

Le 30 mai 2008

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

PROJET

ANALYSE DES LACUNES EN MATIÈRE DE PROTECTION DES EXPRESSIONS
CULTURELLES TRADITIONNELLES OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE

Document établi par le Secrétariat

À sa douzième session, tenue du 25 au 29 février 2008, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore est convenu de prier le Secrétariat de l'OMPI de mettre à disposition sous forme de projet un document contenant une analyse des lacunes en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Conformément à la décision du comité, les participants auraient la possibilité de faire part de leurs observations sur le projet de texte avant le 30 juin 2008, une version définitive du document devant être publiée pour le 15 août 2008 en vue de son examen par le comité à sa treizième session. Le projet d'analyse dont il est question fait l'objet du présent document. Les observations sur ce projet peuvent être adressées au Secrétariat jusqu'au 30 juin 2008. L'analyse des lacunes, intégrant les modifications et adjonctions requises, sera ensuite diffusée sous la cote WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) aux fins d'examen par les États membres et observateurs à la treizième session du comité, qui se tiendra du 13 au 17 octobre 2008. Les participants du comité sont encouragés à envoyer leurs observations par courrier électronique à l'adresse grtkf@wipo.int.

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	4
II.	REFERENCES ET AUTRES ELEMENTS UTILISES POUR L'ETABLISSEMENT DE LA PRESENTE ANALYSE	5
III.	DEFINITIONS DE TRAVAIL ET AUTRES ELEMENTS SUR LESQUELS SE FONDE L'ANALYSE.....	5
	Expressions culturelles traditionnelles.....	5
	Caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles.....	6
	Formes d'expressions culturelles traditionnelles	6
	Signification du terme "protection"	7
	Caractéristiques générales de la protection de la propriété intellectuelle	7
	Formes de protection de la propriété intellectuelle les plus adaptées aux expressions culturelles traditionnelles	8
	Conventions et traités internationaux de propriété intellectuelle applicables	8
	"Protection" et non "sauvegarde", "préservation" ou "promotion"	9
	Objectifs en rapport avec la protection des expressions culturelles traditionnelles... ..	9
	Formes particulières de protection souhaitables pour les expressions culturelles traditionnelles	10
	Signification du terme "lacunes"	11
	Lacunes qui ne sont pas traitées directement	13
	Résumé.....	14
III.	ANALYSE.....	15
	A. Obligations, dispositions et possibilités déjà existantes au niveau international en vue de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore..	15
	Productions littéraires et artistiques	15
	Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles.....	18
	Dessins et modèles	19
	Expressions culturelles traditionnelles secrètes	19
	Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels	20
	B. Lacunes au niveau international et, dans la mesure du possible, illustration de ces lacunes à l'aide d'exemples	20
	Productions littéraires et artistiques	20
	Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles.....	24
	Dessins et modèles	24
	Expressions culturelles traditionnelles secrètes	25
	Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels	25
	C. Éléments visant à déterminer si ces lacunes doivent être traitées	26
	Combler les lacunes aux niveaux international, régional, national ou local	26
	Législation, pratique, renforcement des capacités	26
	Environnement juridique et politique.....	26
	Questions de fond.....	27
	Objectifs économiques, sociaux et culturels	27
	Questions techniques et juridiques spécifiques.....	28
	Questions pratiques : gestion et respect des droits.....	28
	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	29
	Productions littéraires et artistiques	29

Reconnaissance judiciaire des droits et intérêts communautaires sur la base de l'équité	29
Droits moraux communautaires	29
Précision de la portée de l'article 15.4) de la Convention de Berne	30
<i>Domaine public payant</i>	31
Œuvres orphelines	31
Droit de suite	31
Application de principes relatifs à la concurrence déloyale pour empêcher l'appropriation illicite de la réputation associée aux expressions culturelles traditionnelles (le "style")	32
Œuvres dérivées et protection défensive des productions littéraires et artistiques	33
Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques	34
Registres et bases de données.....	35
Gestion collective	35
Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles.....	35
Dessins et modèles	36
Expressions culturelles traditionnelles secrètes	36
Noms, mots et symboles autochtones et traditionnels.....	36

I. INTRODUCTION

1. À sa douzième session, en février 2008, le comité intergouvernemental a décidé ce qui suit en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles :

“[...] le Secrétariat, en tenant compte des travaux préalables du comité, élaborera, comme document de travail pour sa prochaine session, un document qui :

“a) indiquera les obligations, dispositions et possibilités déjà existantes au niveau international en vue de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;

“b) indiquera les lacunes existant au niveau international et illustrera ces lacunes, dans la mesure du possible, à l’aide d’exemples précis;

“c) énoncera les motifs pertinents en vue de déterminer s’il est nécessaire de remédier à ces lacunes;

“d) indiquera 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) contiendra une annexe comprenant un tableau correspondant aux éléments mentionnés aux sous-alinéas a) à d) ci-dessus.

“Le Secrétariat formulera les définitions de travail ou les autres éléments à partir desquels l’analyse est réalisée.

“Le document sera mis à disposition par le Secrétariat sous la forme d’un projet pour le 31 mai 2008. Les participants du comité auront la possibilité de faire part de leurs observations sur le projet de texte avant le 30 juin 2008. Une version définitive du document sera ensuite publiée le 15 août 2008 en vue de son examen par le comité à sa treizième session.”

2. D’une manière générale, les travaux du comité sur les expressions culturelles traditionnelles suivent deux orientations apparentées et complémentaires :

i) examen d’une liste de questions acceptées concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; et

ii) examen d’un projet d’“objectifs et principes révisés pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore” (“objectifs et principes”).

3. Les documents relatifs à ces deux axes de réflexion, notamment les documents WIPO/GRTKF/IC/12/4(a), WIPO/GRTKF/IC/12/4(b), WIPO/GRTKF/IC/12/4(c) et WIPO/GRTKF/IC/12/6, restent valables pour cette session du comité.

