

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

Quarante-sixième session
Genève, 27 février – 3 mars 2023

LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES : PROJET ACTUALISE D'ANALYSE DES LACUNES

Document établi par le Secrétariat

1. À sa douzième session tenue à Genève du 25 au 29 février 2008, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (IGC) a décidé que le Secrétariat, en tenant compte des travaux préalables du comité, élaborerait, comme document de travail pour sa treizième session, un document qui :

- a) indiquerait les obligations, dispositions et possibilités déjà existantes au niveau international en vue de protéger les expressions culturelles traditionnelles;
- b) indiquerait les lacunes existant au niveau international et illustrerait ces lacunes, dans la mesure du possible, à l'aide d'exemples précis;
- c) énoncerait les motifs pertinents en vue de déterminer s'il est nécessaire de remédier à ces lacunes;
- d) indiquerait quelles sont les options existantes ou susceptibles d'être élaborées pour remédier aux lacunes qui auront été recensées, notamment les options juridiques et autres, aux niveaux international, régional ou national;
- e) contiendrait une annexe comprenant un tableau correspondant aux éléments mentionnés aux points a) à d).

2. Le Secrétariat a été invité à “formuler les définitions de travail ou les autres éléments à partir desquels l’analyse est réalisée”.
3. Un avant-projet de l’analyse des lacunes en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles a été établi à l’époque par le Secrétariat et diffusé auprès des membres de l’IGC en vue d’observations. Compte tenu des observations reçues¹, un nouveau projet d’analyse des lacunes a été établi et mis à disposition dans le document WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev. pour la treizième session de l’IGC qui s’est tenue du 13 au 17 octobre 2008.
4. Une décision identique avait été prise à la douzième session de l’IGC concernant les savoirs traditionnels, ce qui fait que, pour sa treizième session, l’IGC avait deux projets d’analyse des lacunes à examiner, contenus dans les documents WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev. (pour les expressions culturelles traditionnelles) et WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. (pour les savoirs traditionnels).
5. À ce stade, l’IGC avait examiné de manière approfondie les options juridiques et de politique générale dans le domaine de la protection des expressions culturelles traditionnelles. Le bilan avait été établi sur la base d’analyses minutieuses de mécanismes juridiques nationaux et régionaux, d’exposés d’experts sur diverses expériences nationales, d’éléments communs de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, d’études de cas, d’enquêtes en cours sur le cadre international juridique et de politique générale, ainsi que de principes et objectifs fondamentaux de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant recueilli une certaine adhésion lors de sessions antérieures du comité. Conformément à la demande du comité, ces activités de base antérieures ont été résumées dans le document WIPO/GRTKF/IC/13/4(a), qui compléterait le projet d’analyse des lacunes contenu dans le document WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.
6. À sa treizième session tenue en octobre 2008, l’IGC n’a pas examiné de manière approfondie le document WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev². et les décisions prises lors de cette session indiquent simplement que le comité a “pris note” du document³. L’IGC n’a pas décidé d’examiner ce document lors de futures sessions.
7. En 2017, l’Assemblée générale de l’OMPI a prié le Secrétariat de “mettre à jour les analyses des lacunes réalisées en 2008 concernant les systèmes de protection en vigueur dans le domaine des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles”.
8. Conformément à cette décision, l’annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/37/7 contenait une version actualisée du projet d’analyse des lacunes en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles de 2008. La structure, le format et le contenu de l’analyse des lacunes antérieure étaient pour l’essentiel inchangés, sauf lorsque des instruments internationaux plus récents ou des faits nouveaux survenus dans le domaine législatif ou politique étaient indiqués. Ladite version était donc, conformément à la demande de l’IGC, essentiellement une “actualisation”. Plus précisément, des modifications avaient été apportées aux paragraphes 1, 2, 6-8, 10, 13, 14, 17, 19-21, 24, 35, 38, 41-43, 45-47, 48, 50, 51-53, 57, 58, 61-64, 71-73, 78, 79, 85, 86, 88, 91, 96, 100, 101, 104, 106-108, 110 et 113. L’annexe II contient un tableau correspondant aux éléments mentionnés aux points a) à d) indiqués plus haut. Le même document a été rediffusé pour les trente-huitième, trente-neuvième, quarantième, quarante-quatrième et quarante-cinquième sessions de l’IGC et est rediffusé pour la présente session également.

¹ Les observations reçues à l’époque peuvent toujours être consultées sur le site Web de l’OMPI à l’adresse <http://www.wipo.int/tk/fr/igc/gap-analyses.html>.

² WIPO/GRTKF/IC/13/11.

³ WIPO/GRTKF/IC/13/DECISIONS.

9. Le projet actualisé d'analyse des lacunes et le tableau actualisé sont joints en annexe au présent document.

10. Le comité est invité à examiner le projet actualisé d'analyse des lacunes et le tableau actualisé contenus dans les annexes I et II.

[Les annexes suivent]

ANNEXE I

PROJET ACTUALISÉ D'ANALYSE DES LACUNES

EN MATIÈRE DE PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES :

TABLE DES MATIÈRES

I. RÉFÉRENCES ET AUTRES ÉLÉMENTS UTILISÉS POUR L'ÉTABLISSEMENT DE LA PRÉSENTE ANALYSE.....	3
II. DÉFINITIONS DE TRAVAIL ET AUTRES ÉLÉMENTS SUR LESQUELS SE FONDE L'ANALYSE.....	3
<i>Expressions culturelles traditionnelles</i>	3
<i>Caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles</i>	3
<i>Formes d'expressions culturelles traditionnelles</i>	4
<i>Signification du terme "protection"</i>	6
<i>Caractéristiques générales de la protection de la propriété intellectuelle</i>	6
<i>Formes de protection de la propriété intellectuelle les plus adaptées aux expressions culturelles traditionnelles</i>	6
<i>Conventions et traités internationaux de propriété intellectuelle applicables</i>	6
<i>"Protection" et non "sauvegarde", "préservation" ou "promotion"</i>	7
<i>Objectifs en rapport avec la protection des expressions culturelles traditionnelles</i>	8
<i>Formes particulières de protection souhaitables pour les expressions culturelles traditionnelles</i>	8
<i>Signification du terme "lacunes"</i>	9
<i>Lacunes qui ne sont pas traitées directement dans la présente analyse</i>	11
<i>Lacunes dans le contexte d'une approche à plusieurs niveaux concernant l'étendue de la protection</i>	12
Résumé.....	13
III. ANALYSE.....	14
A. <i>Obligations, dispositions et possibilités déjà existantes au niveau international en vue de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore</i>	14
<i>Productions littéraires et artistiques</i>	14
<i>Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles</i>	17
<i>Dessins et modèles</i>	18
<i>Expressions culturelles traditionnelles secrètes</i>	18
<i>Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels</i>	19
B. <i>Lacunes au niveau international et, dans la mesure du possible, illustration de ces lacunes à l'aide d'exemples</i>	19
<i>Productions littéraires et artistiques</i>	19
<i>Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles</i>	22
<i>Dessins et modèles</i>	23
<i>Expressions culturelles traditionnelles secrètes</i>	23
<i>Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels</i>	24
C. <i>Éléments visant à déterminer si ces lacunes doivent être traitées</i>	25
<i>Comblé les lacunes aux niveaux international, régional, national ou local</i>	25
<i>Législation, pratique, renforcement des capacités</i>	25
<i>Environnement juridique et politique</i>	25
<i>Questions de fond</i>	25
<i>Objectifs économiques, sociaux et culturels</i>	26
<i>Questions techniques et juridiques spécifiques</i>	27
<i>Questions pratiques : gestion et respect des droits</i>	28
D. <i>Solutions existantes ou pouvant être élaborées pour remédier aux lacunes recensées, y compris des solutions juridiques et autres, aux niveaux international, régional ou national</i>	28

<i>Productions littéraires et artistiques</i>	28
<i>Reconnaissance des droits et intérêts communautaires</i>	28
<i>Droits moraux et communautaires</i>	29
<i>Précision de la portée de l'article 15.4) de la Convention de Berne</i>	29
<i>Domaine public payant</i>	30
<i>Œuvres orphelines</i>	30
<i>Droit de suite</i>	31
<i>Utilisation de signes distinctifs et application de principes relatifs à la concurrence déloyale pour empêcher l'appropriation illicite de la réputation associée aux expressions culturelles traditionnelles (le "style")</i>	31
<i>Œuvres dérivées et protection défensive des productions littéraires et artistiques</i>	32
<i>Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques</i>	33
<i>Registres et bases de données</i>	33
<i>Gestion collective</i>	34
<i>Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles</i>	34
<i>Dessins et modèles</i>	34
<i>Expressions culturelles traditionnelles secrètes</i>	34
<i>Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels</i>	35

I. RÉFÉRENCES ET AUTRES ÉLÉMENTS UTILISÉS POUR L'ÉTABLISSEMENT DE LA PRÉSENTE ANALYSE

1. Une grande partie des renseignements figurant dans le présent document est tirée de documents antérieurs de l'IGC¹ et d'autres publications et documents rédigés précédemment aux fins des travaux du comité². L'attention est appelée en particulier sur le document WIPO/GRTKF/IC/6/3. Tous ces documents et publications sont disponibles sur le site Web de l'OMPI, à l'adresse <https://www.wipo.int/tk/fr/folklore/index.html>. Plusieurs autres publications, documents et articles ont également été consultés³.

II. DÉFINITIONS DE TRAVAIL ET AUTRES ÉLÉMENTS SUR LESQUELS SE FONDE L'ANALYSE

Expressions culturelles traditionnelles

2. Il n'existe pas de définition des "expressions culturelles traditionnelles" ou "expressions du folklore" établie ou admise au plan international (ces deux termes sont utilisés ici indifféremment). Il existe en revanche de nombreuses définitions de ces expressions dans les législations nationales et régionales et dans les instruments internationaux⁴.

3. Définir l'objet de la protection est depuis longtemps l'une des principales difficultés rencontrées dans les travaux relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles. La manière dont ces expressions sont définies peut déterminer la portée et les modalités de leur protection par la propriété intellectuelle. Le présent projet d'analyse ne cherche nullement à suggérer une définition particulière des expressions culturelles traditionnelles, mais il est indispensable de comprendre le sens de ces termes, aux fins de l'analyse.

4. Le présent document n'a donc pas été rédigé avec l'intention de proposer une définition universelle ni même de suggérer qu'une définition est nécessaire au niveau international, question sur laquelle les vues des participants du comité divergent. Toutefois, aux fins de la présente analyse uniquement, il est utile de délimiter ce que l'on entend par "expressions culturelles traditionnelles".

Caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles

5. Les caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles ont été examinées de manière approfondie dans des documents et publications antérieurs⁵.

6. Aux fins de la présente analyse, deux points peuvent être rappelés. Premièrement, les expressions culturelles traditionnelles peuvent aller d'éléments préexistants datant du passé

¹ WIPO/GRTKF/IC/3/10; WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3; WIPO/GRTKF/IC/6/3 et 6/3 Add.; WIPO/GRTKF/IC/7/3; WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4; WIPO/GRTKF/IC/11/4(a), (a) Add. et (a) Add. 2; WIPO/GRTKF/IC/11/4(b); WIPO/GRTKF/IC/12/4(a), (b) et (c).

² OMPI, Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, 2004; Janke, "Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions", OMPI, 2003; Kutty, "National Experiences with the Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions—India, Indonesia, the Philippines", OMPI, 2004.

³ McDonald, I., Protecting Indigenous Intellectual Property (Conseil australien du droit d'auteur, Sydney, 1997, 1998); Palethorpe et Verhulst, "Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law" (étude demandée par la Commission européenne), octobre 2000; "Protecting Traditional Cultural Expressions: Policy Issues and Considerations from a Copyright Perspective", document de politique générale, Canadian Heritage, 2004; Lucas-Schloetter, A., 'Folklore' in von Lewinski, S. (Ed.), Indigenous Heritage and Intellectual Property, 2004; Note d'information du président sur les expressions culturelles traditionnelles pour la trente-quatrième session de l'IGC disponible à l'adresse http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=373916.

⁴ WIPO/GRTKF/IC/3/9; WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4. Voir également la base de données législatives à l'adresse <http://www.wipo.int/tk/fr/databases/tklaws/>.

⁵ WIPO/GRTKF/IC/6/3; OMPI, Analyse globale.

lointain qui furent élaborés jadis par des “auteurs inconnus” aux expressions contemporaines les plus récentes des cultures traditionnelles, en passant par d’innombrables ajouts et évolutions sous forme d’adaptation, d’imitation, de revitalisation, de régénération et de récréation. Les expressions culturelles traditionnelles, éléments du patrimoine vivant, sont recréées en permanence par des communautés et des groupes compte tenu de leur environnement, de leur interdépendance avec la nature et de leur histoire, leur procurant un sentiment d’identité et de continuité. On peut par conséquent établir une distinction entre les expressions culturelles traditionnelles préexistantes et leurs interprétations et adaptations contemporaines.

7. Deuxièmement, si la créativité traditionnelle est le fruit d’une synergie entre créativité collective et créativité individuelle, les créations “traditionnelles” se définissent par leur association avec une tradition vivante et une communauté qui la perpétue. Même lorsqu’un individu a élaboré une création fondée sur la tradition dans le cadre de son contexte coutumier, elle n’est pas “possédée” par l’auteur mais relève d’un sens partagé de responsabilité, d’identité et de préservation au niveau communautaire. C’est ce qui donne à cette création son caractère “traditionnel”.

8. En résumé, les expressions culturelles traditionnelles, d’une manière générale :

- a) sont le fruit d’une création intellectuelle;
- b) ont été transmises de génération en génération, soit oralement soit par imitation;
- c) incarnent l’identité culturelle et sociale d’une communauté;
- d) sont constituées d’éléments caractéristiques du patrimoine d’une communauté;
- e) sont souvent l’œuvre d’auteurs inconnus ou impossibles à localiser ou de communautés;
- f) sont souvent créées à l’origine à des fins spirituelles et religieuses;
- g) utilisent souvent des ressources naturelles dans leur création et leur reproduction;
et
- h) font perpétuellement l’objet d’évolutions, de développements et de récréations au sein de la communauté.

9. Le terme “communauté”, utilisé dans le présent projet d’analyse conformément à la pratique suivie dans les documents établis pour le comité, désigne globalement les peuples autochtones, ainsi que les communautés traditionnelles et locales et d’autres communautés culturelles. L’utilisation de ces termes ne tend pas à suggérer l’existence d’un quelconque consensus entre les membres du comité quant aux bénéficiaires de la protection des expressions culturelles traditionnelles, à la validité ou à l’opportunité de ces termes ou d’autres termes. Elle n’a aucune incidence sur l’utilisation d’autres termes dans les législations et procédures nationales ou régionales et ne limite aucunement cette utilisation.

Formes d’expressions culturelles traditionnelles

10. Les expressions culturelles traditionnelles peuvent comprendre un large éventail d’expressions créatives tangibles, intangibles et mixtes⁶.

⁶ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 intitulé “Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter”.

