

# OMPI



WIPO/GRTKF/IC/4/3  
ORIGINAL: anglais  
DATE: 20octobre2002

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE  
GENÈVE

**COMITE INTERGOUVERNE MENTAL DE LA PROPRIÉTÉ  
INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES  
GENÉTIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AU  
FOLKLORE**

**Quatrième session  
Genève, 9 – 17 décembre 2002**

ANALYSE SYSTÉMATIQUE PRÉLIMINAIRE DE L'EXPÉRIENCE ACQUISE  
À UN NIVEAU NATIONAL EN CE QUI CONCERNE LA PROTECTION JURIDIQUE  
DES EXPRESSIONS DU FOLKLORE

*Document établi par le Secrétariat*

## RÉSUMÉ

1. À sa troisième session, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé "comité") a demandé la réalisation d'un document analytique et systématique sur les expériences nationales en matière de protection du folklore, que ce soit par la propriété intellectuelle traditionnelle ou au moyen d'une législation *suigeneris*, et sur la mise en œuvre de cadres législatifs, y compris le rôle du droit coutumier et les formes d'interaction avec les systèmes juridiques d'autres pays, document qui servirait de base à la poursuite des débats."<sup>1</sup>

2. Par conséquent, le présent document, élaboré sur la base d'exemples concrets et de l'expérience acquise au niveau national, est une analyse technique de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle existants et de systèmes *sui generis* pour la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles (lesquelles sont employées comme synonymes des "expressions du folklore"). Les observations sur le présent document devront être reçues avant le 31 mars 2003. Une nouvelle version sera établie en vue de la cinquième session du comité qui se tiendra en 2003.

3. Le présent document n'a pas pour objet de proposer de nouvelles tâches, mais il s'inscrit dans le prolongement du rapport de l'OMPI sur l'expérience acquise au niveau national (WIPO/GRTKF/IC/3/10) qui contient certaines propositions de tâches et qui a été examiné par le comité à sa troisième session. Les exposés oraux qui seront présentés au cours de la quatrième session du comité viendront le compléter. Ces exposés émaneront de plusieurs États et d'une organisation intergouvernementale et porteront sur les lois, les systèmes ou les mécanismes *sui generis* qu'ils ont mis en place ou envisagent de mettre en place.

4. Le présent document a été demandé aux fins de contribuer au dialogue permanent qui a lieu au sein du comité au sujet des politiques générales relatives à la protection juridique du folklore. De plus, les données qu'il contient, les observations qu'il suscitera et les exposés oraux seront une source d'informations pour le programme actuel de coopération technique de l'OMPI consacré à la protection juridique du folklore et contribueront au futur "Guide pratique de l'OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles". Dans sa présente version, le document est principalement axé sur le droit d'auteur et les droits connexes. D'autres branches pertinentes de la propriété intellectuelle sont examinées plus brièvement et feront l'objet d'une étude plus approfondie dans les versions ultérieures.

5. Un certain nombre de conclusions provisoires sont exposées dans la partie IV (et résumées dans la partie VI), l'objet étant de faciliter un examen plus poussé des questions en jeu et de solutions pratiques envisageables dans le domaine de la protection des expressions du folklore et de la culture traditionnelle sans pour autant prévaloir sur un futur débat de politique générale.

<sup>1</sup> Voir le paragraphe 249 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17.

## I. INTRODUCTION

6. Le “Rapport final sur l’expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore”<sup>2</sup> (“Rapport final sur l’expérience acquise au niveau national”) examiné à la troisième session du comité, contient une analyse et des conclusions relatives à l’expérience acquise au niveau national par les États qui ont répondu au questionnaire sur l’expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore<sup>3</sup>, le quela été diffusé à la demande du comité à sa première session.

7. À la troisième session, les participants aux travaux du comité ont demandé à obtenir une analyse et des informations plus approfondies, d’une part, sur la façon dont les peuples autochtones et les communautés traditionnelles utilisent, ou pourraient utiliser, les droits de propriété intellectuelle existants pour protéger les expressions culturelles traditionnelles<sup>4</sup> et, d’autre part, sur l’expérience acquise par les membres qui ont mis en œuvre des systèmes spécifiques et réglementaires de protection *sui generis* ou qui envisagent de le faire. Plus précisément, le comité a décidé que “sur la base du [Rapport sur l’expérience acquise au niveau national], le Secrétariat établit un document analytique et systématique sur les expériences nationales en matière de protection du folklore, que ce soit par la propriété intellectuelle traditionnelle ou au moyen d’une législation *sui generis*, et sur la mise en œuvre de cadres législatifs, y compris le rôle du droit coutumier et les formes d’interaction avec les systèmes juridiques d’autres pays, document qui servirait de base à la poursuite des débats lors de la quatrième session du comité intergouvernemental.”<sup>5</sup>

8. D’ores et déjà, certains États accordent une protection juridique spécifique aux expressions du folklore au moyen d’une ou plusieurs options (par exemple, des dispositions fondées sur les Dispositions types de 1982 de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables ou encore des systèmes réglementaires *sui generis* entièrement nouveaux); d’autres en revanche ne prévoient pas une telle protection, soit parce qu’ils ne l’estiment pas appropriée ou nécessaire (ils considèrent par exemple que les droits de propriété intellectuelle existants sont suffisants), soit parce qu’ils examinent encore quels sont les modalités et les systèmes les plus indiqués.<sup>6</sup>

9. Pour résumer, il se dégage à ce stade du débat au sein du comité deux façons générales de concevoir le problème. Pour certains membres, en effet, les expressions du folklore sont protégées, comme il convient, par les droits de propriété intellectuelle existants, lesquels peuvent éventuellement être complétés par des mesures spéciales propres à répondre à des besoins particuliers, et aucun autre système distinct de protection n’est nécessaire ni approprié. D’autres estiment, en revanche, qu’il faut établir des systèmes réglementaires spécifiques soit afin de compléter les droits de propriété intellectuelle existants, soit afin de les remplacer car ils sont considérés comme étant inappropriés ou inadaptes.

<sup>2</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/10.

<sup>3</sup> OMPI/GRTKF/IC/2/7.

<sup>4</sup> Les termes “expressions du folklore” et “expressions culturelles traditionnelles” sont employés indifféremment dans le présent document.

<sup>5</sup> Paragraphe 294 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17.

<sup>6</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/10.

10. Il convient de suivre ces deux axes de réflexion en parallèle, sans en privilégier aucun, comme plusieurs États l'ont fait observer à la troisième session. Ainsi qu'ils l'ont également fait remarquer, ces deux principaux points de vue ne sont pas nécessairement incompatibles. On pourrait en effet formuler une double problématique en ces termes : il est entendu que certains des principaux aspects de expressions culturelles traditionnelles sont d'ores et déjà couverts par les droits et mécanismes de propriété intellectuelle existants, mais qu'il peut se révéler nécessaire de disposer d'autres mesures pour compléter le système juridique en vigueur et pour remédier aux insuffisances perçues de la protection. Enfin, la protection accordée à ces expressions culturelles traditionnelles pourrait consister en une palette variée de possibilités, associant les droits de propriété intellectuelle à certaines options *sui generis*.<sup>7</sup> Dans certains cas, des utilisations élargies ou modifiées du système de droits de propriété intellectuelle ont permis d'établir un lien entre ces deux régimes. C'est dans cet esprit que le présent document traite des droits existants d'une part et des démarches *sui generis* d'autre part.

### Structure et thématique du présent document

11. Conformément à la demande formulée par le comité à sa troisième session, l'objet du présent document est d'examiner et d'analyser, de façon systématique et sous un angle technique, comment les droits de propriété intellectuelle existants sont utilisés pour protéger juridiquement les expressions culturelles traditionnelles et comment les systèmes *sui generis* adoptés par certains États et certaines organisations régionales visent à compléter ou à remplacer les droits de propriété intellectuelle. Des informations sur le rôle du droit coutumier et des interactions avec les systèmes juridiques d'autres pays sont également fournies, lorsque cela est possible. Par conséquent, on trouvera dans le présent document :

i) des exemples concrets de expressions culturelles traditionnelles pour lesquelles une protection juridique est souhaitée ou a été revendiquée; et

ii) une évaluation de l'utilité des droits existants et des systèmes *sui generis* adoptés par rapport aux objectifs et aux préoccupations des peuples autochtones et des communautés traditionnelles.

12. Le reste du document est structuré comme suit :

Partie II – Exemples concrets d'expressions culturelles traditionnelles pour lesquelles une protection juridique est souhaitée;

Partie III – Objectifs des peuples autochtones et des communautés traditionnelles;

Partie IV – Analyse systématique de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle existants et des systèmes *sui generis* :

i) productions littéraires et artistiques – droit d'auteur;

<sup>7</sup> Paragraphes 179, 181, 189, 192, 194, 197 et 198 du document WIPO/GRTKF/IC/3 /17.

ii) interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles – droits des artistes interprètes ou exécutants;

iii) collecte, enregistrement et diffusion d'expressions culturelles traditionnelles – droit d'auteur et droits connexes :

iv) signes distinctifs – marques et indications géographiques;

v) dessins ou modèles industriels;

vi) concurrence déloyale (y compris la substitution de produits);

Partie V – Acquisition, gestion et sanction des droits;

Partie VI – Conclusions.

13. Étant donné qu'il est fondé, autant que faire se peut, sur l'expérience acquise au niveau national et sur des informations empiriques, le présent document est principalement axé sur le droit d'auteur et les droits connexes, car les données d'expérience concrètes qui ont été communiquées en ce qui concerne la protection des expressions culturelles traditionnelles relèvent pour l'essentiel de ce domaine. Cela dit, il est communément admis que d'autres branches du système de la propriété intellectuelle intéressent, elles aussi, les expressions culturelles, même si les informations empiriques les concernant sont moins nombreuses à ce stade. Par ailleurs, les signes distinctifs et les dessins ou modèles traditionnels ainsi que la question de la concurrence déloyale sont examinés brièvement.

14. Les brevets d'invention ont eux aussi un rapport avec la protection des expressions culturelles traditionnelles – par exemple, un brevet obtenu pour un processus de fabrication d'un tambour mécanique qui est un instrument musical des Caraïbes a suscité des objections de la part d'habitants de cette région.<sup>8</sup> Toutefois, le droit des brevets n'est pas traité dans le présent document, mais pourrait l'être dans des versions ultérieures. De même, il peut y avoir des cas d'enrichissements sans cause dans d'autres domaines pertinents mais, en l'absence d'informations empiriques à ce stade, cette question n'est pas approfondie dans la présente version.

15. Il est également pris note des double emplois susceptibles d'exister entre ces différentes branches de la propriété intellectuelle. Par exemple, les dessins ou modèles traditionnels peuvent être protégés par le droit d'auteur et/ou par le droit des marques et des dessins et modèles industriels. Une œuvre artistique, quant à elle, peut être protégée par le droit d'auteur et aussi être reconnue et utilisée comme une marque sous certaines conditions.

<sup>8</sup> Voir "A Nation's Steel Soul", New York Times, 7 juillet 2002, à l'adresse : <http://www.nytimes.com/2002/07/07/weekinreview/07BARA.html>.

Appel à observations

16. Le présent document ne saurait constituer une analyse définitive et vise plutôt à marquer un nouveau stade dans l'examen de la question. Ils'agit par conséquent d'un document provisoire destiné à susciter des observations et d'autres contributions. Une nouvelle version sera élaborée en vue d'un examen par le comité à sa cinquième session en 2003. Les observations sur le présent document peuvent être adressées au Secrétariat de l'OMPI à l'intention de la Division des savoirs traditionnels, de préférence par voie électronique à l'adresse suivante : grtkf@wipo.int, ou par courrier à l'adresse suivante : OMPI, 34 chemin des Colombettes, 1211 Genève 20 (Suisse), tél. : +41 22 338 81 20. Les observations reçues avant le 31 mars 2003 seront prises en considération aux fins d'une nouvelle version du présent document.

Liens avec le Rapport sur l'expérience acquise au niveau national (OMPI/GRTKF/IC/3/10)

17. Le présent document complète le Rapport sur l'expérience acquise au niveau national et il convient donc de le lire à la lumière de celui-ci. Il n'est proposé aucune tâche ou activité nouvelle.

18. Dans le Rapport sur l'expérience acquise au niveau national, quatre tâches étaient proposées en vue de leur examen par le comité. Deux d'entre elles n'ont pas été approuvées; à savoir : l'élaboration de dispositions types de législation nationale, en utilisant les dispositions types de 1982 comme point de départ (ci-après dénommée tâche 2) et l'examen de certains éléments des mesures, mécanismes ou structures éventuelles assurant une protection extraterritoriale fonctionnelle des expressions du folklore (ci-après dénommée tâche 3).

19. Les deux autres tâches ont été approuvées. La première consiste en une coopération technico-juridique accrue, devant être fournie par le Secrétariat de l'OMPI sur demande, en vue de la création, du renforcement et de l'application effective des mesures et systèmes existants de protection juridique des expressions du folklore (ci-après dénommée tâche 1). La deuxième vise à commander une étude de cas pratiques sur le rapport entre le droit et les protocoles coutumiers et le système formel de propriété intellectuelle, dans la mesure où ils concernent la protection juridique des expressions du folklore (ci-après dénommée tâche 4).

20. Le Secrétariat publiera dès que possible, à l'intention des législateurs nationaux, des peuples et des communautés, un manuel pratique contenant des études de cas, des lignes directrices et des "meilleures pratiques" concernant la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles au niveau national<sup>9</sup>. Le titre provisoire de ce manuel est le suivant : "Guide pratique de l'OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles". L'information contenue dans le présent document et les observations relatives ainsi que les données et les enseignements apportés par les exposés oraux qui seront présentés à la quatrième session du comité intergouvernemental (voir ci-dessous) seront autant de contributions utiles à la mise en œuvre de la tâche 1 dans son ensemble, y compris l'élaboration d'un manuel pratique.

<sup>9</sup> Voir également le paragraphe 155 du document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

Exposésoraux

21. Dans le présent document, certains systèmes *sui generis* sont examinés par rapport aux droits de propriété intellectuelle existants, sur la base des lois pertinentes, des données communiquées en ce qui concerne l'expérience acquise au niveau national et d'un certain nombre d'études de cas pratiques. Les participants aux travaux du comité ont souligné la nécessité de disposer d'informations supplémentaires sur l'expérience réellement acquise en ce qui concerne la conceptualisation, la création, l'établissement et la mise en œuvre de ces systèmes. Par conséquent, en complément du présent document et afin de satisfaire aux demandes des membres, le Secrétariat de l'OMPI organisera, de façon informelle dans le cadre de la quatrième session du comité intergouvernemental, une série d'exposésoraux sur l'expérience acquise au niveau national dans le domaine des systèmes législatifs spécifiques de protection juridique du folklore. Ces exposés auront lieu à l'occasion de décrire directement, d'une façon plus précise et d'un point de vue pratique, les lois, les systèmes ou les mécanismes (effectifs ou proposés, selon le cas), y compris l'expérience réellement acquise en ce qui concerne leur élaboration, leur mise en place et leur application. De plus amples informations sur ces exposés seront communiquées lors de la session.

22. Bien qu'il soit reconnu que les expressions de la culture traditionnelle sont étroitement liées aux savoirs traditionnels "techniques" (par exemple les connaissances médicales), le comité examine pour l'heure ces deux sujets indépendamment quoiqu'en parallèle. Cela est dû au fait que la question du folklore, débattue depuis longtemps au sein de l'OMPI et d'autres instances, fait intervenir un ensemble distinct de titulaires de droit, d'utilisateurs et autres parties prenantes, et soulève des questions de propriété intellectuelle précises qui ne sont pas toutes pertinentes lorsqu'ils s'agit de savoirs traditionnels techniques. En particulier, les expressions du folklore constituent un domaine dans lequel les autorités nationales ont une longue expérience de l'élaboration et de l'application de systèmes *sui generis* spécifiques aux fins de la protection juridique, contrairement aux savoirs traditionnels qui, dans la plupart des cas, n'ont été considérés comme objets spécifiques de la protection juridique que relativement récemment. De même que le présent document, les exposésoraux porteront essentiellement sur la protection du folklore, bien que ces systèmes puissent également être pertinents pour d'autres formes de savoirs traditionnels.

## II. EXEMPLES CONCRETS D'EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES POUR LESQUELLES UNE PROTECTION JURIDIQUE EST SOUHAITÉE

### Signification, portée et nature des "expressions culturelles traditionnelles"

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

L'intérêt grandissant que suscite la protection juridique des savoirs traditionnels proprement dits a aussi soulevé des interrogations quant à la nature particulière de la protection juridique de ces expressions du folklore et de la culture traditionnelle dans le cadre de la notion plus large des savoirs traditionnels. On trouvera un examen détaillé de ces questions de terminologie dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/9.

24. La signification du patrimoine culturel dépend largement des conditions dans lesquelles celui-ci est constitué et préservé et la terminologie varie selon la région et la communauté culturelle d'où émanent ces termes et leur définition. Cela dépend également à quelles fins ces termes et leurs définitions ont été élaborés. Par conséquent, déterminer ce qui est et ce qui n'est pas considéré comme faisant partie du "patrimoine culturel" ou de la notion plus précise d'"expressions culturelles traditionnelles" est une question complexe et subjective, d'où l'absence de définitions communément admises pour ces termes.<sup>10</sup>

25. La nécessité d'établir clairement la signification et la portée de ces termes "patrimoine culturel intangible", par exemple, reste fondamentale pour permettre à l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) de progresser dans l'élaboration de son Avant-projet de convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel; (compte tenu du rapport qui existe entre ce projet de convention et les droits de propriété intellectuelle, l'OMPI suit les activités de l'UNESCO en la matière et y contribue, dans un esprit de coopération mutuelle commune, ont demandé les États membres).

26. Le propos du présent document n'est pas de résumer ou d'analyser davantage la teneur de ce débat terminologique. Toutefois, il est utile de faire quelques réflexions sur la nature de ces expressions culturelles traditionnelles pertinentes au regard des questions concernant la protection au titre de la propriété intellectuelle.

27. Premièrement, les "expressions de" la culture traditionnelle (ou les "expressions du" folklore) peuvent être soit intangibles, tangibles ou encore concilier ces deux natures. Or, la culture traditionnelle ou le savoir folklorique implicites dont découle l'expression sont généralement intangibles. Dans le cas par exemple d'une peinture représentant un mythe ou une légende ancienne, le mythe ou la légende en question font partie intégrante du "folklore" intangible implicite, tout comme le savoir et les aptitudes utilisés pour créer la peinture, tandis que la peinture, quant à elle, est une expression tangible de ce folklore.<sup>11</sup>

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

<sup>10</sup> Voir Paethorpeet Verhulst, "Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law" (étude mandatée par la Commission européenne), octobre 2000, pp. 6 à 13.

<sup>11</sup> *Ibidem*.



