

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/6/3

ORIGINAL : anglais

DATE : 1^{er} décembre 2003

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

**COMITE INTERGOUVERNEMENTAL DE LA PROPRIETE
INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES
GENETIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS
ET AU FOLKLORE**

Sixième session
Genève, 15 – 19 mars 2004

LES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES
OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE :
OPTIONS JURIDIQUES ET DE POLITIQUE

Document établi par le Secrétariat

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION.....	7
<i>Rappel.....</i>	7
<i>Structure du document.....</i>	7
<i>Les termes “expressions culturelles traditionnelles” et “expressions du folklore”.....</i>	8
<i>Systèmes sui generis.....</i>	8
Lois coutumières et indigènes.....	9
Questions juridiques et conceptuelles, questions pratiques et opérationnelles.....	10
Guide pratique.....	11
II. QUESTIONS CONCEPTUELLES.....	11
L’objet de la protection.....	11
<i>Expressions “contemporaines” des cultures traditionnelles ou du folklore.....</i>	12
<i>Caractéristiques des expressions des cultures traditionnelles ou du folklore.....</i>	14
Nature de la protection de la propriété intellectuelle.....	18
<i>“Protection de la propriété intellectuelle” et “préservation” ou “sauvegarde”.....</i>	18
<i>Convention de l’UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.....</i>	19
<i>Principales caractéristiques de la protection par le droit d’auteur.....</i>	20
<i>Caractère général de la protection par le droit d’auteur.....</i>	20
<i>Condition d’originalité.....</i>	21
<i>Objet de la protection.....</i>	21
<i>Titularité collective.....</i>	22
<i>Fixation.....</i>	22
<i>Droits conférés par le droit d’auteur.....</i>	22
<i>Œuvres dérivées.....</i>	23
<i>Exceptions et limitations.....</i>	24
<i>Protection limitée dans le temps.....</i>	24
<i>Droits connexes.....</i>	25
III. CADRE CONCEPTUEL JURIDIQUE ET CULTUREL.....	25
Introduction.....	25
Questions normatives particulières.....	26
<i>Créations contemporaines d’inspiration traditionnelle protégées par la propriété intellectuelle.....</i>	26
<i>Expressions culturelles qui sont du “domaine public”.....</i>	28
IV. POSSIBILITÉS DE PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES²⁹	
Introduction.....	29
<i>Systèmes actuels de propriété intellectuelle, systèmes de propriété intellectuelle adaptés et systèmes autonomes sui generis de propriété intellectuelle.....</i>	30
<i>Options relevant de la propriété intellectuelle et options autres.....</i>	31
Objectifs.....	32
<i>Objectifs de politique exprimés par les États.....</i>	32
<i>Objectifs poursuivis par les communautés.....</i>	33
Possibilités de protection.....	34
<i>Leçons tirées des exemples actuels d’appropriation et d’appropriation illicite.....</i>	34
<i>Questions fondamentales aux fins de l’élaboration de stratégies ou de systèmes.....</i>	35
Possibilités de protection des productions littéraires et artistiques traditionnelles.....	35
<i>Options fondées sur le droit d’auteur.....</i>	35
Critères de protection.....	35
Titulaires des droits; gestion des droits.....	36
Droits, exceptions et limitations.....	39
Procédures et formalités.....	43
Procédures de sanction et d’application.....	44
Perte ou extinction des droits.....	44
Enregistrements et interprétations ou exécutions des productions littéraires et artistiques.....	45
<i>L’utilisation des contrats et le rôle des spécialistes du folklore.....</i>	45
<i>Outils pratiques éventuels.....</i>	46
<i>Interprétation ou exécution de productions littéraires ou artistiques traditionnelles.....</i>	47
Documentation des productions littéraires ou artistiques.....	47
Options pour la protection de l’artisanat.....	52
Imitation du “style”.....	53

Allégations fausses ou trompeuses quant à l'authenticité ou l'origine et non-indication de la source.....	53
<i>Marques de certification</i>	54
<i>Lois relatives à la "publicité mensongère" et l'étiquetage</i>	54
<i>Indications géographiques</i>	54
<i>Loi sur la concurrence déloyale et les pratiques commerciales</i>	54
Mots, noms, symboles et autres signes distinctifs traditionnels	55
V. MESURES CONCRÈTES VISANT À DONNER DES ORIENTATIONS GÉNÉRALES.....	57
VI. CONCLUSION.....	58

RÉSUMÉ

1. Le présent document passe en revue les aspects de fond de la protection juridique des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles, y compris les solutions juridiques et les options politiques qui existent au niveau des législations nationales et dans les normes internationales pertinentes. Il a pour but de faciliter la poursuite de l'examen des éléments qui ont déjà été fournis à ce sujet au Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé "le comité"), et comprend des éléments nouveaux pour tenir compte des observations formulées à propos du document de travail principal sur la question examinée par le comité à sa cinquième session (document WIPO/GRTKF/IC/5/3).
2. Le comité a déjà considéré différentes méthodes en vue d'une protection des expressions du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles par le système de la propriété intellectuelle. De nombreux participants ont fait observer qu'une solution unique quelle qu'elle soit ne saurait satisfaire à tous les besoins des communautés indigènes et traditionnelles et protéger les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles de façon complète. Une protection effective et complète serait à rechercher dans une "palette" d'options comprenant des niveaux et des formes de protection multiples et différenciés. Expliciter et affiner ces options est le but principal du présent document.
3. Les options ouvertes comprennent les systèmes de propriété intellectuelle existants (on y inclura la concurrence déloyale), des droits de propriété intellectuelle adaptés (aspects *sui generis* d'un système de propriété intellectuelle) et de nouveaux systèmes *sui generis* distincts, ainsi que des solutions autres que de propriété intellectuelle : lois relatives aux pratiques commerciales et à l'étiquetage, contrats, lois et protocoles coutumiers et indigènes, lois et programmes relatifs à la préservation du patrimoine culturel, moyens de droit commun visant par exemple l'enrichissement sans cause, le droit de la personnalité ou le blasphème, droit pénal. Cependant, toutes ces options potentiellement utiles ne sont pas nécessairement examinées ici avec le même degré de précision. Le présent document traite en effet de solutions qui sont déjà appliquées dans des systèmes nationaux ou régionaux ou qui ont été envisagées lors de sessions du comité ou dans d'autres activités de l'OMPI.
4. Du point de vue des communautés autochtones et traditionnelles, la protection des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles et celle des connaissances techniques traditionnelles peuvent être étroitement liées. Certains instruments juridiques nationaux et régionaux visent à protéger ces deux types de savoirs traditionnels. Toutefois, suivant la pratique du comité, ce document est spécifiquement consacré à la protection des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles. Le document complémentaire WIPO/GRTKF/IC/6/4 traite des savoirs traditionnels techniques.
5. La protection concrète des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles suppose nécessairement la prise en considération des principes et normes pertinents établis à l'échelon international; par exemple, le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) fait obligation de protéger les représentations ou exécutions des expressions du folklore. Ces normes sont commentées lorsqu'il y a lieu dans le présent document. Le document complémentaire WIPO/GRTKF/IC/6/6 présente une réflexion d'ensemble sur la dimension internationale de la protection des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles, ainsi que des savoirs traditionnels techniques.

6. Afin de clarifier les options et pour donner à cette étude une orientation pratique et concrète, nous allons considérer quatre grandes catégories d'objets et formes de protection (compte soigneusement tenu des types d'appropriation des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles que les participants du comité et les autres parties prenantes évoquent le plus fréquemment) :

- i) protection des productions littéraires et artistiques traditionnelles contre la reproduction, l'adaptation, la distribution, la représentation ou exécution et d'autres actes similaires non autorisés, et prévention des utilisations insultantes, déshonorantes ou culturellement et spirituellement offensantes;
- ii) protection de l'artisanat, en particulier des "styles artisanaux" (compte tenu de l'importance que de nombreux pays attachent à cette protection);
- iii) prévention des prétentions fausses ou trompeuses à l'authenticité et à l'origine ou de l'absence d'indication de source; et
- iv) protection défensive des signes et symboles traditionnels.

7. Il est suggéré que pour évaluer et choisir les lignes d'action de toute stratégie nationale de protection des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles, une première étape essentielle consiste à identifier les grands objectifs poursuivis en prenant pleinement en considération les besoins des communautés autochtones et traditionnelles et les principes juridiques et culturels en jeu.

8. Une fois fixés les grands objectifs de la protection, l'élaboration d'une stratégie nationale ou d'un système national de protection pourrait passer par l'évaluation d'une série d'options politiques et juridiques (exposées dans la partie IV), correspondant aux quatre grandes catégories d'objets et formes de protection identifiées ci-dessus. Les options juridiques et politiques peuvent être brièvement résumées comme suit :

a) *Productions littéraires et artistiques traditionnelles :*

Certains pays pourront juger adéquate la protection conférée aux adaptations contemporaines, œuvres dérivées et représentation ou exécutions des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles. D'autres pourront considérer, en fonction des objectifs de leur politique nationale, qu'une protection de type propriété intellectuelle se justifie pour les expressions du folklore ou les expressions culturelles traditionnelles qui ne sont pas protégées actuellement. Ces pays devront peut-être étudier, entre autres, les questions et les options suivantes (d'après ce qui a effectivement été expérimenté à ce jour) :

i) *Critères de protection :* il conviendra notamment de décider si l'"originalité" et la "fixation" devront constituer ou non des critères de protection, si les expressions du folklore ou les expressions culturelles traditionnelles protégeables devront être "commercialisables" et s'il s'agira des expressions "traditionnelles", des expressions "inspirées de la tradition" ou de ces deux types d'expression.

ii) *Droits communautaires ou collectifs :* il pourrait être envisagé une reconnaissance par la loi de "droits collectifs", l'introduction d'un droit moral communautaire et l'exercice des droits par un organisme ou office désigné par l'État, nouveau ou existant, par exemple le Bureau du droit d'auteur. Une option voisine consisterait à recourir aux systèmes de gestion collective des droits d'auteur.

iii) *Droit d'auteur individuel* : la question est de trouver comment intégrer et équilibrer au mieux la protection des droits des communautés à l'égard des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles avec le droit d'auteur et les autres droits de propriété intellectuelle des créateurs d'œuvres dérivées. Une option consisterait par exemple à réglementer l'exercice de ces droits en faveur de la communauté et dans le respect de ses valeurs.

iv) *Nature des droits* : un choix sera peut-être à opérer quant à ce qui serait le plus approprié : des droits exclusifs ou le droit à une rémunération équitable (licence obligatoire).

v) *Droits conférés* : ils pourraient inclure les droits patrimoniaux et prérogatives du droit moral classiquement prévus par la législation du droit d'auteur. Un choix sera peut-être nécessaire quant à l'opportunité ou non d'accorder un droit d'adaptation. Une option supplémentaire est de prévoir des droits et des recours pour le cas où l'utilisateur d'une expression du folklore ou d'une culture traditionnelle omettrait d'en indiquer la source.

vi) *Exceptions et limitations* : les options pourraient comprendre les exceptions et limitations classiques de la plupart des législations du droit d'auteur. Toutefois des États pourraient souhaiter limiter certaines de ces exceptions lorsqu'elles autoriseraient des utilisations des expressions culturelles traditionnelles contraires aux valeurs culturelles et spirituelles. Peuvent aussi être envisagées des exceptions *sui generis*, autorisant par exemple : l'utilisation traditionnelle ou coutumière ou l'utilisation sans but lucratif des expressions culturelles traditionnelles; l'utilisation par un groupe de danse folklorique ou par un petit artisan non autochtone; l'utilisation faite par un national par opposition à un étranger; et l'utilisation faite par une entité publique à des fins non commerciales.

vii) *Procédures et formalités* : un choix fondamental pour les États sera de trancher entre une protection automatique et l'enregistrement sous une forme ou une autre.

viii) *Sanctions et recours* : les communautés demandent la reconnaissance du préjudice moral et spirituel que des utilisations illicites des expressions culturelles traditionnelles peuvent causer. Une option pour les États pourrait être de prévoir des moyens légaux pour reconnaître ce préjudice moral et spirituel lorsqu'il y a lieu.

ix) *Durée de la protection* : un choix doit être opéré entre une protection illimitée et une protection de durée déterminée. Si les États souhaitent offrir une protection non limitée dans le temps, les options sont les suivantes : une législation prévoyant simplement une protection indéfinie ou sans aucune mention de durée; une protection illimitée dans le temps pour ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles existantes mais assortie d'un délai pour l'avenir; une durée de protection liée à la durée de vie de la communauté ou de la tradition à laquelle s'identifie l'expression culturelle traditionnelle considérée ou à la perpétuation de l'utilisation de l'expression culturelle traditionnelle par la communauté correspondante. Certaines propositions de protection peuvent viser à avoir un effet rétroactif, ce qui soulève la question des intérêts légitimes de tiers.

x) *Folklore partagé à l'intérieur d'un pays et "folklore régional"* : options envisageables : cotitularité des droits; permettre que des communautés détiennent séparément des droits à l'égard des mêmes expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions similaires; exercice des droits par l'État ou un organisme officiel; pour le règlement des litiges, prise en compte les lois et pratiques coutumières. Concernant le "folklore régional" en particulier, les options comprennent des bases de données nationales ou internationales relatives au folklore, des modalités extrajudiciaires de règlement des litiges, des systèmes d'enregistrement et de notification, la gestion collective et l'établissement d'organismes chargés de régler les litiges. Les organisations et les mécanismes régionaux existants pourraient être utiles.

xi) *Représentations ou exécutions de productions littéraires et artistiques traditionnelles* : le WPPT de 1996 prévoit déjà la protection internationale des représentations ou exécutions des "expressions du folklore". Les États qui ne l'ont pas encore fait pourraient mettre en œuvre cette protection.

xii) *Documentation* : la fixation et l'enregistrement des productions littéraires et artistiques traditionnelles dans une optique de protection de la propriété intellectuelle (à distinguer du souci de préservation) semble être en contradiction avec la nature orale et "vivante" de cette matière culturelle. De plus, le droit d'auteur sur la documentation, les enregistrements et les bases de données pourrait ne pas appartenir aux communautés concernées. La vigilance est donc de mise quant à l'utilité de la fixation ou de l'enregistrement du folklore en tant que stratégie de propriété intellectuelle. Des logiciels et des outils numériques de gestion des droits, et la protection en devenir des bases de données, pourraient être des options utiles. Des inventaires et des registres du patrimoine culturel pourraient aussi aider à identifier les dépositaires traditionnels et le droit coutumier applicable aux fins de la propriété intellectuelle.

xiii) *Prévention des utilisations insultantes, déshonorantes et culturellement ou spirituellement offensantes* : on peut envisager un droit moral communautaire, et l'établissement d'un registre dans lequel les communautés pourraient faire inscrire les expressions culturelles traditionnelles qu'elles-mêmes ne souhaitent pas voir utilisées à des fins commerciales ni incorporées à un objet de propriété intellectuelle.

b) *Protection contre l'imitation*

Pour protéger contre l'imitation du "style" d'un artisanat et d'autres expressions culturelles traditionnelles, il est possible soit de s'appuyer sur les lois qui régissent la concurrence déloyale et les pratiques commerciales, soit d'explorer des solutions fondées sur les principes de la concurrence déloyale.

c) *Protection de l'authenticité et de l'origine*

Pour protéger contre les prétentions trompeuses à l'authenticité ou à l'origine et les indications trompeuses de provenance, les options sont les suivantes : encourager les communautés à enregistrer des marques de certification, explorer les possibilités ouvertes par les lois relatives aux pratiques commerciales et à l'étiquetage, étudier l'éventuelle utilisation d'indications géographiques par les communautés, promouvoir le recours aux lois sur la concurrence déloyale et élaborer des systèmes fondés sur les principes de la concurrence déloyale.

d) *Protection défensive des signes et symboles traditionnels*

Pour protéger les signes et symboles traditionnels, on peut envisager des textes législatifs spécifiques ou des modifications de la législation visant à prévenir ou réglementer l'octroi de droits de marque sur des symboles traditionnels, et la création de registres et de bases de données dans lesquels les communautés pourraient consigner les mots, les noms, les symboles et les signes qu'elles souhaiteraient ne pas voir utilisés en tant qu'éléments de marques enregistrées.

Concepts fondamentaux

9. En préalable à l'examen des différentes options, nous allons examiner les concepts fondamentaux d'"expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore" et de "protection au titre de la propriété intellectuelle", en particulier la protection par le droit d'auteur (partie II), et les considérations juridiques et culturelles que les États pourraient prendre en compte pour bâtir un schéma directeur approprié pour la protection des expressions du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles (partie III).

Mesures concrètes

10. Le document énonce certaines mesures concrètes par lesquelles les décideurs, les législateurs, les communautés et les autres parties prenantes pourront souhaiter passer dans leur navigation entre les divers concepts, enjeux et options de la protection des expressions du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles (partie V).

I. INTRODUCTION*Rappel*

11. Le document WIPO/GRTKF/IC/5/3 a été le document de travail principal sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore examiné par le comité à sa cinquième session. Le comité y était invité, notamment, “à fournir des orientations pour d’autres activités ..., 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”¹ Le comité n’a pas pris formellement de décision à cet égard, mais plusieurs États et observateurs se sont montrés favorables à l’élaboration d’une telle liste². En outre, l’Assemblée générale de l’OMPI a indiqué en ce qui concerne le mandat du comité pour l’exercice biennal 2004-2005 qu’aucun résultat n’est exclu, y compris “l’élaboration d’un ou plusieurs instruments internationaux”.

12. Suite aux délibérations approfondies qui ont eu lieu à la cinquième session du comité et au renouvellement du mandat du comité, le présent document affine et résume la matière du document WIPO/GRTKF/IC/5/3. Eu égard aux questions soulevées à la cinquième session du comité, il apporte de nouvelles informations sur les caractéristiques des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles et sur les traits saillants du système du droit d’auteur. Il fait fond sur d’autres rapports, documents de travail, études et exposés sur les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles examinés jusqu’ici par le comité. Ces rapports, documents et autres textes sont répertoriés dans l’annexe A et peuvent être consultés pour une information plus complète et plus détaillée. Le tableau des systèmes *sui generis* qui figure dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3 reste un outil de référence complémentaire, de même que les exposés présentés à la quatrième session du comité (documents WIPO/GRTKF/IC/4/INF/2 à 5 Add.).

13. Il n’entre pas ici dans notre propos de limiter les paramètres du débat concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles, ni de prescrire des résultats ou des solutions déterminés ou la forme qu’ils pourraient prendre.

Structure du document

14. Le présent document est structuré de la manière suivante :

- i) La partie II met en exergue et examine des concepts fondamentaux.
- ii) La partie III traite de questions juridiques et culturelles en rapport avec la protection des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles.

¹ Par. 34.

² La Communauté européenne et ses États membres, les États-Unis d’Amérique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande et le Venezuela.

iii) La partie IV présente une palette d'options pour cette protection et, d'après ce qui a effectivement été expérimenté à ce jour, applique ces options à plusieurs exemples concrets pour illustrer la manière dont elles ont été utilisées jusqu'à présent dans la pratique et montrer qu'il peut y avoir besoin d'une synergie entre plusieurs options pour procurer la protection désirée. Des encadrés mettent en exergue certaines questions de principe ou de choix juridique que les États voudront peut-être considérer pour établir des systèmes de protection des expressions du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles.

iv) La partie V énonce les mesures concrètes par lesquelles les décideurs, les législateurs, les communautés et les autres parties prenantes voudront peut-être passer dans leur "navigation" entre les différents concepts, principes et options intéressant la protection des expressions du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles.

v) La partie VI énonce des conclusions et comporte un paragraphe de décision.

Les termes "expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore"

15. La formulation "expressions culturelles traditionnelles" a été employée comme terme de travail neutre dans les documents du comité parce que dans certains pays ou dans certaines cultures ou communautés, le terme "folklore" a une connotation péjorative. Cependant, certains participants à la cinquième session du comité se sont inquiété de cette formulation et ont déclaré lui préférer le terme "expressions du folklore". Ce dernier a été utilisé lors de travaux internationaux antérieurs sur la propriété intellectuelle dans ce domaine et c'est celui qui figure dans les dispositions types et dans de nombreuses lois nationales.

16. En conséquence, les termes "expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore" sont ici employés ensemble ou de manière interchangeable et sont considérés pour l'instant comme synonymes.

17. L'emploi des termes "expressions culturelles traditionnelles" ou "expressions du folklore" dans le présent document ne signifie pas qu'il y ait unanimité entre les participants du comité quant à la validité ou au caractère approprié de ces formulations ou d'autres termes. Comme le font observer de nombreux États et communautés, le choix d'un ou de plusieurs termes appropriés, et la délimitation de ce qu'ils désignent, appartient au final aux décideurs et aux communautés intéressées aux échelons local et national. L'utilisation du terme "expressions culturelles traditionnelles" dans le présent document n'affecte en rien ni ne limite l'emploi d'autres termes dans les législations nationales.

Systemes *sui generis*

18. De précédents documents du comité ont présenté les différents systèmes *sui generis* qui ont déjà été établis au niveau national ou régional pour la protection des expressions du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles. Plusieurs de ces systèmes sont résumés dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3 et sont analysés dans le présent document, en particulier

i) la loi type de Tunis de 1976 sur le droit d'auteur à l'usage des pays en développement ("loi type de Tunis");

ii) les dispositions types OMPI-UNESCO de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables, de 1982 ("dispositions types");

iii) l'Accord de Bangui instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), révisé en 1999 ("accord de Bangui");

iv) le régime spécial de propriété intellectuelle du Panama appliqué aux droits collectifs des peuples autochtones aux fins de la protection et de la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels, adopté en 2000, et son règlement d'exécution de 2001 ("loi du Panama");

v) le Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de 2002 ("cadre régional du Pacifique");

vi) la loi des Philippines de 1997 sur les droits des peuples autochtones ("loi des Philippines"); et

vii) la loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens. Même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'un système de propriété intellectuelle, c'est une illustration du type de loi traitant des pratiques commerciales et de la protection du consommateur qui peut jouer un rôle important en répondant à un certain nombre de besoins des communautés autochtones et traditionnelles concernant la sauvegarde de l'authenticité de leur art et de leur artisanat contre les pratiques mensongères et trompeuses en matière d'étiquetage et de commercialisation³.

