



# PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET PRÉSERVATION DES CULTURES TRADITIONNELLES

Questions juridiques et options concrètes  
pour les musées, les bibliothèques et  
les services d'archives

Étude établie pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)  
par Molly Torsen et Jane Anderson

---

Avertissement : La présente publication ne représente pas nécessairement les vues de l'OMPI ni de ses États membres. Elle recense les questions de propriété intellectuelle que les musées, les bibliothèques, les services d'archives et d'autres institutions culturelles rencontrent dans leurs activités quotidiennes, sur la base des principes internationaux consacrés dans les principales conventions et principaux instruments internationaux de propriété intellectuelle. Dans la mesure du possible, des études de cas et des exemples nationaux sont utilisés pour illustrer certains points. Toutefois, les législations nationales relatives à la propriété intellectuelle peuvent différer sur certains aspects fondamentaux, et une partie des informations contenues dans la présente publication peuvent ne pas correspondre à la législation nationale de votre pays. La présente publication ne remplace pas un avis juridique. En cas de doute, vous êtes invité à consulter votre législation nationale et à solliciter un avis juridique.

© Copyright Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 2010

Certains droits réservés. L'OMPI autorise la reproduction, la traduction et la diffusion partielles de la présente publication à des fins scientifiques, d'éducation ou de recherche, pour autant que l'OMPI, la publication et ses auteurs soient dûment mentionnés en tant que tels. L'autorisation de reproduire, diffuser ou traduire la présente publication, ou de compiler ou créer des œuvres dérivées de cette dernière sous quelque forme que ce soit, à des fins commerciales, lucratives ou non, doit être demandée par écrit. À cet effet, il y a lieu de contacter l'OMPI à l'adresse suivante : [www.wipo.int](http://www.wipo.int), rubrique "contactez nous".

Les observations, questions, corrections et adjonctions proposées en ce qui concerne la présente publication peuvent être envoyées à la Division des savoirs traditionnels de l'OMPI, à l'adresse [grtkf@wipo.int](mailto:grtkf@wipo.int).

Photographies :

© iSockphoto.com/Sawayasu Tsuji (lion dansant du nouvel an chinois avec pétards) (couverture, page 9) –

© iSockphoto.com/ollo (couverture, page 24) – © iSockphoto.com/Ortal Berelman (page 76)

Bordures tirées de l'œuvre intitulée "Munupi Mural" de Susan Wanji Wanji, Munupi Arts and Crafts Association, Pirlangimpi Community, Melville Island (Australie). Mme Wanji Wanji est le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre. Cette œuvre a été utilisée avec l'autorisation expresse et en connaissance de cause de l'artiste. Tous droits réservés.

# PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET PRÉSERVATION DES CULTURES TRADITIONNELLES

Questions juridiques et options concrètes  
pour les musées, les bibliothèques et  
les services d'archives

Étude établie pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)  
par Molly Torsen et Jane Anderson

Décembre 2010,  
révisée mars 2012

## AVANT PROPOS

Les cultures traditionnelles recèlent une créativité raffinée et originale et ont une valeur culturelle, historique, spirituelle et économique immense pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles du monde entier.

Définir le rôle que doit jouer la propriété intellectuelle dans la protection, la préservation et la promotion des expressions culturelles traditionnelles est une priorité pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et fait l'objet de différents programmes d'établissement de normes et de renforcement des capacités.

Les travaux de l'OMPI se fondent en partie sur l'aspiration croissante des peuples autochtones et des communautés traditionnelles à posséder, contrôler et consulter les témoignages de leurs cultures détenus par les musées, les bibliothèques et les services d'archives.

Ces institutions jouent un rôle inestimable dans la préservation, la sauvegarde et la promotion des collections d'expressions culturelles traditionnelles telles que photographies, enregistrements sonores, films et manuscrits, qui témoignent de la vie, des expressions culturelles et des systèmes de connaissances de ces communautés.

Pour autant, les collections d'expressions culturelles traditionnelles soulèvent des questions de propriété intellectuelle sans équivalent, auxquelles les institutions et les chercheurs de nombreux pays s'efforcent de répondre en mettant au point de nouvelles grilles d'interprétation des incidences juridiques, culturelles et éthiques de la préservation des expressions culturelles traditionnelles.

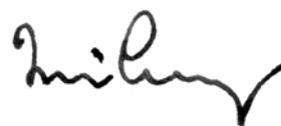
Par cette nouvelle tendance, les institutions culturelles cherchent à nouer des liens plus directs et déterminants avec les communautés, s'engageant activement avec les dépositaires de traditions pour établir de nouveaux partenariats interculturels enrichissant la vie culturelle. Nombre de musées, de bibliothèques et de services d'archives, ainsi que leurs associations professionnelles, ont établi des pratiques et protocoles exemplaires pour traiter les questions de propriété intellectuelle.

C'est dans ce contexte complexe et sensible que la présente publication a été établie, dans le cadre du Projet de l'OMPI relatif au patrimoine créatif.

La présente publication contient une analyse des questions juridiques et des exemples d'expériences institutionnelles et communautaires en matière d'élaboration de pratiques rationnelles.

Elle dévoile les problèmes qui peuvent survenir et leurs solutions possibles et sert de guide aux initiatives visant à nouer de nouvelles relations pour une gestion fructueuse des expressions culturelles traditionnelles.

En abordant les questions de propriété intellectuelle liées à la gestion de l'accessibilité, du contrôle et de l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles dans le monde des institutions culturelles, cette publication, je l'espère, contribuera également à une meilleure compréhension des enjeux et des options pour les travaux d'établissement de normes de l'OMPI sur ces questions.



Francis Gurry  
Directeur général de l'OMPI

# TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	5
SIGLES	8
<b>PREMIÈRE PARTIE. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES QUESTIONS EN JEU</b>	<b>9</b>
1. Un exemple: La cérémonie du djalambu [bûche creuse]	9
2. Quel est l'enjeu?	11
3. Instauration de relations entre les institutions culturelles et les peuples autochtones et communautés traditionnelles, et renforcement de ces relations	12
4. La dimension de la propriété intellectuelle	13
<i>Les systèmes de propriété intellectuelle peuvent-ils protéger les expressions culturelles traditionnelles?</i>	16
5. L'œuvre de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sous l'angle de la propriété intellectuelle et des expressions culturelles traditionnelles	18
<i>Le Comité intergouvernemental</i>	18
<i>La signification de la "protection"</i>	19
<i>Propriété intellectuelle et expressions culturelles traditionnelles: le contexte des appropriations illicites</i>	21
6. Les objectifs et la nature de la présente publication	22
<b>DEUXIÈME PARTIE. PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES: QUESTIONS PROPRES AUX MUSÉES, AUX BIBLIOTHÈQUES ET AUX SERVICES D'ARCHIVES</b>	<b>24</b>
<b>DROIT D'AUTEUR:</b>	<b>24</b>
1. Objets de protection: qu'est-ce que le droit d'auteur protège et qu'est-ce qu'il ne protège pas?	26
<i>Originalité</i>	26
<i>Protection des bases de données</i>	30
<i>Dichotomie entre l'idée et son expression</i>	32
<i>Fixation</i>	34
<i>Adaptations</i>	35
<i>Le domaine public</i>	36
2. Qualité d'auteur	38
<i>Œuvres orphelines</i>	39
<i>Œuvres orphelines dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles</i>	40
3. Durée de la protection	41
4. Droits patrimoniaux et droits moraux	42
<i>Droits patrimoniaux</i>	43
<i>Droits moraux</i>	43
<i>Droit de suite</i>	46
5. Exceptions et limitations	47
<i>Exceptions et limitations dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles</i>	49
<i>Préservation, restauration et utilisations administratives des expressions culturelles traditionnelles</i>	51
<i>Restauration</i>	52
<i>Préservation</i>	52
6. Titularité et transfert du droit d'auteur et concession de licences de droit d'auteur	54
<i>Titularité</i>	54
<i>Primo-titularité et cotitularité</i>	55
<i>Droit d'auteur de la Couronne ou droit d'auteur de l'État</i>	55
<i>Cession</i>	56
<i>Concession de licence</i>	56

7. Droits connexes	58
8. L'Internet et la numérisation	60
9. Gestion collective	63
<b>MARQUES, INDICATIONS GÉOGRAPHIQUES ET NOMS DE DOMAINEE</b>	<b>65</b>
1. Marques	65
2. Indications géographiques	67
3. Noms de domaine	68
<b>STRATÉGIES DE GESTION DES RISQUES ET RÈGLEMENT DES LITIGES</b>	<b>71</b>
1. Stratégies de gestion des risques	71
2. Règlement des litiges	71
<i>Action en justice</i>	72
<i>Modes de règlement extrajudiciaire des litiges</i>	72

### TROISIÈME PARTIE. CONCLUSIONS: PRATIQUES RATIONNELLES 76

<b>1. Pratiques rationnelles des institutions culturelles – éthique de la recherche et politique de constitution des collections</b>	78
<i>L'Institut australien d'études sur les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres (AIATSIS)</i>	78
<i>Agence de développement de la culture kanak – Centre culturel Tjibaou</i>	79
<i>Code de déontologie de la PIMA à l'intention des musées et centres culturels du Pacifique</i>	79
<i>Protocoles de l'ATSILIRN</i>	80
<i>Cadre d'orientation pour la constitution de bonnes collections numériques dû à la NISO</i>	81
<i>Politique des musées de l'institution biculturelle néo-zélandaise Te Papa Tongarewa</i>	82
<b>2. Pratiques rationnelles appliquées aux archives numériques: protocoles</b>	82
<i>Pacific and Regional Archive for Digital Sources in Endangered Cultures (PARADISEC)</i>	83
<i>Phonothèque de la British Library</i>	83
<i>Musée du Quai Branly: conditions d'affichage des éléments sur l'Internet</i>	84
<i>Archives and Research Centre for Ethnomusicology, American Institute of Indian Studies</i>	85
<b>3. Pratiques rationnelles des peuples autochtones et des communautés traditionnelles: codes de conduite et protocoles de comportement</b>	85
<i>Communauté hopi: Politique et recherche du HCPO</i>	86
<i>Peuple navajo: règles à l'intention des visiteurs</i>	87
<b>4. Exemples de pratiques actuelles des institutions culturelles: cadres, protocoles, principes directeurs et accords</b>	87
<i>Ministère des affaires autochtones des Fidji</i>	88
<i>Le Centre culturel de Vanuatu</i>	89
<i>Sociétés de gestion collective des droits reprographiques</i>	90
<b>5. Accords types, formulaires de consentement, licences et engagements</b>	91
<i>Formulaire de déclaration de licence et de consentement donné à la DISA et à Aluka s'agissant de consulter et d'utiliser les documents historiques</i>	91
<i>Le Laura Aboriginal Dance and Cultural Festival</i>	91

GLOSSAIRE	93
FAQ	101
BIBLIOGRAPHIE	108
INDEX	111
LES AUTEURS	113
REMERCIEMENTS	114

## RÉSUMÉ

Les musées, les bibliothèques et les services d'archives disposent de collections de photographies, enregistrements sonores, films et manuscrits qui rendent compte de la vie, des expressions culturelles et des systèmes de connaissances des peuples autochtones et des communautés traditionnelles.

On a pris conscience de l'aspiration des peuples autochtones et des communautés traditionnelles à posséder, contrôler et consulter ces collections.

On a également reconnu que la gestion de l'accessibilité et de l'utilisation des collections soulevait un certain nombre de défis pour les musées, les bibliothèques et les services d'archives. Ces défis résultent souvent des conditions sociales, historiques, culturelles, juridiques et politiques complexes qui régissent les collections de ces institutions.

La gestion de l'accessibilité et de l'utilisation des collections touche inévitablement au droit, à la politique et à la pratique en matière de propriété intellectuelle. Plus précisément, les collections d'expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones et des communautés traditionnelles soulèvent des questions de propriété intellectuelle sans équivalent pour les institutions culturelles en raison de certaines caractéristiques qui les distinguent fondamentalement des autres collections. De par leur nature même, les expressions culturelles traditionnelles ont un statut ambigu du point de vue de la propriété intellectuelle (ainsi, certaines d'entre elles peuvent faire partie du "domaine public"). Il peut s'ensuivre une multitude de tensions pour les institutions qui détiennent ces collections. En outre, selon la législation actuelle relative au droit d'auteur et aux droits connexes, les droits sur les œuvres incorporant des expressions culturelles traditionnelles (c'est-à-dire, le matériel "secondaire" tels que films, enregistrements sonores, photographies ou manuscrits) appartiennent souvent non pas au créateur ou à sa communauté, mais à la personne ou aux personnes qui ont "créé" l'œuvre secondaire.

Le problème central tient au fait que les peuples autochtones et les communautés traditionnelles sont juridiquement dépossédés de leurs expressions culturelles traditionnelles, alors qu'ils se considèrent comme leurs dépositaires, propriétaires et gestionnaires légitimes. En outre, il n'existe pas encore de principes législatifs internationaux clairs encadrant la gestion, l'accessibilité et l'utilisation des expressions et manifestations des cultures "traditionnelles".

Pour surmonter ces difficultés, les institutions de nombreux pays s'efforcent de mettre au point de nouvelles grilles d'interprétation des incidences juridiques, culturelles et éthiques de la gestion du matériel ethnographique (ainsi que de sa préservation, sa promotion et sa protection). Les institutions culturelles s'efforcent de nouer des relations plus directes et déterminantes avec les peuples autochtones et les communautés traditionnelles, s'engageant activement avec les dépositaires de traditions pour établir de nouveaux partenariats interculturels enrichissant la culture et profitant aux communautés traditionnelles elles-mêmes. De nombreux musées, bibliothèques et services d'archives ainsi que leurs associations professionnelles ont mis au point des pratiques et protocoles exemplaires pour traiter ces questions. La présente publication vise à en recenser et en examiner un certain nombre.

Cette discussion n'est pas toujours facile. Pourtant, tant les communautés autochtones et traditionnelles que les institutions culturelles doivent surmonter cette difficulté pour comprendre comment protéger, promouvoir et sauvegarder le riche patrimoine culturel que les communautés ont façonné au cours des millénaires et qu'elles continuent à modeler et remodeler. Comme de nombreuses institutions l'ont appris, travailler avec les communautés permet souvent d'obtenir de précieuses informations sur les collections et leurs significations sociales et culturelles. De même, ces relations peuvent profiter aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles.

C'est dans ce contexte complexe et sensible que la présente publication vise à susciter une discussion ouverte sur les problèmes potentiels, les solutions envisageables et les moyens de nouer de nouvelles relations entre les institutions et les dépositaires de traditions pour une gestion réussie de ces précieuses collections.

Par exemple, comment les musées, les bibliothèques et les services d'archives peuvent-ils s'adresser aux dépositaires de traditions en tant que groupes d'utilisateurs? Pour leur part, comment les communautés autochtones et traditionnelles peuvent-elles participer plus directement à l'enregistrement, à la numérisation et à la diffusion de leurs propres expressions culturelles, aux fins de préservation, de promotion et de création de revenus? Comment les musées, les bibliothèques et les services d'archives peuvent-ils collaborer avec les dépositaires de traditions à cet égard? Et s'ils choisissent de le faire, comment envisager cette nouvelle relation et la concrétiser ensuite? Si la présente publication n'a pas vocation à répondre de manière définitive à ces questions, la partie III, intitulée Pratiques, recours et options, expose une série de projets en cours qui s'appuient sur ces questions pour mettre en œuvre de nouvelles pratiques. Cette partie montre comment aborder ces questions difficiles et décrit les nouvelles pratiques qui apparaissent actuellement.

La présente publication a été établie dans le cadre du Projet de l'OMPI relatif au patrimoine créatif<sup>1</sup>. Elle s'inspire des informations recueillies lors des enquêtes<sup>2</sup> réalisées dans plusieurs institutions culturelles du monde par des experts mandatés par l'OMPI, à savoir Antonio Arantes, Vladia Borissova, Shubha Chaudhuri, Laurella Rincon, Martin Skrydstrup et Malia Talakai. Elle s'appuie également, en les complétant, sur les guides traditionnels de propriété intellectuelle à l'intention des musées, des bibliothèques et des services d'archives portant sur des questions de propriété intellectuelle plus conventionnelles, tels que le Guide OMPI de gestion de la propriété intellectuelle à l'intention des musées<sup>3</sup>. La présente publication complète ainsi les publications antérieures sur les questions juridiques et éthiques de propriété intellectuelle qui se posent pour les institutions culturelles, l'accent étant mis sur les collections comprenant des éléments du patrimoine culturel immatériel et des expressions culturelles traditionnelles.

La **partie I**, introductive, passe en revue les questions en jeu, décrit les notions fondamentales à prendre en considération et définit le cadre de politique générale complexe entourant ces questions.

La **partie II**, intitulée Propriété intellectuelle et expressions culturelles traditionnelles: questions propres aux musées, aux bibliothèques et aux services d'archives, explore les principes fondamentaux de la protection du droit d'auteur sous l'angle des expressions culturelles traditionnelles et donne un aperçu d'autres aspects de la propriété intellectuelle, en particulier le droit des marques et des indications géographiques. Elle examine de manière explicite l'équilibre précaire établi par le droit de la propriété intellectuelle entre la protection des droits conférés aux créateurs, y compris les créateurs autochtones et traditionnels, et la protection des intérêts du grand public s'agissant de tirer avantage et profit de ces œuvres.

Comme cela a déjà été indiqué, la **partie III** donne des exemples d'expériences institutionnelles et communautaires en matière d'élaboration de pratiques rationnelles et présente une sélection des pratiques, protocoles et principes directeurs actuellement en usage. Ces pratiques, protocoles et principes directeurs sont exposés de manière plus détaillée dans une base de données de l'OMPI consultable<sup>4</sup>. Les enquêtes susmentionnées et la base de données complètent la présente publication. La partie III explique également les stratégies de gestion des risques et passe en revue les solutions aux conflits éventuels, y compris les modes de règlement extrajudiciaire des litiges.

1 Pour d'autres informations sur le Projet relatif au patrimoine créatif, on peut consulter le site [www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/) (dernière consultation le 14 avril 2010).

2 Enquêtes: [www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/surveys.html](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/surveys.html) (dernière consultation le 14 avril 2010).

3 Rina Pantalonny, Guide OMPI de gestion de la propriété intellectuelle à l'intention des musées, 2008. Cet ouvrage est consultable à l'adresse [www.wipo.int/copyright/en/museums\\_ip/guide.html](http://www.wipo.int/copyright/en/museums_ip/guide.html) (dernière consultation le 14 avril 2010).

4 Base de données: [www.wipo.int/tk/en/folklore/creative\\_heritage/index.html](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/index.html) (dernière consultation le 14 avril 2010).

La présente publication ne vise pas à promouvoir de conceptions particulières ni à imposer certaines solutions pour les questions qui y sont soulevées. Elle a pour vocation d'informer les institutions culturelles et les communautés autochtones et traditionnelles des pratiques contemporaines compte tenu des principes et législations actuels et de mettre en évidence les effets que ces pratiques ont eus sur les expressions culturelles traditionnelles et sur les peuples, communautés et institutions qui revendiquent un lien avec celles-ci.

Elle vise à informer, non seulement pour faciliter le règlement des problèmes particuliers que toute institution culturelle peut rencontrer, mais également pour montrer que le renforcement des relations sera bénéfique pour toutes les parties à l'avenir.

## SIGLES

ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AFC	American Folklife Center
AIATSIS	Institut australien d'études sur les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres
ANASE	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
ANSI	American National Standards Institute
ARCE	Archives and Research Centre for Ethnomusicology de l'American Institute of Indian Studies
ARIPO	Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle
ATSILIRN	Réseau de bibliothèques et de ressources documentaires des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres
CISAC	Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs
DISA	Innovation numérique pour l'Afrique du Sud
DMCA	Loi du millénaire sur le droit d'auteur dans un environnement numérique
DNS	Système des noms de domaine
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
HCPO	Bureau de préservation culturelle hopi
HTML	Langage hypertexte
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICOM	Conseil international des musées
IFRRO	Fédération internationale des organismes gérant les droits de reproduction
IGC	Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore
ILAM	Bibliothèque internationale de musique africaine
NISO	National Information Standards Organization
OAPI	Organisation africaine pour la propriété intellectuelle
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
RAM	Mémoire vive
SFMOMA	San Francisco Museum of Modern Art
SGS	Projet Global Sound de la Smithsonian
TRAMA	Centre soudanais d'archives de musique traditionnelle
UE	Union européenne
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
USPTO	Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique
WCT	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur
WPPT	Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes



## PREMIÈRE PARTIE. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES QUESTIONS EN JEU

### 1. Un exemple: La cérémonie du djalambu [bûche creuse]<sup>5</sup>

En 1963, un couple marié de chercheurs s'est rendu au centre de la terre d'Arnhem, dans le Territoire du Nord en Australie. Dans le cadre de leur travail sur le terrain, ces deux chercheurs ont filmé et enregistré l'importante cérémonie du djalambu [bûche creuse].

Cette cérémonie représente l'un des derniers actes de la période de deuil chez les Yirritja – l'enterrement du corps de la personne défunte dans le djalambu [bûche creuse]. Le chef des Daygurrurr Gupapuyngu, Djäwa, figurait dans l'enregistrement de la cérémonie.

En 1997, l'un des fils de Djäwa, Joe Neparrnga Gumbula, a composé une chanson intitulée "Djiliwirri" pour son orchestre, Soft Sands. Cette chanson évoquait le lieu d'origine de Joe, Djiliwirri – "un domaine forestier hérité de son père par le patrilignage des Gaykamangu yarrata"<sup>6</sup>. Elle "fait allusion au cœur voilé du sacré héréditaire dont les Daygurrurr Gupapuyngu sont les dépositaires à jamais"<sup>7</sup>.

Dans le clip vidéo réalisé pour accompagner la chanson, Joe a décidé de mêler le présent et le passé en montrant des images de son père tirées de l'enregistrement de la cérémonie du djalambu effectué en 1963. Comme il l'a expliqué, "cette cérémonie du djalambu a été filmée en 1963 avec mon père [Djäwa] qui, à l'époque, était le chef de la communauté des Daygurrurr Gupapuyngu. J'ai appelé le service d'archives [AIATSIS] à Canberra, qui m'en a fait une copie en convertissant le film 16 mm au format betacam et me l'a envoyée à Darwin où je montais mon clip vidéo. J'ai des images extraites de ce vieux film sur la cérémonie du djalambu, que j'ai intégrées grâce aux nouvelles technologies pour montrer que cela, c'était le djalambu d'alors et que ceci, c'est le nouveau djalambu. Toutes les personnes filmées en 1963 ont disparu. Elles sont toutes mortes. C'est ainsi que nous, les gens de cette génération, avons fait un autre film sur le djalambu, qui est également sur le clip."<sup>8</sup>

Il est presque certain que le clip vidéo de Joe a porté atteinte au droit d'auteur du couple qui a filmé la cérémonie en 1963. Ayant réalisé les enregistrements sonores et visuels, le couple était titulaire des droits sur ces œuvres et les objets de droits connexes. Le fait d'intégrer des extraits de son œuvre protégée dans un clip vidéo sans son autorisation a porté atteinte à son droit d'auteur. Bien sûr, Joe et le service d'archives qui a fourni les extraits de film ne se rendaient pas compte qu'il était illicite de faire une copie de l'enregistrement et de l'utiliser dans une vidéo musicale. Auraient-ils pu s'autoriser d'une éventuelle exception ou limitation, telle que l'"acte loyal" inscrit dans la législation australienne<sup>9</sup>? Le clip vidéo ayant été réalisé pour accompagner une chanson de rock'n'roll destinée à être commercialisée, il était peu

5 Cet exemple a été publié pour la première fois in J. Anderson, *Access and Control of Indigenous Knowledge in Libraries and Archives: Ownership and Future Use*, *Correcting Course: Rebalancing Copyright for Libraries in the National and International Arena*, American Library Association et The MacArthur Foundation Columbia University, New York, 5-7 mai 2005. Document consultable à l'adresse <http://correctingcourse.columbia.edu/program.html> (dernière consultation le 22 février 2010).

6 A. Corn with N. Gumbula, "Nurturing the Sacred through Yolngu Popular Song" (2002) 2(69) *Cultural Survival*.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 Dans la législation australienne relative au droit d'auteur, l'acte loyal ne prend pas en considération les fins auxquelles la copie est destinée. Pour les exceptions au titre de l'acte loyal, voir articles 40-47H de la Loi sur le droit d'auteur de 1968 (Cth). Pour les dispositions concernant les bibliothèques et les services d'archives, voir les articles 48 à 53.

probable, malgré l'objectif culturel sous-jacent, qu'une exception ou limitation au droit d'auteur puisse s'appliquer dans ce cas.

Le film original sur la cérémonie du djalambu (1963) reste très important pour la communauté de Joe, qui a même l'intention de le numériser et de le mettre en ligne sur son site Web. Ce film est perçu comme un outil éducatif; lorsque Djäwa avait autorisé l'enregistrement, il était bien entendu qu'il pourrait servir à l'éducation des générations futures. La communauté considère donc qu'il lui appartient.

Dans ces conditions, qui devrait être autorisé à prendre des décisions concernant les films et enregistrements en question? Les chercheurs? La communauté? Le service d'archives?

En l'occurrence, l'épouse titulaire du droit d'auteur gère ses droits d'une manière rigoureuse. Elle ne laisse passer aucune utilisation non autorisée de ses œuvres. Cela cause des difficultés considérables aux institutions qui les conservent<sup>10</sup>. Elle est peu disposée à laisser les communautés réutiliser les enregistrements qu'elle a réalisés avec son mari et ce n'est souvent qu'au bout de longues négociations qu'elle en autorise la reproduction. Elle a des idées bien arrêtées en ce qui concerne les destinataires de l'œuvre et ceux qui peuvent y avoir accès. Elle exerce un contrôle inflexible sur ses enregistrements.

Il va sans dire qu'une situation comme celle-ci crée une atmosphère chargée d'acrimonie et conduit à des relations tendues avec les communautés autochtones aussi bien qu'avec l'institution qui détient les films et enregistrements originaux. C'est une situation pénible pour l'institution, qui est amenée à gérer son temps et son personnel en conséquence, mais elle peut également être considérée comme tout à fait injuste pour la communauté qui entend utiliser une œuvre réalisée sur elle et sa culture.

En pareilles circonstances, quelle forme devraient prendre les négociations?

En ce qui concerne les peuples autochtones et les communautés traditionnelles, le problème est que, dans bien des cas, ils ne sont pas en mesure de prendre physiquement contact avec le titulaire du droit d'auteur, du fait de l'éloignement et/ou de difficultés linguistiques.

Quant aux institutions culturelles, la diversité même des contenus culturels qui constituent leurs collections leur impose de formuler un éventail de stratégies mûrement réfléchies pour gérer ces contenus. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles tiennent à avoir accès à tous les éléments relatifs à leur culture, de manière que ceux-ci puissent être réinterprétés et acquérir une signification nouvelle. Le processus de création de cette nouvelle signification est toutefois susceptible de porter atteinte aux droits d'auteur protégeant ces éléments. Leur exploitation par les peuples autochtones et les communautés traditionnelles peut sortir du cadre des exceptions et limitations au droit d'auteur, en particulier dans les cas où les contenus en question ont une valeur marchande.

En raison de l'évolution des contextes technologiques et de l'adaptation de la législation sur le droit d'auteur à cette évolution, les intérêts des peuples autochtones et des communautés traditionnelles peuvent malheureusement ne pas être pris en compte par le cadre juridique. Se pose alors la question de savoir comment s'y prendre pour concilier ces droits et intérêts apparemment antagoniques.

---

10 Dans certain cas, elle soutient qu'une institution n'a pas le droit d'afficher sur son catalogue en ligne les œuvres qu'elle lui confie.

## 2. Quel est l'enjeu?

Les négociations menées à l'époque moderne sur les droits et intérêts des peuples autochtones et des communautés traditionnelles<sup>11</sup> s'agissant de leurs expressions culturelles traditionnelles soulèvent un certain nombre de défis pour les musées, les bibliothèques, les services d'archives et d'autres institutions culturelles. Ces défis résultent souvent des conditions sociales, historiques, culturelles, juridiques et politiques complexes qui régissent les collections de ces institutions. Comme le montre l'exemple des enregistrements visuels et sonores de la cérémonie de la bûche creuse, ces défis peuvent se manifester de différentes façons. Même dans un contexte de consultation et de négociation, des contestations peuvent apparaître au sujet des droits et responsabilités des institutions culturelles vis-à-vis des collections concernant les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. Elles peuvent être imputables à des différences d'échelles de valeurs et d'interprétation de l'histoire, à des rapports de force inégaux en matière d'accès aux collections et à l'évolution des cadres législatifs régissant la propriété, le contrôle et l'utilisation des contenus culturels.

Les collections d'expressions culturelles traditionnelles possèdent certaines caractéristiques qui les rendent foncièrement différentes des autres collections. Leur gestion soulève donc des questions également différentes.

Par exemple, dans le passé, les expressions culturelles traditionnelles étaient souvent recueillies par des chercheurs extérieurs au contexte culturel traditionnel et sans que le consentement des communautés concernées ait été obtenu.

Les collections ainsi constituées contiennent souvent des éléments secrets, sacrés ou confidentiels dont des règles et des pratiques coutumières limitent l'utilisation.

De plus, le statut juridique de ces expressions culturelles traditionnelles au regard du droit de la propriété intellectuelle est souvent mal défini; par exemple, en vertu des législations nationales sur la propriété intellectuelle, certaines d'entre elles peuvent faire partie du domaine public et, de ce fait, être considérées comme pouvant être utilisées librement par tout le monde.

Enfin, mal renseignés quant à l'existence et à la localisation des éléments de leur patrimoine culturel faisant partie des collections des musées, bibliothèques et services d'archives, les peuples autochtones et les communautés traditionnelles souhaitent être associés plus directement aux processus décisionnels concernant la gestion de ces éléments, qu'il s'agisse d'enregistrer, d'exposer, de présenter ou de représenter leurs propres cultures<sup>12</sup>. Ils peuvent aussi souhaiter renouer avec ces éléments de leur patrimoine culturel, les rendre plus accessibles aux enfants et à l'ensemble de la communauté, et faire revivre les systèmes de connaissances associés à ces éléments. D'autres peuvent souhaiter reprendre pleinement possession de leurs expressions culturelles traditionnelles en les rendant à la communauté de façon qu'elles soient préservées dans le contexte culturel de celle-ci.

Le plus grand obstacle à la reconnaissance juridique des droits et intérêts des communautés en ce qui concerne ces éléments culturels est peut-être le fait qu'en vertu des législations sur la propriété intellectuelle en vigueur, la plupart des droits sur les matériels dérivés des expressions culturelles traditionnelles

11 La présente publication traite des expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones et des communautés traditionnelles. Il arrive que les communautés traditionnelles aient certaines caractéristiques en commun avec les peuples autochtones, sans toutefois être "autochtones" au sens habituel du terme. Il s'agit d'une distinction particulièrement importante pour les pays du "Nouveau Monde" qui ont été (re)peuplés par un déplacement forcé de population et par une immigration massive. D'où l'évolution des sociétés dans les Caraïbes, par exemple, où la rétention des cultures africaines et asiatiques a influencé les sociétés d'accueil. On peut citer comme exemples de communautés traditionnelles les amish du comté de Lancaster, en Pennsylvanie (États-Unis d'Amérique); les hassidim de Brooklyn, New York (États-Unis d'Amérique); les pêcheurs vietnamiens de la côte du Mississippi (États-Unis d'Amérique); les caboclos (population brésilienne d'ascendance amériindienne et européenne) du Brésil; ou les Afro-Brésiliens du Brésil. De surcroît, il convient de noter que les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ne constituent pas une unité; ces peuples et ces communautés ne sont pas homogènes et présentent des différences culturelles dont il faut tenir compte.

12 Voir, p. ex., J. Anderson, "The Making of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law in Australia" *International Journal of Cultural Property*, 12(2); et E. Hudson, "Cultural Institutions, Law and Indigenous Knowledge: A Legal Primer on the Management of Australian Indigenous Collections," *Intellectual Property Research Institute of Australia, University of Melbourne*, 2006, p. 1-2.

n'appartiennent pas légalement aux dépositaires de traditions, mais à la personne ou aux personnes qui ont "créé" le film, l'enregistrement sonore, les photographies et les manuscrits incorporant lesdites expressions culturelles traditionnelles.

En d'autres termes, nombre de dépositaires de traditions restent juridiquement dépossédés de la fixation de leur patrimoine culturel, alors qu'ils se considèrent comme ses dépositaires, propriétaires et gestionnaires légitimes. Il s'ensuit une multitude de tensions pour les institutions qui détiennent les collections d'expressions culturelles traditionnelles.

La présente publication se propose de donner des informations sur les problèmes potentiels, les solutions envisageables et les moyens de nouer de nouvelles relations entre les institutions et les dépositaires de traditions pour une gestion réussie de ces précieuses collections.

### **3. Instauration de relations entre les institutions culturelles et les peuples autochtones et communautés traditionnelles, et renforcement de ces relations**

L'évolution des contextes politiques, économiques et sociaux constatée sur deux décennies environ a conduit dans une certaine mesure à réévaluer le rôle et la fonction des institutions culturelles, notamment, et ce fait est important, à réévaluer la nature même de leurs collections d'expressions culturelles traditionnelles. Le débat ainsi engagé n'est pas toujours facile et les institutions culturelles sont souvent mises dans une position précaire.

Dans certains cas, les questions concernant l'accessibilité et l'utilisation de ces collections ont dû tenir compte de l'évolution des mentalités et du développement rapide des nouveaux groupes d'utilisateurs<sup>13</sup>. Plus précisément, les institutions culturelles ont dû prendre leur parti des nouvelles revendications de droits de propriété sur les collections d'expressions culturelles traditionnelles, en particulier les collections constituées dans le passé qui concernaient les peuples autochtones et les communautés traditionnelles.

D'ailleurs, il est fréquent que ces revendications révèlent explicitement les considérations politiques et les circonstances historiques ayant amené à constituer ces collections. De fait, ce sont souvent des motivations d'un autre âge, déterminant la manière d'observer, d'étudier et de cataloguer les peuples, qui ont permis d'accumuler autant d'éléments liés à leurs expressions culturelles traditionnelles. Tout ce qui se rapportait aux peuples en question – chansons, histoires et objets (et restes humains) – était alors considéré comme pouvant être librement recueilli, archivé et exposé. L'inégalité des statuts a souvent empêché les peuples ainsi enregistrés ou étudiés d'exprimer leur consentement éclairé<sup>14</sup>.

Un grand nombre de questions se posent, qu'il est urgent d'examiner<sup>15</sup>. Par exemple, à qui ces collections appartiennent-elles? Qui est titulaire des droits de propriété intellectuelle associés à ces collections? Comment ces collections devraient-elles être consultées, gérées et utilisées à présent et à l'avenir?

Pendant plusieurs décennies, la méfiance entre les communautés autochtones et traditionnelles et les institutions culturelles qui détenaient des éléments de leur patrimoine culturel a fait beaucoup parler d'elle<sup>16</sup>. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles n'ont pas été reconnus en tant que titulaires de droits ou comme ayant un lien légitime avec les éléments des collections desdites institutions. Les communautés autochtones et traditionnelles aussi bien que les institutions culturelles auraient intérêt à surmonter cette méfiance pour comprendre comment protéger, promouvoir et sauvegarder au mieux le riche patrimoine culturel que ces communautés ont façonné au cours des millénaires.

13 J. Anderson, *Access and Control of Indigenous Knowledge in Libraries and Archives: Ownership and Future Use*, op. cit. note 6.

14 En particulier, les communautés rurales illettrées, les groupes minoritaires et d'autres dépositaires de traditions qui sont dans l'ignorance la plus totale du régime de propriété intellectuelle en vigueur dans le pays où ils résident se rendent rarement compte de la valeur potentielle de ce dont ils se dessaisissent.

15 Voir K. Bowery et J. Anderson, 'The Politics of Global Sharing? Whose Cultural Agendas are Being Advanced?' *Social and Legal Studies*; T. Flessas (2008), 'The Repatriation Debate and the Discourse of the Commons' *Social and Legal Studies* 17(3): 387-405.

16 Voir, p. ex., Hector Feliciano, *The Lost Museum: The Nazi Conspiracy to Steal the World's Greatest Works of Art* (Basic Books, 1998); Martin Bailey, *Don't Return Artefacts to Nigeria*, *The Art Newspaper*, 10 janvier 2000; Martin Bailey, *The Met and Louvre are Behaving Unethically*, *The Art Newspaper*, 9 janvier 2001; Kate Fitz Gibbon, *Who Owns the Past?: Cultural Policy, Cultural Property, and the Law* (Rutgers University Press, 2005).

Comme nombre d'institutions l'ont découvert, la collaboration avec les peuples autochtones et les communautés traditionnelles peut fournir des informations précieuses sur les collections. Plus précisément, les dépositaires de traditions peuvent fournir des informations contextuelles et des récits personnels concernant la constitution de ces collections, expliquer les différentes significations de leurs éléments et définir des conditions d'accessibilité qui respectent la communauté autochtone ou traditionnelle d'où proviennent ces éléments ainsi que les autres utilisateurs qui aspirent à connaître et comprendre des cultures et pratiques culturelles différentes par le biais de ces éléments<sup>17</sup>.

Pour surmonter ces difficultés juridiques, culturelles et politiques, les institutions de nombreux pays s'efforcent de mettre au point de nouvelles grilles d'interprétation des incidences juridiques de la gestion du matériel ethnographique et culturel, notamment des expressions culturelles traditionnelles.

Ces initiatives tiennent compte de l'existence de différentes conceptions, aspirations et motivations en matière de préservation et d'accessibilité. Il est clair que, dans le cadre d'une stratégie innovante, de nouveaux accords, régulièrement remaniés en fonction de l'évolution de la législation, pourraient contribuer à mettre en place des politiques appropriées. Il s'agit d'engager un dialogue productif sur ces questions et de mettre sur pied des stratégies qui les incorporent dans les futures méthodes de gestion.

Les institutions culturelles auraient intérêt à acquérir une connaissance de base des communautés dont elles possèdent des matériels culturels dans leurs collections et à déterminer qui peut avoir accès à ces matériels et dans quelles conditions, et si la communauté d'origine a des préférences en ce qui concerne la reproduction de ses matériels.

De même que les communautés s'affirment en tant que titulaires légitimes de droits qui devraient pouvoir décider de la façon dont elles sont représentées, plusieurs institutions culturelles à travers le monde se considèrent de plus en plus non comme propriétaires, mais comme dépositaires de leurs collections. Par cette nouvelle tendance, les institutions culturelles cherchent à nouer des liens plus directs avec les communautés autochtones et traditionnelles, s'engageant activement avec ceux de leurs membres qui possèdent les compétences voulues pour établir de nouveaux partenariats interculturels susceptibles d'enrichir l'œuvre de conservation du patrimoine culturel et de profiter à ces communautés.

Dans cette perspective, il est bon de se poser les questions suivantes: comment les musées, les bibliothèques et les services d'archives pourraient-ils mieux s'associer aux communautés autochtones et traditionnelles pour gérer leurs collections d'expressions culturelles traditionnelles? Pour leur part, les communautés autochtones et traditionnelles peuvent-elles participer plus directement à l'enregistrement, à la numérisation et à la diffusion de leurs propres expressions culturelles, aux fins de préservation, de promotion et de création de revenus? Comment les musées, les bibliothèques et les services d'archives pourraient-ils collaborer avec ces communautés à cet égard? Et s'ils choisissent de le faire, comment envisager cette nouvelle relation et la concrétiser ensuite?

Si la présente publication n'a pas vocation à répondre de manière définitive à ces questions, la partie III expose une série de projets qui s'en servent comme d'un tremplin pour l'élaboration de nouvelles pratiques.

#### **4. La dimension de la propriété intellectuelle**

La question de savoir si une institution culturelle, une galerie ou un particulier peut valablement être propriétaire d'objets concrets ou de "fragments du passé" a fait l'objet de plusieurs études scientifiques, batailles juridiques et commentaires écrits<sup>18</sup>. Mais on s'est beaucoup moins intéressé à la composante intellectuelle des expressions culturelles traditionnelles et, en particulier, à la dimension de la propriété intellectuelle. La relation entre la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles est

17 Les collections des musées, des bibliothèques et des services d'archives renvoient nécessairement à des événements passés, mais les cultures se créent et évoluent en permanence, à moins que les populations ne soient éteintes. De nouvelles valeurs et utilisations peuvent donc être attribuées aux témoignages de la culture du groupe auquel on appartient ou de celle d'un autre groupe.

18 Voir, p. ex., J. H. Merryman et A. E. Elsen, *LAW, ETHICS AND THE VISUAL ARTS*. Chapter 3, *Who Owns the Past?* Kluwer Law International (4<sup>th</sup> ed., 2004). Voir aussi Bureau International de la Cour permanente d'arbitrage, *RESOLUTION OF CULTURAL PROPERTY DISPUTES*. Kluwer Law International (2003).

multiforme et complexe<sup>19</sup>. À l'heure actuelle, l'un des points de désaccord au sujet des aspects intellectuels des expressions culturelles traditionnelles est l'absence de certitude concernant la propriété intellectuelle et le contrôle et l'utilisation des collections des institutions culturelles.

La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones adoptée en 2007 traite expressément de ces questions, qu'elle considère comme pressantes et légitimes, dans ses articles 11, 12 et 31. L'article 31 dispose notamment ce qui suit:

*Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles<sup>20</sup>.*

La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones souligne également que les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à leurs traditions culturelles, de les observer et de les revivifier. Le paragraphe 1 de l'article 12 est ainsi libellé:

*Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer; et le droit au rapatriement de leurs restes humains<sup>21</sup>.*

## L'INSTANCE PERMANENTE DES NATIONS UNIES SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES

L'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones est un organe consultatif du Conseil économique et social, chargé d'examiner les questions autochtones liées au développement économique et social, à la culture, à l'environnement, à l'éducation, à la santé et aux droits de l'homme<sup>22</sup>. Cette Instance coordonne de nombreuses initiatives visant à appliquer la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

Nous touchons là à des questions complexes concernant la manière dont les expressions culturelles traditionnelles sont ou devraient être protégées par la propriété intellectuelle. Ces expressions culturelles ont un statut juridique ambigu; elles pourraient ou pourraient ne pas relever de l'une ou de plusieurs branches de la protection de la propriété intellectuelle<sup>23</sup>. La difficulté qu'il y a à répondre à ces questions tient notamment au fait qu'il n'existe pas de principes législatifs clairs encadrant la gestion, l'accessibilité et l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles.

Né dans un contexte culturel très spécifique, le droit international de la propriété intellectuelle ne reconnaît pas le droit coutumier autochtone ou traditionnel applicable à la propriété et à la gestion des savoirs et biens culturels.

19 Les questions principales soulevées par les droits vont sans doute bien au-delà de la question de savoir si le droit d'auteur sur un livre ou une photographie est toujours en vigueur.

20 Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 2007, article 31. La Déclaration a été adoptée, mais elle n'est pas un document juridiquement contraignant.