29. La description des expressions du folklore donnée dans les dispositions types de 1982 établit une distinction entre les expressions du folklore qui sont intangibles et celles qui sont tangibles. Elle est formulée comme suit :

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

- “i) les expressions verbales telles que les contes populaires, la poésie populaire et les énigmes;
- “ii) les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale populaires;
- “iii) les expressions corporelles telles que les danses et spectacles populaires ainsi que les expressions artistiques des rituels;

“que ces expressions soient fixées ou non sur un support; et

- “iv) les expressions tangibles telles que
  - “a) les ouvrages d’art populaire, notamment les dessins, peintures, ciselures, sculptures, poteries, terres cuites, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d’aiguille, textiles, tapis, costumes;
  - “b) les instruments de musique;
  - “c) les ouvrages d’architecture].”

Cette description des “expressions culturelles traditionnelles” ou des “expressions du folklore” est utile aux fins du présent document.

30. Troisièmement, le patrimoine culturel se crée en permanence; il est cumulatif et innovant. La culture, organique par nature, a besoin de croître et d’évoluer pour survivre – la tradition façonnant ainsi l’avenir. Il est souvent considéré que la tradition n’est qu’une question d’imitation et de reproduction, alors qu’elle suppose également d’innover et de créer dans le cadre traditionnel<sup>12</sup>. Comme M. Dori Yanagi, concepteur industriel japonais, l’a récemment fait observer, l’incorporation d’un élément de l’artisanat traditionnel dans un dessin ou modèle moderne peut avoir une plus grande valeur que l’imitation de cet élément en lui-même : “La tradition crée de la valeur seulement lorsqu’elle progresse. Elle doit évoluer avec la société”<sup>13</sup>. De ce fait, étant donné que les artistes traditionnels régénèrent continuellement leurs œuvres par de nouvelles conceptions et de nouvelles expériences, la tradition peut être une source importante de créativité et d’innovation.

<sup>12</sup> Voir Bergey, Barry “A Multi-faceted Approach to the Support and Conservation of Folk and Traditional Culture”, exposé présenté au Symposium international sur la protection du folklore et/ou de la culture traditionnelle et sur la législation en la matière, Beijing, 18 – 20 décembre 2001.

<sup>13</sup> *Japan Times*, 30 juin 2002.

31. Il se peut par conséquent qu'il y ait une distinction entre le patrimoine culturel "traditionnel" et le patrimoine culturel contemporain en évolution (cette question a également été soulevée dans le cadre des débats de l'UNESCO sur la sauvegarde du patrimoine culturel intangible). En d'autres termes, on pourrait établir une distinction entre (i) la culture traditionnelle implicite préexistante (laquelle pourrait être qualifiée de culture traditionnelle ou de folklore *strictu sensu*) et (ii) les productions littéraires et artistiques créées par les générations actuelles d'une société donnée et fondées sur la culture ou le folklore traditionnel préexistant, ou encore inspirées de cette culture ou de ce folklore.

32. Le folklore préexistant a généralement les caractéristiques suivantes : il est traditionnel, lié à la culture, intangible, il se transmet de génération en génération (il est ancien) et il est commun à un ou plusieurs groupes ou à une ou plusieurs communautés. Il est probable que son origine soit inconnue, pour autant que la notion d'auteur ait ici une quelconque pertinence. En revanche, une production littéraire et artistique contemporaine créée par les générations actuelles d'une société donnée et inspirée du folklore peut constituer une œuvre "nouvelle" dont le créateur (ou les créateurs) est vivant et identifiable. Ces productions peuvent aussi bien être tangibles qu'intangibles.

33. Cette distinction apparaît également dans certaines législations nationales, telles que celles de la Tunisie (qui fait référence à la fois au "folklore" et aux "œuvres inspirées du folklore")<sup>14</sup>. En outre, la loi type de Tunisie sur le droit d'auteur protège, en tant qu'œuvres originales protégées par le droit d'auteur, les œuvres dérivées qui incluent "les œuvres inspirées du folklore national" alors que le folklore lui-même qualifié "œuvres du folklore national" fait l'objet d'un type spécial (*suigeneris*) de protection au titre du droit d'auteur.

34. Même si, compte tenu de la nature "vivante" et cumulative du patrimoine culturel, il ne convient peut-être pas d'exagérer l'intérêt d'une telle distinction, celle-ci est pertinente aux fins d'une analyse relative à la propriété intellectuelle. En effet, comme cela sera examiné dans la suite du présent document, les nouvelles interprétations ou exécutions du folklore préexistants sont davantage susceptibles d'être protégées par les lois de propriété intellectuelle en vigueur que le folklore préexistant lui-même qui n'est pas aussi bien protégé en vertu des dites lois. Or, le fait des savoirs il faut un non accorder une protection juridique au folklore préexistant est une question de politique générale déterminante. Dans l'affirmative, c'est dans ce domaine qu'il se peut être nécessaire d'apporter certaines modifications aux droits existants, c'est-à-dire des mesures spéciales pour compléter les droits existants et/ou les mécanismes ou les systèmes *suigeneris*.

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

<sup>14</sup> Loin° 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique.

Exemples concrets spécifiques

36. Sur la base des missions d'enquête menées à bien par l'OMPI en 1998 et 1999, des réponses au questionnaire sur le folklore et d'autres éléments, on trouvera exposés ci-après des exemples concrets spécifiques d'expressions culturelles traditionnelles pour lesquelles une protection juridique a été recherchée ou est souhaitée.<sup>15</sup>

i) Des peintures faites par des autochtones ont été reproduites par des non-autochtones sur des tapis, des tissus imprimés destinés à l'habillement, des T-shirts, des robes et autres vêtements ainsi que sur des cartes de vœux ; et ces produits ont ensuite été distribués et mis en vente par des non-autochtones. On trouvera des exemples de ce type dans les cas mentionnés par l'Australie dans sa réponse au questionnaire sur le folklore, lesquels sont résumés dans le rapport final (WIPO/GRTKF/IC/3/10).<sup>16</sup> Certains de ces cas ont par ailleurs été examinés dans l'étude intitulée "Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions"<sup>17</sup> qui a été mandatée et publiée par l'OMPI. Des non-autochtones ont également photographié des peintures corporelles et reproduit, notamment sous forme de photographies, des peintures rupestres (pétroglyphes) et ils ont ensuite distribué et mis en vente de ces productions. Des exemples de ce type ont aussi été examinés dans l'étude "Minding Culture."

ii) Des chansons et des musiques traditionnelles ont été enregistrées, adaptées, arrangées et interprétées ou exécutées en public ou en core communiquées au public, notamment via l'Internet. De nos jours, à l'ère du numérique, il ne faut rien de plus aux musiciens qu'un ordinateur et du matériel d'enregistrement pour pouvoir trouver et utiliser des musiques venant du monde entier. Il est en effet possible de télécharger gratuitement de la musique traditionnelle sur un ordinateur personnel depuis un très grand nombre de sites d'archivage de musiques et de la stocker sous forme de données numériques qui peuvent être ensuite transférées dans d'autres fichiers audios (lesquels constituent de nouvelles compositions) et être retravaillées au gré de l'inspiration créatrice de chacun.<sup>18</sup> Il est très préoccupant de constater à cet égard que de la musique, qui à l'origine a été enregistrée à des fins ethnographiques, est dorénavant échantillonnée et utilisée dans de nouvelles compositions pour lesquelles une protection au titre du droit d'auteur est revendiquée (voir également ci-après la partie "Collecte, enregistrement et diffusion d'expressions culturelles traditionnelles – droit d'auteur et droits connexes"). La plupart de ces musiques ont été enregistrées à l'occasion d'interprétations ou d'exécutions faites en direct de musiques traditionnelles indigènes, souvent à l'insu des artistes interprètes ou exécutants. L'exemple le plus connu en l'occurrence est peut-être le disque compact intitulé "Deep Forest" qui est sorti en 1992 et dans lequel des échantillons numériques de musiques originaires du Ghana, des îles Solomon et de communautés africaines 'pygmées' étaient fusionnés avec des rythmes de

<sup>15</sup> L'enlèvement d'objets sacrés et de cérémonie (biens culturels meubles) n'a pas été traité ici. Cette question relève peut-être moins de la propriété intellectuelle que des lois régissant directement le patrimoine culturel et des domaines de l'archéologie et de l'anthropologie.

<sup>16</sup> Voir le paragraphe 126 du document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

<sup>17</sup> "Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions", de Mme Terri Janke. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

<sup>18</sup> Voir Sandler, Felicia, "Music of the Village in the Global Marketplace – Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?", thèse de doctorat, Université du Michigan, 2001, pp. 58 et 59.

“techno-house.”<sup>19</sup> Dans le même ordre d’idée, un deuxième album est paru en 1995 sous le titre “Bohème”; ils’agissait cette fois –cid’ une fusion de musiques d’Europe de l’Est, de Mongolie, d’Asie de l’Est ainsi que de musiques amérindiennes. Les droits sur la célèbre chanson “The Lion Sleeps Tonight” –inspirée d’une œuvre des années 30, “Mbube” de Solomon Lindu compositeur sud-africain au jour d’hui cédé –continuent de faire l’objet d’un litige complexe.<sup>20</sup> Un autre exemple qui a été signalé concerne la chanson à succès intitulée “Return to Innocence” créée en 1993 par le groupe européen Enigma.<sup>21</sup> Un problème connexe réside dans la composition par des non autochtones de chansons et de musiques qui sont pseudo-indigènes du fait par exemple qu’elles portent sur des thèmes indigènes et/ou qu’elles sont accompagnées par des rythmes associés à la musique indigène.<sup>22</sup>

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

iv) Des instruments de musique traditionnels ont été transformés en instruments modernes et commercialisés sous un nouveau nom, ou utilisés par des personnes qui sans être dépositaires de la tradition sont actives dans l’univers des musiques du monde ou au sein du mouvement *New Age*, ou encore utilisés à des fins touristiques (comme le tambour métallique de la région des Caraïbes et le didgeridoo des aborigènes d’Australie).<sup>23</sup> Des instruments de musique, tels que justement des instruments de percussion et le didgeridoo, sont fabriqués en série comme articles de souvenir. Mme Janke cite des exemples de didgeridoo et d’autres objets fabriqués à l’étranger puis importés en Australie où ils sont présentés comme des produits ayant été fabriqués dans le pays.<sup>24</sup>

v) Des peuples autochtones et des communautés traditionnelles ont indiqué qu’ils ont besoin de protéger les dessins ou modèles de textile tissés ou faits main; des étoffes et des habits ayant été copiés et commercialisés par des non autochtones. On pourrait citer notamment les exemples suivants : l’*amauti* du Canada, le *sarid* d’Asie du Sud, les tissus teints par nouage au Nigeria et au Mali, les tissus kente du Ghana et de certains autres pays d’Afrique de l’Ouest, les coiffes traditionnelles de Tunisie, le *huipil* maya du Guatemala, la *mola* du Panama et les tapisseries tissées et les bandes de textiles waris du Pérou; des tapis (d’Égypte, d’Oman, de la République islamique d’Iran et d’autres pays); des tentes (comme les dessins ou modèles de tipi traditionnels d’Amérique du Nord); des chaussures (comme les dessins ou modèles de mocassin traditionnels d’Amérique du Nord). Dans sa réponse au questionnaire sur le folklore, le Bhoutan a par exemple signalé que les dessins ou modèles et

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 58 à 63; Mills, “Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation”, 1996 Yearbook for Traditional Music, 28 (1996), pp. 57 à 85.

<sup>20</sup> Entretien avec M. Owen Dean, Spoor and Fisher Attorneys, Pretoria, Afrique du Sud, le 23 octobre 2002. Voir également Malan, Rian “Where does the Lion Sleep Tonight?” à l’adresse : <http://www.3rdearmusic.com/forum/mbube2.html> (23 octobre 2002).

<sup>21</sup> Voir “Taiwanese singer found a global audience”, Financial Times, 2 avril 2002. Disponible à l’adresse : <http://news.ft.com/ft/gx.cgi/ft?pagename=View&c=Article&cid=FT3DDC52KZC&liv> (12 août 2002).

<sup>22</sup> Sandler, *op.cit.*, pp. 39 et 40.

<sup>23</sup> Sandler, Felicia, *op.cit.*, pp. 35 à 38.

<sup>24</sup> Janke, *op.cit.*, pp. 37 à 40.

les motifs traditionnels de textiles bhoutanais étaient copiés et utilisés sur des tissus fabriqués à la machine, ce qui a pour effet de diluer la valeur intrinsèque de ces dessins ou modèles de textiles et, dans un même temps, de constituer un menace pour les techniques locales de tissage généralement pratiquées par les femmes des villages bhoutanais.<sup>25</sup> L'imitation de dessins ou modèles de textile traditionnelle se trouve non seulement néfaste sur le plan économique mais risque également d'entraîner la disparition de l'artisanat textile. Ces imitations sont liées au fait que des étrangers se rendent dans des communautés traditionnelles pour "apprendre" des techniques de tissage traditionnelle et en repartent ensuite avec ces savoirs sans le consentement préalable donné en connaissance de cause par les intéressés.

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

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

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

ix) La collecte, l'enregistrement et la diffusion d'expressions de la culture des peuples autochtones ainsi que la recherche sur ces cultures sont source de multiples inquiétudes pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. Premièrement, il est possible que la confidentialité des informations obtenues par des ethnographes auprès de personnes interrogées ne soit pas respectée et, deuxièmement, que les cultures indigènes traditionnelles donnent lieu à des descriptions erronées. De plus, il se peut qu'une population à laquelle des recherches ont été consacrées ne puisse pas pleinement accéder au matériel documentaire concernant. Enfin, il est à craindre que la majeure partie de la documentation relative aux cultures indigènes et traditionnelles soit constituée, détenue et commercialisée par des non autochtones et des personnes non dépositaires de la tradition.<sup>26</sup>

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

<sup>25</sup> Voir la réponse du Bhoutan au questionnaire sur le folklore.

<sup>26</sup> Janke, Terri, *Our Culture, Our Future* (Rapport élaboré en 1999 pour l'Institut australien des études sur les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres et la Commission des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres), pp. 30 à 32; Sandler, *op. cit.*, pp. 53 à 56.

des motifs ou des dessins et modèles traditionnels ou indigènes; ou encore des œuvres musicales ou chorégraphiques présentant certaines caractéristiques des compositions traditionnelles ou indigènes (lignes mélodiques, motifs rythmiques, tempi, métrique, etc.).<sup>27</sup> Comme le Groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes (GRULAC) l'a indiqué dans sa contribution à la première session du comité intergouvernemental, la méthode de fabrication et le "style" des produits traditionnels se prêtent facilement à l'imitation :

"... divers secteurs représentent des motifs de communauté et de groupes créateurs de manifestation traditionnelles de l'art textile et de l'artisanat (poterie, sculpture, etc.) se sont plaints de ce que leurs œuvres et leurs dessins et modèles industriels fassent l'objet d'une copie plus subtile, mais tout aussi pernicieuse sur le plan économique qu'une copie ou un plagiat du style de l'art original. Certaines œuvres et dessins de produits textiles sont produits au moyen de techniques traditionnelles très anciennes. Il est arrivé que des personnes étrangères au lieu d'origine de l'art ou du dessin viennent dans ce lieu pour apprendre les techniques traditionnelles avant de les reproduire ensuite à l'étranger de manière artisanale, voire industrielle. En pareil cas, les dessins originaux sont stylisés de sorte que, même s'il n'est pas possible de prétendre qu'une œuvre ou un dessin particulier a été copié, le style du produit évoque directement les produits originaux de la communauté ou de la région qui les a créés au départ."<sup>28</sup>

xi) Des éléments sacrés ou secrets ont été utilisés sans autorisation, divulgués et reproduits, comme les tissus sacrés de Coroma en Bolivie<sup>29</sup> ainsi que des chants sacrés qui peuvent être exécutés ou interprétés que dans un lieu particulier et dans un but bien précis.<sup>30</sup>

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

<sup>27</sup> Sandler, *op. cit.*, pp. 46 à 48.

<sup>28</sup> Annexe II du document OMPI/GRTKF/IC/1/5, pp. 7 et 8.

<sup>29</sup> Lobo, Susan, *The Fabric of Life : Repatriating the Sacred Coroma Textiles, Cultural Survival Quarterly*, été 1991, pp. 40 et 41.

<sup>30</sup> Sandler, *op. cit.*, pp. 41 à 44.

aucun acte illégal, aitreconnulanécessitédetenircomptedecetypedepreoccupations culturelles dans ses activités futures. <sup>31</sup> Des représentants de groupes maoris et de la société Legose seraient d' ailleurs réunis pour examiner l' élaboration d' un code international de bonne conduite que les fabricants de jouets s' engageraient à respecter. <sup>32</sup>

37. Les expressions culturelles traditionnelles peuvent être une source importante de recettes pour les artistes, les musiciens, les artisans et autres créateurs autochtones. Selon un rapport récemment publié en Australie par le Département des communications, des techniques de l' information et des arts, les arts plastiques et l' artisanat constituent une source importante de revenus pour les artistes et les communautés autochtones et le degré de protection dont ils bénéficient a été réduit d' auteur ou de la propriété intellectuelle leur importé donc au plus haut point. On estime que le chiffre d' affaires liés aux arts plastiques et à l' artisanat indigènes s' établit approximativement à 130 millions de dollars australiens, dont 30 millions environ reviennent à la population autochtone. <sup>33</sup>

### III. OBJECTIFS DES PEUPLES AUTOCHTONES ET DES COMMUNAUTÉS TRADITIONNELLES

38. Au cours des missions d' enquête de l' OMPI et d' autres consultations, les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ont formulé plusieurs objectifs en ce qui concerne l' utilisation de leurs productions littéraires et artistiques traditionnelles, objectifs qui ont fait l' objet d' un rapport détaillé. <sup>34</sup> La présente partie résume les besoins et les objectifs exprimés au cours de ces consultations. Toutefois, l' intention n' est pas de prétendre parler au nom de ces peuples autochtones et de ces communautés traditionnelles qui ont fait part d' un grand nombre de préoccupations sous des angles très divers. L' objet de la section suivante est d' analyser plusieurs cas concrets spécifiques pour déterminer dans quelle mesure les droits de propriété intellectuelle existants ont répondu, ou pourraient répondre, de façon satisfaisante à ces besoins. de

39. Les objectifs recherchés peuvent être résumés par un seul, à savoir obtenir une reconnaissance juridique du droit de détenir, de divulguer et d' utiliser des expressions culturelles traditionnelles ainsi que d' maîtriser l' accès conformément aux lois et aux protocoles coutumiers. Ce objectif général a pour corollaire implicite le droit de subordonner

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

<sup>32</sup> Voir la réponse de la Nouvelle-Zélande au questionnaire sur le folklore et le site <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/asia-pacific/1619406.stm>.

<sup>33</sup> *Report of the Contemporary Visual Arts and Craft Inquiry*, Australie, 2002, pp. 116 et 135.