Lois coutumières et indigènes

19. Plusieurs États membres⁴ et de nombreux peuples autochtones et communautés culturelles qui appliquent un système juridique coutumier préconisent une meilleure reconnaissance et une plus grande utilisation des lois et protocoles coutumiers dans la formulation des méthodes et systèmes de protection des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles (ainsi que des savoirs traditionnels techniques). Cela pourrait supposer, par exemple

i) la pleine application des lois coutumières à toutes les questions concernant l'acquisition, le maintien en vigueur et l'application de droits sur les expressions culturelles traditionnelles, y compris par des parties extérieures à la communauté, ainsi que pour le règlement des litiges pouvant en découler (les litiges à cet égard pourraient, par exemple, être exclusivement du ressort d'autorités, cours de justice, institutions coutumières ou autres instances indigènes ou tribales).

ii) intégrer autant que possible les lois coutumières dans les systèmes de propriété intellectuelle en ce qui concerne la protection des expressions culturelles traditionnelles, par exemple en faisant référence aux lois coutumières pour l'interprétation et l'application des lois de propriété intellectuelle à leur égard et pour statuer sur certaines questions de droit ou de fait (imaginons par exemple une loi relative aux expressions culturelles traditionnelles qui conférerait certains droits aux dépositaires traditionnels. On pourrait se référer au droit coutumier pour déterminer l'identité de ces derniers et trancher les litiges entre revendications concurrentes). C'est la méthode suivie jusqu'à présent dans les systèmes *sui generis* existants de protection des expressions culturelles traditionnelles qui font référence au droit coutumier.

iii) susciter un plus grand respect pour les lois indigènes et coutumières dans les communautés, en particulier parmi les jeunes. L'ignorance des lois et pratiques coutumières qui régissent les systèmes de connaissance et les expressions artistiques indigènes est vue dans certains cas comme une menace significative pour leur perpétuation, leur développement

³ À la cinquième session du comité, la délégation des États-Unis d'Amérique a présenté un exposé sur cette loi – voir le document le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

⁴ Le groupe des pays d'Asie et du Pacifique (par. 22 du document WIPO/GRTKF/IC/1/13), le groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15) et d'autres.

et leur protection. Une plus forte adhésion au sein des communautés à l'égard des lois coutumières pourrait renforcer la reconnaissance et l'efficacité de celles-ci à l'intérieur de la communauté mais aussi vis-à-vis de l'extérieur.

iv) examiner les points de friction ou contradiction entre les lois coutumières et les lois de propriété intellectuelle classiques et chercher à les supprimer ou à les aménager de sorte que les droits et responsabilités coutumiers soient pris en considération (par exemple, conférer à une communauté, en supplément du droit d'auteur, le droit de demander réparation à toute personne qui porterait atteinte au droit d'auteur sur une expression culturelle traditionnelle protégée par le droit d'auteur et incorporant du matériel préexistant à l'égard duquel il existe des droits et des responsabilités collectifs coutumiers).

20. Certaines de ces options peuvent se superposer et elles ne s'excluent pas l'une l'autre. La reconnaissance du droit coutumier soulève de complexes et délicates questions juridiques, culturelles et politiques. Sur le plan juridique se posent des questions de droit international privé et de chevauchement entre lois coutumières et lois de propriété intellectuelle classiques (il se pourrait par exemple que des lois coutumières et des lois de propriété intellectuelle contradictoires s'appliquent simultanément au même objet). Sur le plan politique, la reconnaissance des lois indigènes et coutumières dans un système juridique quel qu'il soit est liée à la reconnaissance des droits culturels et collectifs historiques des peuples autochtones et des communautés culturelles qui ont un régime coutumier et à la question de savoir dans quelle mesure le pluralisme culturel, y compris le pluralisme des systèmes juridiques, peut être accepté. Plus concrètement, elle soulève des interrogations touchant à l'application du droit coutumier au-delà de sa sphère traditionnelle : comment les systèmes coutumiers traditionnels s'appliqueraient-ils à des personnes extérieures à la communauté, qui ne leur sont pas soumises? Comment les systèmes coutumiers, qui sont par définition locaux, seraient-ils reconnus et appliqués dans le cadre des systèmes de protection régionaux et internationaux?

21. Le comité a approuvé la réalisation d'une étude de cas sur les lois et protocoles coutumiers d'une communauté autochtone ou locale en rapport avec la protection des expressions du folklore; elle doit traiter de manière spécifique de leur relation avec le système officiel de propriété intellectuelle et comporter des conclusions intéressantes à cet égard⁵. Certains des points énumérés ci-dessus seront traités dans cette étude, qui en est aux premiers stades de sa préparation.

Questions juridiques et conceptuelles, questions pratiques et opérationnelles

22. Comme les travaux du comité l'ont clairement démontré⁶, établir des systèmes de nature à protéger effectivement les expressions culturelles traditionnelles pose à la fois des problèmes juridiques et conceptuels et des problèmes opérationnels et pratiques. Le présent document porte avant tout sur les questions de fond d'ordre juridique ou conceptuel. Les aspects opérationnels ou pratiques seraient, par exemple, la sensibilisation des dépositaires d'expressions culturelles traditionnelles, des programmes de vulgarisation à leur intention et

⁵ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/3/10 et WIPO/GRTKF/IC/3/17.

⁶ Voir par exemple les résultats du questionnaire OMPI de 2001, dans le "Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore" (document WIPO/GRTKF/IC/3/10).

le renforcement de leurs capacités, afin qu'ils soient mieux en mesure d'apprécier et de mettre à profit les possibilités qui s'offrent à eux en matière de propriété intellectuelle. La dimension juridique et conceptuelle et la dimension opérationnelle et pratique sont étroitement liées et il doit y avoir interaction et complémentarité entre elles.

23. De précédents documents ont examiné différentes idées pour améliorer l'accessibilité des systèmes de protection des expressions culturelles traditionnelles, leur utilisation pratique et la possibilité de les faire respecter⁷.

Guide pratique

24. Il est rappelé que, suivant la demande du comité, un "guide pratique" sur la protection des expressions culturelles traditionnelles est en préparation. Il exploitera largement la teneur du présent document et de documents antérieurs, en particulier du document WIPO/GRTKF/IC/5/3, ainsi que les observations qui seront formulées sur le présent document.

II. QUESTIONS CONCEPTUELLES

25. Nous allons examiner ici deux concepts centraux, celui d'"expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore" et celui de "propriété intellectuelle".

L'objet de la protection

26. De précédents documents ont étudié la nature des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore⁸ et souligné qu'elles peuvent être tangibles, intangibles ou mixtes (à la fois tangibles et intangibles), comme l'a fait observer la délégation de la République islamique d'Iran⁹.

27. De précédents documents ont aussi traité des liens entre les expressions des cultures traditionnelles ou du folklore et les connaissances et savoir-faire techniques traditionnels et les ressources génétiques qui leur sont associées¹⁰. Dans une optique de propriété intellectuelle, les expressions des cultures traditionnelles ou du folklore font généralement l'objet d'un débat à part. Ce n'est pas pour établir une distinction artificielle entre des formes de connaissances et d'expressions qui peuvent être étroitement liées, ni pour suggérer qu'une loi ou un système de protection ne pourrait pas ou ne devrait pas traiter à la fois du folklore et des connaissances techniques. Nullement, mais il est préférable de considérer le folklore séparément (plutôt que comme une catégorie du savoir traditionnel technique) parce que la protection du folklore et d'autres éléments culturels par la propriété intellectuelle soulève des questions de politique culturelle spécifiques et met en jeu des principes juridiques très proches de ceux qui fondent le système du droit d'auteur et des droits connexes. Par conséquent, il a été jugé important que même si une loi traite à la fois du folklore et des connaissances techniques, les formes de protection prévues pour le folklore (droits conférés, exceptions) soient dûment inspirées et modelées par les politiques et les principes juridiques et culturels pertinents. En outre, cibler distinctement les travaux permet de prendre plus pleinement en compte les points de vue des parties prenantes concernées, telles que les services publics et les

⁷ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁸ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁹ Paragraphe 36 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15.

¹⁰ *Ibid.*, paragraphes 61 à 68.

ministères qui s'occupent de droit d'auteur, de culture et d'éducation, les dépositaires indigènes et traditionnels et les artistes interprètes ou exécutants des traditions culturelles et des expressions artistiques, ainsi que les spécialistes du folklore, ethnomusicologues, archivistes et autres chercheurs. Ajoutons qu'il existe déjà une expérience significative à l'échelon international, régional et national sur la relation entre propriété intellectuelle et folklore.

Expressions “contemporaines” des cultures traditionnelles ou du folklore

28. De précédents documents ont souligné la distinction faite par la législation du droit d'auteur et d'autres lois de propriété intellectuelle entre les expressions, adaptations et interprétations contemporaines des cultures traditionnelles et du folklore (qui souvent sont protégées par le droit d'auteur, à titre de dessin ou modèle industriel ou par d'autres lois de propriété intellectuelle) et les autres expressions des cultures traditionnelles ou du folklore qui ne bénéficient pas de cette protection (dites “préexistantes” ou “sous-jacentes”, ou encore “expressions des cultures traditionnelles ou du folklore *stricto sensu*”).

29. La loi type de Tunis sur le droit d'auteur, par exemple, protège les “œuvres inspirées du folklore national” en tant qu'œuvres originales tandis que le folklore lui-même – la loi parle d'“œuvres du folklore national” - fait l'objet d'un type spécial (*sui generis*) de protection parce que le droit d'auteur ne s'applique pas à lui. Les dispositions type et l'Accord de Bangui (OAPI) établissent une distinction similaire. Cette distinction se retrouve aussi dans des lois nationales, par exemple la loi tunisienne (qui vise à la fois le “folklore” et les “œuvres inspirées du folklore”)¹¹ et celles de la Hongrie, de l'Indonésie et de bien d'autres pays. La loi hongroise sur le droit d'auteur de 1999 exclut de la protection les expressions du folklore, mais stipule que “cela est sans préjudice de la protection accordée au titre du droit d'auteur à l'auteur d'une œuvre de nature individuelle et originale inspirée de l'art populaire”¹². La loi indonésienne sur le droit d'auteur de 2002 prévoit une protection au titre du droit d'auteur classique pour les sculptures sur bois contemporaines, le batik et d'autres formes contemporaines de production artistique qui contribuent à la richesse du patrimoine culturel de l'Indonésie¹³. La loi autorise l'enregistrement facultatif des œuvres ainsi protégées, et le Bureau du droit d'auteur reçoit chaque mois de nombreuses demandes d'enregistrement de nouveaux motifs de batik, émanant essentiellement de petites et moyennes entreprises (PME). Cependant, la loi prévoit de surcroît une protection *sui generis* pour “le folklore”¹⁴. La jurisprudence montre aussi que des adaptations et interprétations récentes du folklore peuvent être protégées au titre du droit d'auteur, de même que des motifs contemporains peuvent l'être à titre de dessins ou modèles industriels¹⁵.

30. Des participants aux travaux du comité ont toutefois fait valoir que parce que les expressions contemporaines du folklore sont le plus souvent créées par des individus identifiables (ce qui explique en partie pourquoi elles sont protégées par les lois en vigueur), les inclure dans l'acception de la notion d'“expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore” risquerait de survaloriser le rôle de l'individu dans la créativité traditionnelle au

¹¹ Loi 94-36 du 24 février 1994 sur la propriété littéraire et artistique.

¹² Article premier, paragraphe 7).

¹³ Article 12.

¹⁴ Article 10.

¹⁵ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

détriment du caractère fondamentalement collectif de la matière que l'on cherche à protéger¹⁶. Dans le même ordre d'idée, les expressions contemporaines protégées du folklore sont le plus souvent fixées sous une forme tangible et le risque a été signalé que cela masque le caractère souvent non fixé de la matière que l'on cherche à protéger. D'aucuns font valoir qu'en insistant exagérément sur la protection à titre de propriété intellectuelle dont jouissent les créations contemporaines inspirées de la tradition, on détourne aussi l'attention de la nécessité de protéger de manière perpétuelle la matière sous-jacente appartenant à la collectivité. Ce point de vue fait à juste titre ressortir la nécessité d'étudier plus attentivement la nature précise des "expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles" que l'on cherche à protéger et, sur cette base, de comprendre les formes de protection qui peuvent leur convenir.

31. Sachant que les cultures traditionnelles évoluent et que les communautés et les individus renouvellent et adaptent continuellement les manières dont ils s'expriment, qu'est-ce exactement qu'une expression culturelle "traditionnelle"? Comment et par qui est-elle élaborée? On peut dire que la gamme des "expressions culturelles traditionnelles" est vaste, depuis des éléments préexistants véritablement anciens qui furent jadis élaborés en commun ou par des "auteurs inconnus" jusqu'aux expressions contemporaines les plus récentes de ces mêmes éléments, en passant par d'innombrables ajouts et évolutions sous forme d'adaptations, imitations, revitalisations, régénérations et créations; certaines peuvent encore être distinctives d'une culture ou d'une communauté particulière et porteuses de sens religieux ou autre, tandis que d'autres seront faites sans autre sens que leur valeur commerciale. S'agit-il d'"expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles" dans tous les cas?

32. Ces questions touchent au cœur des théories et conceptions de la qualité d'auteur et de la créativité; elles visent en particulier le rôle de l'individu et la notion d'"originalité" dans la créativité "traditionnelle".¹⁷ On a longuement débattu du rôle de l'individu dans l'origine des expressions du folklore lors de l'élaboration des dispositions types. Les expressions du folklore sont-elles créées par des individus, un individu peut-il créer une expression du folklore? Dans l'affirmative, faut-il considérer ces individus comme des "auteurs" au sens du droit d'auteur? Peut-on alors dire que toutes les expressions culturelles traditionnelles ont eu, à un moment donné, un "auteur" identifiable, et qu'ensuite elles ont été adoptées et recrées par une communauté? Dans ce cas, les expressions culturelles traditionnelles ne sont-elles pas simplement des productions pour lesquelles le délai de protection a expiré (ce qui justifierait une position selon laquelle une nouvelle protection n'a pas lieu d'être)? Ou bien seraient-ce les caractéristiques des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles qui les ont exclues de la protection en vertu des règles de propriété intellectuelle en vigueur (ce qui pencherait en faveur de l'argument que leur protection peut se justifier, au moins pour des motifs d'équité)?

33. Un examen plus approfondi de ces questions pourrait aider à déterminer plus précisément les caractéristiques essentielles des expressions culturelles traditionnelles et ce qui devrait être protégé et pourquoi, et fournir des pistes quant aux options juridiques souhaitables et possibles.

¹⁶ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/15. Interventions des délégations de l'Inde au par. 31, de l'Égypte au par. 35, du Nigéria au par. 37, de l'Arabie saoudite au par. 49 et des représentants de l'OAPI et de l'ARIPO aux par. 50 et 51 respectivement.

¹⁷ Voir Hafstein, V., "The Politics of Origins", à paraître dans le *Journal of American Folklore* 117 (2004) 465.

34. Il n'entre pas dans notre propos de traiter de la nature des cultures traditionnelles et de la façon dont elles évoluent et se développent. Ce débat nécessite la contribution de spécialistes du folklore, ethnomusicologues, anthropologues, archivistes et autres chercheurs. Nous essaierons toutefois dans la partie qui suit de résumer quelques caractéristiques fondamentales des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles en rapport avec les questions de propriété intellectuelle¹⁸.

Caractéristiques des expressions des cultures traditionnelles ou du folklore

35. Comme ce qui fait l'objet de la plupart des formes de protection au titre de la propriété intellectuelle, et à la différence des objets culturels uniques, les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles sont reproductibles – et susceptibles de copie, d'adaptation et d'exploitation commerciale. Cependant, à la différence de bien des formes de propriété intellectuelle classiques, et indépendamment du fait qu'elles soient ou non créées par des individus ou par des communautés, les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles tirent souvent leur signification et leur valeur de la reconnaissance et de l'identification de la communauté, et non d'une marque d'originalité individuelle. En outre, malgré leur caractère reproductible, il faut savoir que les copies non autorisées d'expressions du folklore ou de cultures traditionnelles ne seront la plupart du temps pas considérées comme "authentiques" du point de vue de la communauté – même si cela peut échapper aux personnes extérieures.

36. La créativité "traditionnelle" porte souvent la marque d'influences créatives fluides de la société et de la communauté¹⁹. Bien des expressions du folklore se transmettent de génération en génération, oralement ou par imitation. Paroles et musiques de chansons, proverbes, dessins, fables, etc. se développent de manière anonyme et circulent dans les traditions orales des communautés pendant de nombreuses années (en tant que motifs, "paroles flottantes" ou "formules"²⁰). On ne peut pas les attribuer à un individu déterminé et elles ne prennent pas encore une forme identifiable et distinctive, et pourtant elles sont marquées culturellement et ont un caractère communautaire.

37. Les expressions des cultures traditionnelles ou du folklore reflètent et connotent l'histoire d'une communauté, son identité culturelle et sociale et ses valeurs. Elles sont souvent porteuses de sens religieux et spirituel et remplissent diverses fonctions spirituelles, sociales et culturelles (liées par exemple aux rites et rituels d'initiation, de chasse, de mariage, de naissance et de mort), mais elles peuvent aussi avoir des finalités décoratives. En général, elles jouent un rôle essentiel pour l'identification d'une culture ou d'une communauté et pour la matérialisation et la transmission de sens, de croyances et de valeurs religieuses,

¹⁸ Voir, d'une manière générale, Brown, M., *Who Owns Native Culture*, Harvard University Press, 2003; Hafstein, *op. cit.*; Scafidi, S., 'Intellectual Property and Cultural Products,' 81 *B.U.L. Rev.* 793; Farley, Christine Haight, "Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?" *Connecticut Law Review*, automne 1997; Shand P., 'Scenes from a Colonial Catwalk: Cultural Appropriation, Intellectual Property Rights, and Fashion,' *Cultural Analysis*, Volume 3, 2002; Sherylle Mills, "Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation," *Yearbook for Traditional Knowledge Music*, 1996, p. 57; Lindahl, Carl, 'Who Wrote 'O Death', manuscrit non publié; Feintuch, B. (Ed.), *The Conservation of Culture – Folklorists and the Public Sector*, University Press of Kentucky, 1988; Travaux préparatoires aux dispositions types, 1982.

¹⁹ Voir Hafstein, *op. cit.*

²⁰ Lindahl, *op. cit.* et communications personnelles avec Michael Taft, chef des archives de culture populaire à l'American Folklife Center.

spirituelles, sociales et culturelles. C'est peut-être la raison pour laquelle les communautés autochtones et culturelles invoquent si souvent la nécessité d'une protection contre les prétentions trompeuses ou mensongères à l'"authenticité" et à l'origine, ainsi que contre les utilisations d'expressions culturelles traditionnelles qui font offense à leur culture et à leur spiritualité.

38. Ce que les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles *dénotent* par leur forme extérieure est reproductible et susceptible d'exploitation. Cependant les croyances, les valeurs et les sens qu'elles *connotent* sont au moins aussi importants pour les communautés concernées. Comme l'a relevé l'American Folklore Society (AFS), la marchandisation et la privatisation des valeurs associées aux expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles peut aller à l'encontre des droits et des aspirations des dépositaires de ces expressions²¹. Il sera délicat d'assurer un juste équilibre entre la protection des expressions des cultures traditionnelles par la propriété intellectuelle et le maintien du respect pour les valeurs culturelles et spirituelles qu'elles connotent.

39. Si le patrimoine culturel d'une communauté est au cœur de son identité et qu'il relie le passé de la communauté à son présent et à son avenir, il est aussi "vivant", en recreation constante puisque les artistes et les praticiens traditionnels apportent continuellement à leur travail des perspectives et des expériences nouvelles. La tradition peut être une importante source de créativité et d'innovation pour les communautés autochtones, locales et autres communautés culturelles, ainsi que pour des entreprises locales et étrangères.

40. Avec le temps, un compositeur, un chanteur ou un autre créateur ou artiste interprète ou exécutant peut reprendre, même inconsciemment, les motifs, "paroles flottantes" ou "formules" évoquées plus haut qu'il a en tête et les réutiliser selon un nouvel arrangement dans un contexte neuf²². L'"expression" résultante sera souvent une "œuvre" nouvelle au sens du droit d'auteur.

41. Il y a donc synergie entre créativité collective et créativité individuelle, ce qui permet la production, communautaire ou individuelle, d'un nombre illimité de variantes d'expressions culturelles traditionnelles.

42. Dans ce contexte de dynamique créative, il est souvent difficile de savoir ce qui, du point de vue du droit d'auteur, constitue une création indépendante, puisque tous les artistes d'une communauté donnée puisent dans un réservoir commun de textes, mélodies et proverbes et peuvent aussi s'influencer mutuellement dans leur manière de les utiliser. Se pose alors la question pour le droit d'auteur et pour la propriété intellectuelle en général de savoir si ces "paroles flottantes" qui sont patrimoine commun devraient être protégeables.

43. Il semble, cependant, que même lorsque le droit de la propriété intellectuelle peut considérer un individu comme étant l'auteur d'une création inspirée de la tradition, cette création peut tout de même être considérée dans une optique communautaire comme le produit de processus créatifs sociaux, communautaires, voire spirituels. De telles créations "individuelles" et pourtant traditionnelles ont pour caractéristiques essentielles de contenir encore des motifs, un style ou d'autres éléments qui sont caractéristiques et distinctifs d'une tradition et de la communauté qui la perpétue, et d'être le fait d'individus reconnus par la

²¹ Document présenté par l'AFS à la quatrième session du comité. Voir également l'article 8 de la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle.

