tel acte. Ainsi, le processus de préservation peut aller à l'encontre de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture traditionnelle lorsque la divulgation de ces éléments, ou leur enregistrement ou fixation nuit aux intérêts des détenteurs ou des dépositaires de ces savoirs ou expressions et met ces derniers dans l'impossibilité d'avoir des droits sur ces éléments, et fait tomber lesdits éléments dans le domaine public sans que la communauté à l'origine de ces matériels ou le détenteur des savoirs traditionnels n'ait conscience de toutes les répercussions que la préservation de l'objet visé peut avoir ou encore sans leur consentement préalable. Nombreux sont ceux qui lors des débats du comité ont dit être soucieux d'éviter que cela ne se produise."¹⁶⁸

229. Dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles, ces questions concernent en premier lieu le droit d'auteur et les droits connexes. Prenons, par exemple, un travailleur sur le terrain qui enregistre l'interprétation d'un chant traditionnel sur une bande audio avec le consentement de l'interprète qui, dans cet exemple précis, est membre de la communauté culturelle d'origine du chant traditionnel.

i) Quatre types de droits de propriété intellectuelle peuvent éventuellement s'appliquer : le droit d'auteur sur l'œuvre musicale; le droit d'auteur sur les paroles de la chanson; les droits connexes de l'interprète; et les droits connexes sur l'enregistrement sur le terrain.

ii) À supposer que le chant et les paroles eux-mêmes ne soient pas protégés par le droit d'auteur (pour l'une des raisons évoquées plus haut au chapitre consacré aux productions littéraires et artistiques), l'interprète sera titulaire de "droits d'interprétation ou d'exécution"

¹⁶⁸ Document WIPO/GRTKF/IC/5/12, paragraphe 26.

sur son interprétation (en vertu du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) de 1996, les interprétations ou exécutions des "expressions du folklore" sont protégées).

iii) En outre, en vertu de la législation sur le droit d'auteur, le travailleur sur le terrain (ou l'organisme qui l'emploie) sera considéré comme étant titulaire de droits connexes sur l'enregistrement sur le terrain, à savoir des droits accordés aux producteurs d'enregistrements sonores, au titre de la fixation.

iv) Dans certains cas, le travailleur sur le terrain pourra, à des fins de conservation, déposer l'enregistrement dans des archives, un musée, une bibliothèque ou une autre institution analogue, à laquelle il peut céder son ou ses droits de propriété intellectuelle (ou alors, son employeur peut céder ses droits) sur l'enregistrement ou sur le dépôt ou avec laquelle il peut convenir d'un accord analogue.

v) C'est l'enregistrement tangible du chant traditionnel qui est le plus aisément accessible par les utilisateurs commerciaux et autres et c'est la raison pour laquelle les droits attachés à l'enregistrement jouent un rôle essentiel. Dans de nombreux services d'archivage et centres de conservation du folklore, le collectionneur (travailleur sur le terrain) est généralement considéré comme responsable du matériel qu'il collecte, et non comme titulaire de droits sur ce matériel. Au moins dans certains organismes publics, le dépôt d'enregistrements sur le terrain dans des archives ou un autre type d'organe d'archivage doit s'accompagner de la remise d'un formulaire d'autorisation par l'artiste interprète ou exécutant, par la communauté d'origine ou par tout autre détenteur de traditions concerné. Le donateur d'une collection sert donc immédiatement d'intermédiaire entre la communauté d'origine ou les détenteurs de traditions concernés auprès desquels il a procédé à la collecte et le service d'archivage de cette collection.

vi) Par ailleurs, en vertu de la législation sur la propriété intellectuelle susmentionnée, les droits attachés à ces enregistrements appartiennent normalement soit au travailleur sur le terrain (ou à son employeur), soit à l'institution qui détient l'enregistrement, et non à l'interprète ou exécutant ou à la communauté d'origine du chant interprété. C'est à ce niveau, à savoir la gestion des droits attachés à l'enregistrement sur le terrain et l'accès à cet enregistrement que peuvent exister des possibilités d'actions concrètes en vue de protéger les droits et de sauvegarder les intérêts de l'interprète et, peut-être indirectement, ceux de la communauté d'origine du chant interprété.

vii) Les musées, bibliothèques et archives font souvent des copies de ces enregistrements à des fins de conservation (de nombreuses législations sur le droit d'auteur autorisent les "copies à des fins d'archivage"). Ils facilitent également l'accès du public à ces collections et leur utilisation pour l'enseignement, la recherche ou à des fins commerciales et, les organismes subventionnés par l'État peuvent même être dans l'obligation de le faire en vertu de la loi. C'est à ce niveau qu'il peut exister une possibilité de protéger les droits et intérêts des artistes interprètes ou exécutants ou des communautés concernées; par exemple, comme c'est couramment le cas dans les archives et les musées publics de certains pays, il peut être exigé que les copies d'enregistrements ne soient remises que sur présentation d'une preuve du consentement des artistes interprètes ou exécutants ou des efforts déployés de bonne foi en vue de retrouver leurs héritiers.

viii) Pour en revenir à l'exemple, un autre musicien pourra accéder en toute légitimité à l'enregistrement du chant dans le musée ou l'organe d'archivage, procéder à des arrangements ou l'enregistrer de nouveau, ou procéder à un échantillonnage de l'enregistrement et créer une nouvelle œuvre musicale. Dans la mesure où il créera une nouvelle œuvre musicale, il pourra prétendre au droit d'auteur.