<sup>34</sup> 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)*, (OMPI, 2001); Kuruk P., “ *Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes : A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States* ”, 48 *American University Law Review* 769 (1999); Janke T., *Our Culture, Our Future* (rapport élaboré en 1999 pour l' Institut australien des études sur les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres et la Commission des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres); McDonald I., *Protecting Indigenous Intellectual Property* (Conseil australien du droit d' auteur, Sydney, 1997, 1998).

l'accès à toute expression culturelle traditionnelle ou la divulgation et l'utilisation de toute expression culturelle traditionnelle à l'obtention d'un consentement préalable en connaissance de cause.

40. À partir de cet objectif général, il est possible d'en définir d'autres plus précis, notamment le fait pour les autochtones :

- i) d'être considérés au premier chef comme les gardiens et les interprètes de leurs cultures et de leurs arts, tant anciens que futurs;
- ii) de pouvoir protéger, dans un sens positif, leurs expressions culturelles traditionnelles, lesquelles, lorsqu'elles sont détenues collectivement, doivent être protégées au nom de la communauté correspondante;
- iii) d'avoir le droit d'autoriser ou de refuser d'autoriser l'utilisation, à des fins commerciales ou non, d'expressions culturelles traditionnelles;
- iv) d'avoir le droit de ne pas révéler des expressions et des pratiques culturelles secrètes et de sauvegarder des expressions et des pratiques sacrées;
- v) d'avoir le droit de retirer des avantages commerciaux de l'utilisation autorisée d'expressions culturelles traditionnelles, y compris le droit de négocier les conditions d'une telle utilisation;
- vi) d'avoir le droit à une attribution pleine et entière, y compris à ce que cette attribution ne soit pas erronée;
- vii) d'avoir le droit de prévenir l'utilisation déshonorante, culturellement offensante et fallacieuse d'expressions culturelles traditionnelles;
- viii) d'avoir le droit d'empêcher la déformation et l'altération d'expressions culturelles traditionnelles; et
- ix) d'avoir le droit d'autoriser et de vérifier non seulement la collecte et l'enregistrement d'expressions culturelles traditionnelles, mais encore la diffusion et l'utilisation ultérieures de ces enregistrements.

41. D'autres objectifs et besoins en la matière sont les suivants : promouvoir le respect des formes de créativité traditionnelle et d'expressions culturelles, les préserver en fin de compte à ce que leur utilisation coutumière et normale puisse se poursuivre sans entraves.

42. Comme il a été mentionné dans des documents précédents du comité <sup>35</sup>, il est possible de répartir globalement ces objectifs et ces droits souhaités en deux catégories principales de besoins et de préoccupations :

<sup>35</sup> Voir le paragraphe 33 du document WIPO/GRTKF/IC/2/8; le paragraphe 169 du document WIPO/GRTKF/IC/2/16 et les paragraphes 34 et 100 du document WIPO/GRTKF/IC/3/10.



i) Premièrement, certains autochtones et certaines personnes non dépositaires de la tradition souhaitent tirer parti de la commercialisation de leurs expressions culturelles. Ils aimeraient que celles-ci soient protégées afin que leur créativité soit rémunérée et que les concurrents non autochtones ou non traditionnels soient exclus du marché. On pourrait dire que ce groupe revendique une “protection positive” pour ses expressions culturelles.

ii) Deuxièmement, certains sont davantage préoccupés par le préjudice culturel, social et psychologique causé par l'utilisation non autorisée de leur art. Ils souhaitent maîtriser, voire totalement empêcher l'utilisation et la diffusion de leurs expressions culturelles. Ce groupe estime que l'exploitation commerciale de leurs expressions culturelles leur ferait perdre leur signification originelle, ce qui à son tour, entraînerait la ruine et la disparition de leur culture. On peut dire que ce groupe veut une “protection défensive” de ses expressions culturelles.

43. Il est ressorti des consultations que des mécanismes relevant de la propriété intellectuelle ne permettent peut-être pas de réaliser l'ensemble des objectifs très divers qui ont été exprimés au sujet du folklore et des cultures traditionnelles. En effet, avec des solutions fondées sur la propriété intellectuelle, certains de ces objectifs pourront être atteints, mais d'autres risquent d'en être pris en compte. Dans une certaine mesure, ces préoccupations dépassent la portée de la protection juridique des expressions des cultures traditionnelles, que ce soit au moyen de systèmes de propriété intellectuelle existants, de droits de propriété intellectuelle élargis ou adaptés, ou encore au moyen d'une protection juridique *sui generis* distincte. Il conviendrait toutefois des'efforcer de prendre en compte ces divers objectifs dans l'élaboration et le renforcement des systèmes nationaux, régionaux ou internationaux de protection juridique des expressions du folklore.

#### IV. ANALYSE SYSTEMATIQUE DE L'UTILISATION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EXISTANTS ET DES SYSTEMES *SUI GENERIS*

##### i) Productions littéraires et artistiques – Droit d'auteur

*Les expressions culturelles traditionnelles en tant que “productions dans le domaine littéraire et artistique”*

44. La protection au titre du droit d'auteurs s'étend aux “œuvres littéraires et artistiques”, comme l'indiqua la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1971 (ci-après dénommée “Convention de Berne”).<sup>36</sup> La convention prévoit

<sup>36</sup> L'article 2.1 de la Convention de Berne énonce ce qui suit : “Les termes ‘œuvres littéraires et artistiques’ comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quelque soit le mode ou la forme d'expression, telles que : les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture

clairement la protection de toutes les productions dans les domaines littéraire, scientifique et artistique et aucune exception due à leur mode ou forme d'expression n'est prévue. Les œuvres protégées sont indiquées dans la convention; les œuvres prises en considération dans la définition figurent sur la liste, qui n'est pas exhaustive.

45. La plupart des expressions culturelles traditionnelles que les peuples autochtones souhaitent protéger (voir les exemples mentionnés au chapitre II) sont des "productions dans les domaines littéraire, scientifique et artistique" et donc, en principe, elles constituent l'objet réel ou potentiel de la protection au titre du droit d'auteur. Ces expressions concernent notamment : la musique et les chants, les danses, les pièces de théâtre, les contes, les cérémonies rituels, les dessins, les peintures, les sculptures, la poterie, la mosaïque, la boiserie, la quincaillerie, la joaillerie, la vannerie, les travaux d'aiguille, les textiles, les tapis, les costumes, les instruments de musique, l'architecture, les gravures, les objets d'artisanat, la poésie et les dessins et modèles.

46. La protection au titre du droit d'auteur (à savoir les droits patrimoniaux d'interdire ou d'autoriser, notamment, la reproduction, l'adaptation, la communication au public et aux tiers, et le droit moral relatif à l'attribution et à l'intégrité) sembler répondre parfaitement à la plupart des attentes et objectifs des peuples autochtones et communautés traditionnelles. La possibilité, en vertu du droit d'auteur, de percevoir une compensation pour l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles sous forme soit d'une redevance, soit de la réparation du préjudice causé par une atteinte au droit d'auteur, répond également à certains besoins et objectifs. C'est pourquoi, plusieurs membres du comité ont souligné la nécessité d'étudier pleinement la possibilité d'utiliser les droits de propriété intellectuelle existants, tels que le droit d'auteur, en vue de protéger les expressions culturelles traditionnelles.

#### *Limitations dans l'utilisation du droit d'auteur*

47. D'autres membres du comité ont mis l'accent sur certains aspects du droit d'auteur qui, selon eux, limitent son potentiel de protection des expressions culturelles traditionnelles. Ainsi,

37

i) le droit d'auteur protège uniquement les œuvres originales et de nombreuses productions littéraires et artistiques traditionnelles ne sont pas originales. La Hongrie, par exemple, a déclaré dans sa réponse au questionnaire sur le folklore : "[...] une expression du

---

[Suite de la note de la page précédente]

ou aux sciences". Voir également les articles 2.3), 2.4) et 2.5), en ce qui concerne l'exigence de protéger certains autres types d'œuvres.

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

folklore ne peut jamais être une œuvre d'auteur, puisque sa caractéristique principale n'est pas de refléter la personnalité unique d'un auteur, mais de représenter de façon immuable les spécificités du domaine public culturel.”<sup>38</sup>

ii) le droit d'auteur nécessite l'identification d'un ou de plusieurs créateurs connus. Il est difficile, voire impossible, d'identifier les créateurs des expressions culturelles traditionnelles parce qu'elles sont créées et détenues en commun et parce que leurs créateurs sont tout simplement inconnus. Comme le déclarent la Communauté européenne et ses États membres dans leur document intitulé “Expressions du folklore”, présenté à la troisième session du comité : “le droit d'auteur se fonde sur l'identification de l'auteur de l'œuvre, alors que le folklore se distingue par l'anonymat du créateur de la tradition ou par le fait que la tradition appartient à une communauté.”<sup>39</sup>

iii) la conception de la “titularité” dans le droit d'auteur est incompatible avec les lois et systèmes coutumiers. Si le droit d'auteur confère des droits de propriété exclusifs, individuels, aux particuliers, les auteurs autochtones sont soumis à des règles et responsabilités complexes, plus proches des droits d'utilisation ou de gestion, qui sont communautaires par nature.<sup>40</sup> L'ensemble des droits réglementant la production des matériels culturels autochtones a été ainsi décrit par un artiste autochtone dans l'affaire *M\*, Payunka, Marika and Others v. Indofurn Pty Ltd*<sup>41</sup> jugée en Australie :

“Si, en tant qu'artiste, je suis titulaire du droit d'auteur sur une œuvre d'art particulière selon la loi occidentale, en vertu du droit aborigène, je ne dois pas utiliser une image ou une histoire susceptible de porter atteinte aux droits de tous les autres Yolngu (son clan) qui ont un droit, direct ou indirect, sur cette image ou cette histoire. Ainsi, j'administre l'image pour le compte de tous les autres Yolngu qui ont un droit sur l'histoire.”<sup>42</sup>

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

McDonald donne une illustration intéressante de la nature de la titularité des droits culturels dans le droit coutumier : la “titularité” dans le droit coutumier est analogue au droit d'un salarié dans une œuvre créée dans le cadre de son travail (cette illustration renvoie aux pays dans lesquels l'employeur est titulaire du droit d'auteur attaché aux œuvres d'un salarié). Ausenlarge, un salarié est “autorisé” à créer une œuvre dont est “titulaire” son employeur; le salarié n'est donc habilité qu'à utiliser ou à perfectionner l'œuvre en vertu du pouvoir conféré par l'employeur.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Page 2 de la réponse de la Hongrie au questionnaire sur le folklore. Toutes les réponses peuvent être consultées à l'adresse suivante :

<http://www.wipo.int/globalissues/questionnaires/ic-2-7/index.html>

<sup>39</sup> Page 3 du document WIPO/GRTKF/IC/3/11.

<sup>40</sup> Voir la page 3 du document WIPO/GRTKF/IC/3/11; McDonald, p.45.

<sup>41</sup> (1994)30IPR209.

<sup>42</sup> Page 215, dans McDonald, *ibid.*

<sup>43</sup> McDonald, p.46.

Cette distinction entre “titularité” au sens du droit d’auteur et droit et responsabilités dans l’usage communautaire a une signification concrète, dans le cadre de la concession sous licence par exemple. Un titulaire autochtone du droit d’auteur seraithabilité, en vertu du droit d’auteur, à concéder sous licence ou à céder ses droits à autrui, ce qui pourrait ne pas être autorisé par les règles coutumières. L’affaire *Yumbulul c. Reserve Bank of Australia*<sup>44</sup>, jugée en Australie, est pertinente à cet égard.

iv) l’exigence de fixation dans le droit d’auteur empêche la protection de expressions culturelles intangibles et orales telles que les contes, danses ou chants. Même certaines expressions “fixées”, telles que la peinture du visage ou du corps, peuvent ne pas satisfaire à l’exigence de fixation.<sup>45</sup>

v) la durée limitée de la protection du droit d’auteur est considérée comme inadéquate pour les expressions du folklore et les cultures traditionnelles. Tout d’abord, elle ne répond pas à la nécessité de protéger les expressions du folklore à perpétuité. Par ailleurs, la durée limitée de la protection exige de déterminer avec certitude la date de la création ou de la première publication d’une œuvre, date qui est inconnue en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles préexistantes.<sup>46</sup>

### *L’exigence d’originalité*

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

49. D’où est-ce que l’on entend par “originalité”? Ce terme n’est pas défini dans les traités internationaux pertinents, ni dans les législations nationales en général. La question est plutôt laissée à l’appréciation des tribunaux dans chaque cas particulier. Il semble, cependant, qu’il n’ait pas la même signification que le terme “nouveau” tel qu’il est défini dans le droit des brevets. Bien que certaines divergences puissent exister sur ce point entre les systèmes juridiques de droit civil et de common law, on peut affirmer qu’il y a une convergence dans les deux systèmes juridiques, une œuvre est “originale” pour autant qu’elle ait nécessité un certain degré d’effort intellectuel et qu’elle n’ait pas été copiée sur le travail d’autrui.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> (1991) 21 IPR 481.

<sup>45</sup> Voir aussi McDonald, p. 42 et Dean Ellinson, “Unauthorised Reproduction of Traditional Aboriginal Art,” UNSW Law Journal, 1994, p. 333.

<sup>46</sup> Réponses au questionnaire sur le folklore (WIPO/GRTKF/IC/2/7) et à l’enquête sur les savoirs traditionnels (WIPO/GRTKF/IC/2/5) des pays suivants : Hongrie, Nouvelle-Zélande, Norvège, et Viet Nam.; page 3 du document WIPO/GRTKF/IC/3/11 (document présenté par la Communauté européenne et ses États membres).

<sup>47</sup> Paley et Verhulst, page 28; Goldstein P., p. 161; voir également Ricketson S., “The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986” (Londres, 1987), pp. 228 à 234.

50. Au moins dans les pays de common law, un niveau relativement faible de créativité est requis afin de satisfaire à l'exigence d'originalité. Aussi, cette exigence ne constitue-t-elle pas un obstacle infranchissable en ce qui concerne les formes d'expression contemporaines de la culture traditionnelle qui sont des productions nouvelles créées par les générations actuelles s'inspirant des dessins ou modèles autochtones ou traditionnels préexistants. Les affaires mentionnées par l'Australie dans sa réponse au questionnaire sur le folklore en constituent de bons exemples. Par exemple, l'affaire *M\*, Payunka, Marika and Others v Indo Furn Pty Ltd*<sup>48</sup>, où le tribunal n'a eu aucune difficulté à juger que les œuvres d'art présentées étaient originales :

“Bien que les œuvres d'art empruntent les formes aborigènes traditionnelles et soient fondées sur les thèmes du Rêve, chacune d'elles présente une finesse et une complexité qui dénotent beaucoup de talent et d'originalité.”<sup>49</sup>

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

52. C'est pour quoi, il est possible d'affirmer que, du moins en ce qui concerne les pays de common law, les expressions contemporaines du folklore trouvant leur inspiration ou leur fondement dans le folklore préexistants sont suffisamment originales pour être protégées par le droit d'auteur.

53. La loi n'établit aucune distinction quant à l'identité de l'auteur, ce qui permet de satisfaire à l'exigence d'originalité, quel que soit l'auteur de l'expression contemporaine du folklore appartenant ou non à la communauté culturelle ou à la tradition trouvant son origine. Cela pose éventuellement un problème aux communautés autochtones et traditionnelles, qui peuvent souhaiter limiter la possibilité pour les personnes non membres de communautés autochtones ou traditionnelles (ou, plus précisément, les personnes n'appartenant pas à la communauté culturelle concernée) de bénéficier du droit d'auteur sur des créations traditionnelles. Que l'on puisse, en s'appuyant uniquement sur ces motifs, refuser le droit d'auteur à une personne n'appartenant pas à la communauté concernée, soulève de sérieux problèmes de fond. Toutefois, il est possible de mettre au point des moyens parallèles pour déterminer si une personne n'appartenant pas à la communauté concernée (pour autant que la communauté concernée puisse être reconnue) a certaines obligations envers la communauté à laquelle est lié

<sup>48</sup> (1994) 30 IPR 209. Ils s'agit de l'affaire communément appelée “Carpet Case”, qui constitue l'une des thèses de l'étude intitulée “Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions”, réalisée à la demande de l'OMPI par Mme Terri Janke et disponible à l'adresse suivante :

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

<sup>49</sup> (1994) 30 IPR 20, p. 216.

son droit d'auteur (telles que la reconnaissance de la communauté et le partage des avantages découlant de l'exploitation du droit d'auteur, ainsi que le respect de certaines formes du droit moral attaché à l'utilisation de traditions sous-jacentes). Ce point est examiné de façon plus approfondie ci-après, dans la partie intitulée "Problèmes de politique générale et systèmes *suigeneris*".

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

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

55. De même, Kutty rend compte d'un cas en Indonésie, concernant un masque de danseurs en bois décoré, d'origine folklorique, fabriqué et proposé sur un marché étranger à des fins commerciales. En fait, deux groupes commerciaux différents se livraient à la commercialisation de ces objets artistiques. La concurrence acharnée entre les deux entreprises a poussé l'une des parties à revendiquer un droit d'auteur sur le masque en question. La partie intéressée s'est opposée à la revendication de l'autre entreprise. Finalement, le droit d'auteur sur le masque n'a pas été accordé au motif que la création artistique appartenait au peuple indonésien.<sup>50</sup>

56. La volonté des États d'accorder ou non une certaine forme de protection à cet objet et relevant du domaine public est avant tout une question de politique générale, qui sera examinée plus loin.

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

<sup>50</sup> Kutty P. V., "Study on the Protection of Expressions of Folklore", étude réalisée à la demande de l'Organisation mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et bientôt disponible à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/cultural/index.html>

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

58. Le droit d'auteur ne protège pas uniquement les créateurs individuels. Il peut aussi protéger des groupes de créateurs; en fait, à l'heure actuelle, il est assez fréquent de voir plusieurs personnes créer une œuvre unique protégée par le droit d'auteur. Différents types de droit d'auteur, dont sont titulaires des parties différentes peuvent également être associés dans une production unique. Toutefois, au regard du droit d'auteur, il est nécessaire que l'identité du ou des créateurs puisse être déterminée et, s'ils s'agit de plusieurs créateurs, qu'ils soient organisés dans une entreprise, une association, une fiducie ou autre.

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

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

60. Toutefois, les moyens utilisés pour rendre en considération l'exigence relative à la possibilité de déterminer l'auteur présupposent l'existence d'un "auteur". Bien que l'on puisse avancer qu'un folklore préexistant doit nécessairement avoir un "auteur" à un stade donné, il est probable que, en ce qui concerne la plupart des expressions du folklore préexistant, il n'y a pas d'"auteur" au sens du droit d'auteur. Toutefois, dans ce cadre, il ne s'agit pas en général d'œuvres véritablement anonymes, dans la mesure où il y a un auteur, mais son identité est inconnue. Pour de nombreuses expressions culturelles traditionnelles, le contexte entourant la paternité d'une œuvre ne peut être suffisamment déterminé pour être ancré dans le droit d'auteur. Néanmoins, il est possible d'utiliser le moyen prévu à l'article 15.4) de la Convention de Berne pour protéger des œuvres dont l'identité de l'auteur est inconnue. Cet article est examiné de manière plus approfondie dans le Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore <sup>51</sup>.