II. REFERENCES ET AUTRES ELEMENTS UTILISES POUR L'ETABLISSEMENT DE LA PRESENTE ANALYSE

4. Une grande partie des renseignements figurant dans le présent document est tirée de documents du comité intergouvernemental¹ et d'autres publications rédigées 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 <http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>. Plusieurs autres publications et articles ont aussi été consultés³.

III. DEFINITIONS DE TRAVAIL ET AUTRES ELEMENTS SUR LESQUELS SE FONDE L'ANALYSE

Expressions culturelles traditionnelles

5. 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. Les projets de dispositions relatives aux expressions culturelles traditionnelles examinés par le comité contiennent également un projet de description des expressions culturelles traditionnelles⁵. Définir l'objet de la protection a toujours été 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.

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 (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998); Palethorpe et Verhulst, "Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law" (étude mandatée par la Commission européenne), octobre 2000; "Protection des expressions culturelles traditionnelles : Questions et considérations de politiques selon la perspective du droit d'auteur", document d'orientation du Ministère canadien du patrimoine, 2004; Lucas-Schloetter, 'Folklore' in von Lewinski, S. (Ed.), Indigenous Heritage and Intellectual Property, 2004.

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/en/laws/folklore.html>.

⁵ WIPO/GRTKF/IC/12/4(c), article premier.

6. Le présent document n'a 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

7. Les caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles ont été examinées de manière approfondie dans les documents et publications précédents⁶.

8. Aux fins de la présente analyse, deux points peuvent être rappelés. Premièrement, les expressions culturelles traditionnelles peuvent aller d'éléments préexistants véritablement anciens 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 recréation. On peut par conséquent établir une distinction entre les expressions culturelles traditionnelles préexistantes (peut-être les "expressions culturelles traditionnelles" au sens strict) et leurs interprétations et adaptations contemporaines. 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 dans le cadre de son contexte coutumier, celle-ci 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 lui confère son caractère "traditionnel". Les expressions culturelles traditionnelles peuvent avoir eu un auteur, mais celui-ci n'est pas connu ou est simplement impossible à localiser.

9. En résumé, les expressions culturelles traditionnelles, d'une manière générale, i) sont le fruit d'une création intellectuelle, ii) ont été transmises de génération en génération, soit oralement soit par imitation, iii) incarnent l'identité culturelle et sociale d'une communauté, iv) sont constituées d'éléments caractéristiques du patrimoine d'une communauté, v) sont l'œuvre d'auteurs inconnus ou impossibles à localiser ou de communautés, vi) sont souvent créées à l'origine à des fins spirituelles et religieuses, et vii) font perpétuellement l'objet d'évolutions, de développements et de créations au sein de la communauté.

Formes d'expressions culturelles traditionnelles

10. Les expressions culturelles traditionnelles peuvent comprendre un large éventail d'expressions créatives tangibles, intangibles et mixtes. Le projet de description figurant dans les projets de dispositions relatives aux expressions culturelles traditionnelles contient une liste non exhaustive de plus de 35 formes d'expressions groupées en quatre catégories⁷.

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

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

⁷ Article premier, document WIPO/GRTKF/IC/12/4(c).

été recensés et examinés dans des documents précédents⁸. Il est notamment question de l'exploitation de la musique et des chants traditionnels, des arts visuels (notamment la peinture), des instruments musicaux traditionnels, des dessins et modèles et des "styles" incorporés dans les produits artisanaux et d'autres arts créatifs, des interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles, des expressions culturelles traditionnelles sacrées et secrètes et de l'enregistrement et de la consignation des expressions culturelles traditionnelles et des mots, noms et symboles indigènes.

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

13. 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 :

- i) productions littéraires et artistiques, telles que musique et art visuel;
- ii) interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles;
- iii) dessins et modèles incorporés dans des produits artisanaux ou d'autres produits des arts créatifs;
- iv) expressions culturelles traditionnelles secrètes; et
- v) noms, mots et symboles indigènes et traditionnels.

14. 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/13/5.

Signification du terme "protection"

Caractéristiques générales de la protection de la propriété intellectuelle

15. Dans la décision susmentionnée du comité intergouvernemental, le mot "protection" désigne la protection au sens de la propriété intellectuelle (parfois désignée sous le terme de "protection juridique"), c'est-à-dire la protection de la créativité intellectuelle et de l'innovation contre leur utilisation non autorisée.

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 la reproduction de leurs créations intellectuelles. 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 le fonds de commerce et la réputation des entrepreneurs et de leurs produits et à empêcher l'utilisation non autorisée de signes susceptibles d'induire les consommateurs en erreur.

⁸ WIPO/GRTKF/IC/5/3; OMPI, Analyse globale.

17. La protection de la propriété intellectuelle peut se fonder sur des droits patrimoniaux. Lorsque de tels droits existent, comme dans le cas 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 de ces œuvres, le système du droit d'auteur et des droits connexes est le système de propriété intellectuelle le plus adapté à ces expressions. Les principes fondamentaux du droit d'auteur et des droits connexes et leur application aux expressions culturelles traditionnelles sont examinés dans des documents précédents⁹. 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. Il n'existe pas de droit international de la propriété intellectuelle en tant que tel. Ainsi, 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 une question de droit interne.

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

- 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");
- 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");

⁹ WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- 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”);
- 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”); et
- g) le Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996 (ci-après dénommé “WPPT de 1996”).

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

22. La “protection” de la propriété intellectuelle se distingue de la “sauvegarde” ou de la “préservation” du patrimoine culturel, qui désignent généralement le recensement, la consignation, la transmission, la revitalisation et la promotion du patrimoine culturel matériel ou 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, la préservation et la promotion de ces expressions en tant que telles ne sont pas au cœur des travaux du comité intergouvernemental ni de la présente analyse. 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.