ix) À ce titre, le musicien assure, dans un certain sens, la retransmission de l'expression culturelle et même, éventuellement, sa survie sur le plan économique (l'industrie du disque, de même que l'industrie de la radiodiffusion, l'industrie cinématographique et l'industrie du tourisme sont devenus les "nouveaux mécènes des traditions orales et du folklore")¹⁶⁹. Par ailleurs, il n'est pas mauvais que les créations traditionnelles soient une source d'inspiration pour la création de nouvelles œuvres protégées par le droit d'auteur (voir plus haut les chapitres consacrés aux productions littéraires et artistiques et à la législation sur le droit d'auteur).

x) Toutefois, en dépit de tout cela, la communauté autochtone ou traditionnelle d'origine du chant traditionnel ou l'interprète dont la prestation a été fixée se sentiraient probablement lésés de ne pas recevoir leur part des avantages commerciaux en découlant ou de toute autre forme de reconnaissance. En l'absence de tout droit d'auteur sur le chant lui-même, qu'en est-il des droits d'enregistrement sonore du travailleur sur le terrain (ou de l'organisme qui l'emploie) et des droits de l'interprète?

xi) En ce qui concerne le producteur d'enregistrements sonores, il est notamment titulaire du droit d'autoriser la reproduction de l'enregistrement. Ce droit peut en principe être exercé de manière à prendre en considération les droits de la communauté d'origine et de l'interprète. L'exemple fourni par la délégation des États-Unis d'Amérique à la troisième session du comité intergouvernemental concernant les sommes payées aux interprètes d'une œuvre musicale archivée, utilisée dans un film récent, démontre que les activités de conservation sont utiles et jouent un rôle dans le partage des avantages commerciaux¹⁷⁰. Il convient d'étudier les possibilités dans ce domaine afin de généraliser cette pratique.

xii) S'agissant de l'interprète, il est titulaire du droit de reproduction de son interprétation fixée dans l'enregistrement sur le terrain (article 7 du WPPT). La musique et les paroles du chant interprété, pour lesquelles aucune protection n'est prévue par ailleurs, peuvent également être protégées en vertu des droits de l'interprète.

xiii) Toutefois, on ne sait pas précisément dans quelle mesure les droits des artistes interprètes ou exécutants sont pris en considération dans ces cas et, en tout état de cause, l'artiste interprète ou exécutant peut ne pas avoir les moyens d'exercer et de faire respecter ses droits. Il convient d'ajouter que dans les pays n'ayant pas encore ratifié le WPPT et, selon la législation nationale, l'interprétation ou exécution peut ne pas être protégée si la législation en vigueur ne prévoit pas la protection des interprétations ou exécutions des "expressions du folklore" autres que celles qui sont définies comme des œuvres littéraires et artistiques au sens du droit d'auteur. Ce, parce que la Convention de Rome et l'Accord sur les ADPIC ne

¹⁶⁹ Chaudhuri, S., "The Experience of Asia," document présenté au Forum mondial OMPI-UNESCO sur la protection du folklore à Phuket (Thaïlande), du 8 au 10 avril 2002, page 34.

¹⁷⁰ WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 271.

prévoient de protection que pour les interprétations ou exécutions des œuvres littéraires et artistiques. En outre, les droits de l'artiste interprète ou exécutant pris en considération en vertu ces deux instruments internationaux peuvent ne pas tenir compte du droit d'empêcher la reproduction de la fixation de son interprétation ou exécution, parce qu'il a consenti à la première fixation (voir la limitation des droits à l'article 7.1)c)i) de la Convention de Rome, éventuellement reprise à l'article 14.1) de l'Accord sur les ADPIC).

xiv) Il convient également d'ajouter que si la fixation avait été audiovisuelle, les droits de l'interprète auraient été beaucoup plus limités (en résumé, parce que l'Accord sur les ADPIC et le WPPT ne couvrent que les fixations sonores et qu'aux termes de l'article 19 de la Convention de Rome, dès qu'un artiste interprète ou exécutant donne son consentement à l'inclusion de son exécution dans une fixation visuelle ou audiovisuelle, l'article 7 de cette même convention cesse d'être applicable).

Il s'agit là d'un exemple simpliste, mais qui démontre qu'un certain nombre de questions de propriété intellectuelle peuvent se poser en rapport avec la collecte, l'enregistrement, la conservation et la diffusion des expressions culturelles traditionnelles. Du point de vue des peuples autochtones et des communautés traditionnelles, ces activités comportent des menaces pour la propriété intellectuelle si les questions pertinentes en matière de propriété intellectuelle ne sont pas pleinement prises en considération. Si cet exemple se rapporte uniquement à la musique, comme l'indiquent Janke et d'autres, les peuples autochtones et communautés traditionnelles ont des préoccupations analogues concernant d'autres formes du patrimoine culturel collectées et conservées dans des archives et des musées, telles que des photographies, des documents, des rapports de recherche et des biens culturels mobiliers.