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

<sup>51</sup> Voir les paragraphes 12, 13 et 165 du 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).

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

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

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

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

62. Toutefois, s'il semble juridiquement possible de créer des mécanismes permettant d'accorder des droits aux communautés ou à l'État (éliminant ainsi la nécessité de déterminer un "auteur"), l'efficacité de telles dispositions dépend de considérations pratiques telles que la capacité d'organisation des communautés, leur connaissance de la loi et leur possibilité d'accès à cette dernière, les ressources dont elles disposent pour gérer et faire valoir leurs droits, etc. C'est dans ce cadre que la gestion collective est susceptible de jouer un rôle.

#### *Conceptions différentes de la "titularité des droits"*

63. Ils'agit là de la relation entre un artiste ou un auteur en tant que titulaire du droit d'auteur et l'artiste en tant que membre d'une communauté autochtone. Les conceptions différentes de la "titularité des droits" dans le cadre du droit d'auteur d'une part, d'autre part, dans le droit des protocoles coutumiers, prend une signification particulière dans les cas où un artiste autochtone peut prétendre au droit d'auteur auquel il est soumis, tout en étant simultanément assujéti au droit et au règlement coutumiers. Si les droits de propriété intellectuelle confèrent des droits individuels de titularité, les sens coutumiers de termes "être titulaire" ne correspondent pas nécessairement ou uniquement à celui de "titularité des droits" tel



qu'il est perçue dans le contexte occidental non autochtone. Ces termes peuvent exprimer un sentiment de prise en considération de la culture traditionnelle ou de responsabilité pour cette dernière et non simplement le droit d'exclure les tiers de certaines utilisations de expressions culturelles traditionnelles, ce qui se rapproche davantage de la nature de nombreux systèmes de propriété intellectuelle<sup>52</sup>.

64. Cette tension entre les droits individuels de titularité en vertu du droit d'auteur et la titularité communautaire des droits détenue par les artistes et leurs communautés respectives attire l'attention du pouvoir judiciaire. Dans l'affaire *Yumbulul* mentionnée précédemment, la cour a jugé que "la question de la reconnaissance officielle des intérêts de la communauté dans la reproduction des objets sacrés est une question sur laquelle doivent se pencher les réformateurs des lois et les législateurs"<sup>53</sup>.

65. Cette question a été directement soulevée dans l'une des affaires mentionnées par l'Australie dans sa réponse au questionnaire sur le folklore, l'affaire *John Bulun Bulun c. R and T Textiles*<sup>54</sup>. L'aspect pertinent de cette affaire concerne la revendication du clan à laquelle appartenait l'artiste selon laquelle elle était effectivement titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre d'art que les membres du clan étaient les bénéficiaires de la création de l'artiste agissant tant que détenteur d'un fidéicomis. C'est pourquoi, ils revendiquaient une forme de droit collectif en ce qui concerne le droit d'auteur attaché à l'œuvre, en sus de tout autre droit attaché à la paternité de l'œuvre. Lacour, dans un long *obiter dictum*, a estimé que l'artiste avait des obligations fiduciaires envers son clan. S'il était autorisé à poursuivre l'exploitation de l'œuvre d'art dans son propre intérêt, il était toujours tenu, en raison de ces obligations, de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de porter préjudice aux intérêts communautaires du clan dans l'œuvre d'art. Golvan poursuit :

"[Lacour] a noté que, même si l'artiste, qui a bénéficié de mesures de réparation appropriées n'y avait pas eu droit, le clan aurait quand même bénéficié de moyens de recours équitables. Ainsi, si l'artiste n'avait pas pris les mesures nécessaires, le principe d'équité prévoit l'extension d'une mesure de réparation aux bénéficiaires en leur permettant d'intenter une action en leur nom propre contre l'auteur de l'atteinte et le titulaire du droit d'auteur. Dans ces conditions, le principe d'équité imposerait une fiducie judiciaire au titulaire du droit d'auteur en faveur du clan tant que bénéficiaire"<sup>55</sup>.

66. Cette question mérite d'être approfondie. Pour beaucoup, il convient de trouver des moyens de gérer le rapport entre la protection du droit d'auteur et les responsabilités coutumières. Des divergences entre la législation en matière de propriété intellectuelle et le

<sup>52</sup> Voir Janke, *op.cit.*, page 44.

<sup>53</sup> Page 492.

<sup>54</sup> (1998) 41 IPR 513. Cette affaire est également citée dans l'étude intitulée "Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions", réalisée à la demande de l'OMPI par Mme Terri Janke et bientôt disponible à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

<sup>55</sup> Golvan, "Aboriginal Art and Copyright: An Overview and Commentary Concerning Recent Developments", E.I.P.R., 1999, p. 602.

droit coutumier ont constitué l'un des motifs pour lesquels des systèmes *suigeneris* ont été élaborés. La législation du Panama et celle des Philippines (mentionnée sauparagraphe 121 du Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore) renvoient directement au droit coutumier.

67. Toutefois, certains soulignent également que cette question présente beaucoup d'intérêt pour les peuples et communautés autochtones qui ne connaissent pas le droit coutumier, mais qu'elle n'est pas applicable aux autres communautés traditionnelles. En outre, il serait faux de considérer qu'il existe une forme générique de système exclusif, collectif ou communautaire, fondé sur les coutumes, puisque cela reviendrait à ne pas tenir compte de la très grande diversité des systèmes traditionnels exclusifs dont beaucoup sont extrêmement complexes<sup>56</sup>.

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

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

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

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

<sup>56</sup> Duffield, “Protecting Traditional Knowledge and Folklore”, avant-projet, (UNCTAD/ICTSD), page 14.

*L'exigence de fixation*

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

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

73. Ainsi, la fixation ne constitue pas un élément obligatoire du droit d'auteur et les États sont libres de prévoir qu'il n'est pas nécessaire de procéder à la fixation sous une forme matérielle des œuvres en général ou des expressions culturelles traditionnelles en particulier en vue de les protéger. Cette disposition a été prévue, par exemple, dans la loi type de Tunis de 1976, qui écarte toute possibilité de demander la fixation d'une œuvre du folklore. Les rédacteurs ont considéré que les œuvres du folklore sont souvent, par leur nature, sous forme orale et n'ont jamais été enregistrées, et demander leur fixation afin de les protéger compromettrait cette protection et comporterait même, selon les commentaires relatifs à la loi type, le risque d'accorder le droit d'auteur à ceux qui procèdent à leur fixation. La fixation ne constitue pas une exigence dans les dispositions types de 1982, la législation du Panama ou la loi type pour le Pacifique Sud. Entout état de cause, l'exigence de fixation, lorsqu'elle existe, ne pose un problème qu'en ce qui concerne les expressions intangibles du folklore.

*Durée limitée*

74. 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 prévoit une période de protection minimale de 50 ans et les pays sont libres de protéger le droit d'auteur pendant une période plus longue. Toutefois, il est généralement admis, comme un élément essentiel du système du droit d'auteur, que la durée de la protection n'est pas illimitée; le système est fondé sur le principe qu'il convient de limiter la durée de la protection de sorte que, à terme, les œuvres tombent dans le domaine public. Cependant, de nombreux peuples autochtones et communautés traditionnelles souhaitent la protection illimitée d'au moins certains aspects de leurs expressions culturelles traditionnelles et, à cet égard, le système du droit d'auteur ne répond pas à leurs attentes.

75. Une durée illimitée de la protection n'est pas une notion nouvelle dans le droit de la propriété intellectuelle<sup>57</sup> et les États peuvent choisir de créer des systèmes prévoyant une protection illimitée des productions littéraires et artistiques, même si cela crée des extensions avec les orientations générales et les principes juridiques relatifs au système de droit d'auteur. Les dispositions types de 1982 elles-mêmes ne prévoient pas de limite de temps, pas plus que la législation du Panama ou la loi type pour les États insulaires du Pacifique. La volonté d'un État d'adopter ou non cette démarche est une question de politique générale qui sera examinée plus loin.

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

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

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

ii) Même en ce qui concerne les expressions folkloriques contemporaines qui sont protégées par le droit d'auteur, les exceptions généralement acceptées peuvent porter atteinte aux droits prévus par le droit et les protocoles coutumiers. Par exemple, les législations nationales sur le droit d'auteur prévoient, en règle générale, qu'une sculpture ou une œuvre artistique exposée en permanence dans un lieu public peut être reproduite sans autorisation sur des photographies, des dessins ou autres. Il a été indiqué que les incidences de l'exposition publique de certaines œuvres ne sont éventuellement pas bien connues des artistes autochtones ou traditionnels<sup>58</sup>. De même, les législations nationales en matière de droit d'auteur autorisent souvent les archives, bibliothèques et autres institutions publiques à faire des reproductions d'œuvres littéraires et artistiques en vue de les mettre à la disposition du public. Toutefois, adopter cette démarche lorsqu'ils s'agit d'expressions culturelles traditionnelles protégées par le droit d'auteur peut soulèver, en parallèle, des problèmes liés aux droits culturels et autochtones (ce point est examiné plus loin au chapitre intitulé "Collecte, enregistrement et diffusion des expressions culturelles traditionnelles - droit d'auteur et droits connexes").

<sup>57</sup> La protection des marques et des indications géographiques peut être illimitée (sous certaines conditions). Le jugement rendu par la Chambre des Lords dans l'affaire *Millar c. Taylor* (4 Burr. (4th ed.) 2303, 98 Eng. Rep 201 (K.B. 1769)) prévoyait un droit d'auteur perpétuel, mais ce principe a été supprimé par des jugements ultérieurs.

<sup>58</sup> McDonald I., *Protecting Indigenous Intellectual Property* (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998), p. 44.

iii) La protection par le droit d'auteurs ne s'étend pas au "style" ou au mode de fabrication. Cependant, comme l'a déclaré le GRULAC dans le document présenté à la première session du comité intergouvernemental, le mode de fabrication et le "style" des produits traditionnels sont à la merci d'une imitation<sup>59</sup>.

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

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

78. En ce qui concerne le style et le mode de fabrication, la protection par le droit d'auteurs ne s'étend pas au style, aux couleurs, à l'objet et aux techniques utilisées pour créer une œuvre. Ils agissent à un principe fondamental et de longue date, pris en considération dans les législations en matière de droit d'auteur dans le monde entier. Il existe des limites à ce qui peut être protégé par le droit d'auteur, comme l'indique l'article 9.2 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) : "La protection du droit d'auteurs s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques tant qu'ils". Le droit d'auteur autorise donc l'imitation du style des œuvres, ce qui est une pratique très répandue, la créativité s'enrichissant et s'inspirant des autres œuvres.

79. Ainsi, même si la protection par le droit d'auteur devait être accordée à une nouvelle expression culturelle fondée sur la tradition, elle ne l'empêcherait pas pareille - même l'appropriation du "style" de l'œuvre protégée. À cet égard, d'autres branches du droit de la propriété intellectuelle, telles que la législation relative à la concurrence déloyale ou le délit de substitution en common law peuvent servir de plus utiles, bien qu'il y ait peu d'exemples de l'application de ces concepts à une imitation de styles autochtones. Ce point est examiné dans une autre partie du présent document.

80. Ces types de questions pourraient également être abordés dans le cadre d'un système *sui generis* un État choisit d'établir un tel système. Ou encore, elle pourrait faire l'objet de modifications spécifiques des législations nationales en matière de droit d'auteur, bien que la question des avoirs pour lesquels le "style" de expressions culturelles traditionnelles serait spécifiquement protégé, alors que celles (autres) œuvres protégées par le droit d'auteurs ne le seraient pas, soulève certains problèmes juridiques et de politique générale.

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

<sup>59</sup> Pages 7 et 8 de l'annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/1/5.

*Conclusions provisoires*

82. Les exigences relatives à l'originalité et à la possibilité de déterminer l'identité de l'auteur en ce qui concerne le droit d'auteur ne semblent pas empêcher la protection des expressions culturelles fondées sur la tradition créées par les générations actuelles (ci-après dénommées "expressions culturelles contemporaines"), qu'elles soient ou non le fruit du travail d'individus appartenant à des sociétés autochtones ou traditionnelles. Toutefois, l'exigence de fixation, pour autant qu'elle existe dans certaines législations nationales, empêche la protection de expressions culturelles contemporaines intangibles.
83. Ainsi, on peut affirmer, à titre provisoire, que la protection par le droit d'auteur est prévue pour les expressions culturelles traditionnelles contemporaines tangibles. Par ailleurs, les expressions intangibles sont également protégées dans les pays n'exigeant pas la fixation.
84. Toutefois, la durée limitée de la protection et certaines autres caractéristiques du droit d'auteur (telles que le fait qu'il ne protège pas le style ou le mode de fabrication, ou la référence à un patrimoine culturel particulier) peuvent rendre la protection par le droit d'auteur moins attractive pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. En outre, les divergences existant entre les droits d'un titulaire du droit d'auteur et ses responsabilités coutumières parallèles peuvent poser des problèmes aux créateurs autochtones. C'est pourquoi, si la protection par le droit d'auteur est possible dans certains cas, elle peut ne pas répondre à toutes les attentes et à tous les objectifs des peuples autochtones et communautés traditionnelles.
85. Les États qui ne souhaitent pas accorder aux expressions culturelles traditionnelles une protection autre que celle qui est déjà prévue par le droit d'auteur doivent déployer davantage d'efforts en vue de permettre et de faciliter l'accès des peuples autochtones et communautés traditionnelles au système de droit d'auteur et l'utilisation de ce système. Comme indiqué précédemment (voir le paragraphe 153.ii) du document WIPO/GRTKF/IC/3/10), différentes suggestions ont été formulées dans ce sens, telles que le renforcement de la sensibilisation et de la formation, la fourniture d'une aide juridique, l'appui dans la sanction des droits et le recours à la gestion collective (voir également la cinquième partie ci-après).
86. En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles préexistantes, ainsi que les simples imitations et re créations de ces dernières, elles ont peu de chances de satisfaire aux exigences relatives à l'originalité et à la possibilité de déterminer l'identité de l'auteur et restent, aux fins du droit d'auteur, dans le domaine public.
87. Les États qui souhaitent accorder aux expressions culturelles traditionnelles une protection dont la portée dépasse celle qui est prévue dans le système actuel du droit d'auteur peuvent, soit étudier si certaines modifications de la législation et des pratiques en matière de droit d'auteur sont nécessaires et se justifient, soit envisager la création de systèmes *sui generis*, comme l'ont déjà fait certains États.
88. S'il est possible de renforcer la protection déjà accordée par le droit d'auteur aux expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition, grâce à la modification de la législation et des pratiques en matière de droit d'auteur, il semble qu'une évolution plus profonde des normes existant sous la forme d'un système *sui generis* soit nécessaire afin de protéger le folklore préexistant. Toutefois, la question des savoirs qu'il convient de poursuivre sur cette voie soulève divers problèmes de politique générale, qui font l'objet du prochain chapitre.

*Problèmes de politique générale et système sui generis*

89. Outre les questions plus techniques abordées dans les précédents chapitres, plusieurs participants du comité ont demandé, du point de vue de la politique générale, s'il convient d'accorder aux expressions culturelles traditionnelles une protection juridique relative à la propriété intellectuelle autre que celle qui est déjà accordée en vertu des droits existants.

90. La Communauté européenne et ses États membres ont notamment affirmé :

“L'exploitation de expressions du folklore, même à une échelle commerciale, par des personnes extérieures à la région où émane le folklore ne semble pas savoir d'effets négatifs. Bien au contraire, elle encourage l'échange culturel et l'affirmation des identités régionales. Ils'ensuit que les expressions authentiques du folklore ont foncièrement gagné en notoriété et en valeur économique. Cependant, ceux qui prônent la protection de leurs propres expressions du folklore par la propriété intellectuelle créeraient des monopoles d'exploitation et se heurteraient tout naturellement à des revendications d'exclusivité de la part d'autres régions. Les échanges ou la communications'entrouveraient traversés, voire impossibles. En fait, il ne faudrait recourir à la protection par la propriété intellectuelle que dans la mesure où elle est nécessaire et bénéfique à la société parce qu'elle stimule la créativité et les investissements, tout en respectant les intérêts d'autrui et de la société dans son ensemble. La protection totale de expressions du folklore reviendrait, pour ainsi dire, à couler le folklore dans du béton, l'empêchant donc d'évoluer jusqu'à compromettre son existence même puisqu'il perdrait le dynamisme qui le caractérise.

“À un certain stade, il faut établir une distinction entre le domaine public et la propriété intellectuelle protégée. Comme l'ont expliqué la Communauté européenne et les États membres à diverses reprises, et notamment à l'OMPI lors des deux précédentes sessions du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, le domaine de la protection de la propriété intellectuelle ne devrait pas être étendu au point de devenir flou et d'affaiblir la sécurité juridique”<sup>60</sup>.

91. Des points de vue analogues ont été exprimés par divers autres États<sup>61</sup>.

92. Par ailleurs, les peuples autochtones et les communautés traditionnelles plaident en faveur d'une protection positive de leur folklore et revendiquent tout autant, voire davantage, une protection à caractère défensif, au sens indiqué dans la troisième partie. À cet égard, l'une des principales préoccupations en ce qui concerne les expressions culturelles est d'empêcher leur adaptation ou l'emprunt de leur “style”, notamment par les communautés non traditionnelles. Les préoccupations et objectifs énoncés dans la troisième partie, relatifs à l'utilisation malveillante, inconvenante ou fallacieuse des œuvres, sont également à prendre en considération et il conviendrait de régler strictement les œuvres dérivées, que ces

<sup>60</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/11.

<sup>61</sup> Par exemple, les États suivants : Canada; États-Unis d'Amérique; Équateur; Kirghizistan; Malaisie; Mexique; République de Corée; Roumanie et Suisse.

œuvres soient inspirées de expressions du folklore ou fondées sur des sources dernières. A moins, les peuples autochtones et communautés traditionnelles pourront prétendre avoir droit d'être reconnus et mentionnés si leurs expressions sont utilisées sans autorisation ou de manière inappropriée.

93. Il est entendu que la protection par la propriété intellectuelle de expressions culturelles fondées sur la tradition (expressions culturelles traditionnelles nouvelles ou "contemporaines") dépend de l'appartenance du folklore préexistant au domaine public, ce qui permet aux artistes et autres compositeurs autochtones et non autochtones de tirer parti de cette situation. Si des droits de propriété étaient établis sur le folklore préexistant relevant du domaine public, tant les autochtones et personnes membres de sociétés traditionnelles que les non autochtones et les personnes non membres de sociétés traditionnelles seraient obligés (en fonction de la nature des droits de propriété et de exceptions relatives) de demander l'autorisation de produire ce qu'il est convenu d'appeler des œuvres dérivées (éventuellement de la même manière que les auteurs d'adaptations d'œuvres protégées par le droit d'auteur sollicitent le consentement de l'auteur en vertu du droit exclusif prévu à l'article 12 de la Convention de Berne).