21 Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 2007, paragraphe 1 de l'article 12.

22 Voir [www.un.org/esa/socdev/unpfii/](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/) (dernière consultation le 18 mars 2010).

23 Par exemple, dans certains cas où elles ont été fixées et incorporées dans un enregistrement sonore, disons, ou un film, les expressions culturelles traditionnelles peuvent bénéficier indirectement de la protection de la propriété intellectuelle (l'enregistrement ou le film en tant que tel peut être protégé par le droit d'auteur et/ou les droits connexes, sans que cela soit le cas de l'expression culturelle traditionnelle implicite).

Comme indiqué précédemment, le principal obstacle auquel se heurtent les dépositaires de traditions s'agissant de revendiquer un droit de propriété sur le patrimoine culturel et les expressions culturelles traditionnelles détenus par les institutions culturelles est le fait qu'ils sont rarement reconnus comme étant des titulaires légitimes de droits. Il leur est donc très difficile de faire valoir leurs droits et intérêts légaux afin de négocier des cadres de gestion qui soient culturellement appropriés.

Au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle, nombre d'institutions culturelles ont mis au point des protocoles et des procédures visant à protéger les droits des dépositaires de traditions et des communautés d'origine<sup>24</sup>. Les institutions culturelles peuvent s'inspirer de modèles de plus en plus nombreux. Cela étant, les dispositions juridiques non contraignantes de ce type ne s'accompagnent le plus souvent d'aucun mécanisme d'application.

Pour remédier aux lacunes du droit de la propriété intellectuelle en vigueur en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles, il importe d'améliorer les méthodes de recensement des problèmes au niveau de la gestion des expressions culturelles traditionnelles par les musées, les bibliothèques et les services d'archives. Il s'impose notamment de formuler des stratégies et d'instaurer des relations qui profitent à la fois aux institutions culturelles et aux communautés autochtones et traditionnelles. L'imprécision actuelle de la loi ne devrait pas empêcher de promouvoir des comportements et des pratiques plus respectueux.

Comme il a déjà été indiqué, il n'existe pas encore de principes de droit international général ou de principes législatifs internationaux encadrant la gestion des expressions culturelles traditionnelles<sup>25</sup>. Leur statut indéterminé est une source d'incertitudes quant à la manière dont les institutions culturelles devraient gérer leurs collections et nouer le dialogue avec les peuples autochtones et les communautés traditionnelles, qui s'affirment comme les titulaires légitimes de droits. Le Comité intergouvernemental de l'OMPI de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) a été créé en 2000 pour mener une enquête complète sur l'étendue de ces questions.

On a affaire ici à des ensembles de valeurs et de coutumes distincts. Pour les communautés autochtones et traditionnelles, les expressions culturelles traditionnelles ont une valeur intrinsèque en tant qu'éléments essentiels de leur patrimoine culturel et de leur identité. Elles contribuent ainsi à la préservation et à la promotion de la diversité culturelle<sup>26</sup>.

Les expressions culturelles traditionnelles sont à la fois des biens culturels et des biens économiques des peuples et communautés qui en sont les créateurs, les utilisateurs et les dépositaires. Ces expressions culturelles peuvent être des ressources économiques contribuant concrètement à assurer la subsistance de ces communautés et à atténuer leur pauvreté et leur handicap socioéconomique, par exemple par la commercialisation des produits de l'artisanat. Ces communautés comptent généralement parmi les plus pauvres et les plus défavorisées du monde: on voit que le traitement approprié de la question des expressions culturelles traditionnelles n'est pas seulement une préoccupation d'ordre éthique.

Il peut être difficile de faire correspondre les droits et obligations qu'une communauté peut être amenée à faire valoir au sujet d'une collection aux définitions que la propriété intellectuelle donne du "titulaire", de l'"auteur", du "créateur" ou de l'"utilisateur". Ce décalage invite à faire preuve d'inventivité et d'imagination et, fait important, offre une occasion sans précédent de nouer de nouvelles relations équitables qui prennent en considération l'histoire des communautés concernées, le vide juridique et les partenariats futurs.

24 Comme nous le verrons plus en détail dans la troisième partie, certaines institutions culturelles ont intégré dans leurs statuts des politiques, voire des dispositions législatives, qui se rapportent aux expressions culturelles traditionnelles et aux relations avec les communautés autochtones et traditionnelles. De surcroît, certains pays ont mis en place des cadres juridiques.

25 Pour un exposé scientifique de l'apparition de ces questions, voir J. Anderson, *LAW, KNOWLEDGE, CULTURE: THE PRODUCTION OF INDIGENOUS KNOWLEDGE IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW* Edward Elgar Press (2008).

26 En octobre 2005, l'UNESCO a adopté la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Cet instrument considère que la diversité culturelle "renvoie à la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression. Ces expressions se transmettent au sein des groupes et des sociétés et entre eux. La diversité culturelle se manifeste non seulement dans les diverses formes à travers lesquelles le patrimoine culturel de l'humanité est exprimé, enrichi et transmis grâce à la variété des expressions culturelles, mais aussi à travers divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que soient les moyens et les technologies utilisés." Voir [www.unesco.org/culture/en/diversity/convention](http://www.unesco.org/culture/en/diversity/convention) (dernière consultation le 26 février 2010).

### QU'ENTEND-ON PAR EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES?

Les expressions culturelles traditionnelles n'ont pas de définition établie au niveau international<sup>27</sup>. Toutefois, on en trouve des définitions dans un grand nombre de législations régionales et nationales, ainsi que dans certains instruments internationaux. Les communautés autochtones et traditionnelles ont souvent leurs propres définitions de ce qui constitue leurs expressions culturelles. Le glossaire présente une description pratique des expressions culturelles traditionnelles utilisée aux fins de la présente publication. On peut voir dans ces expressions culturelles un sous-ensemble des "savoirs traditionnels" – le sens de cette expression est également expliqué dans le glossaire. Très schématiquement, les expressions culturelles traditionnelles peuvent s'entendre d'une manière générale comme:

- Transmises d'une génération à la suivante, soit oralement, soit par imitation;
- Exprimant l'identité culturelle et sociale d'une communauté;
- Se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine d'une communauté;
- Élaborées par des "auteurs inconnus" et/ou des communautés et/ou particuliers collectivement reconnus comme ayant le droit, la responsabilité ou l'autorisation de le faire;
- Souvent créées à des fins spirituelles et religieuses; et,
- vi) Inscrites dans un processus permanent d'évolution, de développement et de récréation au sein de la communauté.

### *Les systèmes de propriété intellectuelle peuvent-ils protéger les expressions culturelles traditionnelles?*

Toutes les communautés peuvent ne pas nécessairement adopter une approche de leurs expressions culturelles traditionnelles qui soit fondée sur la protection de droits exclusifs, mais elles n'en sont pas moins opposées à l'utilisation non autorisée de ces expressions culturelles et s'insurgent plus particulièrement contre cette utilisation non autorisée lorsqu'elle poursuit des fins commerciales ou a un caractère dégradant.

Les mesures de protection de la propriété intellectuelle en vigueur peuvent être utiles pour prévenir ces cas d'utilisation impropre et d'appropriation illicite, en particulier pour les peuples et communautés qui cherchent principalement à prévenir l'utilisation non autorisée de leurs productions créatives et à exploiter commercialement leurs arts créatifs et les adaptations contemporaines de leurs expressions culturelles traditionnelles<sup>28</sup>.

On trouvera ci-après des exemples de cas de protection possible, sur lesquels on reviendra plus en détail dans la deuxième partie:

- Les photographies, enregistrements sonores et films qui fixent les pratiques et savoirs coutumiers des communautés autochtones et traditionnelles sont souvent protégés par la législation sur le droit d'auteur et/ou les droits connexes et, en tant que tels, offrent une forme indirecte de protection aux expressions culturelles traditionnelles. Ces dérivés de ces expressions culturelles peuvent profiter de l'existence de droits et de responsabilités en matière d'accès, d'utilisation et de reproduction.
- Les expressions contemporaines des cultures traditionnelles sont également protégées par le droit d'auteur si elles satisfont aux critères de protection requis<sup>29</sup>.

27 Aux fins de la présente publication, la description pratique de l'OMPI est utilisée. Il convient de noter que le terme "expressions culturelles traditionnelles" a remplacé, à l'OMPI, le terme controversé, bien que plus concis, de "folklore".

28 Il n'a pas été fait souvent appel à la propriété intellectuelle pour protéger les expressions culturelles traditionnelles, en dépit des possibilités qu'elle offre. Comme l'a fait observer en 2001 le groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes, "(l)es ressources qu'offre la propriété intellectuelle n'ont pas été suffisamment exploitées par les détenteurs de savoirs traditionnels du domaine de la culture, ni par les entreprises (petites et moyennes) constituées par ceux-ci." (exposé de position soumis à l'IGC en 2001 par le GRULAC (groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes), WIPO/GRTKF/IC/1/5, annexe II, page 2).

29 Voir, par exemple, T. Janke, WIPO, "Le respect de la culture: études de cas sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles", publication de l'OMPI n° 781; OMPI, "Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore", publication de l'OMPI n° 785, pp. 35 à 44. Pour une application de ces principes en droit chinois, voir, par exemple, L'administration locale du village de Sipai du groupe ethnique hezhe, province du Heilongjiang c. Guo Song et Télévision centrale chinoise et centre commercial de Beichen à Beijing, affaire n° 246, 2003, Tribunal populaire supérieur de Beijing.

- La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (la Convention de Berne)<sup>30</sup>, l'instrument par excellence sur le droit d'auteur, offre une protection spéciale au paragraphe 4 de l'article 15 pour les œuvres "non publiées" dont "l'identité de l'auteur est inconnue", disposition ajoutée à la convention pour traiter spécifiquement de la protection des expressions culturelles traditionnelles.
- Le droit de suite peut être un moyen de partager avec les artistes et leur communauté le produit de la revente par des maisons de vente aux enchères et des galeries d'œuvres autochtones et traditionnelles dérivées d'expressions culturelles traditionnelles. De fait, beaucoup d'œuvres d'artistes autochtones se revendent à des prix supérieurs<sup>31</sup>.

Les interprétations et exécutions des expressions culturelles traditionnelles sont protégées au niveau international par le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes<sup>32</sup> (WPPT).

Une protection par le droit d'auteur et une protection sur mesure existent pour les compilations et les bases de données d'expressions culturelles traditionnelles.

Les marques de certification et les marques collectives ainsi que les labels d'authenticité ont également été utilisés par des communautés autochtones, par exemple aux Tonga<sup>33</sup>, au Panama<sup>34</sup> et en Nouvelle-Zélande<sup>35</sup> pour endiguer la vente de faux objets d'arts créatifs traditionnels (ce qu'on appelle parfois le "fauxklore")<sup>36</sup>. Les Fidji, ainsi que d'autres pays qui peuvent avoir pris des initiatives analogues, réfléchissent aux moyens de concrétiser cette idée<sup>37</sup>.

Malgré tout, d'aucuns considèrent le système classique de la propriété intellectuelle non seulement comme incapable d'assurer une protection globale et appropriée des expressions culturelles traditionnelles, mais aussi comme néfaste à certains égards. Tout d'abord, les règlements relatifs à la propriété intellectuelle excluent la plupart des expressions culturelles traditionnelles en tant que telles de la protection, les reléguant à un "domaine public" non protégé. Ensuite, les créations ultérieurement dérivées des expressions culturelles traditionnelles peuvent bénéficier d'une protection en tant que propriété intellectuelle "nouvelle", conférant aux titulaires des droits (quels qu'ils puissent être) le droit exclusif de fixer les conditions dans lesquelles des tiers (y compris les communautés détentrices d'expressions culturelles traditionnelles elles-mêmes) peuvent utiliser ces expressions culturelles traditionnelles.

Qui plus est, les types de droits conférés par le droit de la propriété intellectuelle en vigueur et la nature de ces droits ne rendent pas compte des lois, valeurs et protocoles coutumiers associés aux expressions culturelles traditionnelles; il n'est peut-être pas possible pour le droit international d'en tenir compte, car ils sont souvent spécifiques aux communautés et varient d'une communauté à l'autre.

Il s'ensuit que nombre de parties prenantes préconisent l'adoption de nouveaux systèmes sui generis de protection des expressions culturelles traditionnelles, c'est-à-dire des systèmes "spéciaux" ou autonomes

30 Voir Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886), consultable à l'adresse [www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/pdf/trtdocs\\_wo001.pdf](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010). Au 26 février 2010, 164 pays étaient des parties contractantes à la Convention de Berne.

31 T. Janke, "Our Culture: Our Future, Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights" (1999), 209; Department of Communications, Information and the Arts, Report of the Contemporary Visual Arts and Craft Inquiry (2002), 166.

32 Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 1996. Voir [www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/) (dernière consultation le 14 avril 2010).

33 M. Talakai, "Tongan Cultural Expressions and Its Intellectual Property Challenges: Findings from a Survey on Intellectual Property and Safeguarding Cultural Heritage in the South Pacific and from PhD Dissertation Fieldwork in Tonga", communication présentée lors de la Conférence de l'Association de recherche des Tonga, tenue à Nuku'Alofa (Tonga) en juillet 2007, consultable à l'adresse [www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/resources.html](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/resources.html) (dernière consultation le 14 avril 2010).

34 L. C. R. de Davis, "Régimen Especial de Derechos de Propiedad Intelectual de los Indígenas de Panama", exposé présenté à la quatrième session de l'IGC de l'OMPI, tenue en décembre 2002, WIPO/GRTKF/IC/4/INF 4, [www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo\\_grtkf\\_ic\\_4/wipo\\_grtkf\\_ic\\_4\\_inf\\_4.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_inf_4.doc) (dernière consultation le 14 avril 2010).

35 Il convient de noter que Creative New Zealand n'investit plus dans la gestion et la promotion de toi iho™, une marque qui garantit la qualité et l'authenticité de l'art maori. Pour d'autres informations, voir [www.toiio.com/](http://www.toiio.com/) (dernière consultation le 26 février 2010).

36 Voir, d'une façon générale, OMPI, Analyse globale, op. cit. note 30. On notera toutefois que certaines études ont montré que même lorsque les personnes venues de l'extérieur savent qu'un objet n'est pas authentique, elles peuvent décider d'acheter l'article "d'imitation" meilleur marché plutôt que l'article "authentique" vendu plus cher. Le problème va effectivement bien au-delà de la sensibilisation des personnes venues de l'extérieur.

37 "Defining Fiji's Art", Living in Fiji, septembre-novembre 2006.

qui s'appliqueraient spécifiquement aux questions liées à ces expressions culturelles<sup>38</sup>. Plusieurs pays et organisations régionales ont d'ores et déjà adopté des lois et des mesures sui generis nationales et régionales. La plupart des pays l'ont fait en complétant leur législation sur le droit d'auteur, en s'inspirant largement des dispositions types de 1982. D'autres ont choisi de créer des lois et des systèmes autonomes assimilés à ceux qui relèvent de la propriété intellectuelle; c'est le cas des Philippines<sup>39</sup>, du Panama<sup>40</sup>, du Pérou, du Ghana, de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)<sup>41</sup>, de la Communauté andine, des pays insulaires du Pacifique Sud<sup>42</sup> et de la Nouvelle-Zélande, pour ne nommer que ceux-là<sup>43</sup>.

En bref, certains pays préconisent l'adoption d'une approche sui generis, tandis que d'autres considèrent que le droit de la propriété intellectuelle en vigueur offre un grand nombre de solutions et ne requiert que quelques changements, d'autres encore estimant que le mieux serait de faire jouer tout à la fois des mécanismes sui generis et le droit de la propriété intellectuelle en vigueur. Ces options sont étudiées, entre autres instances, à l'IGC de l'OMPI.

## 5. L'œuvre de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sous l'angle de la propriété intellectuelle et des expressions culturelles traditionnelles

### *Le Comité intergouvernemental*

À l'OMPI, la protection des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels contre l'appropriation illicite et l'utilisation impropre fait l'objet de programmes d'élaboration des politiques, d'établissement de normes et de renforcement des capacités. L'élaboration des politiques et l'établissement de normes sont du ressort de l'IGC.

Lors de l'Assemblée générale de l'OMPI de 2011, les États membres ont adopté un mandat précis pour orienter les travaux de l'IGC au cours des deux années suivantes. Ils ont décidé que ce comité poursuivrait les négociations en vue d'obtenir un accord sur le texte d'un ou de plusieurs instruments juridiques internationaux qui assureraient une protection efficace des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.<sup>44</sup>

Les négociations sur un texte prennent appui sur les travaux antérieurs de l'IGC, à savoir les documents de l'OMPI portant sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles. L'IGC doit présenter à la session de 2012 de l'Assemblée générale le texte d'un ou de plusieurs instruments juridiques internationaux capables d'assurer une protection efficace des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Ladite session se prononcerait alors sur la convocation d'une conférence diplomatique.

Au cours de sessions récentes, l'IGC a examiné des projets d'articles qui pourraient donner corps à des instruments sui generis relatifs aux expressions culturelles traditionnelles et aux savoirs traditionnels<sup>45</sup>. Cette

38 Ce type de système est utilisé pour compléter ou remplacer les régimes de propriété intellectuelle classiques. Il met l'accent sur les droits collectifs, la protection perpétuelle et l'absence de l'exigence de fixation.

39 Loi de 1997 sur les droits des peuples autochtones.

40 Le régime spécial de la propriété intellectuelle applicable aux droits collectifs des peuples autochtones aux fins de la protection et de la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels du Panama (2000) met en place un système d'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles. Un bureau spécial a été créé au sein de l'office national de la propriété intellectuelle pour approuver les demandes et tenir le registre. La procédure devant l'office de la propriété intellectuelle ne requiert pas les services d'un avocat et aucune redevance d'enregistrement n'est perçue.

41 Voir l'Accord de Bangui instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), révisé en 1999.

42 En vertu du Cadre régional du Pacifique Sud pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles (2002), les "propriétaires traditionnels" ont le droit d'autoriser ou d'empêcher, entre autres, l'adaptation, la transformation et la modification des expressions culturelles traditionnelles protégées. Un utilisateur extérieur doit obtenir leur consentement pour créer de nouvelles œuvres dérivées (œuvres basées sur une expression culturelle traditionnelle). Tous les droits de propriété intellectuelle sur les œuvres dérivées sont acquis par leurs auteurs, mais si une telle œuvre est utilisée à des fins commerciales, le titulaire de droits doit partager les bénéfices avec le propriétaire traditionnel, indiquer la source de l'expression culturelle traditionnelle et respecter les droits moraux sur cette expression.

43 Voir OMPI, Analyse globale, op. cit. note 30, pp. 35 à 55 et annexe. Voir aussi la base de données de l'OMPI sur les textes législatifs relatifs aux expressions culturelles traditionnelles à l'adresse <http://www.wipo.int/tk/en/laws/folklore.html> (dernière consultation le 14 avril 2010) et la Déclaration de Bandung sur la protection des expressions culturelles traditionnelles, des savoirs traditionnels et des ressources génétiques, consultable à l'adresse <http://www.ip-watch.org/files/Bandung%20Declaration.doc> (dernière consultation le 26 février 2010).

44 Pour les décisions complètes, voir [www.wipo.int/meetings/fr/doc\\_details.jsp?doc\\_id=189757](http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=189757).

45 Les projets en cours sont consultables à l'adresse [www.wipo.int/tk/fr/igc](http://www.wipo.int/tk/fr/igc) (dernière consultation le 23 novembre 2011).

approche de la protection pourrait reconnaître, entre autres choses, des intérêts collectifs dans des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles qui se rapportent d'une manière ou d'une autre à une identité culturelle distincte. Ces intérêts seraient respectés aussi longtemps qu'une communauté traditionnelle serait associée à un savoir traditionnel ou à une expression culturelle donné<sup>46</sup>.

Ces projets prévoient notamment le respect du principe du "consentement préalable, libre et en connaissance de cause" et la reconnaissance des lois et pratiques coutumières des peuples autochtones et des communautés traditionnelles. Conformément aux vues de nombre d'entre eux, les projets de dispositions n'exigent pas la revendication de nouveaux droits de propriété exclusifs sur les expressions culturelles traditionnelles ou les savoirs traditionnels, mais prennent en compte cette option, au cas où les communautés souhaiteraient s'en prévaloir. De même, l'enregistrement ou la fixation préalable des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels n'est pas une condition préalable à la protection.

Le projet d'articles<sup>47</sup> relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles aborde les exceptions et limitations à la protection selon des modalités analogues à celles suivies pour le droit d'auteur. En particulier, il prévoit que les mesures visant à protéger les expressions culturelles traditionnelles ne doivent pas s'appliquer aux utilisations de ces expressions lorsqu'il s'agit, notamment, de réaliser des enregistrements ou d'autres reproductions de ces dernières en vue de leur incorporation dans des archives ou un inventaire à des fins non commerciales de préservation du patrimoine culturel. Cette disposition autoriserait les professionnels de la culture à réaliser des reproductions d'expressions culturelles traditionnelles dans le cadre de leurs activités de constitution, de gestion et, en particulier, de conservation des archives<sup>48</sup>.

Le projet d'articles n'a aucun statut officiel et est une question controversée au sein de l'IGC, mais il expose certaines des perspectives et des approches qui inspirent les travaux dans ce domaine, et il pourrait suggérer des principes éventuels de protection des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels contre l'appropriation illicite et l'utilisation impropre. En fait, il constitue une référence pour divers débats de politique nationale, régionale et internationale et activités d'établissement de normes, y compris dans d'autres domaines d'intervention. Par exemple, l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO), l'OAPI, les pays de la région du Pacifique, les membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) et les pays des Caraïbes s'en sont inspirés.

### ***La signification de la "protection"***

L'activité de l'OMPI concerne le plus directement la protection des expressions culturelles traditionnelles au sens juridique, c'est-à-dire la protection de la créativité et du caractère distinctif intrinsèques à ces expressions culturelles contre l'utilisation non autorisée ou illégitime par des tiers, y compris l'appropriation illicite, l'utilisation impropre, la déformation et l'utilisation dégradante ou insultante à des fins commerciales. Les objectifs de la protection par le droit d'auteur, par exemple, sont pour l'essentiel de promouvoir la créativité, d'encourager la diffusion auprès du public et de permettre au détenteur de droits de contrôler l'exploitation commerciale de l'œuvre.

Il convient toutefois de noter que tous les États membres de l'OMPI ne pensent pas que les expressions culturelles traditionnelles devraient être "protégées" au sens du droit de la propriété intellectuelle susvisé. On n'a toujours pas apporté de réponse à des questions importantes, telles que celle de savoir qui doit détenir les droits sur les expressions culturelles traditionnelles.

46 Certaines des communautés qui ont le sentiment d'être associées à des (collections d') expressions culturelles traditionnelles ont un lien essentiellement historique avec elles, tandis que d'autres revendiquent toujours comme leurs les valeurs dont sont porteuses les expressions culturelles traditionnelles, valeurs qui dans bien des cas illustrent des éléments de leurs expressions culturelles traditionnelles immatérielles et/ou produisent des éléments de leurs expressions culturelles traditionnelles matérielles.

47 Le projet de dispositions, WIPO/GRTKF/IC/9/4, est consultable à l'adresse [www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_9/wipo\\_grtkf\\_ic\\_9\\_4.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_4.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010).

48 Projet de dispositions, article 5.a)iii). Il convient de noter que l'on n'a pas encore tranché la question de savoir si la réalisation de ces enregistrements correspondait à l'intérêt des communautés autochtones et traditionnelles. D'aucunes font valoir que le fait de demander le consentement préalable et en connaissance de cause est plus conforme au droit coutumier et peut aider à forger de meilleures relations.

La “protection” au sens de la propriété intellectuelle se distingue de la “sauvegarde” ou de la “préservation” du patrimoine culturel et des expressions culturelles, mais peut les compléter. Dans le contexte du patrimoine culturel, la préservation et la sauvegarde s’entendent généralement du recensement, de la fixation, de la transmission, de la revitalisation et de la promotion du patrimoine culturel matériel ou immatériel afin d’en assurer l’entretien et la viabilité. La protection peut donc inclure la sauvegarde contre la perte par le biais de l’archivage, de la fixation et de l’enregistrement. Elle peut impliquer la reconnaissance et l’application de l’ensemble des droits collectifs et individuels qui sont liés aux expressions culturelles traditionnelles et à leur environnement culturel et juridique. Enfin, elle peut nécessiter un renforcement des capacités pour appuyer la créativité traditionnelle et les communautés et les structures sociales qui alimentent et expriment cette créativité.

En matière de sauvegarde et de préservation du patrimoine culturel immatériel, un travail précieux est réalisé dans le cadre de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l’Organisation des Nations Unies pour l’éducation, la science et la culture (UNESCO) de 2003 et de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l’UNESCO de 2005.

### LA SMITHSONIAN INSTITUTION ET SON GLOBAL SOUND PROJECT<sup>49</sup>

Lancé en 2005, le Global Sound Project de la Smithsonian<sup>50</sup>, qui est une initiative du Smithsonian Center for Folklife and Cultural Heritage, vise à rendre la musique traditionnelle mondialement accessible sur l’Internet. Les collections détenues par ce projet sont l’intégralité de la collection Smithsonian Folkways et des contenus émanant de services d’archives partenaires, à savoir notamment la Bibliothèque internationale de musique africaine (ILAM), en Afrique du Sud, l’Archives and Research Center for Ethnomusicology of the American Institute for Indian Studies (ARCE), en Inde, et l’Aga Khan Music Initiative for Central Asia de l’Aga Khan Trust for Culture (Central Asia); d’autres suivront. Les services d’archives collaborant au projet ont placé certaines parties de leurs collections sur le site Web, à savoir celles pour lesquelles une autorisation a pu être obtenue et auxquelles un accès gratuit a pu être offert<sup>51</sup>.

Les composantes interactives du projet ont fait dire qu’il était “la réponse ethnographique à iTunes”<sup>52</sup>. Afin de pouvoir utiliser un enregistrement, au lieu simplement de le télécharger, il faut remplir un “formulaire de demande d’autorisation”. La clause essentielle est toutefois que “les autorisations sont accordées au cas par cas lorsque la Smithsonian Institution le juge opportun. Une redevance peut être prélevée en fonction de la nature de l’utilisation projetée.” La Smithsonian Institution interdit expressément la copie de tout matériel (fichiers textes et images, clips audio et vidéo) à partir du site Web, excepté aux fins de l’“usage loyal” défini par la législation des États-Unis d’Amérique sur le droit d’auteur. Le site assure que “(l)es droits d’auteur sont versés aux artistes et aux institutions, dans le respect des droits de propriété intellectuelle des compositeurs, des musiciens et des producteurs.” En d’autres termes, les recettes tirées de la vente des fichiers téléchargés et des abonnements financent la création de nouveaux contenus éducatifs et sont partagées avec les services d’archives partenaires, qui en remettent une partie aux artistes et aux communautés<sup>53</sup>.

49 Voir le Global Sound Project de la Smithsonian, étude de cas de l’OMPI, consultable à l’adresse [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/smithsonian\\_project.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/smithsonian_project.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010).

50 Voir [www.smithsonianglobalsound.org/](http://www.smithsonianglobalsound.org/) (dernière consultation le 10 mars 2010).

51 La plus grande partie de la collection était initialement constituée d’enregistrements longue durée réalisés par Folkways Records à la Bibliothèque internationale de musique africaine et déjà “préapprouvés” pour diffusion sur l’Internet. Il n’a pas été jugé souhaitable de placer l’intégralité des collections en ligne.

52 B. Braiker; Newsweek; 10 juin 2005.

53 Voir M. Skrydstrup, Towards IP Guidelines and Best Practices for Recording and Digitizing Intangible Cultural Heritage: A Survey of Codes, Conduct and Challenges in North America, OMPI, 2006, consultable à l’adresse [www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/skrydstrup\\_report.pdf](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/skrydstrup_report.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010).

### ***Propriété intellectuelle et expressions culturelles traditionnelles: le contexte des appropriations illicites***

Au nombre des questions principales sur lesquelles se sont penchés aussi bien les porte-parole autochtones et traditionnels que les spécialistes figurent celles-ci: quand l'utilisation d'une expression culturelle traditionnelle est-elle un emprunt interculturel légitime? Quand est-elle une "appropriation illicite"<sup>54</sup>?

L'exemple d'appropriation illicite ayant le plus défrayé la chronique est peut-être le CD à succès de "Deep Forest" produit en 1992, qui fusionnait des échantillons numériques de musique du Ghana, des Îles Salomon et de communautés "pygmées" d'Afrique avec des rythmes de danse dite "techno-house"<sup>55</sup>. Les bénéfices produits par la vente de ce disque ont été importants, sans que les musiciens traditionnels touchent quoi que ce soit et sans que la source soit mentionnée. Les producteurs avaient eu accès à la musique dans un service d'archives du patrimoine culturel où les ethnomusicologues qui l'avaient enregistrée avaient déposé leurs enregistrements.

Autre exemple: les T-shirts représentant des peintures sur roches des aborigènes d'Australie, dont la fabrication a été stoppée à la suite d'une lettre d'une institution culturelle exigeant qu'il y soit mis fin pour cause d'atteinte au droit d'auteur<sup>56</sup>. L'auteur des peintures restait inconnu et leur âge rendait peu probable qu'un droit d'auteur sur les peintures elles-mêmes soit encore en vigueur, mais le droit d'auteur subsistait bel et bien sur les dessins et photographies réalisés à la fin des années 60 et au début des années 70 par un chercheur financé par l'institution culturelle en question, Eric Joseph Brandl. La réalisation des dessins et la prise des photographies avaient bien créé de nouveaux droits d'auteur opposables aux tiers. L'institution culturelle avait publié ces dessins et photographies en 1973 sous forme d'un livre<sup>57</sup>. Les images des sites de peintures sur roches étant rares et le site lui-même n'étant pas accessible au public, il était hautement probable que les fabricants des T-shirts avaient copié les images des peintures sur roches directement de cette publication<sup>58</sup>. L'institution et la veuve de M. Brandl ont adressé une lettre à la société qui fabriquait les T-shirts et celle-ci a immédiatement accepté d'en arrêter la production. Le litige a été réglé au bout d'une longue négociation.

Une autre question qui se pose est celle de savoir qui doit bénéficier de la protection des expressions culturelles traditionnelles. En fait, on a fait valoir que, puisque la créativité est en grande partie dérivée, les expressions culturelles traditionnelles sont la résultante d'échanges culturels séculaires, ce qui rend difficile de délimiter ce qui appartient à une communauté culturelle et ce qui appartient à une autre. Cela rend d'autant plus difficile d'identifier une communauté unique de "propriétaires" dans le cas des expressions culturelles traditionnelles utilisées par plusieurs groupes culturels.

Ces questions sont légitimes, mais les réponses à y apporter doivent tenir compte du lien important qui existe entre les expressions culturelles traditionnelles, les pratiques culturelles et la manière dont les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ont approfondi leur connaissance du monde naturel.

Le pouvoir politique tient une place déterminante s'agissant de comprendre comment ont pu s'instaurer des relations qui dépossédaient les peuples autochtones et les communautés traditionnelles de leurs terres et dénigraient leurs modes de vie<sup>59</sup>. L'ensemble de la question des expressions culturelles traditionnelles ne peut se comprendre en dehors de l'histoire de la colonisation, de la dépossession et des dénis de souveraineté. À l'heure actuelle, cette histoire fait naître des questions pressantes tenant à l'identité, à la préservation de la culture et à la survie culturelle. Elle est également source de tensions découlant des différences aux niveaux des échelles de valeurs et des logiques de l'utilisation des connaissances et de

54 Pour des exemples d'appropriation illicite, voir *Le respect de la culture*, op. cit. note 30.

55 Voir Sandler, Felicia, "Music of the Village in the Global Marketplace – Self-Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?" thèse de doctorat, Université du Michigan, 2001, pages 58 et 59. Voir aussi Mills, "Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation" 1996 *Yearbook for Traditional Music*, 28 (1996), 57 à 85.

56 Voir *Le respect de la culture*, op. cit. note 30, étude de cas 6.

57 E. J. Brandl, *Australian Aboriginal Paintings in Western and Central Arnhem Land: Temporal Sequences and Elements of Style in Cadell and Deaf Adder Creek Art*, Aboriginal Studies Press, Canberra 1973.

58 Les fabricants des T-shirts ne l'ont jamais reconnu.

59 On notera que l'inégalité et l'oppression ne sont pas propres aux relations entre les pays et les peuples autochtones. Les inégalités observées aux niveaux des classes sociales, de la hiérarchie culturelle, de l'appartenance ethnique et de l'éducation exercent également une profonde influence sur les collections non autochtones.

l'échange culturel. Le processus de prise en compte du poids de cette histoire et de son importance pour les expressions culturelles traditionnelles de notre temps n'est pas achevé.

## 6. Les objectifs et la nature de la présente publication

Par le biais d'exemples et d'analyses, la présente publication se penche sur les domaines du patrimoine culturel et du droit de la propriété intellectuelle et de la politique en matière de propriété intellectuelle afin d'éclairer les questions que pose la gestion par les musées, les bibliothèques, les services d'archives et les autres institutions culturelles des collections, des documents et des enregistrements se rapportant aux expressions culturelles traditionnelles. Elle étudie le rôle, les responsabilités et les diverses activités des musées, des bibliothèques et des services d'archives qui soulèvent des aspects liés à la propriété intellectuelle et aux expressions culturelles traditionnelles.

Elle expose les questions de propriété intellectuelle que peuvent soulever l'acquisition, la préservation, la présentation, la communication et la réutilisation d'expressions culturelles traditionnelles et d'éléments du patrimoine culturel.

Elle a pour fil conducteur l'interface entre la préservation, la protection et la promotion des expressions culturelles traditionnelles, matérielles comme immatérielles. Les institutions culturelles détiennent généralement i) des expressions matérielles (produits des arts et de l'artisanat) et ii) des matérialisations (photographies, films, enregistrements audio et audiovisuels, transcriptions, descriptions) d'expressions et de pratiques matérielles et immatérielles<sup>60</sup>. Elles ne détiennent pas – en tant que telles – d'expressions culturelles traditionnelles immatérielles; ce qu'elles peuvent être amenées à faire, c'est inviter les communautés à mettre en scène dans leurs locaux des pratiques, expressions ou représentations immatérielles<sup>61</sup>.

L'OMPI a récemment publié un Guide OMPI de gestion de la propriété intellectuelle à l'intention des musées<sup>62</sup>, qui présente une synthèse des questions de propriété intellectuelle sous l'angle des débouchés commerciaux pour les musées. Les lecteurs de la présente publication sont vivement encouragés à consulter ce guide. Ils n'y trouveront pas d'indications spécifiques en matière de traitement ou de sauvegarde des expressions culturelles traditionnelles, mais il expose diverses situations et tâches concrètes qui sont le lot quotidien des professionnels des musées. La présente publication s'inscrit dans le prolongement de ce travail en abordant spécifiquement les questions juridiques et éthiques de propriété intellectuelle associées aux expressions culturelles traditionnelles.

Le droit de la propriété intellectuelle fonde un équilibre entre la protection des droits conférés aux créateurs (dans le souci de stimuler leur créativité) et la défense des intérêts du public<sup>63</sup>, qui entend tirer un bénéfice et des enseignements de cette activité (dans le but de faire avancer, d'éduquer et d'inspirer l'ensemble de la société).

L'équilibre instauré par le droit de la propriété intellectuelle est souvent difficilement conciliable avec les droits des dépositaires de traditions. De fait, tels qu'ils existent actuellement, les droits de propriété intellectuelle n'ont pas été conçus du point de vue des expressions culturelles traditionnelles. Dans une optique de politique générale, les lois relatives à la propriété intellectuelle ne prennent généralement pas en compte les besoins, préoccupations et aspirations des peuples autochtones et des communautés traditionnelles<sup>64</sup>. L'équilibre réalisé diffère selon les juridictions nationales, dont certaines, au demeurant, ne reconnaissent pas du tout les droits de propriété intellectuelle des dépositaires de traditions.

60 Les expressions matérielles étaient et sont le plus souvent produites au sein des communautés (et le plus souvent recueillies par des personnes étrangères à ces communautés) et les matérialisations d'expressions et pratiques matérielles et immatérielles étaient auparavant produites essentiellement par des personnes étrangères. Les expressions matérielles peuvent être fixées, reproduites ou copiées et diffusées; les matérialisations d'expressions immatérielles peuvent être copiées et diffusées. Tous ces éléments peuvent être étudiés, commentés, utilisés et présentés à l'aide de supports d'information de types variés (livres, brochures, sites Web, bases de données, etc.).

61 On trouvera de précieux exemples de mise en scène de pratiques traditionnelles par et pour les communautés elles-mêmes utilisant des objets détenus par les musées in Miriam Clavir, *Preserving what is valued: museums, conservation, and First Nations*, Univ. British Columbia Press, 2002.

62 Guide OMPI de gestion de la propriété intellectuelle à l'intention des musées, *op. cit.* note 3.

63 Voir, par exemple, les préambules du WCT et du WPPT, qui font une distinction entre les droits des auteurs et l'intérêt public général. Voir [www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/) et [www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/) (dernière consultation le 14 avril 2010).

64 D'aucuns préconisent d'adapter le droit de la propriété intellectuelle aux nouvelles réalités culturelles et économiques découlant du processus de décolonisation. L'équilibre est appelé à être réévalué compte tenu de l'évolution du contexte culturel de la mondialisation.

Les appels au renforcement de la protection des expressions culturelles traditionnelles aux niveaux international, régional et national ont débouché sur un débat complexe qui porte notamment sur la validation et l'analyse des concepts fondamentaux. Des objectifs et des modalités de réalisation de ces objectifs sont en cours d'établissement.

La présente publication ne cherche pas à promouvoir des conceptions particulières ni à imposer certaines solutions pour les questions qui y sont soulevées. Elle se propose de présenter des informations sur les pratiques actuelles et leur lien avec les principes et lois relatifs à la propriété intellectuelle et de mettre en évidence les incidences que ces pratiques ont eues sur les expressions culturelles traditionnelles et sur les communautés et les dépositaires de traditions et les institutions qui revendiquent un lien avec celles-ci. Elle vise non seulement à faciliter le règlement des problèmes particuliers que les institutions culturelles peuvent rencontrer, mais également à montrer que le renforcement des relations est indispensable à la gestion des expressions culturelles traditionnelles et pourra être bénéfique pour toutes les parties à l'avenir.

Face aux lacunes constatées en matière de traitement juridique de ces collections, la présente publication a pour fonction d'aborder une série de questions avec lesquelles les institutions culturelles sont actuellement aux prises en ce qui concerne la gestion de leurs collections, à savoir:

- Qu'entend-on par expressions culturelles traditionnelles?
- Quelles sont les lois relatives à la propriété intellectuelle qui s'appliquent spécifiquement aux institutions culturelles et autres dépositaires d'expressions culturelles traditionnelles?
- Quelles questions de propriété intellectuelle spécifiques les expressions culturelles traditionnelles soulèvent-elles?
- Quelles méthodes de gestion peut-on appliquer aux expressions culturelles traditionnelles?
- De quelles options dispose-t-on en cas de litige?
- Quelles pratiques rationnelles pourrait-il y avoir intérêt à imiter?

La présente publication traite de la législation sur le droit d'auteur et les droits connexes, évoque le droit des marques tel qu'actuellement en vigueur et interprété dans divers pays et renvoie à d'autres lois relatives à la propriété intellectuelle pertinentes sous l'angle des expressions culturelles traditionnelles.

Elle établit des parallèles entre le traitement des expressions culturelles traditionnelles et celui d'autres biens culturels, comme l'art contemporain. Prenant appui sur la recherche et l'analyse empiriques conduites par l'OMPI dans le cadre du projet relatif au patrimoine créatif, elle ne vise pas à codifier des pratiques ni à proposer ou élaborer des directives normatives ou contraignantes; elle présente plutôt des informations sur les politiques et pratiques actuelles dans le but de favoriser la discussion et d'encourager la réflexion critique sur la propriété intellectuelle et les options existant en matière de gestion des expressions culturelles traditionnelles.

Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles du monde peuvent ne pas poursuivre les mêmes objectifs. On relève en fait une très grande diversité parmi les dépositaires de traditions de toutes cultures sous l'angle des lois coutumières et celui des besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle<sup>65</sup>. À cette fin, la présente publication invite à se demander comment le secteur des institutions culturelles pourrait reconnaître comme légitimes et accepter les attentes et les aspirations des dépositaires de traditions s'agissant de préserver leur patrimoine culturel et de renouer avec lui.

65 Voir l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones pour une indication de la diversité des histoires, des lois, des préoccupations et des attentes en matière de justice. On notera que les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ne parlent pas toujours d'une seule voix. Les communautés qui pourraient être caractérisées par une série distincte d'expressions culturelles traditionnelles ne sont pas toujours homogènes pour ce qui est des opinions, des aspirations et des revendications en matière de propriété, d'exploitation et d'autres aspects des expressions culturelles traditionnelles. Il arrive que les institutions culturelles soient confrontées à des revendications contradictoires émanant d'une même communauté. De plus, bien des communautés naguère "traditionnelles" sont le théâtre de processus d'individualisation galopante. C'est ainsi que l'on peut voir des individus revendiquer la propriété de telle ou telle expression culturelle traditionnelle qui avait de tout temps été considérée comme appartenant à l'ensemble de la communauté concernée ou est toujours considérée comme telle par certains de ses membres, et revendiquer les droits sur ladite expression culturelle traditionnelle.



## DEUXIÈME PARTIE. PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES: QUESTIONS PROPRES AUX MUSÉES, AUX BIBLIOTHÈQUES ET AUX SERVICES D'ARCHIVES

La deuxième partie explore la législation sur le droit d'auteur et les droits connexes, le droit des marques et le droit des indications géographiques.

Le droit d'auteur et les droits connexes sont les aspects de la propriété intellectuelle qui intéressent le plus les musées, les services d'archives, les bibliothèques et les autres institutions culturelles. Une fois qu'une création est publiée, donnée ou vendue à autrui, il devient possible de facto, sinon toujours légalement, pour autrui de l'utiliser: le droit d'auteur est le droit d'un auteur de contrôler l'utilisation de ses œuvres.

La présente section expose les concepts fondamentaux liés au droit d'auteur et aux droits connexes. Après avoir donné un aperçu des principes juridiques de base, elle analyse les questions que posent souvent la sauvegarde et la protection des expressions culturelles traditionnelles.

À mesure que les institutions culturelles se multiplient et mettent en œuvre des stratégies créatives pour attirer le public à leurs expositions, les questions de droit d'auteur prennent toute leur importance. Tout d'abord, la situation de ces institutions à ceci de particulier qu'elles sont à la fois des titulaires de droit d'auteur (sur les catalogues et les CD vendus au public, par exemple) et des utilisatrices du droit d'auteur (sur les peintures ou les enregistrements sonores qu'elles reproduisent pour réaliser ces catalogues et ces CD, par exemple). D'un point de vue financier, elles peuvent tirer certaines recettes de l'utilisation appropriée de la législation sur le droit d'auteur.