Objectifs en rapport avec la protection des expressions culturelles traditionnelles

23. Différents objectifs recensés par les États et les communautés en rapport avec les expressions culturelles traditionnelles sont indiqués dans de précédents documents¹⁰, et les projets de dispositions relatives aux expressions culturelles traditionnelles contiennent une série de projets d’objectifs. Comme cela a été souligné, 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, des textes internationaux tels que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones constituent un point de référence pour déterminer les besoins et les aspirations des peuples autochtones.

24. Afin de bien cibler la présente étude et conformément à la mission et au mandat du comité intergouvernemental, 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.

25. Les participants du comité intergouvernemental ont cité différents objectifs économiques et non économiques en rapport avec la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles, tels que :

- i) 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;

¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- ii) 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,
- iii) 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.

Formes particulières de protection souhaitables pour les expressions culturelles traditionnelles

26. Les modalités d'exploitation des différentes formes d'expressions culturelles traditionnelles diffèrent selon les pays. De précédents documents du comité fournissent des exemples des types d'appropriation d'expressions culturelles traditionnelles sur lesquels les communautés autochtones ont appelé l'attention¹¹.

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

- a) contre 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;
- 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; et,
- f) la divulgation non autorisée des expressions culturelles traditionnelles confidentielles ou secrètes.

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

¹¹ WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

29. 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 du droit d'auteur sur les œuvres dérivées d'expressions culturelles traditionnelles, et ii) l'acquisition de droits attachés à des marques sur des noms, mots et symboles indigènes et traditionnels. La possibilité d'utiliser des outils de classement des brevets pour faciliter la recherche de documents de brevet portant sur des expressions culturelles traditionnelles pertinentes pour des inventions revendiquées a été examinée dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add. Le recours à ce type d'outil pourrait en effet contribuer à intégrer les documents de brevet ayant trait aux expressions culturelles traditionnelles dans l'"état de la technique" consultable et réduire ainsi le risque de voir des brevets délivrés directement ou indirectement pour des expressions culturelles qui ont déjà été divulguées.

Signification du terme "lacunes"

30. Selon la décision prise par le comité intergouvernemental à sa précédente 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".

31. Le terme "lacune" utilisé dans la décision du comité intergouvernemental 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, par-dessus tout, déterminer s'il doit ou non être satisfait, relève du pouvoir de décision des États membres.

32. Toutefois, pour procéder de manière pragmatique et donner suite à la décision du comité intergouvernemental, le recensement des lacunes pourrait être entrepris en ce qui concerne :

- i) les formes de protection souhaitées par les États et les communautés (voir ci-dessus); ou
- ii) 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 comité intergouvernemental¹².

33. 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. De même, 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

¹² Par exemple : WIPO/GRTKF/IC/1/5; WIPO/GRTKF/IC/3/11; WIPO/GRTKF/IC/5/3; WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- d'auteur en tant qu'œuvres ou dessins "originaux", nécessitant une "protection défensive" (voir plus loin);
- b) *titularité* : la protection au titre du droit d'auteur et des dessins et modèles industriels suppose l'existence d'un ou plusieurs créateurs connus. Or, il est difficile, voire impossible, d'identifier les créateurs des expressions culturelles traditionnelles car celles-ci sont créées et détenues en commun ou parce que leurs créateurs sont tout simplement inconnus ou impossible à localiser;
 - c) *fixation* : le critère de fixation prévu dans de nombreuses législations nationales sur le droit d'auteur empêche la protection des expressions culturelles tangibles et orales telles que les contes, danses ou chants, à moins qu'elles ne soient fixées sous une forme ou sur un support quelconques. 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. 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 (qui constitue une limitation en soi), 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 prévus par les lois et protocoles 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. Ces exceptions et limitations sont critiquées par les communautés autochtones et traditionnelles;

- 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, marques ou autres produits dérivés. Ainsi, des communautés ont exprimé des préoccupations quant à l'utilisation commerciales 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

34. *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. 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, individuels aux particuliers, les auteurs autochtones sont soumis à des règles et responsabilités complexes, plus proches des droits d'utilisation ou de gestion, qui sont communautaires par nature¹³.

35. 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 comité¹⁴, les besoins des communautés autochtones en ce qui concerne leurs expressions culturelles traditionnelles que le cadre de propriété intellectuelle ne permet pas de satisfaire (même s'il est adapté pour remédier aux lacunes les plus techniques) pourraient éventuellement être comblés moyennant le recours à des mécanismes sans rapport avec la propriété intellectuelle, tels que les lois relatives au blasphème, au droit culturel, à la dignité, à la préservation du patrimoine culturel, à la diffamation, au droit de publicité et au respect de la vie privée.

36. *Lacunes opérationnelles* : deuxièmement, les travaux d'enquête entrepris par l'OMPI au début de ces activités en 1998 et 1999¹⁵ ont fait apparaître que, parmi les obstacles à l'utilisation effective des instruments de propriété intellectuelle par les communautés 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

¹³ Voir WIPO/GRTKF/IC/3/11, page 3; McDonald, p. 45.

¹⁴ WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

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

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, telles que l'utilisation de modes extrajudiciaires de règlement des litiges¹⁶. Ces obstacles opérationnels n'entrent pas dans le cadre de la présente analyse.

37. *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 demander (si une forme de demande est nécessaire) et de détenir séparément des droits sur des expressions culturelles traditionnelles identiques ou similaires. Une autre solution possible consiste à attribuer ces droits à l'État ou à un organe statutaire. Les organisations et mécanismes régionaux existants peuvent aussi jouer un rôle important dans la solution de la question du "folklore régional".

38. *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. Si la présente analyse porte principalement sur les lacunes dues aux caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles elles-mêmes, d'autres lacunes plus générales sont aussi recensées.

Résumé

39. 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 claire. En outre, les expressions culturelles traditionnelles sont souvent étroitement liées à des formes de savoirs traditionnels (voir le document WIPO/GRTKF/IC/13/5). 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 plus ou moins méthodique et structurée peut faciliter les délibérations et les décisions du comité intergouvernemental.

¹⁶ 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.