11. Pour que la présente analyse soit aussi ciblée et concrète que possible, il est toutefois proposé d'en limiter la portée à certaines expressions culturelles traditionnelles qui semblent les plus propices à une exploitation fondée sur la propriété intellectuelle. Des exemples concrets d'appropriation et d'appropriation illicite d'expressions culturelles traditionnelles ont été recensés et examinés dans des documents antérieurs⁷. Il est notamment question de l'exploitation de la musique et des chants traditionnels, des arts visuels (notamment la peinture), des instruments de musique traditionnels, des produits d'artisanat (y compris dessins et modèles et "styles" qui y sont incorporés), des interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles, des expressions culturelles traditionnelles sacrées et secrètes, de l'enregistrement et de la consignation des expressions culturelles traditionnelles et des mots, noms et symboles indigènes.

12. Ces exemples montrent que la protection des expressions culturelles traditionnelles peut renvoyer à la protection i) des expressions créatives et distinctives en elles-mêmes; ii) de la réputation ou du caractère distinctif qui y est associé; ou iii) de leur méthode de fabrication (telle que dans les cas des produits d'artisanat, des instruments de musique et des textiles, par exemple).

13. La troisième catégorie relative aux méthodes de fabrication d'expressions culturelles traditionnelles telles que produits artisanaux, instruments de musique et textiles relève davantage des travaux du comité consacrés aux "savoirs traditionnels" au sens strict. Cette question est examinée de manière coordonnée et complémentaire dans le document WIPO/GRTKF/IC/37/6. [Note du Secrétariat : il s'agit également d'une version actualisée de l'analyse des lacunes en matière de protection des savoirs traditionnels établie en 2008, comme expliqué plus haut).

14. Compte tenu de ce qui précède, il est proposé d'axer la présente analyse sur des exemples concrets se rapportant aux deux premières catégories mentionnées, à savoir :

- a) productions littéraires et artistiques⁸, telles que musique et art visuel;
- b) interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles;
- c) dessins et modèles incorporés dans des produits artisanaux ou d'autres produits des arts créatifs;
- d) expressions culturelles traditionnelles secrètes; et
- e) noms, mots et symboles indigènes et traditionnels.

15. Cette orientation vise à rendre la présente analyse aussi concrète et précise que possible. Toutefois, elle ne suggère nullement qu'il n'existe pas d'autres formes d'expressions culturelles traditionnelles et d'éléments du patrimoine culturel immatériel qui soient aussi précieuses et vulnérables.

⁷ WIPO/GRTKF/IC/5/3; OMPI, Analyse globale.

⁸ Selon l'article 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, "[l]es termes 'œuvres littéraires et artistiques' comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que : les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis ou ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences."

Signification du terme “protection”

Caractéristiques générales de la protection de la propriété intellectuelle

16. Les systèmes de propriété intellectuelle varient par nature et en fonction des objectifs de politique générale qu'ils sont censés servir. Le droit d'auteur, par exemple, permet aux auteurs de contrôler l'exploitation de leurs œuvres de l'esprit. Toutefois, il n'assure pas un contrôle absolu dans la mesure où il est soumis à diverses exceptions et limitations destinées à concilier la nécessité de protéger la créativité et celle d'assurer la diffusion de l'information. La protection des marques et des indications géographiques vise quant à elle à protéger la notoriété des entrepreneurs et la réputation de leurs produits et à empêcher l'utilisation non autorisée de signes susceptibles d'induire les consommateurs en erreur.

17. La protection de la propriété intellectuelle peut se fonder sur des droits de propriété. Lorsque de tels droits existent, comme les droits patrimoniaux au titre du droit d'auteur, ils permettent au titulaire soit de les exercer positivement lui-même, soit d'autoriser des tiers à le faire (le droit peut être concédé sous licence) ou d'empêcher des tiers de le faire.

18. La protection de la propriété intellectuelle ne suppose pas nécessairement l'octroi de droits de propriété. Ainsi, le droit moral prévu par le droit d'auteur permet de contrôler les modalités d'utilisation d'une œuvre plutôt que d'autoriser ou non son utilisation, y compris dans certains cas après l'expiration des droits patrimoniaux. De la même manière, les licences obligatoires (non volontaires) prévues par le droit d'auteur permettent de régir les modalités d'utilisation d'une œuvre et prévoient le versement d'une “rémunération équitable” ou d'une “redevance raisonnable” (voir, par exemple, les articles 11*bis*.2) et 13.1) de la Convention de Berne de 1971).

Formes de protection de la propriété intellectuelle les plus adaptées aux expressions culturelles traditionnelles

19. Étant donné que nombre d'expressions culturelles traditionnelles sont des œuvres littéraires ou artistiques et des interprétations ou exécutions de ces œuvres, le système du droit d'auteur et des droits connexes est particulièrement bien adapté à la protection de ces expressions⁹. Les dessins et modèles traditionnels peuvent être protégés en tant que dessins et modèles industriels. En ce qui concerne les noms, les signes et les symboles, les systèmes de propriété intellectuelle protégeant les marques et les indications, ainsi que les lois relatives à la concurrence déloyale, sont les instruments les plus appropriés.

Conventions et traités internationaux de propriété intellectuelle applicables

20. Les conventions et traités internationaux de droit d'auteur et de droits connexes administrés par l'OMPI définissent un cadre international de principes et de normes que les États qui les ont ratifiés mettent en œuvre dans leur législation nationale. Les conventions et traités internationaux prévoient une certaine marge de manœuvre sur différentes questions, de sorte que la législation nationale peut varier considérablement d'un pays à l'autre. En pratique, la protection de la propriété intellectuelle est donc avant tout une question de droit interne. Qui plus est, les traités internationaux facilitent l'application des droits dans les pays étrangers sur la base du traitement national et de la réciprocité.

21. Les principales conventions et traités internationaux de propriété intellectuelle dont il sera question dans la présente analyse sont les suivants :

⁹ Les principes fondamentaux du droit d'auteur et des droits connexes et leur application aux expressions culturelles traditionnelles sont examinés dans des documents antérieurs. Voir le document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- a) la Convention internationale de 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (ci-après dénommée “Convention de Rome de 1961”);
- b) la Convention de Paris de 1967 pour la protection de la propriété industrielle (ci-après dénommée “Convention de Paris de 1967”);
- c) la Convention de Berne de 1971 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (ci-après dénommée “Convention de Berne de 1971”);
- d) la Convention de 1971 pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (ci-après dénommée “Convention phonogrammes de 1971”);
- e) l’Accord sur les ADPIC de 1994;
- f) le Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur de 1996 (ci-après dénommé “WCT de 1996”);
- g) le Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996 (ci-après dénommé “WPPT de 1996”); et
- h) le Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles de 2012 (ci-après dénommé “Traité de Beijing de 2012”) (pas encore entré en vigueur)¹⁰.

“Protection” et non “sauvegarde”, “préservation” ou “promotion”

22. Conformément aux précédents débats du comité, le terme “protection”, tel qu’utilisé dans la décision prise par le comité à sa douzième session en février 2008, s’entend de toute protection au sens de la propriété intellectuelle (parfois désignée par “protection juridique”), à savoir la protection de la créativité intellectuelle et de l’innovation humaine contre toute utilisation non autorisée.

23. La “protection” de la propriété intellectuelle se distingue de la “sauvegarde”, de la “préservation” et de la “promotion” du patrimoine culturel, qui désignent généralement le recensement, la consignation, la transmission et la revitalisation du patrimoine culturel matériel et immatériel afin d’assurer son maintien ou sa viabilité. Si les instruments et programmes de préservation et de promotion des expressions culturelles traditionnelles sont précieux et complètent la protection des expressions culturelles traditionnelles, conformément à la décision prise par le comité en février 2008, la présente analyse porte sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles. Les lois et programmes sans lien avec la propriété intellectuelle qui traitent de la sauvegarde et de la promotion du patrimoine vivant peuvent jouer un rôle utile en complétant les législations en matière de protection de la propriété intellectuelle. Nombre des aspirations en matière d’expressions culturelles traditionnelles exprimées par les communautés pourraient être satisfaites, non par des mesures propres à la propriété intellectuelle, mais par des mesures et programmes visant à sauvegarder, préserver et promouvoir le patrimoine culturel. En outre, les communautés utilisent d’autres instruments, tels que ceux élaborés en vertu de leur droit coutumier, pour empêcher l’utilisation indésirable de leurs expressions culturelles traditionnelles. Il a été également souligné que l’utilisation appropriée des noms, mots et symboles traditionnels et autres expressions culturelles traditionnelles peut contribuer à préserver et promouvoir les cultures autochtones.

¹⁰ À noter que le Traité de Marrakech visant à faciliter l’accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d’autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées de 2013 ne figure pas dans la liste car il n’a pas d’incidence sur les expressions culturelles traditionnelles.

Objectifs en rapport avec la protection des expressions culturelles traditionnelles

24. Différents objectifs recensés par les États et les communautés en rapport avec les expressions culturelles traditionnelles sont indiqués dans des documents antérieurs¹¹. Certains de ces objectifs sont des objectifs généraux alors que d'autres se rapportent plus directement à la propriété intellectuelle et à la protection des expressions culturelles traditionnelles. Par ailleurs, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a été citée comme source qui exprime les besoins et les aspirations des peuples autochtones.

25. Afin de bien cibler la présente étude et conformément aux précédents débats et à la décision prise par l'IGC en février 2008, il est proposé d'axer directement l'analyse sur les objectifs qui se rapportent précisément à la protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle.

26. Il est rappelé que, compte tenu du fait qu'il existe également des solutions autres que la propriété intellectuelle, les participants de l'IGC ont cité différents objectifs économiques et non économiques liés à la propriété intellectuelle et en rapport avec les expressions culturelles traditionnelles, tels que :

- a) protéger la propriété intellectuelle pour promouvoir le développement économique : certaines communautés souhaitent revendiquer et exercer des droits de propriété intellectuelle sur leurs expressions culturelles traditionnelles pour les exploiter commercialement aux fins de leur développement économique;
- b) protéger la propriété intellectuelle pour empêcher tout usage indésirable par des tiers : certaines communautés peuvent souhaiter exercer des droits de propriété intellectuelle sur leurs expressions culturelles traditionnelles afin d'en prévenir l'utilisation et la commercialisation par des tiers, et notamment les utilisations culturellement offensantes ou avilissantes et l'utilisation représentant d'une manière inexacte leur culture; et
- c) protection contre l'acquisition de droits de propriété intellectuelle : les communautés cherchent aussi à empêcher des tiers d'obtenir ou de renouveler des droits de propriété intellectuelle sur leurs expressions culturelles traditionnelles, ainsi que sur des formes dérivées ou adaptées de celles-ci. Cela suppose l'utilisation de mécanismes défensifs pour empêcher ou prévenir l'obtention par des tiers de droits de propriété intellectuelle jugés préjudiciables aux intérêts de la communauté, ou qui ont été obtenus sans le consentement de la communauté ("protection défensive").

Formes particulières de protection souhaitables pour les expressions culturelles traditionnelles

27. Les modalités d'utilisation des différentes formes d'expressions culturelles traditionnelles diffèrent selon les pays. Des documents antérieurs du comité fournissent des exemples des types d'appropriations d'expressions culturelles traditionnelles sur lesquels les communautés autochtones ont appelé l'attention¹².

28. Ces exemples concrets donnent à penser que ces communautés et autres parties prenantes souhaitent obtenir une protection contre :

- a) les utilisations non autorisées des expressions culturelles traditionnelles, telles que la reproduction, l'adaptation, la distribution, l'interprétation ou exécution et d'autres actes, en particulier à des fins commerciales;

¹¹ WIPO/GRTKF/IC/6/3.

¹² WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- b) les utilisations insultantes, dégradantes ou culturellement et spirituellement offensantes des expressions culturelles traditionnelles;
- c) l'appropriation de la réputation ou du caractère distinctif des expressions culturelles traditionnelles par évocation d'un produit traditionnel authentique, par utilisation d'indications trompeuses ou fallacieuses quant à l'authenticité ou l'origine ou par adoption de leur "style";
- d) l'omission de l'indication de la source lors de l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles;
- e) l'obtention par des tiers de droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles ou des adaptations de celles-ci (protection défensive); et,
- f) la divulgation non autorisée des expressions culturelles traditionnelles confidentielles ou secrètes.

29. Afin de préciser les options et de donner à la présente analyse un caractère concret et ciblé, il est proposé de s'inspirer des six formes principales de protection recensées et examinées dans les documents précédents.

30. En ce qui concerne la protection défensive des expressions culturelles traditionnelles, il est proposé d'examiner plus précisément les aspirations en faveur d'une protection contre i) l'exercice non autorisé du droit d'auteur et des droits attachés à des dessins ou modèles sur les œuvres dérivées d'expressions culturelles traditionnelles, y compris des produits d'artisanat et ii) l'acquisition non autorisée de droits attachés à des marques sur des noms, mots et symboles indigènes et traditionnels.

Signification du terme "lacunes"

31. Selon la décision prise par l'IGC à sa douzième session, il convient d'analyser les "lacunes" concernant les "obligations, dispositions et possibilités déjà existantes au niveau international en vue de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore".

32. Le terme "lacune" utilisé dans la décision de l'IGC désigne un besoin économique, culturel ou social non satisfait. Recenser ces besoins économiques, culturels ou sociaux et évaluer s'ils sont ou non "insatisfaits" est une entreprise délicate étant donné qu'il n'y a pas encore d'accord au sein du comité sur ces questions. Définir un besoin insatisfait en tant que "lacune" et, surtout, déterminer s'il doit ou non être satisfait, relève du pouvoir de décision des États membres.

33. Toutefois, pour procéder de manière pragmatique et donner suite à la décision de l'IGC, le recensement des lacunes pourrait être entrepris en ce qui concerne :

- a) les formes de protection souhaitées par les États et les communautés (voir ci-dessus); ou
- b) les lacunes techniques du système actuel de propriété intellectuelle concernant les expressions culturelles traditionnelles. Ces questions ont été examinées en détail dans les réponses au questionnaire et d'autres documents et éléments précédents établis pour le comité¹³.