94. Il semble qu'il conviendrait de trouver un juste équilibre en ce qui concerne la définition d'une forme de protection qui réponde aux attentes des peuples autochtones et des communautés traditionnelles, tout en permettant l'accès au patrimoine culturel et aux expressions culturelles des sorte qu'ils constituent une source légitime de créativité et d'innovation, d'une part, et, d'autre part, en respectant les droits de propriété intellectuelle des véritables auteurs (qu'ils appartiennent ou non à la communauté concernée).

95. Ces problèmes de politique générale semblent porter en particuliers sur certains aspects essentiels concernant la conceptualisation des systèmes *suigeneris*, notamment :

- i) la délimitation de l'objet de la protection;
- ii) la nature des droits octroyés;
- iii) les exceptions relatives; et
- iv) le rapport entre les systèmes *suigeneris* et les droits de propriété intellectuelle existants.

96. Différents points de vue peuvent être adoptés sur ces questions. D'une part, il serait possible de faire valoir que des droits de propriété ne peuvent être revendiqués sur le folklore, des sorte que tout le monde puisse en disposer librement. Les personnes appartenant ou non à une société autochtone ou traditionnelle seraient susceptibles, sans aucune limitation, et sans obligation vis-à-vis des communautés d'origine, de l'exploiter dans leur propre intérêt et, dans la mesure du possible, d'acquiescer et d'exercer un droit d'auteur sur les œuvres "nouvelles" fondées sur le folklore ou inspirées de cette dernière.

97. D'autre part, des droits exclusifs pourraient être attachés au folklore. Toute utilisation du folklore de nature à créer un droit d'auteur serait soumise à une autorisation préalable. On pourrait également prévoir d'octroyer le droit d'auteur ou tout autre droit de propriété intellectuelle attaché aux créations dérivées du folklore aux "titulaires" du folklore et non au créateur.



98. Toutefois, il existe, entre ces deux extrêmes, d'autres options permettant éventuellement de trouver un juste équilibre. Un système équilibré de protection du "folklore relevant du domaine public" (à savoir les expressions du folklore qui ne sont pas protégées par le droit d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle) devrait notamment permettre :

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

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

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

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

#### *Observations sur les questions de politique générale*

99. Il est entendu qu'un système *suigeneris*, aussi équilibré soit-il, peut créer de nouveaux droits dans ce qui est actuellement considéré comme le domaine public. Ils'agit là, en effet, d'un type de système de *domaine public payant* dont plusieurs États et parties prenantes soutiennent qu'il est adapté aux expressions du folklore. Les demandes actuelles de mise en place d'un système de *domaine public payant* ne se limitent pas au domaine des expressions culturelles traditionnelles; en 1998, par exemple, l'Union allemande des médias a adopté une proposition relative à l'introduction d'un "droit des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants à un domaine public payant commun"<sup>62</sup>. Cette proposition porte sur la gestion collective des droits sur les œuvres et les interprétations et exécutions tombées dans le domaine public au bénéfice des auteurs et artistes interprètes et exécutants vivants.

100. Il conviendrait de tenir compte des objections soulevées contre un système de *domaine public payant*. Par exemple, dans les observations formulées sur le projet de rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels, et lors de sessions du comité intergouvernemental, l'Union internationale des éditeurs (UIE) a fait part de son opposition à cette forme de protection qui, a-t-elle déclaré, peut constituer un frein à la diffusion et à l'adaptation et la transformation créatives des expressions du folklore. Selon le représentant de l'UIE, en empêchant les savoirs et les expressions anciens de tomber dans le domaine public après un délai de protection ou une période déterminée, le système de *domaine public payant* peut compromettre les efforts déployés par leurs membres éditeurs en vue de mettre au point des activités viables<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Voir Dietz A., "Domaine Public Payant", 1998.

<sup>63</sup> Page 226 du Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels; paragraphe 290 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17 Prov.

101. Les droits attachés aux expressions culturelles traditionnelles tombées dans le “domaine public” pourraient être gérés par l’État ou par une autorité désignée par l’État, mais pas nécessairement. Il est certain que l’objectif doit être de s’assurer que les avantages reviennent aux populations concernées, à savoir les communautés ou individus créatifs dont les expressions culturelles sont utilisées. Les organismes de gestion collective nouveaux ou déjà existants pourraient jouer un rôle important dans la gestion des droits directement dans l’intérêt des communautés concernées.

102. Les droits pourraient être, mais pas nécessairement, des droits exclusifs. Ils pourraient porter uniquement sur la rémunération, ce qui permettrait éventuellement de trouver un juste équilibre. Dans ce cas, une autorisation préalable pour l’utilisation du folklore ne serait pas requise. Le folklore resterait accessible et pourrait être utilisé comme une source de créativité et d’innovation, sous réserve de certaines obligations, telles que l’indication de la communauté source et du pays où le folklore trouve son origine, le paiement d’une redevance raisonnable et la protection contre toute utilisation malveillante ou fallacieuse, comme indiqué plus haut.

103. Dans le présent document, les “peuples autochtones” et “communautés traditionnelles” ont été assez vaguement désignés comme les détenteurs de expressions culturelles traditionnelles, et les “peuples non autochtones” et “communautés non traditionnelles” comme ceux qui en font une utilisation abusive. Ils’agit là, bien entendu, d’une simplification considérable. L’utilisation abusive de expressions culturelles traditionnelles peut être le fait de peuples autochtones du même pays ou de la même communauté ou de peuples autochtones d’autres pays ou d’autres régions. De même, les expressions culturelles sont détenues, utilisées et conservées par des personnes qui ne se définissent pas nécessairement elles-mêmes comme “autochtones” ou “traditionnelles”. En tout état de cause, la création d’un régime juridique distinct pour les peuples autochtones et traditionnels, par opposition à toutes les autres personnes “non autochtones” ou “non traditionnelles” peut ne pas être acceptable en tant que question de politique générale. L’objectif absolu devrait probablement être de protéger les expressions culturelles traditionnelles contre toute utilisation par des personnes (qu’elles soient autochtones, traditionnelles ou autres) qui ne soient pas juridiquement reconnues comme les “titulaires” ou les “détentrices” de ces expressions, en vertu de la législation nationale ou du droit coutumier de la communauté concernée.

104. Dans le type de démarche mentionné plus haut, visant à élaborer un système équilibré, le statut des créations “non traditionnelles” tombées dans le domaine public soulève des questions de politique générale complexes. Toutefois, comme indiqué dans le rapport sur les missions d’enquête<sup>64</sup>, les créations traditionnelles doivent elles-bénéficier d’un statut juridique privilégié par rapport aux autres savoirs “non traditionnels” relevant du domaine public? Des règles de propriété intellectuelle distinctes pour les créations traditionnelles et les créations non traditionnelles peuvent être difficiles à maintenir en vigueur, mais ils’agit là d’une question de politique générale du ressort des États. On peut également noter que, puisque les traités internationaux dans le domaine de la propriété intellectuelle sont susceptibles de comporter une clause relative au traitement national, tout régime spécifique de protection de expressions culturelles traditionnelles devrait s’étendre, au-delà des populations autochtones locales, à tous les ressortissants d’un pays étranger avec lequel le pays en question a établi des relations par traité (la clause de traitement national n’est pas

<sup>64</sup> Voir à la page 221.

nécessairement toujours prévue et la protection internationale peut être déterminée par le principe de réciprocité). Ainsi, le système exposé plus haut pourrait également s'appliquer aux productions qui n'ont jamais été protégées par le droit d'auteur (parce qu'elles sont antérieures à la législation sur le droit d'auteur) et aux œuvres littéraires et artistiques pour lesquelles le droit d'auteurs est éteint telles que les films, les œuvres musicales, les logiciels, les bases de données et autres. Elles pourraient également, en vertu de ce système, faire l'objet d'un droit non exclusif de domaine public payant, ce qui reviendrait probablement à aller trop loin sur cette voie. On pourrait éventuellement faire valoir que ce système de domaine public payant ne s'appliquerait qu'aux expressions culturelles traditionnelles qui n'ont jamais été et ne sont pas, pour l'une des raisons techniques susmentionnées, protégées par le droit d'auteur.

105. Comme l'indiquent également les rapports sur les missions d'enquête, le Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore et d'autres documents, il est absolument nécessaire de mettre en œuvre des programmes de sensibilisation et de formations spécifiques des peuples autochtones et communautés traditionnelles à l'accès, à la compréhension et à l'utilisation des droits de propriété intellectuelle, ce qui vaut également pour les systèmes *suigeneris*. L'une des difficultés les plus souvent évoquées est en ce qui concerne la réalisation de ces objectifs concerne le coût et la complexité du règlement des litiges. Une solution à cet égard consiste à prévoir dans chaque système *suigeneris* la possibilité de recourir à des modes extrajudiciaires de règlement des litiges, ce qui a déjà été envisagé par certains groupes d'États membres de l'OMPI dans des propositions présentées au comité intergouvernemental<sup>65</sup> (voir aussi la cinquième partie ci-après).

106. Si cette partie du document traite des productions littéraires et artistiques (droit d'auteur), d'autres parties traitent de manière analogue d'autres droits de propriété intellectuelle tels que les marques distinctives (marques) et les dessins et modèles (protection des dessins et modèles industriels). Idéalement, un système *suigeneris* prendrait en considération toutes ces différentes formes d'expressions culturelles traditionnelles.

107. Il est instructif d'examiner comment dans les systèmes *suigeneris* existants ces questions principales de politique générale ont été traitées.

i) Les dispositions types de 1982 créent des droits exclusifs dans les expressions du folklore. Toutefois, aucun droit d'adaptation n'est prévu et il existe, en outre, une exception en ce qui concerne "l'emprunt d'expressions du folklore pour la création d'une œuvre originale d'un ou de plusieurs auteurs"<sup>66</sup>.

a) Il n'est donc pas possible, en vertu des dispositions types, d'empêcher l'adaptation ou "l'emprunt" du folklore. En outre, les dispositions de l'article 5, relatives à l'indication de la source, ne sont pas applicables à "l'emprunt" d'une expression du folklore en vue de créer une œuvre originale.

<sup>65</sup> Voir le document WIPO/GRTKF/IC/2/10 (groupes de pays d'Asie et du Pacifique et Chine) et le document WIPO/GRTKF/IC/3/15 (groupes de pays africains).

<sup>66</sup> Article 4.1)iii) de la disposition types de 1982.

b) Ils'ensuit que les dispositions types ne répondent pas aux attentes des peuples autochtones et des communautés traditionnelles en matière de "protection à caractère défensif" de leurs expressions culturelles traditionnelles (telles que le droit d'empêcher l'adaptation et l'utilisation de leurs expressions pour la création de nouvelles œuvres par destiers, le droit d'empêcher l'utilisation malveillante, inconvenante ou fallacieuse de leurs expressions et le droit d'être reconnu et mentionné comme source).

c) Certains participants du comité ont relevé plusieurs autres lacunes dans les dispositions types qu'ils ont appelé à actualiser et à améliorer. Le comité n'a pas approuvé de programme de travail dans ce domaine à sa troisième session.

ii) La loi du Panama (20 de 2000) reconnaît les droits collectifs exclusifs des communautés et prévoit que des droits de propriété intellectuelle ne peuvent être octroyés sur leurs expressions culturelles traditionnelles "à moins qu'une demande en soit présentée par la communauté autochtone" (traduction non officielle de l'article 2). Les droits collectifs des communautés autochtones doivent être enregistrés. L'utilisation et la commercialisation des expressions culturelles traditionnelles fondées sur la tradition des communautés autochtones "doivent être soumises aux règles de chaque communauté autochtone, approuvées et enregistrées [...]" (traduction non officielle de l'article 15). Toutefois, des exceptions sont prévues pour les "petits artisans non autochtones" qui peuvent poursuivre leurs activités mais ne peuvent revendiquer les droits collectifs reconnus par la loi (traduction non officielle de l'article 23 et voir aussi l'article 24).

iii) La démarche générale adoptée par la loi type pour le Pacifique Sud vise à protéger les droits des "titulaires traditionnels de droits" sur leurs savoirs et expressions culturelles traditionnelles et à favoriser la créativité et l'innovation fondées sur la tradition, ainsi que leur commercialisation, sous réserve du consentement préalable obtenu en connaissance de cause et du partage des avantages. La loi type complète efficacement les droits de propriété intellectuelle existants.

a) La loi type crée de nouveaux droits relatifs aux savoirs et expressions culturelles traditionnelles qui, au titre de la législation sur le droit d'auteur, étaient considérés comme faisant partie du domaine public. Les droits ainsi créés appartiennent essentiellement à deux catégories : les "droits culturels traditionnels" et le "droit moral". L'exercice de ces droits n'est soumis à aucun enregistrement ou autre formalité.

b) Les droits culturels traditionnels octroient aux titulaires traditionnels des droits exclusifs sur un large éventail d'utilisations non coutumières des savoirs et expressions culturelles traditionnelles (indépendamment du fait que ce soit un ou à des fins commerciales), notamment leur utilisation dans la production de nouvelles créations et innovations (œuvres dérivées).

c) La loi type prévoit une procédure d'obtention du consentement pour l'utilisation non coutumière des savoirs et expressions culturelles traditionnelles, y compris pour l'élaboration d'œuvres dérivées. Si une œuvre dérivée est créée, y compris par un utilisateur non coutumier, les droits de propriété intellectuelle attachés à cette œuvre appartiennent au créateur de l'œuvre, sauf disposition contraire de la législation en matière de propriété intellectuelle. End'autres termes, les droits de propriété intellectuelle sont pleinement respectés et la loi type

indique clairement que les droits qu'elle crée viennent s'ajouter et non pas porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

d) Toutefois, si une œuvre dérivée ou des savoirs et expressions culturelles traditionnelles sont utilisés à des fins commerciales, l'utilisateur doit partager les avantages qui en découlent avec le titulaire traditionnel des droits, indiquer la source et respecter le droit moral de ce titulaire traditionnel des droits.

e) Le droit moral créé pour le titulaire traditionnel des droits concerne le droit d'attribution, le droit d'empêcher une attribution frauduleuse et le droit d'empêcher un traitement malveillant des savoirs et expressions culturelles traditionnelles.

f) Outre le fait qu'elle prévoit des droits exclusifs par opposition au droit à une rémunération, la loi type pour le Pacifique Sud est peut-être celle qui adopte le plus la démarche évoquée succinctement plus haut.

### *Protection régionale et internationale*

108. Le Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore, après avoir décrit certains mécanismes et cadres juridiques existants relatifs à la protection juridique régionale et internationale des expressions du folklore, conclut que ces derniers semblent peu utilisés ou connus. Dans le rapport, il est également indiqué que la majorité des personnes ayant répondu au questionnaire sur le folklore diffusé en 2001 souhaitent la mise en œuvre d'une forme de protection régionale et internationale des expressions du folklore. Toutefois, une tâche proposée par le Secrétariat et visant à poursuivre l'examen de cette question n'a pas été approuvée par le comité à sa troisième session.

109. La plupart des législations nationales prévoient un mécanisme de protection des œuvres étrangères et les États ont la possibilité, lors de l'élaboration de leur législation nationale en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles, de prévoir la protection des expressions étrangères sur la base du traitement national ou de la réciprocité. Ainsi, des réseaux de législations nationales prévoyant chacun la protection réciproque des expressions étrangères du folklore peuvent finalement permettre de créer des systèmes sous-régionaux, régionaux et même interrégionaux de protection.

#### ii) Interprétations ou exécutions des expressions culturelles traditionnelles - Droits des artistes interprètes ou exécutants

110. Comme indiqué au chapitre II, les interprétations ou exécutions traditionnelles, telles que les danses et les pièces de théâtre, font partie des expressions culturelles traditionnelles que les peuples autochtones et communautés traditionnelles souhaitent faire protéger.

111. Selon le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) de 1996, les interprétations et exécutions d'"œuvres littéraires et artistiques ou d'expressions du folklore" sont protégées en vertu des droits des artistes interprètes ou exécutants protégés. Ainsi, du moins en principe, les types d'interprétations ou d'exécutions pour lesquels la protection est demandée sont déjà protégés par le droit international, parce

qu'ils'agitsoitd'œuvreslittérairesouartistiques,soitd'expressions dufolklore(ilestànoter quelaprotectiondesinterprétationsetexécutionsd'œuvreslittérairesetartistiquesprévuepar laConventiondeRomedel'1961etparl'AccordsurlesADPICn'estpaslimitéeauxœuvres protégéesparledroitd'auteur).Au25 juillet2002,37 ÉtatsavaientratifiéleWPPT.Ils'ensuitquelesartistesinterprètesouexécutantsd'expressionsdufolklore danscesparties contractantessontsusceptiblesd'êtreprotégésdanslesautresÉtatscontractants,cequi signifiequ'unystèmeinternationaldeprotectiondesartistesinterprètesouexécutants d'expressionsdufolkloreexistédéjà.LeWPPTaccordeàcesartistesinterprètesou exécutantsundroitmoraletdesdroitspatrimoniaux,énoncésauxarticles 5à10dela Convention.

112. Ilausouventétésuggéréquelaprotectiondesinterprétationsouexécutionsd'expressionsdufolklore pourrait,indirectement,s'étendredemanièreappropriéeaux expressionsdufolklorelles-mêmes.Ils'agitprobablementlàd'uneaspirationnormale,à conditionquel'artisteinterprèteouexécutantappartienneàlamêmecommunautéculturelle quele"titulaire"desexpressionsdufolklore.Danslecascontraire,l'expressionconcernée peutquandmêmed'êtreprotégéeindirectement,mais lesavantagesendécoulantnereviennent pasàlacommunautéconcernée.

113. Toutefois,certainsaspectsdelaprotectiondesdroitsdesartistesinterprètesou exécutantssontmoinsavantageuxpourlespeuplesautochtonesetlescommunautés traditionnelles.Certainsdecesaspectsontexposésdanslesexemplesmentionnésici -après danslechapitreintitulé"Collecte,enregistrementetdiffusiondesexpressionsculturelles traditionnelles - Droitd'auteurdroitsconnexes".L'aspectleplusimportantpeut-êtreest queleWPPTnecouvre paslapartievisuelle desinterprétationsetexécutionset. Seulesles partiessonores,àsavoircellesquipeuventêtreperçuesparl'oreillehumaine,sontprotégées, cequisemblelimiter sérieusementl'utilité duWPPTencequiconcernelesexpressionsdu folklore.Lestravauxrelatifsàl'élaborationd'uninstrumentdeprotectiondesinterprétations ouexécutionsaudiovisuellesse poursuivent.

iii) Collecte,enregistrementetdiffusiondesexpressionsculturelles traditionnelles - Droit d'auteurdroitsconnexes

### *Introduction*

114. LeRapportfinalsurl'expérienceacquiseauniveaunationalencequiconcernela protectionjuridiquedesexpressionsdufolklore(document WIPO/GRTKF/IC/3/10) mentionnelesactivitésdenombreuxorganesd'archivagedupatrimoineculturel, bibliothèques,muséesetautresorganismesanaloguesdanslemondeentier.Lesactivités qu'ilsmènentsontessentielle pourlaconservation,lemaintienenvigueuretlatransmission auxgénérationsfuturesdesformesintangiblesettangiblesdupatrimoineculturel.Ilspeuvent aussiapporterunecontributionprécieuseàlaprotectionjuridiquedesexpressions traditionnellesdufolkloreetilconvientdepoursuivrelexamen des possibilitésàcetégard.