La deuxième section de la présente partie examine les marques et les noms de domaine dans la mesure où ils intéressent eux aussi la gestion des expressions culturelles traditionnelles et concernent également certains produits et services offerts par les musées, les bibliothèques et les services d'archives.

La dernière section est consacrée aux indications géographiques.

### DROIT D'AUTEUR

Il n'existe pas de protection internationale par le droit d'auteur en tant que telle. La législation sur le droit d'auteur a un caractère et un champ d'application nationaux. Dans bien des cas, les questions liées au couple droit d'auteur-expressions culturelles traditionnelles sont donc propres à un pays. Certaines législations nationales présentent des analogies, mais on relève un grand nombre de différences importantes qui doivent être soulignées.

La législation anglo-américaine sur le droit d'auteur remonte à 1710 avec le Statute of Anne, tandis que le point de départ de la législation d'Europe continentale en la matière est souvent attribué à la Révolution française de la fin du XVIIIe siècle.

Quelles que soient les origines de cette législation, la plupart des pays sont parties à la Convention de Berne, et forment à ce titre l'Union de Berne<sup>66</sup>. La Convention de Berne établit des normes minimales de protection entre États signataires.

Le paragraphe 1) de l'article 5 énonce le principe du "traitement national", suivant lequel les droits d'un auteur sont respectés dans un autre pays de l'Union de Berne comme si l'auteur était un ressortissant de ce pays<sup>67</sup>. Par exemple, les œuvres d'auteurs turcs sont protégées par le droit d'auteur suisse en Suisse et vice versa, car la Turquie et la Suisse sont toutes deux signataires de la Convention de Berne.

De même, nombre de pays sont membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et sont de ce fait liés par l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)<sup>68</sup>. L'Accord sur les ADPIC fixe pour la plupart des formes de propriété intellectuelle des normes minimales de protection qui s'appliquent également à tous les États Membres de l'OMC<sup>69</sup>.

Venant s'ajouter à la Convention de Berne et à l'Accord sur les ADPIC, le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) – conclu en 1996 – a fait entrer la législation internationale sur le droit d'auteur dans l'ère numérique<sup>70</sup>.

Il convient également de mentionner les accords régionaux et bilatéraux; c'est ainsi, par exemple, que l'Accord de Bangui de 1977 a institué l'OAPI. Par ailleurs, certains accords de libre-échange comportent des clauses relatives à la propriété intellectuelle.

La Convention de Berne protège les "œuvres littéraires et artistiques", qui comprennent "toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique". Les expressions culturelles traditionnelles comprennent souvent des "productions du domaine littéraire, scientifique et artistique" (par exemple, ces expressions peuvent se manifester sous forme de peintures, de musique, de dessins ou de sculptures) et peuvent, à ce titre, constituer des objets de protection par le droit d'auteur.

Lorsque la situation le permet, la protection conférée par la législation sur le droit d'auteur peut être adaptée aux besoins et aux objectifs des peuples autochtones et des communautés traditionnelles.

Pourtant, il est fréquent que ces peuples et ces communautés ne soient pas les titulaires du droit d'auteur de la plus grande partie des expressions culturelles traditionnelles détenues par les musées, les bibliothèques et les services d'archives et que, par conséquent, leur capacité de négocier au sujet des questions d'accessibilité, d'utilisation, de propriété et de contrôle de ces collections soit limitée<sup>71</sup>.

Le droit d'auteur recouvre généralement des droits patrimoniaux et des droits moraux. Les "droits connexes" représentent une catégorie spéciale de droits voisins du droit d'auteur.

## POINTS ESSENTIELS

La législation sur le droit d'auteur a un caractère et un champ d'application nationaux. Dans bien des cas, les questions liées au couple droit d'auteur-expressions culturelles traditionnelles sont donc propres à un pays.

Il est fréquent que les dépositaires de traditions ne soient pas les titulaires du droit d'auteur et des droits connexes sur les enregistrements, les films ou les manuscrits incorporant leurs expressions culturelles traditionnelles qu'ils n'ont pas réalisés eux-mêmes.

66 Voir la Convention de Berne, *op. cit.* note 31. Au 26 février 2010, 164 pays étaient des parties contractantes à la Convention de Berne.

67 Il convient de garder à l'esprit la disposition du paragraphe 8) de l'article 7 de la Convention de Berne concernant la durée de la protection, disposition qui constitue une dérogation au principe du traitement national. Ce paragraphe est ainsi libellé: "Dans tous les cas, la durée sera réglée par la loi du pays où la protection sera réclamée; toutefois, à moins que la législation de ce dernier pays n'en décide autrement, elle n'excédera pas la durée fixée dans le pays d'origine de l'oeuvre." Telle est la règle, sauf si un pays indique expressément qu'il applique le traitement national.

68 L'Accord sur les ADPIC est l'annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech (Maroc) le 15 avril 1994.

69 Au 26 février 2010, 153 pays étaient membres de l'OMC.

70 Au 26 février 2010, le WCT comptait 88 parties contractantes.

71 J. Anderson, *Access and Control of Indigenous Knowledge in Libraries and Archives: Ownership and Future Use*, *op. cit.* note 6.

## 1. Objets de protection: qu'est-ce que le droit d'auteur protège et qu'est-ce qu'il ne protège pas?

La liste des éléments susceptibles d'être protégés peut varier d'un pays à l'autre. Cela a son importance précisément parce que certaines des questions concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles sont explicitement liées à la définition que l'on donne d'un objet protégeable.

En général, la protection par le droit d'auteur couvre les œuvres littéraires (romans, poèmes, pièces de théâtre, journaux, programmes d'ordinateur), scientifiques et artistiques (peintures, dessins, photographies, sculptures, œuvres architecturales, publicités) originales, quelle que soit la forme d'expression. Les législations relatives au droit d'auteur peuvent donc s'appliquer à des œuvres diverses, comme par exemple des films, des compositions musicales, des œuvres chorégraphiques et des cartes.

Habituellement, la protection par le droit d'auteur ne s'étend pas aux aspects fonctionnels, à des éléments de formule ou à d'autres éléments non originaux des œuvres, tels que des couleurs ou des techniques utilisées pour créer une œuvre, ni à ce qu'on appelle parfois le "style" d'une œuvre<sup>72</sup>. Le droit d'auteur permet d'imiter les éléments non originaux ou les idées et notions sous-jacentes des œuvres, permettant ainsi à la créativité et à l'innovation de se développer de manière cumulative.

### POINTS ESSENTIELS

- Le droit d'auteur confère aux auteurs des droits exclusifs sur leurs œuvres littéraires et artistiques.
- Le droit d'auteur comprend des droits patrimoniaux et, selon les pays, des droits moraux.
- Les législations relatives au droit d'auteur s'appliquent à des œuvres diverses, notamment des œuvres littéraires (romans, poèmes, pièces de théâtre, journaux, programmes d'ordinateur), des films, des compositions musicales, des œuvres chorégraphiques et des cartes, ainsi que des œuvres artistiques (peintures, dessins, photographies, sculptures, œuvres architecturales).

### Originalité

Pour être protégée par le droit d'auteur, une œuvre doit être originale. Ce terme n'est pas défini dans les instruments internationaux pertinents et il ne l'est généralement pas non plus dans les législations nationales. C'est une notion qu'il appartient aux tribunaux d'interpréter et d'apprécier dans chaque cas d'espèce.

Dans la tradition civiliste, d'une façon générale, une œuvre est originale si elle est le reflet ou porte l'empreinte de la personnalité de son créateur et/ou de son talent créatif personnel. Dans la tradition de common law, d'une façon générale, une œuvre est originale si elle implique un certain effort intellectuel et si elle ne constitue pas une copie de l'œuvre d'autrui<sup>73</sup>. Dans les pays de *common law* (aux États-Unis d'Amérique, par exemple<sup>74</sup>), un degré relativement faible de créativité suffit à satisfaire au critère d'originalité.

Dans le domaine artistique, l'originalité d'une œuvre est souvent contestée lorsque le degré de la contribution d'un créateur à une œuvre est perçu comme minimal. On en a un exemple classique avec la Fontaine de Marcel Duchamp (1917), un urinoir "ready-made" (pré-fabriqués) en porcelaine placé en position

72 D'autres branches de la propriété intellectuelle peuvent être plus utiles pour protéger le "style" d'une œuvre, telles que les dispositions du droit relatif à la responsabilité civile délictuelle qui concernent le délit de substitution de biens et de services. Cette forme de droit protège la réputation d'un commerçant contre une déclaration mensongère qui porte préjudice à la réputation. Elle empêche une personne de faire passer ses biens et services pour ceux d'une autre personne, et empêche également une personne de prétendre que ses biens ou services sont associés ou liés à ceux d'une autre personne quand cela n'est pas vrai. Voir l'article de Wikipedia "Passing Off": [http://en.wikipedia.org/wiki/Passing\\_off](http://en.wikipedia.org/wiki/Passing_off) (dernière consultation le 10 mars 2010).

73 Il convient de mentionner que l'originalité en matière de droit d'auteur ne signifie pas la même chose que la "nouveau" telle qu'elle est entendue en droit des brevets, qui exige que l'objet revendiqué n'ait pas été divulgué avant la date du dépôt (ou date de priorité) de la demande de brevet.

74 Voir, p. ex., l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans l'affaire *Feist Publications, Inc., c. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) [La condition sine qua non du droit d'auteur est l'originalité. Toutefois, le niveau de créativité exigé est extrêmement bas. Il suffit qu'une œuvre manifeste un "éclair" ou un "degré minimal" de créativité pour être protégeable], et la décision rendue par la Cour fédérale de l'Australie dans l'affaire *Desktop Marketing Systems Pty Ltd c. Telstra Corporation Limited* [2002] FCAFC 112 (15 mai 2002) [La common law confère traditionnellement le droit d'auteur sur des répertoires et autres "listes" en se basant sur le critère de l'effort intellectuel, indépendamment de tout élément "créatif" dans la configuration de la liste ou du choix de ses entrées].

renversée sur un piédestal, que l'artiste a présenté à la première exposition annuelle de la Société des artistes indépendants. Si, pour les experts, il s'agit de l'œuvre d'art moderne la plus importante de tous les temps<sup>75</sup>, on peut se demander si c'est une œuvre d'art originale aux fins de la protection par le droit d'auteur, dans la mesure où elle ne consiste qu'en un objet existant déjà.

Ce qui constitue l'"originalité" est également contesté dans le domaine de l'"art d'appropriation" ou de la "créativité cumulative". À titre d'exemple, on peut mentionner les cas où un créateur élabore une œuvre en utilisant, en "reprenant" ou en développant des éléments d'une œuvre existante afin de créer une œuvre "nouvelle". "Il peut s'agir d'images, de formes ou de styles empruntés à l'histoire de l'art ou à la culture populaire, ou d'éléments et de techniques empruntés à des contextes non artistiques"<sup>76</sup>. On en a un exemple avec l'œuvre de Cory Arcangel, lequel a considérablement ralenti le jeu vidéo Tetris®, originellement créé en 1984 par Alexey Pajitnov, membre de ce qui était alors l'Académie des sciences de l'Union des républiques socialistes soviétiques (URSS) à Moscou<sup>77</sup>, et a revendiqué un droit d'auteur sur l'œuvre nouvelle.

Dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles, l'"originalité" soulève un certain nombre de questions. Les formes contemporaines des expressions culturelles traditionnelles réalisées par les générations actuelles et puisant leur inspiration dans des formes et pratiques artistiques autochtones ou traditionnelles peuvent être protégées en tant qu'œuvres, dès l'instant qu'elles sont considérées comme "originales" en vertu de la législation sur le droit d'auteur<sup>78</sup>. Il peut également s'agir de formes d'adaptations, ou d'"œuvres dérivées", qui sont des œuvres basées sur une ou plusieurs œuvres existantes. Les traductions, les films tirés de récits oraux et les reproductions originales d'œuvres d'art en sont des exemples.

Si les seuils peu élevés d'originalité permettent à nombre d'artistes de puiser dans leurs pratiques artistiques traditionnelles, il est également assez facile pour les artistes non traditionnels et non autochtones de produire des œuvres d'imitation et de faire valoir que leurs produits sont originaux aux fins de la loi sur la législation sur le droit d'auteur<sup>79</sup>. En d'autres termes, la notion d'originalité au regard de la loi sur le droit d'auteur n'établit pas de distinction entre les expressions culturelles traditionnelles qui sont transmises dans une communauté, dans le cadre de la préservation de la culture, et les utilisations illicites de ces expressions culturelles par des personnes étrangères à la communauté: la protection en tant qu'œuvres originales peut jouer dans les deux cas.

À titre d'exemple d'art traditionnel qui s'est avéré être protégé par le droit d'auteur, on peut citer une affaire jugée en Australie en 1994<sup>80</sup> et concernant la fabrication de tapis pour le marché haut de gamme. Ces tapis reproduisaient le graphisme de plusieurs artistes australiens autochtones bien connus. Les tapis étaient importés du Viet Nam en Australie et vendus avec des étiquettes qui les désignaient sous la dénomination de "tapis aborigènes"<sup>81</sup>. Plusieurs tapis étaient des copies directes des œuvres originales, tandis que les autres présentaient des motifs qui avaient été sensiblement simplifiés et, de ce fait, ne constituaient pas des copies directes. Les artistes aborigènes ont fait valoir que tous les tapis constituaient une atteinte au droit d'auteur. Non seulement les tapis simplifiés n'étaient pas des œuvres originales ou dérivées, mais cette reproduction était une atteinte au droit d'auteur parce qu'elle dénaturait la signification culturelle des œuvres

75 *Duchamp's Urinal Tops Art Survey*, BBC News, Service international, 1er déc. 2004.

76 Voir, p. ex., *Borrowed Elements in Art*, VCEART Ideas about Contemporary Art, consultable à l'adresse [www.vceart.com/explore/ideas/page.2.html](http://www.vceart.com/explore/ideas/page.2.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

77 Voir l'article de Wikipedia sur Tetris, <http://en.wikipedia.org/wiki/Tetris> (dernière consultation le 10 mars 2010).

78 Dans le cas de l'utilisation de codes symboliques par les membres d'une communauté culturelle, une nouvelle expression (paroles d'une chanson, dessin, modèle de tissage, etc.) est acceptée comme légitime et vérisimilaire parce qu'elle respecte la grammaire du langage culturel (verbal, graphique, musical, etc.); elle ne s'appuie pas nécessairement sur une itération antérieure, comme dans le cas d'improvisations musicales ou chorégraphiques et de duos chantés.

79 Il faut toutefois souligner que la question qui se pose n'est pas que les personnes qui fabriquent les produits d'imitation veulent obtenir une protection de leurs œuvres par la propriété intellectuelle; l'enjeu est plutôt, pour les communautés traditionnelles et les peuples autochtones, de prévenir l'apparition de produits d'imitation même si ceux-ci ne copient pas l'"expression" au sens de la loi sur le droit d'auteur, mais simplement l'idée.

80 *M\*, Payunka, Marika & Others c. Indofurn Pty Ltd*, 30 IPR 209, souvent appelée l'"affaire des tapis".

81 Les étiquettes donnaient à entendre que ces tapis avaient été fabriqués avec la participation des Aborigènes et que les redevances éventuelles seraient reversées aux communautés concernées. Le tribunal a estimé qu'il s'agissait là d'une conduite de nature à induire en erreur au regard de la Loi sur les pratiques commerciales (1974).

en question<sup>82</sup>. Le tribunal a accepté cette argumentation et jugé qu'au regard de la loi australienne sur le droit d'auteur, tous les tapis portaient atteinte au droit d'auteur des artistes aborigènes sur leurs œuvres.

De plus, en vertu de certaines lois coutumières aborigènes, le droit de créer des œuvres d'art incorporant des récits culturels est dévolu aux dépositaires, gardiens ou détenteurs traditionnels, qui sont reconnus en tant que tels par leur peuple ou leur communauté. Ces détenteurs traditionnels sont collectivement habilités à décider à qui accorder le droit d'utiliser les formes d'art et dans quel contexte ou selon quelles modalités il est possible de le faire: ils connaissent les lois, valeurs et protocoles coutumiers associés, dont ils ont la responsabilité. La loi australienne sur le droit d'auteur, de son côté, ne prévoit pas de cadre reconnaissant cette fonction de dépositaires aux Aborigènes.

Le tribunal a relevé la dimension culturelle spécifique en indiquant que, dans la mesure où la communauté entretenait également un lien important avec les œuvres d'art, l'atteinte au droit d'auteur avait aussi fait ressentir colère et angoisse à ses membres. Il a donc élaboré un nouveau recours en réparation du préjudice culturel, dans le cadre duquel le préjudice causé aux titulaires du droit d'auteur a été étendu de façon à inclure celui que la communauté avait subi<sup>83</sup>.

Cette affaire est importante car le juge a pris en compte la manière dont les œuvres de contrefaçon, en raison des simplifications et modifications auxquelles l'auteur de l'atteinte au droit d'auteur avait procédé, avaient perturbé et déformé les significations et récits culturels importants contenus dans les œuvres originales des artistes aborigènes et de leurs communautés<sup>84</sup>. Cet aspect est souvent désigné sous l'appellation d'"utilisation impropre" ou d'"appropriation illicite" des expressions culturelles traditionnelles et implique une utilisation qui modifie, dénature ou réduit la signification, les valeurs et les protocoles coutumiers associés à ces expressions ou en rend compte de manière inexacte.

Cet exemple montre comment les lois en vigueur peuvent protéger les expressions culturelles traditionnelles et s'adapter au contexte culturel, mais aussi le fait que les affaires de ce type sont susceptibles d'être tranchées différemment selon le pays considéré.

Une autre affaire concernant l'originalité et appelée à avoir des répercussions sur les activités des institutions culturelles est l'affaire américaine *Bridgeman Art Library, Ltd. c. Corel Corp*<sup>85</sup>. Dans cette affaire, un tribunal a jugé que la recreation photographique d'œuvres d'art tombées dans le domaine public ne méritait pas d'être protégée par le droit d'auteur. Il a fait observer ce qui suit: "Il ne fait guère de doute que beaucoup de photographies, probablement l'immense majorité, reflètent au moins le degré modeste d'originalité requis pour la protection par le droit d'auteur ... mais la 'copie servile', bien qu'elle requière indubitablement des compétences techniques et des efforts, ne remplit pas les conditions requises pour en bénéficier."<sup>86</sup> On a fait valoir devant le tribunal que ces reproductions seraient protégées en droit britannique.

82 Dans le cas de trois des tapis, il a été un peu plus difficile de déterminer l'existence d'une atteinte directe au droit d'auteur. Voir l'analyse de la question in J. Anderson, LAW, KNOWLEDGE, CULTURE, *op. cit.* note 26.

83 Le juge von Doussa a invoqué l'affaire *Williams c. Settle* [1960] 1 WLF 1072, pp. 1086-7. Une partie des dommages-intérêts a été accordée en considération du préjudice personnel et du préjudice culturel. Le juge a estimé que l'utilisation impropre de l'œuvre d'art avait profondément indigné les artistes et leur avait causé un grave préjudice culturel. Le tribunal a noté que la réputation des artistes au sein de leur communauté aurait pu souffrir de la nature de la reproduction et du fait que le consentement préalable du groupe n'avait été ni sollicité ni obtenu. En effet, que les artistes aient autorisé ou non la reproduction de leur graphisme sur des tapis, ils étaient responsables en droit autochtone de l'infraction qui avait été commise. De surcroît, ils encouraient une sanction du fait de cette infraction.

84 Voir *Le respect de la culture*, *op. cit.* note 30.

85 36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y. 1999).

86 *Id.*, p. 196. L'affaire *Bridgeman* portait spécifiquement sur des photographies d'œuvres d'art du domaine public en deux dimensions; il est difficile de dire comment le jugement rendu dans cette affaire pourrait s'appliquer aux autres moyens d'expression artistique. Le tribunal a établi une nette distinction entre les compétences techniques et l'originalité artistique. Il a indiqué que, si la réalisation de photographies de qualité d'œuvres d'art exige un niveau élevé de compétence, "(l)es éléments d'originalité [...] peuvent inclure le réglage de la pose du sujet, l'éclairage, l'angle, le choix du film et de l'appareil de prise de vues, le fait de susciter l'expression désirée, et presque tous les autres aspects de l'opération. [...] Comme la Cour suprême l'a indiqué dans l'affaire *Feist*, "l'effort intellectuel" ne constitue pas en lui-même l'"éclair créatif" qui est la condition *sine qua non* de l'originalité." (36 F. Supp. 2d 191 (S.D.N.Y.), 196-97). Ce type d'argumentation refuse toute protection à diverses œuvres potentielles qui n'exigent pas nécessairement des compétences techniques, mais qui sont créatives. Il pourrait également avoir des incidences dans le contexte des technologies numériques, y compris l'art minimaliste, qui fait preuve d'originalité, et, assurément, diverses formes d'art futures. En vertu de la doctrine de l'"effort intellectuel", le droit d'auteur doit s'appliquer aux créations, indépendamment de leur originalité, en raison de leur difficulté et du temps, de l'argent ou des efforts qui leur sont consacrés. Le rejet de cette doctrine par le tribunal est un point de vue propre aux États-Unis d'Amérique; plusieurs pays européens, par exemple, octroient spécifiquement la protection par le droit d'auteur en vertu de ce critère.

Cela étant, il a été indiqué dans les conclusions qu'il aurait fallu mentionner l'affaire Graves de 1869<sup>87</sup>. Dans cette dernière affaire, il avait été décidé ce qui suit:

*La distinction entre une peinture originale et sa copie est bien comprise, mais il est difficile de préciser ce que l'on entend par photographie originale. Toutes les photographies sont des copies d'un objet, comme une peinture ou une statue. Et il me semble qu'une photographie prise d'un tableau est une photographie originale, dans la mesure où le fait de la copier constitue une infraction à la loi<sup>88</sup>.*

Les conséquences de l'affaire Bridgeman pour la loi des États-Unis d'Amérique sur le droit d'auteur sont incertaines. Ce jugement a été abondamment critiqué et les affaires ultérieures, y compris dans la même circonscription judiciaire, ne semblent pas suivre nécessairement ce précédent. D'aucuns ont fait valoir que l'avocat de Bridgeman a négligé de contester la prétention selon laquelle une photographie était une "copie servile" et, partant, ne pouvait bénéficier de la même protection par le droit d'auteur que les autres œuvres créatrices<sup>89</sup>. On peut donc encore se demander si les institutions culturelles sont en mesure d'être titulaires du droit d'auteur sur leurs photographies d'œuvres d'art tombées dans le domaine public<sup>90</sup>.

Cela dit, l'affaire Bridgeman n'exprime pas la tendance internationale. Pendant un séminaire portant sur l'examen de cas concrets tenu à l'Université de Londres (Queen Mary's College), un public de spécialistes de l'art, de conseils en propriété intellectuelle, de photographes et d'autres professionnels est parvenu à la conclusion que ce jugement devrait être annulé. Le professeur Adrian Sterling, Vice-Président du Conseil britannique du droit d'auteur et auteur de *World Copyright Law*<sup>91</sup>, a noté que la controverse suscitée par ce jugement n'était pas close<sup>92</sup>.

Un tribunal français a fait valoir que la tâche consistant à créer une reproduction fidèle d'une fontaine requérait un savoir-faire, mais ne conférait pas la qualité d'auteur original<sup>93</sup>; un autre tribunal français a estimé que la reconstitution d'une statue qui se trouvait autrefois à Versailles requérait un tel niveau de connaissances et de compétence que la personne qui s'en chargeait devait être un auteur<sup>94</sup>; un tribunal italien a affirmé que la restauration d'œuvres d'art, qui était une activité particulièrement délicate et complexe, devrait récompenser le restaurateur en lui conférant la protection par le droit d'auteur<sup>95</sup>. En Suisse, une affaire récente impliquant une photographie journalistique réalisée en 1997 par Gisela Blau Guggenheim de documents de l'époque nazie a validé des conclusions du type de celles de l'affaire Bridgeman. La Bundesgericht (la Cour suprême suisse) a considéré que la photographie, prise et d'abord publiée en Suisse, se situait en dehors du champ de la protégeabilité par le droit d'auteur en raison de son manque d'originalité<sup>96</sup>.

87 (1869) LR 4 QB 715.

88 L.R. 4 Q.B. at 722. Il convient de noter qu'aux États-Unis d'Amérique, l'état du droit n'est pas totalement fixé. L'affaire *Bridgeman* a été jugée en 1999 dans le district du sud de New York, et les autres circonscriptions judiciaires ou New York elle-même n'en reprennent pas nécessairement les conclusions. En 2000, dans l'affaire *SHL Imaging, Inc. c. Artisan House, Inc.*, 117 F.Supp.2d 301 (S.D.N.Y 2000), le tribunal a jugé que les photographies de cadres photographiques sous verre étaient protégeables par le droit d'auteur, en relevant qu'"[i]l n'existe aucun critère uniforme de la protégeabilité des photographies par le droit d'auteur". Id., pp 309-310. Les technologies numériques ont sans doute modifié la définition d'une photographie.

89 Un large éventail de parties intéressées ont participé au débat public intitulé *Who Owns This Image? Art Access, and the Public Domain after Bridgeman c. Corel*, coparrainé par l'Art Law Committee of the New York City Bar Association, the College Art Association, ARTstor, Creative Commons et Art Resource, 29 avril 2008.

90 Les répercussions de ce jugement sur les musées, les bibliothèques et les services d'archives des États-Unis d'Amérique pourraient être importantes car certaines institutions pourraient recevoir ou reçoivent actuellement de l'argent pour la reproduction de leurs diapositives ou de leurs transparents d'œuvres du domaine public. Par exemple, la Library of Congress tire, en partenariat avec Flickr, des recettes de ces activités. De son côté, la Frick Collection de New York a numérisé sa collection, que l'on peut visionner sur l'Internet. La majorité des œuvres d'art de sa collection existent dans le domaine public. Pourtant, et cela va à l'encontre du jugement *Bridgeman*, la Frick revendique la propriété des droits d'auteur sur toutes les images et tous les textes affichés sur le site Web (voir la Frick Collection et la Frick Art Reference Library, consultables à l'adresse [www.frick.org/copyright/index.htm](http://www.frick.org/copyright/index.htm) (dernière consultation le 10 mars 2010). La possibilité d'intenter des actions en justice contre les institutions de ce genre pour utilisation abusive du droit d'auteur a fait l'objet de débats théoriques.

91 Deuxième édition (Londres: Sweet & Maxwell, 2003).

92 IPR Case Study Seminar: *Bridgeman vs. Corel: Copyrighted Creativity or Commerce?* 3 mai 2007.

93 France, Cour d'appel de Nîmes, arrêt rendu le 15 juillet 1997, Jurisdata 030467.

94 Tribunal de grande instance of Paris, jugement rendu le 28 mai 1997, RIDA 1/1998, 329.

95 Tribunal de Bologne, décision rendue le 23 décembre 1992, 1993 II Diritto di Autore 489.

96 Voir *Blau Guggenheim c. British Broadcasting Corporation BBC* (BGE 130 (2004) III S. 714-720).

En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles, les reproductions photographiques pourraient être ou ne pas être protégeables par le droit d'auteur en elles-mêmes en fonction des éléments spécifiques des reproductions et du processus de leur création.

Nombre d'œuvres d'art faisant partie de la collection d'une institution culturelle, qu'elles soient ou non tombées dans le domaine public, ne peuvent souvent être photographiées professionnellement que par les employés de l'institution ou des prestataires extérieurs, ce qui permet à l'institution culturelle de contrôler la diffusion de ces images dans le cadre d'accords de licence, de la gestion numérique des droits ou d'autres biais<sup>97</sup>. C'est ce que l'on a appelé le "contrôle de conservation"<sup>98</sup>.

D'un point de vue pragmatique, il est probable que les institutions culturelles ne perdront pas toutes les recettes qu'elles sont susceptibles de tirer des photographies d'œuvres d'art tombées dans le domaine public car les éditeurs professionnels ont besoin d'images de grande qualité, que seul le savoir-faire d'un photographe professionnel permet d'obtenir. Les photographies pourront ne pas être protégées par le droit d'auteur, mais le photographe pourra vraisemblablement les vendre en raison de leur qualité et de leur fidélité à l'œuvre d'art originale ou à l'expression culturelle traditionnelle.

#### POINTS ESSENTIELS

- La protection par le droit d'auteur ne s'étend qu'aux expressions d'idées, non aux idées, procédés ou méthodes.
- Pour être protégeable par le droit d'auteur, une œuvre doit être originale. Le seuil d'originalité est généralement peu élevé. Dans la tradition de common law, un auteur doit apporter une certaine créativité; l'œuvre doit représenter davantage qu'une copie machinale. Dans la tradition civiliste, une œuvre est originale si elle est le reflet ou porte l'empreinte de la personnalité de son créateur et/ou de son talent créatif personnel.
- Le critère d'originalité soulève des questions particulières dans le cas des expressions culturelles traditionnelles. Ces dernières peuvent être basées sur des œuvres préexistantes, soit qu'il s'agisse d'itérations contemporaines, soit qu'elles ressemblent beaucoup à des œuvres créatives qui ont existé et ont été transmises de génération en génération. Dans ce dernier cas, il peut être difficile de dire si une expression culturelle traditionnelle donnée présente une originalité suffisante pour être protégeable par le droit d'auteur.

#### **Protection des bases de données**

L'originalité est assurément la condition sine qua non de la protection par le droit d'auteur. C'est ce qui explique que, malgré leur importance et les efforts déployés pour les construire, les bases de données ne bénéficient parfois que d'une protection très limitée en vertu d'un grand nombre de législations sur le droit d'auteur en vigueur, car elles sont ou peuvent être une simple compilation "sans originalité" de divers contenus<sup>99</sup>.

En vertu de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC, les bases de données constituant des compilations créatives sont protégées par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires. Le terme "créatif" n'est pas défini d'une manière uniforme au niveau international. Dans le cas des bases de données "créatives", c'est généralement l'originalité de disposition ou de choix des contenus qui est protégée, mais jamais les contenus eux-mêmes (qui peuvent être protégés de manière indépendante et pour lesquels une autorisation est nécessaire pour qu'ils soient incorporés dans la base de données ou que celle-ci puisse être utilisée).

Assurément, la construction d'une base de données exacte et fiable peut être très onéreuse et prendre beaucoup de temps; certains pays octroient une protection par le droit d'auteur sur la base du principe de l'"effort intellectuel"<sup>100</sup>. Par exemple, en 1996, l'Union européenne a adopté une directive concernant la

97 La gestion numérique des droits est ici un terme générique qui pourrait inclure le tatouage numérique ou d'autres restrictions techniques au libre accès.

98 Voir *Who Owns This Image?*, op. cit. note 90.

99 Le fait qu'il s'agisse d'une compilation de "faits sans originalité" est sans importance du point de vue de la protection; il s'agit uniquement de savoir si la disposition ou le choix (de contenus quels qu'ils soient) est original.

100 Désignant parfois une doctrine, l'*effort intellectuel* est une expression qui renvoie à l'idée selon laquelle les créations devraient être protégées par le droit d'auteur, quelle que soit leur originalité, en raison de la difficulté intrinsèque à toute activité de production, qu'il s'agisse du temps, de l'argent ou des efforts qui doivent lui être consacrés.

protection juridique des bases de données, qui prévoyait notamment une protection sui generis des bases de données construites dans l'UE et dans les autres pays octroyant une protection comparable<sup>101</sup>.

Le titulaire des droits sur une base de données est généralement la personne qui a fait l'effort d'en compiler et d'en organiser le contenu, non les personnes dont les matériels (des expressions culturelles traditionnelles, par exemple) sont ainsi enregistrés<sup>102</sup>. Des questions de titularité de droits d'auteur peuvent se poser si la base de données incorpore diverses autres œuvres protégées par le droit d'auteur, telles que des films ou des photographies. La titularité des droits soulève également des questions qu'on ne saurait écarter et qui tiennent à l'identité de la ou des personnes ayant financé le projet, au fait que le contenu lui-même appartient ou non à quelqu'un d'autre et au fait que le schéma de la base de données lui-même appartient à une autre partie, comme un développeur de technologies spécifique. Il est très important de régler ces questions avant de commencer à construire la base de données. Les préoccupations liées à la propriété des bases de données génétiques, en particulier celles qui contiennent des informations recueillies auprès de peuples autochtones et de communautés traditionnelles, montrent bien les divers types de problèmes qui peuvent surgir et surgiront à l'avenir<sup>103</sup>.

La protection des bases de données concerne les muséographes, les bibliothécaires et les archivistes dans divers contextes. Depuis les bases de données d'images jusqu'aux listes d'invitation, les institutions culturelles "possèdent" une foule d'informations précieuses.

En Belgique, une affaire explore certains aspects des bases de données et de la publication d'ouvrages sur l'histoire de l'art dans le sillage de l'application par la Belgique de la directive européenne concernant la protection juridique des bases de données. Dans *Art Research & Contact c. S. Boas*<sup>104</sup>, le demandeur avait rassemblé et méthodiquement disposé, à l'aide d'un système de fiches, des données concernant 530 sculptures à Bruxelles, dans le cadre de la préparation d'un livre que le défendeur envisageait de publier. Toutefois, avant que le livre ne soit achevé, le défendeur et le demandeur avaient d'un commun accord mis fin à leur relation commerciale. Par la suite, le défendeur avait utilisé certaines parties de la base de données pour écrire et publier son livre. Selon l'arrêt rendu en 2000 par la Cour d'appel de Bruxelles, le système de fiches du demandeur était protégé par le droit d'auteur, dans la mesure où le schéma de la compilation des données était le fruit d'un choix et d'une création intellectuelle originaux; la Cour a donc considéré que le défendeur avait porté atteinte au droit d'auteur du demandeur. En 2001, la Cour suprême de Belgique a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel, tout en réaffirmant que, dans le cas des bases de données non créatives, le droit d'auteur ne protège que le schéma de la base de données, non les données elles-mêmes.

Dans le cadre des négociations qui se déroulent à l'IGC de l'OMPI, les bases de données, les registres et les autres formes de consignation d'informations sont examinés en tant que mécanisme de protection des expressions culturelles traditionnelles.

D'aucuns s'inquiètent toutefois de ce que la construction d'une base de données de ce type pourrait, en fonction de son mode de financement et de gestion, donner inconsiderément accès aux expressions culturelles traditionnelles qu'elle vise pourtant à protéger. La collecte, l'enregistrement et la diffusion des contenus culturels des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et la recherche concernant ces contenus suscitent de multiples préoccupations parmi ces peuples et communautés. Il y a d'abord l'éventualité d'un manquement à l'obligation de confidentialité parmi les ethnographes et les informateurs (encore que les codes de déontologie interdisent de divulguer des informations confidentielles). Ensuite, il existe un risque de dénaturation des cultures autochtones et traditionnelles. Par ailleurs, les personnes ayant fait l'objet d'une recherche peuvent ne pas avoir accès aux documents d'information les concernant. Et, enfin, les intéressés s'inquiètent de voir que l'essentiel des informations concernant les cultures

101 Pour des informations actualisées sur la directive concernant la protection juridique des bases de données, voir le Database Right File, fichier tenu par l'Institute for Information Law, Amsterdam, consultable à l'adresse [www.ivir.nl/files/database](http://www.ivir.nl/files/database) (dernière consultation le 10 mars 2010).

102 J. Anderson and G. Koch (2004), 'The Politics of Context: Issues for Law, Researchers and the Compilation of Databases' In *Researchers, Communities, Institutions, Sound Recordings* edited by L. Barwick, A. Marett and J. Simpson. Sydney: University of Sydney.

103 J. Hollowell et G. Nicholas (dir. publ.). "Decoding Implications of the Genographic Project for Cultural Heritage Studies," Special Section, *International Journal of Cultural Property*, vol. 16, n° 2, 2009.

104 Cour suprême de Belgique, Hof van Cassatie/Cour de Cassation, 11 mai 2001.

autochtones et traditionnelles sont recueillies, possédées et commercialisées par des personnes étrangères aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles<sup>105</sup>.

De surcroît, la numérisation et la diffusion des expressions culturelles traditionnelles peuvent être tout à fait contraires à l'optique de ces peuples et communautés quant à la manière de donner accès à leurs collections. Dans certains cas, des activités de sauvegarde ont involontairement conduit à une divulgation ou une exploitation commerciale non autorisée de contenus culturellement sensibles. De fait, le contenu informationnel des collections d'un service d'archives pourrait avoir un caractère sacré ou confidentiel et l'accès à ce contenu être soumis à des restrictions en vertu des lois coutumières. Certaines communautés peuvent considérer comme inapproprié le fait pour des tiers d'accéder à ces expressions culturelles traditionnelles ayant un caractère sacré ou spirituel, ou étant culturellement importantes à un autre titre. On conçoit donc que le traitement de contenus secrets et sacrés puisse être une source de préoccupations particulièrement vives. Toutefois, comme le dit Maui Solomon, un avocat néo-zélandais, la création de bases de données peut être une option intéressante "si, dans les circonstances appropriées, il est possible de contrôler efficacement l'accès du public aux savoirs. Par exemple, en utilisant des 'fichiers silencieux' dans lesquels seuls les détenteurs de savoirs eux-mêmes ou une administration dûment autorisée ont accès à cette information en vue de déterminer si une appropriation illicite a eu lieu ou non ou aura ou non vraisemblablement lieu."<sup>106</sup>

#### POINTS ESSENTIELS

- Les bases de données occupent un espace mal défini dans la législation sur le droit d'auteur. Chaque pays aborde la question d'une manière différente. L'originalité est requise pour bénéficier d'une protection générale par le droit d'auteur, mais certains avantages de la protection par le droit d'auteur peuvent s'attacher aux compilations créatives.
- Il importe d'établir la propriété de la base de données elle-même et de son contenu avant de se lancer dans un projet de création d'une base de données concernant les expressions culturelles traditionnelles.
- Certains projets régionaux de création de bases de données concernant les expressions culturelles traditionnelles sont en cours de réalisation. Ces bases de données peuvent être protégées par le droit d'auteur ou une loi sui generis relative aux bases de données.

#### *Dichotomie entre l'idée et son expression*

Le droit d'auteur n'interdit pas à autrui d'utiliser les idées, systèmes, faits, concepts ou informations contenus dans l'œuvre de l'auteur. Il ne s'applique qu'à la forme littéraire, musicale, graphique ou artistique sous laquelle l'auteur exprime des idées, des informations ou d'autres concepts intellectuels. Le droit d'auteur permet à l'auteur de contrôler la copie ou la reproduction de la forme sous laquelle il s'est exprimé. Par exemple, tout un chacun est libre de créer sa propre expression des mêmes idées et concepts ou d'en faire une utilisation pratique dès l'instant qu'il ne copie ni n'adapte la forme d'expression de l'auteur original. La division, ou dichotomie, entre l'"idée" et l'"expression" est parfois difficile à appliquer dans la pratique. Pour dire les choses simplement, les œuvres qui consistent davantage en une idée qu'en l'*expression* de cette idée se situent souvent en dehors du champ de la protection par le droit d'auteur.

Par exemple, la technique de peinture du peintre français Georges Seurat, appelée pointillisme, a été imitée par d'autres. Elle consiste à peindre par juxtaposition de petites touches de peinture de couleurs primaires, ce qui crée l'impression d'une large palette de couleurs secondaires et intermédiaires. La place de Seurat dans l'histoire de l'art tient le plus souvent à son style ou à son idée qu'à telle ou telle peinture ou expression de cette idée, mais le droit d'auteur ne protège que les expressions des idées. Ainsi, s'il a pu protéger les peintures de Seurat, y compris le célèbre tableau *La grande jatte*, il n'a pas pu protéger l'idée du pointillisme, et Seurat n'a donc pas pu utiliser le droit d'auteur pour empêcher les autres d'imiter sa technique.

<sup>105</sup> Voir OMPI, Analyse globale, *op. cit.* note 30.

<sup>106</sup> La protection des savoirs traditionnels: tableau récapitulatif des observations écrites sur les objectifs et principes révisés, mai 2007, document de l'OMPI WIPO/GTRKF/IC/11/5(b), appendice, paragraphe 4.27.

Un exemple récent de cette dichotomie est fourni par l'affaire Leigh c. Warner Bros. Inc.<sup>107</sup>, affaire américaine concernant la protégeabilité d'une photographie. Leigh était un photographe dont la photo de la statue connue sous le nom de "Bird Girl", qui se trouvait dans le cimetière Bonaventure de Savannah, en Géorgie (États-Unis d'Amérique), est apparue sur la couverture du livre intitulé "Midnight in Garden of Good and Evil". Warner Brothers a réalisé un film à partir de ce livre et a inséré dans le film et le matériel publicitaire des images de la même statue prises par un autre photographe. Leigh a intenté une action en justice contre Warner Brothers pour atteinte au droit d'auteur; la question concernait la protégeabilité de certains éléments de la photographie et il s'agissait de déterminer si le défendeur avait porté atteinte à ces éléments. La Cour d'appel des États-Unis d'Amérique pour la onzième circonscription a souligné que la loi sur le droit d'auteur ne protégeait pas les idées et a donc jugé que la photographie originale ne donnait pas à Leigh le droit d'empêcher Warner Brothers d'utiliser une photographie du même objet, sur laquelle Leigh n'avait aucun droit. Toutefois, la Cour a estimé que certains éléments artistiques de la photographie de Leigh, comme le choix de l'éclairage, de l'ombrage, du moment, de l'angle et du film, étaient des expressions protégeables.

Dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles, la dichotomie entre l'idée et l'expression joue un rôle important, car la distinction est souvent plus incertaine. Dans l'"affaire des tapis"<sup>108</sup>, il est clair que les artistes autochtones espéraient protéger divers éléments culturels immatériels qui étaient également exprimés dans leur graphisme. Assurément, les artistes autochtones et leurs communautés s'étaient offensés du fait que les tapis dénaturaient leurs œuvres et ne respectaient pas les lois, valeurs et protocoles coutumiers qui leur étaient associés.

Une autre raison tient au fait que les œuvres d'art autochtones sont davantage que des "œuvres d'art" au sens occidental du terme. Il s'agit de représentations fortes d'importants récits culturels; elles sont empreintes de significations collectives et souvent spirituelles variées, et la peinture et la présentation de ces œuvres impliquent des responsabilités morales.

Que serait-il arrivé si les fabricants de tapis s'étaient familiarisés avec les récits sacrés sur lesquels les œuvres d'art étaient basées et avaient par la suite créé leurs propres expressions visuelles très différentes de ces récits sur des tapis? Ces tapis pourraient peut-être constituer de nouvelles œuvres protégées par le droit d'auteur, puisque leur expression serait différente de celle des artistes. On pourrait néanmoins faire valoir que ce scénario hypothétique pourrait encore comporter un élément d'utilisation impropre ou de déformation des récits eux-mêmes.

Le problème de la distinction entre l'idée et l'expression est un problème récurrent dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles. Cette tension naît aussi du fait qu'il n'existe pas de description, d'identification et encore moins de définition précise de ces expressions culturelles: il s'agit d'une catégorie nécessairement ouverte qui cherche à appréhender la diversité des pratiques et expressions culturelles autochtones et traditionnelles.