²² Lindahl, C., *op. cit.*

communauté comme ayant le droit, la responsabilité ou la permission de les produire ou de les représenter ou exécuter. Les “œuvres” ou les représentations ou exécutions individuelles mais inspirées de la tradition ne sont pas la “propriété” des individus concernés : la communauté exerce à leur égard un “contrôle”, en vertu généralement d’un système juridique et de pratiques indigènes et coutumiers²³.

44. Il semblerait par conséquent que l’essence des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore réside en ceci que, qu’il s’agisse des expressions préexistantes collectives les plus anciennes d’une culture traditionnelle ou de leurs adaptations, représentations ou exécutions et variations les plus récentes, une communauté les considère toujours comme distinctives et reflétant ses traditions, ses valeurs et ses croyances, donc comme lui “appartenant”. Les expressions du folklore ou des cultures, qu’elles soient “anciennes” ou “contemporaines”, seraient donc “traditionnelles” dès lors qu’elles reflètent et distinguent encore les traditions, les valeurs et les croyances d’une communauté et qu’elles sont créées, ou représentées ou exécutées, par des personnes reconnues par la communauté comme en ayant le droit, la responsabilité ou la permission. Cette dernière qualité éclaire à nouveau le besoin exprimé par les communautés de pouvoir lutter contre les prétentions mensongères ou trompeuses à l’“authenticité” et à l’origine. Elle peut aussi être un fil directeur pour déterminer les utilisations des cultures traditionnelles qui devraient être réglementées et celles qui ne devraient pas l’être. Elle pourrait fonder une distinction – que de nombreuses législations nationales font – entre les utilisations d’éléments traditionnels faites par des personnes appartenant à la culture correspondante (pour lesquelles il n’y aurait pas besoin de consentement ni d’autre réglementation) et les utilisations faites par des personnes extérieures à la culture en question (qui nécessiteraient un consentement ou quelque autre forme de réglementation).

45. La protection à titre de propriété intellectuelle que des individus peuvent actuellement obtenir pour des adaptations ou œuvres dérivées récentes du folklore et des représentations ou exécutions d’expressions du folklore est un facteur important à prendre en considération pour déterminer dans quelles mesures, au plan de la politique juridique et culturelle, une protection supplémentaire est nécessaire en ce qui concerne les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles préexistantes, actuellement non protégées. La protection que prévoit déjà, à l’échelon international, le Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996 (WPPT) peut en particulier être d’un grand intérêt, parce que c’est souvent à travers ces interprétations ou exécutions les plus récentes que le folklore est visible, et ce sont souvent des interprétations ou exécutions de ce type que des tiers s’approprient. En vertu du WPPT, les artistes interprètes ou exécutants du folklore ont déjà le droit d’empêcher, dans tous les pays qui ont ratifié le WPPT, la fixation non autorisée de leurs interprétations ou exécutions sur des enregistrements sonores et l’accomplissement de certains actes à l’égard de ces fixations. Aux yeux de certains, cette protection et d’autres formes existantes de protection sont suffisantes et assurent les équilibres recherchés. En reconnaissant la possibilité pour des individus de détenir des droits de propriété intellectuelle sur des œuvres inspirées de la tradition, l’idée n’est cependant pas de méconnaître la nature communautaire et culturelle spécifique des expressions du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles *stricto sensu*.

²³ Intervention des tribus Tulalip de l’État de Washington à la cinquième session du comité (par. 56 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15); Mills, *op. cit.*; Duffy, Karen “Carry it on for me – Tradition and Familial Bonds in the Art of Acoma Pottery”, thèse de doctorat, Université de l’Indiana, novembre 2002, p. 211.

46. Le caractère fondamental d'identification à une communauté et une culture que revêtent les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles, même si elles sont le fait d'individus, est reconnu dans la définition qu'en donnent de nombreuses lois nationales ou des instruments tels que la loi type de Tunis, les dispositions types, la Recommandation de l'Unesco sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire de 1989, l'Accord de Bangui portant création de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), tel qu'il a été révisé en 1999, et la Convention internationale de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée en octobre 2003 (qui définit le patrimoine culturel immatériel comme recouvrant "... les pratiques, représentations, expressions ... que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel").

47. Selon les dispositions types, par exemple, on entend par "expressions du folklore"

"... les productions se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté" (pas d'italique dans l'original), en particulier :

- i) les expressions verbales telles que contes, poésies, signes, symboles et indications;
- ii) les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale;
- iii) les expressions corporelles telles que danses, spectacles et rituels; et
- iv) les expressions tangibles telles que peintures, ciselures, sculptures, poteries, mosaïques, bijoux, vanneries, textiles, tapis, objets artisanaux, instruments de musique et [formes architecturales].

48. L'Accord de Bangui (article 2.xx) définit les "expressions du folklore" en ces termes :

"les productions d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté ou par des individus, reconnues comme répondant aux attentes de cette communauté et comprenant les contes populaires, la poésie populaire, les chansons et la musique instrumentale populaires, les danses et spectacles populaires ainsi que les expressions artistiques des rituels et les productions de l'art populaire" (pas d'italique dans l'original).

49. Une question cruciale de politique de propriété intellectuelle concerne la reconnaissance des revendications des communautés à l'égard d'éléments développés au cours de processus créatifs sociaux, communautaires, voire spirituels, ainsi que des revendications communautaires, fondées sur les systèmes juridiques et les pratiques indigènes et coutumiers, à l'égard "d'œuvres" contemporaines que les lois de propriété intellectuelle considèrent comme "appartenant" à des individus. Les revendications de "droits communautaires" peuvent avoir deux dimensions :

- i) Convient-il de reconnaître des droits coutumiers et des intérêts communautaires à l'égard d'expressions préexistantes du folklore *stricto sensu* qui n'ont pas nécessairement pris une forme distinctive mais qui sont marquées culturellement et qui identifient une communauté (motifs et "paroles flottantes", par exemple, et aussi expressions plus clairement formées mais de caractère communautaire)?

ii) Convient-il de reconnaître d'une manière ou d'une autre des droits coutumiers et des intérêts communautaires à l'égard d'une œuvre protégée par ailleurs par le droit d'auteur au nom d'un individu?

50. En résumé donc, et si l'on considère aussi la manière dont elles sont définies dans de nombreuses lois nationales et régionales, il semble que de façon générale les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles *stricto sensu* i) se transmettent de génération en génération, oralement ou par imitation, ii) reflètent l'identité culturelle et sociale d'une communauté, iii) sont constituées d'éléments caractéristiques du patrimoine d'une communauté, iv) sont le fait soit d'"auteurs inconnus", soit de communautés, soit d'individus reconnus par la communauté comme en ayant le droit, la responsabilité ou la permission et v) évoluent, se développent et sont recrées constamment au sein de la communauté.

Nature de la protection de la propriété intellectuelle

51. Les revendications de protection des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles peuvent parfois être fondées sur des valeurs sociales, culturelles et économiques qui sont différentes de celles du système actuel de propriété intellectuelle. La protection de la propriété intellectuelle ne donne, en général, pas de mainmise sur des savoirs qui n'ont pas d'expression extérieure ni de délimitation précise, ni d'auteur ou d'inventeur identifiable, ni de caractère nouveau ou original et qui n'ont pas de limites dans le temps²⁴.

"Protection de la propriété intellectuelle" et "préservation" ou "sauvegarde"

52. La protection de la propriété intellectuelle se distingue des notions de "préservation" et de "conservation". Le droit d'auteur, par exemple, protège les produits de la créativité qui prennent la forme d'œuvres littéraires et artistiques originales contre certaines utilisations telles que la reproduction, l'adaptation, la représentation ou 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 des tiers d'accomplir l'un de ces actes ou au contraire de les y autoriser, sous réserve de certaines exceptions et limitations. La protection par le droit d'auteur vise pour une large part à encourager davantage la créativité et la diffusion des œuvres auprès du public, ainsi qu'à permettre aux titulaires de droits d'exercer un contrôle sur l'exploitation commerciale. Elle protège aussi contre toute utilisation déformante, avilissante ou dégradante d'une œuvre, préoccupation fréquente en ce qui concerne les produits culturels traditionnels.

53. Par contre, la préservation et la sauvegarde dans une optique de patrimoine culturel consistent en général à identifier, documenter, transmettre, revitaliser et promouvoir le patrimoine culturel (matériel ou immatériel) en vue d'assurer sa perpétuation ou sa viabilité²⁵. Il est fondamental de déterminer ce que l'on entend par "protection" car les besoins et les attentes des détenteurs et des utilisateurs d'expressions culturelles traditionnelles peuvent dans certains cas être satisfaits de manière plus appropriée par des mesures de conservation et de préservation que par une protection à titre de propriété intellectuelle.

²⁴ Voir Van Caenegem, W., "The Public Domain: Scientia Nullius?". [2002] E.I.P.R. 6, p. 324

²⁵ Voir le glossaire sur le patrimoine culturel immatériel de la Commission des Pays-Bas pour l'UNESCO, 2002.

54. Il est aussi nécessaire de bien comprendre ce que l'on entend par "protection de la propriété intellectuelle" pour donner suite aux revendications des communautés autochtones et traditionnelles. Dans une certaine mesure, ces revendications peuvent être fondées sur le souhait d'être reconnues et récompensées pour avoir préservé et perpétué des traditions et des produits culturels qui peuvent aujourd'hui être utilisés comme source de créativité. Dans ce cas, est-ce là le rôle de la propriété intellectuelle? La propriété intellectuelle est fondamentalement un système tourné vers l'avenir, qui vise à récompenser l'innovation et la créativité et non la simple préservation du passé. Si les expressions du folklore et les expressions culturelles traditionnelles bénéficient sous une forme ou une autre d'une protection à titre de propriété intellectuelle, cela implique-t-il une réorientation des objectifs de la protection de la propriété intellectuelle? Bien entendu, tous les aspects de la protection de la propriété intellectuelle ne sont pas directement axés sur l'innovation et la créativité, voir en particulier la législation sur les marques, les indications et les signes distinctifs (lois régissant les marques de produits ou de services, les indications géographiques et les symboles nationaux) ainsi que le domaine connexe de la répression de la concurrence déloyale. Ces instruments visent à protéger une réputation établie, un caractère distinctif et une renommée qui peuvent s'attacher à une communauté traditionnelle en raison de son artisanat ou de ses œuvres d'art ou autres produits traditionnels.

Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel

55. En octobre 2003, les États membres de l'UNESCO ont adopté la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. La nouvelle convention traite la question importante de la préservation des traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel, les arts du spectacle, les pratiques sociales, rituelles et événements festifs, les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers, et les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel. Aux fins de la préservation de ce patrimoine, des inventaires nationaux de la propriété culturelle à conserver sont établis et un Comité intergouvernemental de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel a été créé.

56. La convention ne traite pas de questions de propriété intellectuelle. L'article 3.b) déclare que rien dans la convention ne peut être interprété comme "affectant les droits et obligations des États parties découlant de tout instrument international relatif aux droits de la propriété intellectuelle ou à l'usage des ressources biologiques et écologiques auquel ils sont parties". Par conséquent, elle ne traite pas des types de questions auxquelles le comité de l'OMPI est confronté, telles que celles-ci : à qui, le cas échéant, les expressions de la créativité immatérielle appartiennent-elles ou devraient-elles appartenir en tant que propriété privée (comprenant la propriété collective ou communautaire)? Qui, le cas échéant, pourrait ou devrait avoir le droit exclusif d'exploiter commercialement la créativité traditionnelle immatérielle? Devrait-il y avoir une voie de recours juridique contre les utilisations avilissantes, malveillantes ou offensantes d'expressions des cultures traditionnelles ou d'expressions dérivées? Tels sont les types de questions complexes, en rapport direct avec des questions d'ordre professionnel, commercial et culturel, que traite le comité de l'OMPI. Ainsi que l'a dit le représentant de l'UNESCO à la cinquième session, la préservation du patrimoine culturel immatériel et sa protection par la propriété intellectuelle sont des concepts distincts mais néanmoins complémentaires, et un équilibre et une coordination sont nécessaires²⁶. L'OMPI continuera à coopérer avec l'UNESCO à cet égard.

²⁶

WIPO/GRTKF/IC/5/15.

Principales caractéristiques de la protection par le droit d'auteur

57. Le droit d'auteur protège des "œuvres littéraires et artistiques", ainsi qu'il est dit dans la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1971 (ci-après dénommée la "Convention de Berne"). De nombreuses expressions culturelles traditionnelles sont des "productions du domaine littéraire, scientifique et artistique" et constituent par conséquent, en principe, la matière effective ou potentielle de la protection du droit d'auteur.

58. La protection conférée par le droit d'auteur (droits patrimoniaux : pouvoir empêcher ou autoriser, notamment, la reproduction, l'adaptation, la diffusion et la communication au public, et prérogatives du droit moral : attribution et intégrité) semble bien convenir pour répondre aux besoins et aux objectifs des peuples autochtones et des communautés traditionnelles.

59. Il peut être utile à ce stade d'exposer brièvement certaines des caractéristiques fondamentales du système du droit d'auteur pour au moins deux raisons :

i) de nombreuses expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles sont des productions littéraires et artistiques. Les questions de principe que le système du droit d'auteur doit gérer en essayant d'établir le bon équilibre entre auteurs et utilisateurs peuvent aussi s'appliquer aux créations littéraires et artistiques "traditionnelles". Par conséquent, des stratégies ou des régimes visant leur protection pourraient reposer sur le système du droit d'auteur ou du moins s'en inspirer fortement. Nous ne voulons pas dire par là que le système actuel du droit d'auteur fournit nécessairement un modèle approprié pour la protection des expressions culturelles traditionnelles, mais simplement qu'il peut être utile de considérer certains de ses caractères et principes dans une réflexion sur la meilleure manière de protéger les productions littéraires et artistiques traditionnelles;

ii) l'examen de certaines des caractéristiques du droit d'auteur peut aussi être utile à la compréhension de l'interaction entre la législation actuelle sur le droit d'auteur et des formes "traditionnelles" de créativité, en particulier les adaptations et les interprétations "contemporaines" des cultures traditionnelles ou du folklore, et de leur lien, dans le cadre du droit d'auteur, avec les cultures traditionnelles ou le folklore "sous-jacents". Une meilleure compréhension du fonctionnement du système du droit d'auteur dans ce contexte peut permettre de jeter les fondements d'une analyse fiable des préoccupations des communautés autochtones et traditionnelles et des options envisageables pour y répondre.

60. La présente section constitue une présentation succincte et ne couvre pas de manière exhaustive tous les aspects de la législation sur le droit d'auteur. Elle repose sur des documents antérieurs²⁷ et sur les sources qui y sont citées ainsi que sur d'autres textes traitant classiquement du droit d'auteur²⁸.

Caractère général de la protection par le droit d'auteur

61. En substance, le droit d'auteur protège le droit qu'a un auteur d'exercer un contrôle sur la reproduction de ses créations intellectuelles. Tant que l'auteur conserve un contrôle physique sur la création, il exerce un contrôle absolu. Toutefois lorsque la création est

²⁷ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

²⁸ Voir Gorman, R. and Ginsburg, J., Copyright, 2002; Goldstein, P., International Intellectual Property Law, 2001; Ricketson, S., Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques : 1886-1986 (Londres, 1987).

divulguée à des tiers, il devient possible pour eux de la reproduire. Le droit d'auteur est l'instrument juridique qui permet avant tout à l'auteur de contrôler la reproduction de sa création une fois celle-ci divulguée.

Condition d'originalité

62. Les œuvres doivent être “originales” pour pouvoir être protégées. Le terme n'est pas défini dans les traités internationaux pertinents, ni d'une manière générale dans les législations nationales. Il s'agit plutôt d'une question laissée à l'appréciation des tribunaux dans le cadre de certaines affaires. Bien que des différences puissent exister sur ce point entre les systèmes juridiques de droit romain et ceux de *common law*, on peut dire que dans les deux types de systèmes une œuvre est “originale” lorsqu'il y a un certain degré d'effort intellectuel et qu'elle n'a pas été copiée de l'œuvre de quelqu'un d'autre. Le terme “originalité” en droit d'auteur ne signifie pas la même chose que le terme “nouveauté” en droit des brevets.

63. Au moins dans les pays de *common law*, un niveau relativement bas de créativité est exigé pour satisfaire à la condition d'originalité. C'est en grande partie la raison pour laquelle des formes contemporaines d'expressions de la culture traditionnelle réalisées par les générations actuelles de la société qui sont inspirées ou démarquées de motifs autochtones ou traditionnels préexistants peuvent être protégées en tant qu'œuvres nouvelles au titre du droit d'auteur (voir ci-après sous l'intitulé “Œuvres dérivées”).

Objet de la protection

64. Le droit d'auteur n'empêche pas les tiers d'utiliser les idées, les systèmes, les faits, les notions ou les informations figurant dans le travail d'un auteur²⁹. Il s'attache uniquement à la forme littéraire, musicale, graphique ou artistique sous laquelle l'auteur exprime des idées, des informations ou d'autres notions intellectuelles. Le droit d'auteur permet à l'auteur d'exercer un contrôle sur la reproduction de la forme sous laquelle il s'est exprimé. Chacun est libre de créer sa propre expression des mêmes idées et notions, ou de les utiliser concrètement, dans la mesure où il ne copie pas la forme d'expression de l'auteur. La dichotomie entre “idées” ou “informations” d'une part et “expression” d'autre part peut parfois être difficile à appliquer dans la pratique.

65. Pour des raisons analogues, la protection du droit d'auteur ne s'étend pas à des aspects utilitaires, à des éléments de formule ou à d'autres éléments non originaux, à des couleurs ou à des techniques utilisées pour créer une œuvre, ni à ce qu'on appelle parfois le “style” d'une œuvre. Le droit d'auteur permet d'imiter les éléments non originaux ou les idées et notions sous-jacentes des œuvres, la créativité se nourrissant et étant inspirée d'autres œuvres. D'autres branches de la législation de propriété intellectuelle peuvent être plus utiles aux fins de la protection du “style” d'une œuvre, par exemple la législation sur la concurrence déloyale et le délit civil de substitution de produits ou de services.

²⁹ L'article 9.2 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après dénommé “Accord sur les ADPIC”) dispose expressément que “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”.

Titularité collective

66. Le droit d'auteur ne protège pas uniquement les créateurs à titre individuel. Il peut protéger des groupes de créateurs en tant que cotitulaires ou employés. Cependant, il est impératif de pouvoir identifier le ou les créateurs³⁰. En ce qui concerne les expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition, il y a presque toujours un ou des créateurs identifiables, et cette condition est en général remplie. La titularité du droit d'auteur est cessible. Ainsi, des créateurs distincts peuvent céder leurs droits à une entité collective, telle qu'une association communautaire, qui peut exercer les droits au nom d'une communauté. En outre, les tribunaux ont reconnu que des communautés traditionnelles peuvent avoir en équité des intérêts plus larges au respect du droit d'auteur sur des œuvres originales créées au sein de leur patrimoine culturel, intérêts qui existent parallèlement aux droits que la titularité formelle confère au créateur³¹.

67. Toutefois, lorsqu'un créateur ne peut être identifié, comme c'est le cas avec des expressions culturelles préexistantes élaborées en commun ou par des "auteurs inconnus", cela est plus difficile et la protection du droit d'auteur est improbable. En fait, le droit d'auteur actuel a peu de chances de s'appliquer à des productions créées de manière véritablement collective lorsqu'il n'y a pas d'auteur identifiable et que la notion même de "paternité" ne peut pas s'appliquer. La législation sur le droit d'auteur contourne avec une certaine créativité la condition d'"auteur identifié" en fournissant des mécanismes de protection des œuvres anonymes ou pseudonymes³², mais cela n'aide en rien dans le cas d'expressions culturelles anciennes, préexistantes et collectives.

Fixation

68. Conformément à des principes internationaux généraux, la protection du droit d'auteur est possible à la fois pour des œuvres orales et pour des œuvres écrites³³. La Convention de Berne laisse la possibilité de déterminer si des œuvres ne doivent être protégées que si elles ont été fixées sous une forme matérielle. De nombreuses législations nationales, en particulier celles des pays de droit commun, exigent la fixation car celle-ci prouve l'existence de l'œuvre et permet de constituer une base plus claire et plus précise pour les droits. Toutefois, de nombreux autres pays n'exigent pas la fixation, y compris des pays dotés d'une tradition de droit romain qui peuvent être des pays d'Afrique, d'Amérique latine et d'Europe (l'Allemagne, l'Espagne et la France en font partie).

Droits conférés par le droit d'auteur

69. Les droits exclusifs qu'un droit d'auteur confère à son titulaire comprennent normalement le droit d'exercer un contrôle sur la reproduction (y compris l'enregistrement sonore ou visuel), la distribution, la représentation ou exécution publique, la récitation publique et la radiodiffusion de l'œuvre. Ils comprennent aussi un droit d'adaptation ou le

³⁰ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

³¹ Voir "Minding Culture – Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions" (Le respect de la culture : études de cas sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles), par Mme Terri Janke pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

³² Voir, par exemple, les articles 7.3) et 15.4) de la Convention de Berne.

³³ Voir les articles 2.1) et 2.2) de la Convention de Berne

droit d'exercer un contrôle sur la réalisation d'adaptations, d'arrangements ou d'autres modifications (appelées œuvres dérivées – voir plus loin). C'est ce que l'on appelle en général les “droits patrimoniaux”.