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 v) formalités vi) 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

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

41. 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. Cette question relève de la compétence des tribunaux qui se prononcent au cas

par cas. 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'autre¹⁷. 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. La jurisprudence de divers pays, notamment celle de l'Australie¹⁸, de la Chine¹⁹ et d'autres pays²⁰, confirme que des expressions contemporaines de cultures traditionnelles, qu'il s'agisse d'adaptations ou d'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 identifiables²¹.

- 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 (1971). Cet article a été incorporé dans la Convention de Berne en 1967 expressément pour protéger les expressions culturelles traditionnelles. 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 l'article 15.4). 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 7.7) de la convention s'applique. Cela signifie que i) la durée de la protection est régie par la durée prévue par le pays où la protection est revendiquée, et ii) que 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 s'appliquera que lorsque lesdits pays auront prévu un délai plus long – à défaut, c'est le délai le plus court qui s'appliquera. L'article 20 de la convention permet aux parties de conclure entre elles des arrangements spéciaux.

¹⁷ Palethorpe and Verhulst, page 28; voir aussi Ricketson, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986* (London, 1987), p. 228 à 234.

¹⁸ M. Payunka, Marika and Others c. Indofurn Pty Ltd 30 IPR 209; Bulun Bulun c. R & T Textiles Pty Ltd (198) 41 IPR 513.

¹⁹ Décision rendue par le tribunal populaire supérieur de Beijing, affaire n° 246, 17 décembre 2003.

²⁰ Lucas-Schloetter, *op. cit.*, affaires mentionnées dans la note de bas de page n° 238 et dans les pages 301 à 304.

²¹ Documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

- c) Les collections, compilations et bases de données d'expressions culturelles traditionnelles, que celles-ci soient préexistantes ou contemporaines, sont 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.
 - d) Les enregistrements d'expressions culturelles traditionnelles, tels que de la musique, sont protégés par la législation sur les "droits connexes".
42. Pour toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur (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 destination de l'œuvre à publier ou à divulguer).
 - 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.
 - 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 (1971) et de l'Accord sur les ADPIC (1994). Par conséquent, les expressions culturelles traditionnelles qui peuvent être protégées par le droit d'auteur le sont dans les pays partie à ces instruments sur la base du principe du "traitement national".

43. Pour les enregistrements d'expressions culturelles traditionnelles protégés par des droits connexes (d) ci-dessus) :

- 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 (1961), de l'Accord sur les ADPIC (1994) et du WPPT (1996) qui traitent des "droits connexes". La protection conférée à un enregistrement sonore prévoit une protection indirecte des expressions culturelles traditionnelles, et favorise aussi 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 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 (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 (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

44. Bien qu'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 (1961), le WPPT (1996) a permis de supprimer tout doute puisqu'il protège manifestement aussi les droits des artistes interprètes ou exécutants d'"expressions du folklore". La protection prévue par le WPPT (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 (1996) s'applique aussi aux artistes interprètes ou exécutants.

45. 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 simultanés²².

46. 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; la portée actuelle de cette protection au niveau national dépend de la mesure dans laquelle les pays ont ratifié et mis en œuvre le WPPT (1996)²³ ainsi que de la façon dont ils l'ont fait.

Dessins et modèles

47. L'analyse ci-dessus des productions littéraires et artistiques s'applique en grande partie aussi aux dessins et modèles. Les dessins et modèles traditionnels qui sont des adaptations plus contemporaines de dessins 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 Kazakhstan²⁴. Mais les dessins sous-jacents véritablement anciens et les copies de ces dessins ne seraient pas protégés. On dispose toutefois de moins de données d'expérience sur la protection des dessins traditionnels.

Expressions culturelles traditionnelles secrètes

48. La meilleure façon 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, un anthropologue s'est vu interdire la poursuite de la vente d'un livre décrivant et contenant des informations sur des sites et des objets sacrés et sur d'autres expressions culturelles traditionnelles ayant une grande importance religieuse et culturelle aux yeux d'une communauté autochtone australienne. La communauté avait divulgué ses informations à l'anthropologue de bonne foi, à titre confidentiel²⁵.

49. Ce type de protection de "common law" va dans le même sens que la protection spécifique prévue par des traités internationaux de propriété intellectuelle contre la concurrence déloyale (article 10bis de la Convention de Paris (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"²⁶.

²² Articles 5 et 6 du WPPT (1996).

²³ Voir *Enquête de l'OMPI sur les dispositions relatives à la mise en œuvre de WCT et du WPPT*, 2003, disponible à l'adresse http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_6.pdf et Lucas-Schloetter, *op. cit.*, p. 304 et 305.

²⁴ Document WIPO/GRTKF/IC/5/3 et OMPI, *Analyse globale*.

²⁵ OMPI, *Analyse globale*.

²⁶ Voir la note n° 10 de l'Accord sur les ADPIC.

50. La protection d'informations confidentielles n'exige ni formalités, ni lien contractuel entre la communauté et la partie recevant l'information.

Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels

51. 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, indications géographiques 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 ou indications géographiques.

52. 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.

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

54. 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 fait enregistrer des marques collectives ou de certification (voir ci-dessous).

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

Productions littéraires et artistiques

55. Les lacunes ci-après ont pu être recensées :²⁷

- a) *Le 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 au titre d'œuvres conventionnelles par le droit d'auteur. Cela signifie qu'il est peu plausible qu'elles soient assorties 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

²⁷ 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.

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 culturelle où la tradition trouve son origine. Cela peut poser un problème aux communautés autochtones ou traditionnelles qui peuvent souhaiter interdire aux personnes n'appartenant pas à la communauté culturelle 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 à 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. Il est entendu que 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 qu'aucune protection par le 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 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 haut²⁸. 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.
- 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 (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

²⁸

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.

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. Ceci dit, le droit moral est souvent d'une durée indéterminée dans de nombreuses législations nationales.