¹³ Par exemple : documents WIPO/GRTKF/IC/1/5, WIPO/GRTKF/IC/3/11, WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

34. Les formes souhaitées de protection ont été indiquées ci-dessus. Les éléments ci-après ont été suggérés en tant que limitations techniques spécifiques des systèmes de propriété intellectuelle concernant les expressions culturelles traditionnelles :

- a) *critère d'originalité* : le droit d'auteur protège uniquement les œuvres qui sont "originales", alors que de nombreuses productions littéraires et artistiques traditionnelles ne le sont pas en ce sens. De même, il a été suggéré que les dessins et modèles traditionnels ne sont pas "nouveaux" ou "originaux" aux fins de la protection des dessins et modèles industriels. En revanche, des adaptations d'expressions culturelles traditionnelles peuvent être protégées par le droit d'auteur en tant qu'œuvres ou dessins "originaux", nécessitant une "protection défensive" (voir plus loin);
- b) *titularité* : l'exercice de la protection au titre du droit d'auteur et des dessins et modèles industriels suppose souvent l'existence d'un ou plusieurs créateurs connus pour pouvoir déterminer les titulaires des droits et identifier précisément qui peut bénéficier de ces droits. Cependant, il est difficile, voire impossible, d'identifier les créateurs des expressions culturelles traditionnelles et, partant, les titulaires des droits et les bénéficiaires des expressions culturelles traditionnelles parce que celles-ci sont créées et détenues en commun ou que leurs créateurs sont tout simplement inconnus ou impossibles à localiser. La notion même de "titularité", au sens de la propriété intellectuelle, peut également être étrangère à de nombreux peuples autochtones (voir ci-dessous la rubrique intitulée "Clivage conceptuel");
- c) *fixation* : le critère de fixation prévu dans de nombreuses législations nationales sur le droit d'auteur empêche la protection des expressions culturelles intangibles et orales telles que les contes, danses ou chants, à moins qu'elles ne soient fixées sous une forme ou sur un support quelconque. Même certaines expressions "fixées", telles que la peinture du visage ou du corps et les sculptures sur sable, peuvent ne pas satisfaire à l'exigence de fixation. En revanche, les droits sur les enregistrements et la consignation des expressions culturelles traditionnelles sont dévolus aux personnes chargées de ces actes de fixation, telles que les auteurs de recherches sur la musique ethnique, le folklore, etc., et non aux dépositaires des expressions culturelles traditionnelles;
- d) *Durée de la protection* : la durée limitée de la protection du droit d'auteur, des droits connexes et des dessins et modèles industriels est réputée inadaptée aux expressions culturelles traditionnelles. Tout d'abord, elle ne répond pas à la nécessité d'assurer une protection perpétuelle aux expressions culturelles traditionnelles, ou du moins tant que la communauté existe. Ensuite, la durée limitée de la protection exige de déterminer avec certitude la date de la création ou de la première publication de l'œuvre, qui est souvent inconnue en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles;
- e) *Formalités* : si le droit d'auteur et les droits connexes sont octroyés sans aucune formalité, la protection des dessins et modèles industriels et des marques est assortie d'exigences d'enregistrement et de renouvellement. Il a été suggéré que ces exigences constituaient des obstacles à l'utilisation de ces systèmes de propriété intellectuelle par les communautés autochtones et traditionnelles;
- f) *Exceptions et limitations* : outre la durée limitée de la protection de la plupart des objets de propriété intellectuelle, il a été avancé que les autres exceptions et limitations généralement prévues dans les législations de propriété intellectuelle n'étaient pas adaptées aux expressions culturelles traditionnelles. Ainsi, les exceptions généralement admises au droit d'auteur en vertu desquelles une sculpture ou une œuvre artistique exposée en permanence dans un lieu public peut être reproduite sans autorisation sur des photographies, des dessins ou d'autres supports peuvent heurter les sensibilités autochtones et aller à l'encontre des droits coutumiers. De même, les législations

nationales en matière de droit d'auteur autorisent souvent les services d'archives, les bibliothèques et autres organismes publics à reproduire des œuvres littéraires et artistiques pour les mettre à la disposition du public. Certaines de ces exceptions et limitations sont critiquées par les communautés autochtones et traditionnelles, et d'aucuns ont souligné que toutes les exceptions et limitations doivent tenir compte de l'intérêt public; et

g) *Protection défensive* : les peuples et communautés autochtones craignent que des entreprises et des personnes non autochtones imitent ou copient leurs expressions culturelles traditionnelles ou les utilisent comme source d'inspiration et acquièrent des droits de propriété intellectuelle sur les œuvres, dessins et modèles, marques ou autres produits dérivés. Ainsi, des communautés ont exprimé des préoccupations quant à l'utilisation commerciale par des tiers de mots, noms, dessins, symboles et autres signes distinctifs et leur enregistrement en tant que marques. En outre, ni le droit d'auteur ni la législation relative aux dessins et modèles industriels ne protègent le "style" des œuvres littéraires et artistiques et des dessins et modèles.

Lacunes qui ne sont pas traitées directement dans la présente analyse

35. *Clivage conceptuel* : l'accent qu'il est suggéré de faire porter sur les lacunes spécifiques et techniques des systèmes actuels de propriété intellectuelle ne doit pas faire oublier les divergences conceptuelles plus profondes entre les aspirations et les perspectives des peuples autochtones et le système conventionnel de la propriété intellectuelle. En outre, les liens entre divergences conceptuelles et lacunes techniques sont reconnus. Les participants autochtones du comité et d'autres instances ont clairement exprimé leurs doutes quant à la perspective que le système conventionnel de la propriété intellectuelle puisse répondre à leurs besoins fondamentaux. Par exemple, il a été indiqué que la notion même de "titularité" prévalant dans le système conventionnel était incompatible avec les notions de responsabilité et de conservation qui sous-tendent les lois et systèmes coutumiers. Alors que le droit d'auteur confère des droits de propriété exclusifs et individuels aux particuliers, les auteurs autochtones sont soumis à des règles et responsabilités complexes et dynamiques, plus proches des droits d'utilisation ou de gestion, qui sont communautaires par nature¹⁴.

36. La présente analyse ne saurait traiter de manière exhaustive ces différences plus fondamentales et moins encore proposer des solutions. Le système du droit d'auteur vise, par nature, à permettre l'exploitation commerciale des œuvres de création d'une manière aussi équitable et équilibrée que possible. En revanche, de nombreuses expressions culturelles traditionnelles sont créées essentiellement à des fins spirituelles et religieuses et non pour atteindre un public aussi large que possible. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment au sein du comité¹⁵, les besoins des communautés autochtones en ce qui concerne leurs expressions culturelles traditionnelles que le cadre de propriété intellectuelle ne permet pas de satisfaire pourraient éventuellement être comblés moyennant le recours à l'établissement d'un système *sui generis* de la propriété intellectuelle, voire à des mécanismes sans rapport avec la propriété intellectuelle, tels que les lois relatives au blasphème, au droit culturel et autres droits de l'homme, à la dignité, à la préservation du patrimoine culturel, à la diffamation, au droit de publicité et au respect de la vie privée. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a été citée comme source qui exprime les aspirations des peuples autochtones à cet égard.

37. *Lacunes opérationnelles* : deuxièmement, les travaux d'enquête entrepris par l'OMPI au début de ces activités en 1998 et 1999¹⁶ ont fait apparaître que, parmi les obstacles à l'utilisation effective des instruments de propriété intellectuelle par les communautés

¹⁴ Voir la page 3 du document WIPO/GRTKF/IC/3/11; McDonald, p. 45.

¹⁵ WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

¹⁶ OMPI, Rapport sur les missions d'enquête; WIPO/GRTKF/IC/3/10 et WIPO/GRTKF/IC/5/3.

autochtones et locales, les plus importants sont peut-être les obstacles pratiques et opérationnels tels que l'absence d'accès à des conseils juridiques appropriés et de moyens financiers pour acquérir et faire appliquer les droits. Dans ses études pour l'OMPI, Janke rend compte de ces obstacles opérationnels, notamment dans son chapitre sur l'utilisation des marques pour protéger les expressions culturelles traditionnelles. De nombreuses suggestions ont été avancées pour remédier à ces obstacles, comme l'utilisation de modes extrajudiciaires de règlement des litiges¹⁷. Ces obstacles opérationnels n'entrent pas dans le cadre de la présente analyse.

38. *Expressions culturelles traditionnelles partagées* : troisièmement, un problème important et récurrent s'agissant de la protection des expressions culturelles traditionnelles réside dans la difficulté de localiser les titulaires de droits sur des expressions culturelles traditionnelles partagées par plusieurs communautés soit sur le même territoire, soit sur plusieurs. Les solutions possibles comprennent la cotitularité des droits et l'autorisation donnée aux communautés de détenir séparément des droits sur des expressions culturelles traditionnelles identiques ou similaires. L'accent a été mis sur les lois et protocoles coutumiers qui devraient être des éléments déterminants. Une autre solution possible consiste à attribuer ces droits à l'État ou à un organe statutaire. Les organisations et mécanismes régionaux existants peuvent également jouer un rôle important dans la solution de la question du "folklore régional".

39. *Lacunes inhérentes aux systèmes de propriété intellectuelle* : enfin, une tentative est faite pour mettre en évidence à la fois i) les lacunes propres aux expressions culturelles traditionnelles et ii) les lacunes de la protection de ces expressions qui sont inhérentes au système de propriété intellectuelle et non spécifiques à ces expressions (telles que les limitations et exceptions au droit d'auteur). Le système de la propriété intellectuelle ne prévoit pas un contrôle absolu sur l'objet de la protection et les systèmes de droit d'auteur et de droits connexes, notamment sont soumis à un large éventail d'exceptions et de limitations. Les limites des systèmes de propriété intellectuelle, qui comprennent les décisions quant à la portée de l'objet de la protection, dénotent souvent des considérations de politique générale, telles que la liberté d'expression et la protection du domaine public. On peut voir ci-dessous la rubrique intitulée "Questions de fond" pour un examen de ces considérations. Ainsi, comme l'a fait observer un commentateur, l'utilisation d'autres cultures comme source d'inspiration participe de l'activité créative et l'utilisation du "style" d'une expression culturelle traditionnelle ne doit pas nécessairement être considérée comme une appropriation illicite, en particulier si la source de l'expression est reconnue.

40. Ces lacunes conceptuelles et opérationnelles plus vastes ne sont pas abordées plus avant dans le présent projet d'analyse. Elles revêtent toutefois une importance et une pertinence considérables; elles ont été examinées par le comité et pourraient être traitées d'une manière plus approfondie.

Lacunes dans le contexte d'une approche à plusieurs niveaux concernant l'étendue de la protection

41. À sa vingt-septième session, l'IGC a présenté une approche à plusieurs niveaux concernant l'étendue de la protection, selon laquelle les titulaires de droits bénéficieraient de différents types ou niveaux de droits ou de mesures, en fonction de la nature et des caractéristiques de l'objet, du niveau de contrôle que les bénéficiaires conservent sur ce dernier et de son degré de diffusion. L'approche à plusieurs niveaux établit une protection différenciée applicable à une gamme d'expressions culturelles traditionnelles allant de celles qui sont accessibles au grand public à celles qui sont secrètes, sacrées ou inconnues en dehors de la communauté et contrôlées par les bénéficiaires. Par exemple, elle pose comme principe que l'application de droits patrimoniaux exclusifs pourrait être appropriée pour certaines formes

¹⁷ OMPI, Rapport sur les missions d'enquête; WIPO/GRTKF/IC/3/10 et WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/2/10 et WIPO/GRTKF/IC/3/15.

d'expressions culturelles traditionnelles (par exemple, les expressions culturelles traditionnelles secrètes et sacrées), tandis qu'un modèle fondé sur des droits moraux pourrait convenir, par exemple, pour des expressions culturelles traditionnelles à la disposition du public ou largement divulguées, mais qui peuvent néanmoins être attribuées à des peuples autochtones ou à des communautés locales en particulier.

42. Il convient de noter que, dans le cadre d'une approche à plusieurs niveaux concernant l'étendue de la protection, les lacunes pouvant être identifiées au niveau international étaient susceptibles de varier, selon la détermination des niveaux, compte tenu d'éléments tels que la nature et les caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles, le niveau de contrôle que les bénéficiaires conservent sur ces expressions et leur degré de diffusion.

Résumé

43. Le tableau ci-après récapitule la structure de la présente analyse indiquée ci-dessus. Cette méthode a été adoptée pour faciliter l'établissement et la lecture de la présente analyse. Toutefois, en pratique, les questions se posent rarement de manière aussi ventilée et claire. Il peut être également examiné à quel point les communautés peuvent tirer et tirent parti des solutions individuelles qui peuvent exister dans les systèmes actuels de propriété intellectuelle. En outre, les expressions culturelles traditionnelles sont souvent étroitement liées à des formes de savoirs traditionnels (voir le document WIPO/GRTKF/IC/37/6). La démarche retenue est donc quelque peu artificielle par rapport à ce qui se passe dans la réalité. Il est toutefois suggéré qu'une démarche aussi méthodique et structurée peut faciliter les délibérations de l'IGC.

Types d'expressions culturelles traditionnelles :	Protection souhaitée :	Lacunes supposées :
i) productions littéraires et artistiques telles que musique traditionnelle et art visuel ii) interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles iii) dessins et modèles iv) expressions culturelles traditionnelles secrètes v) noms, mots et symboles indigènes et traditionnels	i) protection des expressions culturelles traditionnelles contre leur utilisation non autorisée ii) prévention des utilisations insultantes, dégradantes ou culturellement et spirituellement offensantes des expressions culturelles traditionnelles; iii) prévention des revendications fausses et trompeuses d'authenticité et d'origine iv) absence d'indication de la source des expressions culturelles traditionnelles utilisées v) protection défensive des expressions culturelles traditionnelles vi) divulgation non autorisée d'expressions culturelles traditionnelles confidentielles ou secrètes	i) critère d'originalité ii) titularité iii) fixation iv) durée vi) formalités vii) exceptions et limitations vii) protection défensive

III. ANALYSE

A. Obligations, dispositions et possibilités déjà existantes au niveau international en vue de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

Productions littéraires et artistiques

44. Les productions littéraires et artistiques sont le plus souvent protégées par la législation sur le droit d'auteur, constituée au niveau international par la Convention de Berne de 1971, l'Accord sur les ADPIC de 1994 et le WCT de 1996. Par conséquent, en ce qui concerne les protections littéraires et artistiques *traditionnelles*, il convient de se reporter à ces instruments internationaux.

45. Aux termes de ces instruments, les obligations, dispositions et possibilités ci-après ont pour objet de protéger les expressions culturelles traditionnelles littéraires et artistiques.

a) Les productions littéraires et artistiques traditionnelles présentant un caractère suffisamment "original" et dont l'auteur ou les auteurs sont connus peuvent être protégées par le droit d'auteur. La notion d'"originalité" n'est pas définie dans les traités internationaux pertinents, ni en général dans les législations nationales. La question est souvent laissée à l'appréciation des tribunaux dans chaque cas particulier. Toutefois, on peut dire d'une manière générale qu'une œuvre est "originale" lorsqu'elle suppose un certain effort intellectuel et qu'elle n'a pas été copiée de l'œuvre de quelqu'un d'autre¹⁸. En général, un niveau de créativité relativement bas est exigé pour qu'il soit satisfait au critère d'originalité prévu dans la législation sur le droit d'auteur. Les expressions culturelles traditionnelles, qui sont les œuvres originales d'une communauté donnée en ce sens qu'elles ne sont pas copiées des œuvres de tiers, peuvent par conséquent être suffisamment "originales". La jurisprudence de divers pays, notamment celle de l'Australie¹⁹, de la Chine²⁰ et d'autres pays²¹, confirme que des expressions contemporaines de cultures traditionnelles, qui sont des adaptations ou des interprétations inspirées par des productions littéraires et artistiques traditionnelles ou fondées sur ces productions, peuvent être protégées par le droit d'auteur. La protection dont il est question dans le présent document s'applique à une production littéraire ou artistique contemporaine incorporant de nouveaux éléments et dont l'auteur ou les auteurs sont en général vivants et identifiables²². Voir ci-dessous la rubrique intitulée "Lacunes" existant en matière de productions littéraires et artistiques transmises – pour l'essentiel sans changement – d'une génération à l'autre.

b) Les œuvres qui n'ont pas encore été "publiées" et dont les "auteurs inconnus" sont réputés être des ressortissants d'un pays de l'Union de Berne sont protégées par le droit d'auteur, conformément à l'article 15.4) de la Convention de Berne de 1971. Cet article a été incorporé dans la Convention de Berne en 1967 expressément pour protéger les expressions culturelles traditionnelles qui n'ont pas d'auteur identifiable. Dans ce cas, la législation du pays concerné doit désigner une "autorité compétente" pour représenter l'auteur, les pays pouvant désigner cette autorité au moyen d'une déclaration écrite au Directeur général de l'OMPI. Seul un État a jusqu'à présent formulé une telle déclaration, à savoir l'Inde, bien que d'autres pays aient mis en œuvre une protection reposant sur

¹⁸ Palethorpe et Verhulst, page 28; voir aussi Ricketson, S. et Ginsburg, J., *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (New York, 2005), pages 511 à 514.