Ces expressions culturelles incarnent des relations complexes entre des éléments matériels et immatériels qu'il n'est pas toujours facile d'exprimer dans la langue et la logique de la législation sur le droit d'auteur. Comme l'a noté l'Union internationale des éditeurs dans le cadre des négociations menées au sein de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles,

*Le système des droits de propriété intellectuelle est un système équilibré et les droits sont clairement définis .... La présomption de liberté d'emploi prévaut. Par exemple: la dichotomie du droit d'auteur entre idée et expression. Or, le concept d'expression culturelle traditionnelle est encore un concept relativement ouvert qui ne permet pas de définir et d'identifier avec la rigueur requise ce qui devrait être protégé et ce qui ne le devrait pas<sup>109</sup>.*

107 212 F.3d 1210 (11th Cir. 2000).

108 Voir l'"affaire des tapis", *op. cit.* note 81.

109 Intervention de l'UIE lors de la sixième session du Comité intergouvernemental de l'OMPI de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore; Genève, 16 mars 2004.

Il pourrait y avoir des cas où le style ou la méthode de création d'œuvres autochtones ou traditionnelles soit employé par des personnes étrangères au contexte culturel. En pareille situation, la protection par le droit d'auteur ne serait pas disponible, puisque ces cas impliquent la copie d'une idée, d'un style ou de la méthode de création de l'œuvre, et non la copie de l'œuvre autochtone ou traditionnelle elle-même, c'est-à-dire de l'expression de l'idée<sup>110</sup>.

### POINTS ESSENTIELS

- La différence entre une idée et l'expression de cette idée peut être vague. Aucune règle prise isolément ne peut être clairement appliquée pour faire la distinction entre une idée et son expression spécifique. Cette distinction est faite au cas par cas.
- Il est fréquent que les expressions culturelles traditionnelles estompent le clivage entre l'idée et l'expression en ce qu'elles incarnent des croyances, des récits ou des réflexions (c'est-à-dire des idées non protégeables par le droit d'auteur) d'une importance culturelle fondamentale; cette idée ne se prête souvent pas à une expression unique et finie qui l'emporterait sur toutes les autres expressions.

### Fixation

Dans certains pays, la protection est accordée à condition que les œuvres en question soient fixées sur un support matériel qui puisse être vu, entendu ou touché: c'est ce que l'on appelle le critère de fixation.

La protection par le droit d'auteur peut être accordée pour des œuvres orales aussi bien qu'écrites<sup>111</sup>.

La Convention de Berne prévoit expressément la faculté de prescrire que les œuvres ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel. Ni le WCT ni l'Accord sur les ADPIC ne mentionnent la fixation.

Une œuvre est fixée lorsqu'elle est suffisamment permanente pour être perçue, reproduite ou communiquée, c'est-à-dire lorsqu'elle a une forme d'expression. Cette forme n'est pas nécessairement graphique. En fait, il est le plus souvent indifférent que l'œuvre soit fixée par des mots, des chiffres, des images ou tout autre support: la forme, le mode ou le support de fixation n'entre pas en ligne de compte. L'œuvre peut donc être écrite, enregistrée, représentée sous forme de données ou signaux numériques ou réduite à une autre forme matérielle<sup>112</sup>.

Nombre de législations nationales, en particulier celles des pays de common law, prescrivent la fixation, car elle peut faciliter l'établissement de l'existence de l'œuvre et fournir une base des droits claire et précise. Inversement, un grand nombre de pays, en particulier de tradition civiliste, d'Afrique, d'Amérique latine (Brésil) et d'Europe (dont la Belgique, l'Espagne, la France, la Suisse, l'Italie et l'Allemagne)<sup>113</sup> n'exigent pas la fixation. Ces pays accordent la protection à une œuvre dès l'instant qu'elle se présente sous une forme permettant à autrui de la percevoir.

Plus encore peut-être que l'originalité et la dichotomie idée/expression, l'obligation de fixation soulève de graves difficultés en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles, et, en particulier, des expressions immatérielles, au regard des législations sur le droit d'auteur qui prévoient cette obligation.

Par exemple, "les incantations chamaniques, les rites thérapeutiques complexes, y compris la poésie, les pratiques de guérison par le chant ou la musicothérapie, la peinture de sable, etc., pouvaient souvent avoir un caractère spontané et ne pas se prêter facilement à une représentation sous une forme matérielle."<sup>114</sup>

110 Voir K. C. Ying, *Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions: To What Extent is Copyright Law the Solution?* Journal of Malaysian and Comparative Law, 2005, vol. 32, n° 1, p. 31.

111 Voir Convention de Berne, paragraphe 1 et 2 de l'article 2.

112 Voir, p. ex., Loi sur le droit d'auteur des États-Unis d'Amérique, article 101, "fixed", et Loi sud-africaine sur le droit d'auteur, article 2-2.

113 Voir, p. ex., la Loi fédérale suisse sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992, article 2-1. "Une œuvre bénéficie de la protection par le droit d'auteur dès qu'elle a été créée, qu'elle ait ou non été fixée sur un support matériel." *Id.*

114 Voir C. Oguamanam, "International Law and Indigenous Knowledge: Intellectual Property Rights, Plant Biodiversity, and Traditional Medicine," University of Toronto Press, (2006), p. 181.

Dans bien des cas, il est impossible de séparer les expressions culturelles traditionnelles “du symbolisme, du spiritualisme et des systèmes de croyances sous-jacents et immatériels, ce que la fixation rendrait inévitable. Par exemple, exprimée sous une forme écrite, une prière pourrait permettre de faire valoir les droits protégés par l'article 15.4)a) de la Convention de Berne. Néanmoins, la fixation altère le pouvoir profond, personnel, émotionnel et spirituel de la prière qui est pleinement réalisé dans le contexte de la spécificité individuelle ou collective, de l'extase, de ce qui semble être des débordements spontanés, etc.”<sup>115</sup>

#### POINTS ESSENTIELS

- Un grand nombre de pays, mais pas tous, exigent qu'une œuvre soit fixée sur un support matériel pour bénéficier de la protection par le droit d'auteur.
- Nombre d'expressions culturelles traditionnelles ne satisferaient pas au critère de fixation. Les récits oraux et les danses, par exemple, ne pourraient être protégés s'ils n'étaient pas spécifiquement “fixés” sur un support matériel.

#### Adaptations

Les adaptations sont des œuvres basées sur une ou plusieurs œuvres préexistantes ou sur des contenus tombés dans le domaine public. Elles englobent toutes les formes sous lesquelles une œuvre peut être reprise, transformée ou adaptée. Ces adaptations sont parfois appelées “œuvres dérivées”, car elles “dérivent” d'œuvres préexistantes ou non protégées. L'œuvre dérivée peut elle aussi être protégeable par le droit d'auteur si elle est suffisamment originale.

Un auteur ou titulaire de droits a le droit exclusif de contrôler la réalisation d'adaptations de son ou de ses œuvres protégées. Un tiers qui souhaiterait créer une œuvre basée sur une œuvre protégée a besoin de l'autorisation de l'auteur de cette dernière.

Même les œuvres dérivées de contenus faisant partie du domaine public peuvent bénéficier de la protection par le droit d'auteur, car une nouveauté sur le plan de l'interprétation, de l'arrangement, de l'adaptation ou du recueil d'œuvres faisant partie du domaine public, voire une “nouvelle présentation” des contenus en question sous la forme du rehaussement numérique ou de la colorisation numérique peuvent parfois déboucher sur une nouvelle expression distincte qui est suffisamment “originale”. Par exemple, le scénario d'un film basé sur une œuvre ancienne bien connue, comme l'Odyssée d'Homère, peut être original<sup>116</sup>. En outre, deux œuvres très similaires peuvent s'être inspirées de la même œuvre ou du même ensemble d'œuvres faisant partie du domaine public.

C'est la raison pour laquelle une production littéraire ou artistique contemporaine dérivée ou inspirée de la culture traditionnelle ou d'une certaine expression culturelle traditionnelle qui incorpore de nouveaux éléments ou de nouvelles expressions pourra être considérée comme une œuvre distincte originale et être de ce fait protégeable par le droit d'auteur.

Toutefois, la protection accordée à ces œuvres dérivées s'attache uniquement au nouveau matériel ou aux nouveaux aspects de l'œuvre dérivée. C'est ce que l'on appelle parfois le “thin copyright” (protection limitée à la reproduction à l'identique pour les œuvres peu complexes ou peu originales, prévue par le droit américain). Cette expression désigne la fine couche d'éléments pouvant être protégés dans une œuvre par ailleurs non protégeable, les éléments restants étant protégés sous la forme des droits conférés à un autre auteur ou étant tombés dans le domaine public. Le statut de ces éléments – “droit d'auteur” ou “domaine public”, selon le cas – n'est pas touché. L'idée est que, bien qu'une adaptation puisse faire l'objet d'un droit d'auteur, elle ne peut pas servir à faire sortir quelque chose du domaine public ni à restreindre la portée des droits d'un auteur précédent<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> Voir *Christoffer c. Poseidon Film Distributors Ltd* [2000] E.C.D.R. 487 (Royaume-Uni: Haute Cour).

<sup>117</sup> C. Farley, *Protecting Folklore: Is Intellectual Property the Answer?* Connecticut Law Review, vol. 30, 1997.

Les droits exclusifs d'un titulaire de droits d'auteur englobent généralement le droit d'autoriser ou d'empêcher l'adaptation de son œuvre, mais cela n'empêche habituellement pas les autres créateurs d'être inspirés par l'œuvre ou d'emprunter à celle-ci. Le droit d'auteur va dans le sens du principe selon lequel les nouveaux artistes doivent se situer dans le prolongement des œuvres d'autrui et il récompense la créativité.

La difficulté consiste à faire la distinction entre la copie illicite ou l'adaptation non autorisée et l'inspiration ou l'emprunt légitime.

Le débat concernant une éventuelle protection sui generis des expressions culturelles traditionnelles porte sur la question de savoir s'il convient ou non d'accorder un droit d'adaptation en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles, et sur les exceptions et limitations qui pourraient être appropriées<sup>118</sup>.

Les exceptions et limitations variant selon le contexte, la troisième partie présente une série de projets en cours qui instituent des pratiques rationnelles afin de régler avec les communautés autochtones et traditionnelles le problème de l'accessibilité et de l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles, tant dans le contexte institutionnel qu'au sein de ces communautés.

#### POINTS ESSENTIELS

- Les adaptations sont des œuvres basées sur une ou plusieurs œuvres préexistantes, mais possédant suffisamment d'éléments originaux pour créer une nouvelle œuvre protégeable par le droit d'auteur. Au regard de la législation sur le droit d'auteur, la difficulté consiste à faire la distinction entre une adaptation non autorisée et une inspiration ou un emprunt légitime.
- Les expressions culturelles traditionnelles pourraient souvent être classées comme des œuvres dérivées car elles sont basées sur des expressions préexistantes. Mais à se contenter de classer chaque nouvelle itération d'une expression culturelle traditionnelle comme une œuvre dérivée, on prendrait le risque de ne pas répondre aux besoins d'une communauté et, au bout du compte, de laisser chaque itération d'une expression culturelle traditionnelle tomber dans le domaine public et, de ce fait, devenir utilisable par tout un chacun.

#### *Le domaine public*<sup>119</sup>

La Convention de Berne s'applique "à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de la protection."<sup>120</sup> Le "domaine public" est une expression qui est parfois source de confusion et qui n'est pas utilisée de façon uniforme. Certains pays n'utilisent pas du tout cette expression; au Japon, par exemple, on dit d'un objet qu'il est "libre de tout droit d'auteur".

Contrairement à une idée répandue, une œuvre ne fait pas partie du domaine public simplement parce qu'elle est accessible, sur l'Internet, par exemple. L'Internet permet d'"afficher" gratuitement et facilement des œuvres protégées. Une fois qu'un contenu de ce genre est disponible en ligne, il peut tout à fait être copié sur des centaines, voire des millions d'ordinateurs très rapidement et pour ainsi dire gratuitement. Cela a peut-être renforcé une conviction déjà établie, mais incorrecte selon laquelle, si une chose est en libre accès, elle doit faire partie du domaine public. En fait, l'Internet détient une quantité énorme d'œuvres protégées. Il existe une différence de taille entre "accessible au public" et "domaine public".

D'une façon générale, le domaine public comprend tous les produits intellectuels n'ayant jamais bénéficié ou ne bénéficiant plus de la protection de la propriété intellectuelle. La définition et l'usage de cette expression ne peuvent donc être compris que sous l'angle de ce qui est et de ce qui n'est pas protégé par la législation sur le droit d'auteur.

118 Voir, par exemple, l'article 5 du projet de dispositions.

119 Pour plus d'informations, voir Note sur les significations du terme "domaine public" dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8.

120 Voir Convention de Berne, *op. cit.* note 31, article 18.1).

Le domaine public est une notion qu'il est important pour les institutions culturelles de comprendre. En effet, les contenus faisant partie du domaine public peuvent être utilisés par n'importe qui à n'importe quelle fin. Les institutions culturelles peuvent librement reproduire des contenus faisant partie du domaine public affichés sur l'Internet et entrant dans la composition de marchandises commerciales, y compris à des fins commerciales.

Les institutions mettent souvent en œuvre des stratégies différentes pour gérer les contenus faisant partie du domaine public. Par exemple, le "Webmuseum" en ligne cherche à limiter l'accès aux reproductions numériques des œuvres de l'artiste suisse Paul Klee (1879-1940). Pour accéder à l'une de ses œuvres en ligne, l'internaute doit certifier qu'elle est tombée dans le domaine public dans le pays où elle est sur le point d'être importée<sup>121</sup>.

Les institutions physiques présentes en ligne choisissent souvent les œuvres d'art qu'elles affichent par des moyens numériques<sup>122</sup> ou, si leur site Web contient une base de données consultable, elles peuvent simplement ne pas afficher les œuvres qui ne font pas partie du domaine public et/ou qu'elles n'ont pas été autorisées à numériser ou à afficher en ligne<sup>123</sup>.

L'expression "domaine public" désigne le plus souvent des objets intellectuels sur lesquels personne ne peut revendiquer ou maintenir en vigueur des droits exclusifs. Comme on l'a déjà indiqué, cela pose problème en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles dans la mesure où nombre de communautés traditionnelles conservent des droits, responsabilités et intérêts collectifs, familiaux et/ou claniques qui ne sont pas nécessairement reconnus dans les cadres juridiques qui réglementent et définissent la "propriété" et l'"intérêt patrimonial", y compris le cadre de la propriété intellectuelle<sup>124</sup>.

La plupart des expressions culturelles traditionnelles qui ne sont pas protégées par un mécanisme sui generis ou un autre type de dispositions relatives à la propriété intellectuelle font partie du domaine public et sont susceptibles d'une utilisation indifférenciée (sous réserve des droits connexes éventuels sur leur enregistrement, leur interprétation ou exécution, ou leur radiodiffusion).

La notion de domaine public ne prend pas en considération les différentes règles établies par les lois coutumières ni la fonction que remplissent les expressions culturelles traditionnelles au sein des communautés autochtones et traditionnelles. Certaines communautés se sont déclarées préoccupées par la notion de domaine public relativement à leurs expressions culturelles traditionnelles<sup>125</sup>.

Par exemple, en Sardaigne (Italie), les différents villages ont des manières distinctes de chanter le canto a tenore, qui est une forme de chant à plusieurs voix reconnue tant au sein des villages que par les autres villages comme représentant un village spécifique. Les possibilités d'exploitation par des arrangeurs qui prennent la musique traditionnelle "domaine public" et en tirent des arrangements pour leur propre bénéfice sans mentionner la source sont très réelles.

121 La durée de la protection par le droit d'auteur peut varier selon le pays, ce qui donne plusieurs dates d'entrée dans le domaine public. Voir [www.ibiblio.org/wm/paint/auth/klee](http://www.ibiblio.org/wm/paint/auth/klee) (dernière consultation le 10 mars 2010).

122 Voir, p. ex., la Neue Pinakothek de Munich, consultable à l'adresse [www.pinakothek.de/neue-pinakothek/sammlung/rundgang/rundgang\\_en.php](http://www.pinakothek.de/neue-pinakothek/sammlung/rundgang/rundgang_en.php) (dernière consultation le 10 mars 2010). "La Neue Pinakothek expose toujours quelque 450 peintures choisies dans sa collection, qui comprend plus de 4500 peintures et 300 sculptures. Vous pouvez voir 100 extraits des peintures actuellement exposées sur notre site Internet."

123 Voir, p. ex., le Museum of Modern Art de New York, [www.moma.org/collection/browse\\_results.php?criteria=0%3AYM%3AG%3A1990%7CG%3AH0%3AE%3A1&page\\_number=22&template\\_id=1&sort\\_order=1](http://www.moma.org/collection/browse_results.php?criteria=0%3AYM%3AG%3A1990%7CG%3AH0%3AE%3A1&page_number=22&template_id=1&sort_order=1) (dernière consultation le 10 mars 2010). Par exemple, à côté du *Lumumba*, 2000, de Luc Tuymans, on peut lire: Image non disponible.

124 L'ambiguïté qui s'attache à la question de savoir si une expression culturelle traditionnelle peut faire ou ne pas faire partie du domaine public, tel qu'il est interprété par le droit de la propriété intellectuelle, découle de la tension existant entre les législations nationales sur la propriété intellectuelle et le droit coutumier autochtone et traditionnel.

125 Voir, p. ex., *Yumbulul c. Reserve Bank of Australia* (1991) 21 IPR 481. Le juge a relevé que le caractère sacré de l'œuvre copiée et les critiques que sa communauté a adressées à l'artiste montraient bien que la loi australienne sur le droit d'auteur était mal adaptée aux expressions culturelles traditionnelles dans le domaine public.

Toutefois, d'aucuns estiment que la notion de domaine public présente des possibilités de protection et de diffusion continues des expressions culturelles traditionnelles<sup>126</sup>. "Elle concourt à la réalisation de plusieurs des objectifs associés à la sauvegarde et à la préservation du patrimoine culturel, et on fait valoir que la dimension qui lie le patrimoine culturel au domaine public est essentielle pour le renouvellement et la survie de ce patrimoine."<sup>127</sup>

Par exemple, la littérature qui intègre les expressions culturelles traditionnelles dans le débat concernant l'ensemble du patrimoine culturel établit souvent des liens avec des instruments internationaux tels que la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (UNESCO, 1970)<sup>128</sup>, la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (UNESCO, 1972), la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (UNESCO, 2003), la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (UNESCO, 2005) et la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illégalement exportés (1995)<sup>129</sup>.

De plus, on a fait valoir que si elles étaient retirées du domaine public, les expressions culturelles traditionnelles courraient le risque de ne pas pouvoir "évoluer [et de voir compromise leur] existence même puisqu'[elles] perdrai[en]t le dynamisme qui [les] caractérise."<sup>130</sup>

#### POINTS ESSENTIELS

- Les œuvres non protégées par le droit d'auteur, soit parce qu'elles ne répondent pas aux critères de protection exigés, soit parce que la durée de protection a expiré, sont dites appartenir au "domaine public".
- Un objet "accessible" au public ne fait pas nécessairement partie du domaine public: le fait de pouvoir voir une reproduction d'une expression culturelle traditionnelle sur l'Internet ne veut pas dire que cette dernière fait partie du domaine public (c'est-à-dire est libre de tout droit d'auteur).
- Les expressions culturelles traditionnelles entretiennent des rapports difficiles avec le domaine public; elles s'intègrent malaisément à la catégorie des œuvres protégées et l'on peut soutenir aussi qu'elles ne devraient pas automatiquement être disponibles et utilisables à quelque fin que ce soit. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles n'acceptent pas toujours la notion de domaine public.

## 2. Qualité d'auteur

La législation sur le droit d'auteur entend les notions d'"auteur" et de "qualité d'auteur" en des sens différents de ce qu'elles peuvent représenter pour les peuples autochtones ou les communautés traditionnelles. De fait, ces notions présentent une spécificité culturelle; elles sont apparues en Europe aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles<sup>131</sup>. Elles ne correspondent pas nécessairement à l'idée que les communautés autochtones ou traditionnelles se font des pratiques et des produits culturels.

Prenons l'exemple du filmage d'une cérémonie traditionnelle. L'"auteur" est la personne qui réalise le film. Cette conception est à l'opposé de celle des communautés susvisées, pour lesquelles l'"auteur" (si tant est que ce terme soit utilisé) peut être un membre de la communauté qui est responsable de l'information véhiculée par la cérémonie; ce peut aussi être l'ensemble du clan qui a la responsabilité ou la paternité de la cérémonie.

126 Voir, par exemple, le document de l'OMPI WIPO/GRTKF/IC/3/11 "Expressions du folklore – Document présenté par la Communauté européenne et ses États membres": "À un certain stade, il faut établir une distinction entre le domaine public et la propriété intellectuelle protégée. [...] le domaine de la protection de la propriété intellectuelle ne devrait pas être étendu au point de devenir flou et d'affaiblir la sécurité juridique." Il convient toutefois de distinguer la notion de domaine public communautaire de celle de domaine public général, dans lequel les personnes étrangères à une communauté peuvent avoir accès aux expressions culturelles traditionnelles.

127 Voir OMPI, Analyse globale, *op. cit.* note 30.

128 Voir [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13039&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) (dernière consultation le 14 avril 2010).

129 Voir [www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/1995culturalproperty-e.htm](http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/1995culturalproperty-e.htm) (dernière consultation le 18 mars 2010).

130 Intervention de la Communauté européenne, WIPO/GRTKF/IC/3/11.

131 M. Rose, "Authors and Owners: The Invention of Copyright", Harvard University Press (1995); M. Woodmansee and P. Jaszi, "The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature", Duke University Press (1994).

Au regard de la législation sur le droit d'auteur, toutefois, les expressions culturelles traditionnelles sont souvent considérées comme des œuvres d'"auteurs inconnus"<sup>132</sup>. On mesure ainsi l'étendue des lacunes de l'information au niveau des collections d'expressions culturelles traditionnelles. Il est difficile d'acquiescer ces informations et cela n'est pas toujours possible. C'est l'une des raisons pour lesquelles ces collections sont tout à fait particulières et délicates.

Cette situation difficile tient au fait que, dans le passé, lorsque les expressions culturelles traditionnelles ont été enregistrées et fixées par des personnes étrangères aux communautés autochtones ou traditionnelles à des fins d'étude – ethnographique, folklorique, anthropologique, scientifique ou sociologique –, très peu de noms de personnes ont été consignés et on a souvent utilisé des pseudonymes. Ces informations étaient souvent considérées comme sans intérêt.

Il convient toutefois de noter qu'au cours des 30 ou 40 dernières années, les méthodes et protocoles de collecte de données ethnographiques ont évolué et se sont améliorés. Les responsables de cette collecte doivent à présent faire systématiquement remplir des formulaires d'autorisation et des fiches indiquant les coordonnées des informateurs. Sans ces documents, la plupart des institutions culturelles ne peuvent pas accepter la collection, car il leur serait impossible de donner aux chercheurs l'accès aux œuvres.

De surcroît, on s'efforce parfois de remédier au fait que certaines œuvres sont "sans auteur". L'article 15.4) de la Convention de Berne stipule que les pays peuvent légiférer pour désigner l'autorité compétente représentant les auteurs inconnus dans le cas d'"œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue, mais pour lesquelles il y a tout lieu de présumer que cet auteur est ressortissant d'un pays de l'Union".

Aux fins de la gestion des expressions culturelles traditionnelles, il ne faut pas tenir pour acquis qu'elles sont sans auteur. Nombre de peuples autochtones et de communautés traditionnelles connaissent et peuvent identifier le créateur de telle ou telle expression culturelle traditionnelle, ce même longtemps après sa mort. S'agissant des expressions culturelles traditionnelles très anciennes, l'auteur reste connu de la communauté concernée. Il existe néanmoins des cas où une expression peut être distinctement reconnue comme provenant de tel peuple, communauté ou région, du fait des spécificités de la forme artistique ou du matériel utilisé, mais où le créateur lui-même est inconnu.

### ***Œuvres orphelines***

Aux fins de la législation sur le droit d'auteur, les "œuvres orphelines" sont des œuvres dont le titulaire du droit d'auteur ne peut être localisé ou identifié.

Certains pays, comme le Canada, ont mis en œuvre un texte de loi qui établit un système de concession de licences obligatoires autorisant l'exploitation d'œuvres publiées, licences que doit délivrer l'autorité nationale chargée du droit d'auteur au nom de titulaires de droits d'auteur introuvables<sup>133</sup>.

Les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne étudient actuellement des textes de loi allant dans le même sens, mais plusieurs difficultés doivent être résolues, notamment la définition de l'expression "œuvre orpheline", la détermination du seuil applicable à la diligence raisonnable qu'un utilisateur ambitieux devrait exercer pour retrouver l'auteur, et le statut à conférer aux expressions culturelles traditionnelles dans ce cadre législatif.

La Commission européenne a réuni un groupe d'experts de haut niveau sur les questions de la conservation numérique, des œuvres orphelines et des éditions épuisées, chargé d'étudier certaines de ces questions dans le contexte européen. S'agissant des œuvres littéraires et audiovisuelles, le groupe a conclu qu'il était souhaitable de trouver une solution au problème des œuvres orphelines, que ce soit par

132 Voir la collection du projet Global Sound de la Smithsonian Institution qui comporte des auteurs inconnus: [www.smithsonianglobalsound.org/](http://www.smithsonianglobalsound.org/) (dernière consultation le 10 mars 2010).

133 Article 77 de la Loi canadienne sur le droit d'auteur.

la voie législative ou par d'autres voies, telles que des bases de données spécialisées rassemblant des informations sur les œuvres orphelines; l'amélioration de l'insertion d'informations sur les titulaires de droits d'auteur dans le matériel numérisé; et l'amélioration des pratiques contractuelles<sup>134</sup>.

On trouvera ci-après quelques propositions spécifiques:

- Mener une recherche approfondie pour retrouver le titulaire du droit d'auteur avant de considérer l'œuvre comme "orpheline";
- Une recherche raisonnablement diligente doit être menée avec énormément de soin;
- Quiconque aspire à l'exploitation d'une œuvre orpheline doit être en mesure d'apporter la preuve qu'il a été suffisamment diligent dans sa recherche du titulaire du droit d'auteur; et,
- La notion de recherche diligente devrait reposer sur divers éléments: nature de l'œuvre orpheline, nature de l'exploitation envisagée et nature de l'exploitant.

### ***Œuvres orphelines dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles***

La question des œuvres orphelines présente des conséquences spécifiques pour les expressions culturelles traditionnelles. Du fait de la manière dont les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ont pendant longtemps été représentés par des personnes qui leur étaient étrangères, leurs expressions culturelles traditionnelles ont été considérées comme des productions qui n'avaient jamais eu d'"auteur" ou d'"interprète ou exécutant" au sens du droit d'auteur et des droits connexes et ne pouvaient donc pas être rendues "orphelines" selon la définition qu'en donnait la loi. En l'absence d'un auteur spécifique que l'on puisse associer à une expression spécifique, les expressions culturelles traditionnelles ne pourraient pas bénéficier du régime de protection mis en place pour les œuvres orphelines.

Une œuvre orpheline doit d'abord être considérée comme un objet du droit d'auteur. Il peut être difficile de déterminer si, par exemple, un symbole culturel, une danse ou un objet artisanal est une expression culturelle traditionnelle non protégée par le droit d'auteur ou une œuvre orpheline, c'est-à-dire une œuvre protégée par le droit d'auteur, mais dans le cas de laquelle le titulaire du droit d'auteur est inconnu ou introuvable.

De surcroît, la législation relative aux œuvres orphelines autorise souvent le public à consulter, modifier, présenter et exploiter d'une autre manière les œuvres en question une fois qu'une recherche diligente a été menée. Cela risque de poser problème pour nombre de groupes autochtones et de communautés traditionnelles.

On pourrait avancer que telle expression culturelle traditionnelle protégée par le droit d'auteur (qu'il s'agisse d'un symbole, d'un récit ou d'un objet artisanal) est "rendue orpheline" et, de ce fait, relève de la législation applicable aux titulaires introuvables. Dans l'optique des institutions, cela pourrait faciliter la gestion des collections d'expressions culturelles traditionnelles, mais cela risquerait aussi de perpétuer le contrôle institutionnel et gouvernemental sur ces collections – problème qui a rendu plus difficile pour les dépositaires de traditions d'y accéder et de faire valoir leurs droits et intérêts en ce qui concerne l'élaboration des formes appropriées de gestion requises pour ces collections.

On ne peut pas encore étayer par un grand nombre d'exemples l'impact de la question des œuvres orphelines sur l'accessibilité, l'exploitation et le contrôle des expressions culturelles traditionnelles, mais elle suscite des préoccupations spécifiques qui devraient être prises en considération par les pays lorsqu'ils mettent en œuvre une législation sur les œuvres orphelines et/ou les expressions culturelles traditionnelles<sup>135</sup>.

134 Rapport sur la conservation numérique, les œuvres orphelines et les éditions épuisées, 2010: Bibliothèques numériques, Groupe d'experts de haut niveau – Sous-groupe Droits d'auteur, 2007.

135 En mai 2008, une législation sur les œuvres orphelines avait été adoptée uniquement au Canada, au Royaume-Uni, aux Fidji, en Inde, au Japon et en République de Corée; aucune affaire ou litige concernant directement des expressions culturelles traditionnelles n'avait été recensée. Toutes ces législations prévoient la réalisation d'une analyse pour chaque projet de licence obligatoire autorisant l'exploitation d'une œuvre orpheline. Depuis 1990, la Commission canadienne du droit d'auteur a rendu 242 décisions sur des titulaires de droits d'auteur introuvables; voir [www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/index-e.html](http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/index-e.html) (dernière consultation le 14 avril 2010) pour une liste des requérants et des décisions.

Il pourrait s'avérer utile d'envisager d'adopter une approche de la gestion des œuvres orphelines qui soit fondée sur la gestion des risques<sup>136</sup>. Une politique de gestion des risques pourrait considérer les trois questions principales suivantes: quelles mesures les institutions culturelles devraient-elles prendre pour retrouver un titulaire de droits d'auteur? Quelles dispositions devraient-elles prendre pour établir le contact avec cette personne physique ou morale? Et que faire s'il était impossible de retrouver le titulaire de droits d'auteur?

#### POINTS ESSENTIELS

- Une "œuvre orpheline" peut être présentée comme une œuvre protégée par le droit d'auteur dans le cas de laquelle le titulaire du droit d'auteur est inconnu ou introuvable. Certains pays envisagent de mettre en œuvre une législation qui autoriserait le public à exploiter ces œuvres une fois qu'une recherche diligente du titulaire du droit d'auteur aurait été menée.
- Les expressions culturelles traditionnelles, qui, par nature, sont souvent attribuables non pas à un auteur, mais à un groupe culturel, pourraient éventuellement pâtir d'une législation sur les "œuvres orphelines": un exploitant potentiel pourrait affirmer qu'après une recherche diligente, il n'a pas pu retrouver le titulaire du droit d'auteur et pourrait, dans ces conditions, exploiter l'expression culturelle traditionnelle à toutes fins de son choix.

### 3. Durée de la protection

En vertu d'un principe essentiel du système du droit d'auteur, la durée de la protection n'est pas indéfinie: les œuvres finissent par entrer dans le domaine public. La Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC prévoient une durée de protection minimale de 50 ans post mortem auctoris (après la mort de l'auteur), bien que les pays soient libres de protéger plus longtemps le droit d'auteur<sup>137</sup>. En d'autres termes, tout État signataire de la Convention de Berne ou de l'Accord sur les ADPIC doit octroyer une durée de protection égale à "la durée de vie de l'auteur + cinquante ans", mais est autorisé à la prolonger. Par exemple, le Mexique autorise l'une des plus longues durées de protection du droit d'auteur, puisque cette protection dure pendant toute la vie de l'auteur plus 75 à 100 ans, en fonction d'une série de facteurs<sup>138</sup>.

Une durée de protection existe également pour les droits moraux et varie selon les pays. La protection peut être illimitée, avoir la même durée que pour les droits patrimoniaux ou prendre fin à la mort de l'auteur.

Cette règle fondamentale de durée souffre quelques exceptions. Par exemple, en vertu de la loi britannique sur le droit d'auteur, les droits à redevance sur la célèbre œuvre "Peter Pan" ont été conférés à perpétuité à une œuvre de charité<sup>139</sup>, et, en Australie, une proposition a été présentée en 2003 tendant à conférer une protection perpétuelle aux œuvres de l'artiste autochtone Albert Namatjira<sup>140</sup>. Ces exemples montrent que le principe fondamental de la limitation de la durée de protection, essentiel pour l'équilibre du système du droit d'auteur, peut, encore que très rarement, être altéré pour tenir compte de certaines situations spécifiques.

Comprendre le problème de la durée de la protection par le droit d'auteur est indispensable à toutes les institutions qui travaillent avec des artistes des XXe et XXIe siècles et leurs œuvres. Le fait de savoir si une œuvre est protégée ou est tombée dans le domaine public a son importance car les artistes bénéficient d'une série de droits concernant, entre autres, l'exposition, la reproduction et, selon les pays, l'arrangement de leurs œuvres<sup>141</sup>.

136 Par exemple, c'est ce qui est proposé in Emily Hudson et Andrew T. Kenyon, *Copyright and Cultural Institutions: Guidelines for Digitisation*, The University of Melbourne, Melbourne Law School, février 2006, p. 100.

137 Voir annexe II pour les durées de protection instituées par certains pays.

138 Loi fédérale sur le droit d'auteur, nouvelle loi publiée au Journal officiel de la Fédération le 24 décembre 1996; texte en vigueur, dernière révision publiée au Journal officiel de la Fédération le 23 juillet 2003.

139 J. M. Barrie, le créateur de Peter Pan, a légué les droits d'auteur et les autres droits de propriété intellectuelle sur Peter Pan à un hôpital londonien. Conformément à la législation européenne harmonisée, les droits d'auteur ont expiré le 31 décembre 2007. Toutefois, grâce à une législation spéciale (Loi sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets de 1988 (Royaume Uni), paragraphe 301), des redevances d'un montant modeste continueront d'être perçues en Grande Bretagne.

140 M. Rimmer (2003), 'Albert Namatjira: copyright estates and traditional knowledge' Australian Library and Information Association, juin 2003, 1-2.

141 La Loi canadienne sur le droit d'auteur, par exemple, contient une disposition concernant spécifiquement le droit d'exposition conféré aux titulaires du droit d'auteur. Voir article 3.1(g) de ladite loi. Les droits moraux, dont il est question plus loin, sont plus forts dans certains pays que dans d'autres. Au nombre des avantages que ces droits confèrent à un artiste figure la manière dont son œuvre est exposée.

La détermination du statut d'une œuvre (protégée ou faisant partie du domaine public) implique des recherches et des calculs. Les modalités de "calcul" varient selon les pays. Elles sont souvent fonction du support de l'œuvre<sup>142</sup>, du caractère rétroactif ou non de la loi sur le droit d'auteur applicable<sup>143</sup> et de la question de savoir si l'œuvre a un seul auteur, est une œuvre de collaboration<sup>144</sup> ou est créée sous les auspices d'une institution, parmi bien d'autres considérations<sup>145</sup>. Les responsables des institutions culturelles peuvent s'attendre à devoir se familiariser avec la législation nationale sur le droit d'auteur en vigueur, avec les lois qui étaient en vigueur au moment où telle œuvre a été créée et/ou publiée, et avec les lois de beaucoup d'autres pays.

Étant donné le caractère intergénérationnel des expressions culturelles traditionnelles, on a pu dire qu'aucune durée de protection déterminée ne serait appropriée en ce qui les concerne. Nombre de peuples autochtones et de communautés traditionnelles souhaiteraient une protection indéfinie ou indéterminée pour au moins certaines expressions de leurs cultures traditionnelles. Les demandes de protection de durée indéterminée ont également été liées aux demandes de protection rétroactive<sup>146</sup>. Certains dépositaires de traditions ont spécifiquement cherché à faire respecter le droit d'auteur pour certains symboles et autres expressions culturelles traditionnelles. Ces manifestations protégées des expressions culturelles traditionnelles tomberont le moment venu dans le domaine public, à moins qu'une loi spéciale ne soit adoptée, comme dans les cas susvisés de "Peter Pan" et d'Albert Namatjira. Dans le cadre des négociations menées à l'OMPI, le Hokotehi Moriori Trust a accordé une attention particulière à la question de la durée de la protection et a demandé instamment l'élaboration d'un instrument qui conférerait une protection perpétuelle aux expressions culturelles traditionnelles, dans la mesure où celles-ci "continuent de faire partie intégrante du maintien de la culture et de l'identité des peuples autochtones concernés."<sup>147</sup>

#### POINTS ESSENTIELS

- La durée de protection par le droit d'auteur varie selon les pays. La durée minimale, stipulée par la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC, est égale à la durée de vie de l'auteur + cinquante ans.
- Les institutions culturelles doivent accorder une attention particulière aux durées de protection, surtout si elles détiennent des œuvres provenant de pays différents.
- Pour les uns, la durée limitée de la protection par le droit d'auteur ne convient pas aux expressions culturelles traditionnelles: la protection perpétuelle est la seule solution. Pour les autres, la place des expressions culturelles traditionnelles est dans le domaine public et une période de protection limitée est donc appropriée en ce qui concerne ces expressions. Le débat n'est pas clos.

## 4. Droits patrimoniaux et droits moraux

Les législations sur le droit d'auteur varient d'un pays à l'autre. L'une des différences les plus importantes est le degré de protection qu'elles prévoient pour les droits patrimoniaux et moraux éventuellement conférés à un auteur.

142 En Irlande, les œuvres littéraires bénéficient d'une durée de protection égale à la somme "vie de l'auteur + cinquante ans", tandis que cette durée est égale à la somme "vie de l'auteur + soixante-dix ans" pour les films.

143 Dans la plupart des pays de l'Union européenne, les prolongations de durée de la protection sont rétroactives, ce qui a redonné temporairement à certaines œuvres le statut d'œuvre protégée.

144 Il existe dans nombre de pays des dispositions applicables aux œuvres de collaboration. Au Royaume-Uni, par exemple, en cas de pluralité d'auteurs, lorsque la contribution de chacun d'eux ne peut pas être distinguée de celle des autres, il s'agit d'une œuvre de collaboration et tous les auteurs sont conjointement titulaires du droit d'auteur. En d'autres termes, lorsque l'œuvre terminée ne présente pas de façon distincte les contributions des différents auteurs, mais est vue ou ressentie comme un tout, l'œuvre ainsi créée est une œuvre de collaboration. On peut citer comme exemples les œuvres de Gilbert et George ou de Lennon et McCartney.

145 Dans certains pays, lorsqu'une œuvre est créée par un employé, l'employeur détient en général le droit d'auteur, sauf stipulation contractuelle contraire.

146 Voir Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore: options juridiques et de politique, WIPO/GRTKF/IC/6/3. Voir aussi Projet d'analyse des lacunes en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles, WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.

147 Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, onzième session, 3-12 juillet 2007, document de l'OMPI WIPO/GRTKF/IC/11/15, paragraphe 209.

### **Droits patrimoniaux**

Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre protégée peut exploiter l'œuvre comme il l'entend (dans la mesure où ses droits n'empiètent pas sur ceux d'autrui) et peut empêcher autrui de l'exploiter sans son autorisation.

En général, les droits patrimoniaux exclusifs comprennent notamment les droits de copier ou reproduire (droit qui englobe parfois celui de distribuer) l'œuvre, de l'adapter, de l'interpréter ou de l'exécuter en public, d'en faire un enregistrement sonore, de la radiodiffuser, de l'exposer et de la communiquer au public.

L'exclusivité est toutefois limitée. Certaines utilisations de l'œuvre protégée peuvent être faites sans avoir à obtenir au préalable l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, parfois gratuitement, parfois moyennant une rémunération équitable ou raisonnable: on parle alors d'exceptions et de limitations, dont il sera question dans la section suivante de la présente partie.

### **Droits moraux**

Selon le pays<sup>148</sup>, un auteur bénéficie également de certains droits moraux, qui sont prévus par l'article 6bis de la Convention de Berne. Ils englobent généralement le droit d'attribution ou droit à la paternité (l'auteur a le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de voir son nom mentionné ou imprimé avec l'œuvre), le droit à l'intégrité de l'œuvre (l'auteur a le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de l'œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation), le droit de publication (en vertu duquel l'auteur est seul à décider de la date et de l'opportunité de la mise de l'œuvre à la disposition du public) et le droit de retrait (ou droit de repentir)<sup>149</sup>. Les droits moraux peuvent aussi englober le droit d'un auteur de s'associer ou de ne pas s'associer à des produits, services ou causes spécifiques, le droit de demeurer anonyme et le droit d'utiliser un pseudonyme<sup>150</sup>.

Il convient de noter que, comme les droits patrimoniaux, les droits moraux ne s'appliquent qu'aux œuvres protégées. Les droits moraux sont conférés à l'auteur de l'œuvre. Dans certains pays, ils sont inaliénables, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas être transférés à une autre personne physique ou à une personne morale; l'auteur continue d'en jouir même s'il a concédé sous licence ou cédé ses droits patrimoniaux à un tiers. Toutefois, certains pays offrent la possibilité de renoncer aux droits moraux.

Dans certains pays, les droits moraux ne sont applicables qu'à certaines catégories d'œuvres. Par exemple, aux États-Unis d'Amérique, seules les œuvres relevant des arts visuels (comme les peintures, les dessins, les gravures, les sculptures ou les photographies) peuvent bénéficier du droit d'attribution et du droit à l'intégrité<sup>151</sup>.

Les droits moraux permettent à l'auteur d'imposer des limitations ou des conditions à ce que d'autres, y compris des institutions culturelles, peuvent faire de son œuvre. Même si ces dernières peuvent avoir la propriété physique d'une œuvre protégée, cela ne leur procure pas de bases juridiques suffisantes pour plusieurs utilisations de l'œuvre en question, concernant, par exemple, la manière dont une œuvre d'art est présentée, le fait de séparer une œuvre de l'ensemble prévu au départ<sup>152</sup>, le fait de repeindre une sculpture d'une couleur différente<sup>153</sup> et le fait de retirer une sculpture de l'endroit pour lequel elle avait été commandée

148 Voir annexe II (Liste des législations sur le droit d'auteur).

149 Le droit de retrait ou de repentir permet à l'auteur d'empêcher la poursuite de la reproduction ou de la distribution de son œuvre. Voir, par exemple, le Code français de la propriété intellectuelle, article L121-1.

150 Voir, pour un exemple d'application de ces droits, la Loi canadienne sur le droit d'auteur, S.C. 1997, c. 24, paragraphe 14.1.

151 Loi sur le droit d'auteur des États Unis d'Amérique, article 106 A.

152 On avait demandé à Bernard Buffet, un artiste français, de décorer un réfrigérateur qui devait être vendu aux enchères à une fête de charité. Sa composition, qui comprenait six panneaux, a été achetée, puis démantelée par l'acheteur qui voulait revendre six œuvres d'art distinctes. Buffet l'a assigné en justice et a obtenu gain de cause, en faisant valoir ses droits moraux.