- e) *Exceptions et limitations* : la notion de “domaine public” inhérente au système de propriété intellectuelle 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 formes²⁹. De même, les législations nationales sur le droit d'auteur autorisent souvent les archives publiques, les bibliothèques et autres organismes publics 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 par les 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. Cet examen peut aussi s'appliquer aux dessins et modèles traditionnels. Ainsi qu'il a été longuement expliqué plus haut³⁰, 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 autochtone ou traditionnelle dont la tradition provient peut satisfaire au critère d'originalité. Dans ce cas, les communautés autochtones ou traditionnelles peuvent chercher à obtenir une forme de protection défensive pour empêcher les auteurs n'appartenant pas à leur communauté d'être au bénéfice d'un 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 de 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

²⁹ McDonald, I. *op cit.*, page 44.

³⁰ Voir notamment les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

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 archives et autres collectionneurs. 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 archives revêtent néanmoins une importance capitale pour la préservation, la conservation, la gestion et la transmission aux générations futures des formes immatérielles et matérielles du patrimoine culturel. Les 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 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 non souhaitée.

56. 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 aussi 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 'techno-house' pour produire un album de "world music" à succès, protégé par un droit d'auteur;
- c) pour alimenter le marché des articles de souvenirs, 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 jeux, 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 donc pas contester.

Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles

57. 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 (1996). 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 appartient à la même communauté, il est plus vraisemblable que celle-ci bénéficiera directement de cette protection;
- b) seules les interprétations ou exécutions orales, ou l'aspect oral d'une interprétation ou exécution audiovisuelle, sont protégées par le WPPT (1996). Ceci s'applique à toutes les interprétations ou exécutions, et non uniquement à celles d'expressions culturelles traditionnelles. L'extension éventuelle de la protection prévue par le WPPT aux interprétations ou exécutions audiovisuelles fait l'objet de débats entre les États membres de l'OMPI depuis que le WPPT a été adopté en 1996;
- c) 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 (1961), une fois qu'un artiste interprète ou exécutant a donné son consentement à l'inclusion de son exécution dans une fixation visuelle ou dans une fixation 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. 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.

58. Exemples : des photographies ont été prises d'interprétations ou exécutions en direct de chants ou de danses par des autochtones, lesquelles ont ensuite été publiées sur des disques compacts, des cassettes, des cartes postales et sur l'Internet.

Dessins et modèles

59. 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 par dessin ou modèle est aussi fonction du respect de certaines formalités.

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

Expressions culturelles traditionnelles secrètes

61. 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 confidentielles.

62. 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 plus d'un environnement, par exemple dans des environnements 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.

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

Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels

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

65. Bien que cette protection semble globalement adéquate, il peut exister une "lacune" en ce sens que les notions de "contraire à la morale" et "contraire à l'ordre public" sont de vastes notions supposant des jugements de valeur de la part du personnel des offices des marques, lequel n'a souvent aucune connaissance pratique particulière des communautés autochtones, ni des expressions culturelles traditionnelles. De la même manière, la protection contre toute utilisation "trompeuse" exige un jugement de valeur, et c'est souvent l'avis du grand public qui est pris en considération.

66. 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 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".

67. 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

68. Il incombe aux participants aux travaux du comité de décider si les lacunes susmentionnées doivent être comblées ou non. La présente partie expose certains éléments et certains facteurs que les participants peuvent souhaiter prendre en considération à cette fin.

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

69. 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 soit³¹, 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

70. 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/le partage des avantages ou de protocoles de recherche) ou du renforcement des capacités (par exemple, renforcement des capacités des communautés de négocier avec des tiers sur un pied d'égalité ou presque).

Environnement juridique et politique

71. 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 aussi 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 autochtones³² traite la question de la protection des expressions culturelles traditionnelles. Un facteur à prendre en considération est la façon dont ces différents processus politiques peuvent se compléter et aller dans le même sens.

72. L'environnement politique au sein de l'OMPI présente aussi 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".

³¹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/12/6 pour les différents types d'instruments internationaux.
³² À la disposition du présent comité dans le document WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

Questions de fond

73. 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.

74. 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 antérieurs³³.

75. 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"³⁴. La coordination de toute nouvelle protection des expressions culturelles traditionnelles avec les systèmes de propriété intellectuelle existants représente un enjeu de fond essentiel.

76. Cependant, la protection des expressions culturelles traditionnelles concerne aussi d'autres domaines d'action importants. Les membres du comité souhaiteront 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

77. 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 :

- i) Reconnaître la valeur des expressions culturelles traditionnelles
- ii) Assurer le respect des expressions culturelles traditionnelles
- iii) Répondre aux besoins réels des communautés

³³ WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/3.

³⁴ Voir les paragraphes 22 à 33 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3 et les documents ultérieurs.

- iv) Empêcher l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles
- v) Donner des moyens d'action aux communautés
- vi) Soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire
- vii) Contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles
- viii) Encourager l'innovation et la créativité communautaires
- ix) Promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables
- x) Contribuer à la diversité culturelle
- xi) Promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes
- xii) Empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle sans autorisation
- xiii) Renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle.

Questions techniques et juridiques spécifiques

78. Les membres du comité souhaiteront 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 lorsque l'on souhaite créer de nouvelles formes de protection des expressions culturelles traditionnelles. Ces questions sont les suivantes :

- a) Quelle est la forme de protection recherchée et quels devraient être les droits conférés?
- b) Qui détiendrait les droits et qui en tirerait profit?
- c) Quelles sont les exceptions et les limitations, le cas échéant, qui se rattacherait à ces droits?
- d) Comment les droits seraient-ils acquis? Y aurait-il des formalités à accomplir?
- e) Pour combien de temps les droits devraient-ils être conférés et comment seraient-ils perdus? Auraient-ils un effet rétroactif?
- f) Comment administrer et faire respecter les droits? Quels types de procédures juridiques et de mécanismes de règlement des litiges faudrait-il prévoir?
- g) Quel traitement faudrait-il réserver aux droits acquis à l'étranger?