70. Cependant, les droits d'auteur n'ont pas tous un effet d'exclusivité. Dans certains cas, les droits peuvent être limités de façon à rendre possibles certaines utilisations de l'œuvre protégée sans l'autorisation préalable du titulaire du droit d'auteur, sous réserve du paiement d'une redevance équitable ou d'un montant raisonnable. On parle alors de “licence obligatoire” ou de “droit à une rémunération équitable”.

71. L'auteur jouit aussi de certaines prérogatives qui constituent son “droit moral”. Il peut revendiquer la paternité de l'œuvre et s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification ou à toute atteinte à l'œuvre qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. Le droit moral appartient à l'auteur de l'œuvre même lorsque les droits patrimoniaux ont été concédés sous licence ou cédés à un tiers.

Œuvres dérivées

72. L'auteur, ou le titulaire ultérieur, détient normalement le droit exclusif d'exercer un contrôle sur la réalisation des adaptations de l'œuvre, c'est-à-dire les œuvres fondées sur l'œuvre préexistante y compris toute forme sous laquelle une œuvre peut être rediffusée, transformée ou adaptée. À titre d'exemples, on peut citer les traductions, les révisions et les adaptations. C'est ce que l'on appelle parfois les “œuvres dérivées”. Un tiers a besoin du consentement de l'auteur de l'œuvre initiale pour en réaliser une œuvre dérivée, mais les œuvres dérivées peuvent elles-mêmes remplir les conditions requises pour être protégées par un droit d'auteur si elles sont suffisamment originales.

73. Même les œuvres dérivées d'éléments tombés dans le domaine public peuvent être protégées par le droit d'auteur car une nouvelle interprétation, un nouvel arrangement, une nouvelle adaptation ou une nouvelle compilation d'éléments tombés dans le domaine public, voire leur “reconditionnement” sous la forme d'une amélioration numérique, d'une colorisation, etc. peut aboutir à une nouvelle expression distincte suffisamment “originale”. Cela contribue aussi à expliquer pourquoi une production littéraire ou artistique contemporaine dérivée, ou inspirée d'une culture traditionnelle, si elle comprend de nouveaux éléments ou une nouvelle expression, peut être considérée comme une œuvre distincte et originale, et, par conséquent, est protégée.

74. Toutefois, la protection accordée à ces œuvres dérivées s'attache uniquement au nouveau matériel ou aux nouveaux aspects de l'œuvre dérivée. C'est ce que l'on appelle le “thin copyright” (protection limitée à la reproduction à l'identique pour les œuvres peu complexes ou peu originales, prévue par le droit américain). Cette expression désigne la fine couche d'éléments pouvant être protégés dans une œuvre par ailleurs non protégeable, les éléments restants étant dictés par la fonctionnalité, appartenant à un autre auteur ou étant tombés dans le domaine public. L'idée est que bien qu'une adaptation puisse faire l'objet d'un droit d'auteur, elle ne peut pas servir à faire sortir quelque chose du domaine public ni à restreindre la portée des droits d'un auteur précédent³⁴.

³⁴ Farley Haight, *op. cit.*, note 85.

75. Ainsi, mis à part le matériel nouveau qui appartient à l'auteur, une œuvre dérivée peut aussi comprendre du matériel appartenant déjà à un autre titulaire de droit ou du matériel tombé dans le domaine public. Le statut de ce matériel – “droit d'auteur” ou “domaine public” selon le cas – n'est pas touché.

76. S'il est vrai que les droits exclusifs du titulaire du droit d'auteur comprennent en général le droit d'autoriser ou d'empêcher l'adaptation de l'œuvre protégée, cela n'empêche pas, en général, les créateurs de s'inspirer des œuvres d'autrui ou de leur emprunter des éléments. Le droit d'auteur fait fond sur l'idée que les nouveaux artistes s'appuient sur les œuvres de tiers et il récompense l'improvisation. Toutefois, la difficulté consiste à distinguer la copie et l'adaptation illégales de l'inspiration légitime.

77. Certaines des questions de politique juridique et culturelle liées aux expressions culturelles traditionnelles peuvent se nouer autour de l'opportunité d'accorder ou non un droit d'adaptation pour les expressions culturelles traditionnelles, ou des exceptions et limitations qui pourraient être appropriées, ainsi qu'il est examiné ci-dessous.

Exceptions et limitations

78. Mis à part le fait qu'il ne protège pas les idées ou faits contenus dans l'œuvre protégée, le droit d'auteur autorise aussi certaines “utilisations loyales” de l'expression elle-même³⁵. Il peut s'agir notamment, selon les circonstances, de la reproduction d'une œuvre pour l'usage purement personnel et privé de la personne qui réalise la copie, de citations ou de l'utilisation d'une œuvre à des fins d'examen, de critique ou de parodie, cette liste n'étant pas exhaustive.

Protection limitée dans le temps

79. La durée de la protection du droit d'auteur est, en général, de 50 ans après le décès de l'auteur, 70 ans dans certains pays. La Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC prévoient une durée minimale de 50 ans, les pays étant libres d'accorder une protection plus longue.

80. Toutefois, on considère en général comme inhérent au système du droit d'auteur que la durée de la protection ne soit pas indéfinie; le système repose en effet sur l'idée que la durée de la protection doit être limitée de sorte que les œuvres tombent finalement dans le domaine public. Mais il existe des exceptions. Les droits sur la célèbre œuvre intitulée “Peter Pan” sont, en vertu de la loi sur le droit d'auteur du Royaume-Uni, réservés à perpétuité à une œuvre caritative, et une proposition a été faite en Australie visant à accorder une protection perpétuelle aux œuvres d'un artiste aborigène célèbre au profit de ses descendants.

81. De nombreuses populations autochtones et communautés traditionnelles souhaitent bénéficier d'une protection de durée indéterminée pour au moins certains aspects des expressions de leurs cultures traditionnelles et, à cet égard, le système du droit d'auteur ne satisfait pas à leurs besoins. Les demandes de protection de durée indéterminée sont étroitement liées aux demandes de protection rétroactives.

³⁵ Harper & Row Publishers, Inc. c. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, cité dans Eldred c. Ashcroft, 537 U.S. 2003.

Droits connexes

82. Il existe aussi des droits liés au droit d'auteur, dits "voisins" ou "connexes". Ils visent à protéger ceux qui aident les auteurs à communiquer et à diffuser leurs œuvres au grand public. On considère en général qu'il existe trois types de droits connexes : les droits sur les enregistrements sonores (phonogrammes), sur les radiodiffusions et les représentations ou exécutions publiques et, conformément au WPPT de 1996, sur les expressions du folklore. Ces droits, et la manière dont ils sont exercés, peuvent jouer un rôle très important aux fins de la protection des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles. Ainsi, dans une culture orale, c'est souvent par la chanson, la psalmodie ou le conte que les éléments de la culture traditionnelle se transmettent au sein d'une communauté et de génération en génération. Grâce aux droits connexes dont ils jouissent, les artistes interprètes ou exécutants traditionnels peuvent décider si leurs interprétations ou exécutions doivent être fixées (c'est-à-dire enregistrées au magnétophone) et comment la fixation (c'est-à-dire l'enregistrement) de ces interprétations ou exécutions doit être ultérieurement diffusée et utilisée.

III. CADRE CONCEPTUEL JURIDIQUE ET CULTUREL

Introduction

83. Dans le cadre des travaux du comité, il a été souligné que la protection des expressions du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles ne doit pas être perçue comme une fin en soi mais comme un instrument permettant d'atteindre des objectifs et de répondre aux aspirations des peuples et des communautés en cause et de promouvoir les objectifs de politique générale nationaux et internationaux.

84. De précédents documents du comité ont laissé entendre que la structure de politique générale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles englobe des questions telles que i) la préservation et la sauvegarde du patrimoine culturel; ii) la promotion de la diversité culturelle; iii) le respect des droits culturels; iv) les besoins et les intérêts des peuples et communautés autochtones et traditionnels; et v) la promotion et la protection de la créativité, en particulier de la créativité fondée sur les traditions, en tant qu'élément d'un développement économique viable.

85. Le lien entre la propriété intellectuelle et les politiques culturelles en rapport avec le patrimoine, la diversité et la créativité est complexe et exige équilibre et coordination. Ainsi que l'a déclaré la Communauté européenne dans un document sur le folklore soumis au comité : "... d'importants intérêts et des principes fondamentaux sur le plan de l'échange culturel sont en jeu"³⁶. L'American Folklore Society (AFS) a fait état de craintes quant aux régimes de propriété intellectuelle : ils pourraient avoir des répercussions négatives sur les personnes ou les groupes qui perpétuent activement les traditions culturelles dynamiques qui contribuent à la connaissance et à la diversité dans le monde³⁷.

86. Une analyse en profondeur de ce lien exige une formulation claire de la nature et des objectifs de la protection de la propriété intellectuelle ainsi que de l'éventail des besoins et des attentes des titulaires et des utilisateurs des expressions du folklore et des expressions

³⁶ WIPO/GRTKF/IC/3/11.

³⁷ Document diffusé par l'AFS à la quatrième session du comité.

culturelles traditionnelles car ils ont trait à la préservation ou à la protection juridique de ces expressions. Une tâche fondamentale consistera à examiner la protection des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles en tenant compte des préoccupations des utilisateurs, des droits des tiers et de l'intérêt public.

Questions normatives particulières

87. Le débat antérieur sur la nature des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles ainsi que leurs liens avec la propriété intellectuelle laisse à penser que les questions normatives clés sont les suivantes :

- i) en ce qui concerne les expressions contemporaines et les adaptations de cultures traditionnelles réalisées par un individu pouvant être ou ne pas être membre de la communauté concernée et qui sont protégées en tant que propriété intellectuelle :
 - l'exercice individuel des droits de propriété intellectuelle doit-il être réglementé d'une manière ou d'une autre, notamment lorsque l'individu concerné n'est pas membre de la communauté dont il a "utilisé" la tradition distinctive?, et
 - la communauté concernée doit-elle jouir de droits collectifs relevant de la propriété intellectuelle sur l'expression contemporaine, en plus des droits détenus par l'individu et séparément de ces droits?
- ii) en ce qui concerne les expressions du folklore et les expressions culturelles traditionnelles qui ne sont pas protégées par un système de propriété intellectuelle parce qu'elles sont considérées comme n'étant pas "originales" ou "nouvelles", ou parce qu'il n'y a pas d'"auteur" identifiable ou d'autre créateur : doivent-elles être protégées en tant que propriété intellectuelle?

88. Il s'agit de questions juridico-culturelles complexes auxquelles seuls les États et leurs communautés peuvent répondre et la mesure dans laquelle des règles de fond pourront être reconnues au niveau international en matière de protection sera sans doute conditionnée par le large consensus qu'il faudrait commencer par dégager quant aux réponses à y apporter. Les paragraphes ci-dessous résument essentiellement les délibérations antérieures au sein du comité sur ces points. On trouvera dans la partie IV un examen des options juridiques qui s'offrent à leur égard.

Créations contemporaines d'inspiration traditionnelle protégées par la propriété intellectuelle

89. Ainsi que beaucoup l'ont souligné, la tradition constitue une source importante de créativité et d'innovation pour les communautés autochtones, locales et culturelles et pour chacun de leurs membres. L'utilisation d'éléments culturels traditionnels en tant que source de créativité contemporaine peut contribuer au développement économique des communautés traditionnelles et de leurs membres (sous forme de création d'emplois, de valorisation de compétences, de promotion du tourisme, de recettes en devises, etc.).

90. La reconnaissance et la promotion de la protection de la propriété intellectuelle aux fins de cette créativité contemporaine peuvent à leur tour appuyer ce développement économique. Ainsi que plusieurs États l'ont souligné, cela est compatible avec l'utilisation de la protection de la propriété intellectuelle en tant que système "progressiste" de récompense de l'innovation et de la créativité. C'est pourquoi l'un des objectifs de la protection que plusieurs États et plusieurs communautés ont identifié est l'exploitation de la culture et du patrimoine aux fins du développement économique ("les industries culturelles").

91. La commercialisation des produits de l'artisanat constitue aussi un moyen pour les communautés de montrer et de renforcer leur identité culturelle et de contribuer à la diversité culturelle. Ici aussi, la propriété intellectuelle peut jouer un rôle en certifiant l'origine des arts et des produits artisanaux (au moyen de marques de certification) ou en combattant la substitution de produits – le fait de présenter comme “authentiques” des produits qui ne le sont pas (par la voie de la législation sur la concurrence déloyale), par exemple, ce qui permet de renforcer la reconnaissance et la valeur des composantes traditionnelles de ces produits et de leur caractère d'identification culturelle.

92. Encourager et récompenser la créativité fondée sur les traditions, en reconnaissant le droit d'auteur et d'autres formes de propriété intellectuelle qui peuvent s'y attacher, répondrait peut-être aux besoins de ces communautés traditionnelles et de ces individus qui souhaitent s'engager sur le marché et établir et défendre des droits de propriété sur leurs créations d'inspiration traditionnelle. Pour eux, les droits de propriété intellectuelle peuvent être utiles, qu'il s'agisse de commercialiser leurs créations fondées sur les traditions ou d'exclure des concurrents profiteurs.

93. Le patrimoine culturel est aussi une source d'inspiration et de créativité pour les parties qui ne connaissent pas le contexte traditionnel ou coutumier, tel que les industries de divertissement, de la mode, de l'édition, du stylisme et d'autres industries culturelles. Il ne s'agit pas nécessairement d'entreprises étrangères au pays de la communauté concernée. Par exemple, les industries de l'édition, de la musique et de l'audiovisuel de nombreux pays en développement, tels que l'Inde et le Nigéria, puisent dans le matériel culturel local, ce qui entre autres choses favorise la diversité culturelle.

94. Mais étant donné que les législations sur le droit d'auteur et sur les dessins et modèles industriels, par exemple, n'opèrent pas de distinction fondée sur l'"authenticité" ou sur l'identité de l'auteur, des auteurs et des stylistes qui ne sont pas membres de la communauté culturelle dont est originaire la tradition peuvent aussi revendiquer et faire appliquer un droit d'auteur ou des droits de dessin ou modèle sur des œuvres et des dessins ou modèles dérivés ou inspirés d'un folklore qui n'est pas “le leur”. Selon les législations en vigueur, ils n'ont aucune obligation vis-à-vis de la communauté source, comme l'obligation de reconnaître l'origine de leur inspiration, de partager les avantages ou de respecter les valeurs et les significations culturelles et spirituelles associées au folklore sous-jacent qu'ils ont adapté, sauf si leurs œuvres sont présentées d'une manière trompeuse qui porte le public à croire à tort qu'un lien de cette nature existe.

95. Dans ce contexte, certains sont en faveur d'un contrôle strict de toutes les utilisations des expressions culturelles traditionnelles par les personnes étrangères à la communauté, y compris la réalisation de l'exploitation d'œuvres dérivées telles que les œuvres fondées sur les expressions culturelles traditionnelles ou inspirées de ces expressions. Cette proposition soulève une question de politique essentielle : celle de l'opportunité de réglementer par un moyen ou un autre l'exercice de droits de propriété intellectuelle par des personnes étrangères à la communauté, qui va au-delà de la répression d'actes manifestement de nature à induire en erreur ou trompeurs.

96. L'autre question de politique consiste à déterminer si, nonobstant les droits de propriété intellectuelle d'un individu sur une adaptation contemporaine d'une expression du folklore ou d'une expression culturelle traditionnelle, les droits coutumiers d'une communauté sur cette adaptation ou sur le folklore sous-jacent devraient être reconnus par le droit d'auteur ou par quelque autre législation. Ces droits et intérêts communautaires peuvent avoir trait à la protection contre toute utilisation culturellement offensante de l'adaptation (il s'agit

d'utilisations qui ne portent pas atteinte au droit d'auteur mais qui heurtent les valeurs culturelles et spirituelles que le folklore sous-jacent connote), la reconnaissance d'un préjudice culturel porté à la communauté sous la forme du versement de dommages-intérêts et le droit d'intenter une action en vertu du droit d'auteur si l'individu concerné ne peut pas ou ne souhaite pas le faire.

Expressions culturelles qui sont du "domaine public"

97. Les questions clés sont peut-être à cet égard les suivantes : faut-il créer des droits de propriété intellectuelle opposables aux tiers sur des expressions culturelles traditionnelles qui sont du "domaine public"? Est-ce que la protection déjà assurée par la propriété intellectuelle aux interprétations contemporaines de cultures traditionnelles établit le bon équilibre et satisfait aux besoins des communautés traditionnelles et du grand public? Est-ce qu'elle offre les meilleures possibilités de créativité et de développement économique? Est-ce qu'elle sert au mieux la diversité culturelle et la préservation de la culture? Est-ce qu'elle répond aux attentes des gardiens des cultures traditionnelles?

98. Il ressort de documents antérieurs qu'une partie intégrante de l'élaboration d'un schéma directeur approprié pour la réflexion sur la problématique "protection de la propriété intellectuelle et expressions culturelles traditionnelles" est une meilleure compréhension du rôle, des contours et des frontières de ce que l'on appelle le "domaine public"³⁸.

99. Le terme "domaine public" est employé ici au sens où on l'utilise dans le contexte du droit d'auteur et il renvoie à des éléments de propriété intellectuelle qui sont exclus de la propriété privée et dont le contenu peut être utilisé par tout membre du public³⁹. Cette notion conventionnelle du domaine public renferme

- i) la propriété intellectuelle dont la durée de protection est échuë,
- ii) la propriété intellectuelle abandonnée ou non revendiquée, et
- iii) les produits intangibles qui n'entrent pas dans le champ de la protection prévue par les législations de propriété intellectuelle⁴⁰.

100. Dans ce contexte, "domaine public" signifie autre chose que "accessible au public" : ainsi, du contenu figurant sur l'Internet peut être accessible au public sans être tombé dans le domaine public au sens du droit d'auteur; il est aussi distinct de la notion d'"état de la technique" au sens de la législation sur les brevets.

101. Le "domaine public" est souvent considéré comme une construction du système de la propriété intellectuelle, qui ne tient pas compte des domaines privés ou des biens communs intellectuels partagés que consacrent les lois coutumières ou indigènes. La délégation du Nigéria et les représentants de l'OAPI, du Conseil Same et des tribus Tulalip de l'État de Washington, notamment, ont souligné à la cinquième session du comité que le domaine

³⁸ Voir les paragraphes 22 à 33 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

³⁹ 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 de document soumis à la première réunion du Comité consultatif du projet IPGRI sur le domaine public, Portland, Oregon, 14 et 15 novembre 2002. Voir aussi Coombe, R., "Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship and a Revitalised Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property", 52 *DePaul L. Rev.* 1171, 2003.

⁴⁰ Voir Van Caenegem, note 24 ci-dessus.

public n'est pas une notion reconnue par les peuples autochtones : les expressions du folklore *stricto sensu* n'ayant jamais été protégées au titre de la propriété intellectuelle, elles ne peuvent pas être considérées comme "tombées dans le domaine public". Ainsi que certains participants l'ont observé, le système du "domaine public" peut être utilisé pour justifier le déni aux communautés autochtones et traditionnelles de droits sur leurs créations et innovations.

102. Mais selon certains, les "biens communs" culturels (qui seraient une forme de domaine public) servent d'importants objectifs juridiques et culturels. C'est par le partage et les adaptations et arrangements contemporains que le patrimoine culturel est conservé vivant et transmis aux générations suivantes⁴¹. Plusieurs États ont donné à entendre que le caractère de "domaine public" du folklore ne gêne pas son développement : au contraire, il permet à des artistes contemporains de réaliser de nouvelles créations qui en sont dérivées ou inspirées; et aussi que le droit d'auteur encourage les membres d'une communauté à garder vivant le "patrimoine culturel préexistant" en offrant aux individus de cette communauté une protection lorsqu'ils utilisent diverses expressions de ce patrimoine dans leurs créations ou œuvres contemporaines⁴².

103. Certains participants du comité ont par conséquent fait valoir que toute protection des expressions culturelles traditionnelles doit établir un équilibre approprié entre protéger les expressions culturelles traditionnelles contre les abus et encourager leur développement et leur diffusion ultérieurs, ainsi que la créativité individuelle qu'elles inspirent⁴³. Selon eux, la propriété intellectuelle actuelle établit cet équilibre en fournissant aux auteurs certains droits exclusifs assortis de limitations et exceptions importantes.

IV. POSSIBILITÉS DE PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES

Introduction

104. La présente section étudie les différentes options juridiques de protection des expressions culturelles traditionnelles qui ont déjà été examinées ou utilisées dans la pratique au niveau national ou dont les participants du comité ont débattu. Des points précis appelant des choix de principe ainsi que des choix juridiques et de politiques que les pays pourront souhaiter considérer sont mis en encadré pour plus de commodité.

105. L'expérience acquise en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles a montré qu'il est peu probable qu'une solution unique "passe-partout" puisse être jugée adéquate pour protéger les expressions culturelles traditionnelles de manière exhaustive et d'une façon adaptée aux priorités nationales, à l'environnement juridique et culturel et aux besoins des communautés traditionnelles dans tous les pays. Une protection efficace serait plutôt à rechercher dans une "palette" de niveaux et de formes de protection multiples et différenciés.

⁴¹ Voir Uchtenhagen, Ulrich, "Protection of Adaptations and Collections of Expressions of Folklore", colloque national sur la protection juridique des expressions du folklore, Beijing, 13-15 septembre 1993.

⁴² Voir les observations de la Communauté européenne et de ses États membres ainsi que du Canada sur le document WIPO/GRTKF/IC/4/3.

⁴³ Par exemple, le Canada, la Chine, l'Équateur, les États-Unis d'Amérique, le Kirghizistan, la Malaisie, le Mexique, la République de Corée, la Roumanie et la Suisse.