115. Cependant,commeindiqué danslatroisième partie,lespeuplesautochtoneset communautéstraditionnellesontexprimécertainespréoccupationsenmatièredepropriété intellectuelleencequiconcernelacollecte, l'enregistrement,lapréservationetladiffusionde

leur patrimoine culturel tangible et intangible par les collectionneurs et autres travailleurs sur le terrain (folkloristes, ethnographes, ethnomusicologues et anthropologues culturels), les chercheurs, les musées, les bibliothèques, les archives<sup>67</sup>, les collections<sup>68</sup> et autres organismes analogues.

116. Il semble nécessaire d'étudier de façon plus approfondie le rapport entre, d'une part, les activités des collectionneurs et autres travailleurs sur le terrain, chercheurs, musées, archives et autres collections et, d'autre part, la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles. L'objectif fondamental doit être de favoriser leur complémentarité en établissant des liens juridiques et structurels appropriés entre les activités des travailleurs sur le terrain et des organes d'archivage, et les systèmes nationaux et régionaux de protection juridique des expressions culturelles traditionnelles.

### *Cas pratique*

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

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

ii) À supposer que le chant et les paroles eux-mêmes ne soient pas protégés par le droit d'auteur (pour l'une des raisons évoquées ci-dessus haut au chapitre consacré aux productions littéraires et artistiques), l'interprète sera titulaire de "droits d'interprétation ou d'exécution" sur son interprétation (en vertu du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) de 1996, les interprétations ou exécutions des "expressions du folklore" sont protégées).

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

<sup>67</sup> On entend par "archives" les archives conservées dans des établissements et contenant des collections d'enregistrements sonores, vidéo, de photographies, de documents sur papier et d'autres matériels relatifs aux collections systématiques qui combinent souvent plusieurs supports. Voir Seeger A., "Intellectual Property and Audiovisual Archives and Collections," document présenté à la conférence intitulée "Folk Heritage Collections in Crisis", organisée par l'American Folklore Society et l'American Folklife Center à la Bibliothèque du Congrès, les 1 et 2 décembre 2001.

<sup>68</sup> On entend par "collections" toute forme de collection privée n'ayant pas encore été déposée dans une institution spécialisée telle que des archives. Il peut s'agir par exemple de bandes enregistrées par un chercheur sur le terrain ou de la collection d'enregistrements d'un collectionneur.

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

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

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

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

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

ix) À cet égard, le musicien assure, dans certains cas, la transmission de l'expression culturelle et même, éventuellement, sa survie sur le plan économique (l'industrie du disque, de même que l'industrie de la radio-diffusion, l'industrie cinématographique et



l'industrie du tourisme sont devenues les "nouveaux mécènes de traditions orales et du folklore"<sup>69</sup>). Par ailleurs, il n'est pas mauvais que les créations traditionnelles soient une source d'inspiration pour la création de nouvelles œuvres protégées par le droit d'auteur (voir plus haut les chapitres consacrés aux productions littéraires et artistiques et à la législation sur le droit d'auteur).

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

xi) En ce qui concerne le producteur d'enregistrements sonores, il est notamment titulaire du droit d'autoriser la reproduction de l'enregistrement. Ce droit peut en principe être exercé de manière à prendre en considération les droits de la communauté d'origine et de l'interprète. L'exemple fourni par la délégation des États-Unis d'Amérique à la troisième session du comité intergouvernemental concernant les sommes payées aux interprètes d'une œuvre musicale archivée, utilisée dans un film récent, démontre que les activités de conservation sont utiles et jouent un rôle dans le partage des avantages commerciaux<sup>70</sup>. Il convient d'étudier les possibilités dans ce domaine afin de généraliser cette pratique.

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

xiii) Toutefois, on ne sait pas précisément dans quelle mesure les droits des artistes interprètes ou exécutants sont pris en considération dans ces cas et, en tout état de cause, l'artiste interprète ou exécutant peut ne pas avoir les moyens d'exercer et de faire respecter ses droits. Il convient d'ajouter que dans les pays n'ayant pas encore ratifié le WPPT et, selon la législation nationale, l'interprétation ou exécution peut ne pas être protégées si la législation en vigueur ne prévoit pas la protection des interprétations ou exécutions des "expressions du folklore" autres que celles qui sont définies comme des œuvres littéraires et artistiques sans droit d'auteur. Ce, parce que la Convention de Rome et l'Accord sur les ADPIC ne prévoient de protection que pour les interprétations ou exécutions des œuvres littéraires et artistiques. En outre, les droits de l'artiste interprète ou exécutant pris en considération en vertu de deux instruments internationaux peuvent ne pas en tenir compte du droit d'empêcher la reproduction de la fixation de son interprétation ou exécution, parce qu'il a consenti à la première fixation (voir la limitation des droits à l'article 7.1)c)i) de la Convention de Rome, éventuellement reprise à l'article 14.1) de l'Accord sur les ADPIC).

<sup>69</sup> Chaudhuri S., "The Experience of Asia", document présenté au Forum mondial OMPI-UNESCO sur la protection du folklore à Phuket (Thaïlande), du 8 au 10 avril 2002, page 34.

<sup>70</sup> WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 271.

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

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

#### *L'expérience des services d'archives*

119. Le rapport final sur l'expérience acquise au niveau national (document WIPO/GRTKF/IC/3/10) contient la description de nombreuses actions de collecte et d'enregistrement du patrimoine culturel, bien d'autres étant en cours. Les activités de coopération technico-juridique du Secrétariat de l'OMPI depuis la publication de ce rapport ont permis de révéler qu'il existe bien d'autres initiatives de ce type : à preuve, la Banque de données ethnographiques du Laos, qui contient 6000 photographies numérisées de costumes traditionnels, instruments musicaux, objets d'artisanat et textiles. Au niveau international, il existe aussi beaucoup de collections et d'archives telles que la Collection UNESCO de musique traditionnelle du monde.

120. On ne sait pas exactement dans quelle mesure les répercussions de ces activités sur la propriété intellectuelle, notamment pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles, ont été examinées ou prises en considération. Pourtant, il semble nécessaire d'en tenir compte parce que, ainsi que le montre peut-être le simple exemple ci-dessus, les agents collecteurs (hommes de terrain) et les archivistes trouvent à la jonction des communautés et du marché. Par conséquent, ils peuvent jouer un rôle de médiateur important dans la protection d'expressions culturelles tout en laissant aux peuples la possibilité d'utiliser, de réutiliser ou de recréer le patrimoine culturel qui est indispensable à leur survie.

121. Les universitaires, les spécialistes du folklore, les ethnomusiciens notamment ont examiné cette question en détail<sup>71</sup>. S'il est vrai que les politiques générales, les codes éthiques ou les principes directeurs mis au point par des spécialistes du folklore, des sociétés ethnographiques ou anthropologiques ou d'autres organismes professionnels ne semblent pas aborder les questions de propriété intellectuelle, il n'en est pas moins qu'il existe aujourd'hui des exemples de protocoles et de codes de conduite qui peuvent être pertinents. À titre d'exemple, on peut citer le rapport intitulé *Valuing Art, Respecting Culture: Protocols for Working with the Australian Indigenous Visual Arts and Crafts Sector*, établi par l'Association nationale pour les arts visuels (NAVA) de l'Australie. Ce rapport a permis de sensibiliser le public aux questions culturelles indigènes et aux questions de propriété intellectuelle, et d'encourager les débats sur ces questions; il expose en détail des protocoles relatifs aux produits créés par les peuples autochtones et aux objets contenant des images ou des motifs ou représentant un style qui sont indéniablement indigènes. Ces codes n'ont pas force exécutoire mais ils établissent des normes professionnelles qui peuvent, au fil du temps, être considérées comme des normes de conduite ouvrant la voie à une protection juridique<sup>72</sup>.

122. Certains services d'archives et institutions traitent ces questions dans le cadre de leurs activités journalières. Ainsi, M. Chaudhuri a fait état de efforts déployés par le Centre des archives et de la recherche pour l'ethnomusicologie de l'Institut américain des études indiennes (Inde) en vue de protéger les droits des artistes interprètes ou exécutants et qui, pour ce faire, limite les droits des dépositaires d'enregistrements sur le terrain et se met en rapport avec les artistes interprètes ou exécutants d'enregistrements déposés pour leur expliquer leurs droits<sup>73</sup>. Le Centre américain des traditions populaires, qui relève de la Bibliothèque du Congrès, a opté pour une approche similaire, considérant quel'agent collecteur ou le donateur ainsi que les services d'archives n'ont qu'un rôle de conservateur et qu'ils sont tenus de respecter les souhaits de l'artiste interprète ou exécutant initial de la tradition :

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

<sup>71</sup> Seeger, A., *op.cit.*, Chaudhuri, S., *L'expérience de l'Asie*, exposé présenté au Forum mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore, tenu à Phuket (Thaïlande) du 8 au 10 avril 1997; Peters, M., *La protection des collections d'expressions du folklore: le rôle des bibliothèques et des archives*, exposé présenté au Forum mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore, tenu à Phuket (Thaïlande), du 8 au 10 avril 1997; Seeger, A., *Ethnomusicologists, Archives, Professional Organizations, and the Shifting Ethics of Intellectual Property*, 1996 Yearbook for Traditional Music, p. 87; Toelken, Barre *The Yellowman Tapes, 1996-1997*, Journal of American Folklore 111 (442), pp. 381-391, 1998.

<sup>72</sup> Voir *Report of the Contemporary Visual Arts and Craft Inquiry*, Australie, 2002, p. 139.

<sup>73</sup> Chaudhuri, *op.cit.*, p. 36.

collecteur ou le donateur, l'organed'archivage et le chercheur, chacun ayant un rôle à jouer : l'artiste interprète ou exécutant est titulaire des droits, l'agent collecteur ou le donateur est le conservateur intermédiaire, l'organed'archivage est le conservateur final et le chercheur est celui qui demande l'autorisation d'utiliser le produit" <sup>74</sup>.

123. Le Centre de traditions populaires et du patrimoine culturel de la Smithsonian Institution aux États-Unis d'Amérique a des archives et des collections importantes d'enregistrements sonores originaux, de dessins, d'affiches, de pièces commerciales, de correspondance, d'enregistrements audiovisuels et de matériel photographique. Étant donné qu'elle fait partie du centre, la Smithsonian Folkway Recordings détient des collections importantes de musique des Indiens d'Amérique, de musique de bluegrass, de blues, de musique pour enfant et de musique classique ainsi que de morceaux de musique appartenant à d'autres genres. Elle concède des licences à des fins non lucratives ou non commerciales et, à cet effet, a mis au point un formulaire intitulé "Master Recording License Request Form" <sup>75</sup>. M. Seeger parle des efforts déployés par la Smithsonian Folkway Recordings pour faire respecter et protéger les droits à la fois des auteurs-compositeurs et des artistes interprètes ou exécutants <sup>76</sup>.

#### *Propositions d'études et de mesure complémentaires*

124. Les activités de collecte, de préservation et d'enregistrement peuvent être très utiles en tant que compléments des mesures de protection juridique. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ainsi que les archivistes, les agents collecteurs, les spécialistes du folklore, les ethnographes et les anthropologues ont indiqué qu'ils avaient besoin de conseils, de formation, et d'informations sur différentes questions de propriété intellectuelle en rapport avec la collecte, l'enregistrement, la fixation et la diffusion auprès du public des expressions du folklore.

125. À cet égard, certaines propositions découlant d'activités antérieures de l'OMPI et d'autres activités (telles que les missions d'enquête de l'OMPI et la Conférence sur le patrimoine folklorique en crise, organisée par la Société américaine du folklore et le Centre américain de traditions populaires de la Bibliothèque du Congrès et tenue en décembre 2000) <sup>77</sup>, pourraient être formulées comme suit :

<sup>74</sup> Entretien personnel avec Mme Peggy Bulger, directeur, et M. Michael Taft, spécialiste des traditions populaires du Centre américain de traditions populaires, 15 octobre 2002.

<sup>75</sup> Voir <http://www.folkways.si.edu/licenserequests.htm>.

<sup>76</sup> Seeger, A., *Ethnomusicologists, Archives, Professional Organizations, and the Shifting Ethics of Intellectual Property*, 1996 Yearbook for Traditional Music, p. 87.

<sup>77</sup> Voir OMPI, *Savoirs traditionnels: besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle – Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998 - 1999)*, 2001. Ce besoin a été explicitement mentionné, par exemple, durant les missions en Asie du Sud et dans les pays arabes (voir les pages 119 et 183). Voir aussi le débat de conclusion et les recommandations de la Conférence sur le patrimoine folklorique en crise, tenue les 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> décembre 2000.

i) fourniture de conseils pratiques et d'informations en matière de propriété intellectuelle à des services d'archives, des institutions et des sociétés travaillant dans le domaine de l'ethnographie et du folklore à des fins d'élaboration de *politiques, principes directeurs éthiques et codes de conduite* ;

ii) mise au point d'une *liste récapitulative* pour la propriété intellectuelle et de *clauses contractuelles types de propriété intellectuelle* des tinées à être utilisées dans la rédaction des contrats de dépôt, d'accès, de diffusion et de licence utilisés par les ethnomusiciens et d'autres hommes de terrain, les services d'archives, les musées, les bibliothèques et d'autres institutions;

iii) publication d'un *guide pratique* à l'usage des communautés ainsi que des ethnomusiciens et d'autres hommes de terrain, des services d'archives, des musées, des institutions et des sociétés;

iv) fourniture de *conseils pratiques, d'informations et d'une formation* aux peuples autochtones et aux communautés locales travaillant à la fixation des aspects de propriété intellectuelle, compte tenu des répercussions de leur travaux; et

v) création de *liens structurels et juridiques* entre les chercheurs, les services d'archives ainsi que les institutions et les systèmes nationaux ou régionaux de protection juridique des expressions culturelles traditionnelles.

126. Certains de ces besoins (comme ceux qui sont mentionnés aux points i), iv) et v)) peuvent faire l'objet d'une étude complémentaire dans le cadre du programme de coopération technico-juridique du Secrétariat de l'OMPI. Ces questions seront traitées dans le guide pratique de l'OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles. De cette façon, le besoin exprimé au point iii) pourra être abordé. Dans le cadre de ce travail, le Secrétariat se propose de mettre en évidence la contribution des associations, sociétés et institutions pertinentes ainsi que des ONG concernées, telles que les institutions mentionnées dans le rapport final sur l'expérience acquise au niveau national (document WIPO/GRTKF/IC/3/10) et d'autres institutions comme le Centre du folklore du Conseil de coopération du Golfe (CCG), le Conseil international de la musique (ICOM), l'Association internationale d'archives sonores (IASA) ou le Conseil international des musiques traditionnelles (ICTM). En outre, la trousse à outils pour la gestion des aspects de la fixation des savoirs traditionnels en rapport avec la propriété intellectuelle<sup>78</sup>, qui concerne les répercussions sur les brevets et d'autres aspects de propriété industrielle de la fixation des savoirs traditionnels techniques, compléter cette publication.

127. En ce qui concerne le besoin exprimé au point ii), les États membres peuvent souhaiter examiner la question des savoirs si le comité devrait lancer des activités permettant de satisfaire à ce besoin, telles que le recensement des clauses de propriété intellectuelle figurant actuellement dans les contrats de dépôt, d'accès, de diffusion ou de licence en vue de la mise au point ultérieure de clauses contractuelles types.

<sup>78</sup>

Voir le projet de description dans le document WIPO/GRTKF/IC/4/5.

*Protection juridique des collections, des anthologies et des bases de données*

128. Si la collecte et l'enregistrement de certaines expressions culturelles traditionnelles peut comporter certains risques liés à la propriété intellectuelle quant à leur protection juridique, les droits de propriété intellectuelle attachés actuellement ou dans l'avenir aux collections, aux anthologies et aux bases de données peuvent offrir une forme de protection valable.

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

130. Il est souvent proposé que les expressions du folklore soient mises indirectement au bénéfice soit de la protection par le droit d'auteur consentie aux bases de données "originales" en raison du choix ou de l'arrangement de leur contenu, soit d'une protection *sui generis* pour les bases de données non originales. On trouve de nombreuses explications supplémentaires dans les paragraphes 52 à 56 du rapport final sur l'expérience acquise au niveau national (document WIPO/GRTKF/IC/3/10).

131. La protection des bases de données par le droit d'auteur ne protège pas le contenu de la base et est sans préjudice de tout droit subsistant sur le contenu. Par conséquent, ce type de protection ne s'appliquerait pas aux expressions du folklore contenues dans la base de données mais uniquement à leur publication et à leur présentation sous la forme d'une collection, d'une anthologie ou d'une compilation. Rien n'empêcherait donc une personne non autochtone d'extraire l'une des chansons faisant partie d'une collection de musiques traditionnelles et de la reproduire, de l'adapter ou de la commercialiser, puisqu'elle pourrait partir du principe que pour l'instant aucun autre droit n'est attaché à cette chanson. C'est apparemment ce qui est arrivé à certaines musiques citées à titre d'exemples dans la partie II ci-dessus.

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

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

134. Mais dans le cas où la collection ou toute autre forme de base de données est réalisée par une personne ou par des personnes qui n'appartiennent ni à la population autochtone, ni à la communauté traditionnelle à l'origine des expressions du folklore ainsi regroupées, c'est cette autre personne ou ces autres personnes qui détiendraient les droits sur la base de données. Pour que les peuples autochtones et les communautés traditionnelles concernés détiennent les droits sur ces bases de données, ils doivent être considérés comme les créateurs ou les fabricants de ces bases ou tout au moins acquérir les droits nécessaires auprès des créateurs et des fabricants.

135. La question de l'utilisation de bases de données aux fins de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles continuera à être étudiée par le Secrétariat de l'OMPI et sera abordée dans le cadre de son programme de coopération technique - juridique ainsi que dans le guide pratique de l'OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles. Ainsi qu'il lui a été conseillé dans le rapport final sur l'expérience acquise au niveau national, le Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'OMPI continue à examiner la question de la protection des bases de données non originales, et l'évolution de la situation sera suivie de près.

#### iv) Signes distinctifs – législations sur les marques et les indications géographiques

##### *Introduction*

136. Les marques sont des signes utilisés pour distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'une autre sur le marché. Ces signes peuvent être constitués, entre autres choses, de mots, de dessins, de symboles, d'éléments figuratifs ou de formes. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles sont préoccupés par le fait que ces entreprises ou des personnes non autochtones utilisent dans le commerce leurs mots, leurs noms, leurs dessins ou leurs modèles, leurs symboles ou d'autres signes distinctifs leur appartenant, et les fassent enregistrer en tant que marques. Ainsi qu'il ressort de la partie II, il existe plusieurs exemples connus d'utilisation non autorisée de mots, de noms, de dessins, de symboles et d'autres signes distinctifs indigènes ou traditionnels et de leur enregistrement en tant que marques. Par ailleurs, ils soutiennent qu'ils ne peuvent eux-mêmes faire protéger leurs mots et leurs symboles conformément à la législation sur les marques existante car celle-ci n'est pas suffisamment adaptée à leurs besoins.