Questions pratiques : gestion et respect des droits

79. 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

80. Un État a toujours la possibilité d'adopter une loi spéciale et autonome destinée à protéger les expressions culturelles traditionnelles, 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. En outre, 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'OMPI³⁵ et bon nombre d'entre eux ont fait l'objet d'analyses et de comparaisons dans des documents antérieurs du comité³⁶. 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 prévoient 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.

81. Compte tenu de cette solution générale, 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 judiciaire des droits et intérêts communautaires sur la base de l'équité

82. 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 513*³⁷, le tribunal a jugé qu'un artiste autochtone titulaire du droit d'auteur sur son œuvre artistique a, à l'égard de sa communauté, une obligation fondée sur la confiance qui l'empêche de prendre toute mesure susceptible de porter atteinte au droit de la communauté sur l'œuvre artistique en vertu du droit coutumier.

Droits moraux communautaires

83. Les droits moraux (paternité, intégrité et publication) répondent aux nombreux besoins liés aux expressions culturelles traditionnelles et ont une durée potentiellement illimitée (voir ci-dessus). Toutefois, ces droits sont, à l'instar des droits patrimoniaux découlant du droit

³⁵ <http://www.wipo.int/tk/en/laws/folklore.html>

³⁶ WIPO/GRTKF/IC5/INF 3, WIPO/GRTKF/IC/5/3 et analyse globale de l'OMPI.

³⁷ Voir Janke, Terri, "Minding Culture – The Protection of Traditional Cultural Expressions", étude demandée par l'OMPI.

d'auteur, liés à un ou plusieurs auteurs identifiables. Les droits moraux communautaires pourraient constituer une piste à approfondir très utile. En 2003, le Gouvernement australien a présenté un projet de loi établissant les droits moraux communautaires autochtones pour protéger les intérêts culturels uniques des communautés autochtones³⁸. Les droits moraux englobent le droit à l'intégrité et le droit d'attribution de la paternité. Le projet de loi permettrait aux peuples autochtones d'empêcher le traitement non autorisé ou dépréciatif des œuvres fondées sur leurs traditions, coutumes et croyances. Cette proposition est encore à l'examen en Australie.

84. Il est utile de rappeler que la protection du droit moral peut durer, et durer, indéfiniment dans de nombreux systèmes législatifs nationaux. En effet, les droits moraux continuent 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

85. 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'améliorer³⁹.

86. 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 autochtone ou locale ou une autre autorité au sein de laquelle ces communautés ont un droit de regard important.

87. 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 des droits moraux 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 et, en Australie, il a été proposé d'accorder une protection perpétuelle aux œuvres d'art d'un artiste autochtone réputé au profit de ses descendants.

88. Aucun délai n'est fixé dans les dispositions types, la loi du Panama ou le cadre juridique régional du Pacifique. Il a été proposé que la durée de protection illimitée demandée soit "prospective" plutôt que rétroactive et que les expressions culturelles traditionnelles soient protégées pendant les 150 prochaines années, par exemple⁴⁰. Il a également été proposé que la durée de protection maximale soit liée à la durée d'existence de la communauté source. Cela conférerait à l'utilisation actuelle une importance comparable à celle d'une marque, de sorte que si la communauté concernée n'utilisait plus les expressions culturelles

³⁸ Intervention de la délégation de l'Australie (paragraphe 131 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15).

³⁹ Interventions des délégations de l'Italie et du Brésil à la douzième session du comité.

⁴⁰ Voir le paragraphe 37 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15.

traditionnelles ou si elle n’existait plus en tant qu’entité déterminée, leur protection tomberait en déchéance⁴¹. Cette dernière approche est celle qui a été adoptée dans le projet de dispositions relatives aux expressions culturelles traditionnelles examiné par le comité.

Domaine public payant

89. 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 mais n’empêche pas les personnes extérieures de les utiliser.

Œuvres orphelines

90. Les œuvres dites “orphelines” sont des œuvres protégées par le droit d’auteur dont l’auteur 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 ou pour lesquelles l’auteur est “inconnu” et qui ne sont, par conséquent, pas “laissées 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. 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 toutefois avancer qu’une expression culturelle traditionnelle s’apparente à une œuvre “laissée 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.

91. Un pays au moins, le Canada, 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 localisables⁴². Les États-Unis d’Amérique et l’Union européenne étudient actuellement une législation similaire mais plusieurs difficultés doivent être résolues, notamment la définition de l’expression “œuvre orpheline” et la détermination du seuil applicable à la diligence raisonnable qu’un utilisateur ambitieux devrait exercer dans ses recherches sur un auteur. Par exemple, la Commission européenne a réuni un groupe d’experts de haut niveau sur les questions de la sauvegarde numérique, des œuvres orphelines et des œuvres épuisées, chargé d’étudier certaines de ces questions dans le contexte européen⁴³.

Droit de suite

92. 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);

⁴¹ Scafidi, S., “Intellectual Property and Cultural Products”, 81 *B.U.L. Rev.* 793.

⁴² Article 77 de la loi sur le droit d’auteur du Canada, disponible à l’adresse <http://www.cb-cda.gc.ca/info/act-e.html#rid-33751>

⁴³ Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works, i2010: Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, 2007.

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 domaine⁴⁴. Cette directive imposera 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 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 et à leurs communautés les revenus de la vente réalisée par les maisons de vente aux enchères d'art indigène.

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

93. C'est en fait souvent la réputation associée à une expression culturelle traditionnelle, telle que consacrée ou représentée par son "style" distinctif, qui fait l'objet de l'appropriation illicite. 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 aussi s'appliquer aux dessins et modèles traditionnels.

94. Solutions possibles concernant la réputation associée aux expressions culturelles traditionnelles :

- a) *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 Japon⁴⁵, au Panama, à Fiji⁴⁶.
- b) *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. La loi de 1990, une loi relative à la publicité mensongère, interdit la commercialisation de produits présentés comme étant "d'origine amérindienne" s'ils ne sont pas fabriqués par des amérindiens au sens indiqué par la loi⁴⁷.
- c) *Indications géographiques* : plusieurs membres du comité ont mis en évidence l'utilisation potentielle 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

⁴⁴ Directive relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, 2001.