230. Il s'agit là d'un exemple simpliste, mais qui démontre qu'un certain nombre de questions de propriété intellectuelle peuvent se poser en rapport avec la collecte, l'enregistrement, la conservation et la diffusion des expressions culturelles traditionnelles. Du point de vue des peuples autochtones et des communautés traditionnelles, ces activités comportent des menaces pour la propriété intellectuelle si les questions pertinentes en matière de propriété intellectuelle ne sont pas pleinement prises en considération. Si cet exemple se rapporte uniquement à la musique, comme l'indiquent Janke et d'autres, les peuples autochtones et communautés traditionnelles ont des préoccupations analogues concernant d'autres formes du patrimoine culturel collectées et conservées dans des archives et des musées, telles que des photographies, des documents, des rapports de recherche et des biens culturels mobiliers.

Protocoles, codes de conduite et lignes directrices

231. Comme l'illustre cet exemple, les collectionneurs (qui travaillent sur le terrain) et les services d'archives se situent au point de rencontre entre les communautés et le marché. Ils peuvent par conséquent jouer un rôle clé dans la protection des expressions culturelles traditionnelles, tout en permettant l'utilisation, la réutilisation et la recréation du patrimoine culturel, ce qui est essentiel à la survie de ce dernier. Il convient toutefois de ne pas négliger les questions de propriété intellectuelle et d'en assurer la gestion, de sorte que l'élaboration de protocoles, de codes de conduite et de lignes directrices à cet effet pourrait être utile, tant pour les communautés que pour les collectionneurs, les musées et les services d'archives. Les États membres de l'OMPI se sont prononcés en faveur de travaux dans ce sens¹⁷¹.

¹⁷¹ Document WIPO/GRTKF/IC/4/15 et commentaires de la Communauté européenne et de ses États membres sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3.

232. Cette question a été examinée en détail, tant par des anthropologues, des spécialistes du folklore et des ethnomusicologues que d'autres¹⁷², et un certain nombre de politiques générales, codes d'éthique, protocoles et lignes directrices ont déjà été mis au point par des spécialistes du folklore, des sociétés ethnographiques ou anthropologiques ou d'autres organismes professionnels, quoique la plupart ne semblent pas aborder les questions de propriété intellectuelle.

233. Certains des protocoles, codes de conduite et lignes directrices existants pourraient être utilisés comme exemples, et notamment les suivants :

- i) le rapport intitulé *Valuing Art, Respecting Culture: Protocols for Working with the Australian Indigenous Visual Arts and Crafts Sector*, établi par l'Association nationale pour les arts visuels (NAVA) de l'Australie, qui a permis de sensibiliser le public aux questions culturelles indigènes et aux questions de propriété intellectuelle et d'encourager le débat sur ces questions. Ce rapport expose en détail des protocoles relatifs aux produits créés par les peuples autochtones et aux objets contenant des images ou des motifs ou présentant un style qui sont indéniablement indigènes. Ces codes n'ont pas force exécutoire mais ils établissent des normes professionnelles qui peuvent, au fil du temps, être considérées comme des normes de conduite ouvrant la voie à une protection juridique¹⁷³;
- ii) la déclaration d'éthique de l'American Folklore Society;
- iii) les protocoles relatifs aux bibliothèques et aux services d'archives et d'information des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres;
- iv) le code de pratiques du Conseil australien des arts pour le secteur des arts visuels et de l'artisanat;
- v) la politique du Groupe de travail sur les minorités autochtones de l'Afrique australe (WIMSA) en matière de recherche;
- vi) au Canada, les Lignes directrices sur la recherche responsable de l'organisation Inuit Tapiriit Kanatami, les lignes directrices de l'Institut culturel déné et les Lignes directrices pour la recherche concernant les connaissances traditionnelles, établies par le Conseil des Premières nations du Yukon;
- vii) *Previous Possessions, New Obligations* (politiques à l'usage des musées australiens et des aborigènes et insulaires du détroit de Torres).

234. Certains services d'archives et institutions traitent ces questions dans le cadre de leurs activités journalières. Ainsi, M. Chaudhuri fait état des efforts déployés par le Centre des archives et de la recherche pour l'ethnomusicologie de l'Institut américain des études indiennes (Inde) en vue de protéger les droits des artistes interprètes ou exécutants et qui, pour ce faire, limite les droits des dépositaires d'enregistrements sur le terrain et se met en rapport avec les artistes interprètes ou exécutants d'enregistrements déposés pour leur expliquer leurs

¹⁷² Seeger, A., *op. cit.*, Chaudhuri, S., *L'expérience de l'Asie*, exposé présenté au Forum mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore, tenu à Phuket (Thaïlande) du 8 au 10 avril 1997; Peters, M., *La protection des collections d'expressions du folklore : le rôle des bibliothèques et des archives*, exposé présenté au Forum mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore, tenu à Phuket (Thaïlande), du 8 au 10 avril 1997; Seeger, A., *Ethnomusicologists, Archives, Professional Organizations, and the Shifting Ethics of Intellectual Property*, 1996 Yearbook for Traditional Music, p. 87; Toelken, Barre *The Yellowman Tapes, 1996-1997*, Journal of American Folklore 111 (442), pp. 381-391, 1998.