153 David Smith, un sculpteur moderne, avait créé une composition intitulée 17 h's, en acier soudé recouvert de six couches de peinture rouge de cadmium. Le marchand qui possédait la sculpture a reçu la visite d'un collectionneur qui aimait la composition, mais pas la couleur. À l'insu de l'artiste ou sans son consentement, le marchand a envoyé la sculpture dans une fonderie, a fait retirer la peinture, puis a réalisé la vente. Voir Patricia Failing, *Artists Moral Rights in the United States before VARA/1990: An Introduction*. The Committee on Intellectual Property of the College Art Association, document de session, février 2009, citant les lettres de David Smith publiées in ARTS (juin 1960).

et où l'artiste tenait à ce qu'elle reste<sup>154</sup>. En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles, on pourrait imaginer, par exemple, qu'un dessin sacré soit copié sur un tapis, sur lequel on pourrait marcher.

Pour les institutions culturelles, les droits moraux représentent des avantages et des responsabilités: ils renforcent l'autorité des artistes sur leurs propres créations, mais ces institutions doivent veiller en permanence à ne pas porter atteinte aux droits moraux des auteurs dans l'utilisation qu'elles font de leurs œuvres.

Dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles, la notion de droits moraux pourrait (au moins théoriquement) répondre aux préoccupations concernant l'insulte culturelle et l'utilisation impropre et les déformations de ces expressions culturelles, et constituer un moyen de garantir le respect, la reconnaissance et la protection de l'authenticité et de l'intégrité<sup>155</sup>.

Les droits moraux ont été invoqués dans un cas impliquant des expressions culturelles traditionnelles. Dans le cadre des jeux olympiques de Sydney (2000), le musée olympique de Lausanne a affiché sur son site Web trois œuvres d'artistes autochtones australiens, à télécharger comme fond d'écran, sans solliciter l'autorisation des artistes. Ces derniers se sont sentis insultés, étant donné que ces œuvres avaient une grande importance culturelle et étaient liées à leur connaissance de leur terre. Leurs griefs ont amené le musée à retirer les œuvres d'art de son site Web et, après des négociations sur d'éventuelles atteintes au droit d'auteur et aux droits moraux, un arrangement a été conclu, aux termes duquel les artistes ont reçu une certaine somme d'argent en dédommagement de l'atteinte et une lettre d'excuses signée par le président de la Fondation du musée olympique, reconnaissant l'atteinte au droit d'auteur et aux droits moraux et s'excusant pour les dommages culturels causés<sup>156</sup>.

Au moment de numériser leurs collections, les institutions culturelles devraient garder à l'esprit les droits moraux. Par exemple, une copie numérique d'une œuvre peut être vue sous différents formats sur l'Internet; les universités, les boutiques d'affiches et les voyageurs enthousiastes ont reproduit des peintures célèbres par des moyens numériques. Comme on pouvait s'y attendre, toutefois, l'intensité des pixels, la reproduction des couleurs et la qualité générale des images peuvent être très différentes. Un auteur peut formuler des objections contre une reproduction de mauvaise qualité, qui violerait son droit de protection contre toute déformation ou traitement constituant une atteinte aux droits.

En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles, la qualité de l'image peut jouer un rôle important. Le fait de présenter une expression culturelle traditionnelle peut être ressenti comme une insulte culturelle à moins qu'elle ne le soit sous la forme de la reproduction la plus fidèle ou, inversement, d'une imagerie de sorte que certains symboles spirituels ne puissent être distingués que lors d'une visite personnelle ou avec l'autorisation de la communauté concernée. D'une façon générale, une version d'une expression culturelle traditionnelle sous forme d'une imagerie ne pourrait pas être autorisée en tant qu'exception ou limitation, car la simple divulgation des paramètres schématiques de l'image d'une expression culturelle traditionnelle suffit souvent à causer un préjudice et/ou un dommage. Il n'existe sans doute pas de type de directive unique qui soit adaptable à toutes les cultures ou à toutes les catégories d'expressions culturelles traditionnelles: chaque institution culturelle pourra avoir besoin d'élaborer son propre cadre de gestion en fonction de ses collections.

Dans certains pays, ce concept a donné de bons résultats. Par exemple, l'article 28.3) de la Loi nigériane sur le droit d'auteur<sup>157</sup> stipule que "dans toutes les publications imprimées et dans le cadre de toute communication au public concernant toute expression du folklore identifiable, la source de celle-ci doit être indiquée d'une manière appropriée et conforme à l'usage loyal, en mentionnant la communauté ou le

154 En 1981, l'artiste Richard Serra a installé sa sculpture *Tilted Arc* sur la Federal Plaza à New York; il l'avait créée spécifiquement pour ce site. Elle avait été commandée par l'Arts-in-Architecture Program de la General Services Administration des États-Unis d'Amérique. *Tilted Arc* est un mur incurvé en acier brut de 36,5 mètres de longueur et de 3,65 de hauteur qui divisait en deux l'espace de la Federal Plaza. Le 15 mars 1989, pendant la nuit, des ouvriers engagés par l'administration fédérale ont coupé le *Tilted Arc* en trois morceaux, qu'ils ont retirés de la Federal Plaza et ont mis à la casse. L'artiste a fait un procès à l'administration, mais les lois des États-Unis d'Amérique ne permettaient pas, à l'époque du moins, de protéger l'œuvre de Serra. Voir Richard Serra, *Writings and Interviews*, p. 193 (University of Chicago Press, 1994).

155 Toutefois, la notion de propriété collective des droits moraux pourrait soulever des difficultés supplémentaires.

156 Voir OMPI, *Analyse globale*, *op. cit.* note 30, p.31.

157 Lois de la Fédération du Nigéria, 1990, Loi sur le droit d'auteur, ch. 68, article 28.3).

lieu d'où dérive l'expression utilisée." En substance, cette disposition prévoit la reconnaissance du fait que l'œuvre est issue d'un contexte collectif ou communautaire.

En dépit du caractère innovant de cette loi, l'expérience nigériane n'a pas réglé un certain nombre de problèmes. Les expressions culturelles traditionnelles de communautés différentes peuvent être très semblables: les chants, objets artisanaux ou peintures sont souvent communs à plusieurs régions du Nigéria, ce qui peut rendre difficile l'attribution de telle expression culturelle traditionnelle à un groupe précis<sup>158</sup>. Une autre difficulté tient à la mesure dans laquelle certaines expressions, tout en ayant l'air de se ressembler, diffèrent en fait par les lois coutumières, les valeurs fonctionnelles et les significations culturelles au sein des communautés avec lesquelles elles sont associées. Qui plus est, la Commission nigériane du droit d'auteur a le droit exclusif d'autoriser l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles; il pourrait donc exister des situations où le fait d'accorder une autorisation d'utilisation pourrait être acceptable pour une communauté, mais insultant pour une autre.

Un autre exemple est fourni par le projet de loi sur les droits moraux collectifs autochtones déposé en 2003 par le Gouvernement australien pour protéger les intérêts culturels des communautés autochtones. Les droits moraux collectifs étaient considérés comme un instrument qui pouvait permettre aux peuples autochtones de prévenir tout traitement constituant une atteinte à leurs droits sur leurs œuvres en prenant appui sur leurs traditions, coutumes et croyances. Il s'agissait d'habiliter ces peuples à "engager des actions en justice pour se protéger contre toute utilisation inappropriée, dégradante ou susceptible de heurter leur sensibilité culturelle d'œuvres protégées par le droit d'auteur" et de leur donner la "possibilité légale de sauvegarder l'intégrité d'œuvres créatives incarnant les savoirs et la sagesse traditionnels."<sup>159</sup> Les peuples autochtones et d'autres groupes d'intérêts ont critiqué certains aspects du projet de loi. L'idée de ce projet reste à l'ordre du jour, mais il n'a pas encore été adopté.

## POINTS ESSENTIELS

- Les législations sur le droit d'auteur confèrent des droits patrimoniaux et des droits moraux. Les droits patrimoniaux se rapportent aux droits exclusifs d'interdiction et d'autorisation de l'utilisation des œuvres. Les droits moraux représentent les droits non patrimoniaux, personnels ou artistiques de l'auteur sur son œuvre.
- Les titulaires de droits d'auteur ont notamment le droit de contrôler la reproduction de leurs œuvres; l'interprétation ou l'exécution de leurs œuvres en public; l'enregistrement de leurs œuvres; la communication de leurs œuvres au public; et la traduction et l'adaptation de leurs œuvres.
- Certaines communautés souhaitent revendiquer et exercer des droits de propriété intellectuelle sur leurs expressions culturelles traditionnelles pour pouvoir en faire une exploitation commerciale. Le système du droit d'auteur a pour objet, en substance, de permettre l'exploitation commerciale d'œuvres créatives selon des modalités aussi équitables et équilibrées que possible.
- Nombre d'expressions culturelles traditionnelles sont créées essentiellement à des fins spirituelles et religieuses et non pour atteindre un public aussi vaste que possible. Comme il est fréquent qu'elles ne soient pas destinées à une exploitation commerciale, les droits patrimoniaux pourraient être tout à fait inappropriés.
- Nombre de peuples autochtones et de communautés traditionnelles aspirent à protéger l'intégrité et l'authenticité de leurs expressions culturelles traditionnelles exclusivement ou en sus de leur capacité d'en retirer un bénéfice économique. Dans ces cas, les droits moraux pourraient être considérés comme plus importants que les droits patrimoniaux.

158 Adebambo Adewopo, *Protection and Administration of Folklore in Nigeria*, SCRIPT-ed, vol. 3, numéro 1, mars 2006. On touche là au problème de l'identification des frontières et entités politiques aux communautés culturelles et aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle. La connaissance et la pratique d'une expression culturelle traditionnelle peuvent être limitées à une société donnée ou être communes, sous une forme générale ou sous des formes particulières, à des sociétés qui se considèrent par ailleurs comme distinctes. Les communautés autochtones et traditionnelles s'étendent souvent sur le territoire de plusieurs collectivités politiques et nombre d'entre elles ne souhaitent pas que le gouvernement de l'État où elles vivent revendique des droits sur leurs expressions culturelles traditionnelles.

159 Voir Indigenous Artists, The Australian Copyright Council, consultable à l'adresse [www.copyright.org.au/information/cit001/wp0005](http://www.copyright.org.au/information/cit001/wp0005) (dernière consultation le 14 avril 2010).

### **Droit de suite**

Le droit de suite s'entend d'un ensemble de droits qui autorisent un artiste (ou ses héritiers) 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, galeriste ou autre marchand d'art; les ventes privées sont généralement exclues). Le but est de permettre aux artistes dont la réputation grandit de tirer un bénéfice financier de la revente de leurs œuvres lorsqu'elles prennent de la valeur.

Le droit de suite est prévu à l'article 14ter de la Convention de Berne. Il est admis dans une cinquantaine de pays, parmi lesquels de nombreux pays d'Amérique latine et d'Afrique. La Suisse et les États-Unis d'Amérique, toutefois, n'admettent pas le droit de suite, mais l'État de Californie l'admet<sup>160</sup>.

Le droit de suite est généralement limité aux œuvres graphiques ou plastiques, telles que les images, collages, peintures, dessins, gravures et estampes, lithographies, sculptures, tapisseries, céramiques, objets en verre et photographies.

La France a été le premier pays à instituer ce droit. "Le Gouvernement français a mis en place un dispositif de protection du droit de suite en 1920, après la controverse provoquée par le fait que des artistes vivaient dans la pauvreté alors que les maisons de vente aux enchères publiques tiraient des bénéfices de la revente de leurs créations artistiques."<sup>161</sup>

L'Union européenne a adopté une directive spécifique en 2001<sup>162</sup>. Cette directive impose à chaque pays de l'UE d'adopter un texte législatif donnant aux artistes droit à un pourcentage (calculé selon une échelle mobile) sur le profit réalisé grâce à la revente de leurs œuvres (graphiques ou plastiques), de leur vivant et jusqu'à 70 ans après leur décès<sup>163</sup>.

Le montant des redevances sur la revente de leurs œuvres pourrait être important pour les artistes autochtones et traditionnels eu égard à la situation économique difficile que connaissent un grand nombre de peuples autochtones et de communautés traditionnelles. On peut considérer comme tristement et injustement paradoxal que de nombreux artistes traditionnels vivent dans la pauvreté, tandis que, sur le marché mondial de l'art, leurs œuvres sont revendues pour des milliers de dollars lors de ventes aux enchères et dans les galeries.

Par exemple, Tommy Watson est un artiste aborigène australien dont les œuvres se vendent très cher<sup>164</sup>. Son tableau de 2006 intitulé *Waltitjatt* a été adjugé pour 197 160 dollars lors d'une récente vente aux enchères à Sydney. L'artiste voyage entre Irruntyta, une petite communauté de 150 personnes, et Alice Springs, qui est un centre régional. Il recevrait environ 1000 dollars par tableau d'une galerie d'art local<sup>165</sup>.

Parmi d'autres exemples, on peut citer un tambour fabriqué par un habitant des îles Torres Strait (Australie), adjugé pour 818 400 euros par le bureau de Paris de Christie's en 2006; cela a constitué un record mondial pour un tambour vendu aux enchères<sup>166</sup>. Le bureau de New York de Sotheby's a adjugé une chemise d'homme en cuir emperlée d'Indien blackfoot pour 800 000 dollars; d'ailleurs, "la vente d'objets

160 Voir Code civil de Californie, article 986 (2002).

161 Voir M. Rimmer, *A Right of Resale? Indigenous Art under the Hammer*, ABC Australie, 27 juillet 2007.

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

163 De surcroît, le considérant 6 de la directive est ainsi libellé: "La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques prévoit que le droit de suite n'est exigible que si la législation nationale de l'auteur l'admet. Le droit de suite est par conséquent optionnel et soumis à la règle de la réciprocité. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'application du principe de non-discrimination inscrit à l'article 12 du traité, tel que précisé par l'arrêt du 20 octobre 1993 dans les affaires jointes C-92/92 et C-326/92, *Phil Collins et autres (4)*, que des dispositions nationales comportant des clauses de réciprocité ne sauraient être invoquées pour refuser aux ressortissants d'autres États membres des droits conférés aux ressortissants nationaux. L'application de telles clauses dans le contexte communautaire est contraire au principe d'égalité de traitement résultant de l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité."

164 J. MacDonald, *Aboriginal Art Dealers Fight Back*, The Art Newspaper, numéro 184, 10 septembre 2007.

165 Rapport sur le marché australien de l'art présenté dans le cadre d'une enquête du Sénat sur le secteur des arts visuels autochtones, printemps 2005 et automne 2006, consultable à l'adresse [www.aph.gov.au/SENATE/COMMITTEE/ecita\\_ctte/Indigenous\\_arts/submissions/sub43.pdf](http://www.aph.gov.au/SENATE/COMMITTEE/ecita_ctte/Indigenous_arts/submissions/sub43.pdf) (dernière consultation le 18 mars 2010).

166 Voir [www.christies.com/departments/african-and-oceanic-art/](http://www.christies.com/departments/african-and-oceanic-art/) (dernière consultation le 10 mars 2010).

d'art amérindien réalisée par Sotheby's en octobre 2006 a atteint le total de 7 millions de dollars et ... a également établi un nouveau record mondial pour un objet amérindien ... un masque tsmishian adjugé pour 1,8 million de dollars. Tous les lots mis aux enchères ont été vendus."<sup>167</sup>

On mentionnera encore un autre exemple, celui des potiers traditionnels du nord de la Géorgie (États-Unis d'Amérique), qui fabriquent depuis des générations des "face jugs" (pichets à visage sculpté) uniques en leur genre. Un "face jug" fabriqué par le défunt artiste traditionnel Lanier Meaders vaudrait des milliers de dollars aujourd'hui, ce qui représente une hausse astronomique de valeur par rapport aux années 50, dans lesquelles il a été créé.

En Australie, le débat a été rendu particulièrement intense par la très forte hausse de valeur des œuvres d'art aborigènes<sup>168</sup>. En novembre 2008, le Gouvernement australien a présenté le projet de loi relatif au droit de suite sur les œuvres des artistes visuels 2008, et une loi portant création d'un régime de droit de suite devant permettre aux artistes visuels australiens de recevoir une partie du produit de la revente de leurs œuvres a été adoptée par le Sénat en novembre 2009. En vertu de ce régime, les artistes reçoivent 5% du prix de vente lorsque des œuvres originales sont revendues sur le marché de l'art pour au moins 1000 dollars. Le droit de suite s'applique aux œuvres du vivant des artistes et jusqu'à 70 ans après leur décès. Le régime concerne les œuvres d'art originales telles qu'une peinture, un collage, un dessin, une estampe, une sculpture, une céramique, un objet en verre ou une photographie<sup>169</sup>. En application de ce régime, les artistes autochtones commenceront à retirer certains bénéfices de la croissance exponentielle d'un secteur de l'art qui dépend entièrement d'eux, mais qui ne rétribue que faiblement les artistes et les communautés qui créent les œuvres en question.

#### POINTS ESSENTIELS

- Le droit de suite est un mécanisme permettant à un artiste (ou à ses héritiers) de récupérer une partie du prix de la vente de ses créations même après les avoir vendues à des tiers; il est applicable dans certains pays.
- D'aucuns font valoir que les artistes autochtones et traditionnels pourraient profiter d'un droit de suite. Il pourrait leur procurer un gain économique.

## 5. Exceptions et limitations

Les régimes de droit d'auteur prévoient des exceptions et des limitations aux droits exclusifs des titulaires de droits d'auteur qui permettent d'utiliser leurs œuvres à certaines fins sans demander leur autorisation, ce à titre gratuit ou moyennant rémunération. Voici quelques exemples d'exceptions: reproduction d'une œuvre pour l'usage purement personnel et privé de la personne qui réalise la copie, citations ou utilisation d'une œuvre à des fins d'examen, de critique ou de parodie, et reproduction d'une œuvre aux fins de la conservation des archives. On peut citer d'autres exceptions:

- Réalisation de copies – à des fins de critique, d'examen, de compte rendu d'actualité, de recherche ou d'études privées;
- Réalisation d'un nombre limité de copies à des fins éducatives particulières dans des situations spécifiques;
- Réalisation d'un nombre limité de copies par des bibliothécaires ou des archivistes dans des situations spécifiques; et
- Enregistrement d'une émission de télévision en vue de déposer une plainte ou afin de pouvoir la regarder à un moment plus opportun.

167 American Indian Art Overview, Sotheby's, consultable à l'adresse [www.sothebys.com/app/live/dept/DeptGlobal.jsp?dept\\_id=5](http://www.sothebys.com/app/live/dept/DeptGlobal.jsp?dept_id=5) (dernière consultation le 10 mars 2010).

168 Fred Myers, PAINTING CULTURE: THE MAKING OF AN ABORIGINAL HIGH ART, Duke University Press: Durham, 2002. Voir aussi The Australian Copyright Council, Bulletin 69, *The Art Resale Royalty*, consultable à l'adresse [www.copyright.org.au/pdf/acc/book\\_tocs/b069v01.pdf](http://www.copyright.org.au/pdf/acc/book_tocs/b069v01.pdf). (dernière consultation le 18 mars 2010).

169 Voir Droit de suite pour les artistes visuels, Ministère de l'environnement, de l'eau, du patrimoine et des arts, [www.arts.gov.au/artists/resale\\_royalty](http://www.arts.gov.au/artists/resale_royalty) (dernière consultation le 10 mars 2010).

Cela dit, la liste des actes autorisés par la législation sur le droit d'auteur varie d'un pays à l'autre, et le lieu géographique des expressions culturelles traditionnelles pourrait être le facteur décisif s'agissant de déterminer si une utilisation est considérée comme légale ou non.

Les États-Unis d'Amérique, par exemple, ont repris la doctrine d'origine jurisprudentielle de l'"usage loyal" dans leur loi sur le droit d'auteur<sup>170</sup>. Quatre facteurs permettent de juger de la "loyauté" d'un usage<sup>171</sup>, encore qu'il soit rarement – si tant est qu'il soit jamais – possible de prévoir la mesure dans laquelle l'on peut se fonder sur ces facteurs ou l'importance relative à attribuer à tel ou tel facteur dans une situation donnée. Dans le cadre d'une action en justice, une fois qu'un demandeur a prouvé qu'un défendeur a commis un acte illicite, il appartient ensuite au défendeur de prouver que son utilisation de l'œuvre protégée doit néanmoins être justifiée en tant qu'"usage loyal".

Une affaire américaine bien connue, *Rogers c. Koons*<sup>172</sup>, montre que des œuvres protégées par le droit d'auteur ne peuvent être imitées ou parodiées d'une manière si étroite que l'œuvre originale perde sa signification. En l'espèce, Jeff Koons, un célèbre artiste américain, avait été tenu pour responsable d'une atteinte au droit d'auteur après avoir créé une sculpture intitulée *String of Puppies*, qui était une récréation de la photographie du demandeur. Le tribunal a indiqué que la sculpture de Koons portait atteinte au droit d'auteur du photographe parce que Koons avait copié sa composition, y compris les poses et les expressions. Le recours au moyen de défense utilisé par Koons au titre de l'usage loyal – celui-ci avait soutenu que sa sculpture visait à parodier un type de culture dans son intégralité, non la photographie elle-même – a échoué<sup>173</sup>.

À la différence de la notion américaine d'usage loyal, la législation du Royaume-Uni insère dans son régime du droit d'auteur la notion d'"acte loyal" sous la forme d'une liste spécifique d'actes expressément reconnus comme ne portant pas atteinte au droit d'auteur<sup>174</sup>. D'autres pays utilisent d'autres expressions; le projet de loi sur le droit d'auteur du Swaziland, par exemple, fait référence au "libre usage"<sup>175</sup>.

Nombre de pays, sinon la majorité, abordent différemment la question des exceptions et limitations. Les pays de tradition civiliste désignent expressément les types spécifiques d'utilisations qui sont autorisés. La Directive de la Communauté européenne sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2001)<sup>176</sup> fournit un cadre pour les exceptions et limitations<sup>177</sup>. En France, par exemple, le Code de la propriété intellectuelle énumère les situations spécifiques dans lesquelles les auteurs doivent céder leurs droits au public<sup>178</sup>.

170 L'article 107 de la Loi des États-Unis d'Amérique sur le droit d'auteur est la première tentative faite par le droit américain pour codifier les décisions de *common law* qui reprenaient la doctrine de l'usage loyal.

171 Les facteurs énumérés au paragraphe 107 sont le but et le caractère de l'usage, la nature de l'œuvre protégée, le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée et l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur. Il est bien entendu que tant la liste des usages potentiellement loyaux que les facteurs permettant de déterminer si tel usage est loyal ne sont présentés qu'à titre indicatif et non exhaustif, et que le paragraphe 107 est destiné à offrir des recommandations, non à formuler des règles exactes.

172 960 US.2d 301 (2d Cir. 1992).

173 Toutefois, l'applicabilité de cette affaire est à présent discutable, car, dans une affaire *Koons* plus récente, l'artiste a obtenu gain de cause en utilisant un moyen de défense au titre de l'usage loyal. Voir *Blanch c. Koons*, 467 F.3d 244 (2006).

174 Loi du Royaume-Uni sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets, 1988. Art.29.—(1) L'acte loyal envers une œuvre littéraire, dramatique, musicale ... à des fins de recherche dans un but non commercial ne porte atteinte à aucun droit sur l'œuvre dès l'instant qu'elle s'accompagne d'une mention suffisante de la source ... Art.30.—(1) L'acte loyal envers une œuvre à des fins de critique ou d'examen de l'œuvre en question ou d'une autre œuvre, ou de l'interprétation ou de l'exécution d'une œuvre ne porte atteinte à aucun droit sur l'œuvre dès l'instant qu'elle s'accompagne d'une mention suffisante de la source et que l'œuvre a été mise à la disposition du public.

175 Projet de loi sur le droit d'auteur du Swaziland, 2004, article 9.

176 Directive 2001/29/CE.

177 Il n'existe qu'une seule exception que les États membres de l'UE soient tenus d'insérer dans leur législation nationale: l'article 5 sur les exceptions et limitations, concernant les actes de reproduction provisoires qui font partie intégrante d'un procédé technique. Cette disposition stipule que: "1. Les actes de reproduction provisoires [...], qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre: a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou b) une utilisation licite d'une oeuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2."

178 Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle, dont la dernière modification a été apportée par la loi n° 97-283 du 27 mars 1997. Art. L. 122-5. Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire:

1. Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille.

2. Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des copies d'un programme d'ordinateur (autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues à l'article L.122-6-1-II) ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique.

3. Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source,

Dans certains pays, les exceptions sont très limitées. Par exemple, en Australie, jusqu'à une date récente, on considérait que la copie, la reproduction ou l'adaptation sans autorisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur pour l'usage personnel et privé était une atteinte au droit d'auteur. Seul un très petit nombre d'actes étaient autorisés en vertu de la conception australienne de l'acte loyal, parmi lesquels l'examen ou la critique; la recherche ou l'étude; le compte rendu d'actualité; et l'activité professionnelle des avocats<sup>179</sup>. La nouvelle loi australienne de 2006 a ajouté plusieurs exceptions concernant la copie à usage privé; il n'y aurait donc plus atteinte au droit d'auteur dans les cas suivants: enregistrement d'une émission radiodiffusée afin de pouvoir la regarder ou l'écouter à un moment plus opportun; copie d'un enregistrement sonore pour l'usage personnel et privé; et copie d'une œuvre littéraire, d'une revue ou d'un article de journal pour l'usage privé<sup>180</sup>. L'Australie applique désormais une série spéciale d'exceptions aux œuvres d'art installées dans les lieux publics (afin d'autoriser la photographie, le filmage fortuit, etc.) et un système de licences légales obligatoires autorisant l'utilisation par les écoles, les universités et d'autres entités moyennant le versement d'un droit de licence.

Un autre exemple est celui de l'Afrique du Sud, où la reproduction d'une œuvre littéraire ou musicale est autorisée aux fins de recherche ou d'études – ou pour l'usage personnel ou privé; aux fins de critique ou d'examen de l'œuvre en question ou d'une autre œuvre; et aux fins d'un compte rendu d'actualité à paraître dans un journal, une revue ou autre périodique, ou par la radiodiffusion ou dans un film cinématographique<sup>181</sup>.

### ***Exceptions et limitations dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles***

Dans le cas des expressions culturelles traditionnelles, les exceptions et limitations soulèvent, là encore, une série de problèmes. Du fait de la nature secrète, sacrée et spirituelle de ces expressions et, plus généralement, de leur importance d'un point de vue culturel, même l'utilisation de l'une d'entre elles en tant qu'outil pédagogique peut être considérée comme inappropriée. Pour certains peuples autochtones et communautés traditionnelles, le fait de révéler des expressions culturelles traditionnelles spécifiques est un acte passible de sanctions en vertu de la loi coutumière.

Par exemple, un professeur d'université du Nouveau-Mexique (États-Unis d'Amérique) a été banni du village de Taos par sa propre communauté autochtone pour avoir écrit et publié un article sur une danse tribale spirituelle. L'ordre de bannissement le concernant indique qu'il "a causé un préjudice irréparable à la nature délicate de l'activité religieuse par l'exploitation"<sup>182</sup>. Au regard de la loi sur le droit d'auteur, les actes du professeur sont acceptables: il a créé une nouvelle expression (son article) à partir de la connaissance qu'il avait d'une communauté autochtone. Pour la tribu dont la danse a été rendue publique et décrite sans autorisation, l'usage loyal n'était pas le critère pertinent pour évaluer le caractère approprié de l'utilisation. La communauté avait ses propres règles concernant l'accessibilité, l'utilisation et la diffusion et ces règles n'ont pas été appliquées; c'est pourquoi le professeur a été sanctionné.

Dans le cadre des institutions culturelles, qui mettent l'accent sur l'élargissement de la compréhension de la culture, les exceptions et limitations jouent un rôle important, mais incertain en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles.

Par exemple, la Division d'anthropologie de l'American Museum of Natural History de New York a institué une politique d'accès du public qui prend clairement en considération les exceptions et limitations imposées par la loi sur le droit d'auteur et qui distingue les utilisations qui relèvent desdites exceptions et limitations et

---

a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées. b) Les revues de presse. c) La diffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public. d) Les reproductions, intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente.

4. La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre.

5. Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat.

179 Loi australienne sur le droit d'auteur de 1968, 3e partie, 3e division.

180 Loi de 2006 portant modification de la Loi sur le droit d'auteur (n° 158, 2006).

181 Loi sud-africaine sur le droit d'auteur, article 12.1).

182 *Sacred Dance Essay Prompts Tribal Banishment*, CNN.com, 6 février 2004.

celles qui n'en relèvent pas. Cette politique souligne que les commandes de photocopies portant sur des quantités très limitées peuvent être acheminées par voie postale et que tout contact soutenu avec le service d'archives requiert une visite sur place qui doit être autorisée par le personnel chargé de la conservation<sup>183</sup>. La Division indique également que la permission de faire des photocopies "est accordée en fonction de l'état du document et de la nature du projet individuel. Les documents photocopiés sont remis uniquement à des fins de recherche. Toute autre utilisation, y compris la publication, la transmission électronique, la distribution générale ou l'utilisation commerciale, est subordonnée à l'autorisation de la Division, qui doit être demandée par écrit au Président."<sup>184</sup> En ce qui concerne les photographies, les visiteurs peuvent prendre des photographies des collections "à des fins d'information" pour l'usage personnel uniquement. Là encore, l'autorisation pour toute autre utilisation doit être demandée par écrit<sup>185</sup>. On pourrait se demander pourquoi les dépositaires de traditions ne sont pas consultés au sujet de ces demandes; en fait, dans bien des cas, ils ne sont pas titulaires du droit d'auteur.

Au Musée du Quai Branly, à Paris, "la présentation des 3500 objets [des collections de référence] met l'accent sur la profondeur historique des cultures présentées et sur la diversité de signification des pièces."<sup>186</sup> Tandis que le fait de rassembler physiquement ces objets divers et importants d'un point de vue culturel a prêté à controverse, les effets positifs et négatifs d'une présence en ligne soulèvent également des questions de propriété intellectuelle auxquelles il est difficile de répondre<sup>187</sup>. La page Web du musée concernant les "conditions d'utilisation" précise les modalités selon lesquelles les images et les textes affichés sur le site du musée peuvent être utilisés conformément au Code français de la propriété intellectuelle<sup>188</sup>. S'agissant des communautés autochtones et traditionnelles qui préféreraient que leurs expressions culturelles traditionnelles soient exposées dans un contexte différent – ou qu'elles ne le soient pas du tout –, les exceptions et limitations au droit d'auteur prévues par la législation française n'en offrent pas nécessairement la possibilité. Or, les peuples autochtones et les autres dépositaires de traditions entendent être associés aux décisions concernant les manières appropriées d'exposer leurs œuvres et, notamment, les questions relatives à l'autorisation de leur utilisation et aux bénéficiaires de cette autorisation et de cette utilisation<sup>189</sup>.

Un autre exemple est celui de la Bibliothèque et service d'archives des tribus indiennes du fleuve Colorado, fondée en 1958. Cette bibliothèque publique tribale joue le rôle de centre de recherche pour les personnes souhaitant étudier la culture et l'histoire des quatre tribus de la réserve. Le Conseil tribal lui a confié la responsabilité de la préservation de la culture et des traditions des tribus indiennes du fleuve Colorado. Elle contient des manuscrits originaux, des copies de documents, des microfilms, des photographies, des bandes vidéo et cassettes de récits oraux. On y trouve aussi des lettres personnelles, des documents émanant du gouvernement fédéral et des travaux d'historiens, d'ethnologues et d'anthropologues. Les archives ne sont accessibles qu'aux membres des tribus. Les autres personnes doivent déposer une demande d'utilisation des archives et doivent accepter de respecter les règles régissant leur utilisation. Ces règles ne sont pas rendues accessibles au public. La directrice Amelia Flores appose sur les "acquisitions faisant problème" et contenant des "désignations dégradantes" un avertissement ainsi libellé: Nous n'approuvons pas cette publication<sup>190</sup>.

183 Voir L'American Museum of Natural History, <http://anthro.amnh.org/anthro.html> (dernière consultation le 10 mars 2010). Voir aussi Skrydstrup, *supra* note 54, pp. 65-66.

184 *Id.*, "Archives", sections 2 et 3.

185 *Id.*, "Photographie", section 1.

186 *Exploration des collections de référence*, Musée du Quai Branly, consultable à l'adresse [www.quaibrany.fr/en/collections/permanent-collections/index.html](http://www.quaibrany.fr/en/collections/permanent-collections/index.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

187 A. Riding, *Paris Opens a Museum for Non-Western Art*. The International Herald Tribune, 21 juin 2006. "[D]es objets qui n'ont pas été créés en tant qu'objets artistiques doivent-ils être présentés comme des objets artistiques, isolés de leur contexte ethnographique?" *Id.*

188 Conditions d'utilisation, Musée du Quai Branly, Utilisation autorisée, où sont citées les dispositions pertinentes de l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle.

189 Les décisions prises au sein d'un groupe autochtone ou d'une communauté traditionnelle au sujet des limitations qu'il conviendrait d'apporter à l'utilisation d'une expression culturelle traditionnelle peuvent varier selon les générations, en fonction des personnes qui détiennent le pouvoir, des personnes qui ont été rémunérées, etc.

190 Voir Skrydstrup, *supra* note 54.

Les institutions culturelles se voient souvent remettre les œuvres d'art ou les enregistrements de communautés et de particuliers, dont certains sont vivants et bien connus, et d'autres sont inconnus ou décédés. La possibilité pour ces institutions de présenter, de reproduire et/ou d'exploiter commercialement différents types de reproductions d'une œuvre d'art ou d'un enregistrement dépend de plusieurs facteurs, dont certains sont indiqués ci-après<sup>191</sup>.

Les différents pays du monde traitent différemment la question des exceptions et limitations. Au reste, les prévisions juridiques sont difficiles, sinon impossibles, même à l'intérieur des frontières d'un pays donné. Dans cette situation, une institution culturelle peut avoir intérêt à élaborer une stratégie de gestion des risques qui prenne en considération les problèmes susceptibles de se présenter.

La mesure dans laquelle l'utilisation d'une œuvre est autorisée en vertu d'une exception est une question qui ne cesse de se poser car il n'existe pas de règles bien définies. On peut s'inspirer des décisions de justice, mais celles-ci sont souvent rendues sur la base des circonstances propres à chaque affaire. Qu'il s'agisse de produire des catalogues, des affiches d'exposition ou des invitations à des manifestations culturelles, il n'est pas souvent certain qu'une œuvre protégée par le droit d'auteur puisse entrer dans la composition de cette nouvelle œuvre sans que l'autorisation du titulaire du droit d'auteur ait été obtenue.

Les institutions culturelles détenant le droit d'auteur sur certaines de leurs œuvres (en particulier celles qui incorporent des expressions culturelles traditionnelles) auraient intérêt à déterminer si elles peuvent ou si elles devraient facturer des droits de licence aux tiers qui souhaitent utiliser les images de leurs collections numériques dans la fabrication de beaux livres ou de produits textiles, dans des films ou dans d'autres produits commerciaux.

### ***Préservation, restauration et utilisations administratives des expressions culturelles traditionnelles***

Nombre de professionnels travaillant dans les institutions culturelles sont chargés d'archiver des images ethnographiques et des enregistrements audio et vidéo, ou d'afficher des informations sur l'Internet et, par conséquent, doivent se familiariser avec les pratiques rationnelles des techniques d'archivage, d'imagerie numérique et de scannage<sup>192</sup>. Les nouvelles technologies ont combiné les actions naguère distinctes de consultation, d'utilisation et de copie d'une œuvre. Par exemple, dans l'environnement numérique, il n'est pas possible d'accéder à une image numérique d'une peinture ou à un enregistrement sonore sans en faire plusieurs copies, puisque le fait de cliquer sur une page Web impose à la mémoire vive de l'ordinateur d'en faire une copie et que le code source en HTML (langage hypertexte) en constitue également une copie<sup>193</sup>. Toutes ces copies sont prévues dans le cadre de la limitation au titre de la reproduction provisoire. Cela ne représente que l'une des manières dont les nouvelles technologies remettent en question les notions traditionnelles liées au droit d'auteur.

Les professionnels de la culture demandent qu'une nouvelle exception spécifique soit insérée dans la législation sur le droit d'auteur aux fins de préservation ou de restauration. De fait, de même que les ordinateurs font plusieurs copies dans leur mémoire vive afin qu'une image puisse être vue sur un écran, un morceau de musique être entendu ou une vidéo regardée, plusieurs copies "accessoires" sont réalisées pendant l'accomplissement de plusieurs tâches administratives.

191 De surcroît, dans la plupart des cultures traditionnelles, une expression culturelle traditionnelle matérielle est une version d'une certaine chaîne d'expressions, lesquelles sont toutes semblables sur les plans typologique et fonctionnel. La question de la "reproduction" est soulevée lorsque, dans une institution culturelle, l'expression culturelle traditionnelle est reproduite littéralement. Cette copie est simplement une reproduction d'un échantillon de la chaîne complète. En pareil cas, pour ce qui est de la législation sur le droit d'auteur, l'auteur peut être identifié. Toutefois, cette identification ne serait pas correcte du point de vue des communautés autochtones et traditionnelles.

192 Voir, p. ex., Bureau des statistiques du travail, des archivistes, des conservateurs et des techniciens de musée du Ministère du travail des États-Unis d'Amérique, consultable à l'adresse [www.bls.gov/oco/ocos065.htm](http://www.bls.gov/oco/ocos065.htm) (dernière consultation le 10 mars 2010).

193 Voir, p. ex., S. Vaidhyathan, COPYRIGHTS AND COPYWRONGS, 152. New York University Press, 2001. Voir aussi OMPI, Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues, déc. 2002, paragraphe 33, document de l'OMPI WIPO/INT/02, consultable à l'adresse [www.wipo.int/copyright/en/e-commerce/ip\\_survey/](http://www.wipo.int/copyright/en/e-commerce/ip_survey/) (dernière consultation le 14 avril 2010).

## Restauration

La restauration peut présenter un problème d'“originalité” dans la mesure où le fait de reproduire une œuvre originale ou un objet de droits connexes dans l'exercice de sa profession légitime peut créer une autre œuvre protégeable. À coup sûr, le travail d'un restaurateur ou d'un spécialiste de la conservation des supports exige des compétences, des choix et de la créativité. L'œuvre restaurée qui est le fruit de ce travail doit souvent son succès à tel restaurateur ou à tel spécialiste de la conservation des supports. Toutefois, la nature même de son travail pourrait être interprétée comme une copie de l'œuvre originale, dans la mesure où il n'y a pas création d'une nouvelle œuvre et où l'œuvre restaurée ne répond généralement pas à la condition d'originalité en tant que critère de protection<sup>194</sup>. Comme deux auteurs l'ont noté, “[l]e fait de considérer la retouche ou application de couleur aux lacunes comme une œuvre d'art originale en soi et, partant, d'encourager ces pratiques afin de satisfaire aux exigences de la législation sur le droit d'auteur est dangereux et va à l'encontre des intérêts de la profession et de l'art”<sup>195</sup>. Si d'aucuns ont estimé que le travail des restaurateurs constitue “une contribution originale du restaurateur à l'œuvre elle-même”<sup>196</sup>, la validité de cette idée n'a pas été examinée par les tribunaux et elle n'est pas très répandue.

## Préservation

Nombre de pays abordent la question des exceptions et limitations dans l'optique de la préservation. Comme l'indique l'Étude de l'OMPI sur les limitations et exceptions au droit d'auteur en faveur des bibliothèques et des services d'archives<sup>197</sup>, les législations nationales présentent de grandes différences sur presque tous les aspects, depuis l'éventail des institutions bénéficiaires jusqu'aux activités spécifiques couvertes.

La Loi canadienne sur le droit d'auteur, par exemple, autorise les bibliothèques à réaliser des copies d'œuvres dans différentes circonstances en vue de la gestion ou de la conservation de leurs collections<sup>198</sup>. La Loi sur le droit d'auteur des États-Unis d'Amérique permet aux services d'archives, aux bibliothèques et, au besoin, aux musées de réaliser des copies à des fins de préservation, des copies de sécurité et des copies destinées à être transmises à d'autres établissements de recherche<sup>199</sup>.

Un certain nombre de lois font allusion aux droits moraux. Au Mexique, l'exception en faveur des bibliothèques prescrit qu'une copie réalisée à des fins de préservation ne doit pas modifier l'œuvre originelle. Les dispositions néerlandaises sur la préservation garantissent expressément certains droits moraux à l'auteur<sup>200</sup>.

Les lois traitent la question des supports numériques selon des optiques différentes, de façon parfois explicite, parfois implicite. Un grand nombre d'entre elles ne l'abordent pas. Dans certains pays, la législation indique clairement si la copie numérique est ou n'est pas autorisée et, si elle l'est, elle peut ne l'être qu'à certaines fins.

194 Voir, inversement, une affaire dans laquelle le tribunal a jugé que le métier de restaurateur d'art, qui est une activité particulièrement délicate et complexe, devrait valoir à la personne qui l'exerce la protection par le droit d'auteur (Tribunal de Bologne, décision du 23 décembre 1992, 1993 Il Diritto di Autore 489, note 98 *supra*).

195 L. Kruth et H. Kruth, *The Question of Copyrighting Art Restorations*, WAAC Newsletter, vol. 3, n° 3, sept. 1981, 1-2.

196 Reid Mandel, *Copyrighting Art Restorations*, Bulletin, Copyright Society of the U.S.A. vol. 28, n° 3, février 1981.

197 Les exceptions législatives en faveur des bibliothèques concernent essentiellement des questions comme la reproduction d'œuvres protégées par le droit d'auteur à des fins telles que la recherche et l'étude privées, la préservation et le remplacement des documents, et la fourniture de documents et le prêt entre bibliothèques. Certains pays se sont dotés de lois sur la “mise à disposition” d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Pour une présentation générale, voir *Étude sur les limitations et exceptions au droit d'auteur en faveur des bibliothèques et des services d'archives*, SCCR/17/2, consultable en ligne à l'adresse: [www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_17/sccr\\_17\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_17/sccr_17_2.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010). Toutefois, il reste à élaborer, dans le cadre de la plupart des législations sur le droit d'auteur en vigueur, un mécanisme permettant de réglementer et d'appuyer utilement une activité d'une pareille importance. (G. Pessach, *Museums, Digitization and Copyright Law – Taking Stock and Looking Ahead*, Journal of International Media and Entertainment Law, 2007.)

198 Article 30.1.

199 17 U.S.C. §108 (Limitations aux droits exclusifs: Reproduction par les bibliothèques et les services d'archives). La Loi du millénaire sur le droit d'auteur dans un environnement numérique (*Digital Millennium Copyright Act – DMCA*) établit de nouvelles prescriptions en autorisant jusqu'à trois copies à des fins de préservation sous forme numérique ou analogique lorsque l'institution détient déjà un exemplaire original. Il ne peut s'agir que de copies réalisées à des fins de préservation, de copies de sécurité ou de copies destinées à être déposées dans la même institution. D'une façon générale, sa nature et son but font de la préservation culturelle numérique une activité d'intérêt général.