¹⁹ M. Payunka, Marika and Others c. Indofurn Pty Ltd 30 IPR 209; Bulun Bulun c. R & T Textiles Pty Ltd (198) 41 IPR 513.

²⁰ Décision rendue par le tribunal populaire supérieur de Beijing, affaire n° 246, 17 décembre 2003.

²¹ Lucas-Schloetter, *op. cit.*, affaires mentionnées dans la note de bas de page n° 238 et dans les pages 301 à 304.

²² WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

l'article 15.4). Il est suggéré que la désignation de ladite autorité compétente, la communication adressée à l'OMPI et celle adressée ultérieurement à d'autres États membres sont des mesures visant l'application pratique de l'article et ne sont pas constitutives de la protection en soi telle que prévue²³. En d'autres termes, la protection d'œuvres non publiées dont les auteurs sont inconnus existe en vertu de la convention; la désignation d'une autorité compétente et les mesures ultérieures visent simplement à faciliter la mise en œuvre et l'application de la protection. Conformément à l'article 7.3) de la Convention de Berne, une fois que l'œuvre est "licitement rendue accessible au public", la protection expire à l'issue d'une durée de 50 ans. Ce délai de 50 ans prévu dans la convention n'est rien d'autre qu'un délai minimal et les États membres peuvent, dans leurs législations nationales respectives, prévoir un délai plus long (article 7.6). Par conséquent, un pays peut, en théorie, prévoir une durée de protection des œuvres de 100 ans, voire de 1000 ans, conformément à l'article 15.4). Toutefois, au niveau international, la disposition sur la "comparaison des délais" de l'article 7.8) de la convention s'applique, sauf disposition contraire de la législation nationale. Cela signifie que i) la durée de la protection est régie par la durée prévue par le pays où la protection est revendiquée, mais que ii) si, néanmoins, la durée prévue par ce pays est supérieure à la durée prévue par le pays d'origine de l'œuvre protégée, la durée la moins longue s'applique. Dans la pratique, cela signifie qu'un délai supérieur au délai minimum ne pourrait s'appliquer que lorsque lesdits pays auront prévu un délai plus long – à défaut, c'est le délai le plus court qui pourrait s'appliquer. L'article 20 de la convention permet aux parties de conclure entre elles des arrangements spéciaux, sous réserve que ces arrangements reconnaissent aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la convention, ou contiennent d'autres dispositions non contraires à la convention. L'article 7.3) dispose que les pays ne sont pas tenus de protéger les œuvres anonymes pour lesquelles il y a tout lieu de penser que leur auteur est mort depuis 50 ans.

c) Les collections, compilations et bases de données d'expressions culturelles traditionnelles, que celles-ci soient préexistantes ou contemporaines, peuvent être protégées par le droit d'auteur en tant que telles. L'Accord sur les ADPIC et le WCT énoncent clairement que les compilations d'éléments non protégés par le droit d'auteur peuvent être protégées en tant que compilations ou bases de données. En outre, dans certains pays, il existe une protection *sui generis* spéciale pour les bases de données. Voir aussi la rubrique intitulée "Registres et bases de données" ci-dessous.

46. Pour toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur (points a) à c) ci-dessus) :

- a) Les titulaires du droit d'auteur jouissent de droits patrimoniaux leur permettant d'autoriser ou d'empêcher la série d'actes associés à la protection par le droit d'auteur, dont la reproduction, l'adaptation, la représentation ou l'exécution publique, la distribution et la communication au public.
- b) Ils jouissent aussi du droit moral sur l'attribution de la paternité et l'intégrité de l'œuvre (droit de s'opposer à la déformation de l'œuvre), ainsi que sur la publication (droit de décider de la date, du lieu et de la forme de l'œuvre à publier ou à divulguer). Les droits moraux sont souvent considérés comme étant particulièrement utiles pour les expressions culturelles traditionnelles.
- c) Les droits patrimoniaux ont une durée d'au moins 50 ans à compter de la date de décès de l'auteur ou du dernier auteur en cas de paternité commune. La durée précise de la protection varie en fonction des législations nationales. Le droit moral peut avoir une durée indéfinie, là aussi selon ce que prévoit la législation nationale.

²³ Il faut rappeler que le droit d'auteur est un droit automatique dont la reconnaissance n'est subordonnée à aucune formalité.

- d) La “fixation” n’est pas une condition de protection selon la législation internationale sur le droit d’auteur (par conséquent, les peintures et autres œuvres d’art visuel “non fixées”, telles que les peintures corporelles et les sculptures de sable, sont en principe protégées selon les principes internationaux). L’obstacle que constitue la “fixation” n’est pertinent que dans les pays (pour l’essentiel de “*common law*”) qui ont choisi de faire de la fixation une condition de la protection au niveau national. En outre, la plupart des expressions culturelles traditionnelles à la merci d’une exploitation se présentent sous une forme fixée (comme les arts visuels ou l’artisanat), l’exception étant peut-être les interprétations ou exécutions en direct d’expressions culturelles traditionnelles (voir ci-dessous la rubrique intitulée “Interprétations ou exécutions d’expressions culturelles traditionnelles”).
- e) Il existe une protection par le droit d’auteur pour les œuvres créées par plus d’un auteur, sous réserve que ces auteurs soient identifiables ou qu’une entité juridique soit titulaire du droit d’auteur sur l’œuvre.
- f) La protection par le droit d’auteur ne suppose aucune formalité.
- g) Il est possible de faire appliquer la protection au niveau international au moyen de la Convention de Berne de 1971 et de l’Accord sur les ADPIC de 1994. Par conséquent, les expressions culturelles traditionnelles qui peuvent être protégées par le droit d’auteur le sont dans les pays parties à ces instruments sur la base du principe du “traitement national”.

47. Il est à noter que, dans de nombreux pays, les enregistrements d’expressions culturelles traditionnelles, tels que de la musique, sont protégés par la législation sur les “droits connexes”. En ce qui concerne ces œuvres :

- a) La protection accordée aux enregistrements sonores de musique traditionnelle (et à d’autres expressions culturelles traditionnelles telles que les légendes et les proverbes) découle de la Convention de Rome de 1961, de l’Accord sur les ADPIC de 1994 et du WPPT de 1996 sur les “droits connexes”. La protection conférée à un enregistrement sonore prévoit une protection indirecte des expressions culturelles traditionnelles et favorise également la préservation et la promotion de ces expressions. Les expressions culturelles traditionnelles qui, à l’origine, relevaient uniquement de la tradition orale – et n’étaient donc pas protégées par les législations nationales faisant de la fixation une condition de la reconnaissance d’un droit d’auteur – peuvent être protégées indirectement par fixation sous la forme d’un enregistrement sonore. Les titulaires de droits connexes sur des enregistrements sonores sont, dans la pratique, les producteurs de ces enregistrements, et ils jouissent des droits exclusifs de reproduction, de distribution, de location et de mise à disposition. Ils peuvent aussi être au bénéfice, conformément à l’article 12 de la Convention de Rome et à l’article 15 du WPPT de 1996, d’un droit facultatif à rémunération lorsqu’il s’agit d’enregistrements sonores publiés à des fins commerciales en vue d’une radiodiffusion ou d’une communication au public. Cette rémunération équitable est partagée avec les artistes interprètes ou exécutants dont les prestations ont été enregistrées (voir ci-dessous la rubrique intitulée “Interprétations ou exécutions d’expressions culturelles traditionnelles”). Conformément à une déclaration commune concernant l’article 15 du WPPT de 1996, les producteurs d’enregistrements sonores d’expressions culturelles traditionnelles non publiés à des fins commerciales peuvent aussi, conformément aux dispositions nationales d’exécution, se voir reconnaître un tel droit (tout comme les artistes ou interprètes exécutants des expressions culturelles traditionnelles incorporées dans l’enregistrement, voir ci-dessous). Cette déclaration commune a été adoptée expressément pour tenir compte du fait que les expressions culturelles traditionnelles étaient souvent exploitées massivement par la radiodiffusion et

par d'autres types de communication au public faisant appel à des enregistrements non commerciaux (tels que les enregistrements ethnographiques).

Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles

48. Il existait un consensus quant au fait que même les artistes interprètes ou exécutants d'expressions culturelles traditionnelles étaient protégés par la Convention de Rome de 1961 et le WPPT de 1996 et le Traité de Beijing de 2012 (pas encore entré en vigueur) ont permis de lever tout doute puisqu'ils protègent manifestement les droits des artistes interprètes ou exécutants d'"expressions du folklore".

49. La protection prévue par le WPPT de 1996 englobe le droit moral, divers droits patrimoniaux exclusifs et le droit facultatif à une rémunération équitable lorsque l'interprétation ou exécution a été incorporée dans un enregistrement sonore publié à des fins commerciales, ainsi qu'il est mentionné plus haut. La déclaration commune concernant l'article 15 du WPPT de 1996 s'applique également aux artistes interprètes ou exécutants. Les droits des artistes interprètes ou exécutants ont une durée limitée à 50 ans au minimum à compter du moment où la prestation a été fixée dans un enregistrement sonore. Lorsque la prestation n'a pas été fixée (ce qui est le cas, par exemple, d'une interprétation ou exécution en direct), ce délai n'est pas pertinent car la protection ne s'applique qu'à des actes simultanés²⁴.

50. Dès son entrée en vigueur, le Traité de Beijing assurera une protection aux artistes interprètes ou exécutants dont les interprétations et exécutions ont été fixées sur des supports audiovisuels, tels que le cinéma et la télévision, ainsi qu'aux musiciens à l'égard de leurs interprétations directement fixées ou enregistrées sur une fixation audiovisuelle. À l'instar du WPPT de 1996, le Traité de Beijing de 2012 confèrera des droits sur les interprétations ou exécutions audiovisuelles des "œuvres littéraires ou artistiques ou des expressions du folklore". La protection accordée comprendra le droit moral, ainsi qu'une série de droits patrimoniaux, notamment les droits patrimoniaux sur leurs interprétations ou exécutions non fixées, les droits de reproduction, de distribution et de location, de même que le droit de mettre à disposition les interprétations ou exécutions fixées et le droit de radiodiffusion et de communication au public²⁵. Les droits des artistes interprètes ou exécutants sur les fixations audiovisuelles ont une durée limitée à 50 ans au minimum à compter du moment où la prestation a été fixée²⁶.

51. On peut dire que les interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles sont largement protégées par la législation internationale sur les droits connexes, ou du moins à égalité avec d'autres interprétations ou exécutions. Les articles 5 à 10 du WPPT de 1996 établissent un droit moral et une série de droits patrimoniaux pour les artistes interprètes ou exécutants en ce qui concerne la partie orale de leurs interprétations ou exécutions. Les articles 5 à 11 du Traité de Beijing de 2012 établissent un droit moral et une série de droits patrimoniaux pour les artistes interprètes ou exécutants dont les œuvres sont fixées sur des supports audiovisuels. La portée actuelle de cette protection au niveau national dépend de la mesure dans laquelle les pays ont ratifié et mis en œuvre ces traités, ainsi que de la façon dont ils l'ont fait. Il est à noter que le Traité de Beijing de 2012 n'est pas encore entré en vigueur²⁷ et que les États n'ont pas tous ratifié le WPPT de 1996²⁸.

²⁴ Articles 5 et 6 du WPPT de 1996.

²⁵ Articles 5 à 11 du Traité de Beijing de 2012.

²⁶ Article 14 du Traité de Beijing de 2012.

²⁷ Le Traité de Beijing entrera en vigueur trois mois après que 30 parties remplissant les conditions requises auront déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion. Le 25 juin 2018, 20 États avaient déposé leur instrument d'adhésion ou de ratification.

²⁸ Le 25 juin 2018, 96 États l'avaient ratifié.

Dessins et modèles

52. L'analyse ci-dessus des productions littéraires et artistiques s'applique en grande partie également aux dessins et modèles. Les dessins et modèles traditionnels qui sont des adaptations plus contemporaines de dessins et modèles traditionnels plus anciens pourraient remplir les conditions requises pour être protégés en tant que dessins et modèles industriels et être enregistrés à ce titre; d'autres documents citent d'ailleurs des exemples en Chine et au Kazakhstan²⁹. Mais les dessins et modèles sous-jacents du passé lointain et les copies de ces dessins et modèles ne seraient pas protégés. On dispose toutefois de moins de données d'expérience sur la protection des dessins et modèles traditionnels.

53. Une proposition relative à la possibilité d'exiger, dans une demande, la divulgation de l'origine ou de la source des expressions culturelles traditionnelles, savoirs traditionnels ou ressources biologiques ou génétiques utilisés ou incorporés dans un dessin ou modèle industriel a été présentée par certains États membres en rapport avec le projet de traité sur le droit des dessins et modèles³⁰.

Expressions culturelles traditionnelles secrètes

54. Une façon efficace de protéger les expressions culturelles traditionnelles secrètes n'est pas de les divulguer mais, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de certains pays de "*common law*", de protéger contre toute divulgation ultérieure les informations véhiculées confidentiellement. En Australie, dans l'affaire *Foster c. Mountford (1976) 29 FLR 233*, une communauté autochtone a pu interdire la publication d'images et d'informations sur des sites et des objets sacrés et sur d'autres expressions culturelles traditionnelles ayant une grande importance religieuse et culturelle aux yeux de la communauté, qui avaient été divulguées à un anthropologue, de bonne foi et à titre confidentiel³¹. Voir ci-dessous la rubrique intitulée "Questions de fond" pour un examen des considérations de politique générale connexes.

55. Ce type de protection de "*common law*" va dans le même sens que la protection spécifique prévue par les traités internationaux de propriété intellectuelle concernant les lois sur la concurrence déloyale (article 10*bis* de la Convention de Paris de 1967 et article 39 de l'Accord sur les ADPIC), qui comprend une protection contre la divulgation d'informations confidentielles. La "divulgation d'informations confidentielles", telle que celle qui s'est produite dans l'affaire *Foster c. Mountford*, constitue une forme de pratique "contraire aux pratiques commerciales honnêtes"³², comme en dispose l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC de 1994.