¹⁷³ Voir *Report of the Contemporary Visual Arts and Craft Inquiry*, Australie, 2002, page 139.

droits¹⁷⁴. Le Centre américain des traditions populaires, qui relève de la Bibliothèque du Congrès, a opté pour une approche similaire, considérant que l'agent collecteur ou le donateur ainsi que les services d'archives n'ont qu'un rôle de conservateur et qu'ils sont tenus de respecter les souhaits de l'artiste interprète ou exécutant initial de la tradition :

“En d'autres termes, seul l'artiste interprète ou exécutant, sa communauté ou ses héritiers sont titulaires de droits sur le produit; l'agent collecteur ou le donateur et l'organe d'archivage sont les conservateurs, liés par les arrangements conclus entre les parties. Lorsqu'il n'y a pas d'arrangement écrit, les chercheurs (parfois avec l'aide de l'organe d'archivage) doivent faire un effort, de bonne foi, pour se mettre en rapport avec l'artiste interprète ou exécutant initial afin que celui-ci les autorise par écrit à utiliser de nouveau le produit. Cela s'applique notamment lorsque des avantages pécuniaires peuvent être retirés d'un enregistrement commercial. Si cet effort de bonne foi n'est pas fait, le chercheur peut toujours se mettre en rapport avec l'agent collecteur ou le donateur, qui peut avoir un avis en tant qu'intermédiaire sur les souhaits de l'artiste interprète ou exécutant ou de la communauté de cet artiste. Par conséquent, un dialogue à quatre voix se met en place entre l'artiste interprète ou exécutant, l'agent collecteur ou le donateur, l'organe d'archivage et le chercheur, chacun ayant un rôle à jouer : l'artiste interprète ou exécutant est le titulaire des droits, l'agent collecteur ou le donateur est le conservateur intermédiaire, l'organe d'archivage est le conservateur final et le chercheur est celui qui demande l'autorisation d'utiliser le produit”¹⁷⁵.

235. À Oman, les experts du centre de musique traditionnelle considèrent que les nouvelles pratiques consistant à faire la promotion du patrimoine musical omanais sans le consentement des artistes interprètes ou exécutants traditionnels concernés constituent une atteinte à la notion coutumière d'utilisation du patrimoine et estiment qu'aucun droit exclusif de reproduction ne devrait être accordé en ce qui concerne la musique traditionnelle. Ils sont toutefois favorables à ce que les personnes qui interprètent ou exécutent de la musique traditionnelle omanaise bénéficient de la protection des artistes interprètes ou exécutants¹⁷⁶.

Liste de prescriptions et de clauses contractuelles types en matière de propriété intellectuelle

236. L'élaboration de protocoles, de codes de conduite et de lignes directrices serait étroitement liée à celle de certains outils de propriété intellectuelle pouvant servir aux fins de la rédaction des contrats de dépôt, d'accès, de diffusion et de licence utilisés par les ethnomusiciens et autres personnes travaillant sur le terrain, les services d'archives, les musées, les bibliothèques et autres institutions. Il pourrait s'agir notamment d'une liste récapitulative des principales questions à prendre en considération ainsi que de clauses types de propriété intellectuelle destinées à de tels contrats. Certains États membres de l'OMPI se sont déclarés favorables à ce que des travaux soient entrepris dans ce domaine¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Chaudhuri, *op. cit.*, page 36.

¹⁷⁵ Entretien personnel avec Mme Peggy Bulger, directeur, et M. Michael Taft, spécialiste des traditions populaires du Centre américain des traditions populaires, 15 octobre 2002. Exposé de M. Jaber Bin Marhoun Flaïfil Al Wahaiby, directeur général du Département des organisations internationales au Ministère du commerce et de l'industrie d'Oman, à la Conférence internationale de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, l'Internet, le commerce électronique et les savoirs traditionnels, Bulgarie, 29 au 31 mai 2001.

¹⁷⁷ Voir document WIPO/GRTKF/IC/4/15 et commentaires de la Communauté européenne et de ses États membres sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3.

237. Il existe plusieurs exemples de contrats de licence et autres sur lesquels de tels travaux pourraient se fonder. Le centre australien du droit des arts et le groupe de travail sur les minorités autochtones de l'Afrique australe (WIMSA) ont notamment élaboré des contrats types, et le centre des traditions populaires et du patrimoine culturel de la Smithsonian Institution possède d'importantes archives ainsi que des collections d'originaux d'enregistrements sonores, de dessins, d'affiches, de documents commerciaux, de correspondance, d'enregistrements audiovisuels et de photographies. La société Smithsonian Folkway Recordings, qui appartient à ce centre, détient d'importantes collections de musique amérindienne, de bluegrass, de blues, de musique pour enfants et de musique classique ainsi que de pièces d'autres genres musicaux. Elle concède des licences sur cette musique, tant à des fins non lucratives que commerciales, et a créé à cet effet un formulaire intitulé "Master Recording License Request Form"¹⁷⁸.

Patrimoine culturel numérisé – règles d'utilisation et mentions de réserve du droit d'auteur

238. Le patrimoine culturel représente une source importante de contenu à caractère intellectuel pour les réseaux de communication de la société de l'information. De plus en plus de collections de musées et autres font en effet l'objet d'une numérisation permettant de les présenter sur une diversité de médias électroniques tels que sites Web, CD-ROM ou bases de données spécialisées. Ceci peut être fait à des fins muséologiques, de conservation ou de commerce, par exemple pour fabriquer des produits éducatifs, scientifiques ou commerciaux¹⁷⁹. L'interaction entre le patrimoine culturel et la société de l'information soulève toutefois certaines problèmes et questions complexes, notamment en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles relevant du domaine public.