106. La présente section va donc examiner l'éventail des possibilités qui peuvent être envisagées aux fins de l'élaboration de méthodes ou systèmes de protection des expressions culturelles traditionnelles à l'échelon national. Ces possibilités comprennent l'utilisation des systèmes actuels de propriété intellectuelle, des droits de propriété intellectuelle adaptés et de nouveaux systèmes autonomes *sui generis*, ainsi que des possibilités ne relevant pas de la propriété intellectuelle. Les options retenues par divers pays dépendent dans une large mesure des objectifs de politique et des buts nationaux visés. Les pays qui ont déjà choisi de proposer une protection propre au folklore ont choisi de le faire par la voie de lois spécifiques sur le folklore, dans le cadre de la législation plus vaste sur le droit d'auteur ou dans le cadre de la protection des savoirs traditionnels. Il n'en est pas moins possible, en passant en revue les possibilités choisies, de discerner certains schémas généraux pouvant conduire à l'identification de principes communs.

Systèmes actuels de propriété intellectuelle, systèmes de propriété intellectuelle adaptés et systèmes autonomes sui generis de propriété intellectuelle

107. De nombreux participants du comité ont affirmé que les systèmes actuels de propriété intellectuelle sont utiles, du moins dans une certaine mesure et dans certains cas, lorsqu'il s'agit de satisfaire aux besoins des communautés autochtones et traditionnelles⁴⁴ (voir le diagramme de la page 57). Ils ont déclaré que les normes et mécanismes existants devaient être utilisés car l'expérience que l'on en a constitué un guide utile et qu'ils offrent des avantages pratiques immédiats (dont la protection internationale prévue par les traités en vigueur). Par exemple, le groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes (GRULAC) a relevé que l'utilisation des lois actuelles de propriété intellectuelle constitue une possibilité parmi d'autres :

“Bon nombre des demandes, besoins et attentes formulés en matière de protection par les détenteurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels (y compris le folklore) pourraient recevoir une réponse totale ou partielle dans le cadre des régimes et des textes réglementaires existant actuellement dans le domaine de la propriété intellectuelle. [...] Les ressources qu'offre la propriété intellectuelle n'ont pas été suffisamment exploitées par les détenteurs de savoirs traditionnels du domaine de la culture, ni par les entreprises (petites et moyennes) constituées par ceux-ci.”⁴⁵

108. De nombreux participants du comité ont aussi fait valoir que les systèmes actuels de propriété intellectuelle ne sont pas entièrement adéquats ou appropriés, et qu'il faudrait les modifier ou créer des systèmes *sui generis*. De nombreux participants se sont prononcés en faveur de la création de systèmes autonomes *sui generis*⁴⁶.

⁴⁴ Communauté européenne (par. 20 et 165 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Canada (par. 46 et 166 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Norvège (par. 33 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), États-Unis d'Amérique (par. 49 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Pologne (par. 156 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), groupe des pays d'Asie (document OMPI/GRTKF/IC/2/10 et par. 170 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

⁴⁵ Page 2 de l'annexe II du document OMPI/GRTKF/IC/1/5.

⁴⁶ Éthiopie (par. 50 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), groupe des pays d'Asie (par. 170 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Thaïlande (par. 172 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), groupe des pays africains (par. 62 du document OMPI/GRTKF/IC/4/15), Brésil (par. 63 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Venezuela (par. 65 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Colombie (par. 67 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Fédération de Russie (par. 68 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Iran (République islamique d') (par. 69 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Indonésie (par. 74 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Maroc

109. Il a aussi été dit que les mesures et les systèmes nouveaux devraient d'abord être essayés au niveau national⁴⁷ et qu'ils devraient être examinés, développés et mis en œuvre avec la participation pleine et entière des peuples autochtones et des communautés traditionnelles touchés⁴⁸.

Options relevant de la propriété intellectuelle et options autres

110. Les droits de propriété de type propriété intellectuelle ne sont pas la seule voie pour protéger les expressions culturelles traditionnelles. Une protection exhaustive peut exiger tout un éventail d'instruments juridiques, relevant de la propriété intellectuelle ou non. Parmi les méthodes envisageables, que ce soit au sein ou à l'extérieur du système de la propriété intellectuelle :

- i) droits de propriété :
 - a) utilisation des droits de propriété intellectuelle actuels, avec éventuellement des modifications;
 - b) systèmes autonomes *sui generis* de propriété intellectuelle ;
- ii) concurrence déloyale;
- iii) pratiques commerciales et lois sur la commercialisation;
- iii) utilisation de contrats et de licences;
- iv) registres, inventaires et bases de données;
- v) lois et protocoles coutumiers et autochtones;
- vi) lois et programmes de conservation du patrimoine culturel;
- vii) moyens de droit commun et autres voies de recours (droits de la personnalité, enrichissement sans cause, information confidentielle, blasphème, etc.);
- viii) droit pénal⁴⁹.

111. Ces options ne s'excluent pas mutuellement et chacune peut, associée aux autres, jouer un rôle. Le choix des modalités et des lignes de conduite dépendra aussi de la nature des expressions culturelles traditionnelles à protéger, et des objectifs de politique que la protection vise à faire avancer.

112. Toutes ces options ne peuvent pas être examinées dans le présent document, en partie pour une question de place et en partie faute de documentation sur les expériences pratiques concernant certaines possibilités et leur utilisation.

[Suite de la note de la page précédente]

(par. 76 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Égypte (par. 80 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15) et Communauté andine (par. 82 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15).
⁴⁷ États Unis d'Amérique (par. 49 du document WIPO/GRTKF/1/13).

⁴⁸ Voir le par. 87 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13, les par. 75, 91 et 117 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16; l'exposé de la position du groupe des pays d'Asie et de la Chine (document OMPI/GRTKF/IC/2/10). Se référer aussi à la réunion régionale de consultation OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore pour les pays d'Afrique, Prétoria, 23-25 mars 1999 (p. 3 du document WIPO/UNESCO/Folk/AFR/99/1); voir *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), pages 80, 128, et 142; par. 152 du document OMPI/GRTKF/IC/2/26; par. 186 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16. Nouvelle-Zélande (par. 41 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15).*

⁴⁹ Par exemple, le droit pénal est utilisé pour protéger les interprétations et exécutions contre l'enregistrement clandestin et les sanctions pénales constituent l'un des moyens de mettre en œuvre les normes figurant dans la Convention phonogrammes.

Objectifs

113. La façon dont un système de protection est façonné et défini dépend dans une large mesure des objectifs qu'il vise à servir. Par conséquent, une première étape fondamentale de tout régime ou de toute approche juridique aux fins de la protection des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles serait de déterminer les grands objectifs visés.

Objectifs de politique exprimés par les États

114. Les États ont indiqué divers objectifs de politique sous-jacents à la protection des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles. Certains se chevauchent, certains peuvent être moins bien servis que d'autres par les systèmes de propriété intellectuelle. Les systèmes *sui generis* actuels de la protection des expressions du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles révèlent aussi une série d'objectifs différents que la protection des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles vise à servir, notamment :

- i) contribuer à la création de richesses, aux possibilités de commerce et au développement économique viable des communautés et des individus⁵⁰;
- ii) instaurer une certitude dans les relations économiques entre communautés et intérêts commerciaux⁵¹ ;
- iii) promouvoir le développement du folklore⁵²;
- iv) encourager au respect du système de propriété intellectuelle en général⁵³;
- v) prévenir l'exploitation non autorisée, l'utilisation illicite et l'utilisation à mauvais escient des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles⁵⁴;
- vi) contribuer à la préservation des cultures traditionnelles et du folklore⁵⁵;
- vii) promouvoir le respect des cultures et des communautés traditionnelles qui les préservent⁵⁶;
- viii) favoriser la diversité culturelle⁵⁷;
- ix) mettre à la disposition du public les expressions du folklore et expressions culturelles traditionnelles dans l'intérêt de tous les êtres humains, tout en maintenant les droits des communautés et des particuliers⁵⁸;

⁵⁰ GRULAC (page 3 de l'annexe I du document OMPI/GRTKF/IC/1/5), Madagascar (par. 54 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Panama (par. 170 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), République islamique d'Iran (par. 30 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13 et par. 168 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Roumanie (par. 176 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13). Loi type de Tunis, 1976; dispositions types, 1982; cadre régional du Pacifique, 2002.

⁵¹ GRULAC (page 3 de l'annexe I du document OMPI/GRTKF/IC/1/5).

⁵² Égypte (par. 167 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Communauté européenne (document OMPI/GRTKF/IC/3/11), Norvège (par. 33 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13). Dispositions types, 1982.

⁵³ Égypte (par. 34 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13).

⁵⁴ Égypte (par. 34 du document WIPO/GRTKF/IC/1/13), Roumanie (par. 176 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16). Loi type de Tunis, 1976; Dispositions types, 1982; cadre régional du Pacifique, 2002.

⁵⁵ Égypte (par. 167 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Équateur (par. 166 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), République islamique d'Iran.

⁵⁶ Égypte (par. 167 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16). Loi du Panama, 2000; Accord de Bangui (OAPI), tel que révisé en 1999.

⁵⁷ Loi indonésienne sur le droit d'auteur, 2002 (préambule).

⁵⁸ Égypte (par. 167 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

- x) stimuler la créativité et l'investissement tout en respectant les intérêts des tiers et de la société dans son ensemble⁵⁹; et
- xi) protéger l'authenticité des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles⁶⁰.

Objectifs poursuivis par les communautés

115. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ont fait part de différents objectifs poursuivis au travers de la protection de la propriété intellectuelle; ils peuvent vouloir :

i) protéger la propriété intellectuelle pour servir le développement économique : certaines communautés souhaitent revendiquer et exercer des droits de propriété intellectuelle sur leurs créations et innovations fondées sur des traditions afin de pouvoir exploiter leurs créations et innovations commercialement, en tant que contribution à leur développement économique;

ii) protéger la propriété intellectuelle pour empêcher tout usage indésirable par des tiers : certaines communautés peuvent souhaiter revendiquer, pour les exercer de manière active, des droits de propriété intellectuelle qui empêchent l'usage et la commercialisation de leur patrimoine culturel et des expressions culturelles traditionnelles par des tiers, y compris une utilisation culturellement offensante ou avilissante. Les usages à empêcher pourraient comprendre l'utilisation qui suggère faussement un rapport avec une communauté, l'utilisation dégradante, diffamatoire ou fallacieuse, et l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles sacrées et secrètes;

iii) empêcher des tiers d'acquérir des droits de propriété intellectuelle sur des expressions culturelles traditionnelles : les communautés cherchent aussi à empêcher des tiers d'obtenir ou de conserver des droits de propriété intellectuelle sur des œuvres dérivées ou des adaptations d'expressions culturelles traditionnelles et sur des représentations. Cela nécessite le recours à des mécanismes défensifs visant à bloquer ou à court-circuiter les droits de propriété intellectuelle de tiers qui sont considérés comme préjudiciables aux intérêts de la communauté et à l'intégrité de son patrimoine culturel ou de ses expressions culturelles.

Fixer les objectifs de politique générale

Les stratégies et systèmes nationaux doivent être fondés sur une évaluation des grands objectifs et des besoins que la protection des expressions du folklore et des cultures traditionnelles est censée servir; cette évaluation devra tenir compte des besoins et des préoccupations des communautés autochtones et traditionnelles ainsi que des questions de politique juridique et de politique culturelle pertinentes.

⁵⁹ Communauté européenne (document OMPI/GRTKF/IC/3/11).

⁶⁰ Loi du Panama, 2000.

Possibilités de protection

Leçons tirées des exemples actuels d'appropriation et d'appropriation illicite

116. De précédents documents du comité fournissent des exemples des types d'appropriation d'expressions culturelles sur lesquels des communautés autochtones et locales et d'autres gardiens et détenteurs ont attiré l'attention. Ces exemples réels laissent à penser que ces communautés et autres parties prenantes ont besoin d'une protection :

- i) contre l'adaptation et la reproduction non autorisées des expressions culturelles traditionnelles et contre leur commercialisation ultérieure sans partage des avantages économiques;
- ii) contre l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles sous des formes qui sont insultantes, dégradantes ou culturellement et spirituellement offensantes;
- iii) contre l'appropriation de la réputation ou du caractère distinctif des expressions culturelles traditionnelles par évocation d'un produit traditionnel authentique, par utilisation d'indications trompeuses ou fallacieuses quant à l'authenticité ou l'origine ou par adoption de leurs méthodes de fabrication ou de leur "style"; et
- iv) contre l'omission de reconnaître la source de la création ou de l'innovation fondée sur les traditions.

117. Ces préoccupations montrent que la protection des expressions culturelles traditionnelles peut renvoyer à la protection i) des expressions elles-mêmes, ii) de la réputation ou du caractère distinctif qui leur sont associés, ou iii) de leur méthode de fabrication (dans le cas de produits artisanaux et de textiles, par exemple). Toutes les branches et formes de propriété intellectuelle sont par conséquent pertinentes, qu'il s'agisse du droit d'auteur, des droits connexes, des marques, des dessins et modèles industriels, des brevets ou de la concurrence déloyale, aux fins de la protection des expressions culturelles traditionnelles.

118. Afin de rendre cette analyse de possibilités aussi pratique que possible, sur la base de ce qui précède, la présente section examine différentes options en rapport avec quelques exemples de détournement en vue de montrer comment l'éventail des possibilités peut être appliqué ou utilisé dans la pratique et l'interaction possible entre les différentes options :

- i) protection des productions littéraires et artistiques traditionnelles contre toute reproduction, adaptation et autres actes de ce type ainsi que prévention de toute utilisation insultante, désobligeante ou culturellement et spirituellement offensante;
- ii) protection des produits de l'artisanat, notamment contre toute imitation de leur style;
- iii) prévention des revendications mensongères ou trompeuses quant à l'authenticité ou à l'origine et de l'omission d'indication de source;
- iv) protection défensive des signes traditionnels et des symboles.

Questions fondamentales aux fins de l'élaboration de stratégies ou de systèmes

119. Des documents antérieurs ont laissé penser que, lors de l'élaboration de toute approche générale ou de tout régime juridique de protection des expressions culturelles traditionnelles en général, les questions fondamentales suivantes doivent être abordées⁶¹ :

- i) objectifs de la protection (déjà examinés ci-dessus);
- ii) matière (portée de la protection);
- iii) critères que la matière doit remplir pour être protégeable;
- iv) titulaires des droits et gestion des droits;
- v) droits conférés, exceptions et limitations;
- vi) procédures et formalités, le cas échéant, pour l'acquisition et le maintien en vigueur des droits conférés;
- vii) sanctions et procédures d'application;
- viii) perte des droits, expiration des droits; et
- ix) arrangements provisoires.

120. La même structure a été utilisée pour les exposés sur la protection des expressions culturelles traditionnelles présentées durant la quatrième session du comité⁶² et pour l'analyse comparative des systèmes *sui generis* qui figure dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3.

Possibilités de protection des productions littéraires et artistiques traditionnelles*Options fondées sur le droit d'auteur*

Critères de protection

121. *Condition d'originalité.* Les productions littéraires et artistiques contemporaines fondées sur les traditions sont souvent suffisamment originales pour pouvoir être protégées par la législation en vigueur sur le droit d'auteur⁶³. Ces productions contemporaines peuvent comprendre de nouvelles interprétations, de nouveaux arrangements, de nouvelles adaptations ou de nouvelles compilations d'expressions culturelles préexistantes, voire leur "reconditionnement" sous la forme d'une amélioration numérique, d'une colorisation, etc.

122. La principale question de politique consiste à déterminer si la protection doit être étendue aux expressions du folklore *stricto sensu*, et aux simples créations et imitations de ces éléments, qui actuellement sont considérés comme étant du domaine public du point de vue du système de la propriété intellectuelle. S'agissant de clarifier les options en matière de critères de protection, cela revient à se demander si une forme d'"originalité" est requise et, dans l'affirmative, sur la façon dont l'originalité sera interprétée dans le contexte traditionnel ou folklorique.

⁶¹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁶² Documents WIPO/GRTKF/IC/4/INF/2 à 5 Add.

⁶³ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

123. En général, les systèmes *sui generis* actuels ne sont pas conçus comme un sous-ensemble du droit d'auteur, et ils n'exigent pas l'originalité. Par exemple, les dispositions types ne mentionnent pas de condition d'originalité; il s'ensuit que nombre de législations nationales sur le droit d'auteur qui les incorporent ne le font pas non plus. De même, il n'y a pas de condition d'originalité explicite dans la législation panaméenne ni dans le cadre régional du Pacifique.

124. *Fixation* : on suggère souvent que les productions littéraires et artistiques traditionnelles orales ne sont pas protégées et ne peuvent pas l'être parce qu'elles ne sont pas fixées. De nombreuses expressions culturelles traditionnelles sont préservées et transmises de génération en génération par des moyens oraux et ne sont traditionnellement jamais consignées par écrit. La fixation n'est pas un élément nécessaire de la législation sur le droit d'auteur et les pays peuvent prévoir que les œuvres en général ou les expressions culturelles traditionnelles en particulier n'ont pas besoin d'être fixées sous forme matérielle pour pouvoir être protégées.

125. Par exemple, la loi type de Tunis exclut toute possibilité d'exiger la fixation d'une œuvre du folklore. Ses rédacteurs ont estimé que les œuvres du folklore sont souvent de par leur nature même sous forme orale et jamais enregistrées : demander qu'elles soient fixées pour bénéficier d'une protection met cette protection en péril et même, selon les commentaires sur la loi type, crée le risque de voir le droit d'auteur aller à ceux qui les fixent. La fixation n'est pas exigée dans les dispositions types, la loi du Panama, l'Accord de Bangui ni le cadre régional du Pacifique.

126. *Usage commercial* : un système *sui generis* actuel prévoit que les expressions culturelles traditionnelles protégées doivent notamment "pouvoir donner lieu à un usage commercial"⁶⁴.

127. *Caractère traditionnel* : plusieurs systèmes *sui generis* prévoient que la matière protégée doit être fondée sur la "tradition"⁶⁵ ou être "traditionnelle"⁶⁶ (en l'occurrence, cela signifie que les expressions culturelles traditionnelles doivent avoir été créées à des fins traditionnelles, être intergénérationnelles, appartenir à un groupe particulier et être détenues collectivement).

Titulaires des droits; gestion des droits

128. *Droits communautaires* : plusieurs participants du comité ont souligné que les expressions du folklore et les expressions culturelles traditionnelles sont en général considérées comme étant d'origine collective et sont détenues collectivement de sorte que tous droits sur ce matériel doivent être dévolus à des communautés plutôt qu'à des individus⁶⁷. Ces droits communautaires peuvent avoir deux dimensions :

i) des droits et des intérêts communautaires coutumiers sur les expressions sous-jacentes du folklore *stricto sensu* pourraient être reconnus et protégés au sens de la propriété intellectuelle, et

⁶⁴ Loi du Panama.

⁶⁵ Loi du Panama.

⁶⁶ Cadre régional du Pacifique.

⁶⁷ GRULAC (page 5 de l'annexe II du document OMPI/GRTKF/IC/1/5), SAARC (paragraphe 26 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Indonésie (paragraphe 29 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13).

ii) des droits et des intérêts communautaires coutumiers sur une œuvre qui est aussi protégée par le droit d'auteur au nom d'un auteur individuel pourraient être reconnus et protégés.

129. Des tribunaux ont bien voulu reconnaître des intérêts communautaires sur une œuvre protégée par le droit d'auteur⁶⁸. Le droit d'auteur communautaire pourrait aussi faire l'objet d'une disposition *sui generis* particulière dans la législation sur le droit d'auteur. Ainsi, l'Australie étudie la possibilité d'accorder aux communautés le droit d'exercer les prérogatives du droit moral afin de se protéger contre toute utilisation inappropriée, malveillante ou susceptible de heurter leur sensibilité culturelle de matériel protégé fondé sur la tradition⁶⁹. Récemment, le Ministre de la justice a annoncé l'intention de son Gouvernement de présenter au parlement les modifications nécessaires à la loi sur le droit d'auteur avant la fin de 2003⁷⁰.

130. Des droits collectifs sont aussi prévus dans des législations *sui generis* autonomes :

- i) la loi des Philippines prévoit des droits pour les “communautés culturelles autochtones ou peuples autochtones”;
- ii) la loi du Panama prévoit la protection des “droits collectifs des peuples autochtones” et les demandes d'enregistrement de ces droits doivent être effectuées par “les congrès généraux ou les autorités traditionnelles autochtones”;
- iii) le cadre régional du Pacifique confère des “droits culturels traditionnels” aux dépositaires traditionnels, définis comme le groupe, le clan ou la communauté de personnes, ou un individu qui est reconnu par un groupe, un clan ou une communauté de personnes comme étant l'individu à qui a été confiée la garde ou la protection des expressions culturelles, conformément à la législation et aux pratiques coutumières de ce groupe, de ce clan ou de cette communauté. Ces droits s'additionnent à toute propriété intellectuelle qui peut subsister dans les expressions de la culture mais n'affectent pas cette propriété intellectuelle.

131. Toutefois, la plupart des législations nationales qui prévoient actuellement une protection *sui generis* des expressions culturelles traditionnelles et qui sont fondées sur les dispositions types et la loi type de Tunis attribuent des droits à l'État ou à un organe statutaire, ou au moins prévoient que ces droits doivent être gérés et exercés par l'État. Elles prévoient que l'autorisation d'utiliser des expressions du folklore doit être obtenue auprès d'une entité (une “autorité compétente”) créée par l'État (cette option crée la fiction juridique que l'État est l'“auteur” ou le “titulaire” des droits sur ces expressions) ou auprès de la “communauté concernée” (article 10.e)). La loi type de Tunis exige que des droits sur le folklore soient exercés par une autorité nommée par le gouvernement (article 6). Dans la plupart des cas, le produit de la délivrance de titres de protection est affecté à des programmes liés au patrimoine national, au bien-être social et à la culture.

132. *Droits individuels* : les États ont aussi noté que des individus mettent au point et créent des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles et que les droits qu'ils détiennent au titre du droit d'auteur et d'autres droits de propriété intellectuelle doivent être reconnus. Certains font valoir que reconnaître ces droits est essentiel pour encourager et

⁶⁸ Voir Janke, Terri, *Minding Culture – The Protection of Traditional Cultural Expressions*, commandé par l'OMPI.