56. La protection d'informations confidentielles n'exige ni formalités ni lien contractuel entre la communauté et la partie recevant l'information. Cependant, les communautés autochtones et autres peuvent rencontrer des obstacles concrets à l'affirmation de leurs droits, tels qu'un accès limité aux services juridiques et au financement. Voir la rubrique intitulée "Clivage opérationnel" ci-dessus.

57. En outre, des chercheurs ethnographes et autres ont récemment élaboré des codes et protocoles d'éthique qui peuvent servir à éviter tous préjudices culturels, tels que ceux constatés dans l'affaire *Mountford* (voir la rubrique intitulée "Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques" ci-dessous). L'OMPI a établi une base de données de

²⁹ Document WIPO/GRTKF/IC/5/3 et OMPI, Analyse globale.

³⁰ SCT/35/2.

³¹ OMPI, Analyse globale.

³² Aux fins de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, l'expression "d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes" s'entend au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant, note 10 de l'Accord sur les ADPIC.

ces codes et protocoles qui peut être consultée à l'adresse https://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/.

Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels

58. Cette question comporte deux volets, à savoir :

a) la *protection défensive* : les communautés autochtones sont préoccupées par le fait que des entreprises ou des personnes non autochtones utilisent dans le commerce leurs mots, leurs noms, leurs dessins et modèles, leurs symboles ou d'autres signes distinctifs leur appartenant, et qu'elles les font enregistrer en tant que marques ou noms de domaine; et

b) la *protection positive* : il s'agit de la protection positive par des communautés de noms, mots et symboles indigènes en tant que marques, marques de certification et marques collectives ou indications géographiques.

59. En ce qui concerne la protection défensive, l'article 6 *quinquies* de la Convention de Paris prévoit le refus à l'enregistrement ou l'invalidation de l'enregistrement de marques qui sont "contraires à la morale ou à l'ordre public et notamment de nature à tromper le public". On trouve des dispositions correspondantes dans les législations sur les marques de la plupart des pays.

60. Le droit de la concurrence déloyale, notamment la protection contre "la substitution de produits", s'applique aussi et a son utilité dans ce contexte.

61. En ce qui concerne la protection positive, les principes et procédures internationaux sont à la disposition des communautés qui souhaitent faire enregistrer des marques ayant un "caractère distinctif". Dans l'absolu, la protection des marques est d'une durée indéterminée. Plusieurs communautés autochtones ont également fait enregistrer des marques collectives ou de certification (voir ci-dessous), ainsi que des indications géographiques³³.

B. Lacunes au niveau international et, dans la mesure du possible, illustration de ces lacunes à l'aide d'exemples

Productions littéraires et artistiques

62. Les lacunes ci-après ont pu être recensées³⁴.

a) *Critère d'"originalité"* : les expressions culturelles traditionnelles qui sont de simples imitations ou créations d'expressions préexistantes ont peu de chance de satisfaire au critère d'"originalité" et, par conséquent, d'être protégées en tant qu'œuvres conventionnelles par le droit d'auteur. Cela signifie qu'il est peu probable que leurs auteurs bénéficient de droits patrimoniaux (il convient de noter qu'un droit moral peut aussi exister sur des œuvres tombées dans le "domaine public", y compris peut-être les expressions culturelles traditionnelles préexistantes). En outre, en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles protégées en tant qu'œuvres conventionnelles par le droit d'auteur, le droit n'établit aucune distinction quant à l'identité de l'auteur, ce qui permet de satisfaire au critère d'originalité que l'auteur de l'expression contemporaine du folklore appartienne ou non à la communauté où la tradition trouve son origine. Cela peut

³³ D'une manière générale, en ce qui concerne l'utilisation des outils de propriété intellectuelle existants pour la protection et la promotion des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, voir OMPI, Comment protéger et promouvoir votre culture : guide pratique de la propriété intellectuelle pour les peuples autochtones et les communautés locales, 2017.

³⁴ Le critère de fixation n'est pas considéré ici comme une "lacune" car il ne s'agit pas d'un critère prévu par la législation internationale sur le droit d'auteur.

poser un problème aux communautés autochtones ou traditionnelles qui peuvent souhaiter interdire aux personnes n'appartenant pas à la communauté concernée de bénéficier du droit d'auteur sur des créations issues de celle-ci ou au moins limiter cette possibilité (voir la rubrique intitulée "Protection défensive" ci-dessous).

b) *Protection du "style"* : l'une des allégations les plus fréquentes est que le "style" d'une production autochtone a été imité ou détourné. Les législations sur le droit d'auteur et sur les dessins et modèles autorisent l'imitation des éléments non originaux ou des idées et notions sous-jacentes contenues dans les œuvres, ce qui est une pratique largement admise, la créativité se nourrissant et s'inspirant des autres œuvres. Par conséquent, même si un droit d'auteur devait être conféré sur une nouvelle expression culturelle fondée sur la tradition, la protection par le droit d'auteur n'empêcherait pas en soi l'appropriation du "style" traditionnel de l'œuvre protégée. Les éléments du style peuvent être protégés dans la mesure où le style incarne l'expression originale. En outre, le droit de la concurrence déloyale et le délit civil de substitution de produits ou de services peuvent avoir ici leur utilité (voir ci-dessous). Ceci pourrait s'appliquer à la protection d'un style en soi, en tant qu'objet de protection, ou à la protection d'une connotation ou d'une représentation trompeuse fondée sur l'utilisation d'un style ou d'une image ou de symboles distinctifs. Dans la réalité, c'est souvent la réputation d'une expression culturelle traditionnelle, telle qu'elle est incarnée ou représentée par son "style distinctif", qui est l'objet du détournement.

c) *Titularité* : lorsqu'il existe des expressions culturelles traditionnelles sous-jacentes ou préexistantes, il se peut que dans certains systèmes nationaux la protection au titre du droit d'auteur ne soit prévue pour les productions dont l'auteur ou les auteurs ne sont pas identifiables car c'est plutôt la communauté ou une autre collectivité qui cherche à obtenir une protection. En d'autres termes, les productions qui ont été élaborées collectivement au fil du temps par des auteurs inconnus ne sont pas forcément protégées par le droit d'auteur. Il existe toutefois une autre possibilité : la protection conférée par l'article 15.4) de la Convention de Berne, dont il est question plus haut³⁵. Cet article a pour inconvénient notamment d'être facultatif, ce qui fait que de nombreux législateurs nationaux ne l'ont pas repris, la durée de la protection de ces œuvres étant limitée à 50 ans au minimum à compter du moment où l'œuvre a été "légalement mise à la disposition du public", et que le rôle des communautés n'est pas explicitement mentionné car c'est plutôt une "autorité compétente" qui fait valoir des droits au nom de l'auteur. La protection en vertu de l'article est également limitée par l'article 7.3) de la Convention de Berne qui dispose que les pays ne sont pas tenus de protéger les œuvres anonymes pour lesquelles il y a tout lieu de penser que leur auteur est mort depuis 50 ans.

d) *Durée de la protection* : la durée de la protection par le droit d'auteur est, en général, de 50 ans après le décès de l'auteur ou de 70 ans dans certains pays. La Convention de Berne de 1971 prévoit une durée minimale de 50 ans, les pays étant libres d'accorder une protection d'une plus longue durée. Toutefois, on considère en général comme inhérent au système du droit d'auteur que la durée de la protection ne soit pas indéfinie; le système repose en effet sur l'idée que la durée de la protection doit être limitée de sorte que les œuvres tombent finalement dans le domaine public. Cela dit, le droit moral est souvent d'une durée indéterminée dans de nombreuses législations nationales et les droits patrimoniaux sont d'une durée variable selon les législations nationales.

³⁵ Les autres possibilités souvent débattues dans le cadre d'un examen de la question de la titularité sont la protection offerte par le droit d'auteur aux œuvres anonymes et aux œuvres communes ou collectives. Toutefois, ces options étant souvent considérées comme inadéquates, elles ne sont pas examinées plus avant. Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

e) *Exceptions et limitations* : la notion de “domaine public” inhérente au système de propriété intellectuelle³⁶ est critiquée, voire contestée, par certaines communautés autochtones qui ne la reconnaissent pas. En outre, certaines exceptions et limitations spécifiques, fréquentes dans la législation sur le droit d’auteur, sont critiquées car inadaptées aux expressions culturelles traditionnelles; c’est notamment le cas des exceptions qui autorisent qu’une sculpture ou une œuvre de l’artisanat exposée en permanence dans un lieu public soit reproduite sans autorisation sous la forme de photographies, de dessins ou sous d’autres formes³⁷. De même, les législations nationales sur le droit d’auteur autorisent souvent les archives publiques et les bibliothèques à reproduire des œuvres en vue de les mettre à la disposition du public. Des communautés autochtones se sont déclarées préoccupées par ce type d’exceptions et de limitations. La question de la durée limitée de la protection par le droit d’auteur ou des droits connexes a déjà été abordée séparément.

f) *Protection défensive* : il s’agit de savoir si – et de quelle manière – il convient de réglementer la protection des œuvres dérivées créées par des auteurs qui n’ont pas de lien avec les traditions ou les éléments culturels qu’ils ont adaptés ou dont ils se sont inspirés. Cette question peut aussi s’appliquer aux dessins et modèles traditionnels. Ainsi qu’il a été longuement expliqué plus haut³⁸, les œuvres dérivées d’éléments tombés dans le domaine public peuvent être protégées par le droit d’auteur parce qu’une nouvelle interprétation, un nouvel arrangement, une nouvelle adaptation ou une nouvelle compilation d’éléments tombés dans le domaine public, voire leur “reconditionnement” sous la forme d’une amélioration numérique, d’une colorisation, etc., peuvent aboutir à une nouvelle expression distincte suffisamment “originale”. Même un auteur qui n’est pas membre de la communauté dont la tradition provient peut satisfaire au critère d’originalité. Dans ce cas, les communautés peuvent chercher à obtenir une forme de protection défensive pour empêcher les auteurs n’appartenant pas à leur communauté d’être au bénéfice du droit d’auteur sur des créations ayant pour origine leurs traditions culturelles, ou du moins restreindre la capacité des auteurs à ce titre.

g) *Titularité des enregistrements et des informations connexes consignées* : en ce qui concerne les enregistrements d’expressions culturelles traditionnelles et des informations connexes consignées, y compris les interprétations ou exécutions traditionnelles, l’un des inconvénients est que la protection susmentionnée confère la propriété au producteur qui n’a pas besoin d’être – et qui souvent ne l’est pas – membre de la communauté concernée. Le producteur est souvent un ethnomusicien, un spécialiste du folklore ou toute autre personne chargée de la collecte de données. Les peuples autochtones et les communautés locales font parfois valoir que leurs droits et intérêts dans le domaine de la propriété intellectuelle, y compris ceux qui découlent du droit coutumier autochtone, ne sont pas toujours pris en considération de manière adéquate lorsque leurs expressions culturelles traditionnelles sont enregistrées et fixées pour la première fois par les spécialistes du folklore et autres travailleurs sur le terrain, ou lorsqu’elles sont par la suite diffusées et mises à la disposition du public par les musées, les services d’archives et autres collections. Les activités menées par les spécialistes du folklore, les personnes chargées de la collecte de données, les travailleurs sur le terrain, les musées ou encore les services d’archives revêtent néanmoins une importance capitale pour la préservation, la conservation, la gestion et la transmission aux générations futures des formes intangibles et tangibles du patrimoine culturel. Les institutions culturelles jouent aussi un rôle didactique précieux. Cette question illustre concrètement les tensions éventuelles entre la notion de “préservation” et celle de “protection”, ainsi qu’il a été mentionné plus haut, car le processus

³⁶ Voir Note sur les significations du terme “domaine public” dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8.

³⁷ McDonald, I. *op cit.*, page 44.

³⁸ Voir notamment les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

même de préservation peut susciter des inquiétudes devant l'absence de protection et faire tomber par inadvertance dans le "domaine public" des expressions culturelles traditionnelles qui sont ainsi à la merci de toute exploitation indésirable. Des organisations et associations professionnelles comme le Conseil international des musées et des institutions culturelles ont, pour traiter ces questions, instauré des pratiques et élaboré de précieux codes de conduite, protocoles et contrats types en matière d'éthique et de propriété intellectuelle. Nombre de ces documents peuvent être consultés dans la base de données à l'adresse https://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage/ (voir ci-dessous la rubrique intitulée "Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques")³⁹.

63. Exemples :

- a) des peintures, dont des peintures rupestres, 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; ces produits ont été ensuite diffusés et mis en vente par ces non-autochtones. De l'art traditionnel a également été mis en ligne comme papier peint. Des tatouages indigènes ont aussi été reproduits et utilisés en dehors de leur cadre traditionnel;
- b) de la musique traditionnelle a été rassemblée et fusionnée numériquement avec des rythmes de "technohouse" pour produire un album de "world music" à succès, protégé par le droit d'auteur;
- c) pour alimenter le marché des articles de souvenir, des objets d'artisanat (comme des paniers tressés, des peintures de petit format et des figurines sculptées) faisant appel à des styles artistiques traditionnels courants ont été reproduits et imités à des fins de production en série sur des supports non traditionnels, tels que des T-shirts, des torchons, des napperons, des cartes de jeu, des cartes postales, des dessous de verre, des glacières, des calendriers et des tapis de souris d'ordinateur;
- d) cas d'une sculpture comprenant un symbole traditionnel sacré : le sculpteur revendique le droit d'auteur sur cette sculpture mais la communauté l'accuse d'avoir utilisé son symbole sans son autorisation;
- e) des enregistrements ethnographiques contenant des éléments confidentiels décrivant des rites d'initiation ont été mis à disposition par une institution culturelle à des fins éducatives ou commerciales. La communauté n'est pas titulaire des droits sur les enregistrements et ne peut se fonder juridiquement sur la législation en matière de propriété intellectuelle pour contester.

Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles

64. Ainsi qu'il a été dit plus haut, les interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles sont largement protégées par la législation internationale sur les droits connexes, à savoir par le WPPT de 1996 et le Traité de Beijing de 2012. Toutefois, il existe des lacunes dans cette forme de protection :

- a) la protection est à l'avantage des artistes interprètes ou exécutants de ces expressions et non de la communauté concernée, ce qui est particulièrement problématique lorsque l'artiste n'est pas membre de cette communauté. Lorsque l'artiste

³⁹ Des informations supplémentaires sur les questions relatives à la consignation des expressions culturelles traditionnelles figurent également dans les publications suivantes : Torsen et Anderson, "Propriété intellectuelle et préservation des cultures traditionnelles : Questions juridiques et options concrètes pour les musées, les bibliothèques et les services d'archives", OMPI, 2010; et "Instrument d'aide à la fixation des savoirs traditionnels", OMPI, 2017.

appartient à la même communauté, il est plus probable que celle-ci bénéficiera directement de cette protection;

b) le Traité de Beijing de 2012 n'étant pas encore entré en vigueur, seules certaines interprétations ou exécutions orales sont actuellement protégées en vertu du WPPT de 1996. Ceci s'applique à toutes les interprétations ou exécutions, pas uniquement à celles d'expressions culturelles traditionnelles;

c) de même, le Traité de Beijing de 2012 n'étant pas encore entré en vigueur, les droits des artistes interprètes ou exécutants sont limités dans le domaine audiovisuel (là encore, en général pas uniquement en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles). Ainsi que le prévoit l'article 19 de la Convention de Rome de 1961, une fois qu'un artiste interprète ou exécutant a donné son consentement à l'inclusion de son exécution dans une fixation visuelle ou audiovisuelle, les droits prévus à l'article 7 de la convention cessent d'être applicables. Cela signifie que, mis à part le droit de fixation, les droits des artistes interprètes ou exécutants sont restreints dans le domaine audiovisuel;

d) les droits des artistes interprètes ou exécutants sont limités à 50 ans au minimum lorsque la prestation est fixée dans un enregistrement sonore ou à 20 ans en vertu de la Convention de Rome. Ce délai ne s'applique pas aux prestations non fixées. La question de la durée de la protection peut, par conséquent, ne pas être considérée comme une "lacune" en soi.