239. Cette numérisation du patrimoine culturel pourrait rendre nécessaire, notamment en ce qui a trait aux expressions culturelles traditionnelles du domaine public, l'élaboration de modèles de règles d'utilisation et de mentions relatives à la propriété intellectuelle (par exemple de mentions de réserve du droit d'auteur pour les œuvres bénéficiant du droit d'auteur) pouvant être utilisés pour les sites Web, les CD-ROM, les bases de données spécialisées ainsi que d'autres produits multimédias. Les expériences du réseau canadien d'information sur le patrimoine (RCIP) et du centre australien du droit des arts seraient, entre autres, utiles à cet effet.

240. Une autre question qui pourrait mériter d'être étudiée est celle de la manière dont il convient de gérer les tensions pouvant se manifester entre des droits éventuellement revendiqués sur des collections numérisées du patrimoine culturel ou des bases de données les contenant et les droits et intérêts reconnus aux communautés culturelles par le droit coutumier et indigène. Cette question est examinée dans le cadre de l'étude sur le droit coutumier et indigène.

¹⁷⁸ Voir <http://www.folkways.si.edu/licenserequests.htm>. Voir aussi Seeger, A., *Ethnomusicologists, Archives, Professional Organizations, and the Shifting Ethics of Intellectual Property*, 1996 Yearbook for Traditional Music, p. 87.

¹⁷⁹ Voir Vinson, Isabelle, *Museum International*, 215, septembre 2002, pages 4 à 7.

Fixation, enregistrement et inventaire des expressions culturelles traditionnelles

241. Bien que ces questions concernent surtout les collections établies et détenues par des tiers, la présente partie tente de déterminer également si l'enregistrement et la fixation d'expressions culturelles traditionnelles du domaine public pourraient constituer pour les communautés culturelles une stratégie opportune pour réaliser l'un des objectifs de propriété intellectuelle suivants :

- i) acquérir des droits de propriété intellectuelle sur les expressions en question (protection positive);
- ii) empêcher des tiers d'acquérir des droits de propriété intellectuelle sur ces expressions (protection défensive).

La fixation et l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles en tant que stratégie de protection positive

242. La fixation à des fins de protection, tant défensive que positive, des savoirs traditionnels ayant trait à des domaines techniques tels que la médecine, la conservation de la biodiversité et l'agriculture suscite un grand intérêt. Cela dit, des questions d'ordre pratique et de politique générale se posent en ce qui concerne l'utilité même de la fixation et de la publication des savoirs traditionnels, compte tenu des limitations constatées lorsque l'on a examiné la possibilité de créer des droits positifs sur des savoirs traditionnels divulgués. Ces questions font l'objet d'un examen plus approfondi dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/5. Il n'est pas non plus certain que la fixation et l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles représentent la meilleure démarche pour créer des droits positifs sur ces dernières, du moins s'agissant de droit d'auteur et d'œuvres littéraires et artistiques.

243. Outre le fait que la fixation et l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles entraîneraient des coûts énormes, le droit d'auteur éventuellement acquis ainsi présenterait des limitations à deux égards, puisque i) il pourrait ne pas revenir aux communautés elles-mêmes (à moins qu'elles ne soient l'auteur ou aient obtenu cession des droits) et ii) il ne porte, en tout état de cause, que sur le mode d'expression et non sur les "idées" représentées par les expressions culturelles traditionnelles. Par ailleurs, le fait de fixer et d'enregistrer les expressions culturelles traditionnelles, surtout sous une forme numérisée, rend ces dernières plus accessibles et peut donc contrarier les efforts des communautés pour les protéger. Il semblerait, par conséquent, que la simple fixation d'œuvres littéraires et artistiques relevant d'expressions culturelles traditionnelles ne constitue pas un moyen efficace pour acquérir des droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles. Naturellement, la fixation a toute sa place dans les stratégies de protection du patrimoine culturel et des cultures traditionnelles.

244. La valeur de la combinaison fixation/enregistrement comme stratégie de protection positive des expressions culturelles traditionnelles pourrait cependant être accrue par trois moyens : l'utilisation des instruments numériques de gestion des droits, celle de la protection conférée aux collections et bases de données et l'harmonisation des normes de fixation du patrimoine culturel avec celles qui s'appliquent à la fixation de la propriété industrielle.