##### *Enregistrement, en tant que marques, par des tiers, de mots, nom et marques indigènes*

137. Il a été suggéré que la principale raison de l'appropriation de mots indigènes et traditionnels et d'autres marques est la volonté de commercialiser le "caractère indigène" à des fins commerciales<sup>79</sup>. Mais, les marques servant à indiquer l'origine de produits et à distinguer un produit d'un autre, l'utilisation non autorisée de mots et de symboles indigènes par des organismes non autochtones peut éventuellement semer la confusion dans l'esprit des consommateurs quant à l'origine véritable des produits. L'utilisation de signes indigènes en tant que marques peut donner aux consommateurs l'impression que ces produits sont véritablement confectionnés par des personnes appartenant à une population autochtone ou ont

<sup>79</sup> Sandler, F., *Music of the Village in the Global Marketplace: Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?*, p. 39.

certaines caractéristiques ou qualités propres aux cultures autochtones alors que ce n'est pas le cas. L'utilisation par d'autres de leurs symboles, mots, etc. fait que les peuples autochtones et les communautés traditionnelles sont associés à des produits qui peuvent être d'une qualité inférieure, stéréotypés ou liés à un certain mode de vie<sup>80</sup>.

138. Outre les systèmes de marques, la législation sur la concurrence déloyale (y compris la substitution (de produits ou de services)) et celles sur la publicité et l'étiquetage de nature à induire en erreur ou faux sont aussi pertinentes en l'occurrence. La loi de 1990 sur les arts et artisanats indiens des États-Unis d'Amérique protège les artisans amérindiens en garantissant l'authenticité des objets d'artisanat indien placés sous l'autorité d'une commission des arts et de l'artisanat indiens. La loi, conçue comme un « marché vrai », interdit la commercialisation de produits sous l'appellation « Indian made » s'ils ne sont pas fabriqués par des Indiens selon la définition donnée dans la loi<sup>81</sup>. On peut aussi se reporter au paragraphe 122 du document WIPO/GRTKF/IC/3/10. La question de la législation sur la concurrence déloyale est abordée séparément dans le présent document.

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

139. Certains États ont déjà pris des mesures pour empêcher, dans la mesure du possible, l'enregistrement non autorisé, en tant que marques, de marques indigènes. On peut citer à titre d'exemples les États-Unis d'Amérique et la Nouvelle-Zélande, qui ont opté pour des approches différentes en vue de régler ces questions:

i) l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique (USPTO) a créé une vaste base de données des signes officiels de toutes les tribus amérindiennes reconnues au niveau fédéral ou à celui d'un État<sup>82</sup>. Il est fait état dans le rapport final sur l'expérience acquise au niveau national (voir le paragraphe 122.ii) du document WIPO/GRTKF/IC/3/10);

ii) en Nouvelle-Zélande, ainsi qu'il est indiqué dans le paragraphe 127 du document WIPO/GRTKF/IC/3/10, un nouveau projet de loi sur les marques, actuellement à l'examen au Parlement, permettra au Commissaire aux marques de refuser l'enregistrement d'une marque dès l'instant où il a un motif raisonnable de penser que son utilisation ou son enregistrement sont susceptibles d'offenser une partie importante de la communauté, y compris les Maoris, population autochtone de ce pays. Dans l'article qui énumère les motifs de refus à l'enregistrement d'une marque, le projet de loi prévoit ce qui suit :

<sup>80</sup> Cassidy, Michael (ed.), *Intellectual Property and Aboriginal People: A Working Paper*, p.22.

<sup>81</sup> Voir le paragraphe 122.i) du document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

<sup>82</sup> Voir le document intitulé *Report on the Official Insignia of Native American Tribes*, 30 septembre 1999.



“1) Le commissaire n’apas le droit d’accomplir l’une des actes suivants:

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

“i) il estime, pour un motif raisonnable, que son utilisation ou son enregistrement sont susceptibles d’offenser une partie importante de la communauté, y compris les Maoris.”<sup>83</sup>

#### *Procédures d’opposition et de radiation*

140. Lorsqu’un mot ou une marque indigène ou traditionnelle a été enregistré en tant que marque par une personne ou une entité qui n’y a pas été autorisée par la communauté concernée, cette communauté peut entamer une procédure de radiation (ou s’opposer à une demande d’enregistrement d’une marque). À cet effet, elle pourrait notamment avancer que la marque proposée n’apas de caractère distinctif, que son enregistrement est ou serait “contraire à la loi” ou “scandaleux” ou encore qu’elle est fallacieuse ou peut créer une confusion quant aux produits et services du déposant. La législation sur les marques prévoit aussi des motifs relatifs d’opposition fondés sur des droits détenus par des tiers, tels que les droits antérieurs détenus par une communauté sur les signes dans la mesure où celui-ci traita l’identité ou à l’origine de la communauté.

141. Toutefois, à la lecture des rapports disponibles, il semble qu’il n’existe que très peu de cas où les peuples ou communautés autochtones se sont opposés à l’enregistrement d’une marque ou ont demandé la radiation d’une marque enregistrée. Mme Janke, dans l’étude qu’elle a menée pour l’OMPI sur l’utilisation des marques aux fins de la protection des expressions culturelles traditionnelles<sup>84</sup>, écrit que les peuples autochtones ont un accès limité aux conseils juridiques ainsi qu’aux bulletins et journaux officiels pertinents dans lesquels les demandes d’enregistrement de marques sont notifiées. Elle propose que les peuples autochtones reçoivent des informations et une formation sur les procédures d’opposition et de radiation<sup>85</sup>.

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

142. Dans leur réponse au questionnaire de 2001 de l’OMPI sur le folklore, des États ont donné plusieurs exemples d’utilisation d’une marque par des peuples autochtones et des communautés traditionnelles. Ils sont consignés dans le rapport final sur l’expérience acquise au niveau national (document WIPO/GRTKF/IC/3/10) et comprennent l’*Indigenous Label of Authenticity* de l’Australie<sup>86</sup> et l’utilisation de marques par les autochtones du Canada.

<sup>83</sup> Voir le projet de loi sur les marques de la Nouvelle-Zélande.

<sup>84</sup> Voir <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

<sup>85</sup> Voir les pages 9 et 10.

<sup>86</sup> Parmi les études de cas *Minding Culture* effectuées par Mme Terri Janke, l’étude intitulée “*Indigenous Arts Certification Mark*” sera publiée sous peu à l’adresse suivante : <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

143. Plus récemment, le Secrétariat de l'OMPI a aussi reçu des informations complémentaires sur des faits nouveaux en Nouvelle-Zélande, où le Conseil des arts maori ("*Te Waka Toi*") utilise la protection par les marques grâce à la marque "Maori Made" *Toi Iho*™ qu'il amène au point<sup>87</sup>. Cette marque, qui garantit l'authenticité et la qualité du produit, indique aux consommateurs que la personne qui a fabriqué le produit est d'origine maorie et qu'elle produit des objets d'une qualité déterminée<sup>88</sup>. La marque "Maori Made" *Toi Iho* est une marque enregistree en réponse à des préoccupations exprimées par les Maoris en ce qui concerne la protection des droits culturels et des droits de propriété intellectuelle, l'utilisation illicite et l'abus des notions, des styles et des images maories et l'absence d'avantages commerciaux pour les Maoris. La marque est considérée par beaucoup comme un instrument provisoire permettant d'offrir une protection limitée à la propriété culturelle des Maoris. Ce mécanisme n'arrêtera pas l'utilisation abusive actuelle des notions, styles et images maories mais peut diminuer la demande de produits imités<sup>89</sup>. La marque "Maori Made" *Toi Iho* a été conçue et créée par des artistes maories et est assortie de deux marques complémentaires, à savoir la marque "Mainly Maori" et la marque "Maori Co-production". La marque "Mainly Maori" *Toi Iho* est réservée à des groupes d'artistes, la plupart d'origine maorie, qui travaillent ensemble pour produire, présenter ou interpréter ou exécuter des œuvres relevant d'une forme artistique et dans lesquelles la marque "Maori Co-production" *Toi Iho* est utilisée par des artistes maories qui s'associent à des personnes d'origine non maorie pour produire, présenter ou interpréter ou exécuter des œuvres appartenant à une forme artistique. La marque "Maori Co-production" *Toi Iho* permet de reconnaître le développement des entreprises d'innovation et des entreprises de collaboration entre les Maories et les non-Maories<sup>90</sup>.

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

145. Mais Mme Janke<sup>91</sup> recense de nombreux cas où des Australiens autochtones ont essayé de faire enregistrer ou ont obtenu l'enregistrement de mots ou de dessins indigènes en tant que marques sans que le mot anglais ayant un sens particulier ou une signification particulière pour eux. On citera à titre d'exemple le terme "dreaming", pour lequel 190 demandes d'enregistrement ont été déposées. Quinze d'entre elles ont abouti à un enregistrement et neuf sont en instance.

<sup>87</sup> Pour de plus amples informations sur la marque *Toi Iho*™, voir <http://www.toiho.com>.

<sup>88</sup> Voir la règle 5.3) dans l'ouvrage intitulé *Rules Governing the Use By Artists of the Toi Iho Maori Made Mark*, publié par le Conseil des arts de la Nouvelle-Zélande Toi Aotearoa. TM

<sup>89</sup> Voir la réponse de la Nouvelle-Zélande au questionnaire sur le folklore.

<sup>90</sup> Voir <http://www.toiho.com/about/about.htm>.

<sup>91</sup> Voir <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

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

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

“Il y a de plus en plus d'entreprises et d'organisations indigènes qui s'efforcent de tirer parti de la législation sur les marques pour parvenir à faire enregistrer leurs propres marques de commerce aux fins de la protection de leurs œuvres artistiques et d'autres savoirs indigènes, en particulier l'utilisation commerciale indigène proposée. Dans la plupart des cas, ces marques n'ont pas été enregistrées. On suppose que c'est parce que souvent la marque proposée comprend uniquement des termes purement descriptifs [...] et que lorsqu'il reçoit un rapport négatif, le demandeur autochtone omet souvent de répondre pour clarifier la situation. [...] Le nombre de marques non enregistrées utilisées par des entreprises et organisations autochtones est nettement plus élevé que celui des marques qui sont enregistrées. [...] Bien qu'il existe des preuves évidentes que l'utilisation par les peuples autochtones du système de marques augmente, il semblerait que ces peuples aient besoin d'en savoir davantage sur ce système, en particulier sur la procédure à suivre pour déposer une demande, sur la manière de surmonter la difficulté de la description de la marque et sur d'autres questions soulevées dans les rapports négatifs [...]”<sup>92</sup>

### *Indications géographiques*

148. Les indications géographiques sont éventuellement utiles dans ce domaine, ainsi que l'ont souligné un certain nombre de participants aux travaux du comité. Il n'existe aucun exemple patent de l'utilisation des indications géographiques pour protéger les expressions de la culture traditionnelle ou du folklore directement même si leur utilisation éventuelle aux fins de la protection des artisans et d'activités analogues ont fait l'objet d'un examen approfondi. On trouvera dans des versions ultérieures du présent document un examen de cette question plus en détail, fondé sur des recherches complémentaires dans ce domaine.

### *Conclusions*

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

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

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

v) Dessin et modèle traditionnels – législations sur les dessin et modèles industriels

152. La législation sur les dessin et modèles industriels protège l'apparence d'éléments fonctionnels créés de manière indépendante qui sont nouveaux ou originaux<sup>93</sup>. Les droits conférés au titulaire du dessin ou modèle peuvent être fondés sur la création ou sur l'enregistrement et sont exclusifs. Ils demeurent en vigueur pendant au moins 10 ans, voire plus longtemps dans certains pays<sup>94</sup>. Le titulaire d'un dessin ou modèle protégé a le droit d'empêcher des tiers de reproduire, vendre ou importer des articles qui comprennent un dessin ou modèle identique ou analogue à celui qui est protégé<sup>95</sup>.

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

154. Ainsi qu'il ressort des missions d'enquête et des activités ultérieures de l'OMPI, les peuples autochtones et les communautés traditionnelles affirment que la législation actuelle sur les dessin et modèles industriels ne leur permet pas de protéger leurs dessin et modèles en tant que dessin et modèles industriels même lorsque cette protection convient particulièrement bien au dessin ou modèle, à la forme ou aux caractéristiques visuelles du produit artisanal, en particulier lorsque "les produits artisanaux ont un caractère utilitaire et ne peuvent pas être considérés comme des œuvres d'art aux fins de leur protection par le droit d'auteur [...]"<sup>96</sup>. En outre, ils soutiennent que des tiers exploitent leurs dessin et modèles sans y être autorisés, sans expression de gratitude et sans partager les avantages en découlant et, dans certains cas, obtiennent même des droits de propriété intellectuelle sur leurs "nouveaux" dessin ou modèle ou leurs dessin et modèles "originaux". L'une des revendications les plus souvent entendues est que le "style" d'un dessin ou modèle indigène a fait l'objet d'une utilisation abusive.

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

<sup>93</sup> Article 25.1) de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

<sup>94</sup> Article 26.3) de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

<sup>95</sup> Article 26.1) de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

<sup>96</sup> Voir le document soumis par le GRULAC intitulé *Le savoir traditionnel et la nécessité de leur assurer une protection appropriée au titre de la propriété intellectuelle* (paragraphe 6 de l'annexe I du document OMPI/GRTKF/IC/1/5).

*Protection positive des dessins et modèles traditionnels*

156. Pour qu'un dessin ou modèle puisse être protégé en tant que dessin ou modèle industriel, il doit être nouveau ou original<sup>97</sup>. Bien qu'il n'y ait aucune définition arrêtée de la notion de "nouveau" dans les traités internationaux, il faut en général comprendre que l'existence d'aucun dessin ou modèle identique ou similaire n'est connue jusqu'à présent<sup>98</sup>. L'Accord sur les ADPIC prévoit que "les Membres pourront disposer que des dessins et modèles ne sont pas nouveaux ou originaux s'ils ne diffèrent pas notablement de dessins ou modèles connus ou de combinaisons d'éléments de dessins ou modèles connus."<sup>99</sup>

157. Il semblerait que certains dessins et modèles traditionnels ne remplissent pas cette condition. Toutefois, il existe des exemples de dessins et modèles traditionnels qui ont été enregistrés conformément à une législation sur les dessins et modèles industriels. Au Kazakhstan, l'apparence extérieure du costume national, les costumes-chefs (*sakyele*), les tapis (*tuskiiz*), les ornements des selles et les accessoires du vêtement féminin tels que les bracelets (*blezik*) sont protégés au titre de dessins et modèles industriels<sup>100</sup>. La protection des dessins et modèles industriels est régie par la législation nationale sur les brevets<sup>101</sup>, qui définit le dessin ou modèle industriel comme "toute solution artistique et technique qui est adoptée pour un article et qui détermine l'aspect extérieur."<sup>102</sup> La loi prévoit en outre que pour pouvoir être protégé, le dessin ou modèle industriel doit être nouveau, originaire et susceptible d'application industrielle<sup>103</sup>. Il est aussi intéressant de noter la description du terme "nouveau" dans la loi: "un dessin ou modèle industriel est considéré comme nouveau aussi l'ensemble de ses caractéristiques essentielles figurant dans les représentations du dessin ou modèle et indiquées dans la liste des caractéristiques essentielles n'était pas connue par des informations généralement accessibles dans le monde avant sa date de priorité"<sup>104</sup>.

158. Il peut être nécessaire d'examiner d'autres exemples avant de pouvoir tirer une conclusion. Toutefois, il est proposé, dans le droit fil des arguments avancés dans la section intitulée "Productions littéraires et artistiques – droit d'auteur", que si des formes contemporaines de dessins et modèles traditionnels peuvent satisfaire au critère de "nouveau", les dessins et modèles déjà exploités et connus qui sont créés de nouveau n'y satisferont probablement pas.

<sup>97</sup> Article 25.1) del' Accord sur les ADPIC de 1994.

<sup>98</sup> Voir : [http://www.wipo.int/about-ip/en/index.html?wipo\\_content\\_frame=/about-ip/en/industrial\\_designs.html](http://www.wipo.int/about-ip/en/index.html?wipo_content_frame=/about-ip/en/industrial_designs.html).

<sup>99</sup> Article 25.1) del' Accord sur les ADPIC de 1994.

<sup>100</sup> Voir le paragraphe 126 du rapport final sur l'expérience acquise au niveau national (document WIPO/GRTKF/IC/3/10).

<sup>101</sup> Voir la loi sur les brevets n°428 -ILRK du 16 juillet 1999 de la République du Kazakhstan, disponible à l'adresse suivante : [http://www.kazpatent.org/english/acts/patent\\_law.html](http://www.kazpatent.org/english/acts/patent_law.html).

<sup>102</sup> Article 8.1) del' loi sur les brevets de la République du Kazakhstan.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Ibid.

*Laprocédured'enregistrementdesdessinsetmodèlesetserépercussionssurlespeuples autochtonesetlescommunautéstraditionnelles*

159. Lespeuplesautochtonesetlescommunautéstraditionnelles,selonlesinformations disponibles,trouventquelaprotectiondesdessinsetmodèlesconformémentàlalégislation surlesdessinsetmodèlesindustrielspèche parlespointssuivants :

i) undessinoumodèleenregistréestdivulguéaupublic,cequi,danslecas notammentdesdessinsetmodèlessacrésousecrets,neconvientpasauxpeuplesautochtones outraditionnels.Toutefois,onpeutfairevaloirquelesdessinsetmodèlessacrésousecrets nedoiventpasêtreenregistréspourpouvoirêtréprotégés :ilspeuventl'êtreentant qu'informationsnondivulguées.Onpeutaussifairevaloirqu'undessinoumodèlenisecret, nisacréquiestutiliséparunecommunautéadetoutefaçonétédivulguéetquel'enregistrementfournitsimplementlaprotectionnécessaire;

ii) laduréede protectionétantlimitée,ledes dessinoumodèletombeparlasuitedansle domaine public.Lespeuplesautochtonesetlescommunautéstraditionnellesouhaitent protégerindéfinimentleursdessinsetmodèlestraditionnelscontretouteexploitationpardes personnesnonautochtones,laprotectiondel'intégritédedessinsetmodèlesayantune importanceculturelleouspirituelleparticulèrepouvantêtrenotammentplusimportantequel'exploitationdeleurvaleurcommerciale.Danscecas,ilpeutêtrepréférable,peut-être,de protégercertainsdessinsetmodèlesselonlalégislation surledroitd'auteurentant qu'expressionsartistiquesetnonentantquedessinsetmodèlesindustriels,laduréede protectiondeceux-ciétantinférieureàcellequiestprévueparlalégislation surledroit d'auteur;

iii) lescommunautésontdumalàfaireprotégerleursdroitscollectifs.Bienquelaloi prévoiequelesdessinsetmodèlesindustrielspuissentêtreenregistrésaunomdedeuxou plusdedeuxpersonnes,chacunesevoyantattribuerunepartégale nondivisible surledessin oumodèle,desdroitscollectifsnepeuventêtreaccordésquesil'organedemandantla protectiondudessinoumodèleindustrielalacapacitéjuridique(cequiestprobablementle casdelaplupartdescommunautés);

iv) lescoûtsafférentsàl'enregistrementd'undessinoumodèleindustriel, ultérieurement,auxmesuresnécessairesàsonrespectlorsquelebesoins'enfaissentir.