65. Exemples : des enregistrements vidéo ont été pris d'interprétations ou exécutions en direct de chants ou de danses par des autochtones, lesquels ont ensuite été publiés sur des DVD et affichés sur l'Internet.

Dessins et modèles

66. Tout comme les productions littéraires ou artistiques, les dessins et modèles véritablement anciens ne sont pas protégés car ils ne sont pas "nouveaux" ni "originaux". En outre, la durée de la protection des dessins et modèles est plus courte que celle des œuvres protégées par le droit d'auteur. La protection des dessins et modèles est également subordonnée au respect de certaines formalités.

67. Exemples : des dessins et modèles de textiles tissés ou faits main, des tapis, des étoffes et des habits ont été copiés et commercialisés par des non-autochtones.

Expressions culturelles traditionnelles secrètes

68. Si l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 10*bis* de la Convention de Paris peuvent, dans certains cas, fournir une protection adéquate aux expressions culturelles traditionnelles secrètes, il n'en reste pas moins que ces dispositions conviennent peut-être essentiellement à l'information industrielle ou commerciale. Toutefois, les expressions culturelles traditionnelles secrètes ne constituent pas toutes des informations présentant un intérêt commercial. La divulgation des expressions culturelles traditionnelles, ainsi qu'il est ressorti de l'affaire *Mountford* susmentionnée, est à l'origine de dommages plutôt culturels et spirituels qu'économiques. On peut donc considérer qu'il y a là une lacune dans la protection prévue pour les informations non divulguées et confidentielles.

69. En outre, il n'est pas certain que toutes les expressions culturelles traditionnelles secrètes soient considérées comme "confidentielles" à ces fins. De nombreuses expressions culturelles traditionnelles ont été divulguées au sein d'une même communauté, laquelle peut comprendre de nombreuses personnes vivant dans de vastes zones et dans plusieurs environnements, par exemple rural et urbain. En d'autres termes, on peut parfois hésiter quant aux milieux dans

lesquels les expressions culturelles traditionnelles secrètes peuvent être divulguées sans perdre leur caractère confidentiel.

70. Exemple : des informations confidentielles ont été divulguées à un anthropologue qui les a publiées (voir l'affaire *Mountford* ci-dessus). Dans certains cas, des musées, des services d'archives et d'autres institutions de ce type ont accidentellement divulgué des informations confidentielles.

Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels

71. Dans le cadre de la protection défensive, ainsi qu'il a déjà été dit, il est possible, selon le droit international des marques, de refuser à l'enregistrement des marques qui sont "contraires à la morale ou à l'ordre public et notamment de nature à tromper le public" ou de déclarer l'enregistrement invalide.

72. Bien que cette protection semble globalement adéquate, il peut exister une "lacune" en ce sens que "contraire aux bonnes mœurs" et "contraire à l'ordre public" sont des notions vastes relevant des législations, réglementations et jurisprudences nationales, qui établissent les normes applicables de la moralité publique ou de la tromperie dans un pays donné. Ces normes, telles qu'appliquées aux demandes d'enregistrement d'une marque, diffèrent notablement selon les législations nationales, de même que la notion du public par rapport auquel est mesuré le degré d'utilisation trompeuse ou offensante. Interpréter ces notions suppose des jugements de valeur discrétionnaires de la part du personnel des offices des marques et des magistrats, lesquels n'ont souvent aucune connaissance pratique particulière des communautés autochtones ni des expressions culturelles traditionnelles. En outre, le droit des marques n'empêchera pas l'utilisation des noms, mots et symboles indigènes et traditionnels qui sont "contraires aux bonnes mœurs", "contraires à l'ordre public" ou "de nature à tromper le public" pour lesquels l'utilisateur ne sollicite pas l'enregistrement d'une marque, ni l'utilisation ou l'enregistrement des noms, mots et symboles indigènes et traditionnels qui ne sont pas considérés comme "contraires aux bonnes mœurs", "contraires à l'ordre public" ou "de nature à tromper le public" (mais d'autres motifs de refus peuvent s'appliquer).

73. Dans le cadre de la protection positive, bien que des principes et procédures internationaux soient à la disposition des communautés qui souhaitent faire enregistrer des marques ayant un "caractère distinctif", mais le système des marques n'offre pas une protection exhaustive car l'enregistrement de tous les noms, mots et symboles indigènes et traditionnels associés à une communauté aurait un coût prohibitif. En outre, la législation sur les marques peut prévoir que des signes doivent être utilisés à des fins commerciales pour être valables, ce qui peut constituer un problème pour les expressions culturelles traditionnelles sacrées et secrètes.

74. Pour toutes ces raisons, certains pays et certaines organisations régionales ont adopté des mesures spéciales visant à fournir une protection contre l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles en tant que marques. Voir ci-dessous la rubrique intitulée "Solutions existantes ou pouvant être élaborées pour remédier aux lacunes recensées, y compris des solutions juridiques et autres, aux niveaux international, régional ou national".

75. Exemple : l'utilisation commerciale de mots, noms et symboles indigènes par des entités non autochtones pour des logos d'entreprise, des équipements de sport, des articles de mode, des équipes sportives, des jeux et des jouets, des voitures, des armes et des produits alcoolisés.

C. Éléments visant à déterminer si ces lacunes doivent être traitées

76. Il incombe aux participants des sessions de l'IGC de décider si les lacunes susmentionnées doivent être comblées ou non. La présente partie expose certains éléments et facteurs que les participants peuvent souhaiter prendre en considération à cette fin.

Comblers les lacunes aux niveaux international, régional, national ou local

77. Un élément pertinent peut être le niveau auquel une lacune doit être ou peut être traitée. Certaines lacunes peuvent devoir être comblées au niveau international, au moyen d'un instrument international quel qu'il soit⁴⁰, par exemple, alors que d'autres peuvent être comblées aux niveaux régional, national ou local. Le présent document n'expose pas les différentes formes d'instruments que les États peuvent souhaiter adopter, lesquelles sont examinées en détail dans le document WIPO/GRTKF/IC/12/6.

Législation, pratique, renforcement des capacités

78. Les lacunes peuvent être traitées au moyen de mesures législatives (par exemple, l'adoption de nouvelles normes juridiques ou l'amélioration des normes existantes, que ce soit aux niveaux international, régional ou national), de la mise au point d'instruments concrets (sous la forme de contrats types sur l'indemnisation ou le partage des avantages ou de protocoles de recherche ou de l'établissement de régimes de licences) ou du renforcement des capacités (par exemple, renforcement des capacités des communautés de négocier avec des tiers en étant davantage sur un pied d'égalité).

Environnement juridique et politique

79. Autre élément à prendre en considération : la mesure dans laquelle la protection des expressions culturelles traditionnelles fait l'objet de débats au sein d'autres instances ou celle dans laquelle les expressions culturelles traditionnelles font déjà l'objet d'une protection par des instruments juridiques dans d'autres domaines d'action. Ainsi, deux conventions de l'UNESCO traitent des expressions culturelles traditionnelles, à savoir la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel intangible (2003) et la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (2005); elles ont été examinées dans des documents antérieurs. La protection des expressions culturelles traditionnelles est également à l'ordre du jour de certaines instances en charge de questions relatives aux droits de l'homme et aux questions indigènes et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones évoque la protection des expressions culturelles traditionnelles⁴¹. La Convention n° 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants est également pertinente. Un facteur à prendre en considération est la façon dont ces différents processus politiques peuvent se compléter et aller dans le même sens.

80. L'environnement politique au sein de l'OMPI présente également un intérêt directement pertinent. L'un des points du Plan d'action de l'OMPI pour le développement est le suivant : "Inviter instamment le comité intergouvernemental à accélérer le processus concernant la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et du folklore, sans préjudice du résultat, y compris l'élaboration éventuelle d'un ou plusieurs instruments internationaux".

Questions de fond

81. Les membres du comité souhaiteront peut-être aussi étudier pourquoi les lacunes recensées sont apparues et les incidences que les mesures prises pour y remédier pourraient avoir sur la politique à mener.

⁴⁰ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/12/6 pour les différents types d'instruments internationaux.

⁴¹ À la disposition du comité dans le document WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

82. La protection éventuelle des expressions culturelles traditionnelles soulève un certain nombre de questions complexes dans les domaines culturel, économique, social et commercial qui ont été étudiées de façon assez approfondie dans des documents antérieurs⁴².

83. En ce qui concerne la politique en matière de propriété intellectuelle, la décision de protéger ou non les expressions culturelles traditionnelles pourrait être déterminée par les effets que produirait une telle protection sur la promotion et la protection de la créativité et de l'innovation en tant que facteurs du développement économique durable, en particulier le développement communautaire local et rural. Il est utile d'examiner les demandes de protection illimitée des expressions culturelles traditionnelles ou les demandes de protection d'un "style", par exemple, au regard des grands principes régissant les différents systèmes de propriété intellectuelle. En outre, une partie intégrante de l'élaboration d'un schéma directeur approprié pour la réflexion sur la problématique "protection de la propriété intellectuelle et expressions culturelles traditionnelles" est une meilleure compréhension du rôle, des contours et des frontières de ce que l'on appelle le "domaine public" et des incidences de la protection des expressions culturelles traditionnelles sur le "domaine public"⁴³. La coordination de toute nouvelle protection des expressions culturelles traditionnelles avec les systèmes de propriété intellectuelle et autres existants représente un enjeu de fond essentiel.

84. Cependant, la protection des expressions culturelles traditionnelles concerne aussi d'autres domaines d'action importants. Les membres du comité souhaitent peut-être examiner la protection des expressions culturelles traditionnelles du point de vue des questions ci-après, données à titre d'exemple : la sauvegarde et la préservation du patrimoine culturel; la liberté d'expression; le respect des droits, des intérêts et des prérogatives des peuples autochtones et autres communautés traditionnelles; la reconnaissance du droit, des protocoles et des pratiques à caractère coutumier; l'accès au savoir et au "domaine public"; la prise en considération des enjeux du multiculturalisme; et la promotion de la diversité culturelle, notamment la diversité linguistique, et de l'accès à un large éventail d'expressions culturelles.

Objectifs économiques, sociaux et culturels

85. La définition des politiques à mener sur ces questions rappelle la nécessité de définir clairement les grands objectifs économiques, sociaux et culturels que la protection des expressions culturelles traditionnelles est censée servir, ainsi qu'il ressort de l'exposé ci-dessus. Des documents antérieurs ont défini une large gamme d'objectifs visés par l'octroi d'une protection aux expressions culturelles traditionnelles, tels que :

- a) Reconnaître la valeur des expressions culturelles traditionnelles
- b) Assurer le respect des expressions culturelles traditionnelles
- c) Répondre aux besoins réels des communautés
- d) Empêcher l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles, ainsi que l'utilisation non autorisée, offensante ou dégradante des expressions culturelles traditionnelles
- e) Donner des moyens d'action aux communautés
- f) Soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire
- g) Contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles

⁴² WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/3.

⁴³ Voir les paragraphes 22 à 33 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3 et les documents ultérieurs.

- h) Encourager l'innovation et la créativité des communautés
- i) Promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables
- j) Contribuer à la diversité culturelle
- k) Promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes
- l) Empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle sans autorisation
- m) Renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle
- n) Contrôler l'utilisation qui est faite des expressions culturelles traditionnelles en dehors du contexte traditionnel et coutumier
- o) Promouvoir le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles avec le consentement préalable en connaissance de cause
- p) Reconnaître les droits antérieurs acquis par des tiers et assurer une sécurité juridique et un domaine public riche et accessible
- q) Faciliter la prévention de la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle indus sur des expressions culturelles traditionnelles.

Questions techniques et juridiques spécifiques

86. Les membres du comité souhaitent peut-être aussi examiner comment remédier aux lacunes concernant des questions techniques et juridiques spécifiques qu'il a précédemment été jugé nécessaire de prendre en considération en matière de propriété intellectuelle et d'expressions culturelles traditionnelles. Ces questions sont les suivantes :

- a) Quels sont les objectifs visés de la protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle?
- b) Quelles expressions culturelles traditionnelles devraient être protégées?
- c) Qui devrait bénéficier d'une telle protection ou être titulaire des droits sur les expressions culturelles traditionnelles pouvant faire l'objet d'une protection?
- d) Quels comportements ou actes en relation avec les expressions culturelles traditionnelles pouvant faire l'objet d'une protection devraient être considérés comme inacceptables ou illégaux?
- e) Devrait-il exister des exceptions ou limitations relatives aux expressions culturelles traditionnelles pouvant faire l'objet d'une protection?
- f) Pendant combien de temps cette protection devrait-elle être accordée?
- g) Devrait-il exister des formalités à accomplir (par exemple, un examen ou un enregistrement)?
- h) Comment les droits devraient-ils être administrés?

- i) De quelles sanctions ou peines devraient faire l'objet les comportements ou les actes considérés comme inacceptables ou illégaux?
- j) Les droits nouvellement reconnus devraient-ils avoir un effet rétroactif?
- k) Comment les détenteurs de droits ou les bénéficiaires étrangers devraient-ils être traités?

Questions pratiques : gestion et respect des droits

87. La protection devrait être concrètement applicable, en particulier du point de vue des communautés traditionnelles, et ne devrait pas créer de difficultés administratives excessives pour les titulaires de droits ou les administrateurs. Il a été largement reconnu que la protection des expressions culturelles traditionnelles devait être renforcée par une assistance technique appropriée, le renforcement des capacités et un appui à la fixation lorsque les communautés le souhaitent.

D. Solutions existantes ou pouvant être élaborées pour remédier aux lacunes recensées, y compris des solutions juridiques et autres, aux niveaux international, régional ou national

88. Il existe la possibilité d'adopter une loi spéciale et autonome destinée à protéger les expressions culturelles traditionnelles, et prenant en considération les lacunes recensées dans le droit traditionnel de la propriété intellectuelle. Un certain nombre de pays et d'organisations régionales ont adopté des lois de ce type. De nombreux pays ont établi une protection spéciale pour les expressions culturelles traditionnelles dans leur législation sur le droit d'auteur et d'autres pays ont prévu une protection des expressions culturelles traditionnelles inspirée des systèmes de propriété intellectuelle dans d'autres textes législatifs, par exemple dans la législation relative à la sauvegarde du patrimoine culturel et aux pratiques commerciales. Les textes de ces lois sont disponibles sur le site Web de l'OMPI⁴⁴ et bon nombre d'entre eux ont fait l'objet d'analyses et de comparaisons dans des documents antérieurs du comité⁴⁵. Ces lois et mesures permettent de traiter les lacunes recensées de manière globale et offrent une forme complète de protection directement adaptée aux expressions culturelles traditionnelles. Par exemple, elles peuvent prévoir l'octroi de droits communautaires protégés indéfiniment. L'adoption d'une telle loi constitue une décision politique de la part des États membres, prise en fonction de considérations politiques, pratiques et techniques telles que celles qui ont été énoncées plus haut.