245. Tout d'abord, l'utilisation de logiciels et d'instruments numériques aux fins de la gestion des droits et intérêts relatifs aux collections numérisées d'expressions culturelles traditionnelles fait l'objet de travaux importants, et ces derniers, qui peuvent mener à l'élaboration de méthodes de protection utiles sur le plan technique, doivent être poussés plus avant. On peut citer, à cet égard, l'exemple de l'Indigenous Collections Management Project, un projet mené en collaboration par le Distributed Systems Technology Center d'Australie et le centre des ressources culturelles du National Museum of the American Indian (NMAI) de la Smithsonian Institution. Les communautés indigènes, qui n'en reconnaissent pas moins les avantages que peuvent leur apporter les techniques numériques en matière de préservation et de fixation de leur histoire et de leur culture, commencent à prendre conscience des dangers d'utilisation et d'appropriation illicite de leurs savoirs liés à la numérisation. Des logiciels ont été conçus pour donner aux communautés indigènes la possibilité de protéger des savoirs et autres éléments culturels préservés grâce à la numérisation. Ils permettent aux membres autorisés de la communauté de : "définir et contrôler les droits attachés à leurs ressources numérisées ainsi que les conditions d'accès et de réutilisation qui s'y rattachent, faire respecter la législation traditionnelle sur les savoirs et les objets secrets et sacrés, empêcher toute utilisation inappropriée ou déplacée, d'un point de vue culturel, du patrimoine indigène, veiller à ce que les détenteurs traditionnels ne soient pas lésés, et enfin donner aux communautés indigènes la possibilité de décrire leurs ressources à leur manière"¹⁸⁰.

246. Deuxièmement, la protection juridique des collections, anthologies et bases de données pourrait s'étendre jusqu'à un certain point aux expressions culturelles traditionnelles fixées et enregistrées. Par exemple, une base de données d'œuvres en voie de décoloration de l'art rupestre amérindien constitue à la fois un mode de préservation et de protection du patrimoine artistique.

247. Il existe déjà dans le monde de nombreuses bases de données électroniques relatives aux expressions culturelles traditionnelles. À preuve, le CD-ROM contenant les interprétations ou exécutions du folklore de la Thaïlande, publié par l'Office de la commission culturelle nationale de la Thaïlande, la base de données lao mentionnée plus haut et la base de données relative aux récits culturels mise au point par les tribus Tulalip des États-Unis d'Amérique. Toutefois, on ne sait pas exactement dans quelle mesure les questions de droit d'auteur et de droits connexes sont pertinentes ou ont été prises en considération dans la mise au point et la diffusion de ces produits.

248. Il est souvent proposé que les expressions du folklore soient mises indirectement au bénéfice soit de la protection par le droit d'auteur consentie aux bases de données "originales" en raison du choix ou de l'arrangement de leur contenu, soit d'une protection *sui generis* pour les bases de données non originales.

249. La protection des bases de données par le droit d'auteur ne protège pas le contenu de la base et est sans préjudice de tout droit subsistant sur le contenu. Par conséquent, ce type de protection ne s'appliquerait pas aux expressions du folklore contenues dans la base de données mais uniquement à leur publication et à leur présentation sous la forme d'une

¹⁸⁰ Hunter, Jane; Koopman, Bevan; Sledge, Jane, "Software Tools for Indigenous Knowledge Management", septembre 2002. Voir aussi Hunter, Jane "Rights Markup Extensions for the Protection of Indigenous Knowledge", mai 2002 et Wells, Kathryn, "A Model and Pilot Options for a Digital Image and Text Archive of Indigenous Arts and Knowledge; A Progress Report", 1997.

collection, d'une anthologie ou d'une compilation. Rien n'empêcherait donc une personne non autochtone d'extraire l'une des chansons faisant partie d'une collection de musiques traditionnelles et de la reproduire, de l'adapter ou de la commercialiser, puisqu'elle pourrait partir du principe que pour l'instant aucun autre droit n'est attaché à cette chanson.

250. Toutefois, la protection *sui generis* des bases de données peut avoir un avenir dans ce domaine. Une directive de la Communauté européenne et certaines législations nationales prévoient aujourd'hui une protection pour les bases de données non originales. Ainsi, la directive de la Communauté européenne dispose que les fabricants de bases de données, dont le travail représente un investissement important en ce qui concerne l'obtention, la vérification et la présentation du contenu, ont le droit d'empêcher toute extraction ou nouvelle utilisation de l'ensemble ou d'une partie importante du contenu de la base. Cette protection existe indépendamment des critères à appliquer pour déterminer si le contenu peut être protégé par le droit d'auteur ou par d'autres droits.

251. Par conséquent, du point de vue des peuples autochtones et des communautés traditionnelles, il est possible que les collections d'expressions du folklore et les bases de données relatives à ces expressions constituées par les communautés intéressées, que ces expressions individuelles soient considérées comme des "œuvres littéraires et artistiques" ou non, puissent être protégées dans le cadre des propositions de protection *sui generis* des bases de données. Toutefois, il est douteux que cette protection puisse, en principe, s'étendre aux expressions individuelles qui ont été extraites ou qui sont utilisées de nouveau.

252. Mais dans le cas où la collection ou toute autre forme de base de données est réalisée par une personne ou par des personnes qui n'appartiennent ni à la population autochtone, ni à la communauté traditionnelle à l'origine des expressions du folklore ainsi regroupées, c'est cette autre personne ou ces autres personnes qui détiendraient les droits sur la base de données. Pour que les peuples autochtones et les communautés traditionnelles concernés détiennent les droits sur ces bases de données, ils doivent être considérés comme les créateurs ou les fabricants de ces bases ou tout au moins acquérir les droits nécessaires auprès des créateurs et des fabricants. À cet égard, la possibilité de recourir à des contrats pour assurer la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants ou des détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles mériterait d'être examinée plus en détail.