⁴⁵ L'initiative "Un village – un produit" à Oita (Japon) applique un système de certification. Cette initiative a depuis été lancée aussi en Thaïlande, en Indonésie, au Laos et au Cambodge.

⁴⁶ Voir l'analyse globale.

⁴⁷ Voir le paragraphe 122.i) du document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

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 connexes⁴⁸.

- d) *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 aborigène⁴⁹.

Œuvres dérivées et protection défensive des productions littéraires et artistiques

95. Ce domaine soulève un certain nombre de grandes questions de fond qui ont été examinées dans le détail dans des documents antérieurs⁵⁰.

96. Certaines des questions de politique juridique et culturelle liées aux expressions culturelles traditionnelles peuvent se nouer autour de l'opportunité d'accorder ou non un droit d'adaptation pour les expressions culturelles traditionnelles ou des exceptions et limitations qui pourraient être appropriées, ainsi qu'il a été indiqué plus haut. Un droit d'adaptation est applicable à la production d'œuvres dérivées fondées sur l'utilisation des expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles : ces œuvres peuvent remplir individuellement les conditions nécessaires pour être protégées par le droit d'auteur en tant qu'œuvres originales. Un droit d'adaptation permettrait 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 du folklore ou expressions culturelles traditionnelles. Si ce droit d'adaptation n'existe pas, la communauté ne peut pas réglementer l'utilisation de ses matériels et traditions culturels.

97. Une solution consiste à ne pas conférer aux communautés un droit d'adaptation à l'égard de leurs expressions culturelles traditionnelles. C'est l'approche adoptée par les dispositions types de 1982 qui prévoient même une large exception en ce qui concerne "l'emprunt d'expressions du folklore pour la création d'une œuvre originale d'un ou plusieurs

⁴⁸ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁴⁹ Voir aussi le document WIPO/GRTKF/IC/5/3 et le site <<http://www.accc.gov.au/>> (7 avril 2003).

⁵⁰ Voir en particulier les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

auteurs”⁵¹. Cette exception a été spécialement admise afin de favoriser le libre développement de la créativité individuelle inspirée des expressions culturelles. Les dispositions types ne visaient nullement à faire obstacle à la création et à la protection par la propriété intellectuelle des œuvres originales fondées sur les expressions culturelles.

98. Par ailleurs, tandis 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 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. C’est l’approche qui a été adoptée dans la loi type pour le Pacifique Sud de 2002 et le projet de dispositions relatives aux expressions culturelles traditionnelles soumis au comité.

Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques

99. Des instruments pratiques tels que des protocoles, des codes de conduite et des contrats peuvent jouer un rôle immédiatement 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 contrats 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, des codes de conduite dans le domaine de la propriété intellectuelle, des contrats types, etc. 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.

100. Le projet relatif au patrimoine créatif de l’OMPI⁵² 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 des informations et des conseils en matière de propriété intellectuelle aux communautés et aux musées, archives et autres institutions culturelles. Un guide de ressources à l’intention des musées et autres institutions est en cours d’élaboration, de même que des directives pratiques destinées aux communautés qui portent sur l’élaboration par ces communautés de protocoles en matière de propriété intellectuelle. Ce projet permet aussi de dispenser une formation en matière de documentation et d’archivage culturels aux communautés. Un pilote de ce programme de formation a été mis en œuvre en septembre 2008 pour la Communauté Massai de Laikipia (Kenya). Ce programme pilote a été déployé 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

⁵¹ Voir l’article 4.1)iii) des dispositions types de 1982.

⁵² Voir <http://www.wipo.int/tk/fr/folklore/culturalheritage/index.html>

la création d'une base de données publique et consultable relative aux protocoles, codes de conduite, contrats types et documents similaires utilisés par les communautés, les musées et autres institutions, les associations professionnelles et autres. Le projet s'est aussi intéressé à la gestion des questions de propriété intellectuelle en rapport avec les festivals d'art.

Registres et bases de données

101. Les registres, inventaires, bases de données et listes d'expressions culturelles traditionnelles pourraient jouer un rôle dans la protection juridique de ces expressions. Voir aussi l'exposé ci-dessus sur les enregistrements et la fixation des expressions culturelles traditionnelles et sur la protection conférée aux enregistrements en vertu de droits connexes. Toutefois, l'enregistrement et la numérisation des expressions culturelles traditionnelles, même 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).

102. Une certaine forme de fixation des expressions culturelles traditionnelles peut remplir un certain nombre de fonctions, notamment celle d'enregistrement confidentiel ou secret des expressions culturelles traditionnelles réservé à la seule communauté. La fixation officielle et les enregistrements d'expressions culturelles traditionnelles viennent soutenir certains systèmes de protection *sui generis*. Le projet de dispositions relatives aux expressions culturelles traditionnelles soumis au comité propose l'existence d'un registre uniquement pour les expressions culturelles sacrées pour lesquelles une protection particulièrement forte de la protection intellectuelle est souhaitée, étant entendu que cet enregistrement serait facultatif et permettrait d'accroître la sécurité et la transparence dans un système de protection des expressions culturelles traditionnelles⁵³.

Gestion collective

103. En ce qui concerne les enjeux associés à la gestion des droits, les organismes de gestion collective actuels peuvent constituer un moyen pratique d'administrer les droits relatifs aux expressions culturelles traditionnelles. Les membres du comité⁵⁴ et les organismes de gestion collective eux-mêmes⁵⁵ se sont dit intéressés par un examen plus approfondi de cette possibilité.

Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles

104. Les interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles sont déjà protégées au même titre que d'autres interprétations ou exécutions. Malgré l'existence de lacunes dans la protection conférée, celle-ci s'applique à l'ensemble des interprétations ou exécutions, pas spécifiquement aux interprétations et exécutions d'expressions culturelles traditionnelles. Par conséquent, des solutions possibles pour remédier à ces lacunes ressortent des débats en cours sur l'extension de la protection conférée d'une manière générale aux

⁵³ Voir les articles 3 et 7 du projet de dispositions.