89. La présente section porte essentiellement sur les ajustements et améliorations spécifiques que l'on peut apporter aux lois de propriété intellectuelle pertinentes qui sont en vigueur et sur les solutions non juridiques concernant les lacunes spécifiques recensées. Ces ajustements et améliorations auraient un caractère *sui generis* dans le sens où ils répondraient aux besoins particuliers des détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles et seraient adaptés aux caractéristiques particulières des expressions culturelles traditionnelles. Ces solutions possibles ne sont pas nécessairement incompatibles entre elles.

Productions littéraires et artistiques

Reconnaissance des droits et intérêts communautaires

90. Des tribunaux ont bien voulu reconnaître des intérêts communautaires sur une œuvre protégée par le droit d'auteur. Dans l'affaire australienne *Bulun Bulun c. R & T Textiles (Pty) Ltd* (1998) 41 IPR 513⁴⁶, le tribunal a considéré que, lorsqu'un artiste autochtone était autorisé

⁴⁴ <http://www.wipo.int/tk/en/databases/tklaws>.

⁴⁵ WIPO/GRTKF/IC5/INF/3, WIPO/GRTKF/IC/5/3 et OMPI, Analyse globale.

⁴⁶ Voir Janke, Terri, "Minding Culture — The Protection of Traditional Cultural Expressions", étude demandée par l'OMPI.

par une communauté autochtone à créer une œuvre artistique conformément aux exigences du droit et de la pratique coutumiers, l'artiste pouvait être assujéti à des obligations fiduciaires afin de préserver l'intégrité de la culture commune. Ces obligations fiduciaires peuvent naître du lien entre l'artiste et la communauté, fondé sur la confiance mutuelle. Le droit coutumier fait partie du cadre factuel déterminant ce lien. Découlant de la relation fiduciaire, le droit premier de la communauté est d'intenter une action contre l'artiste pour lui faire respecter ces obligations fiduciaires en cas de manquement à celles-ci.

Droits moraux et communautaires

91. Le droit moral (droit de revendiquer la paternité et de s'opposer à toute atteinte à l'œuvre) répond aux nombreux besoins liés aux expressions culturelles traditionnelles et a une durée potentiellement illimitée (voir ci-dessus). Toutefois, ce droit est, à l'instar des droits patrimoniaux découlant du droit d'auteur, lié à un ou plusieurs auteurs identifiables. Le droit moral communautaire pourrait constituer une piste à approfondir. En 2003, l'ancien Gouvernement australien a diffusé un document de discussion sur un projet de loi établissant le droit moral communautaire autochtone pour protéger les intérêts culturels des communautés autochtones⁴⁷. Ce projet de loi devrait permettre aux peuples autochtones d'empêcher les atteintes aux œuvres fondées sur leurs traditions, coutumes et croyances. Certains aspects de l'avant-projet de loi ont été critiqués par les populations autochtones et d'autres milieux intéressés. Le projet de loi n'a toutefois pas débouché sur l'adoption d'une loi.

92. Il est utile de rappeler que la protection du droit moral peut durer, et durer, indéfiniment dans de nombreux systèmes législatifs nationaux. En effet, le droit moral continue de s'appliquer à l'égard d'œuvres qui sont entrées dans le domaine public et qui peuvent contenir des expressions culturelles traditionnelles préexistantes.

Précision de la portée de l'article 15.4) de la Convention de Berne

93. L'article 15.4) de la Convention de Berne a une utilisation très limitée en pratique. Il pourrait être utile d'en étudier les raisons. Dans le cadre de débats tenus au sein du comité, il a été proposé de réexaminer l'article 15.4) de la Convention de Berne et d'étudier les moyens de l'améliorer⁴⁸.

94. Par exemple, on pourrait préciser i) que la protection en vertu de l'article s'étend aux œuvres "publiées", ii) que la durée de la protection applicable aux œuvres visées par l'article 15.4) constitue un minimum et que les États sont libres d'appliquer une durée plus longue s'ils le souhaitent, à condition qu'elle soit limitée, et iii) que l'"autorité compétente" visée pourrait être une autorité établie en vertu du droit national par une communauté ou une autre autorité au sein de laquelle ces communautés ont un droit de regard important.

95. Il est généralement admis, comme un élément indispensable à l'équilibre du système du droit d'auteur, que la durée de la protection ne doit pas être illimitée, de sorte que, à terme, les œuvres tombent dans le domaine public. Toutefois, il existe des exceptions. De nombreuses lois nationales prévoient un droit moral d'une durée illimitée. En vertu de la loi sur le droit d'auteur du Royaume-Uni, les droits à redevance sur la célèbre œuvre Peter Pan ont été conférés à perpétuité à une œuvre de charité. Certains États membres de l'Union européenne ont accordé des prolongations de la durée de protection pour compenser les effets des guerres mondiales sur l'exploitation des œuvres des auteurs et il existe des dispositions spéciales visant la protection d'œuvres non publiées auparavant⁴⁹.

⁴⁷ Intervention de la délégation de l'Australie (paragraphe 131 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15).

⁴⁸ Interventions des délégations de l'Italie et du Brésil à la douzième session de l'IGC.

⁴⁹ Directive 93/98/CEE de l'Union européenne, considérant 6 du préambule et article 4.

96. Aucun délai n'est fixé dans les dispositions types, la loi du Panama ou le cadre juridique régional du Pacifique. Il a été proposé que la durée de protection soit "prospective" et que les expressions culturelles traditionnelles soient protégées pendant les 150 prochaines années, par exemple⁵⁰. Il a également été proposé que la durée de protection maximale soit liée à la durée d'existence de la communauté. Cela conférerait à l'utilisation actuelle une importance comparable à celle d'une marque, de sorte que si la communauté concernée n'utilisait plus les expressions culturelles traditionnelles ou si elle n'existait plus en tant qu'entité déterminée, leur protection tomberait en déchéance⁵¹.

Domaine public payant

97. Plusieurs pays ont introduit ce système en vertu duquel les œuvres se trouvant dans le domaine public donnent lieu à un paiement, souvent au bénéfice d'un fonds culturel national ou d'une entité similaire. Cette approche prévoit une rémunération pour l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles (dans la mesure où elles sont considérées comme appartenant au "domaine public") mais n'empêche pas les personnes extérieures de les utiliser. Elle peut par conséquent être définie selon le principe "utiliser maintenant et payer plus tard". D'aucuns déplorent ce type d'approche au motif qu'elle établit un droit d'auteur éternel qui exclurait des œuvres du cycle de création. Une approche analogue a également été assimilée au "régime de responsabilité compensatoire".

Œuvres orphelines

98. Les œuvres dites "orphelines" sont des œuvres protégées par le droit d'auteur dont l'auteur est inconnu ou ne peut pas être localisé. Les expressions culturelles traditionnelles sont généralement considérées comme des productions qui n'ont jamais eu un auteur au sens du droit d'auteur et qui ne sont, par conséquent, pas "lâchées à l'abandon" à proprement parler. En outre, les communautés autochtones pourraient être sensibles à l'attribution du caractère "orphelin" à leurs expressions culturelles traditionnelles au simple motif qu'elles sont sociales et collectives; on peut également faire valoir que leur paternité est identifiable, quoique collective. Toutefois, dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles, où l'on n'est souvent pas face à une seule expression fixée émanant d'un seul auteur identifiable, on pourrait avancer qu'une expression culturelle traditionnelle s'apparente à une œuvre "lâchée à l'abandon" et que, par conséquent, des lois ou des propositions actuelles concernant les auteurs non localisables peuvent donner des idées ou fournir des solutions en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles.

99. Plusieurs pays envisagent d'adopter une législation dans ce domaine ou l'ont déjà fait. Le Canada, par exemple, a déjà mis en œuvre un texte de loi établissant un système de concession de licences obligatoires autorisant l'utilisation d'œuvres publiées diffusées par l'autorité nationale chargée du droit d'auteur au nom de titulaires du droit d'auteur non localisables⁵². En 2012, l'Union européenne a adopté la directive relative aux œuvres orphelines⁵³ qui définit un ensemble de règles relatives à la numérisation et à la diffusion en ligne d'œuvres orphelines à l'intention de ses membres. Aux États-Unis d'Amérique, le Bureau du droit d'auteur a traité la question des œuvres orphelines et a publié son analyse en juin 2015, recommandant un modèle à responsabilité limitée⁵⁴.

⁵⁰ Voir le paragraphe 37 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15.

⁵¹ Scafidi, S., "Intellectual Property and Cultural Products", 81 *B.U.L. Rev.* 793.

⁵² Article 77 de la loi sur le droit d'auteur du Canada, disponible à l'adresse <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-42/page-32.html#h-88>

⁵³ Directive sur certaines utilisations autorisées d'œuvres orphelines, 2012.

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_fr.htm#maincontentSec1.

⁵⁴ <https://www.copyright.gov/orphan/>.

Droit de suite

100. La Convention de Berne (article 14^{ter}) prévoit le droit de suite à titre facultatif et certains pays le reconnaissent. Ce droit inaliénable autorise un artiste (ou ses descendants) à percevoir un pourcentage sur le prix de vente d'une œuvre d'art lorsqu'elle est revendue par un professionnel du marché de l'art (commissaire priseur, galerie ou autre négociant d'art); le but est de permettre aux artistes d'obtenir un avantage financier lorsque leurs œuvres créatives prennent de la valeur. En 2001, l'Union européenne a adopté une directive sur le droit de suite afin d'harmoniser la politique de ses membres dans ce domaine⁵⁵. Cette directive impose à chaque pays de l'Union européenne d'adopter un texte législatif donnant aux artistes droit à un pourcentage, selon une échelle mobile, sur le profit réalisé jusqu'à un certain point grâce à la revente de leurs œuvres, de leur vivant et jusqu'à 70 ans après leur décès. Plusieurs pays d'Amérique latine et d'Afrique prévoient aussi un droit de suite. Le droit de suite pourrait aussi être utilisé comme un mécanisme de partage des avantages pour attribuer aux artistes autochtones les revenus de la vente réalisée par les maisons de vente aux enchères d'art indigène dans la mesure où ils sont considérés comme les "auteurs" et leurs expressions culturelles traditionnelles comme des œuvres protégées par le droit d'auteur, ce qui est souvent le cas⁵⁶.

Utilisation de signes distinctifs et application de principes relatifs à la concurrence déloyale pour empêcher l'appropriation illicite de la réputation associée aux expressions culturelles traditionnelles (le "style")

101. Les options à cet égard incluent :

- a) *Le droit de la concurrence déloyale et le délit civil de substitution de produits ou de services* : c'est souvent la réputation d'une expression culturelle traditionnelle, telle qu'elle est incarnée ou représentée par son "style distinctif", qui est l'objet du détournement. Dans ce contexte, la protection viserait aussi les fausses revendications concernant l'"authenticité" ou la collaboration ou approbation d'une communauté. La législation sur la concurrence déloyale et le délit civil de substitution de produits ou de services pourrait être utile. Cette législation pourrait s'appliquer à la protection d'un style en soi, en tant qu'objet de protection, ou à la protection contre une représentation trompeuse fondée sur l'utilisation d'un style ou d'une image ou de symboles distinctifs. Ces principes peuvent également s'appliquer aux dessins et modèles traditionnels.
- b) *Marques de certification* : dans plusieurs pays, des communautés autochtones ont fait enregistrer des marques de certification ou marques collectives ou des "labels d'authenticité", par exemple en Australie, en Nouvelle-Zélande, au Canada, aux États-Unis d'Amérique (Alaska), au Japon⁵⁷, au Panama, à Fidji⁵⁸.
- c) *Lois relatives à la "publicité mensongère" et à l'étiquetage* : la loi de 1990 sur les arts et artisanats indiens des États-Unis d'Amérique protège les artisans amérindiens en garantissant la reconnaissance de l'authenticité de leurs objets d'artisanat sous la supervision du Conseil de l'art et de l'artisanat indiens. Cette loi relative à la publicité mensongère interdit la commercialisation de produits

⁵⁵ Directive relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, 2001.

⁵⁶ En ce qui concerne le droit de suite, voir Farchy, J. et Graddy, K, "Les incidences économiques du droit de suite" document WIPO/SCCR/35/7.

⁵⁷ L'initiative "Un village – un produit" à Oita (Japon) applique un système de certification. Cette initiative a depuis été lancée également en Thaïlande, en Indonésie, au Laos et au Cambodge.

⁵⁸ Voir Analyse globale.

présentées comme étant “d’origine amérindienne” s’ils ne sont pas fabriqués par des Amérindiens au sens indiqué par la loi⁵⁹.

- d) *Indications géographiques* : plusieurs membres du comité ont mis en évidence le potentiel résidant dans l’utilisation des indications géographiques dans ce domaine. Certaines expressions culturelles traditionnelles, telles que les objets d’artisanat à base de ressources naturelles, peuvent constituer des “produits” susceptibles d’être protégés au titre des indications géographiques. En outre, certaines expressions culturelles traditionnelles peuvent, en tant que telles, être des indications géographiques, comme les noms, signes et autres indications autochtones traditionnelles. Le Portugal, le Mexique et la Fédération de Russie ont donné des exemples pertinents d’enregistrement d’indications géographiques au titre d’expressions culturelles traditionnelles et de savoirs traditionnels connexes⁶⁰.
- e) *Loi sur la concurrence déloyale et les pratiques commerciales* : les principes généraux du droit de la concurrence déloyale, tels que consacrés à l’article 10bis de la Convention de Paris et énoncés dans l’Accord sur les ADPIC, ont été jugés utiles dans le cadre des débats du comité. En outre, dans une affaire jugée en vertu de la législation sur les pratiques commerciales, il a été interdit à une entreprise australienne de continuer à décrire ou à désigner sa gamme d’objets d’inspiration autochtone peints ou taillés à la main par l’expression “art aborigène” ou le terme “authentique” et ce, à moins d’avoir des raisons de penser que ces derniers ont été faits par des personnes d’origine aborigène. Des poursuites ont été engagées contre cette entreprise parce que certains de ses objets d’inspiration aborigène peints à la main portaient la mention “authentique”, “certifié authentique” ou “art aborigène d’Australie” et qu’il a été estimé que ces affirmations étaient de nature à induire les clients en erreur parce que la majorité des artistes qui produisent les objets en question ne sont ni aborigènes ni d’origine aborigène⁶¹.

Œuvres dérivées et protection défensive des productions littéraires et artistiques

102. Ce domaine soulève un certain nombre de grandes questions de fond qui ont été examinées dans le détail dans des documents antérieurs⁶².