253. La question de l'utilisation de bases de données aux fins de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles continuera à être étudiée par le Secrétariat de l'OMPI et sera abordée dans le cadre de son programme de coopération technico-juridique ainsi que dans le Guide pratique de l'OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels connexes. Les travaux du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI sur la protection des bases de données non originales se poursuivent et leur évolution sera suivie avec attention.

254. Troisièmement et d'un point de vue pratique, il peut être important, aux fins des mesures de fixation des savoirs traditionnels, de structurer ces travaux de fixation de telle manière qu'ils remplissent les critères minimaux pour l'acquisition, l'exercice et le respect des droits sur les dessins et modèles industriels. Cela peut supposer, par exemple, l'harmonisation des normes actuelles de classement et de documentation dans le domaine de la propriété industrielle (telles que l'Arrangement de Locarno instituant une classification internationale pour les dessins et modèles industriels (1979) et la norme ST.80 (intitulée "recommandation concernant les données bibliographiques relatives aux dessins et modèles

industriels (identification et minimum requis)”) ¹⁸¹ et des normes de documentation sur les dessins et modèles industriels axés sur la tradition (telles que la publication de l’UNESCO intitulée “*Artisanat : guide méthodologique pour la collecte des données*”).

255. Toutefois, l’utilité pratique de ces travaux doit être évaluée. Un tel exercice soulève aussi des questions pratiques et juridiques. Ces questions seront examinées et étudiées plus avant et traitées en temps voulu dans le cadre du programme de coopération technico-juridique de l’OMPI et dans le Guide pratique de l’OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels connexes.

La fixation des expressions culturelles traditionnelles en tant que stratégie de protection défensive

256. Il s’agit ici de la fixation des expressions culturelles traditionnelles en tant que moyen d’interdire toute obtention de titres de propriété industrielle touchant l’utilisation de productions fondées sur ces expressions, en vertu, plus particulièrement, du droit des dessins ou modèles industriels, mais aussi de celui des brevets (la question de la protection défensive des signes distinctifs est traitée dans la partie ci-après sur les registres).

257. Les missions d’enquête de l’OMPI avaient suggéré une amélioration en trois étapes de la protection des dessins et modèles traditionnels “dans le cadre des systèmes de dessins et modèles industriels : 1) les normes relatives à la fixation des modèles traditionnels devraient comprendre les exigences minimales en matière de fixation des dessins et modèles industriels prévues dans l’Accord sur les ADPIC et dans l’Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins et modèles industriels; 2) les offices de propriété industrielle devraient inclure la fixation normalisée des dessins et modèles traditionnels dans leurs dossiers de recherche utilisés pour l’examen au fond des demandes de titres de protection industriels; 3) il conviendrait d’inclure des classes ou sous-classes de dessins et modèles traditionnels dans l’Arrangement de Locarno instituant une classification internationale pour les dessins et modèles industriels (1979)” ¹⁸². Le fait d’y ajouter des listes d’expressions culturelles et de les inscrire dans un registre international des dessins et modèles industriels tel que celui qui est prévu par l’Arrangement de La Haye pourrait aider les examinateurs à distinguer les expressions culturelles appartenant à des communautés traditionnelles et à refuser de les enregistrer au motif qu’elles ne remplissent pas les critères de nouveauté et d’originalité et que le déposant de la demande n’est pas le créateur du dessin ou modèle.

258. Cette suggestion fait pendant aux travaux en cours sur la possibilité de publier les savoirs traditionnels “techniques” à titre défensif, dans le but d’éviter l’acquisitions de droits de brevet sur des inventions fondées sur de tels savoirs. De même, la prise en compte d’informations relatives aux expressions culturelles contribuerait à permettre des initiatives de documentation visant à fournir aux offices de propriété intellectuelle des données concernant

¹⁸¹ Il s’agit de l’une des 50 normes, recommandations et principes directeurs de l’OMPI concernant l’information et la documentation en matière de propriété industrielle. Ils visent à harmoniser les pratiques de tous les offices de propriété industrielle et à faciliter la transmission, l’échange et la diffusion, au niveau international, de l’information en matière de propriété industrielle (pour à la fois le texte et les images).

¹⁸² “Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle” – Rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), p. 110

les dessins ou modèles fondés sur des savoirs traditionnels du domaine public, données que ces derniers pourraient ainsi utiliser dans leurs procédures de dépôt, d'examen, de délivrance et de publication de titres de propriété intellectuelle.

259. Bien qu'il soit intéressant d'explorer cette possibilité, il n'est pas certain que la "publication défensive" d'informations relatives aux dessins et modèles industriels corresponde à un besoin réel. En effet, le désir d'obtenir l'enregistrement en tant que dessin ou modèle industriel d'un objet de l'artisanat ou d'une autre expression culturelle traditionnelle se trouvant déjà dans le domaine public n'est peut-être pas aussi courant que lorsqu'il s'agit, notamment, de brevets. De plus, étant donné qu'un nombre grandissant de pays, y compris des pays développés, semblent vouloir abandonner la pratique des examens au fond (et en particulier les recherches sur la nouveauté) en ce qui concerne les demandes d'enregistrement de dessins ou modèles industriels, il n'est pas certain qu'il soit d'une grande utilité, d'un point de vue pratique, d'entreprendre des efforts importants dans le but d'inclure dans l'état de la technique consultable aux fins de l'enregistrement des dessins et modèles industriels des informations relatives aux expressions culturelles. En revanche, la publication des antériorités peut constituer un instrument utile contre les enregistrements de tiers.