200 *Étude sur les limitations et exceptions au droit d'auteur en faveur des bibliothèques et des services d'archives*, SCCR/17/2.

- Autriche: Une disposition générale autorise la reproduction par les bibliothèques; les copies numériques sont expressément autorisées dans certains cas;
- Canada: La loi autorise la reproduction d'articles à des fins de recherche ou d'étude privée et dispose que la copie remise à l'utilisateur ne peut pas être une copie numérique;
- Chine: La copie réalisée sous forme numérique à des fins de préservation est autorisée dans certains cas;
- Danemark: Il existe une loi distincte régissant la réalisation de copies numériques pour les usagers des bibliothèques. Elle autorise les copies numériques d'articles et d'autres œuvres, mais sous réserve de l'existence d'une licence collective élargie et du droit du titulaire de droits d'auteur d'exiger une rémunération;
- États-Unis d'Amérique: La loi autorise explicitement la réalisation de copies numériques à des fins de préservation et de remplacement, mais est muette sur la possibilité d'en réaliser aux fins de la recherche ou du prêt entre bibliothèques.

Dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles, il arrive que les institutions complètent la législation en vigueur par des principes directeurs qui permettent de mieux respecter les intérêts des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et de tenir compte du caractère souvent sensible des expressions culturelles traditionnelles (la troisième partie examine des exemples de tels principes directeurs).

Par exemple, l'American Folklife Center (AFC) se penche actuellement sur les questions liées à la préservation numérique et à l'accès via le Web à ses collections. "Le nombre croissant de collections de documents audio et vidéo et d'images (photographies et manuscrits) numérisés soulève de nouvelles questions en matière de droits d'accès et de reproduction, concernant par exemple le traitement des demandes de reproduction d'images et de sons. La numérisation facilite et élargit l'accès, mais peut exiger une révision des politiques de propriété intellectuelle aux fins de l'utilisation des collections."<sup>201</sup>

Un bon exemple de reproduction par l'AFC d'une collection de documents faisant partie du domaine public a été fourni lorsqu'en 1982, le Centre a reçu du Conseil tribal des Omaha l'autorisation de convertir en une forme moderne une collection de musique traditionnelle constituée dans les années 1890. Les originaux avaient été enregistrés sur des cylindres de cire. En 1999, l'AFC a collaboré de nouveau avec les Omaha à la réalisation de la collection en ligne qui comprend, en sus des enregistrements numérisés, des enregistrements datant des années 80.

Le directeur de l'AFC a déclaré que "[l]a clé du succès de ces deux initiatives – l'album et le spectacle en ligne – avait été l'étroite collaboration avec les propriétaires des matériels culturels, une attitude où faire montre de respect, écouter attentivement les inquiétudes tribales, travailler ensemble pour atteindre des buts communs et prendre le temps de bien faire les choses avait été fondamentale."<sup>202</sup> Ces réalisations soulignent l'importance de la collaboration, dans le cadre de laquelle les idées, les avis et l'expertise des communautés autochtones et traditionnelles sont activement sollicités, accueillis positivement et intégrés aux processus décisionnels. C'est la façon dont il faut s'y prendre pour instituer de nouvelles relations et créer de nouveaux mécanismes de gestion des collections, de leur consultation et de leur reproduction.

201 Voir Skrydstrup, *supra* note 54, p. 76.

202 Intervention de la délégation des États-Unis d'Amérique devant l'IGC de l'OMPI, neuvième session, avril 2006. Document de l'OMPI WIPO/GRTKF/IC/9/14.

## POINTS ESSENTIELS

- Les législations sur le droit d'auteur prévoient des exceptions et des limitations en vertu desquelles le public peut utiliser des œuvres protégées sans l'autorisation du titulaire des droits. Dans la tradition de common law, ces exceptions et limitations sont parfois désignées sous l'appellation d'"usage loyal" ou d'"acte loyal".
- La préservation des œuvres culturelles soulève des questions particulières au regard de la propriété intellectuelle. Certains professionnels travaillant dans les institutions culturelles appellent de leurs vœux l'insertion d'exceptions spécifiques dans la législation dans la mesure où elles permettraient de réaliser des copies à des fins administratives, de sauvegarde et/ou d'archivage des œuvres protégées.
- La restauration des œuvres culturelles se heurte à la condition d'originalité en tant que critère de protection par le droit d'auteur: il est difficile de dire si une œuvre culturelle restaurée est une œuvre nouvelle aux fins du droit d'auteur ou s'il s'agit simplement d'une forme de reproduction d'une œuvre existante – ce qui la rendrait non susceptible de protection par le droit d'auteur.
- Les exceptions au droit d'auteur ne répondent pas toujours aux besoins des communautés autochtones et traditionnelles et ne sont pas toujours adaptées à leurs expressions culturelles traditionnelles. Le caractère sacré, secret ou sensible à un autre titre d'une expression culturelle traditionnelle donnée peut la rendre inappropriée pour certains groupes de personnes ou dans certaines situations qui seraient en principe acceptables en vertu des exceptions ou limitations.
- La gestion des expressions culturelles traditionnelles soulève des problèmes. Certaines organisations culturelles qui travaillent sur ces expressions culturelles ont, en collaboration avec les communautés dont elle sauvegardent les expressions culturelles traditionnelles, élaboré leurs propres principes directeurs régissant la consultation, le contrôle et la gestion des collections.

## 6. Titularité et transfert du droit d'auteur et concession de licences de droit d'auteur

Comme l'indiquent expressément les législations nationales de certains pays<sup>203</sup>, la possession physique ou la propriété d'une œuvre physique n'implique pas automatiquement la titularité du droit d'auteur sur cette œuvre.

### *Titularité*

Le principe de la titularité du droit d'auteur est important pour les institutions culturelles souhaitant reproduire des éléments de leurs collections ou les modifier une fois qu'elles les ont achetés et en ont pris physiquement possession. Une institution culturelle qui possède une œuvre d'art protégée physique, ou des textes ou des enregistrements sonores ou vidéo sans être titulaire du droit d'auteur correspondant ne peut pas exploiter comme elle l'entend l'œuvre d'art ou le document en question. Par exemple, une exception ou limitation peut l'autoriser à faire reproduire une photographie de cette œuvre ou de ce document dans une revue ou une brochure publicitaire. Mais il en irait tout autrement pour des cartes postales destinées à la vente dans la boutique. De même, un service d'archives qui conserve des enregistrements sur le terrain originaux de musiciens traditionnels n'a pas le droit d'en tirer un enregistrement commercial sans le consentement des artistes.

Dans le même ordre d'idées, si un chant traditionnel d'un groupe autochtone ou d'une communauté traditionnelle est transcrit par un anthropologue, ce chant reste la propriété du groupe ou de la communauté, même si c'est l'anthropologue qui l'a fixé. L'analyse peut être différente dans le cas de certaines œuvres textuelles pouvant exister même en l'absence de fixation initiale; par exemple, une prière pourrait être extraite d'un article de revue savante et imprimée sur une carte de condoléances sans que la personne qui a fixé la prière ait aucun droit sous-jacent.

203 Par exemple, l'article 202 de la Loi des États-Unis d'Amérique sur le droit d'auteur dispose que: "(l) a titularité d'un droit d'auteur ... se distingue de la propriété de tout objet matériel dans lequel l'œuvre s'incarne. Le transfert de propriété d'un objet matériel quelconque ... ne transmet en soi aucun droit sur l'œuvre protégée incarnée dans l'objet ..."

### ***Primo-titularité et cotitularité***

L'auteur est généralement le premier titulaire du droit d'auteur. Les législations d'un grand nombre de pays prévoient certaines exceptions à la règle générale, par exemple pour les œuvres créées par des employés ou des œuvres créées sur commande: le droit d'auteur est alors conféré initialement à l'employeur ou à la personne qui a commandé l'œuvre, selon le cas.

Les coauteurs d'une œuvre sont cotitulaires du droit d'auteur sur cette œuvre. "La cotitularité peut découler non seulement de la qualité de coauteur, mais aussi d'autres relations et transactions. Par exemple, deux ou plus de deux personnes peuvent devenir cotitulaires [...] si le droit d'auteur leur est transféré conjointement."<sup>204</sup>

### ***Droit d'auteur de la Couronne ou droit d'auteur de l'État***

Il existe un autre niveau de complexité en ce qui concerne les questions de titularité: le droit d'auteur revendiqué par l'État sur ses œuvres, appelé "droit d'auteur de la Couronne" au Royaume-Uni<sup>205</sup> et plusieurs autres pays membres du Commonwealth, comme l'Australie<sup>206</sup>, la Nouvelle-Zélande<sup>207</sup> et le Canada.

Inversement, d'autres pays, parmi lesquels les États-Unis d'Amérique<sup>208</sup>, la République tchèque<sup>209</sup>, l'Allemagne<sup>210</sup> et les Pays-Bas<sup>211</sup>, n'ont pas institué de mécanismes prévoyant pour l'État la titularité du droit d'auteur; d'une façon générale, la plupart des œuvres produites par des agents de l'État, dans l'exercice de leurs fonctions officielles, ne sont pas protégées en vertu de la législation sur le droit d'auteur et sont immédiatement disponibles dans le domaine public.

Les différences d'approche entre les gouvernements qui prévoient le droit d'auteur de la Couronne et ceux qui ne le font pas pourraient concerner une multitude d'œuvres conservées dans une institution culturelle. Par exemple, si un agent de l'État britannique rédigeait un aperçu général d'une exposition à la National Gallery de Londres, le droit d'auteur de la Couronne subsisterait sur cet écrit et la National Gallery ne pourrait l'utiliser pour faire sa propre publicité qu'en en demandant l'autorisation.

204 D. Vaver, *Copyright Law*, (Irwin Law, Toronto, 2000).

205 Au Royaume-Uni, la durée du droit d'auteur de la Couronne varie selon que l'œuvre est publiée ou non: les œuvres publiées sont protégées pendant 50 ans à compter de la date de publication, tandis que les œuvres non publiées le sont pendant 125 ans à compter de la date de leur création. Certaines œuvres sont protégées en vertu de *lettres patentes* – applicables à une petite catégorie d'œuvres dont la Couronne revendique le droit de contrôler la reproduction en dehors de la loi normale, comme la Bible du roi Jacques et le livre de la prière commune (Book of Common Prayer). Les œuvres de cette catégorie jouissent d'une protection perpétuelle.

206 En Australie, l'État est titulaire du droit d'auteur sur toute œuvre et tout enregistrement filmé ou sonore réalisé par lui ou sous sa direction ou son contrôle, et sur toute œuvre publiée pour la première fois par lui ou sous sa direction. (Loi australienne sur le droit d'auteur de 1968, septième partie.) Le Comité d'examen de la Loi australienne sur le droit d'auteur recommande actuellement à la Couronne de renoncer à sa situation privilégiée qui lui permet d'obtenir le droit d'auteur sur une œuvre simplement parce qu'elle est la première à la publier. (Comité d'examen de la Loi sur le droit d'auteur, Rapport sur le droit d'auteur de la Couronne, janvier 2005, consultable à l'adresse [www.clrc.gov.au/agd/WWW/rwpattach.nsf/VAP/CFD7369FCAE9B8F32F341DBE097801FF~6+APRIL+full+version+crown+copyright.pdf/\\$file/6+APRIL+full+version+crown+copyright.pdf](http://www.clrc.gov.au/agd/WWW/rwpattach.nsf/VAP/CFD7369FCAE9B8F32F341DBE097801FF~6+APRIL+full+version+crown+copyright.pdf/$file/6+APRIL+full+version+crown+copyright.pdf)) (dernière consultation le 18 mars 2010).

207 En Nouvelle-Zélande, la Couronne est le premier titulaire de tout droit d'auteur subsistant sur toute œuvre créée par une personne employée ou engagée par elle, ce qui vise les œuvres de la reine, des ministres de la Couronne, des Offices of Parliament et d'autres administrations. La durée du droit d'auteur de la Couronne est de 100 ans. (Loi néo-zélandaise sur le droit d'auteur de 1994, paragraphe 2.1), 26, 27.)

208 Les œuvres produites par des agents du Gouvernement des États-Unis d'Amérique dans l'exercice de leurs fonctions officielles ne bénéficient pas de la protection par le droit d'auteur. Loi des États-Unis d'Amérique sur le droit d'auteur, paragraphe 101 et 105. Le paragraphe 105 dispose que "(l)a protection par le droit d'auteur ... n'est accordée à aucune œuvre du Gouvernement des États-Unis d'Amérique, mais il n'est pas interdit à celui-ci de recevoir et de conserver des droits d'auteur qui lui ont été transférés par cession, legs ou d'une autre manière." Toutefois, l'AFC détient un grand nombre d'enregistrements audio de musiciens et chanteurs traditionnels qui ont été recueillis par des agents de l'État aux fins du *Federal Writers Project* pendant les années 30. Le fait que ces enregistrements aient été réalisés par des agents de l'État ne prive pas les artistes de leurs droits de propriété intellectuelle. Ainsi, à l'AFC, pour toute utilisation de ces enregistrements, l'utilisateur devrait toujours obtenir l'autorisation des artistes ou de leurs héritiers. Cela étant, toute œuvre écrite originale créée par un agent de l'État serait une "œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services" et, à ce titre, ne relèverait pas du droit d'auteur (en faveur de l'agent en question). Par exemple, un article écrit sur le voyage de collecte sur le terrain ne serait pas protégé par le droit d'auteur.

209 Les œuvres officielles, telles que les textes réglementaires, les décisions, les chartes publiques et les collections de textes réglementaires ne bénéficient pas de la protection par le droit d'auteur. Loi sur le droit d'auteur de la République tchèque, article 3.a).

210 Les lois, ordonnances, décrets officiels, avis, décisions et motifs officiels de ces décisions ne bénéficient pas de la protection par le droit d'auteur. Loi allemande sur le droit d'auteur et les droits voisins, article 5.1).

211 Il ne subsiste aucun droit d'auteur sur les lois adoptées, les décrets pris ou les ordonnances rendues par les autorités publiques. Loi néerlandaise sur le droit d'auteur de 1912, article 11.

Cela peut avoir des incidences intéressantes pour les expressions culturelles traditionnelles. Dans l'affaire australienne *Yumbulul c. Reserve Bank of Australia*, l'artiste aborigène Terry Yumbulul avait autorisé l'Agence des artistes aborigènes à concéder des licences pour l'utilisation de sa peinture représentant le poteau de l'étoile du matin (*morning star pole*) de son clan, lequel attribue à cet emblème une signification sacrée. À la suite d'un malentendu au sujet de l'utilisation qu'il était prévu de faire de la peinture, l'Agence a accordé à la Reserve Bank l'autorisation d'utiliser l'œuvre d'art de M. Yumbulul sur un billet de banque commémoratif. Yumbulul a allégué que la reproduction de sa peinture sur le billet de banque constituait une atteinte au droit d'auteur. Pour finir, l'affaire a été classée car tant l'Agence que la Reserve Bank avaient agi d'une manière conforme aux règles de droit. Le titulaire du droit d'auteur sur le billet de banque demeure l'Australian Reserve Bank, ce qui veut dire que le dessin a été produit par la Couronne et que le droit d'auteur sur cette itération particulière de l'image appartient à l'État<sup>212</sup>.

### ***Cession***

Dans la plupart des pays, il est possible de transférer ou céder des droits patrimoniaux. Une cession ou transfert n'accorde pas nécessairement l'intégralité du droit d'auteur; chacun des droits peut être transféré et possédé séparément. Une cession transfère la titularité du droit concerné du cédant au cessionnaire.

### ***Concession de licence***

La concession de licence est un mécanisme permettant de transférer l'intégralité ou une partie des droits du titulaire du droit d'auteur à une autre partie pour une durée limitée ou non et à titre exclusif ou non. Une licence est simplement un consentement ou une autorisation concernant l'utilisation d'une œuvre, aux conditions indiquées par le donneur de licence, qui conserve la titularité du droit d'auteur.

Selon les pays, le droit d'auteur peut être transféré du titulaire à une autre personne par contrat ou par l'effet de la loi, comme dans le cas d'un testament ou d'une succession ab intestat<sup>213</sup>.

L'organisation à but non lucratif Creative Commons<sup>214</sup> élabore des licences normalisées dans le cadre du régime du droit d'auteur à l'intention des auteurs qui souhaiteraient rendre leurs œuvres plus accessibles que ne le prévoit initialement le régime du droit d'auteur en vigueur. Une série de licences creative commons donne aux créateurs une certaine souplesse dans le cadre des régimes en vigueur en leur laissant la possibilité d'autoriser à l'avance toute une série d'utilisations, comme l'accès gratuit, voire, dans certains cas, la reproduction intégrale. En vertu des licences creative commons, les auteurs peuvent revendiquer non pas tous leurs droits ("tous droits réservés"), mais quelques-uns ("certains droits réservés").

Les licences creative commons sont adoptées dans des contextes très différents. Elles peuvent séduire des institutions culturelles qui sont titulaires de droits d'auteur sur leurs collections et dont la mission est d'élargir l'accessibilité et la circulation de l'information et du savoir.

Il vaut la peine de se demander dans quelle mesure le régime des licences creative commons offre de nouvelles possibilités d'amélioration de la gestion des collections d'expressions culturelles traditionnelles<sup>215</sup>.

Il ne fait guère de doute que ces licences pourraient offrir aujourd'hui une marge de manœuvre aux artistes et communautés traditionnels qui créent de nouvelles œuvres incorporant des expressions culturelles traditionnelles. Elles pourraient également répondre aux besoins des communautés autochtones et traditionnelles en matière d'accès, de circulation et de reproduction.

212 Voir le Museum of Australian Currency Notes. Le dernier billet sur la page d'accueil "représente un jeune aborigène, un poteau de l'étoile du matin et d'autres dessins repris des œuvres d'art aborigènes commandées par la Banque" et la Reserve Bank of Australia est titulaire du droit d'auteur; consultable à l'adresse [www.rba.gov.au/Museum/Displays/1988\\_onwards\\_polymer\\_currency\\_notes/first\\_polymer.html](http://www.rba.gov.au/Museum/Displays/1988_onwards_polymer_currency_notes/first_polymer.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

213 Toutefois, les droits moraux sont le plus souvent inaliénables ou non transférables. Voir par exemple: Code français de la propriété intellectuelle, art. L. 121-1. Toutefois, le titulaire peut parfois renoncer à leur application, encore qu'une simple cession ou licence de droit d'auteur sur une œuvre ne représente pas en elle-même une renonciation aux droits moraux sur l'œuvre en question.

214 Voir Creative Commons, About Creative Commons, consultable à l'adresse <http://creativecommons.org/about/> (dernière consultation le 10 mars 2010).

215 Voir K. Bowrey et J. Anderson, 'The Politics of Global Information Sharing: Whose Cultural Agendas are Being Advanced?', *Social & Legal Studies*, vol. 18, n° 4, 479-504 (2009).

Toutefois, les intérêts de tous les dépositaires de traditions ne coïncident pas nécessairement avec ceux du grand "public" que sert le mouvement creative commons. D'une manière générale, l'ouverture prônée par ce mouvement est à l'opposé du contrôle que nombre de créateurs d'expressions culturelles traditionnelles appellent de leurs vœux.

Les expressions culturelles traditionnelles et les creative commons soulèvent une difficulté supplémentaire, qui est la question de savoir qui pourrait parler au nom de la communauté. Si un utilisateur constate qu'une expression culturelle traditionnelle fait l'objet d'une licence creative commons, on présume qu'il peut se fier à la licence. Qu'arrive-t-il si une autre partie de la communauté n'accepte pas les limitations imposées à l'utilisation de l'expression culturelle traditionnelle? Le système des creative commons pourrait ne pas fonctionner aussi bien avec les droits collectifs qu'avec les droits individuels.

Il s'impose de mieux comprendre en quoi les besoins des peuples autochtones et des communautés traditionnelles sont différents et dans quels cas, par exemple, il serait possible d'élaborer des méthodes différentes pour ces peuples et communautés et les collections d'expressions culturelles traditionnelles. Ces collections requièrent du doigté en raison de leur nature et des conditions de leur constitution et de leur acquisition.

Les dépositaires de traditions ont le droit de prendre des décisions sur ce qui peut être mis à disposition et la manière dont ils sont représentés. Naguère, cela entraînait rarement en ligne de compte, si tant est que cela se soit jamais produit. De nos jours, il est essentiel non seulement d'écouter les points de vue des communautés autochtones et traditionnelles, mais aussi de les respecter et de les considérer comme légitimes. Il peut y avoir des moments où les besoins des dépositaires de traditions vont à l'encontre des notions libérales d'accès libre et de communication. Ces dépositaires peuvent demander que des restrictions soient apportées à la consultation de collections qui sont aujourd'hui en libre accès. Il ne faut pas oublier que certains peuples autochtones et communautés traditionnelles n'ont pu accéder que récemment à nombre de collections qui se rapportent à leurs familles, clans, tribus et communautés. Ces collections recelant souvent des informations sensibles et de caractère privé, il conviendrait de donner aux dépositaires de traditions le temps, les conseils et le pouvoir nécessaires pour trancher la question de savoir si et quand le public devrait y avoir accès.

Cela permettra d'évaluer la volonté des institutions culturelles de comprendre le passé ainsi que la façon dont il éclaire les besoins actuels des peuples autochtones et des communautés traditionnelles. Le succès de la gestion de produits culturels d'une telle valeur impose de nouer de nouvelles relations qui favorisent le dialogue sur ce qui est en jeu.

## POINTS ESSENTIELS

- La primo-titularité est conférée à l'auteur. Bien que celui-ci soit souvent une personne physique ou morale, certains pays autorisent la cotitularité du droit d'auteur. Dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles, cela signifie que l'ensemble d'une communauté pourrait éventuellement être considéré comme un auteur.
- Le titulaire du droit d'auteur peut donner, allouer ou céder (vendre) ou concéder sous licence (louer) une partie ou l'ensemble de ses droits d'auteur.
- Une licence peut être exclusive, auquel cas le preneur de licence est la seule personne qui puisse être liée par un accord de concession de licence avec le donneur de licence. Elle peut également être non exclusive, auquel cas le donneur de licence peut concéder des licences sur ses droits à autant de preneurs de licence qu'il le désire.
- Le droit d'auteur de la Couronne est en vigueur dans certains pays membres du Commonwealth; il protège les œuvres protégeables créées par l'État de chacun de ces pays. D'autres pays appliquent la stratégie inverse, selon laquelle tout ce qui est créé par un agent du gouvernement fédéral est automatiquement considéré comme relevant du domaine public.
- L'organisation Creative Commons offre des licences normalisées basées sur le système du droit d'auteur en vigueur. La manière dont ces licences pourraient répondre aux intérêts des communautés autochtones et traditionnelles amène à se poser des questions importantes.
- Dans certains cas, les intérêts des dépositaires de traditions ne coïncident pas avec les arguments présentés en faveur d'un élargissement de l'accès. Qui plus est, à moins d'associer ces dépositaires à la prise des décisions concernant les éléments de leurs expressions culturelles traditionnelles à rendre plus largement accessibles, on risque de voir se répéter la marginalisation subie par les peuples autochtones et les communautés traditionnelles à l'époque où ils n'avaient aucun droit de regard sur l'accessibilité de leurs savoirs et de leurs œuvres culturelles ni sur le choix des personnes admises à en prendre connaissance.
- La politique de "partage" des savoirs doit faire l'objet d'un examen attentif. Avant qu'une expression culturelle traditionnelle soit rendue plus accessible, il convient de consulter les communautés autochtones et traditionnelles et d'expliquer toutes les incidences d'un accès élargi. Il faut se demander qui y aura accès. Poser ces questions, c'est prendre conscience de la manière dont les peuples autochtones et les communautés traditionnelles et leurs collections d'expressions culturelles traditionnelles ont été traités dans le passé. C'est aussi entendre y remédier.

## 7. Droits connexes

Outre le droit d'auteur, il existe des droits "liés au" droit d'auteur ou considérés comme "voisins" de ce droit. Ils visent à offrir une protection aux personnes qui aident les auteurs à communiquer leurs œuvres au public et à les diffuser auprès de celui-ci. En général, ces droits sont plus limités que les droits patrimoniaux d'auteur et la durée de protection est plus courte. Les trois principaux droits connexes sont les suivants:

- droits des producteurs de phonogrammes (enregistrements sonores);
- droits des artistes interprètes ou exécutants; et
- droits des organismes de radiodiffusion.

La Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion<sup>216</sup> (1961) est l'instrument international qui traite des droits connexes.

Le Traité de l'OMPI sur les interprétations et les exécutions et les phonogrammes<sup>217</sup> (WPPT, 1996) complète la Convention de Rome et actualise le concept initial de protection des droits connexes dans l'optique des nouveaux supports numériques<sup>218</sup>. Fait important, il prévoit des droits sur les interprétations et

216 Voir [www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/) (dernière consultation le 14 avril 2010).

217 Au 10 mars 2010, le WPPT comptait 86 parties contractantes. Voir [www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=20](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=20) (dernière consultation le 14 avril 2010).

218 Par exemple, les États parties au WPPT sont tenus d'inscrire dans leur législation des mesures visant à prévenir la neutralisation des mesures techniques de protection, comme le cryptage. Ils doivent également interdire la modification ou la suppression délibérée de l'information électronique relative à la gestion numérique des droits.

exécutions d'expressions du folklore. L'article 2 stipule qu'on entend par "artistes interprètes ou exécutants" "les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent, interprètent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques ou des expressions du folklore" (c'est nous qui soulignons). Le WPPT confère aux artistes interprètes ou exécutants des droits tant patrimoniaux que moraux, qui sont énoncés dans ses articles 5 à 10.

Les droits connexes et la manière dont ils sont exercés peuvent être utiles et importants pour la protection des expressions culturelles traditionnelles et peuvent permettre de répondre aux besoins des peuples autochtones et des communautés traditionnelles. Parmi les expressions culturelles traditionnelles que ces peuples et communautés souhaitent protéger figurent notamment les prestations traditionnelles, telles que les danses et les pièces de théâtre. Par exemple, dans une culture orale, c'est souvent par le biais de l'exécution de chants et de chants scandés et de la narration de récits que les éléments de la culture traditionnelle sont transmis au sein d'une communauté et d'une génération à l'autre. Les contes populaires, la poésie, les chants, la musique instrumentale, les danses, les pièces de théâtre et les expressions du folklore du même genre vivent en fait sous la forme de prestations régulières. Les droits des artistes interprètes ou exécutants donnent aux artistes interprètes ou exécutants traditionnels le droit de déterminer si leurs prestations devraient être fixées (p. ex., enregistrées sur bande ou numérisées) et comment la fixation (p. ex., l'enregistrement) de ces prestations devrait être diffusée et utilisée.

De surcroît, on a pu dire que la protection des interprétations et exécutions des expressions du folklore pourrait indirectement constituer une protection suffisante pour les expressions du folklore elles-mêmes. Il s'agit probablement là d'une espérance justifiée, à condition que l'artiste interprète ou exécutant appartienne à la communauté qui est "détentric" de telle expression du folklore. Dans le cas contraire, l'expression concernée peut malgré tout être protégée indirectement, mais les avantages en découlant ne reviennent pas à la communauté en question.

Ainsi, par exemple, au Royaume-Uni, l'enregistrement d'un récit oral créerait non seulement un droit de récitation, mais un droit littéraire pour toute personne s'exprimant dans l'enregistrement<sup>219</sup>. Tous les droits ainsi créés confèrent des droits tant patrimoniaux que moraux dans la majorité des États membres de l'Union européenne.

Toutefois, certains aspects de la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants sont moins avantageux pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. L'aspect le plus important pourrait être le fait que le WPPT ne couvre pas la partie visuelle des interprétations et exécutions. Seules les parties sonores, à savoir celles qui peuvent être perçues par l'oreille humaine, sont protégées, ce qui semble limiter sérieusement l'utilité du WPPT en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles. Un instrument de protection des interprétations ou exécutions audiovisuelles est en cours d'élaboration.

L'intérêt que peuvent présenter les droits connexes pour les musées, les bibliothèques et les services d'archives dépend des collections qu'ils détiennent et de leurs activités spécifiques.

Par exemple, le Musée des Alutiiq à Kodiak, Alaska<sup>220</sup> détient des enregistrements filmés et audio de la langue des Alutiiq, d'entretiens avec les anciens et de différentes manifestations ponctuant la vie de cette communauté, effectués des fouilles archéologiques et fait réaliser des présentations dans les médias sur des projets relatifs au patrimoine des Alutiiq. Il a conscience des différents intérêts en jeu dans le cadre des différentes étapes que représentent l'enregistrement, la reproduction et la préservation de ces contenus. Dans la plupart des pays, les droits connexes appartiennent à l'institution qui a produit, commandé ou financé l'enregistrement, non aux personnes qui figurent sur ce dernier. La différence entre les droits ou intérêts d'un détenteur d'expression culturelle traditionnelle ou de sa communauté et ceux de l'"enregistreur" doit être prise en considération à toutes ces différentes étapes.

219 Article 3 de la Loi sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets, 1988.

220 Voir <http://alutiiqmuseum.org/> (dernière consultation le 14 avril 2010).

L'enregistrement et/ou l'archivage de la musique constitue un autre exemple spécifique dans lequel les droits connexes présentent un intérêt pour les expressions culturelles traditionnelles. Le Centre soudanais d'archives de musique traditionnelle (TRAMA) est un centre de recherche et de documentation du Soudan qui s'occupe de rassembler, de fixer, de préserver et de diffuser la musique traditionnelle et le folklore. Le TRAMA signe des formulaires de consentement avec les représentants de chaque tribu qu'il représente avant l'enregistrement de toute interprétation ou exécution. Dans ses archives, il envisage de numériser quelque 4000 enregistrements à des fins de préservation et de diffusion. Il collabore avec les représentants des tribus pour réaliser et vendre des enregistrements et partage les bénéfices avec eux<sup>221</sup>.

#### POINTS ESSENTIELS

- Les droits connexes protègent les phonogrammes (enregistrements sonores); les émissions de radiodiffusion; et les interprétations ou exécutions.
- Par ailleurs, en vertu du WPPT, les droits connexes s'appliquent spécifiquement aux interprétations ou exécutions d'expressions du folklore; c'est la seule fois que les expressions culturelles traditionnelles sont expressément mentionnées dans un instrument international de l'OMPI ayant force obligatoire.

## 8. L'Internet et la numérisation

L'Internet et la généralisation des ordinateurs ont créé une plate-forme inédite de diffusion et de visualisation des contenus culturels sous une forme très accessible, élaborée et conviviale.

Nombre d'œuvres d'art autochtones ou traditionnelles et d'enregistrements vidéo et audio d'expressions culturelles traditionnelles peuvent être reproduits numériquement sous une forme haute résolution et diffusés par l'Internet. En substance, encore que l'on puisse en débattre, cela reproduit l'expérience de visualisation de l'original.

Nombre d'institutions culturelles mettent au moins une partie de leurs collections en ligne sous une forme visualisable. Cela découle directement de la mission d'éducation publique de la plupart d'entre elles et de la promotion de leurs propres expositions ou collections. Le fait de mettre certaines parties à disposition, le cas échéant, correspond à l'attente du public et aux préoccupations de la communauté d'où la collection a été tirée. Une étude américaine récente sur l'impact de l'Internet sur les musées et les bibliothèques<sup>222</sup> indique que l'Internet ne remplace pas les visites personnelles et peut même accroître l'utilisation sur place.

Les bibliothèques, les services d'archives et les musées sont aux prises avec les problèmes de temps, d'efforts et de dépenses et les aspects politiques soulevés par la numérisation de leurs collections pour l'Internet ou sur DVD ou CD-ROM.

Les institutions culturelles font le choix de divers formats de diffusion numérique de leurs collections. Certaines ont réalisé elles-mêmes la numérisation de leurs collections et s'occupent elles-mêmes de gérer l'utilisation des images. La Frick Collection de New York, par exemple, a numérisé la plus grande partie de sa collection et fournit un catalogue visuel en ligne consultable. Le tableau du Greco intitulé Purification du temple<sup>223</sup>, par exemple, est visualisable sous la forme d'une imagerie et d'une image agrandissable. Sur son lien Autorisations, la Frick Collection précise ce qui suit:

Ce site Web et ses contenus, y compris les images et les textes, font l'objet du copyright © 1998-2005 The Frick Collection. Ce site n'est utilisable qu'à des fins personnelles, éducatives et non commerciales et ne peut être reproduit sous quelque forme que ce soit sans l'autorisation expresse de la Frick Collection<sup>224</sup>.

221 Voir le Centre soudanais d'archives de musique traditionnelle, consultable à l'adresse [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/sudanese\\_archives.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/sudanese_archives.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010).

222 IMLS Announces Results of Study on the Internet's Impact on Museums and Libraries, communiqués de l'IMLS, 6 mars 2008.

223 El Greco (Domenikos Theotokopoulos) (1541-1614), Purification du temple, v.1600, huile sur toile, 41.91 cm x 52.39 cm, legs Henry Clay Frick, numéro d'inventaire: 1909.1.66.

224 Voir [www.frick.org/copyright/index.htm](http://www.frick.org/copyright/index.htm) (dernière consultation le 10 mars 2010).

Le Musée de l'Ermitage de Saint-Petersbourg (Fédération de Russie) dispose d'une interface analogue qui permet de visualiser sa collection numérique. Des imagerie et des images agrandissables "grandeur nature" sont disponibles en ligne. Une autre peinture du Greco, Saint Pierre et saint Paul<sup>225</sup>, est visualisable en ligne dans un format très voisin de celui de la peinture présentée dans le musée. La "politique d'utilisation des images" indique simplement que leur reproduction est subordonnée à l'autorisation écrite du Musée de l'Ermitage et qu'elles ont fait l'objet d'une protection par tatouage numérique<sup>226</sup>.

Les institutions culturelles peuvent essayer de limiter les atteintes aux droits sur les œuvres protégées en utilisant différentes formes de gestion numérique des droits, telles que le tatouage numérique<sup>227</sup>. La gestion numérique des droits est une expression souvent utilisée en combinaison avec les "mesures techniques de protection". Il s'agit dans les deux cas d'empêcher la consultation ou l'utilisation des œuvres protégées dans des conditions autres que celles fixées par le titulaire des droits.

Les autres institutions culturelles ont cédé ou concédé sous licence leurs droits sur les images de leurs collections à des banques d'images tierces, telles que Corbis Corporation ou Getty Images. Par exemple, le Brooklyn Museum of Art, le Musée de l'Ermitage, la National Gallery de Londres et l'American Indian Nations Arts and Cultural Organization ont passé avec Corbis des contrats de licence pour l'utilisation des images de leurs collections.

Certaines institutions culturelles détiennent d'importantes collections d'œuvres encore protégées par le droit d'auteur. C'est le cas du Musée d'art contemporain de Barcelone (Espagne), qui donne accès en ligne à des imagerie d'un certain nombre de peintures protégées<sup>228</sup>. Le site Web du musée ne mentionne pas de politique sur le droit d'auteur. L'Australian Museum of Contemporary Art<sup>229</sup> et le Museum of Contemporary Canadian Art<sup>230</sup> présentent des contenus analogues en ligne. Le Museum of Modern Art (MoMA) de New York s'est doté d'une interface en ligne un peu plus accessible et complète pour sa collection permanente. Par exemple, il présente des images en haute résolution en version imprimable<sup>231</sup>. En outre, il confie ses licences et autorisations à un tiers et explique sa politique sur sa page Web consacrée aux autorisations d'exploitation d'images<sup>232</sup>.

En ce qui concerne l'accès en ligne à la musique, la Smithsonian Institution et son Global Sound Project montrent comment des institutions culturelles utilisent l'Internet pour afficher leurs collections musicales et audiovisuelles. Un autre exemple est fourni par la Memorial University of Newfoundland<sup>233</sup>. Après avoir examiné une importante collection d'enregistrements appartenant à un unique collectionneur d'expressions culturelles traditionnelles de Terre-Neuve, le service d'archives a affiché l'intégralité de la collection en ligne, qui est consultable et téléchargeable gratuitement, en précisant que si quelqu'un jugeait les contenus inconvenants, l'Université pouvait les retirer. Elle n'a encore reçu aucune demande en ce sens. Elle n'a toutefois épargné aucun effort pour réduire le risque au minimum: l'héritier du collectionneur a été consulté et son approbation obtenue; il a été établi qu'aucun des contenus n'était autochtone; ils semblaient tous traditionnels ou relevant du domaine public; et ils paraissaient tous adaptés à une distribution publique (ils ne contenaient ni récits personnels, ni chants embarrassants dont la diffusion aurait paru inappropriée).

225 Saint Pierre et saint Paul, Le Greco, huile sur toile. 121,5 x 105 cm, Espagne. Entre 1587 et 1592. Source de l'entrée: don de P. P. Dournovo, Saint-Petersbourg. 1911.

226 Voir [www.hermitagemuseum.org/html\\_En/00/hm0\\_7.html](http://www.hermitagemuseum.org/html_En/00/hm0_7.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

227 Le tatouage numérique est une technique permettant d'ajouter des mentions de réserve du droit d'auteur ou d'autres messages de vérification cachés à un fichier ou signal audio ou vidéo, une image ou un autre document numérique, dans le but de prévenir les utilisations non autorisées.

228 Peinture, 229,3 x 285,5 cm, Col·lecció MACBA. Fundació Museu d'Art Contemporani de Barcelona, consultable à l'adresse [www.macba.es/controller.php?p\\_action=show\\_page&pagina\\_id=29&inst\\_id=18132](http://www.macba.es/controller.php?p_action=show_page&pagina_id=29&inst_id=18132) (dernière consultation le 10 mars 2010).

229 Voir, p. ex., la Loti and Victor Smorgon Collection of Australian Art, consultable à l'adresse [www.mca.com.au/default.asp?page\\_id=16&content\\_id=614](http://www.mca.com.au/default.asp?page_id=16&content_id=614) (dernière consultation le 10 mars 2010).

230 Voir [www.mocca.ca/](http://www.mocca.ca/) (dernière consultation le 25 mars 2010).

231 Voir B. Milhazes, Succulent Eggplants 2006. Peinture polymère synthétique sur toile, 164 x 245 cm, don d'Agnes Gund et du fonds de legs Nina et Gordon Bunshaft.

232 Voir [www.moma.org/research/permissions/index.html](http://www.moma.org/research/permissions/index.html) (dernière consultation le 19 mars 2010).

233 Voir [www.mun.ca/folklore/leach](http://www.mun.ca/folklore/leach) (dernière consultation le 19 mars 2010) et Beverly Diamond, "Reconnecting: University Archives and the Communities of Newfoundland" in Anna Hoefnagels et Gordon E. Smith, dir. publ. Musique folklorique, musique traditionnelle, ethnomusicologie. Canadian Perspectives, Past and Present, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 3-12, 2007.

Il n'existe actuellement aucune politique universelle concernant la diffusion par les institutions culturelles des images ou des autres œuvres de leurs collections sur l'Internet. Chaque institution prend donc en la matière des décisions adaptées à ses propres besoins. L'ancien directeur du Whitney Museum of Art de New York estime que, "pour aller de l'avant, il faudra sans doute associer le contenu gratuit et des contenus multimédias haute résolution susceptibles d'être concédés sous licence, qu'il faudra actualiser et intégrer à des protocoles répartis en catégories qui incitent les utilisateurs à apporter leur contribution aux bases de données et qui mettent l'accent sur le direct"<sup>234</sup>.

Une institution culturelle doit trouver un équilibre entre sa mission, qui consiste à éveiller la curiosité du public et à lui fournir des expériences éducatives par le biais de la diffusion de l'information, et la protection des intérêts des artistes et de l'intégrité de leurs œuvres, et prévenir toute utilisation impropre en limitant les modalités d'accès aux contenus culturels de sa collection. Vu la diversité des collections des musées, bibliothèques et services d'archives et des régimes juridiques applicables, cet équilibre est souvent réalisé compte tenu des facteurs spécifiques de chaque institution. Par exemple, une institution qui détient une collection d'expressions culturelles traditionnelles doit prendre des décisions qui concilient ses objectifs d'"intérêt général" et ceux des détenteurs de traditions et/ou dépositaires qui ont une conception légitime de la manière dont la collection de contenus culturels qui se rapportent à leur famille, clan, communauté ou collectivité doit être consultée et gérée.

Les institutions culturelles qui donnent accès en ligne à des images de certains éléments de leurs collections sans avoir dûment consulté les communautés d'origine courent le risque de présenter involontairement à un public le plus vaste possible des contenus secrets ou sacrés qui ne devraient pas être mis à la disposition du public. Cela est arrivé à maintes reprises et a abouti à rendre nombre de peuples autochtones et de communautés traditionnelles encore plus méfiants vis-à-vis des institutions qui détiennent ces collections. Les communautés d'origine doivent être associées aux décisions à prendre concernant l'affichage d'images sur l'Internet.

S'agissant des expressions culturelles traditionnelles, les questions liées à la numérisation n'ont pas encore trouvé de solution harmonisée au plan international ou national.

Un exemple intéressant est l'accord conclu entre la Cline Library de la Northern Arizona University<sup>235</sup> et la tribu des Hopi. En 1991, les parties ont décidé que les images de cérémonies sensibles ne seraient pas reproduites (ni numérisées pour consultation sur l'Internet) sans l'autorisation écrite du Bureau de préservation culturelle hopi. Elles peuvent toujours être consultées sur place.

De son côté, l'American Folklife Center veille en permanence à protéger les enregistrements originaux et à les réenregistrer sous des formats plus modernes ayant une meilleure chance d'en maintenir plus longtemps la qualité. Par exemple, l'AFC a passé un accord avec Flickr, un site Web d'hébergement d'images et de vidéos et d'archivage d'images. Le public a accès à des milliers d'images photographiques réalisées pour le compte de la Farm Security Administration, puis de l'Office of War Information<sup>236</sup>. "Toutefois, chaque changement de technologie a rendu les rééditions du service d'archives presque aussi inaccessibles que les enregistrements sur le terrain originaux."<sup>237</sup> Cela crée toute une série de difficultés, qu'il n'est pas facile de résoudre. En tant qu'institution fédérale des États-Unis d'Amérique et partie intégrante de la Library of Congress, l'AFC n'est pas titulaire du droit d'auteur sur son site Web. Par ailleurs, il laisse aux utilisateurs le soin d'identifier les titulaires de droits d'auteur: le site de l'AFC précise que le chercheur est tenu de déterminer et de respecter les restrictions en matière de droit d'auteur ou autres qui peuvent s'appliquer aux contenus, et d'obtenir l'autorisation du titulaire de droits s'il veut les reproduire<sup>238</sup>. Si cette méthode fait peser la responsabilité correspondante sur l'utilisateur et non plus sur l'institution, on ignore son efficacité s'agissant de prévenir toute utilisation non autorisée des contenus.