*Recoursfacilitéàlalégislation surlesdessinsetmodèlesindustriels*

160. Différentespropositionsontétéfaitespourmodifierlalégislationetlapratiquedansle domainedesdessinsetmodèlesindustrielsenvuedepermettreauxpeuplesautochtoneset auxcommunautéstraditionnellesdetirerplusfacilementpartdelaprotectionofferte dansce domaine.

161. À cet égard, l'Accord sur les ADPIC demande aux États de faire en sorte "que les prescriptions visant à garantir la protection des dessins et modèles de textiles, en particulier pour ce qui concerne tout coût, examen ou publication, ne compromettent pas indûment la possibilité de demander et d'obtenir cette protection"<sup>105</sup>. Cette disposition indique clairement que personne ne doit être empêché de faire enregistrer son dessin ou modèle de textile, compte tenu des répercussions en raison du coût de la procédure d'enregistrement.

162. D'un point de vue pratique, il peut être important, aux fins des mesures de fixation des savoirs traditionnels, de structurer ces travaux de fixation de telle manière qu'ils remplissent les critères minimaux pour l'acquisition, l'exercice et le respect des droits sur les dessins et modèles industriels. Cela peut supposer, par exemple, l'harmonisation des normes actuelles de classement et de documentation dans le domaine de la propriété industrielle (telles que l'Arrangement de Locarno instituant une classification internationale pour les dessins et modèles industriels (1979) et la norme ST.80 (intitulée "recommandation concernant les données bibliographiques relatives aux dessins et modèles industriels (identification et minimum requis)"<sup>106</sup> et des normes de documentation sur les dessins et modèles industriels axées sur la tradition (telles que la publication de l'UNESCO intitulée "Artisanat : guide méthodologique pour la collecte des données" ).

163. Toutefois, l'utilité pratique de ces travaux doit être évaluée. Une telle exercice soulève aussi des questions pratiques et juridiques. Ces questions seront examinées et étudiées plus avant et traitées en temps voulu dans le cadre du programme d'assistance technico-juridique de l'OMPI et dans le guide pratique de l'OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles.

### *Protection défensive*

164. Ainsi qu'il est indiqué dans la partie II, on se plaint souvent de l'appropriation du "style" des dessins et modèles traditionnels. Cette question est aussi examinée dans la partie ci-dessus intitulée "Productions littéraires et artistiques – droit d'auteur", et les points qui sont soulevés s'appliquent aussi aux dessins et modèles industriels.

165. Une autre façon de protéger d'une manière défensive les expressions du folklore est de recourir à la fixation. Les missions d'enquête ont proposé "une amélioration en trois étapes de leur protection dans le cadre des systèmes de dessins et modèles industriels : 1) les normes relatives à la fixation des modèles traditionnels devraient comprendre les exigences minimales en matière de fixation des dessins et modèles industriels prévues dans l'Accord sur les ADPIC et dans l'Arrangement de La Haye concernant le dépôt international des dessins et modèles industriels; 2) les offices de propriété industrielle devraient inclure la fixation normalisée des dessins et modèles traditionnels dans leurs dossiers de recherche utilisés pour l'examen au fond des demandes de titres de protection industriels; 3) il conviendrait d'inclure des classes ous -classes de dessins et modèles traditionnels dans l'Arrangement de Locarno instituant

<sup>105</sup> Article 25.2) (section 4) de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

<sup>106</sup> Ils'agit de l'une des 50 normes, recommandations et principes directeurs de l'OMPI concernant l'information et la documentation en matière de propriété industrielle. Ils visent à harmoniser les pratiques de tous les offices de propriété industrielle et à faciliter la transmission, l'échange et la diffusion, au niveau international, de l'information en matière de propriété industrielle (pour à la fois le texte et les images).

une classification internationale pour le dessin et modèles industriels (1979).”<sup>107</sup>  
 L’incorporation de listes d’expressions culturelles dans un registre de dessin et modèles internationaux tel que celui qui est prévu par l’Arrangement de La Haye pourrait aider les examinateurs à recenser les expressions culturelles appartenant à des communautés traditionnelles et à refuser les demandes d’enregistrement au motif prévu par la loi que ces expressions ne sont ni nouvelles, ni originales et que le demandeur n’est pas le créateur du dessin.

166. Cette suggestion va de pair avec les travaux portant sur les savoirs traditionnels “techniques” et les brevets aux fins de la publication défensive de savoirs traditionnels en vue d’empêcher l’acquisition de droits de brevets sur des inventions fondées sur des savoirs traditionnels. Par conséquent, l’intégration de l’information sur des expressions culturelles viserait à faire en sorte que les mesures de fixation permettent de mettre les dessin et modèles fondés sur des traditions tombées dans le domaine public à la disposition des offices de propriété intellectuelle et d’autoriser ceux-ci à intégrer ces données dans leurs procédures actuelles de dépôt, d’examen, de délivrance et de publication de titres de propriété intellectuelle.

167. Toutefois, on ignore dans quelle mesure ces activités aux fins de la “publication défensive” de l’information sur les dessin et modèles industriels satisferont à des besoins véritables. L’acquisition de droits de dessin ou modèle industriels sur des objets de l’artisanat et d’autres expressions tangibles du folklore déjà tombées dans le domaine public ne semble peut-être pas aussi répandue que dans d’autres domaines tels que ceux des brevets. En outre, étant donné qu’il y a eu des pays, y compris des pays développés, semblent abandonner l’examen quant au fond des demandes d’enregistrement de dessin ou modèle (en particulier les recherches de nouveauté), des activités approfondies relatives à l’intégration de l’information sur les expressions culturelles dans l’état de la technique pouvant faire l’objet d’une recherche aux fins de dessin et modèles industriels peuvent, dans la pratique, ne pas servir d’objectifs utiles.

#### *Protections sui generis des dessin et modèles*

168. On peut noter que les systèmes *sui generis* actuels couvrent aussi les dessin et modèle traditionnels et qu’ils feront l’objet d’un examen plus approfondi dans des versions ultérieures du présent document. En résumé :

i) les dispositions types de 1982 prévoient une protection des dessin et modèles en tant qu’expressions tangibles du folklore<sup>108</sup> contre toute reproduction ou utilisation non autorisée;

ii) la législation *sui generis* du Panama met en place un “régime spécial de propriété intellectuelle en matière de droits collectifs des populations autochtones relatives à la protection et à la défense de leur identité culturelle en tant que savoirs

<sup>107</sup> *Savoirs traditionnels : besoin 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), pp. 117 et 118.

<sup>108</sup> Voir l’article 2 des dispositions types.



traditionnels”<sup>109</sup> renvoie explicitement aux tissus traditionnels et aux dessins et modèles de costumes. Les “dispositions sur la protection, la promotion et le développement de l’artisanat” sont aussi pertinentes<sup>110</sup>. Le chapitre VIII de cette loi accorde une protection aux objets de l’artisanat national en interdisant l’importation d’objets artisanaux ou l’activité de ceux qui imitent des articles et vêtements panaméens indigènes et traditionnels<sup>111</sup>.

### Conclusions

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

170. Mis à part ce qui précède et certains aspects plus techniques, les systèmes de dessins et modèles industriels présentent d’autres inconvénients théoriques ou pratiques selon les peuples autochtones et les communautés traditionnelles.

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

#### vi) Concurrence déloyale (y compris la substitution (de produits ou de services))

172. La protection conférée par la législation sur la concurrence déloyale, ou des formes adaptées de protection fondées sur ce type de législation, peut être utile dans un certain nombre de cas concernant des expressions culturelles traditionnelles. C’est ce qui a été mis en évidence par le GRULAC dans le document WO/GA/26/9 et par la délégation de la Norvège à la troisième session du comité, qui ont mentionné l’article 10*bis* de la Convention de Paris et demandé la suppression de toute concurrence déloyale.

173. Il n’existe actuellement que peu d’informations pratiques sur l’utilisation de la concurrence déloyale en tant qu’instrument de protection des expressions culturelles traditionnelles mais ils’agit là d’un domaine qui appelle un examen complémentaire. La sanction prévue par la “common law” en cas de substitution semble particulièrement pertinente lorsqu’un avantage commerciale est tiré d’une réputation déjà établie (ainsi qu’il est

<sup>109</sup> Créé par la loi n° 20 du 26 juin 2000 et réglementé par le décret exécutif n° 12 du 20 mars 2001. Voir aussi le paragraphe 121.ii du rapport final sur l’expérience acquise au niveau national (document WIPO/GRTKF/IC/3/10).

<sup>110</sup> Loi n° 27 du 24 juillet 1997 du Panama.

<sup>111</sup> Voir la réponse du Panama au questionnaire sur le folklore à l’adresse suivante : <http://www.wipo.org/globalissues/questionnaires/ic-2-7/panama.pdf>.

expliquédanslasectionintitulée“Signesdistinctifs –marques etindicationsgéographiques”). Ladifficultérésidepeut -êtrédanslefaitquelesrèglesapplicablesàlaconcurrencedéloyale varientd’unpaysàl’autre,qu’ellesontmisesaupointauniveaunationalsouventsur labase delajurisprudenceetque, engénéral,ellesprévoientlafournituredelapreuve dudommage apportéàuneréputationcommerciale.Cettequestionseratraitéeplusendétaildansd’autres versionsduprésentdocument.

## V. ACQUISITION, GESTION ET RESPECT DES DROITS

174. Ainsiqu’ilestindiquédanslerapportfinalsurl’expérienceacquiseauniveaunational (documentWIPO/GRTKF/IC/3/10),s’ilestvraiqu’uncertainnombredepaysprévoientune protectionjuridiquespécifiquepourlesexpressionsdufolklore(23 pays,soit 36%des 64 paysquiontrépondauquestionnaire),iln’enrestepasmoinsquepeudepayspeuvent direquecesdispositionsontsouventinvoquéesetfonctionnentefficacementdansla pratique.

175. Enoutre,ainsiqu’iladéjàétérelevé,l’utilisationdedroitsdepropriétéintellectuelleà bonescientsemblelimitéàquelquespaysseulement.

176. Parconséquent,lerapportconclutqu’ilestvivementnécessairederenforceretde mettrepluseffectivementenpratique,auniveaunational ,lessystèmesetlesmesuresde protectiondesexpressionsdufolklore,entenantcomptedesdifférentsbesoinsjuridiques, théoriques,infrastructurisetautresobstaclesopérationnelsauxquelslespaysontconfrontés. Ilfaudraituneassistancetechnico-juridiqueglobaleintégrée,exploitant,lecaséchéant,la totalitédusystème depropriétéintellectuelleetautresmesuresexistantes,etprenanten considérationlesobligationsinternationalesdechaqueÉtatenmatièredepropriété intellectuelle. Lespopulationsetcommunautésintéressées,etautrespartiesprenantestelles quelaprofessionjuridiquedanschaquepays,doiventaussi,aubesoin,êtreconsultéeset participeràl’actionentreprise.Ilestproposé,danslerapport,queleSecrétariatdel’OMPI fournisseuneassistancetechnico-juridiqueaccrue.Cettepropositionaétéapprouvéeàla troisièmesessionducomité,ainsiqu’ilestexpliquédansl’introductionduprésentdocument.

177. Lerapportfinalsurl’expérienceacquiseauniveaunationalcontientdespropositions précisesvisantàaméliorerlerecoursauxdroitsexistantsainsiquelerenforcementetlamise enœuvreefficacedesystèmesprécis.

178. Aunombredecespropositions,ontrouvelessuivantes :

i) desprogrammesdesensibilisationetdeformationsspécialiséepourlespeuples autochtonesetlescommunautéslocalespourqu’ilspuissentaborder,comprendreetutiliser lessystèmesofficielsdepropriétéintellectuelleetd’autresinstrumentsjuridiquesà leur disposition;

ii) desactivitésd’informationpubliquevisantspécialementlespeuplesautochtoneset lescommunautéslocales,etd’autresactivitésentreprisesparlesofficesnationauxdela propriétéintellectuelleetdiversorganismes,destinéesàexpliquerclairementlesrègleset systèmedepropriétéintellectuelleetàfaciliterl’accèsauxofficesnationauxetausystème depropriétéintellectuelle;

- iii) la réduction éventuelle des taxes de dépôt et de renouvellement pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles;
- iv) la création et le renforcement des structures institutionnelles nécessaires à la mise en œuvre de dispositions législatives et autres mesures;
- v) lorsque cela est possible, le recours aux sociétés de gestion collective existantes ou nouvelles;
- vi) la tenue de consultations nationales entre les producteurs d'artisanat et d'autres expressions du folklore <sup>112</sup>;
- vii) la création de centres de liaison nationaux <sup>113</sup>;
- viii) la création de liens juridiques et structurels entre les systèmes de protection juridique des expressions culturelles traditionnelles et les chercheurs et les services d'archives; et
- ix) le recours à des modes extrajudiciaires de règlement des litiges.

179. Tous ces éléments, qui font partie du programme de coopération technique-juridique offerts sur demande par le Secrétariat de l'OMPI, seront aussi examinés dans le guide pratique de l'OMPI sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles.

## V. CONCLUSIONS

180. On trouvera dans cette partie de brèves conclusions provisoires qui visent à encourager la poursuite du débat et de l'examen des questions de politique générale et des possibilités juridiques pratiques.

181. En ce qui concerne les productions littéraires et artistiques, on a pu déceler les grandes lignes suivantes :

- i) la protection par le droit d'auteur est possible pour les expressions culturelles traditionnelles contemporaines tangibles ainsi que pour les expressions contemporaines intangibles dans les pays n'exigeant pas de fixation. Toutefois, la durée limitée de la protection et certaines autres caractéristiques du droit d'auteur (telles que le fait qu'il ne protège ni le style, ni la méthode de fabrication) rendent ce type de protection moins attrayant aux yeux des peuples autochtones et des communautés traditionnelles ainsi que des particuliers. En outre, l'écart qui existe entre les droits d'un titulaire de droit d'auteur et les responsabilités coutumières parallèles peut poser un problème aux créateurs autochtones. Par conséquent, si la protection par le droit d'auteur est possible dans certains cas, elle peut ne pas répondre à l'attente de tous les peuples autochtones et de toutes les communautés traditionnelles, ni leur permettre d'atteindre tous leurs objectifs;

<sup>112</sup> Page 4 de l'exposé de la position du groupe des pays d'Asie et de la Chine (document OMPI/GRTKF/IC/2/10).

<sup>113</sup> Page 4 de l'exposé de la position du groupe des pays d'Asie et de la Chine (document OMPI/GRTKF/IC/2/10).

ii) pour les États qui souhaitent pas prévoir une protection des expressions culturelles traditionnelles allant au-delà de celle qui est prévue par le droit d'auteur, les prochains efforts pourraient viser à permettre et faciliter l'accès aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles au système de droit d'auteur, ainsi que l'utilisation de ce système, comme il est examiné dans la partie V;

iii) les expressions culturelles traditionnelles préexistantes ainsi que les simples imitations ou nouvelles créations de ces expressions n'ont que peu de chances de remplir les critères de l'originalité et du droit d'auteur identifiable. Elles demeurent dans le domaine public aux fins du droit d'auteur;

iv) les États qui souhaitent prévoir une protection des expressions culturelles traditionnelles allant au-delà de ce que prévoit le droit d'auteur actuellement peuvent se pencher sur la question de savoir si des modifications de la législation et de la pratique dans le domaine du droit d'auteur sont nécessaires et justifiées sous ce ledelacréation des systèmes *sui generis*, ainsi que l'on déjà fait quelques-uns. S'il peut être possible d'améliorer la protection qu'offre déjà le droit d'auteur en l'élargissant aux expressions culturelles contemporaines fondées sur la tradition moyenne des modifications de la législation et de la pratique du droit d'auteur, il se peut qu'une évolution davantage en profondeur des normes actuelles vers un système *sui generis* soit nécessaire pour protéger le folklore préexistant. Certains systèmes pour raient faire fond sur les processus et structures institutionnels, tels que les sociétés de gestion collective ou les archives du patrimoine culturel.

182. Pour ce qui est de l'interprétation ou l'exécution des expressions culturelles traditionnelles, il est clair que le WPPT protège aussi les "expressions du folklore". Les droits des artistes interprètes ou exécutants peuvent aussi servir indirectement à protéger l'expression culturelle exécutée elle-même. Toutefois, l'Accord sur les ADPIC de 1994 et le WPPT de 1996 ne s'appliquent pas à l'aspect visuel des interprétations ou exécutions. L'élargissement des droits des artistes interprètes ou exécutants au domaine audiovisuel permettrait d'en renforcer sensiblement la protection des expressions culturelles traditionnelles.

183. Il est nécessaire d'étudier plus en détail le lien qui existe entre, d'une part, les activités des chercheurs et des services d'archives et, d'autre part, la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles. L'objectif final devrait être de promouvoir la complémentarité grâce à la création de liens juridiques et structurels appropriés entre les activités des hommes de terrain et les services d'archives et les systèmes nationaux ou régionaux de protection juridique des expressions culturelles traditionnelles. Le programme de coopération technico-juridique proposé par le Secrétariat de l'OMPI permettrait aussi de travailler en étroite coopération avec les services d'archives et les institutions du patrimoine culturel.

184. S'agissant de signes distinctifs indigènes ou traditionnels, il convient de noter que des États tentent déjà des mécanismes spécifiques visant à empêcher leur enregistrement non autorisé ou inapproprié tant que marques. Les peuples autochtones utilisent aussi le système de marques pour garantir l'authenticité de leurs arts et de leurs artisanats. À cet égard, le type de mesures pratiques envisagées dans la partie V concerne une utilisation facilitée du système de la propriété intellectuelle est pertinent.

185. En ce qui concerne les dessins et modèles traditionnels, on a pu dégager les grandes lignes suivantes :

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

ii) mis à part ce qui précède et certains aspects plus techniques, les systèmes de dessins et modèles industriels présentent d’autres inconvénients théoriques et pratiques selon les peuples autochtones et les communautés traditionnelles;

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

186. Des versions ultérieures du présent document pourraient permettre d’examiner plus en profondeur, à la lumière aussi d’informations pratiques fournies et des données d’expérience nationale communiquées, les questions de la concurrence déloyale, des brevets, de l’enrichissement illégitime et d’autres sanctions pertinentes prévues par la “common law”.

*187. Les membres du comité sont invités à examiner le présent document à la quatrième session du comité et à soumettre des observations écrites avant le 31 mars 2003, une version ultérieure du présent document devant être établie pour la cinquième session du comité en 2003.*

[Findudocument]