La mise en place de registres, listes et inventaires d'expressions culturelles traditionnelles en tant que stratégie de propriété intellectuelle

260. De nombreux programmes internationaux, régionaux et nationaux relatifs au patrimoine culturel créent des registres, des listes ou des inventaires d'éléments tangibles et intangibles du patrimoine culturel à des fins d'identification, de promotion et de sauvegarde. Le Brésil a par exemple établi un registre du patrimoine intangible, et la convention internationale pour la sauvegarde du patrimoine culturel intangible qui est à l'étude à l'UNESCO envisage également la mise en place de registres, inventaires et listes, tant au niveau national qu'international. La question se pose toutefois de savoir quelle est ou quelle pourra être l'utilité de ces registres, listes et inventaires dans les stratégies de propriété intellectuelle, qu'elles soient positives ou défensives.

261. Plusieurs États ayant opté pour une protection *sui generis* des expressions culturelles traditionnelles, par exemple le Panama et les Philippines, ont mis en place un mécanisme d'enregistrement pour ces dernières. D'autres prévoient aussi la création de registres, par exemple Cuba¹⁸³. Dans sa réponse au questionnaire de l'OMPI sur le folklore, le Costa Rica a énoncé des propositions détaillées sur la façon dont de tels registres pourraient être constitués et gérés.

262. Les dispositions types de 1982 ne prévoient aucune forme d'enregistrement ni de documentation, non plus que la loi type pour les pays du Pacifique Sud.

¹⁸³ La loi cubaine sur le droit d'auteur, loi no 14, en vigueur depuis 1977, assure une protection spécifique du folklore, y compris l'artisanat. En vertu de la résolution no 2 de 1993, le Centre national du droit d'auteur (CENDA) prévoit l'enregistrement et le dépôt légal facultatif des œuvres protégées. Un document délivré au moment de l'enregistrement d'une œuvre peut servir de preuve lors de transactions menées avec des tiers dans les cas de violation du droit d'auteur. Voir Dolores Isabel Aguero Boza, "Artisanal Works and Copyright", communication présentée à l'Atelier OMPI/CCI sur la protection juridique des objets artisanaux originaux, La Havane, 30 janvier au 1er février 2001, WIPO-ITC/DA/HAV/01/6.

X. ACQUISITION, GESTION ET APPLICATION DES DROITS

263. Ainsi qu'il est indiqué dans le rapport final sur l'expérience acquise au niveau national (document WIPO/GRTKF/IC/3/10), s'il est vrai qu'un certain nombre de pays prévoient une protection juridique spécifique pour les expressions du folklore (23 pays, soit 36% des 64 pays qui ont répondu au questionnaire), il n'en reste pas moins que peu de pays peuvent dire que ces dispositions sont souvent invoquées et fonctionnent efficacement dans la pratique.

264. De plus, l'utilisation à bon escient de droits de propriété intellectuelle existants semble limitée à quelques pays seulement. Par conséquent, le rapport conclut qu'il est vivement nécessaire de renforcer et de mettre plus effectivement en pratique, au niveau national, les systèmes et les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles, en tenant compte des différents besoins juridiques, théoriques, infrastructurels et autres obstacles opérationnels auxquels les pays sont confrontés.

265. Le rapport sur l'expérience acquise au niveau national contient des propositions précises visant à améliorer le recours aux droits existants ainsi que le renforcement et la mise en œuvre efficace de systèmes précis. Au nombre de ces propositions, on trouve les suivantes :

- a) des programmes de sensibilisation et de formation spécialisée pour les peuples autochtones et les communautés locales pour qu'ils puissent aborder, comprendre et utiliser les systèmes officiels de propriété intellectuelle et d'autres instruments juridiques à leur disposition;
- b) des activités d'information publique visant spécialement les peuples autochtones et les communautés locales, et d'autres activités entreprises par les offices nationaux de la propriété intellectuelle et divers organismes, destinées à expliquer clairement les règles et systèmes de propriété intellectuelle et à faciliter l'accès aux offices nationaux et au système de propriété intellectuelle;
- c) la réduction éventuelle des taxes de dépôt et de renouvellement pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles;
- d) la création et le renforcement des structures institutionnelles nécessaires à la mise en œuvre des dispositions législatives et autres mesures;
- e) lorsque cela est possible, le recours aux sociétés de gestion collective existantes ou nouvelles;
- f) la tenue de consultations nationales entre les producteurs d'artisanat et d'autres expressions du folklore¹⁸⁴;
- g) la création de centres de liaison nationaux¹⁸⁵;

¹⁸⁴ Page 4 de l'exposé de la position du groupe des pays d'Asie et de la Chine (document OMPI/GRTKF/IC/2/10).

¹⁸⁵ Page 4 de l'exposé de la position du groupe des pays d'Asie et de la Chine (document OMPI/GRTKF/IC/2/10).

h) la création de liens juridiques et structurels entre les systèmes de protection juridique des expressions culturelles traditionnelles et les chercheurs et les services d'archives;

i) le recours à des modes extrajudiciaires de règlement des litiges.

[Fin de l'annexe et du document]