103. Certaines des questions de politique juridique et culturelle liées aux expressions culturelles traditionnelles peuvent se nouer autour de l’opportunité d’accorder ou non un droit d’adaptation pour les expressions culturelles traditionnelles ou des exceptions et limitations qui pourraient être appropriées. Un droit d’adaptation est applicable à la production d’œuvres dérivées fondées sur l’utilisation des expressions culturelles traditionnelles : ces œuvres peuvent remplir individuellement les conditions nécessaires pour être protégées par le droit d’auteur en tant qu’œuvres originales. Un droit d’adaptation permettrait à la communauté ou à un autre titulaire de droits d’empêcher ou d’autoriser la production de ces œuvres dérivées, ou alors de percevoir une rémunération équitable pour leur utilisation, si elles sont dérivées de leurs expressions culturelles traditionnelles. Si ce droit d’adaptation n’existe pas, la communauté ne peut pas contrôler l’utilisation de son matériel culturel et de ses traditions culturelles en vertu d’un système tel que celui de la propriété intellectuelle. La décision d’accorder ou non un droit d’adaptation dépend également étroitement du sens précis des termes “expressions culturelles traditionnelles”.

104. Il convient de noter que le refus d’accorder le droit d’auteur aux auteurs d’œuvres dérivées qui ne sont pas membres de la communauté pourrait décourager la créativité et créer des inégalités entre les auteurs appartenant à des communautés et les autres. Une solution pourrait

⁵⁹ Voir le paragraphe 122.i) du document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

⁶⁰ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

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

⁶² Voir notamment les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

consister à reconnaître la communauté dont les traditions ont été utilisées comme source d'inspiration, à partager les avantages découlant de l'exploitation du droit d'auteur ou à respecter une certaine forme de droit moral à l'égard des traditions fondamentales utilisées.

Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques

105. Des instruments pratiques tels que des protocoles, des codes de conduite et des contrats peuvent jouer un rôle utile et pratique en comblant les lacunes existantes en matière de protection conférée aux expressions culturelles traditionnelles. Par exemple, un certain nombre de communautés autochtones ont élaboré leurs propres protocoles et licences types dans le domaine de la propriété intellectuelle afin de répondre aux demandes extérieures d'accès à leurs expressions culturelles traditionnelles et d'utilisation de celles-ci. Un certain nombre d'institutions culturelles et d'associations professionnelles ont aussi élaboré des codes de conduite éthiques et des codes de conduite dans le domaine de la propriété intellectuelle, ainsi que des contrats types. Les instruments pratiques de ce type peuvent jouer un rôle précieux en complétant ou en précisant la protection existante en vertu du droit écrit et du droit coutumier d'une façon répondant aux besoins et aux attentes des communautés, notamment grâce à la reconnaissance d'éléments appartenant à leur droit coutumier. Pour jouer véritablement un rôle concret efficace, ces instruments pratiques doivent cependant être accompagnés de mesures destinées à renforcer la capacité des communautés à négocier, à élaborer, à conclure et à mettre en œuvre des protocoles et des contrats.

106. Le projet relatif au patrimoine créatif de l'OMPI⁶³ est une réponse à ce besoin essentiel de gestion de la propriété intellectuelle lorsque les expressions culturelles traditionnelles sont enregistrées, fixées et numérisées. Ce projet de renforcement des capacités fournit une formation, des informations et des conseils en matière de propriété intellectuelle aux communautés et aux musées, services d'archives et autres institutions culturelles. Un guide de ressources à l'intention des musées et autres institutions intitulé "Propriété intellectuelle et préservation des cultures traditionnelles : Questions juridiques et options concrètes pour les musées, les bibliothèques et les services d'archives" a été publié par l'OMPI en 2010⁶⁴. Ce projet permet également de dispenser aux communautés une formation en matière de documentation et d'archivage culturels, ainsi que de gestion de la propriété intellectuelle. Un pilote de ce programme de formation a été mis en œuvre en septembre 2008 pour la Communauté Massai de Laikipia (Kenya)⁶⁵. En 2011, le programme a été mis en œuvre avec les communautés marron et rastafari en Jamaïque, compte tenu des enseignements tirés de l'expérience avec les Massaï. Cette formation a été dispensée par l'OMPI en collaboration avec l'American Folklife Center (AFC) à la Bibliothèque du Congrès de Washington et le Center for Documentary Studies (CDS) à l'Université Duke de Caroline du Nord. Le projet a permis la création d'une base de données publique et consultable relative aux protocoles, codes de conduite et contrats types utilisés par les communautés, les musées et autres institutions, les associations professionnelles et autres, disponible à l'adresse : https://www.wipo.int/tk/en/databases/creative_heritage. Parmi les autres ressources figurent des enquêtes sur des données d'expérience des musées et archives relatives⁶⁶ à la gestion des questions de propriété intellectuelle.

Registres et bases de données

107. Les registres, inventaires, bases de données et listes d'expressions culturelles traditionnelles pourraient jouer un rôle dans la protection juridique de ces expressions. Toutefois, l'enregistrement et la numérisation des expressions culturelles traditionnelles, même

⁶³ Voir le site : <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/training.html>.

⁶⁴ http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/1023/wipo_pub_1023.pdf.

⁶⁵ Voir Wendland, "La gestion des droits sur la musique autochtone numérisée", Magazine de l'OMPI, octobre 2016 http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2016/05/article_0003.html.

⁶⁶ <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/surveys.html>.

s'ils peuvent être utiles aux fins de programmes précieux de sauvegarde et de promotion du patrimoine culturel, peuvent involontairement exposer les expressions culturelles traditionnelles à un risque d'utilisation et d'exploitation non autorisées. Une gestion stratégique de la propriété intellectuelle est donc conseillée au cours de la phase d'enregistrement, de numérisation et de diffusion des expressions culturelles traditionnelles (voir le projet relatif au patrimoine créatif ci-dessus).

108. Registres, inventaires, bases de données et listes peuvent servir notamment à :

- i) préserver et conserver les expressions culturelles traditionnelles;
- ii) constituer une ressource pour les créateurs et chefs d'entreprise;
- iii) reconnaître les communautés susceptibles de bénéficier du partage des avantages et des droits relatifs aux expressions culturelles traditionnelles;
- iv) offrir les moyens permettant d'acquérir ou d'enregistrer des droits positifs sur les expressions culturelles traditionnelles et
- v) offrir un mécanisme propre à obtenir une protection des expressions culturelles traditionnelles par la protection *sui generis* des bases de données. Les registres peuvent ne pas être exhaustifs en ce sens qu'ils ne contiennent pas nécessairement toutes les expressions culturelles traditionnelles pour lesquelles une protection est demandée. Une certaine forme de fixation des expressions culturelles traditionnelles peut également remplir la fonction d'enregistrement confidentiel ou secret de ces expressions, réservée à la seule communauté.

Gestion collective

109. En ce qui concerne les enjeux associés à la gestion des droits, les organisations de gestion collective actuelles peuvent constituer un moyen pratique d'administrer les droits relatifs aux expressions culturelles traditionnelles. Les membres du comité⁶⁷ et les organisations de gestion collective⁶⁸ elles-mêmes se sont dites intéressées par un examen plus approfondi de cette possibilité, mais d'autres parties s'inquiètent de l'établissement d'organes administratifs qui risquent d'empêcher l'utilisation normale des expressions culturelles traditionnelles par des auteurs, artistes et éditeurs.

Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles

110. Les interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles sont déjà protégées au même titre que d'autres interprétations ou exécutions. Ainsi, les articles 5 à 10 du WPPT de 1996 et les articles 5 à 11 du Traité de Beijing de 2012 (pas encore entré en vigueur) établissent un droit moral et une série de droits patrimoniaux pour les artistes interprètes ou exécutants. Des instruments pratiques tels que des protocoles, des codes de conduite et des contrats peuvent également jouer un rôle immédiatement utile et pratique dans ce domaine.

Dessins et modèles

111. Voir ci-dessus la rubrique intitulée "Productions littéraires et artistiques", en particulier sous les titres "Application de principes relatifs à la concurrence déloyale pour empêcher l'appropriation illicite de la réputation associée aux expressions culturelles traditionnelles, notamment le 'style'" et "Œuvres dérivées et protection défensive des productions littéraires et artistiques". En outre, des instruments pratiques tels que des protocoles, des codes de conduite et des contrats peuvent jouer un rôle immédiatement utile et pratique en remédiant aux lacunes recensées dans la protection conférée aux expressions culturelles traditionnelles.

Expressions culturelles traditionnelles secrètes

112. Les solutions ci-après peuvent permettre de remédier aux lacunes recensées plus haut :

⁶⁷ GRULAC (document OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe II, page 6).

⁶⁸ Telles que la Fédération internationale des organismes gérant les droits de reproduction (IFRRO).

- a) *Force obligatoire d'une promesse* : le principe de la force obligatoire d'une promesse empêche une partie de retirer une promesse faite à une autre partie si cette dernière s'est fondée à juste titre sur cette promesse et a agi en conséquence à son désavantage. Par exemple, une communauté qui s'est fiée à l'engagement verbal d'un chercheur de ne divulguer aucune information secrète qui lui a été révélée pourrait recourir à ce principe pour empêcher le chercheur de le faire. Cela pourrait permettre d'aborder des affaires telles que *Mountford* sous un autre angle. L'application d'un tel principe pourrait aussi protéger des informations qui ne sont pas nécessairement précieuses sur le plan commercial.
- b) *Protocoles, contrats, formulaires de consentement* : voir l'exposé ci-dessus. Ces instruments pratiques pourraient aussi être très utiles pour réglementer l'accès aux expressions culturelles traditionnelles secrètes.
- c) *Registres et bases de données* : voir l'exposé ci-dessus. Des registres et des bases de données confidentiels pourraient servir à préserver les expressions culturelles traditionnelles et, combinés à des contrats appropriés et à des formulaires de consentement, ils pourraient être utilisés pour contrôler l'accès aux expressions culturelles traditionnelles et leur utilisation selon les conditions définies par la communauté concernée.

Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels

113. En matière de protection défensive, certaines organisations régionales et certains États ont déjà pris des mesures pour empêcher l'enregistrement non autorisé de marques autochtones en tant que marques de produits ou de services. Il s'agit de mesures nationales ou de mesures applicables dans le cadre d'une organisation régionale, qui pourraient être adoptées plus largement. Ces questions ont déjà été examinées en détail dans des documents antérieurs et visent les points suivants :

- a) l'article 136.g) de la Décision 486 de la Commission de la communauté andine dispose ce qui suit : "ne peuvent pas être enregistrés comme marques les signes dont l'usage dans le commerce porte atteinte à un droit d'un tiers, en particulier lorsque [...] ils consistent en un nom d'une communauté autochtone, afro-américaine ou locale ou en des dénominations, des mots, des lettres, des caractères ou des signes utilisés pour distinguer les produits, les services ou les modes de transformation de ladite communauté ou ils constituent l'expression de sa culture ou de ses pratiques, sauf si la demande d'enregistrement est présentée par la communauté elle-même ou avec le consentement exprès de celle-ci";
- b) l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique (USPTO) a créé une base de données exhaustive des insignes officiels de toutes les tribus amérindiennes reconnues au niveau fédéral et au niveau des États⁶⁹. L'USPTO peut refuser d'enregistrer une marque proposée évoquant un lien inexistant avec une tribu amérindienne ou des croyances de cette tribu⁷⁰; et
- c) en vertu de la loi sur les marques de la Nouvelle-Zélande, l'enregistrement d'une marque (ou d'un élément d'une marque) doit être refusé si son utilisation ou son enregistrement est considéré comme étant susceptible d'offenser une partie importante de la communauté, y compris la population autochtone de ce pays, à savoir les Maoris⁷¹.

[L'annexe II suit]

⁶⁹ Voir "Report on the Official Insignia of Native American Tribes", 30 septembre 1999.

⁷⁰ Ibid., p. 24 à 26.

⁷¹ Voir la loi à l'adresse <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0049/54.0/DLM164240.html>.

ANNEXE II

Protection souhaitable pour...	A. Protection existante	B. Lacunes	D. Options
<p><i>Productions littéraires et artistiques</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Protection par le droit d’auteur pour les expressions contemporaines de cultures traditionnelles • Article 15.4) de la Convention de Berne – protection par le droit d’auteur des œuvres non publiées d’auteurs inconnus • Collections, compilations et bases de données d’expressions culturelles traditionnelles • Enregistrement et consignation d’expressions culturelles traditionnelles 	<ul style="list-style-type: none"> • Les nouvelles expressions culturelles traditionnelles fondées sur des expressions culturelles traditionnelles préexistantes ont peu de chance de satisfaire au critère d’“originalité” • La législation sur le droit d’auteur prévoit la protection de l’expression particulière d’une œuvre, pas des idées sous-jacentes, ce qui peut rendre difficile la protection des “styles” • Pas de protection explicite des droits communautaires • Durée limitée de la protection • Le “domaine public” et autres exceptions et limitations • Œuvres dérivées, adaptations et protection défensive • Droits sur les enregistrements et la consignation 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconnaissance des droits communautaires • Droit moral communautaire • Précision de l’article 15.4) de la Convention de Berne • Domaine public payant • Œuvres orphelines • Droit de suite • Application de principes relatifs à la concurrence déloyale pour empêcher l’appropriation illicite de la réputation associée aux expressions culturelles traditionnelles (le “style”) • Œuvres dérivées et protection défensive des productions littéraires et artistiques • Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques • Loi spéciale et autonome (<i>sui generis</i>) • Registres/bases de données • Gestion collective

Protection souhaitable pour...	A. Protection existante	B. Lacunes	D. Options
<i>Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Protection prévue par le WPPT de 1996 • Une protection sera prévue par le Traité de Beijing de 2012 (pas encore entré en vigueur) 	<ul style="list-style-type: none"> • Durée limitée de la protection pour les interprétations ou exécutions fixées 	<ul style="list-style-type: none"> • Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques • Loi spéciale et autonome
<i>Dessins et modèles</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Protection des dessins et modèles industriels pour les dessins et modèles contemporains • Collections, compilations et bases de données de dessins et modèles traditionnels 	<ul style="list-style-type: none"> • Les dessins et modèles préexistants ne sont pas protégés • Durée limitée de la protection des dessins et modèles • Formalités 	<ul style="list-style-type: none"> • Application de principes relatifs à la concurrence déloyale pour empêcher l'appropriation illicite de la réputation associée aux expressions culturelles traditionnelles (le "style") • Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques • Loi spéciale et autonome • Registres et bases de données

C. Considérations pertinentes :

- degré auquel il pourrait ou devrait être remédié à une lacune (niveaux international, régional, national ou local)
- choix des mesures à mettre en œuvre pour remédier aux lacunes (action législative, élaboration d'instruments pratiques, renforcement des capacités)
- importance de la protection des expressions culturelles traditionnelles dans les débats au sein d'autres instances internationales et mesure dans laquelle ces expressions font déjà l'objet d'une protection en vertu d'instruments juridiques dans d'autres domaines d'action
- incidences sur la politique à mener
- objectifs économiques, sociaux et culturels
- questions techniques et juridiques spécifiques
- questions pratiques : gestion et respect des droits

-

[Fin de l'annexe II et du document]