⁶⁹ Intervention de la délégation de l'Australie (par. 131 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15).

⁷⁰ Onzième colloque biennal sur la pratique et la législation du droit d'auteur, 2003, Sydney, 21 et 21 novembre 2003.

promouvoir la créativité fondée sur les traditions. C'est précisément ainsi, considèrent-ils, que le système de la propriété intellectuelle est censé fonctionner : son rôle ne consiste pas à récompenser la préservation du passé mais plutôt à le revitaliser et à stimuler la créativité fondée sur les traditions aux fins de la croissance économique⁷¹. Il est aussi souligné que tout droit d'auteur sur une œuvre dérivée ne porte que sur le matériel nouveau et laisse le matériel sous-jacent en l'état. Cet aspect a été évoqué plus haut : c'est le principe du "thin copyright".

133. Toutefois, la question se pose de savoir s'il faut et comment il faut réglementer les œuvres dérivées créées par des individus, en particulier lorsqu'ils n'ont aucun lien avec les traditions et le matériel culturel qu'ils ont adaptés ou dont ils se sont inspirés.

134. Les dispositions types, la loi type de Tunis, l'Accord de Bangui et les autres systèmes *sui generis* et lois nationales sont en général dépourvues de ces restrictions. Les dispositions types ne prévoient pas de droit d'adaptation et comprennent une large "exception d'emprunt" (voir "Droits, exceptions et limitations" ci-dessous). Or c'est souvent l'adaptation et la commercialisation d'éléments traditionnels par des étrangers qui peuvent causer le plus de tort culturel et de dommage économique. Certains pourraient aller jusqu'à dire que le droit d'auteur et les autres droits de propriété intellectuelle sur les créations inspirées des traditions qui sont le fait d'étrangers à la communauté ne devraient pas être reconnus.

135. Une approche possible, que l'on trouve dans le cadre régional du Pacifique, est de ne pas dénier le droit d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle aux œuvres dérivées émanant de créateurs non traditionnels mais d'imposer à ces créateurs extérieurs des obligations envers la communauté concernée (reconnaissance de la communauté comme source, partage des avantages découlant de l'exploitation du droit d'auteur ou respect d'une certaine forme de droit moral à l'égard des traditions sous-jacentes utilisées). Cette approche comble une lacune des dispositions types en ce qui concerne l'adaptation du folklore et la création d'œuvres dérivées.

136. *Gestion des droits* : plusieurs options existent lorsque la préférence va à l'attribution de droits à un organe autre que communautaire. Mention a déjà été faite des pratiques nationales actuelles de nombreux États où un organe statutaire est désigné comme titulaire des droits sur les expressions culturelles traditionnelles, qu'il doit exercer dans l'intérêt d'une communauté précise ou des communautés de l'État en général⁷². Dans de nombreux cas, c'est le bureau du droit d'auteur qui exerce cette fonction mais il n'est pas nécessaire que ce soit lui.

137. Que les droits sur les expressions du folklore et les expressions culturelles traditionnelles soient dévolus aux communautés ou à des organes désignés par l'État, les organisations de gestion collective actuelles représentent potentiellement la façon la plus pratique d'administrer ces droits. Les participants du comité⁷³ et les organisations de gestion collective elles-mêmes⁷⁴ ont exprimé leur intérêt pour une exploration plus approfondie de cette possibilité.

⁷¹ Communauté européenne (document WIPO/GRTKF/IC/3/11), Égypte (par. 34 du document WIPO/GRTKF/IC/1/13), document soumis par le groupe des pays africains (document WIPO/GRTKF/IC/3/15).

⁷² Voir les réponses au questionnaire sur le folklore, le document WIPO/GRTKF/IC/3/10 et le document du GRULAC (page 5 de l'annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/1/5).

⁷³ GRULAC (page 5 de l'annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/1/5).

⁷⁴ Telle que la Fédération internationale des organismes gérant les droits de reproduction (IFRRO).

138. La loi type de Tunis, les dispositions types, la loi des Philippines et le cadre régional du Pacifique envisagent tous la création d'une autorité chargée d'administrer les droits, de délivrer les autorisations et d'accomplir d'autres tâches; par exemple, l'autorité culturelle prévue par le cadre régional du Pacifique et la Commission nationale des populations autochtones dans la loi des Philippines ont de nombreuses autres fonctions.

139. *Folklore partagé par plusieurs communautés et "folklore régional"* : dans certains cas plusieurs communautés d'un pays peuvent avoir des droits qui éventuellement se chevauchent sur une même expression du folklore ou sur des expressions très similaires. Comment traiter des revendications concurrentes à l'égard d'expressions du folklore identiques ou similaires? Les options comprennent la cotitularité des droits et la possibilité pour les communautés de demander séparément (si une certaine forme de demande est nécessaire) et de détenir séparément des droits sur la même expression du folklore ou sur une expression similaire.

i) Dans la loi du Panama, par exemple, il est dit que plus d'une communauté peut demander à être titulaire de droits sur la même expression culturelle traditionnelle et à être enregistrée à ce titre. Autre solution possible : attribuer ces droits à l'État ou à un organe statutaire, comme indiqué ci-dessus.

ii) Selon le cadre régional du Pacifique, l'autorité culturelle est chargée de résoudre les conflits en ce qui concerne la titularité d'une expression culturelle traditionnelle particulière. Le conflit doit être résolu conformément au droit coutumier ou selon d'autres moyens. Si l'on ne trouve pas de dépositaire traditionnel ou à défaut d'accord quant à la titularité, il peut être décidé que l'autorité culturelle sera le dépositaire traditionnel⁷⁵.

140. En outre, des communautés de différents pays et même de différentes régions peuvent revendiquer le même folklore ou un folklore similaire (appelé précédemment "folklore régional"). Ce dernier aspect est traité de manière plus approfondie dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6 sur la "dimension internationale". En réponse au questionnaire sur le folklore de 2001, les États ont suggéré notamment l'utilisation en de tels cas de bases de données nationales ou internationales sur le folklore, le recours à des modalités extrajudiciaires de règlement des litiges, des systèmes d'enregistrement et de notification, la gestion collective et la création d'organismes de règlement des litiges⁷⁶.

141. Les organisations et les mécanismes régionaux actuels (tels que l'ARIPO et l'OAPI en Afrique, qui, avec la Zambie, se sont manifestées auprès du comité⁷⁷) peuvent être des parties prenantes importantes dans la résolution de la question du "folklore régional". Leur rôle éventuel appelle un examen plus poussé.

Droits, exceptions et limitations

142. *Nature des droits* : nombreux sont ceux qui considèrent que les systèmes et mécanismes de protection des expressions culturelles traditionnelles devraient, dans la mesure du possible, prendre en considération et rendre effectivement applicable le principe de "consentement préalable en connaissance de cause" à l'égard des dépositaires de ces expressions. Cette démarche pourrait fondamentalement s'inscrire dans une double perspective :

⁷⁵ Articles 18 et 19.

⁷⁶ Voir par exemple les réponses du Canada, de la Colombie, de l'Égypte, de la Fédération de Russie, de la Gambie, de l'Indonésie, de la Jamaïque, du Kirghizistan, de la Malaisie, du Mexique et de la Roumanie.

⁷⁷ Par. 48, 50 et 51 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15.

i) assurer que le consentement préalable en connaissance de cause a été obtenu avant l'enregistrement ou la fixation des expressions du folklore (telles qu'un enregistrement sonore, une photographie ou la transcription écrite d'un exposé oral) – par exemple, cela pourrait être garanti en partie par un droit à autoriser la fixation d'une interprétation ou exécution d'une expression du folklore (comme le prévoit déjà le WPPT); et

ii) veiller à ce que les dépositaires d'expressions culturelles traditionnelles puissent faire valoir leurs droits sur certaines utilisations par des tiers des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles, ce qui leur permettrait de fixer les modalités d'exploitation commerciale et de s'opposer à certaines utilisations de ces expressions (notamment toute utilisation outrageante ou dégradante).

143. Dans le cadre du droit d'auteur et du droit de la propriété intellectuelle, le principal mécanisme permettant de garantir le consentement préalable en connaissance de cause serait de reconnaître des droits exclusifs sur l'objet protégé. Des droits exclusifs (le droit d'autoriser ou d'empêcher certains actes) sont prévus dans la loi type de Tunis, les dispositions types, la législation du Panama, le cadre juridique régional du Pacifique et la législation des Philippines.

144. Ces droits exclusifs sont considérés par certains comme un moyen permettant aux communautés d'empêcher l'utilisation illicite de leurs expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles et de gérer l'exploitation commerciale de ces dernières par des tiers, de manière à garantir la mention correcte de la source, le partage des avantages découlant de cette exploitation et le respect des valeurs culturelles et spirituelles coutumières⁷⁸.

145. Toutefois, tous les droits reconnus dans le domaine du droit d'auteur et des droits connexes ne sont pas nécessairement exclusifs. Certains systèmes de protection des droits des artistes interprètes ou exécutants ont prévu un droit simple d'accorder (ou de refuser) l'autorisation de fixer une interprétation ou exécution, plutôt qu'un droit exclusif distinct sur l'interprétation ou exécution en tant que telle, qu'il serait possible de faire valoir séparément après la fixation. Les autres formes de protection du droit d'auteur ne s'articulent pas autour du consentement préalable, mais permettent au titulaire du droit de pouvoir prétendre à une rémunération équitable pour l'utilisation du matériel protégé. Ces mécanismes, bien connus dans le domaine du droit d'auteur, sont également dénommés licences non volontaires ou licences obligatoires (voir, par exemple, les articles 11*bis*.2) et 13.1) de la Convention de Berne).

146. L'élaboration de ces stratégies répond à la volonté de trouver un juste équilibre entre certains droits reconnus dans le système du droit d'auteur, un certain nombre de mécanismes de protection des expressions du folklore ayant également défini un droit à percevoir une rémunération équitable, souvent dans le cadre d'un système de *domaine public payant*⁷⁹. Ce système, qui autorise généralement l'utilisation des productions considérées comme étant tombées dans le "domaine public", à la seule condition de verser une redevance équitable, est appliqué dans le cadre de l'Accord de Bangui et des législations nationales des pays qui se sont alignés sur cet accord. Toutefois, il a fait l'objet de critiques au motif qu'il compromet le rôle important joué par le domaine public dans le système du droit d'auteur.

⁷⁸ GRULAC (p. 2 de l'annexe I et p. 5 de l'annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/1/5), Zambie (paragraphe 38 du document WIPO/GRTKF/IC/1/13).

⁷⁹ GRULAC (p. 2 de l'annexe I et p. 5 de l'annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/1/5), accord de Bangui de l'OAPI, voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3.

147. *Quels droits?* Suivant l'exemple de la plupart des législations nationales inspirées du droit d'auteur, il est possible d'étendre les droits sur les œuvres littéraires et artistiques traditionnelles à des actes tels que la reproduction, la représentation ou exécution publique, la mise en circulation, la récitation en public, la communication au public et l'importation (de copies ou d'adaptations non autorisées en vertu de la législation du pays d'importation). Ces droits peuvent faire l'objet d'une cession ou d'une concession sous licence (bien que la cession puisse être limitée par la loi en vue de garantir aux communautés traditionnelles la titularité des droits). Le droit moral (y compris le droit moral communautaire éventuel) peut également revêtir une importance particulière et, généralement, il ne peut faire l'objet d'une cession ou d'un transfert.

148. Certaines questions fondamentales relatives à la politique à mener et aux aspects juridiques, soulevées dans le présent document, s'articulent autour du droit d'adaptation dans le cadre du droit d'auteur et de la fixation d'exceptions et de limitations appropriées. Le droit d'adaptation est applicable à la production d'œuvres dérivées fondées sur l'utilisation des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles : ces œuvres peuvent remplir individuellement les conditions nécessaires pour être protégées par le droit d'auteur en tant qu'œuvres originales. Un droit d'adaptation permettrait aux communautés ou aux autres titulaires de droits d'empêcher ou d'autoriser la production de ces œuvres dérivées, ou alors de percevoir une rémunération équitable pour leur utilisation, si elles sont dérivées de leurs expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles. Si ce droit d'adaptation n'existe pas, la communauté ne peut pas réglementer l'utilisation de ses matériels et traditions culturels.

149. Les dispositions types ne reconnaissent pas de droit d'adaptation aux titulaires de droits sur les expressions du folklore et, comme pour bien insister sur cet aspect, elles prévoient même une large exception en ce qui concerne "l'emprunt d'expressions du folklore pour la création d'une œuvre originale d'un ou plusieurs auteurs"⁸⁰. Cette exception a été spécialement admise afin de favoriser le libre développement de la créativité individuelle inspirée des expressions culturelles. Les dispositions types ne visaient nullement à faire obstacle à la création et à la protection par la propriété intellectuelle des œuvres originales fondées sur les expressions culturelles.

150. Les pays ayant mis en place, dans le cadre de leur législation nationale, des systèmes *sui generis* de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ont des opinions divergentes sur ce point. Certains octroient un droit d'adaptation, d'autres non. Le cadre juridique régional du Pacifique prévoit un droit d'adaptation mais définit, à l'égard des créateurs externes, certaines obligations à l'égard de la communauté concernée (comme l'obligation de mentionner la communauté ou de partager les avantages découlant de l'exploitation du droit d'auteur et de respecter certaines prérogatives attachées au droit moral en ce qui concerne les traditions utilisées).

151. La non-indication de la source ou la fourniture d'informations trompeuses à cet égard sont fréquemment dénoncées par les communautés autochtones et traditionnelles. Bien que cette question soit traitée plus en détail ci-après, il convient de noter que les dispositions types, ainsi que de nombreux systèmes de protection du folklore fondés sur le droit d'auteur, prévoient des droits et recours en cas de non-indication de la source.

⁸⁰ Article 4.1)iii) des dispositions types de 1982.

152. *Quelles exceptions et limitations?* Tout comme la protection du droit d'auteur fait l'objet de certaines limitations et exceptions, les législations nationales inspirées du droit d'auteur visant à protéger les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles contiennent la plupart des exceptions et limitations généralement énoncées dans le droit d'auteur. Dans les dispositions types, aucune autorisation n'est requise en cas d'utilisation des expressions du folklore à des fins d'enseignement, "à titre d'illustration" d'une œuvre originale, en cas d'"emprunt" des expressions du folklore pour la création d'une œuvre originale d'un auteur et en cas d'utilisation "fortuite", par exemple pour rendre compte d'événements d'actualité, et lorsque les expressions du folklore utilisées sont situées en permanence dans un lieu public.

153. Plus généralement, de nombreux États ont souligné que tout type de protection par la propriété intellectuelle des expressions culturelles traditionnelles doit faire l'objet de nombreuses limitations afin de ne pas protéger ces dernières de façon trop rigide. Une protection excessivement stricte peut étouffer la créativité et freiner les échanges culturels et se révéler impossible à mettre en œuvre, à contrôler et à appliquer.

154. Toutes les exceptions généralement prévues dans le domaine du droit d'auteur ne sont pas nécessairement appropriées, car elles peuvent porter atteinte aux prérogatives attachées aux droit et protocoles coutumiers – par exemple, les exceptions en vertu desquelles une sculpture ou une œuvre artistique exposée en permanence dans un lieu public peut être reproduite sans autorisation sur des photographies, des dessins ou d'autres supports⁸¹. De même, les législations nationales en matière de droit d'auteur autorisent souvent les archives publiques, les bibliothèques et autres organismes publics à reproduire des œuvres littéraires et artistiques en vue de les mettre à la disposition du public. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'expressions culturelles traditionnelles protégées par le droit d'auteur, cette démarche peut poser des problèmes culturels et spirituels.

155. Les systèmes *sui generis* existants, qu'ils aient été élaborés dans le cadre du droit d'auteur ou qu'ils soient autonomes, ont prévu des exceptions dans les cas suivants :

- i) utilisation des expressions culturelles traditionnelles par les "détenteurs traditionnels" (cadre juridique régional du Pacifique);
- ii) utilisation sans intention de lucre et dans le contexte traditionnel ou coutumier (dispositions types);
- iii) utilisation par les groupes de danse folkloriques et les petits artisans non autochtones (loi du Panama);
- iv) utilisation par des organismes publics à des fins non commerciales (loi type de Tunis);
- v) utilisation par des citoyens du pays (par opposition à ceux qui ne sont pas citoyens).

⁸¹ McDonald I., *Protecting Indigenous Intellectual Property* (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998), p. 44.

Procédures et formalités

156. Les participants du comité ont proposé que les formes de protection soient concrètement applicables, notamment en ce qui concerne les communautés traditionnelles, et n'imposent pas une charge administrative excessive aux titulaires de droits et aux administrateurs. Par ailleurs, les modes extrajudiciaires de règlement des litiges devraient être utilisés dans la mesure du possible⁸².

157. *Protection automatique ou enregistrement.* Il est essentiel de déterminer s'il convient de recourir à une protection automatique ou plutôt à un enregistrement sous une forme ou une autre.

i) une première possibilité consisterait à exiger une protection automatique, sans qu'il soit nécessaire de procéder à des formalités, de sorte que les expressions culturelles traditionnelles bénéficient d'une protection dès leur création, comme c'est le cas en matière de droit d'auteur;

ii) une deuxième possibilité consisterait à exiger une forme quelconque d'enregistrement, éventuellement sous réserve d'un examen quant à la forme ou quant au fond. Un système d'enregistrement peut soit avoir un effet purement déclaratif, la preuve de l'enregistrement permettant de fonder une revendication de titularité, soit être constitutif de droits. Un enregistrement peut apporter des précisions et un degré de certitude utiles quant à la question de savoir quelles expressions culturelles traditionnelles sont protégées et dans l'intérêt de qui. En ce qui concerne les expressions culturelles immatérielles, un mode quelconque de fixation, comme l'enregistrement ou la documentation, constitue en tant que tel une forme de protection.

158. Il convient de noter que dans les premières versions des dispositions types, un système d'enregistrement était prévu, mais cet aspect a été supprimé par la suite car il a été estimé que l'enregistrement et la documentation convenaient mieux à la conservation qu'à la protection de la propriété intellectuelle. Ni les dispositions types, ni le cadre juridique régional du Pacifique ne prévoient une forme quelconque d'enregistrement ou de documentation.

159. Plusieurs mécanismes *sui generis* de protection des expressions culturelles traditionnelles prévoient un système d'enregistrement, y compris ceux du Panama et des Philippines. D'autres pays, tels que Cuba⁸³, ont créé des services d'enregistrement. La réponse du Costa Rica au questionnaire sur le folklore envoyé par l'OMPI en 2001 contient des propositions détaillées relatives à la mise en place et à la gestion de ces services d'enregistrement.

⁸² GRULAC (p. 9 de l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/1/5), groupe des pays d'Asie (WIPO/GRTKF/IC/2/10), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

⁸³ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/3/10, ainsi que l'exposé intitulé "Artisanal Works and Copyright", présenté par Dolores Isabel Aguero Boza à l'Atelier OMPI-CCI sur la protection juridique des objets d'artisanat originaux, tenu à La Havane, du 30 janvier au 1^{er} février 2001, WIPO-ITC/DA/HAV/01/6.

Procédures de sanction et d'application

160. Communautés et autres entités font valoir que les moyens de recours prévus dans la législation actuelle ne suffisent peut-être pas à empêcher une utilisation illicite des œuvres d'un artiste autochtone titulaire du droit d'auteur ou à justifier l'octroi de dommages-intérêts d'un montant équivalent au préjudice culturel et non économique découlant de cette utilisation illicite. Ces questions culturelles pourraient être prises en considération par les tribunaux au moment de fixer le montant des dommages-intérêts, comme dans l'affaire *George M*, Payunka, Marika and Others c. Indofurn Pty. Ltd*⁸⁴.

Perte ou extinction des droits

161. La durée de la protection par le droit d'auteur expire généralement 50 ans après la mort de l'auteur ou, dans certains pays de tradition juridique différente, 70 ans après. La Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC prévoient une période de protection minimale de 50 ans et les pays sont libres de protéger le droit d'auteur pendant une période plus longue. Des dispositions différentes peuvent être applicables pour certains droits connexes.

162. Il est généralement admis, comme un élément indispensable à l'équilibre du système du droit d'auteur, que la durée de la protection ne doit pas être illimitée, de sorte que, à terme, les œuvres tombent dans le domaine public. Toutefois, il existe des exceptions. En vertu de la loi sur le droit d'auteur du Royaume-Uni, les droits sur la célèbre œuvre "Peter Pan" ont été conférés à perpétuité à une œuvre de charité et, en Australie, il a été proposé d'accorder une protection perpétuelle aux œuvres d'art d'un artiste autochtone réputé au profit de ses descendants.

163. De nombreux peuples autochtones et communautés traditionnelles souhaitent obtenir la protection illimitée d'au moins certains aspects des expressions de leur culture traditionnelle et, à cet égard, le système du droit d'auteur ne répond pas à leurs attentes. Les demandes de protection illimitée sont étroitement liées aux demandes de protection à titre rétroactif.

164. Aucun délai n'est fixé dans les dispositions types, la loi du Panama ou le cadre juridique régional du Pacifique. Il a été proposé que la durée de protection illimitée demandée soit "prospective" plutôt que rétroactive et que les expressions culturelles traditionnelles soient protégées pendant les 150 prochaines années, par exemple⁸⁵. Il a également été proposé que la durée de protection maximale soit liée à la durée d'existence de la communauté source. Cela conférerait à l'utilisation actuelle une importance comparable à celle d'une marque, de sorte que si la communauté concernée n'utilisait plus les expressions culturelles traditionnelles ou si elle n'existait plus en tant qu'entité déterminée, leur protection tomberait en déchéance⁸⁶.