234 M. L. Anderson, *Who Will Own Art Museum's IP Content?* The Art Newspaper, 1er nov. 2005.

235 Voir [www.nau.edu/library/speccoll/speccollections.html](http://www.nau.edu/library/speccoll/speccollections.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

236 Voir [www.loc.gov/rr/print/flickr\\_pilot.html](http://www.loc.gov/rr/print/flickr_pilot.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

237 Folk-Songs of America: The Robert Winslow Gordon Collection, 1922-1932, consultable à l'adresse [www.loc.gov/folklife/Gordon/index.html](http://www.loc.gov/folklife/Gordon/index.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

238 Avertissements juridiques de la Library of Congress, [www.loc.gov/homepage/legal.html](http://www.loc.gov/homepage/legal.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

En France, les organismes officiels, tels que le Musée du Quai Branly, ne renoncent pas automatiquement au droit d'auteur; de ce fait, les droits sur le contenu du site Web reviennent soit au musée, soit à un autre titulaire de droits<sup>239</sup>.

Selon une étude réalisée récemment par le Service britannique de numérisation pour l'enseignement supérieur, aucune institution culturelle ne recouvre l'intégralité des coûts afférents à la création, à la gestion, au stockage et à l'entretien d'une collection numérique<sup>240</sup>. Les institutions culturelles qui mesurent le potentiel financier de leurs collections numériques et n'oublient pas qu'elles ont pour mission de rendre leurs collections accessibles doivent déterminer s'il convient de numériser les œuvres qu'elles détiennent et d'établir une tarification qui tienne compte des différentes utilisations possibles de ces images – éducatives, commerciales ou autres<sup>241</sup>.

### POINTS ESSENTIELS

- Les nouvelles technologies ont ouvert des perspectives prometteuses aux institutions culturelles dans la mesure où elles peuvent leur permettre d'élargir la diffusion de leurs collections.
- L'accessibilité numérique de certaines collections ou de certaines de leurs parties peut augmenter la fréquentation des institutions culturelles.
- D'un autre côté, la numérisation et l'Internet peuvent poser des problèmes aux institutions culturelles dans la mesure où la législation sur le droit d'auteur intervient dans la reproduction des œuvres culturelles, et où toute une série de questions, concernant notamment les droits moraux, les régimes de licence, la gestion numérique des droits et les difficultés administratives, se posent avec davantage d'acuité.
- La numérisation, l'Internet et leur impact sur les expressions culturelles traditionnelles constituent un sujet de préoccupation relativement nouveau. Si certains groupes autochtones et communautés traditionnelles ont commencé à utiliser la gestion numérique des droits pour contrôler le degré d'accessibilité de l'information contenue dans les bases de données, les institutions culturelles doivent être bien conscientes que cela n'est nullement devenu la règle. Cet élargissement des possibilités de diffusion et de circulation de l'information peut être tout à fait contraire à l'optique de ces groupes et communautés quant à la manière de donner accès à leurs collections.

## 9. Gestion collective

Les sociétés de gestion collective ou sociétés de perception constituent un mécanisme efficace permettant aux artistes et aux auteurs de toucher des redevances pour les utilisations de leurs créations sans avoir à surveiller par eux-mêmes ces utilisations. Ces sociétés se présentent sous des formes très diverses; certaines sont organisées par le biais d'un accord privé; d'autres sont prescrites par la législation nationale. Elles peuvent couvrir plusieurs formats créatifs ou seulement quelques-uns; par exemple, certaines sociétés de perception ne traitent que des reproductions visuelles d'œuvres d'art en deux dimensions, tandis que d'autres ne s'occupent que de musique. Selon un modèle d'entreprise très répandu, ces sociétés ont le droit d'octroyer des licences non exclusives sur une œuvre, de prélever des redevances correspondant à une licence et de verser ces redevances aux artistes. Par ailleurs, il est fréquent que ces sociétés concluent des accords de réciprocité avec d'autres sociétés de perception et négocient le montant des redevances correspondant aux licences globales<sup>242</sup>.

239 Musée du Quai Branly, Crédits, [www.quaibrantly.fr/en/a-propos/credits/index.html](http://www.quaibrantly.fr/en/a-propos/credits/index.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

240 Voir S. Tanner et M. Deegan, Exploring Charging Models for Digital Cultural Heritage, A HEDS Report on behalf of the Andrew W. Mellon Foundation, juin 2002.

241 Un rapport analogue à celui de Tanner et Deegan, *id.*, a été réalisé aux États-Unis d'Amérique. Il a constaté que 99% des institutions enquêtées facturent moins cher les utilisations éducatives que les utilisations commerciales. Voir A Mellon Foundation Study: Reproduction Charging Models and Rights Policy for Digital Images in American Art Museums, [www.kdcs.kcl.ac.uk/fileadmin/documents/USMuseum\\_SimonTanner.pdf](http://www.kdcs.kcl.ac.uk/fileadmin/documents/USMuseum_SimonTanner.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010).

242 Une liste exhaustive des sociétés de perception ne saurait trouver sa place dans la présente publication, mais on indiquera quelques sociétés importantes qui présentent un intérêt pour les professionnels de la culture. Il s'agit notamment des sociétés énumérées ci-après: 1) La Design and Artists Copyright Society [DACs]: la société britannique de perception des droits d'auteur des artistes et des créateurs visuels; 2) Bild-Kunst, société protégeant le droit d'auteur des artistes, photographes et concepteurs graphiques en Allemagne; 3) La Canadian Artists Representation Copyright Collective [CARCC], une société de gestion collective du droit d'auteur concédant sous licence et administrant les droits des artistes visuels et médiatiques au Canada; 4) L'Artists

Certaines institutions culturelles numérisent et gèrent leurs collections selon des modalités qui reproduisent la fonction des sociétés de perception<sup>243</sup>. En pareil cas, il importe d'avoir mis en place des mécanismes permettant d'administrer les œuvres et les collections. D'autres institutions confient cette fonction de gestion à des organismes spécialisés dans la concession sous licence d'images et de musique à des fins commerciales<sup>244</sup>.

La Fédération internationale des organismes gérant les droits de reproduction (IFRRO) s'emploie à développer au niveau international l'utilisation licite des textes et images protégés par le droit d'auteur et à en éliminer la reproduction non autorisée en encourageant le recours à une gestion collective des droits efficace afin de compléter les activités des créateurs et des éditeurs. En 2008, elle a publié une déclaration sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles dans laquelle elle soulignait sa détermination à "aider les communautés à élaborer des cadres propres à favoriser le progrès culturel et scientifique et à inciter à l'investissement dans les secteurs culturels et créatifs et dans la mise en œuvre pratique, notamment par l'intermédiaire des organismes gérant les droits de reproduction."<sup>245</sup>

Sámikopiija, l'organisme gérant les droits de reproduction des Sami, représente les titulaires de droits sami de la Norvège, de la Suède, de la Finlande et de la Fédération de Russie. Selon son site Web, Sámikopiija a commencé à travailler sur la question des savoirs traditionnels des peuples autochtones sous l'angle du droit d'auteur, en en faisant un projet distinct de ses autres activités<sup>246</sup>. Par ailleurs, la Convention nordique sami est saisie d'une proposition portant notamment sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.

En Australie, d'aucuns appellent au renforcement de l'infrastructure visant à appuyer et protéger les droits culturels et de propriété intellectuelle autochtones en s'inspirant d'un modèle de gestion collective. Il est notamment proposé de créer une autorité culturelle autochtone qui serait chargée, au niveau national, de faciliter le consentement et le versement des redevances, de définir des normes d'utilisation appropriée destinées à protéger l'intégrité culturelle et de faire respecter les droits, y compris les droits moraux. "Il est important d'avoir des droits, mais il importe également de créer des mécanismes permettant de les défendre. Pour administrer les droits et les protéger, il s'impose de mettre en place une infrastructure culturelle autochtone – reposant sur des procédures administratives et des responsables qui puissent agir, négocier et détenir collectivement des droits culturels. [...] Une autorité culturelle autochtone nationale peut montrer la voie à suivre et administrer les droits soit directement, soit en mettant en place un cadre d'administration des droits culturels et de propriété intellectuelle autochtones. [...] Elle a [également] pour rôle d'aider les utilisateurs à localiser et contacter les titulaires de droits autochtones concernés."<sup>247</sup>

## POINTS ESSENTIELS

- La gestion collective simplifie la collecte des redevances pour les titulaires de droits d'auteur. Selon le produit protégé et le pays, les sociétés de perception passent entre elles des accords de réciprocité en vertu desquels elles effectuent leurs versements aux sociétés étrangères et à leurs propres actionnaires nationaux.
- La gestion collective pourrait ouvrir des perspectives intéressantes aux expressions culturelles traditionnelles. En Norvège, par exemple, la société de gestion collective de droits reprographiques associe les communautés autochtones du pays tant à la gestion de la perception des redevances qu'à la répartition des recettes perçues.

Rights Society [ARS], une société de gestion du droit d'auteur, de concession de licences et de surveillance en faveur des artistes visuels aux États-Unis d'Amérique; 5) L'ASCAP/BMI, une société de concession de licences de musique aux États-Unis d'Amérique; 6) Viscopy, une société de perception en faveur des artistes en Australie; 7) La Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC), une association de sociétés de perception.

243 Voir, p. ex., Musée Guggenheim, The Collection, Credits, consultable à l'adresse [www.guggenheimcollection.org/site/credits.html](http://www.guggenheimcollection.org/site/credits.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

244 Le Museum of Modern Art, par exemple, a désigné Art Resource and Scala Group S.p.A comme son représentant pour la reproduction commerciale de ses images. Voir MoMA, About this Site, consultable à l'adresse [www.guggenheimcollection.org/site/credits.html](http://www.guggenheimcollection.org/site/credits.html) (dernière consultation le 10 mars 2010).

245 Voir [www.ifrro.org/upload/images/TK\\_Statement\\_2008.pdf](http://www.ifrro.org/upload/images/TK_Statement_2008.pdf) (dernière consultation le 19 mars 2010).

246 Voir [www.samikopiija.org/web/index.php?sladja=4&giella1=eng](http://www.samikopiija.org/web/index.php?sladja=4&giella1=eng) (dernière consultation le 10 mars 2010) et John T. Solbakk, Sámi traditional knowledge as valuable creative work, consultable en ligne à l'adresse [www.samikopiija.org/web/index.php?sladja=7&giella1=eng](http://www.samikopiija.org/web/index.php?sladja=7&giella1=eng) (dernière consultation le 10 mars 2010).

247 Terri Janke, *Beyond guarding ground- the case for a National Indigenous Cultural Authority*, consultable en ligne à l'adresse [www.australiacouncil.gov.au/research/aboriginal\\_and\\_torres\\_strait\\_islander\\_arts/reports\\_and\\_publications/beyondguardingground](http://www.australiacouncil.gov.au/research/aboriginal_and_torres_strait_islander_arts/reports_and_publications/beyondguardingground) (dernière consultation le 10 mars 2010).

## MARQUES, INDICATIONS GÉOGRAPHIQUES ET NOMS DE DOMAINE

### 1. Marques

À la différence du droit d'auteur, la protection de la marque fonctionne essentiellement dans le contexte des transactions commerciales. Lorsqu'il s'agit de protéger les expressions culturelles traditionnelles contre toute utilisation commerciale illicite, la législation relative à la concurrence déloyale peut aussi fournir une réponse concrète aux besoins et aux attentes des communautés traditionnelles. Assurément bénéfique pour les détenteurs de marques qui exploitent leur image de marque, cette législation l'est également pour les consommateurs puisqu'elle vise à leur éviter d'acheter des biens ou services ne répondant pas aux attentes qu'ils placent dans telle ou telle marque.

Les musées, bibliothèques et services d'archives sont bien placés pour utiliser le droit des marques afin d'attirer des visiteurs dans leurs salles d'exposition et leurs boutiques. La création d'une marque est souvent une option viable et pouvant se révéler lucrative. Le logo ou le nom d'une institution culturelle a le pouvoir de véhiculer des idées de qualité, d'exclusivité et autres idées que le public associe aux noms de marques.

Parmi les éléments qui pourraient être protégés par le droit des marques figurent notamment le nom de l'institution culturelle et les noms pouvant lui être associés, tels que ceux du café affilié ou d'une publication hebdomadaire. On peut citer comme exemples le Grand Louvre au Japon, qui est une organisation indépendante créée au Japon pour renforcer les liens entre le musée français du Louvre et le public japonais, SAFE: Design Takes on Risk, l'exposition à succès organisée par le Museum of Modern Art de New York en 2005<sup>248</sup>, et SFMOMA, qui est l'acronyme du Museum of Modern Art de San Francisco<sup>249</sup>.

De son côté, la New York Public Library publie sa propre gamme de produits<sup>250</sup>. Son logo sur la couverture ou le dos du livre associe la bibliothèque à certains artistes ou auteurs et la qualité du livre rejaillit sur l'institution.

Les événements mondains constituent pour les institutions culturelles une autre occasion d'utiliser des marques<sup>251</sup>. Mis à part les invitations proprement dites, les photographies, la rubrique mondaine des journaux et le bouche-à-oreille qui suivent l'événement établissent un lien entre une institution culturelle et diverses choses, comme la présence de célébrités et les "cadeaux" de créateurs renommés distribués pendant les réceptions<sup>252</sup>.

Les institutions culturelles qui possèdent des œuvres d'art ou vendent des affiches, des céramiques ou d'autres œuvres dérivées doivent se familiariser avec les principes de base du droit des marques.

Certains noms ont donné lieu à la création de marques. Par exemple, la Succession Picasso administre les droits attachés à la marque "Picasso" et d'autres droits de propriété intellectuelle, comme la signature de Picasso. La Succession a été partie prenante à un grand nombre de procès. Elle s'est judicieusement dotée d'un site Web qui indique à diverses entités comment elles doivent demander et obtenir l'autorisation d'utiliser le nom ou la signature de Picasso<sup>253</sup>. La jurisprudence récente concernant la marque Picasso comporte une action engagée par la Succession contre DaimlerChrysler pour essayer – sans succès – de l'empêcher d'utiliser la marque "Picaro" sur une voiture<sup>254</sup>. De plus, en 2002, la Succession a obtenu gain de

248 Voir [www.moma.org/visit/calendar/exhibitions/106](http://www.moma.org/visit/calendar/exhibitions/106) (dernière consultation le 25 mars 2010).

249 "Les marques, les noms commerciaux, les logos et les marques de services ('Les marques') affichés sur ce site Web, y compris 'SFMOMA,' sont des marques du SFMOMA." [www.sfmoma.org/pages/terms\\_of\\_use](http://www.sfmoma.org/pages/terms_of_use) (dernière consultation le 14 avril 2010).

250 Voir [www.thelibraryshop.org/](http://www.thelibraryshop.org/) (dernière consultation le 11 mars 2010).

251 Voir, p. ex., la Frick Collection, bal d'hiver 2006, consultable à l'adresse [www.shopfrick.org/support/yfwinterball2006.htm](http://www.shopfrick.org/support/yfwinterball2006.htm) (dernière consultation le 11 mars 2010). Voir aussi la page Web des Morgan Library Young Associates: [www.morganlibrary.org/membership/member2.asp?intProdID=12&strCatalog\\_NAME=Fellows&strSubCatalog\\_NAME=&strSubCatalogID=&intCatalogID=10002&CurCatalogID=](http://www.morganlibrary.org/membership/member2.asp?intProdID=12&strCatalog_NAME=Fellows&strSubCatalog_NAME=&strSubCatalogID=&intCatalogID=10002&CurCatalogID=) (dernière consultation le 11 mars 2010).

252 À la Morgan Library de New York, par exemple, les membres du groupe des jeunes mécènes qui ont assisté à un gala d'hiver ont reçu un coffret compact de produits de beauté, une bouteille de parfum de créateur, une bouteille de shampoing de créateur et un exemplaire broché d'une biographie (alors) récente de Pierpont Morgan (1837-1913).

253 Picasso, [www.picasso.fr](http://www.picasso.fr) (dernière consultation le 11 mars 2010).

254 Première chambre de la Cour de justice de l'Union européenne, affaire C-361/04 P (12 janvier 2006). La Succession avait fait valoir qu'il existait un risque de confusion avec la marque Picasso qui avait été concédée sous licence aux constructeurs automobiles français PSA Peugeot-Citroën.

cause dans l'action engagée contre le titulaire de trois noms de domaine: [www.fundacionpicass.com](http://www.fundacionpicass.com), [www.museopicassomalag.com](http://www.museopicassomalag.com) et [www.museopicassodemalaga.com](http://www.museopicassodemalaga.com).

Dans le domaine des marques, les expressions culturelles traditionnelles ont eu leur part de difficultés à surmonter.

Les marques peuvent être utilisées d'une manière défensive (pour empêcher l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles à des fins commerciales sans rapport avec elles) et positive (pour promouvoir des œuvres, biens et services authentiques).

Le symbole solaire de la tribu indienne du Pueblo de Zia, au Nouveau-Mexique, est, pour cette tribu, son signe le plus sacré. "Le soleil, c'est à travers lui que nous prions. Tout ce qui a à voir avec la religion... c'est ce que nous utilisons."<sup>255</sup> Le symbole lui-même a été utilisé comme logo ou marque "sur de la vaisselle, du linge, des motos et des toilettes portatives"<sup>256</sup>. L'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique (USPTO) a fini par prendre les choses en main en organisant une série d'auditions publiques, mais aucune loi fédérale n'a été adoptée et aucun plan d'indemnisation n'a été mis sur pied en réponse à l'appel lancé par la tribu du Pueblo de Zia<sup>257</sup>. Dans une déclaration faite pendant l'audition, le gouverneur du Pueblo de Zia, Amadeo Shije, a expliqué ce qui suit:

*... la blessure infligée à mon peuple par l'utilisation irrespectueuse du symbole solaire des Zia a été très, très profonde. L'histoire des Européens sur ce continent n'est qu'une longue série d'actes d'appropriation non autorisée. Une nouvelle mentalité commence, je l'espère, à se faire jour. Je ne vois pas comment le bureau des marques, peut, en bonne conscience, donner à une personne, étrangère à notre nation, le droit d'utiliser notre symbole sur un engrais chimique ou des toilettes portatives ... La loi en vigueur protège les autres gouvernements de ce pays contre pareille offense<sup>258</sup>.*

Comme l'indique John T. Solbakk de SámiKopijija, aujourd'hui, nombre de sociétés implantées en dehors de Sapmi (terres des Sami) fabriquent en grandes séries des duodji (objets artisanaux) ou d'autres produits culturels et les commercialisent en tant que produits sami originaux, en utilisant le plus souvent un "sceau des peuples autochtones" propre à induire en erreur, pour en assurer la promotion. En d'autres termes, tout un chacun peut fabriquer à des fins commerciales des objets sami sans demander l'autorisation aux Sami ou à leurs organisations ou institutions. Ces organisations ont essayé d'apposer sur des produits artisanaux sami approuvés une marque spéciale de façon que le consommateur puisse distinguer ces produits des imitations, mais cette marque sami originale a elle-même été imitée<sup>259</sup>.

Dans la mesure où une éventuelle définition des expressions culturelles traditionnelles engloberait les mots, les signes, les noms et/ou les symboles, les détenteurs de marques se sont inquiétés de ce qu'une loi qui générerait la protection de ces expressions culturelles traditionnelles risquerait d'aller à l'encontre du droit des marques tel qu'il existe actuellement. "Les systèmes de marques de la plupart des pays comportent un mécanisme de gestion des litiges entre les marques assurant un certain degré d'uniformité internationale."<sup>260</sup> Les législations sur les marques conservent un caractère national, encore qu'il existe un système international qui s'occupe, au nom des parties à ce système, de la gestion centralisée à l'échelon international des demandes d'enregistrement de marque et des marques enregistrées<sup>261</sup>.

255 J. Auther, *Use of Sacred Symbol Causes New Mexico Controversy*, CNN.com, citant un ancien de la tribu du Pueblo de Zia, Ysidro Pino.

256 P. Patton, *Trademark Battle Over Pueblo Sign*, The New York Times, 13 janvier 2000.

257 Audition publique sur les insignes officiels des tribus amérindiennes, comptes rendus et observations à partir de 1999, consultable à l'adresse [www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/index.html#native](http://www.uspto.gov/web/offices/com/hearings/index.html#native) (dernière consultation le 11 mars 2010).

258 *Ibid.* Également réimprimé in M. Brown, *WHO OWNS NATIVE CULTURE?* Harvard University Press: Harvard, 2004, p. 81.

259 Voir [www.samikopijija.org/web/index.php?sladja=7&giella1=eng](http://www.samikopijija.org/web/index.php?sladja=7&giella1=eng) (dernière consultation le 11 mars 2010).

260 Association internationale pour les marques, Observations sur le projet de dispositions révisées relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore: objectifs de politique générale et principes fondamentaux, 31 juillet 2006.

261 L'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, administré par le Bureau international de l'OMPI, permet au titulaire d'une marque de faire enregistrer sa marque dans plusieurs pays en déposant une seule demande directement auprès de l'office national ou régional des marques compétent. Pour d'autres informations, voir [www.wipo.int/madrid/en/](http://www.wipo.int/madrid/en/) (dernière consultation le 14 avril 2010). Au niveau de l'Union européenne, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur de l'Union européenne (OHMI) est chargé d'enregistrer les marques et dessins et modèles qui sont valides dans les 27 pays de l'UE; voir <http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/index.en.do> (dernière consultation le 19 mars 2010).

On peut citer des exemples qui montrent comment le système juridique actuellement en vigueur pourrait ne pas pouvoir défendre comme il convient les intérêts des communautés autochtones et traditionnelles. Cela dit, il existe aussi des exemples montrant que l'examen public, qui peut valoir une mauvaise publicité à la tierce partie impliquée, peut inciter celle-ci à modifier son utilisation de la marque.

C'est ainsi qu'une société britannique a essayé de faire enregistrer le mot "kikoi", qui est le mot kiswahili désignant une jupe portefeuille aux couleurs vives portée par les hommes et les femmes vivant sur la côte orientale de l'Afrique. L'Institut kényen de la propriété intellectuelle a, avec le concours de l'association caritative pour le développement Traidcraft Exchange et du cabinet de conseil juridique Watson Burton, adressé une lettre de protestation à la Kikoy Company UK Limited, la société qui avait demandé l'enregistrement de la marque. Celle-ci a ultérieurement retiré sa demande d'enregistrement.

Un autre exemple concerne la société américaine de produits cosmétiques et de beauté Aveda Corporation. En 2002, Aveda a mis sur le marché une gamme de produits de soins pour la peau appelée "Autochtone". Dans le cadre de la commercialisation de la ligne de produits "Autochtone", Aveda a également fait enregistrer la marque "Autochtone" dans un certain nombre de pays, parmi lesquels les États-Unis d'Amérique, le Canada et l'Australie. Cela a provoqué des réactions négatives de la part de plusieurs groupes autochtones. À la suite d'une série d'actions de persuasion et de discussions, Aveda a décidé de renoncer à la ligne de produits Autochtone et de ne plus utiliser la marque et la ligne de produits. Comme elle l'a expliqué dans un communiqué de presse, "nous renonçons à la ligne de produits Autochtone pour montrer que nous soutenons et respectons les peuples autochtones dans les efforts qu'ils font pour protéger leurs savoirs et ressources traditionnels."<sup>262</sup>

Par la suite, Aveda a forgé des partenariats avec des groupes autochtones vivant en Australie et dans les Amériques. Par exemple, elle a élaboré un accord spécifique de partage des bénéfices entre la communauté aborigène des Kutkabubba en Australie et l'exportateur d'une certaine espèce d'huile de santal. L'accord, qui repose sur un protocole d'accréditation, prévoit la rémunération de la communauté autochtone pour l'utilisation de sa terre et de son savoir par Aveda, qui peut ainsi acquérir le bois de santal dont elle a besoin pour ses produits. En adoptant cette ligne de conduite, la société a pu redresser une image de marque qui risquait de la pénaliser<sup>263</sup>.

## 2. Indications géographiques

Défini au paragraphe 1 de l'article 22 de l'Accord sur les ADPIC, le terme "indication géographique"<sup>264</sup> s'entend d'une indication qui sert à identifier un produit comme étant originaire du territoire d'un Membre, ou d'une région ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique<sup>265</sup>.

262 Communiqué de presse d'Aveda, 4 novembre 2003. Consultable à l'adresse <http://aveda.aveda.com/about/press/indigenous.asp> (dernière consultation le 11 mars 2010).

263 Communiqué de presse d'Aveda, 22 mai 2007. "A Dialogue for the Future, Aveda and its Partners discuss the Opportunity and Challenges of Indigenous Entrepreneurship", consultable à l'adresse <http://aveda.aveda.com/about/press/pdf/NR-AvedaUNConference07.pdf> (dernière consultation le 19 mars 2010).

264 Prise en ce sens, l'expression "indication géographique" englobe l'expression "appellation d'origine" définie par l'Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international (1979) et visée par la Convention de Paris. Un autre objet de protection par la propriété intellectuelle **subject of IP protection** est l'"indication de provenance", dont il est également question dans la Convention de Paris et qui renvoie à toute expression ou signe servant à indiquer qu'un produit ou un service est originaire d'un pays, d'une région ou d'un lieu spécifique. Il s'ensuit que la différence entre une "indication géographique" utilisée dans l'Accord sur les ADPIC et l'"appellation d'origine" utilisée dans la Convention de Paris, d'une part, et l'"indication de provenance" est que les premières exigent l'existence d'un lien de qualité entre le produit et sa zone de production, alors que la seconde ne l'exige pas. L'expression "indication géographique" désigne souvent à la fois les appellations d'origine et les indications de provenance. Afin de prendre en compte toutes les formes de protection existantes, le présent document utilise l'expression "indication géographique" dans son acception la plus large possible.

265 En ce qui concerne les indications géographiques, les États doivent, en vertu du paragraphe 2 de l'article 22 de l'Accord sur les ADPIC, prévoir les moyens juridiques qui permettent aux "parties intéressées" d'empêcher l'utilisation, dans la désignation ou la présentation d'un produit, de tout moyen qui indique ou suggère que le produit en question est originaire d'une région géographique autre que le véritable lieu d'origine d'une manière qui induit le public en erreur quant à l'origine géographique du produit, et toute utilisation qui constitue un acte de concurrence déloyale au sens de l'article 10*bis* de la Convention de Paris. En vertu du paragraphe 3 du même article, les États refuseront ou invalideront l'enregistrement d'une marque de fabrique ou de commerce qui contient une indication géographique ou est constituée par une telle indication, pour des produits qui ne sont pas originaires du territoire indiqué, si l'utilisation de cette indication dans la marque de fabrique ou de commerce pour de tels produits dans ces États est de nature à induire le public en erreur quant au véritable lieu d'origine.

Certaines expressions culturelles traditionnelles, comme les objets artisanaux fabriqués à partir de ressources naturelles, pourraient avoir droit au statut de “produits” protégeables par les indications géographiques. De surcroît, certaines expressions culturelles traditionnelles pourraient elles-mêmes être des indications géographiques, telles que les noms, signes et autres indications autochtones et traditionnels.

Par exemple, au Portugal, la broderie de Madère est protégée en tant qu’indication géographique. Au Mexique, l’appellation d’origine OLINALÁ est appliquée à des articles en bois laqué, tels que des coffres et des caisses, fabriqués dans la ville d’Olnalá, dans l’État du Guerrero. Les artisans utilisent le bois d’aloès (*Bursera aeloxylon*), un arbre endémique, et des matières premières naturelles telles que des graisses provenant d’insectes et des poudres minérales. L’appellation d’origine, considérée comme un élément du patrimoine national, appartient à l’État. Dans la Fédération de Russie, un certain nombre de produits anciens sont protégés par des appellations d’origine: nielles de Velikiy-Oustioug<sup>266</sup>, peintures de Gorodets, émail de Rostov, jouets d’argile de Kargopol et jouet de Filimonov<sup>267</sup>.

Comme dans le cas des marques, la protection des indications géographiques vise à protéger l’image et la réputation des communautés autochtones et traditionnelles entrepreneuses et de leurs produits, et à empêcher l’utilisation non autorisée de ces signes, laquelle est susceptible d’induire les consommateurs en erreur. La protection géographique peut être perpétuelle (sous certaines conditions).

### 3. Noms de domaine

Les noms de domaine invitent à tenir compte de nouvelles considérations de propriété intellectuelle qui, d’ailleurs, ont des répercussions sur toutes les institutions culturelles et sur les communautés autochtones et traditionnelles. Il est souvent indispensable aux institutions culturelles d’avoir une présence sur l’Internet pour toute une série de raisons, dont les déclarations de mission énonçant des objectifs en matière de communication et d’éducation ne sont pas la moindre. De fait, la diversité de leurs collections foisonnantes fait que les musées, bibliothèques et services d’archives ont des sites Web qui se classent parmi les plus éducatifs et les plus beaux du monde.

Si une analyse approfondie du système des noms de domaine de l’Internet sort du cadre de la présente publication, il est important pour les institutions culturelles de prendre note de quelques notions de base en matière de gestion des noms de domaine.

Ces institutions ont la possibilité d’enregistrer leur nom de domaine en utilisant un domaine de premier niveau (TLD), tel que “.com” ou “.org”<sup>268</sup>. Elles peuvent également s’adresser à l’un des opérateurs régionaux pour inclure dans leur nom de domaine un “domaine national de premier niveau (ccTLD)”, tel que “.ch” pour la Suisse, “.fj” pour les Fidji ou “.mx” pour le Mexique<sup>269</sup>.

On peut citer l’exemple de [www.tikanga.com](http://www.tikanga.com), le site d’une organisation qui vise à “faciliter la communication entre artistes, concepteurs et interprètes et exécutants maoris et les médias, les agences de publicité, les sociétés de production et les organismes publics.”<sup>270</sup> Le mot maori “tikanga” désigne, d’une façon générale, les coutumes et traditions transmises à travers le temps. Les propriétaires de [www.tikanga.com](http://www.tikanga.com) fournissent des services que les Maoris peuvent trouver utiles et conformes à la nécessité de préserver le dynamisme et l’identité culturels maoris.

Présentant un intérêt particulier pour les musées, le TLD “.museum” peut être utilisé depuis 2001 par les musées, les associations de musées et les muséologues pour enregistrer des sites Web et des adresses

266 La nielle est un alliage métallique de soufre, de cuivre, d’argent et, normalement, de plomb, à insérer dans les tailles d’une gravure sur métal, d’après Wikipedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/Niello> (dernière consultation le 11 mars 2010).

267 Ces exemples sont tirés de OMPI, Analyse globale, *op. cit.* note 30.

268 C’est le cas du site Web d’un grand nombre d’institutions, voir, par exemple, [www.moma.org](http://www.moma.org) (dernière consultation le 12 mars 2010), [www.britishmuseum.org](http://www.britishmuseum.org) (dernière consultation le 12 mars 2010) et [www.hermitagemuseum.org](http://www.hermitagemuseum.org) (dernière consultation le 12 mars 2010).

269 Par exemple, [www.banq.qc.ca/](http://www.banq.qc.ca/) (dernière consultation le 12 mars 2010) ou [www.en.nationaalarchief.nl/](http://www.en.nationaalarchief.nl/) (dernière consultation le 12 mars 2010).

270 Tikanga.com, Services, [www.tikanga.com/services.html](http://www.tikanga.com/services.html) (dernière consultation le 12 mars 2010).

électroniques utilisant le domaine .museum<sup>271</sup>. Cela permet aux utilisateurs de reconnaître facilement une activité muséologique authentique sur l'Internet<sup>272</sup>.

Si l'on a pu remettre en question la pertinence d'un TLD spécifique pour les musées<sup>273</sup> et si la viabilité financière de l'espace de nom ".museum" pourrait ne pas lui avoir permis d'atteindre l'autonomie escomptée<sup>274</sup>, on espère que les associations professionnelles de musées fourniront des noms de domaine en ".museum" directement à leurs membres. Il a été proposé que le Conseil international des musées (ICOM) étende ses services pour jouer un rôle plus actif dans l'espace de domaine ".museum"<sup>275</sup>.

Il est arrivé que des expressions culturelles traditionnelles et des mots et expressions connexes soient utilisés d'une manière inappropriée en tant que noms de domaine. Par exemple, des noms de communautés autochtones ont été attribués en tant que noms de domaine à des services de rencontres, voire à des sites pour adultes.

Il existe divers mécanismes qui fournissent aux communautés autochtones et traditionnelles titulaires de droits sur une marque des outils efficaces pour se prémunir contre une utilisation de leurs noms de domaine qui porte atteinte à ces droits.

Les parties à des litiges relatifs aux noms de domaine concernant l'enregistrement abusif et de mauvaise foi de noms de domaine portant atteinte à des droits attachés à des marques ont à leur disposition un système contractuel de règlement des litiges faisant gagner de l'argent et du temps. Les Principes directeurs concernant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (UDRP) établis par l'OMPI et adoptés en 1999 offrent une procédure administrative efficace de règlement de ce type de litiges sans écarter l'option d'une action en justice. Les UDRP s'appliquent aux domaines génériques de premier niveau (gTLD) ".com," ".net," ".org" et ".museum." Nombre d'opérateurs de ccTLD se réclament également des UDRP ou d'une de leurs variantes proches. Parmi les quatre institutions qui assurent des services de règlement des litiges fondés sur les UDRP, c'est le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI qui a administré la majorité de ces litiges<sup>276</sup>.

Les institutions culturelles et les communautés autochtones et traditionnelles ont utilisé le système des UDRP dans le cadre d'un grand nombre de litiges<sup>277</sup>. Par exemple, dans *Maori Television Service c. Damien Sampat*<sup>278</sup>, le Service de télévision maori, qui exploite la télévision maorie pour revitaliser la langue et la culture maories, a obtenu le transfert du nom de domaine maoritv.com qui avait été utilisé par un tiers qui était de mauvaise foi et ne possédait pas de droit ni d'intérêts légitimes.

271 Ce TLD est administré et géré par la Museum Domain Management Association (MuseDoma), une organisation à but non lucratif, dans le cadre d'un accord passé avec l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), qui est une organisation qui se consacre à la gestion technique du système des noms de domaine (DNS).

272 Welcome to .museum, consultable à l'adresse <http://about.museum/> (dernière consultation le 12 mars 2010).

273 Voir, par ex, J. Levine, Time to Renew .coop, .museum, and .aero ICANN, consultable à l'adresse [www.circleid.com/posts/time\\_to\\_renew\\_coop\\_museum\\_and\\_aero\\_icann/](http://www.circleid.com/posts/time_to_renew_coop_museum_and_aero_icann/) (dernière consultation le 12 mars 2010).

274 Voir *Renewal Proposal for the dotMuseum Sponsorship Agreement, MuseDoma*, 16 nov. 2005, p. 4, consultable à l'adresse [www.icann.org/tlds/renewals/museum-renewal-proposal-16nov05.pdf](http://www.icann.org/tlds/renewals/museum-renewal-proposal-16nov05.pdf) (dernière consultation le 19 mars 2010).

275 *Id.*, p. 6.

276 On trouvera d'autres informations sur les services UDRP assurés par le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI à l'adresse suivante: [www.wipo.int/amc/en/domains/gtld/](http://www.wipo.int/amc/en/domains/gtld/) (dernière consultation le 14 avril 2010).

277 Un exemple de litige pour lequel un musée s'est prévalu des UDRP est l'affaire *San Francisco Museum of Modern Art c. Joshua S. Drapiewski*, affaire OMPI n° D2000-1751. Le défendeur avait enregistré le nom de domaine *sfmoma.com* (semblable au point de prêter à confusion à la marque du musée, SFMOMA); les experts ont fait droit à la demande de transfert du nom de domaine enregistré par le défendeur présentée par le musée. Autres exemples de litiges: *The Trustees of The British Museum, The British Museum Company Limited c. British Museum Resources, Limited*, affaire OMPI n° D2007-0142, [britishmuseum.org](http://britishmuseum.org); *The Baltimore Museum of Art, Inc. c. Mo Domains*, affaire OMPI n° D2005-0720, [baltimoremuseumofart.com](http://baltimoremuseumofart.com); *Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa c. Greg Nicolas*, affaire OMPI n° D2004-0288, [tepapa.com](http://tepapa.com); *Indivision Picasso c. Manuel Muñoz Fernandez [Hereisall]*, affaire OMPI n° D2002-0496, [fundacionpicasso.com](http://fundacionpicasso.com), [museopicassomalaga.com](http://museopicassomalaga.com), [museopicassodemalaga.com](http://museopicassodemalaga.com); et *Van Gogh Museum Enterprises BV and Stichting Van Gogh Museum c. M. Ohannessian*, affaire OMPI n° D2001-0879, [vangoghmuseum.com](http://vangoghmuseum.com).

278 Affaire OMPI n° D2005-0524.

Il convient également de signaler l'apparition des noms de domaine internationalisés (utilisant un système d'écriture autre que l'alphabet latin) (IDN)<sup>279</sup>, servant à étendre le nombre des TLD existants<sup>280</sup>. Cette expansion du DNS multiplie les possibilités en matière d'utilisation de langues et de systèmes d'écriture et reflète la diversité des langues, systèmes d'écriture et expressions culturelles intrinsèques à un débat sur l'identité culturelle en ligne<sup>281</sup>. Cela peut ouvrir de nouvelles perspectives aux musées, bibliothèques et services d'archives s'agissant de poursuivre le développement d'une présence active sur l'Internet. Par exemple, le Musée du Louvre pourrait demander l'enregistrement du TLD “.louvre.” Mais cela pourrait également lui compliquer la tâche pour ce qui est de faire respecter ses droits de propriété intellectuelle sur ce TLD.

Le droit de la propriété intellectuelle est appelé à jouer un rôle de plus en plus important à mesure que s'accroît le nombre des institutions culturelles qui se dotent d'une présence en ligne spécifique et que les informations et les images culturelles deviennent de plus en plus facilement accessibles.

### POINTS ESSENTIELS

- Les marques peuvent présenter un intérêt pour les institutions culturelles en matière de gestion des expressions culturelles traditionnelles. Les marques sont des signes distinctifs servant à identifier la provenance des biens et/ou des services mis sur le marché et à distinguer ces biens et services de ceux des concurrents.
- Les marques peuvent également servir de labels d'authenticité ou de certification et à garantir la provenance et l'authenticité des expressions culturelles traditionnelles.
- Les institutions culturelles doivent être très au fait des répercussions de l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles comme logos ou identificateurs de produits.
- Les indications géographiques peuvent être utiles pour protéger des expressions culturelles traditionnelles provenant d'une région particulière.
- Les institutions culturelles doivent veiller à ne pas faire une utilisation impropre en tant que titres ou de noms de domaine de mots revêtant une importance culturelle.

279 Voir, p. ex., C. Karp, *Internationalized Domain Names in the Management of Cultural Heritage*, vingt-septième Conférence sur l'internationalisation et Unicode, Berlin (Allemagne), avril 2005, consultable à l'adresse <http://media.nic.museum/iuc27/karp.idn.pdf> (dernière consultation le 19 mars 2010).

280 Voir, p. ex., [www.icann.org/en/topics/idn/](http://www.icann.org/en/topics/idn/) (dernière consultation le 12 mars 2010) et *Message from the [ICANN] CEO, 21 July 2009*, [www.icann.org/en/ceo/ceo-message-21jul09-en.htm](http://www.icann.org/en/ceo/ceo-message-21jul09-en.htm) (dernière consultation le 12 mars 2010).

281 Voir, p. ex., C. Karp, *Internationalized Domain Names in the Management of Cultural Heritage*, 27<sup>e</sup> Conférence sur l'internationalisation et Unicode, Berlin (Allemagne), avril 2005, consultable à l'adresse <http://media.nic.museum/iuc27/karp.idn.pdf> (dernière consultation le 19 mars 2010).

## STRATÉGIES DE GESTION DES RISQUES ET RÈGLEMENT DES LITIGES

On assiste à la mise en place d'un éventail de stratégies visant à améliorer les relations entre les institutions culturelles, les chercheurs et les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. Ces stratégies peuvent s'interpréter comme autant d'efforts pour faire évoluer des mentalités et comportements répréhensibles en matière de fixation des expressions culturelles traditionnelles et il est à espérer qu'elles déboucheront sur un dialogue productif et positif.

### 1. Stratégies de gestion des risques

Les institutions culturelles ont tout à gagner à élaborer des stratégies de gestion des risques en ce qui concerne les collections d'expressions culturelles traditionnelles. Une telle stratégie sert en effet à repérer les éventuels sujets de contestation ou de préoccupation et, ce faisant, met en évidence les questions qu'il y a lieu de traiter d'emblée (par exemple, avant la création d'une nouvelle exposition ou la numérisation d'une collection d'expressions culturelles traditionnelles).

Les stratégies de gestion des risques jouent un rôle d'outil de sensibilisation au sein d'une institution culturelle: si un problème surgit et au moment où il surgit, des solutions rapides et efficaces peuvent lui être trouvées. Ces stratégies visent à décrire les risques et les avantages associés à l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles et à mettre en balance ces risques avec ces avantages, et à élaborer des protocoles de traitement des plaintes éventuelles. La gestion des risques est un processus qui consiste à intervenir en amont pour remédier aux difficultés que ces collections risquent de soulever.

Les stratégies de gestion des risques sont particulièrement utiles dans les cas où les propriétaires ou les communautés d'origine des expressions culturelles traditionnelles ne peuvent pas être identifiés et localisés. L'expérience montre qu'une fois qu'une œuvre inconnue jusque-là emprunte différentes formes de circulation (l'Internet, par exemple), des propriétaires antérieurement injoignables ou inconnus peuvent se présenter et revendiquer un droit sur l'œuvre en question. En pareil cas, les stratégies de gestion des risques peuvent aider l'institution culturelle concernée à formuler une réponse éthique et juridique. L'élaboration d'une stratégie de ce type l'aide également à déterminer, parmi les œuvres qu'elle détient, celles qui pourraient constituer un risque majeur et celles qui pourraient représenter un risque nettement moins élevé.

### 2. Règlement des litiges

Comme la présente publication l'a souligné, l'accessibilité, le contrôle et la protection des expressions culturelles traditionnelles peuvent soulever des problèmes délicats, qui peuvent souvent nuire aux relations existant entre les peuples autochtones et les communautés traditionnelles, d'une part, et les détenteurs et utilisateurs d'expressions culturelles traditionnelles, tels que les musées, les services d'archives et les bibliothèques, les universités, le secteur privé, les particuliers et les États, d'autre part.

On enregistre depuis cinq ans une augmentation régulière des litiges opposant dépositaires de traditions et tiers utilisant les expressions culturelles traditionnelles au sujet de la propriété, du contrôle et de l'accessibilité de ces expressions culturelles et du partage des avantages tirés de leur utilisation. Souvent complexes et multidimensionnels, ces litiges présentent des aspects juridiques et non juridiques. Fait important, ils n'ont pas toujours un caractère commercial et peuvent avoir des dimensions éthiques, culturelles, religieuses/spirituelles et morales. Par exemple, sans nécessairement causer de perte financière, l'utilisation impropre d'un objet, symbole ou dessin culturel secret ou sacré peut être ressentie comme une très grave offense sur un plan spirituel.