⁵⁴ GRULAC (document OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe II, page 6).

⁵⁵ Tels que la Fédération internationale des organismes gérant les droits de reproduction (IFRRO).

artistes interprètes ou exécutants d'une manière générale en vertu du WPPT de 1996. Des instruments pratiques tels que des protocoles, des codes de conduite et des contrats peuvent jouer un rôle immédiatement utile et pratique dans ce domaine.

Dessins et modèles

105. Voir ci-dessus la rubrique 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

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

- 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 autochtones et traditionnels

107. 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 et leur interprétation et leur mise en œuvre dans d'autres pays doivent encore faire l'objet d'essais. Ces questions ont déjà été examinées en détail dans des documents antérieurs et visent les points suivants :

i) l'article 136.g) de la Décision 486 de la Commission de la communauté andine dispose ce qui suit : "ne peuvent pas être enregistrés comme marques les signes dont l'usage dans le commerce porte atteinte à un droit d'un tiers, en particulier lorsque [...] ils consistent en un nom d'une communauté autochtone, afro-américaine ou locale ou en des dénominations, des mots, des lettres, des caractères ou des signes utilisés pour distinguer les produits, les services ou les modes de transformation de ladite communauté ou ils constituent l'expression de sa culture ou de ses pratiques, sauf si la demande d'enregistrement est présentée par la communauté elle-même ou avec le consentement exprès de celle-ci";

ii) l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique a créé une base de données exhaustive des insignes officiels de toutes les tribus amérindiennes reconnues au niveau fédéral et au niveau des Etats⁵⁶. L'office peut refuser d'enregistrer une marque proposée évoquant un lien inexistant avec une tribu amérindienne ou des croyances de cette tribu⁵⁷; et

iii) en vertu de la loi sur les marques de la Nouvelle-Zélande, l'enregistrement d'une marque (ou d'un élément d'une marque) doit être refusé si son utilisation ou son enregistrement est considéré comme étant susceptible d'offenser une partie importante de la communauté, y compris la population autochtone de ce pays, à savoir les Maoris⁵⁸.

[L'annexe suit]

⁵⁶ Voir "Report on the Official Insignia of Native American Tribes," 30 septembre 1999.

⁵⁷ *Ibid.*, pages 24 à 26.

⁵⁸ La loi est disponible à l'adresse

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

ANNEXE

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

<i>Protection souhaitable pour ...</i>	A. Protection existante	B. Lacunes	D. Options
			<input type="checkbox"/> Registres et bases de données <input type="checkbox"/> Gestion collective
<i>Interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles</i>	<input type="checkbox"/> Protection prévue par le WPPT de 1996	<input type="checkbox"/> Durée limitée de la protection pour les interprétations ou exécutions fixées <input type="checkbox"/> WPPT de 1996 limité aux interprétations ou exécutions orales	<input type="checkbox"/> Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques <input type="checkbox"/> Loi spéciale et autonome <input type="checkbox"/> Extension de la protection prévue par le WPPT de 1996 aux interprétations ou exécutions audiovisuelles
<i>Dessins et modèles</i>	<input type="checkbox"/> Protection des dessins et modèles industriels pour les dessins et modèles contemporains <input type="checkbox"/> Collections, compilations et bases de données de dessins et modèles traditionnels	<input type="checkbox"/> Les dessins et modèles préexistants ne sont pas protégés <input type="checkbox"/> Durée limitée de la protection des dessins et modèles <input type="checkbox"/> Formalités	<input type="checkbox"/> Application de principes relatifs à la concurrence déloyale pour empêcher l'appropriation illicite de la réputation associée aux expressions culturelles traditionnelles (le "style") <input type="checkbox"/> Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques <input type="checkbox"/> Loi spéciale et autonome <input type="checkbox"/> Registres et bases de données

<i>Protection souhaitable pour ...</i>	A. Protection existante	B. Lacunes	D. Options
<i>Expressions culturelles traditionnelles secrètes</i>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Dispositions figurant dans l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Paris sur la protection contre la concurrence déloyale et la protection des renseignements non divulgués <input type="checkbox"/> Protection des informations confidentielles par le droit coutumier 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Dispositions relatives à la concurrence déloyale essentiellement applicables aux informations à caractère industriel et commercial <input type="checkbox"/> Définitions des termes "divulgué" et "confidentiel" 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Force obligatoire d'une promesse <input type="checkbox"/> Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques <input type="checkbox"/> Loi spéciale et autonome <input type="checkbox"/> Registres et bases de données
<i>Noms, mots et symboles autochtones et traditionnels</i>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Protection défensive – dispositions sur la protection contre la concurrence déloyale + protection contre les marques contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public et de nature à tromper le public <input type="checkbox"/> Protection positive – recours au droit des marques 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Notions de "contraire au bonnes mœurs" et "contraire à l'ordre public" considérées essentiellement du point de vue du grand public et pas nécessairement adaptées aux expressions culturelles traditionnelles 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Dispositions "<i>sui generis</i>" figurant dans des lois nationales relatives aux marques (Nouvelle-Zélande, Communauté andine, États-Unis d'Amérique) <input type="checkbox"/> Protocoles, codes de conduite, contrats et autres instruments pratiques <input type="checkbox"/> Loi spéciale et autonome <input type="checkbox"/> Registres et bases de données

C. Considérations pertinentes :

- i) degré auquel il pourrait ou devrait être remédié à une lacune (niveaux international, régional, national ou local)
- ii) choix des mesures à mettre en œuvre pour remédier aux lacunes (action législative, élaboration d'instruments pratiques, renforcement des capacités)
- iii) 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
- iv) incidences sur la politique à mener
- v) objectifs économiques, sociaux et culturels
- vi) questions techniques et juridiques spécifiques
- vii) questions pratiques : gestion et respect des droits

[Fin de l'annexe et du document]