⁸⁴ 30 IPR 209. Voir Janke, "Minding Culture: Case-Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions"(WIPO/GRTKF/IC/5/Study 2).

⁸⁵ Voir le par. 37 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15.

⁸⁶ Scafidi S., 'Intellectual Property and Cultural Products,' 81 *B.U.L. Rev.* 793.

Enregistrements et interprétations ou exécutions des productions littéraires et artistiques*L'utilisation des contrats et le rôle des spécialistes du folklore*

165. Le droit d'auteur et les droits connexes sont conférés pour des enregistrements audio et audiovisuels et lorsque ces enregistrements portent sur une interprétation ou exécution ou d'autres matériels folkloriques (tels que de la musique ou des fables), les droits sur les enregistrements peuvent être utilisés pour protéger, indirectement, les intérêts liés aux matériels folkloriques.

166. Les peuples autochtones et communautés locales font parfois valoir que leurs droits et intérêts en matière de propriété intellectuelle, y compris ceux découlant du droit coutumier et autochtone, ne sont pas toujours protégés lorsque leurs expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles sont enregistrées et fixées pour la première fois par les spécialistes du folklore et autres travailleurs sur le terrain, ou lorsqu'elles sont par la suite diffusées et mises à la disposition du public par les musées, les archives et autres collectionneurs.

167. Les activités menées par les spécialistes du folklore, les personnes chargées de la collecte des données, les travailleurs sur le terrain, les musées ou encore les archives, revêtent une importance capitale pour la préservation, la conservation, la gestion et la transmission aux générations futures des formes immatérielles et matérielles du patrimoine culturel. Les musées jouent également un rôle didactique précieux. En ce qui concerne la propriété intellectuelle en particulier, parfois, c'est uniquement grâce aux efforts déployés par les spécialistes du folklore et autres collectionneurs qu'il est possible de retracer les véritables origines d'œuvres musicales ou d'autres créations fondées sur la tradition et de s'assurer que leurs créateurs ou les héritiers de ces derniers sont correctement mentionnés et, dans la mesure du possible, rétribués. Des informations sur les activités et données d'expérience des spécialistes du folklore, musées, archives et institutions œuvrant à la préservation du patrimoine culturel figurent dans des documents antérieurs⁸⁷.

168. Toutefois, en matière de propriété intellectuelle, les enregistrements sur le terrain conservés par les archives, les musées et autres institutions analogues jouent un rôle fondamental, car ils constituent peut-être les seuls enregistrements d'une chanson et de son interprétation ou exécution qui existent et sont mis à disposition des utilisateurs à des fins d'exploitation commerciale ou pour d'autres utilisations. La gestion stratégique des droits de propriété intellectuelle attachés à ces enregistrements peut servir les intérêts des fournisseurs et dépositaires originaux des expressions culturelles traditionnelles. Les institutions susmentionnées peuvent jouer un rôle essentiel de médiateur dans la protection des expressions culturelles tout en laissant aux peuples la possibilité d'utiliser, de réutiliser ou de recréer le patrimoine culturel indispensable à leur survie. Les droits de propriété intellectuelle peuvent également être utilisés de manière à ce que le droit et les protocoles autochtones et coutumiers soient pris en considération, une revendication de longue date des peuples autochtones et communautés locales. Ces points sont traités plus en détail dans des documents antérieurs⁸⁸.

⁸⁷ Voir les par. 223 à 276 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁸⁸ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

169. Cette question constitue également une illustration concrète des tensions éventuelles entre la préservation des expressions culturelles traditionnelles et leur protection, comme nous l'avons évoqué précédemment, car le processus même de préservation peut susciter des inquiétudes quant à l'absence de protection et faire tomber de façon involontaire les expressions culturelles traditionnelles dans le "domaine public" du point de vue du système de la propriété intellectuelle.

170. Le rapport entre la préservation sous forme d'enregistrements et de bases de données et la protection est également positif. L'enregistrement et la fixation des expressions culturelles traditionnelles sous une forme matérielle (par exemple, un enregistrement audiovisuel) peuvent constituer le seul moyen de conférer des droits de propriété intellectuelle sur des expressions culturelles traditionnelles immatérielles orales qui, sans cela, n'auraient pas été protégées par les droits de propriété intellectuelle actuels.

Outils pratiques éventuels

171. Dans le passé, les délibérations du comité ont porté sur le recours à différents outils pratiques pour traiter ces questions et d'autres questions analogues de propriété intellectuelle en rapport avec les enregistrements et collections d'expressions culturelles traditionnelles. En résumé, ces outils comprennent notamment :

- i) des *protocoles, codes de conduite et lignes directrices* en matière de propriété intellectuelle à l'intention des spécialistes du folklore, des musées et des archives;
- ii) des *listes récapitulatives* de la propriété intellectuelle existante et des *clauses contractuelles types de propriété intellectuelle* destinées à être utilisées dans la rédaction des contrats de dépôt, d'accès, de diffusion et de licence utilisés par les spécialistes du folklore, les musées et les archives;
- iii) aux fins de la numérisation du patrimoine culturel, des "*règles d'utilisation*" et des "*mentions de réserve du droit d'auteur*" types destinés à être utilisés dans les sites Web, les CD ROM, les bases de données spécialisées et autres produits électroniques multimédias.

172. Deux autres possibilités qu'il serait intéressant d'étudier de manière plus approfondie sont l'utilisation de logiciels et d'instruments numériques de gestion des droits, et la protection par la propriété intellectuelle des collections et bases de données.

173. Les États membres de l'OMPI ont demandé à l'OMPI d'étudier ces options et questions plus en détail, en étroite collaboration avec les organismes, associations, centres, organisations intergouvernementales et non gouvernementales et autres spécialistes compétents.

174. Ces questions ont déjà été abordées au sein de nombreuses instances et les activités susmentionnées pourraient largement s'appuyer sur la vaste expérience acquise dans ce domaine. Anthropologues, spécialistes du folklore, ethnomusicologues et autres ont étudié cette question en détail⁸⁹. Un grand nombre de politiques, codes éthiques, protocoles et lignes

⁸⁹ Seeger A., *op. cit.*, Chaudhuri S., "The Experience of Asia", exposé présenté au Forum mondial OMPI-UNESCO sur la protection du folklore, tenu à Phuket (Thaïlande) du 8 au 10 avril 2002; Peters M., "Protection of the collection of expressions of folklore; the role of libraries and archives", exposé présenté au Forum mondial OMPI-UNESCO sur la protection du folklore, tenu à Phuket (Thaïlande) du 8 au 10 avril 2002; Seeger A., "Ethnomusicologists, Archives, Professional Organizations, and the Shifting Ethics of Intellectual Property", Yearbook for

directrices ont déjà été élaborés par des associations de spécialistes du folklore, d'ethnographes et d'anthropologues et d'autres organes professionnels. Récemment, l'American Folklore Society (AFS) et l'Association internationale d'archives sonores (IASA) se sont penchées sur ces questions au cours de leurs réunions annuelles respectives.

Interprétation ou exécution de productions littéraires ou artistiques traditionnelles

175. Les droits des artistes interprètes ou exécutants, tels qu'ils ont été reconnus dans le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) de 1996, visent à protéger les interprétations ou exécutions des "œuvres littéraires ou artistiques ou des expressions du folklore". C'est pourquoi, au regard du droit international public, les interprétations ou exécutions pour lesquelles la protection est demandée sont protégées, soit parce qu'il s'agit d'œuvres littéraires ou artistiques, soit au titre d'expressions du folklore.

176. La protection des droits des artistes interprètes ou exécutants assure, indirectement, la protection de l'œuvre ou de la production faisant l'objet de l'interprétation ou exécution. Par exemple, si la fixation d'une interprétation ou exécution peut constituer un moyen d'enregistrer le folklore sous une forme permettant de l'exploiter, les droits des artistes interprètes ou exécutants permettent de maîtriser la fixation de l'interprétation ou exécution et de protéger le droit moral et les droits patrimoniaux découlant de son exploitation. Il existe de nombreux exemples où les droits des artistes interprètes ou exécutants ont été utilisés pour protéger les intérêts de la communauté dans les expressions culturelles faisant l'objet d'une interprétation ou exécution, comme ce fut le cas dans l'affaire de la chanson à succès du groupe Enigma intitulée *Return to Innocence*⁹⁰.

177. Par conséquent, les artistes interprètes ou exécutants d'expressions du folklore des États contractants du WPPT sont censés jouir tant des prérogatives attachées à leur droit moral que de leurs droits patrimoniaux dans les autres États contractants, conformément aux articles 5 à 10 du WPPT; ainsi, un système international de protection des interprétations ou exécutions des expressions du folklore a déjà été mis en place.

178. Une faiblesse réside dans le fait que la protection en vertu du WPPT ne s'étend pas à la partie visuelle des interprétations ou exécutions. Seules les parties sonores sont protégées, à savoir les parties perceptibles par l'oreille humaine. L'OMPI poursuit ses travaux aux fins de l'élaboration d'un instrument de protection des interprétations ou exécutions audiovisuelles.

Documentation des productions littéraires ou artistiques

179. Certains participants du comité ont plaidé en faveur de la documentation des expressions du folklore et de la création d'inventaires, de bases de données et de listes. Ces demandes sont apparemment présentées essentiellement dans le cadre de programmes de préservation du folklore et du patrimoine culturel. La question de la documentation est également liée d'une certaine manière à l'exigence de fixation énoncée dans le droit d'auteur (évoquée plus haut) et à la question de savoir si l'enregistrement doit être requis aux fins de la protection (évoquée plus haut).

[Suite de la note de la page précédente]

Traditional Music (1996), p. 87; Toelken Barre "The Yellowman Tapes, 1996-1997", *Journal of American Folklore* 111 (442) 381-391, 1998.

⁹⁰ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3 et Coombe, *op. cit.*

180. Les programmes de préservation du patrimoine culturel à l'échelle internationale, régionale et nationale prévoient souvent l'établissement de registres, listes et inventaires du patrimoine culturel immatériel et matériel, qui constituent des instruments utiles de recensement, de promotion et de sauvegarde. Par exemple, le Brésil a créé un Registre du patrimoine immatériel et la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, récemment adoptée, prévoit l'établissement d'inventaires et de listes à l'échelon national et international.

181. Toutefois, il convient de clarifier dans quelle mesure la documentation et l'établissement de registres, de listes et d'inventaires pourraient jouer un rôle dans la protection par la propriété intellectuelle des expressions culturelles traditionnelles. En effet, tant ces dernières que les expressions du folklore sont souvent immatérielles et conservées par voie orale. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'exigence de fixation aux fins de la protection par le droit d'auteur est critiquée et que la plupart des systèmes *sui generis* ne requièrent pas la fixation. En outre, les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles sont "vivantes" et constamment adaptées et recrées. Exiger une forme de documentation ou d'enregistrement préalable peut donc aller à l'encontre de la nature orale, immatérielle et "vivante" de nombreuses expressions culturelles traditionnelles.

182. Le système du droit d'auteur, dont les principes et les formes de protection sont ceux qui conviennent le mieux aux expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles, ne permet pas d'imposer l'accomplissement de formalités, la protection de l'œuvre étant automatique dès sa création. Il n'est pas procédé à un examen préalable, contrairement à la pratique dans la plupart des systèmes de propriété industrielle. Une raison concrète d'adopter la documentation des savoirs traditionnels techniques comme mesure défensive est de faire obstacle aux revendications quant à la nouveauté et à l'activité inventive aux fins de l'examen du brevet ce qui, toutefois, n'est pas applicable aux œuvres culturelles protégées par le droit d'auteur.

183. Les premières versions des dispositions types prévoyaient un système d'enregistrement du folklore qui, en fin de compte, a été supprimé car il a été estimé que l'enregistrement et la documentation convenaient mieux à la préservation de la propriété intellectuelle qu'à sa protection. La loi type de Tunis écarte toute possibilité d'exiger la fixation d'une œuvre du folklore. Les rédacteurs de cette loi ont estimé que les œuvres du folklore se présentent souvent, par leur nature même, sous forme orale et ne sont jamais enregistrées et exiger leur fixation aux fins de leur protection remet en question cette protection et risque même, selon les commentaires de la loi type, d'octroyer le droit d'auteur à ceux qui les fixent. La fixation ne constitue pas non plus une exigence prescrite dans les dispositions types, la loi du Panama (bien que l'enregistrement soit exigé, ce qui est différent), l'accord de Bangui ou le cadre juridique régional du Pacifique.

184. Outre les coûts liés à la documentation et à l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles, le droit d'auteur attaché à la documentation et à l'enregistrement pourrait i) ne pas profiter aux communautés elles-mêmes (à moins qu'elles en soient les auteurs ou que les droits y relatifs leur soient cédés); et ii) dans tous les cas, concerner uniquement les modes d'expression de ces expressions culturelles traditionnelles et non les valeurs, significations et autres "idées" qu'elles véhiculent. Par ailleurs, la documentation et l'enregistrement, particulièrement s'ils sont mis à disposition sous forme numérique, facilitent l'accès aux expressions culturelles traditionnelles et peuvent compromettre les efforts déployés par les communautés pour les protéger.

185. C'est pourquoi, la documentation des productions littéraires ou artistiques traditionnelles n'a pas nécessairement été considérée comme une option utile dans le cadre des stratégies en matière de propriété intellectuelle exposées dans les précédents documents du comité traitant des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles.

186. La documentation joue, bien entendu, un rôle important dans les stratégies de sauvegarde du patrimoine culturel et des cultures traditionnelles et il conviendrait d'étudier de manière plus approfondie comment les inventaires et listes du patrimoine culturel existant pourraient permettre, en matière de propriété intellectuelle, de recenser les titulaires traditionnels de droits et de déterminer le droit coutumier applicable.

187. En outre, il pourrait être intéressant d'examiner plus en détail d'autres aspects susceptibles de renforcer l'intérêt de la documentation et de l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles en tant que stratégie de protection positive, notamment l'utilisation de logiciels et d'instruments numériques de gestion des droits et l'évolution de la protection des collections et bases de données⁹¹.

Protection contre toute utilisation outrageante, dégradante et offensante

188. Compte tenu de la nature culturelle et spirituelle des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles, il convient tout particulièrement de prévenir toute utilisation outrageante, dégradante et culturellement et spirituellement offensante de ces dernières, notamment en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles sacrées. En fait, cette "protection défensive" pourrait être la forme de protection la plus importante, voire la seule forme de protection envisagée par certains États.

189. En dehors des lois contre le blasphème et d'autres instruments analogues n'ayant pas trait à la propriété intellectuelle, certaines options fondées sur la propriété intellectuelle ont été examinées. Par exemple, un droit moral communautaire, tel que celui proposé en Australie (voir le paragraphe 129), permettrait aux communautés de prendre des mesures contre certaines utilisations des matériels culturels autochtones, à peu près de la même façon que le droit moral permet à un auteur de s'opposer à la déformation, la mutilation ou toute autre utilisation dégradante de ses œuvres.

190. Une autre possibilité, examinée plus haut, est d'établir un registre, peut-être même à l'échelle internationale, dans lequel les communautés inscriraient les expressions culturelles traditionnelles dont l'utilisation ne serait pas autorisée pour des raisons culturelles et spirituelles, telles que les expressions sacrées. Leur inscription présenterait l'avantage d'axer la protection sur des expressions culturelles traditionnelles distinctes et sur celles que les communautés jugeraient utile de protéger et dont elles procéderaient à l'inscription à un stade précoce. L'inscription préalable apporte un degré de précision et de certitude qui n'existe pas dans les systèmes de protection plus généraux.

⁹¹ Voir les par. 241 à 262 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

Questions et options : productions littéraires et artistiques traditionnelles

Il convient essentiellement de faire un choix entre deux options de politique générale, afin de décider :

- a) si la protection des adaptations contemporaines, œuvres dérivées et interprétations ou exécutions d'expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles au moyen de la législation en matière de propriété intellectuelle suffit, ou
- b) si, dans le cadre des systèmes juridiques nationaux, une forme de protection par la propriété intellectuelle des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles *stricto sensu* se justifie. Voir également le schéma à la page 49.

La protection par la propriété intellectuelle des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles *stricto sensu* a été intégrée dans plusieurs législations traditionnelles en matière de propriété intellectuelle et dans le WPPT.

Les options et questions indiquées ci-après (fondées sur des données d'expérience concrètes recueillies à ce jour) pourraient fournir des informations utiles pour améliorer la protection des productions littéraires ou artistiques traditionnelles :

Critères de protection : il conviendra notamment de décider si l'“originalité” et la “fixation” devront constituer ou non des critères de protection, si les expressions du folklore ou les expressions culturelles traditionnelles remplissant ces critères devront être “commercialisables” et s'il s'agira des expressions “traditionnelles”, des expressions “inspirées de la tradition” ou de ces deux types d'expressions.

Droits communautaires ou collectifs : il pourrait être envisagé une reconnaissance officielle des “droits collectifs”, l'introduction d'un droit moral communautaire et l'exercice des droits par un organisme ou un office désigné par l'État, nouveau ou existant, par exemple le bureau du droit d'auteur. Une option voisine consisterait à recourir aux systèmes de gestion collective des droits d'auteur.

Droit d'auteur individuel : la question est de trouver comment intégrer et concilier au mieux la protection des droits des communautés à l'égard des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles et celle du droit d'auteur et des autres droits de propriété intellectuelle des créateurs d'œuvres dérivées. Une option consisterait par exemple à réglementer l'exercice de ces droits en faveur de la communauté et dans le respect de ses valeurs.

Nature des droits : un choix sera peut-être à opérer quant à ce qui serait le plus approprié : des droits exclusifs ou le droit à une rémunération équitable.

Droits conférés : il pourrait s'agir notamment des droits patrimoniaux et du droit moral généralement reconnus dans la législation relative au droit d'auteur. Un choix sera peut-être nécessaire quant à l'opportunité ou non d'accorder un droit d'adaptation. Une option supplémentaire est de prévoir des droits et des recours pour le cas où l'utilisateur d'une expression du folklore ou d'une culture traditionnelle omettrait d'en indiquer la source.

Exceptions et limitations : les options pourraient comprendre les exceptions et limitations classiques de la plupart des législations en matière de droit d'auteur. Toutefois des États pourraient souhaiter limiter certaines de ces exceptions lorsqu'elles autoriseraient des utilisations des expressions culturelles traditionnelles contraires aux valeurs culturelles et spirituelles. Peuvent aussi être envisagées des exceptions *sui generis* autorisant, par exemple,

l'utilisation traditionnelle ou coutumière ou l'utilisation sans but lucratif des expressions culturelles traditionnelles; l'utilisation par un groupe de danse folklorique ou par un petit artisan non autochtone; l'utilisation faite par un national par opposition à un étranger; et l'utilisation faite par une entité publique à des fins non commerciales.

Procédures et formalités : un choix fondamental pour les États sera de trancher entre une protection automatique et l'enregistrement sous une forme ou une autre.

Sanctions et recours : les communautés demandent la reconnaissance du préjudice moral et spirituel que des utilisations illicites des expressions culturelles traditionnelles peuvent causer. Une option pour les États pourrait être de prévoir des moyens légaux pour reconnaître ce préjudice moral et spirituel lorsqu'il y a lieu.

Durée de la protection : un choix doit être opéré entre une protection illimitée et une protection de durée déterminée. Si les États souhaitent offrir une protection non limitée dans le temps, les options sont les suivantes : une législation prévoyant simplement une protection indéfinie ou sans aucune mention de durée; une protection illimitée dans le temps pour ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles existantes mais assortie d'un délai pour l'avenir; une durée de protection liée à la durée de vie de la communauté ou de la tradition à laquelle s'identifie l'expression culturelle traditionnelle considérée ou à la perpétuation de l'utilisation de l'expression culturelle traditionnelle par la communauté correspondante. Certaines propositions de protection peuvent viser à avoir un effet rétroactif, ce qui soulève la question des intérêts légitimes de tiers.

Folklore partagé à l'intérieur d'un pays et "folklore régional" : options envisageables : cotitularité des droits; permettre que des communautés détiennent séparément des droits à l'égard des mêmes expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions similaires; exercice des droits par l'État ou un organisme officiel; pour le règlement des litiges, prise en considération des lois et pratiques coutumières. Concernant le "folklore régional" en particulier, les options comprennent des bases de données nationales ou internationales relatives au folklore, des modalités extrajudiciaires de règlement des litiges, des systèmes d'enregistrement et de notification, la gestion collective et l'établissement d'organismes chargés de régler les litiges. Les organisations et les mécanismes régionaux existants pourraient être utiles.

Interprétation ou exécution de productions littéraires ou artistiques traditionnelles : le WPPT de 1996 prévoit déjà la protection au niveau international des interprétations ou exécutions des "expressions du folklore". Les États qui ne l'ont pas encore fait pourraient mettre en œuvre cette protection.

Documentation : la fixation et l'enregistrement des productions littéraires et artistiques traditionnelles dans une optique de protection de la propriété intellectuelle (à distinguer du souci de préservation) semble être en contradiction avec la nature orale et "vivante" de cette matière culturelle. De plus, le droit d'auteur sur la documentation, les enregistrements et les bases de données pourrait ne pas être conféré aux communautés concernées. La vigilance est donc de mise quant à l'utilité de la fixation ou de l'enregistrement du folklore en tant que stratégie de propriété intellectuelle. Des logiciels et des outils numériques de gestion des droits, et la protection en devenir des bases de données, pourraient être des options utiles. Des inventaires et des registres du patrimoine culturel pourraient aussi aider à identifier les dépositaires traditionnels et le droit coutumier applicable aux fins de la propriété intellectuelle.

Prévention de toute utilisation outrageante, dégradante et culturellement ou spirituellement offensante : on peut envisager un droit moral communautaire, et l'établissement d'un registre dans lequel les communautés pourraient faire inscrire les expressions culturelles traditionnelles qu'elles-mêmes ne souhaitent pas voir utilisées à des fins commerciales ni incorporées à un objet de propriété intellectuelle.

Options pour la protection de l'artisanat

191. Certains États ont demandé qu'une attention particulière soit prêtée aux objets d'artisanat⁹², notamment quant à la nécessité de protéger leur "style"⁹³.

192. Plus généralement, de même que pour les productions littéraires ou artistiques contemporaines dans le système du droit d'auteur, des exemples démontrent que les dessins ou modèles traditionnels "contemporains" peuvent être protégés en vertu de la législation relative aux dessins ou modèles industriels. La protection par la propriété intellectuelle des adaptations contemporaines des dessins ou modèles traditionnels vise à récompenser la créativité et l'innovation progressistes et peut favoriser le développement économique des communautés traditionnelles.

193. Là encore, comme pour les œuvres littéraires et artistiques, les dessins ou modèles véritablement anciens et communautaires pourraient ne pas pouvoir bénéficier d'une protection et les dessins ou modèles incorporés à des textiles ou des objets d'artisanat tissés ou faits main pourraient ne pas être protégés dans les pays où les dessins ou modèles industriels doivent pouvoir être reproduits à l'échelle industrielle.

194. Cependant, les modalités de protection des dessins ou modèles industriels semblent convenir parfaitement à la protection des dessins ou modèles, caractères de forme et caractéristiques visuelles des objets d'artisanat, en particulier lorsqu'ils sont de nature utilitaire et ne peuvent être considérés comme des œuvres d'art remplissant les conditions requises pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur. Pourtant, en ce qui concerne ces dessins ou modèles fondés sur la tradition et susceptibles d'être protégés en vertu de la législation relative aux dessins ou modèles industriels, la durée de protection limitée prévue dans la législation traditionnelle ne répond pas aux besoins de toutes les parties prenantes. Les options à cet égard sont analogues à celles qui existent dans le droit d'auteur et ont également été indiquées dans des documents antérieurs⁹⁴.

195. Les dessins ou modèles traditionnels sont également pris en considération dans les systèmes *sui generis* actuels. En résumé :

i) les dispositions types prévoient la protection des dessins ou modèles, en tant qu'expressions matérielles du folklore⁹⁵, contre toute reproduction ou utilisation non autorisée;

ii) la loi du Panama mentionne explicitement les dessins ou modèles traditionnels de textiles et de vêtements. Les "Dispositions relatives à la protection, la promotion et le développement de l'artisanat"⁹⁶ protègent les objets d'artisanat nationaux en interdisant l'importation de produits d'artisanat ou les activités de ceux qui imitent les articles et vêtements autochtones et traditionnels panaméens.

⁹² Groupe des pays d'Asie (par. 22 du document WIPO/GRTKF/IC/1/13).

⁹³ GRULAC (p. 5 de l'annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/1/5).

⁹⁴ Voir les par. 184 à 186 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁹⁵ Voir l'article 2 des dispositions types.

⁹⁶ Loi du Panama n° 27 du 24 juillet 1997.

196. En dehors du droit d'auteur et de la législation relative aux dessins et modèles, la loi régissant la concurrence déloyale et les pratiques commerciales peut être d'une certaine utilité (voir ci-après). Certains groupes autochtones ont également enregistré des marques de certification afin de réglementer la commercialisation des arts et objets d'artisanat traditionnels (voir ci-après).

Imitation du "style"

197. L'une des allégations les plus fréquentes est que le "style" d'une production autochtone a été imité ou détourné.

198. La protection accordée par la législation relative aux dessins ou modèles ou le droit d'auteur ne s'étend pas aux aspects utilitaires, notions, formules et autres éléments non originaux, couleurs, matières et techniques utilisés pour créer une œuvre. Les lois régissant ces domaines autorisent l'imitation des éléments non originaux ou des idées et notions sous-jacentes contenues dans les œuvres, ce qui est une pratique largement admise, la créativité se nourrissant et s'inspirant des autres œuvres. Il est entendu que les éléments de style peuvent être protégés dans la mesure où le style incorpore l'expression originale.

199. De nouveau, d'autres branches du droit de la propriété intellectuelle, telles que la loi régissant la concurrence déloyale ou le délit de substitution en common law, peuvent se révéler plus utiles.

Questions et options : protection contre toute imitation du "style"

La protection contre toute imitation du "style" des objets d'artisanat et des autres expressions culturelles traditionnelles peut s'appuyer soit sur les lois régissant la concurrence déloyale, soit sur différentes lois aux fins de la protection fondées sur les principes de la concurrence déloyale.

Allégations fausses ou trompeuses quant à l'authenticité ou l'origine et non-indication de la source

200. Si certains des exemples précités concernent la protection des signes traditionnels en tant que tels, les marques peuvent également être utilisées pour protéger la réputation associée aux expressions culturelles traditionnelles. La protection de la réputation (caractère distinctif, "style" et "authenticité") des expressions culturelles traditionnelles est apparue comme l'un des besoins les plus fondamentaux peut-être des dépositaires d'expressions culturelles traditionnelles.

Marques de certification

201. En Australie, des marques de certification ont été enregistrées par la National Indigenous Arts Advocacy Association (NIAAA)⁹⁷ et, en Nouvelle-Zélande, le Conseil des arts maoris, *Te Waka Toi*, a recours à la protection par les marques grâce à la création de la marque maorie *Toi Iho* TM⁹⁸.

Lois relatives à la “publicité mensongère” et l’étiquetage

202. La loi de 1990 sur les arts et artisanats indiens des États-Unis d’Amérique protège les artisans amérindiens en garantissant la reconnaissance de l’authenticité de leurs objets d’artisanat sous la supervision du Conseil de l’art et de l’artisanat indiens. La loi de 1990, une loi relative à la publicité mensongère, interdit la commercialisation de produits présentés comme étant “d’origine amérindienne” s’ils ne sont pas fabriqués par des amérindiens au sens indiqué par la loi⁹⁹.

Indications géographiques

203. Plusieurs participants du comité ont mis en évidence le potentiel résidant dans l’utilisation des indications géographiques dans ce domaine. Certaines expressions culturelles traditionnelles, telles que les objets d’artisanat à base de ressources naturelles peuvent constituer des “produits” susceptibles d’être protégés au titre des indications géographiques. En outre, certaines expressions culturelles traditionnelles peuvent, en tant que telles, être des indications géographiques, comme les noms, signes et autres indications autochtones ou traditionnels. Le Portugal, le Mexique et la Fédération de Russie ont donné des exemples pertinents d’enregistrement d’indications géographiques au titre d’expressions culturelles traditionnelles et de savoirs traditionnels connexes¹⁰⁰.

Loi sur la concurrence déloyale et les pratiques commerciales

204. Récemment, dans une affaire jugée en vertu de la législation sur les pratiques commerciales, il a été interdit à une entreprise australienne de continuer à décrire ou à désigner sa gamme d’objets d’inspiration autochtone peints ou taillés à la main, par l’expression “art aborigène” ou le terme “authentique”, et ce, à moins d’avoir des raisons de penser que ces derniers ont été faits par des personnes d’origine aborigène. Des poursuites ont été engagées contre cette entreprise parce que certains de ses objets d’inspiration aborigène peints à la main portaient la mention “authentique”, “certifié authentique” ou “art aborigène d’Australie” et qu’il a été estimé que ces affirmations étaient de nature à induire les clients en erreur parce que la majorité des artistes qui produisent les objets en question ne sont ni aborigènes ni d’origine aborigène¹⁰¹.

⁹⁷ Voir les études de cas dans le document intitulé “Minding Culture: Case-Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, par Terri Janke, “Indigenous Arts Certification Mark”, <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

⁹⁸ Pour plus de renseignements sur la marque *Toi Iho* TM, voir à l’adresse <http://www.toiho.com>.
⁹⁹ par. 122.i) du document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

¹⁰⁰ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

¹⁰¹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3 pour plus de détail et voir à l’adresse <http://www.accc.gov.au/> (7 avril 2003).

Options et questions : Allégations fausses ou trompeuses quant à l'authenticité ou l'origine

Les options suivantes pourraient être retenues :

- encourager les communautés à enregistrer des marques de certification;
- étudier les possibilités offertes par les lois relatives aux pratiques commerciales et à l'étiquetage;
- étudier en détail la possibilité pour les communautés d'utiliser les indications géographiques;
- promouvoir l'utilisation des lois sur la concurrence déloyales ou élaborer des systèmes fondés sur les principes de la concurrence déloyale.

Mots, noms, symboles et autres signes distinctifs traditionnels

205. Les peuples autochtones et communautés traditionnelles s'inquiètent de l'utilisation par des entreprises et des personnes non autochtones de leurs mots, noms, dessins ou modèles, symboles ou autres signes distinctifs à des fins commerciales et de leur enregistrement en tant que marques. Par ailleurs, ils se plaignent de ne pas pouvoir eux-mêmes protéger leurs mots et symboles en vertu de la législation actuelle sur les marques, qui n'est pas suffisamment adaptée à leurs besoins. Comme dans d'autres domaines, les attentes exprimées par les communautés peuvent être définies comme visant essentiellement une "protection positive" et une "protection défensive".

206. Ces questions sont étroitement liées à la protection de la réputation et du caractère distinctif des expressions culturelles traditionnelles, souvent symbolisés par leur "style" et leur "authenticité". Ce point important est abordé plus haut, dans une partie distincte.

207. Certaines organisations régionales et certains États ont déjà pris des mesures pour empêcher l'enregistrement non autorisé de marques autochtones en tant que marques de produits ou de services. Bien que ces questions aient déjà été examinées en détail dans des documents antérieurs, ce point est de nouveau soulevé dans le présent document parce que ces mesures consistent en des mécanismes *sui generis* en vigueur, susceptibles de fournir des exemples concrets aux autres États souhaitant mettre en place des mécanismes analogues :

i) l'article 136.g) de la Décision 486 de la Commission de la Communauté andine dispose ce qui suit : "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 transformation 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";

ii) l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique a créé une base de données exhaustive des insignes officiels de toutes les tribus amérindiennes reconnues au niveau fédéral et au niveau des États¹⁰². L'office peut refuser d'enregistrer une marque proposée évoquant un lien inexistant avec une tribu amérindienne ou des croyances de cette tribu¹⁰³; et

iii) en vertu de la loi sur les marques de la Nouvelle-Zélande, l'enregistrement d'une marque (ou d'un élément d'une marque) doit être refusé si son utilisation ou son enregistrement est considéré comme étant susceptible d'offenser une partie importante de la communauté, y compris la population autochtone de ce pays, à savoir les Maoris¹⁰⁴.

Options et questions : mots, noms, symboles et signes traditionnels

Les options sont les suivantes :

- i) élaborer une législation particulière ou apporter des modifications à la législation en vue d'empêcher ou de réglementer la reconnaissance de droits attachés à la marque sur des symboles traditionnels; ou
- ii) créer des registres dans lesquels les communautés pourraient consigner les mots, noms, symboles et signes qu'elles souhaitent ne pas voir utilisés en tant qu'éléments de marques enregistrées.

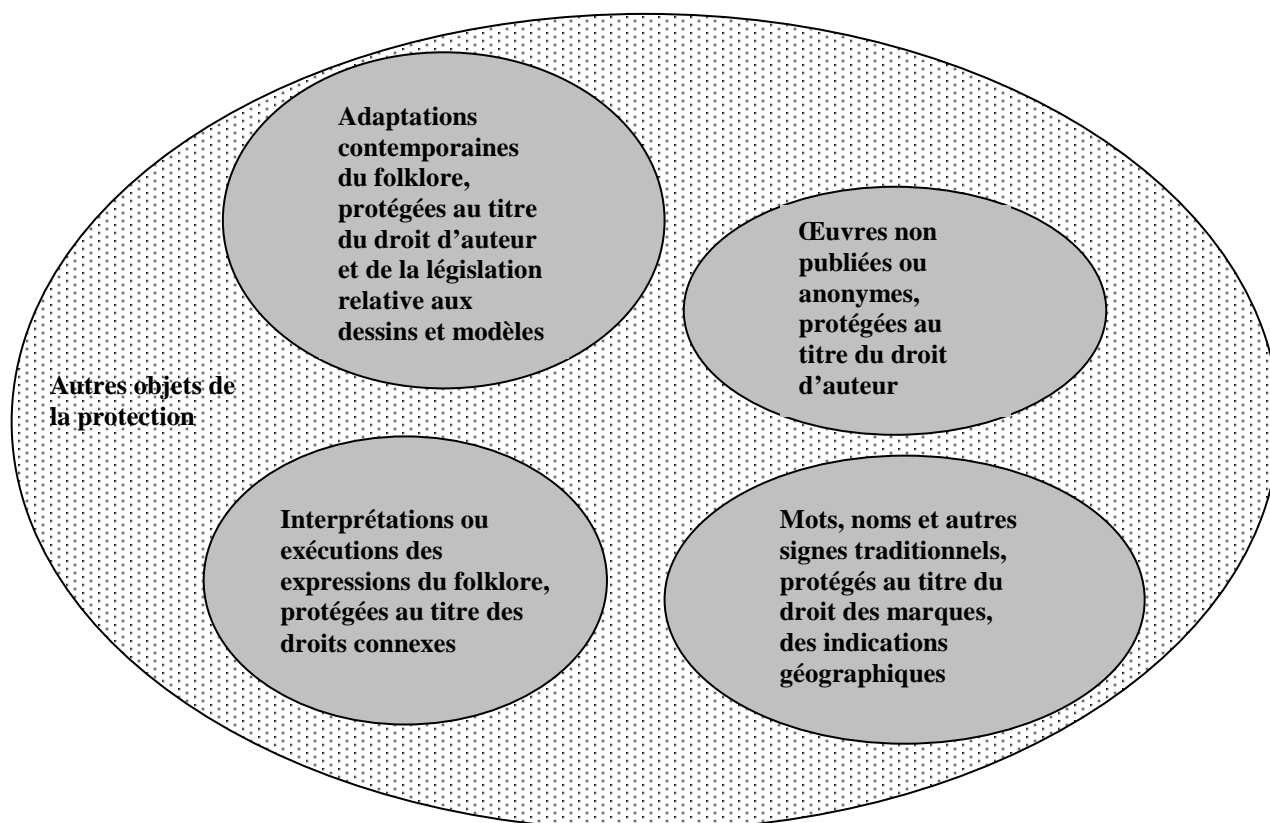
¹⁰² Voir le document intitulé "Report on the Official Insignia of Native American Tribes," 30 septembre 1999.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 24 à 26.

¹⁰⁴ La loi peut être consultée à l'adresse suivante :
<http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2002/an/049.html>.

Schéma : Propriété intellectuelle et expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles.

Les parties grisées (■) indiquent les matériels culturels folkloriques ou fondés sur la tradition bénéficiant déjà d'une protection positive au titre de la propriété intellectuelle en vertu des législations nationales et des traités internationaux actuellement en vigueur.



V. MESURES CONCRÈTES VISANT À DONNER DES ORIENTATIONS GÉNÉRALES

208. Compte tenu de ce qui précède, la série de mesures énoncées ci-après, susceptibles d'aider les dirigeants politiques à "naviguer" entre les différentes questions soulevées, permettent d'illustrer les options proposées :

Première mesure : définir des objectifs à l'échelle nationale, en tenant compte des besoins des communautés et groupes qui sont les dépositaires et les gardiens du folklore. Ces objectifs se rapportent-ils à la propriété intellectuelle (ou d'autres buts, tels que la préservation du patrimoine culturel, sont-ils visés?) Quel est l'objet de la protection? Contre quels actes la protection est-elle demandée? Vise-t-on une protection positive ou défensive ou une combinaison des deux?

Deuxième mesure : déterminer les considérations de politique générale susceptibles d'entrer en ligne de compte dans la définition d'une orientation générale (par exemple, la promotion de la diversité culturelle; la promotion des industries culturelles aux fins du développement économique; la préservation du patrimoine culturel; la sauvegarde d'un domaine public dynamique et multiculturel; la protection des droits culturels; la protection des droits humains des peuples autochtones, etc.)

Troisième mesure : recenser les options proposées dans les systèmes de propriété intellectuelle classiques, y compris dans le domaine de la concurrence déloyale, ainsi que les options en matière d'éléments de la propriété intellectuelle existante ayant été adaptés ou modifiés.

Quatrième mesure : analyser les options proposées dans les systèmes n'ayant pas trait à la propriété intellectuelle susceptibles de faciliter la réalisation des objectifs visés, telles que les législations en matière de patrimoine culturel, les lois relatives à la protection du consommateur et aux pratiques commerciales, ainsi que les lois autochtones et le droit coutumier.

Cinquième mesure : déterminer s'il est nécessaire de créer un système *sui generis* autonome, ou si l'usage qui peut être fait des droits existants et les modifications qui peuvent leur être apportées répondent aux attentes exprimées et permettent de trouver un juste équilibre. Si tel est le cas, comment créer un lien entre le système *sui generis* et les systèmes de propriété intellectuelle classiques, particulièrement en cas de chevauchement en ce qui concerne l'objet de la protection?

Sixième mesure : recenser les mesures concrètes et effectives, ainsi que les institutions et programmes qui pourraient faciliter l'application et la mise en œuvre efficaces des formes de protection déjà établies ou qu'il est prévu de mettre en place.

Septième mesure : déterminer comment les systèmes nationaux pourraient coopérer en vue d'assurer une protection régionale et internationale dans le cadre de structures juridiques à l'échelle bilatérale, régionale ou internationale.

VI. CONCLUSION

209. Dans le présent document, on s'est attaché à étudier certains objectifs et principes généraux sur lesquels est fondée la protection au titre de la propriété intellectuelle des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles dans un large éventail d'États membres. De façon plus générale, ces objectifs et principes sont étroitement liés aux principes fondamentaux du système de la propriété intellectuelle.

210. Aussi, serait-il peut-être opportun que le comité fixe divers objectifs et principes fondamentaux visant à donner des orientations à l'OMPI en ce qui concerne ses activités futures, la concertation sur l'action à mener, le renforcement des capacités et la coopération technique en matière de protection des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles. Ces principes fondamentaux pourraient alors être complétés par une vue d'ensemble des options et mécanismes juridiques existants, s'appuyant sur les diverses solutions déjà envisagées par le comité et sur une analyse succincte des incidences concrètes et en matière de politique générale de chaque option. Cette analyse permettrait également de clarifier le chevauchement et l'interaction entre les systèmes classique et *sui generis* de protection et le rapport entre les formes de protection par la propriété intellectuelle et les autres formes de protection. Cette vue d'ensemble et cette analyse jetteront succinctement les bases du futur travail de fond, notamment en matière d'élaboration des politiques au niveau national, de coopération régionale et de fourniture par l'OMPI d'une assistance juridico-technique; elles définiront également un cadre précis permettant de poursuivre au niveau international le dialogue sur les options de politique générale et une éventuelle coopération internationale, pour autant que le comité décide de produire des éléments concrets.

211. Le comité intergouvernemental est invité :

i) à examiner le présent document et à formuler des observations sur son contenu et ses incidences en matière de propriété intellectuelle et de protection des expressions culturelles traditionnelles;

ii) à étudier la possibilité d'axer les efforts du comité sur les expressions culturelles traditionnelles et d'accélérer le travail de fond dans ce domaine, notamment en ce qui concerne l'élaboration de versions préliminaires des documents suivants :

- une synthèse des objectifs et principes fondamentaux relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles; et*
- une vue d'ensemble des options et mécanismes juridiques en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles, s'appuyant sur les diverses solutions déjà envisagées par le comité et sur une analyse succincte des incidences concrètes et en matière de politique générale de chaque option.*

LISTE DES REFERENCES

Ficsor M., “Attempts to Provide International Protection for Folklore by Intellectual Property Rights”, exposé présenté au Forum mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore, tenu à Phuket (Thaïlande) du 8 au 10 avril 1997

Janke T., “Minding Culture – Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, études établies à la demande de l’OMPI (WIPO/GRTKF/Study/2)

Kutty P. V., “Study on the Protection of Expressions of Folklore”, étude établie à la demande de l’OMPI (WIPO/GRTKF/Study/1)

Forum mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore, Phuket (Thaïlande)
(Publication de l’OMPI n° 758 (E/F/S))

Secrétariat de l’OMPI, “Savoirs traditionnels : Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle, rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête (1998-1999)”, Publication de l’OMPI n° 768E/F/S

Résolutions/Recommandations à l’issue des consultations régionales UNESCO-OMPI sur le folklore, 1999 WIPO UNESCO/FOLK/AFR/99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1; WIPO UNESCO/FOLK/ARAB /99/1; WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99/1

Groupe des pays d’Amérique latine et des Caraïbes, “Les savoirs traditionnels et la nécessité de leur assurer une protection appropriée au titre de la propriété intellectuelle”
(WIPO/GRTKF/IC/1/5)

Communauté européenne et ses États membres, “Expressions du folklore”
(WIPO/GRTKF/IC/3/11)

Chine, “Folklore national en Chine – Protection et législation – État d’avancement actuel”
(WIPO/GRTKF/IC/3/14)

Secrétariat de l’OMPI, “Questionnaire relatif à l’expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore” (WIPO/GRTKF/IC/2/7)

Secrétariat de l’OMPI, “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)

Secrétariat de l’OMPI, “Exposés sur l’expérience de différents pays et organisations en matière de systèmes législatifs spécialisés pour la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles” (WIPO/GRTKF/IC/4/INF 2 à 5Add)

Secrétariat de l’OMPI, “Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles” (WIPO/GRTKF/IC/5/3)

Secrétariat de l’OMPI, “Synthèse comparative des législations *sui generis* pour la protection des expressions culturelles traditionnelles” (WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3)

Secrétariat de l’OMPI, “Actualités concernant la coopération technique pour la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles” (WIPO/GRTKF/IC/5/4)