Il est souvent aussi difficile de décider de la manière de régler un litige de ce type que de le trancher. Les parties doivent-elles avoir recours à la justice, régler le litige à l'amiable, essayer d'obtenir un règlement par la voie de la médiation ou une décision finale par celle de l'arbitrage? Les paragraphes qui suivent présentent les différentes options à leur disposition.

### ***Action en justice***

L'histoire des collections d'expressions culturelles traditionnelles est parfois stressante et conflictuelle. En pareil cas, le recours à la justice est rarement recommandable, car les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ont des droits légaux véritablement limités et les litiges concernant les expressions culturelles traditionnelles ont souvent des aspects juridiques et non juridiques complexes.

La combinaison d'éléments constitutifs des litiges concernant des expressions culturelles traditionnelles fait qu'il n'est pas toujours possible ni souhaitable d'envisager de faire appel à la justice. La procédure judiciaire risquerait de déposséder et d'aliéner encore davantage les peuples autochtones et les communautés traditionnelles, et de limiter les chances d'un règlement productif des problèmes qui opposent les parties.

### ***Modes de règlement extrajudiciaire des litiges***

Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges s'entendent des mécanismes de règlement à l'amiable des litiges qui permettent aux parties de régler leurs différends d'une manière rapide et peu onéreuse avec le concours d'un ou de plusieurs médiateurs, arbitres ou experts qualifiés et indépendants. Ces modes de règlement sont en principe consensuels et ils ne peuvent être utilisés que si toutes les parties conviennent de soumettre leur(s) litige(s) à ces médiateurs, arbitres ou experts.

Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges que constituent la médiation, l'arbitrage et l'expertise offrent un mécanisme pour le règlement de litiges complexes concernant des expressions culturelles traditionnelles. Ils sont déjà à l'œuvre dans le cadre des relations de collaboration nouées par nombre d'institutions culturelles et de peuples autochtones et de communautés traditionnelles. Par exemple, aux Fidji, l'instance autochtone du registre foncier (Native Lands and Title Tribunal) règle à l'amiable et d'une façon conforme à la tradition les litiges découlant des revendications territoriales traditionnelles et des prétentions des détenteurs de titres de propriété. Cette instance est composée d'experts coutumiers fidjiens autochtones indépendants, qui sont pour la plupart des chefs, et d'autres membres des communautés. Toutefois, les membres du secrétariat sont nommés par le Ministère des affaires autochtones.

Avec les modes de règlement extrajudiciaire des litiges, c'est aux parties elles-mêmes qu'il revient de déterminer si elles veulent régler leur litige et comment elles comptent le faire. Par ailleurs, le processus de prise de décision peut ne pas s'appuyer exclusivement sur les normes juridiques, point qui tire toute son importance du fait que les litiges concernant les expressions culturelles traditionnelles combinent des dimensions juridiques et non juridiques.

### ***Types de règlement extrajudiciaire des litiges***

- **Médiation.** Dans le cadre de cette procédure informelle, un ou plusieurs médiateurs aident les parties à régler leur litige. Le médiateur ne peut pas rendre de décision, mais aide les parties à cerner leurs intérêts afin de trouver une solution mutuellement acceptable. Le recours à la médiation peut être particulièrement indiqué dans les affaires délicates où aucun droit juridique n'est revendiqué. La médiation peut donner lieu à l'examen d'éléments moraux, éthiques, historiques et culturels pouvant offrir les bases d'un règlement.
- **Arbitrage.** Dans le cas de l'arbitrage, les parties soumettent leur litige à un ou plusieurs arbitres qui rendent une sentence avec effet obligatoire et définitive à exécuter au niveau international<sup>282</sup>. Les parties peuvent demander à l'arbitre de se prononcer *ex æquo et bono*, c'est-à-dire sur la base du principe d'équité, ce qui présente un intérêt particulier dans le cas des litiges concernant des expressions culturelles traditionnelles. Dans certains cas, elles peuvent également convenir d'appliquer le droit coutumier.
- **Procédure d'expertise.** Dans le cadre de cette procédure, un ou plusieurs experts rendent une décision sur une question spécifique qui leur est posée par les parties. Par exemple, un expert pourrait déterminer l'authenticité d'un chant autochtone ou traditionnel, ou identifier l'origine d'un dessin

282 Voir la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York, 1958).

autochtone ou traditionnel. Il est également possible de combiner les trois procédures. Par exemple, les parties peuvent d'abord essayer de régler leur litige par la médiation et, dans les cas où il ne peut l'être dans le délai fixé, faire appel à un arbitre ou à un expert.

### *Avantages du règlement extrajudiciaire des litiges*

Les procédures de règlement extrajudiciaire des litiges comportent de nombreux avantages<sup>283</sup>, tels que les suivants:

- **Prise en considération des intérêts des parties et préservation des relations.** Le règlement extrajudiciaire des litiges, et en particulier la médiation, suscite moins l'affrontement et peut aider les parties à préserver leurs relations à long terme et à nouer de nouvelles relations en trouvant des solutions mutuellement acceptables. Il peut également prendre en considération les intérêts des parties ainsi que leurs besoins concrets.
- **Reconnaissance de la différence d'héritages dans la sphère culturelle.** Les procédures de règlement extrajudiciaire des litiges permettent de prendre toute la mesure des griefs en tenant compte des différences d'échelles de valeurs culturelles. Les parties ont la possibilité de choisir un médiateur, arbitre ou expert qualifié qui soit versé dans les différents héritages culturels dont elles se réclament. Elles peuvent même choisir plusieurs intermédiaires au cours d'une même procédure de règlement extrajudiciaire des litiges, dont chacun connaisse bien l'héritage culturel de l'une d'elles.
- **Des solutions allant au-delà de ce qu'une procédure judiciaire pourrait offrir.** Le règlement extrajudiciaire des litiges, et en particulier la médiation, permet aux parties d'adopter des solutions créatives et mutuellement acceptables qui ne soient pas nécessairement imposées par une loi spécifique. Ce peut être, par exemple, la reconnaissance officielle de la qualité de dépositaire et l'octroi d'un prêt à long terme.
- **Autonomie et flexibilité des parties,** Le règlement extrajudiciaire des litiges permet à toutes les parties, y compris celles qui ont de tout temps été exclues des mécanismes juridiques officiels, de contrôler la procédure d'une façon souple et en économisant du temps et de l'argent. Elles peuvent choisir l'intermédiaire; elles peuvent également adapter la procédure à leur litige et convenir de la législation applicable, de la langue de la procédure et du lieu où celle-ci se déroulera.
- **Expertise.** Le règlement extrajudiciaire des litiges permet aux parties de choisir des médiateurs, des arbitres et des experts qui disposent d'une expérience directe et/ou de compétences spécialisées en ce qui concerne les questions en jeu, en sus d'une expérience en matière de règlement des litiges.
- **Neutralité.** Le règlement extrajudiciaire des litiges est une procédure internationale et neutre aux fins de laquelle les parties peuvent choisir un intermédiaire neutre, la législation applicable, la langue de la procédure et le lieu où celle-ci se déroulera. Le règlement extrajudiciaire des litiges évite ainsi toute perception de partialité à laquelle pourrait donner lieu un litige jugé par un tribunal national.
- **Intégration des lois et pratiques coutumières.** Si les parties en conviennent, le règlement extrajudiciaire des litiges peut être un forum où prendre en compte et appliquer les lois, protocoles, valeurs et codes coutumiers, ce qui peut être intéressant dans certains litiges concernant le patrimoine culturel de communautés autochtones et traditionnelles. Le droit coutumier pourrait être incorporé à différents niveaux du règlement extrajudiciaire des litiges, s'agissant notamment des questions de fond, des procédures et des solutions. De surcroît, le règlement extrajudiciaire des litiges constitue un cadre dans lequel une communauté autochtone ou traditionnelle peut être une partie; il permet également de prendre en compte le rapport de particuliers aux intérêts de leur communauté autochtone ou traditionnelle et favorise la prise en connaissance de cause de décisions concernant le degré de solennité dont doit être empreint la procédure.
- **Confidentialité possible.** Enfin, le règlement extrajudiciaire des litiges donne aux parties la possibilité de maintenir la procédure et son résultat confidentiels à moins que la loi n'en dispose autrement. Elles peuvent également convenir de mettre en balance la confidentialité avec l'intérêt général.

283 Sur l'utilité du règlement extrajudiciaire des litiges pour régler des litiges concernant le patrimoine culturel et les savoirs traditionnels, voir: Sarah Theurich, *Le patrimoine artistique et culturel: règlement des différends*, Magazine de l'OMPI, numéro 4, 2009, [www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/04/article\\_0007.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/04/article_0007.html) (dernière consultation le 19 mars 2010). Voir aussi Christian Wichard et Wend Wendland, *Mediation as an Option for Resolving Disputes between Indigenous/Traditional Communities and Industry concerning Traditional Knowledge*, in *Art and Cultural Heritage: Law, Policy, and Practice*, Barbara T. Hoffman (dir. Publ.), Cambridge University Press, 2006.

### *Comment avoir recours au règlement extrajudiciaire des litiges dans la pratique?*

Le règlement extrajudiciaire des litiges peut être utilisé si les parties conviennent de soumettre leur litige à un tel mécanisme ou si le recours à celui-ci est prescrit par un tribunal compétent établi par la loi ou par traité.

Le consentement au recours au règlement extrajudiciaire des litiges peut être obtenu de diverses manières. S'agissant des litiges futurs, les parties peuvent insérer des clauses relatives au règlement extrajudiciaire des litiges dans leurs contrats, comme les accords de cession ou de licence de droits d'auteur, de prêt, de don, d'accès et de partage des avantages, ou d'autres types d'accords concernant l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles. S'agissant d'un litige déjà né, elles peuvent conclure une convention ad hoc précisant que le litige en question fera l'objet d'une certaine procédure de règlement extrajudiciaire des litiges.

En règle générale, les fournisseurs de services de règlement extrajudiciaire des litiges, comme le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, mettent des clauses et conventions ad hoc types à la disposition des parties, qui peuvent les adapter à chaque cas particulier<sup>284</sup>.

De plus, la prise en compte de l'option du règlement extrajudiciaire des litiges pourrait être renforcée si les institutions culturelles, les bibliothèques, les services d'archives et les musées ou les organisations représentant les intérêts des communautés autochtones et traditionnelles s'engageaient à avoir recours à une telle procédure et élaboraient des déclarations de politique générale en ce sens.

On trouvera ci-après un exemple de convention ad hoc adaptée et un exemple d'engagement de soumission à la médiation dans le secteur du patrimoine culturel:

#### **Convention ad hoc de soumission à la médiation pour les litiges concernant le patrimoine culturel:**

*Nous, les parties soussignées, sommes aux prises avec un différend en matière de patrimoine culturel qui est susceptible de soulever des questions juridiques et non juridiques, commerciales et non commerciales, ainsi que des questions éthiques et morales des plus complexes. Nous considérons que la médiation pourrait être un moyen approprié et efficace de régler notre différend. En particulier, nous pensons qu'elle nous permettra de cerner des intérêts convergents et de régler à l'amiable notre différend d'une manière responsable et viable à long terme.*

*Les parties soussignées acceptent donc par la présente de soumettre à la médiation, conformément au Règlement de médiation de l'OMPI, le différend/la controverse/le litige suivant:*

*[brève description du différend/de la controverse/du litige]*

*Le lieu de la médiation sera [indiquer le lieu]. La langue de la procédure de médiation sera [indiquer la langue].*

#### **Engagement ou déclaration en matière de règlement des litiges type:**

*Nous considérons que les différends et litiges auxquels sont parties les communautés autochtones et leurs membres en matière de patrimoine culturel et/ou de savoirs traditionnels peuvent être des plus complexes et mettre en jeu des aspects juridiques et non juridiques, commerciaux et non commerciaux, ainsi que des aspects éthiques et moraux. Nous estimons qu'en pareil cas, il peut exister des modes de règlement qui soient plus appropriés et efficaces que le recours à la justice. En particulier, les procédures de médiation permettent, en faisant appel à la collaboration des parties, de prendre en compte les intérêts de celles-ci, rendant ainsi possible de régler à l'amiable le différend d'une manière responsable et viable à long terme.*

*Nous souscrivons donc à la déclaration de principe ci-après au nom de notre institution:*

*En cas de différend ou de litige entre notre institution et une communauté autochtone ou un particulier autochtone, nous sommes prêts à proposer de régler la question en ayant recours aux modes de règlement extrajudiciaire des litiges et, en particulier, à la médiation.*

<sup>284</sup> Les clauses et conventions de recours à une procédure de règlement extrajudiciaire des litiges types de l'OMPI sont consultables dans différentes langues à l'adresse [www.wipo.int/amc/fr/clauses](http://www.wipo.int/amc/fr/clauses) (dernière consultation le 14 avril 2010).

Un tel engagement ou déclaration peut être adapté et incorporé, par exemple, dans le code de déontologie d'une institution culturelle et/ou figurer parmi les conditions d'adhésion à cette institution.

Les bibliothèques, services d'archives et musées pourraient avoir intérêt à insérer des clauses de règlement des litiges dans les accords et à en faire une politique valant pour l'ensemble du secteur. À l'heure actuelle, le règlement extrajudiciaire des litiges offre des possibilités de règlement des litiges nés dans des domaines culturels complexes où tous les problèmes n'ont pas de définition juridique explicite. Il constitue un mécanisme dans le cadre duquel les parties peuvent expliquer ce qui est en jeu et en quoi cela est important sur le plan culturel. Il laisse le champ libre à l'expression d'interprétations différentes en matière d'accessibilité et de contrôle et, ce qui est appréciable, il n'écarte pas davantage qu'ils ne l'étaient déjà les peuples autochtones et les communautés traditionnelles des projets de conciliation et de reconnaissance culturelle.

### *Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI*

Un certain nombre d'institutions publiques et privées assurent divers types de services de règlement extrajudiciaire des litiges. C'est le cas du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (Centre de l'OMPI)<sup>285</sup> que l'OMPI a créé en 1994 en son sein. Ce prestataire international de services de règlement de litiges est considéré comme une instance internationale neutre vers laquelle il est particulièrement indiqué de se tourner pour régler les litiges transfrontaliers et interculturels.

Le Centre de l'OMPI a élaboré le règlement de médiation, le règlement d'arbitrage (accélééré) et le règlement applicable à la procédure d'expertise de l'OMPI, ainsi que les clauses et conventions ad hoc types en matière de règlement extrajudiciaire des litiges, dont l'utilisation peut être particulièrement appropriée dans les litiges concernant des expressions culturelles traditionnelles. Ce Centre a également établi une liste spéciale de médiateurs, d'arbitres et d'experts versés dans la législation relative au patrimoine culturel et disposant d'une expérience du règlement extrajudiciaire des litiges.

En sus des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges ordinaires de l'OMPI, l'Organisation assure des services de règlement extrajudiciaire des litiges adaptés, par exemple aux besoins du secteur du patrimoine culturel, y compris pour les questions se rapportant aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles.

---

285 Pour d'autres informations sur le Centre de l'OMPI, on peut se rendre à l'adresse [www.wipo.int/amc](http://www.wipo.int/amc) (dernière consultation le 14 avril 2010).



## TROISIÈME PARTIE. CONCLUSIONS: PRATIQUES RATIONNELLES

Le droit de la propriété intellectuelle lui-même comporte quelques options dont les dépositaires de traditions peuvent se prévaloir. Il existe assurément un éventail de possibilités pouvant faire l'objet d'une exploitation stratégique, mais, d'une façon générale, les dépositaires de traditions ne disposent pour le moment que de peu de droits reconnus et opposables en ce qui concerne les éléments de leur patrimoine culturel, ce qui ne peut manquer d'influer sur les conditions d'accessibilité, de contrôle et de titularité qui pourront être négociées à l'avenir.

Or, les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ont bel et bien des intérêts légitimes pour ce qui est d'être associés à la prise des décisions concernant les collections d'expressions culturelles traditionnelles. Bien que cela n'ait pas été souvent le cas dans le passé, les pratiques et responsabilités actuelles concernant le respect des principes fondamentaux d'égalité, de liberté et de justice exigent que les dépositaires de traditions puissent exprimer leurs vues et que celles-ci soient prises en considération. La récente Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones va assurément dans ce sens.

Cela dépendra en grande partie du renforcement de la communication et des nouvelles relations que pourront nouer les spécialistes des institutions culturelles et les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. Un grand nombre de solutions pourraient provenir de la mise en place de modes mutuellement satisfaisants de gestion future de matériels culturels d'une telle importance et d'une telle valeur.

Pour engager le processus de prise en compte et de respect des droits et intérêts des peuples autochtones et des communautés traditionnelles, il importe d'instaurer un dialogue constructif entre toutes les parties qui s'occupent de gérer et de préserver les collections d'expressions culturelles traditionnelles et de les mettre à la disposition du public. D'où la nécessité pour les institutions culturelles détenant des collections de ce genre de travailler directement, chaque fois que cela est possible, avec les dépositaires de traditions en vue de définir en concertation les options de politique générale appropriées en matière de sauvegarde, de protection et de promotion des expressions culturelles traditionnelles.

Nombre de musées, de bibliothèques et de services d'archives, entre autres institutions, ainsi qu'un grand nombre de communautés autochtones et traditionnelles sont activement engagés dans la formulation, la gestion et le maintien de multiples stratégies de sauvegarde, d'accessibilité et de contrôle du patrimoine culturel et des expressions culturelles traditionnelles, y compris d'utiles protocoles, politiques et pratiques dans le domaine de la propriété intellectuelle. Toutes les parties ont intérêt à ce que la plus grande clarté préside à l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles. On se trouve là au cœur de la gestion active des collections et de la volonté d'en faciliter l'utilisation, c'est-à-dire de ce qui fait la raison d'être des institutions culturelles.

C'est ainsi que la présente publication fournit un certain nombre d'exemples de pratiques actuelles et naissantes relevées au sein d'institutions culturelles, de services d'archives (numériques, notamment) indépendants, de communautés autochtones et traditionnelles, et d'organismes de recherche plus importants. Il existe naturellement un grand nombre de pratiques rationnelles qu'il n'a pas été possible d'inclure faute de place.

La plupart des exemples ont été puisés dans des recherches empiriques réalisées ces dernières années par une équipe internationale de consultants mandatés par l'OMPI. Ils sont tirés d'expériences et de pratiques rationnelles actuelles et de protocoles et de directives en vigueur et, de ce fait, mettent en évidence certaines des activités lancées à travers le monde. À l'heure actuelle, les ressources qui ont été rassemblées et complètent la présente publication sont notamment les suivantes:

- Des **enquêtes** sur les ressources et pratiques actuelles. Les enquêtes, dont chacune est axée sur une région géographique spécifique, sont la source principale de la présente publication. Elles fournissent une masse d'informations portant sur les politiques institutionnelles, les éclairages fournis par des experts chevronnés et les avis et expériences des peuples autochtones et des communautés traditionnelles dont les expressions culturelles traditionnelles font l'objet des conclusions de ces enquêtes<sup>286</sup>;
- Une sélection de brèves **études de cas** établies à partir des enquêtes. Ces études de cas portent sur un large éventail d'exemples<sup>287</sup>;
- Une **base de données** consultable sur les protocoles, politiques et pratiques existants dans le domaine de la propriété intellectuelle. Cette base de données répond au besoin largement ressenti de disposer d'un plus grand nombre d'informations empiriques sur les expériences et pratiques actuelles concernant ces questions<sup>288</sup>.

Certaines de ces politiques et pratiques sont élaborées à des fins directes de gestion des collections existantes, tandis que d'autres se proposent d'établir des cadres devant servir à la gestion des collections à venir. De fait, la recherche menée auprès des peuples autochtones et des communautés traditionnelles se poursuit activement et, de ce fait, les collections de matériels culturels traditionnels ne cessent de s'accumuler. Ces collections du XXI<sup>e</sup> siècle sont réalisées par des moyens (le plus souvent) numériques et parfois rassemblées par les communautés autochtones et traditionnelles elles-mêmes. Le meilleur moment de clarifier l'utilisation des collections – et celui où c'est le plus facile – est lorsqu'elles sont créées; l'obtention rétrospective des autorisations nécessaires prend beaucoup de temps, utilise beaucoup de main-d'œuvre et est très onéreuse.

Si leurs objectifs varient, les politiques, protocoles et pratiques portent tous sur les questions spécifiques que posent l'élaboration, la production et la circulation des expressions culturelles traditionnelles. Par exemple, emboîtant le pas au Conseil international des musées (ICOM), nombre de musées ont élaboré des règles éthiques qui définissent des normes minimales de pratique professionnelle pour les institutions<sup>289</sup>. D'autres institutions culturelles à contenus ethnographiques ont élaboré des codes de conduite spécifiques à l'intention des chercheurs travaillant avec les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. Il est important de cibler directement les chercheurs car ils sont généralement responsables de la fixation des matériels ethnographiques que les bibliothèques, les musées et les services d'archives sont appelés à gérer et à conserver.

Ces pratiques et politiques naissantes sont révélatrices d'une intention de mettre en place des moyens nouveaux et améliorés de répondre aux besoins des dépositaires de traditions. Il n'existe assurément pas de démarche universelle, mais un éventail de processus correspondant à chaque situation. Par exemple, la cession à la communauté des droits créés par le musée, la bibliothèque ou le service d'archives pourrait déboucher sur des relations positives et cette cession aurait pour contrepartie une clarification des droits d'utilisation des matériels. On attend du partage de l'information sur ces pratiques et politiques qu'il serve à formuler de nouvelles idées et de nouvelles possibilités et à recenser de nouvelles "pratiques rationnelles" et nouveaux principes directeurs dans le domaine de la propriété intellectuelle.

286 OMPI, Enquêtes sur les pratiques, les protocoles et les politiques générales existants, [www.wipo.int/tk/fr/folklore/culturalheritage/surveys.html](http://www.wipo.int/tk/fr/folklore/culturalheritage/surveys.html) (dernière consultation le 14 avril 2010).

287 OMPI, Études de cas, [www.wipo.int/tk/fr/folklore/culturalheritage/casestudies.html](http://www.wipo.int/tk/fr/folklore/culturalheritage/casestudies.html) (dernière consultation le 14 avril 2010).

288 OMPI, Base de données relative aux codes, principes directeurs et pratiques existants, [www.wipo.int/tk/fr/folklore/creative\\_heritage/](http://www.wipo.int/tk/fr/folklore/creative_heritage/) (dernière consultation le 14 avril 2010).

289 L'ICOM a établi son code de déontologie en 2006. Voir <http://icom.museum/ethics.html> (dernière consultation le 12 mars 2010). Il a également créé un groupe de travail interculturel en 1992.

L'inclusion de ces pratiques et politiques vise à décrire les initiatives innovantes déjà lancées et de proposer des thèmes nécessitant des travaux complémentaires. Au stade actuel, l'OMPI et ses États membres ne cautionnent pas ces protocoles et principes directeurs, mais portent le plus grand intérêt à l'idée d'en établir l'efficacité et d'engager un dialogue productif sur les initiatives qui donnent de bons résultats, celles qui n'aboutissent pas et les raisons de ces succès et de ces échecs.

## **1. Pratiques rationnelles des institutions culturelles – éthique de la recherche et politique de constitution des collections**

Les institutions culturelles sont aux prises avec tout un éventail de problèmes pour ce qui est des mécanismes appropriés de gestion des expressions culturelles traditionnelles. La dimension de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire celle à laquelle s'intéresse la présente publication, n'est que l'un de ces problèmes, au demeurant liés entre eux. Certaines questions – comment les collections d'expressions culturelles traditionnelles sont-elles constituées? par qui? d'où proviennent les objets ainsi rassemblés? – influent sur le mode de gestion actuel et futur des collections et ont certaines incidences du point de vue de la propriété intellectuelle. Les réponses à toutes ces questions aident à identifier le "détenteur" légal du droit d'auteur et les types d'utilisation qu'il est possible et admissible de faire des matériels en question.

### ***L'Institut australien d'études sur les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres (AIATSIS)***

Principale institution mondiale de recherche et d'informations sur les cultures et modes de vie des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres, l'Institut australien d'études sur les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres (AIATSIS) est régi par un Conseil autochtone<sup>290</sup>. L'Institut détient une collection inestimable de films, de photographies et d'enregistrements vidéo et audio, ainsi que les plus importantes collections au monde de documents imprimés et autres documents sur lesquels s'appuient les études autochtones australiennes.

Cet Institut a élaboré des politiques très spécifiques de gestion de ses collections autochtones australiennes et d'accès à ces collections. Il s'agit notamment des "Principes directeurs applicables à la recherche éthique dans les études autochtones"<sup>291</sup> et des politiques concernant tel ou tel type de collection, par exemple les archives audiovisuelles.

Appliqués au plan national, les Principes directeurs établissent une norme de qualité pour l'ensemble des recherches qui portent sur les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres, quelle que soit la discipline considérée, et, de plus en plus, pour celles qui sont menées dans le secteur privé. Fait important, ces principes directeurs familiarisent les chercheurs nationaux et internationaux aux besoins et aspirations des peuples autochtones en matière de recherche. Les peuples autochtones ont le droit d'être associés aux recherches en tant que parties égales et disposent d'un droit de regard sur l'objet et l'orientation de toute recherche les concernant. Les Principes directeurs encouragent les pratiques du consentement préalable donné en connaissance de cause et de la négociation de tous droits de propriété intellectuelle avant le commencement du travail de recherche. Ces pratiques sont importantes car elles établissent les conditions dans lesquelles seront gérés à l'avenir les matériels produits dans le cadre de la recherche.

Un grand nombre des problèmes auxquels font face les institutions culturelles découlent du fait que les normes antérieurement appliquées à l'ethnographie ne considéraient pas les autochtones comme des parties légitimes et égales. Ces Principes directeurs visent à conjurer cette pratique du passé en abordant la question des responsabilités des chercheurs avant le début de toute recherche concernant et faisant participer les peuples autochtones.

Du fait de sa situation particulière, l'Institut considère que ses collections comportent presque toujours des dimensions de propriété intellectuelle. Par exemple, il est rare que les revendications de propriété sur des contenus (tels que des enregistrements de cérémonies, de chants et d'histoires et des photographies de

290 Voir [www.aiatsis.gov.au](http://www.aiatsis.gov.au) (dernière consultation le 22 mars 2010).

291 Voir [www.aiatsis.gov.au/research/ethical.html](http://www.aiatsis.gov.au/research/ethical.html) (dernière consultation le 25 mars 2010).

membres de la famille) soient juridiquement reconnues. Souvent, les décisions en matière de reproduction et/ou de numérisation doivent être prises au cas par cas. Cela peut prendre du temps, mais cela signifie que les décisions impliquent souvent des discussions et une coopération avec les peuples autochtones et un examen approfondi de l'information à laquelle la collection doit son existence, des types de revendications présentées et des incidences des décisions sur la gestion future de la collection.

Ces négociations ajoutent véritablement de la valeur à la collection: sachant mieux comment gérer leur collection et la rendre accessible, les spécialistes sont beaucoup plus à même de répondre aux besoins de tous ses utilisateurs potentiels. Des conditions particulières s'attachent à certaines collections; par exemple, certains contenus ont un caractère secret et ne peuvent être vus que par des personnes ou des groupes familiaux autorisés ou par d'autres personnes spécifiées.

L'Institute privilégie les approches autochtones du contrôle des savoirs et, chaque fois que cela est possible, il les incorpore dans ses politiques de gestion. Ce faisant, il a conscience de l'existence de conflits culturels au cœur même du processus de constitution, d'archivage et de préservation et sait qu'il y a des moments où l'objectif de l'accès du public se concilie mal avec les stratégies de gestion communautaire et de gestion des savoirs traditionnels. En pareil cas, il cherche à prendre en compte les conceptions et les motivations en matière de contrôle et d'accès.

#### ***Agence de développement de la culture kanak – Centre culturel Tjibaou***

Le cadre de l'AIATSI est semblable à celui qu'utilise l'Agence de développement de la culture kanak – Centre culturel Tjibaou<sup>292</sup> en Nouvelle-Calédonie, où les chercheurs concluent un accord de fiducie avec les dépositaires de traditions; les parties fixent un niveau d'accès, de 0 à 5. Au niveau 0, le document peut uniquement être consulté par la personne enquêtée ou ses héritiers.

#### ***Code de déontologie de la PIMA à l'intention des musées et centres culturels du Pacifique***

L'Association des musées des îles du Pacifique (PIMA) est une organisation régionale à but non lucratif qui a pour but de sauvegarder, préserver et promouvoir le patrimoine des peuples des îles du Pacifique<sup>293</sup>. Elle a pour mission d'aider les musées, les centres culturels et les peuples du Pacifique à préserver le patrimoine des îles du Pacifique; d'associer les communautés locales à la gestion du patrimoine; et d'élaborer des politiques et des pratiques en matière de gestion des ressources culturelles régionales<sup>294</sup>.

La PIMA a établi un code régional de déontologie à l'intention des musées et centres culturels des États membres appartenant à la région du Pacifique<sup>295</sup>. On y trouve, entre autres, des principes directeurs qui précisent la réputation et les responsabilités fondamentales des musées et centres culturels du Pacifique. Par exemple, ils indiquent que ces derniers sont les "dépositaires des ressources culturelles détenues en fiducie pour le compte des créateurs originaux et dans l'intérêt des autres peuples et communautés" et qu'ils sont tenus "de nouer et d'entretenir des relations avec les communautés locales et de les aider à gérer et à sauvegarder leur patrimoine culturel immatériel et matériel"<sup>296</sup>. Ces principes directeurs visent à présenter aux musées et centres culturels du Pacifique un cadre de coopération avec les communautés en matière d'accès, de surveillance de la recherche et d'évaluation de l'importance des matériels dans l'optique du processus, des créateurs/détenteurs de droits et de la valeur pécuniaire. Le code de déontologie s'emploie à orienter les musées et centres culturels du Pacifique vers l'adoption de pratiques rationnelles<sup>297</sup>.

292 Voir [www.adck.nc/](http://www.adck.nc/) (dernière consultation le 17 mars 2010).

293 Voir [www.pacificislandsmuseum.org/opening.html](http://www.pacificislandsmuseum.org/opening.html) (dernière consultation le 25 mars 2010).

294 *Ibid.*

295 Voir [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/pima\\_code\\_ethics.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/pima_code_ethics.pdf) (dernière consultation le 25 mars 2010).

296 *Ibid.*, p.1

297 *Ibid.*, p.2

### **Protocoles de l'ATSILIRN**

Le Réseau de bibliothèques et de ressources documentaires des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres (ATSILIRN) est un réseau de soutien professionnel mis en place pour “soutenir les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres travaillant dans les bibliothèques ainsi que les personnes répondant aux besoins d’information de ces peuples”<sup>298</sup>.

Depuis 1995, les protocoles de l'ATSILIRN<sup>299</sup> orientent la pratique du secteur des bibliothèques et des services d’archives et de documentation australiens en matière de traitement, de consultation et d’utilisation des objets autochtones conservés dans leurs collections, ainsi que la prestation de services aux Australiens autochtones et à leurs communautés. Ces protocoles ont été établis par des spécialistes du secteur, en étroite collaboration avec les Australiens autochtones, et ont été approuvés et publiés par l’Association australienne des bibliothèques et centres de documentation (ALIA). Les questions de propriété intellectuelle ont fait l’objet de l’un des 11 principes devant régir la pratique. En 2004, les protocoles ont été réexaminés pour en vérifier l’actualité et l’efficacité, et un certain nombre de questions à approfondir ont été recensées. Les spécialistes ont également relevé la nécessité d’établir des protocoles de numérisation supplémentaires. De plus, il a été recommandé, à la suite d’une décennie d’application inégale des principes des protocoles dans l’ensemble du secteur, d’incorporer les questions autochtones au niveau des politiques nationales afin d’encourager une application systématique et coordonnée de ces principes.

En 2007, la National and State Libraries Australia (NSLA) a publié le Cadre national de politique générale pour les services de bibliothèque fournis aux aborigènes et aux insulaires du détroit de Torres et les collections de ces bibliothèques<sup>300</sup>. Le principe 6 de ce document traite des savoirs autochtones et des droits culturels et de propriété intellectuelle<sup>301</sup>. Une nouvelle recherche a été lancée en 2007 dans trois bibliothèques d’État afin d’étudier les difficultés rencontrées dans la numérisation des matériels australiens autochtones<sup>302</sup>.

Les incertitudes quant à la manière de régler des questions de propriété intellectuelle complexes sont une source de graves difficultés en ce qui concerne la numérisation des matériels autochtones. Des questions difficiles de ce type se posent également au sein des communautés autochtones qui stockent dans leurs bases de données communautaires des copies numériques de matériels récupérés. Ces bases de données tiennent une place de plus en plus importante dans des services innovants de bibliothèque autochtones à distance. Ces questions ont fait l’objet de quelques travaux de recherche<sup>303</sup>, mais des recherches supplémentaires devant aboutir à l’élaboration de lignes directrices concrètes dans ce domaine sont également en cours.

Les réponses ainsi apportées par le secteur australien des bibliothèques et des services d’archives prennent acte de la volonté des Australiens autochtones de contrôler les éléments culturels autochtones conservés dans les institutions qui les ont rassemblés, où “les droits élémentaires des dépositaires d’une culture” ne sont pas suffisamment reconnus, contrairement aux “intérêts des auteurs et des éditeurs de disques, de livres et d’autres documents, qui sont protégés par la loi sur le droit d’auteur”<sup>304</sup>, et d’avoir accès à ces éléments culturels et de les utiliser. La recherche menée et l’expérience acquise par le secteur australien des bibliothèques montrent que la prise en compte des intérêts des aborigènes et des insulaires

298 [www1.aiatsis.gov.au/atsilim/home/index.html](http://www1.aiatsis.gov.au/atsilim/home/index.html) (dernière consultation le 17 mars 2010).

299 A Byrne, A Garwood, H Moorcroft & A Barnes *Aboriginal and Torres Strait Islander Protocols for Libraries, Archives and Information Services*, ALIA Press, Canberra, 1995; [www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/index6df0.html?option=com\\_content&task=blogcategory&id=0&Itemid=6](http://www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/index6df0.html?option=com_content&task=blogcategory&id=0&Itemid=6) (dernière consultation le 22 mars 2010) et [www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/index0c51.html?option=com\\_frontpage&Itemid=1](http://www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/index0c51.html?option=com_frontpage&Itemid=1) (dernière consultation le 17 mars 2010).

300 Le professeur Martin Nakata, directeur de la Jumbunna Indigenous House of Learning de l’Université de technologie d’Australie, a fait œuvre de pionnier en la matière. Il s’agit pour lui de se demander comment les bibliothèques peuvent répondre aux besoins des autochtones tout en fournissant des services importants aux communautés. Cette recherche effectuée en collaboration, sur laquelle a pris appui le cadre national de politique générale, accorde une place essentielle à la création de nouveaux partenariats à la faveur desquels les besoins d’information, ceux des communautés comme ceux des institutions, peuvent être satisfaits.

301 Voir [www.nsla.org.au/publications/policies/2007/pdf/NSLA.Policy-20070129-National.Policy.Framework.for.Indigenous.Library.Services.pdf](http://www.nsla.org.au/publications/policies/2007/pdf/NSLA.Policy-20070129-National.Policy.Framework.for.Indigenous.Library.Services.pdf) (dernière consultation le 17 mars 2010).

302 Voir <http://epress.lib.uts.edu.au/dspace/bitstream/2100/809/1/Aug%2023%20Final%20Report.pdf> (dernière consultation le 17 mars 2010).

303 Voir [www.aiatsis.gov.au/research/education.html](http://www.aiatsis.gov.au/research/education.html) (dernière consultation le 25 mars 2010).

304 Voir [www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/indexa3ae.html?option=com\\_content&task=view&id=16&Itemid=6&limit=1&limitstart=1](http://www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/indexa3ae.html?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=6&limit=1&limitstart=1) (dernière consultation le 17 mars 2010).

du détroit de Torres et de leur droit de posséder et de contrôler une documentation culturelle historique et contemporaine impose des efforts aux niveaux de la politique nationale et de la pratique institutionnelle, ainsi qu'à celui des communautés autochtones.

Au niveau de la pratique, la négociation dont ces divers intérêts font l'objet exige davantage que la simple interprétation ou application du droit coutumier par opposition à la législation sur le droit d'auteur en ce qui concerne les éléments et les collections. Elle exige des méthodes efficaces permettant tant aux spécialistes qu'aux peuples autochtones de tenir compte de leurs intérêts mutuels en étant raisonnablement sûrs que des normes transparentes de pratique optimale sont en cours d'établissement. L'espace partagé a toujours tendance à impliquer un compromis et fait donc toujours intervenir la confiance et la bonne volonté. La mise au point de méthodes efficaces, elle, suppose que toutes les institutions du secteur et les communautés se livrent à un travail soutenu de recherche, de développement et d'évaluation de la pratique. Toute application durable des protocoles autochtones dans ce secteur semble devoir imposer des méthodes pratiques permettant de gagner du temps et de l'argent.

S'agissant de la numérisation et de l'Internet, les protocoles en question constatent que les questions de propriété intellectuelle et de technologie créent de nouveaux niveaux de complexité pour la gestion durable des éléments culturels autochtones et soulèvent des difficultés tant pour le secteur des bibliothèques et des services de documentation que pour les communautés autochtones<sup>305</sup>. Les protocoles recommandent que les institutions culturelles définissent des approches coordonnées de la politique générale, mais la nature de ces approches demeure inconnue en raison de la nécessité d'une recherche soutenue. Un complément d'informations pratiques sur ce qui est efficace et ce qui ne l'est pas et sur les changements d'approche et d'orientation nécessaires aidera à combler les lacunes actuelles de l'information dans ce domaine. Cette recherche de longue durée sur les expériences concrètes sera extrêmement précieuse pour les institutions culturelles du monde entier.

### ***Cadre d'orientation pour la constitution de bonnes collections numériques dû à la NISO***

La National Information Standards Organization (NISO)<sup>306</sup> est une association à but non lucratif accréditée par l'American National Standards Institute (ANSI)<sup>307</sup> pour l'identification, la mise au point, la gestion et la publication de normes techniques applicables à la gestion de l'information dans l'environnement numérique<sup>308</sup>. Elle a établi un cadre qui s'adresse aux institutions culturelles et aux organismes de financement. Ce cadre poursuit deux objectifs: "fournir: 1) une description générale de certaines des principales composantes et activités nécessaires à la création de bonnes collections numériques, et 2) un cadre permettant de recenser, d'organiser et d'appliquer les connaissances et ressources actuellement disponibles pour appuyer l'élaboration de méthodes locales rigoureuses de création et de gestion de bonnes collections numériques."<sup>309</sup>

La création de collections numériques ne consiste pas uniquement, tant s'en faut, à présenter des informations au public par le biais des technologies modernes. Le cadre de la NISO a donc défini plusieurs principes applicables à ce qui constitue "une bonne collection numérique". Selon cette organisation, il faut songer à établir les composantes suivantes:

- Une politique de constitution d'une collection, à élaborer avant la numérisation;
- Une description précise de la collection;
- Un plan de pérennisation de l'utilisation de la collection;
- Une stratégie d'accessibilité à l'intention des utilisateurs;
- Un plan de gestion de la propriété intellectuelle; et
- Utilisation de mesures normalisées de l'utilité de la collection<sup>310</sup>.

305 Voir [www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/index1d4b.html?option=com\\_content&task=view&id=52&Itemid=6](http://www1.aiatsis.gov.au/atsilim/protocols.atsilim.asn.au/index1d4b.html?option=com_content&task=view&id=52&Itemid=6) (dernière consultation le 17 mars 2010).

306 Voir [www.niso.org/](http://www.niso.org/) (dernière consultation le 17 mars 2010).

307 Voir [www.ansi.org/](http://www.ansi.org/) (dernière consultation le 17 mars 2010).

308 Voir [www.niso.org/about/](http://www.niso.org/about/) (dernière consultation le 17 mars 2010).

309 Voir [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/niso\\_framework.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/niso_framework.pdf), p.1 (dernière consultation le 14 avril 2010).

310 Voir [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/niso\\_framework.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/niso_framework.pdf), p.3-9 (dernière consultation le 14 avril 2010).

En principe, une collection numérique doit “s’inscrire dans le contexte plus large d’importants programmes nationaux et internationaux (de bibliothèques) numériques connexes”<sup>311</sup> susceptibles d’aider à accroître l’utilité des collections numériques et à régler l’importante question de la pérennisation<sup>312</sup>.

### **Politique des musées de l’institution biculturelle néo-zélandaise Te Papa Tongarewa**

Te Papa Tongarewa, le Musée national et service d’archives de Nouvelle-Zélande, s’est doté d’une série de politiques générales très précises<sup>313</sup>.

## **2. Pratiques rationnelles appliquées aux archives numériques: protocoles**

L’éventail des nouvelles technologies disponibles permet de mettre en place un grand nombre de services d’archives numériques. Certains sont créés en tant que moyens supplémentaires de diffusion des documents d’information et de recherche détenus par les institutions culturelles. D’autres le sont en tant qu’entités distinctes des services d’archives traditionnels, des musées ou des bibliothèques.

L’intérêt pour les archives numériques découle de leur capacité d’élargir considérablement l’accès du public aux collections. Pour nombre de communautés, la numérisation des archives ouvre de nouvelles perspectives d’accès à des expressions culturelles traditionnelles qui ont toujours été inaccessibles. Beaucoup d’éléments culturels sont détenus par des institutions situées à une grande distance des communautés d’origine et le coût des déplacements est trop élevé pour nombre de peuples autochtones et communautés traditionnelles.

La gestion de la propriété intellectuelle pose des problèmes complexes à tous les services d’archives numériques. Pour les services indépendants, ces problèmes sont d’autant plus importants que le cadre lui-même et/ou la base de données elle-même utilisé pour stocker et/ou afficher les contenus comporte également des dimensions de propriété intellectuelle. Les programmeurs et les concepteurs de bases de données, ainsi que les employés du service d’archives peuvent détenir certains droits de propriété intellectuelle, droits qui varient selon le degré de participation et le contrat de travail des intéressés. En outre, les contenus importés dans des archives soulèvent presque toujours une série complexe de questions de titularité et de droit d’auteur. De nouvelles difficultés surgissent lorsque les chefs des services d’archives numériques n’ont qu’un accès limité à l’information sur la propriété intellectuelle et aux conseils d’experts. Le risque existe de voir ces services reproduire involontairement les situations confuses et difficiles auxquelles les institutions culturelles sont actuellement confrontées en matière de propriété intellectuelle<sup>314</sup>.

Les services d’archives numériques fournissant de nouvelles possibilités d’accès à des collections jusque-là inaccessibles, en particulier pour les communautés traditionnelles et autochtones d’où proviennent les éléments culturels en question, on ne sera pas surpris de constater que les cinq dernières années ont enregistré un accroissement de leur nombre. Les pratiques optimales ne cessent de se faire jour. Ce qui est essentiel, c’est d’examiner la série de questions de propriété intellectuelle liées entre elles qui ne manquent pas de se poser lors de la création de tout service d’archives numériques incorporant des expressions culturelles traditionnelles.

Les services d’archives susceptibles de toucher un vaste public doivent faire preuve de perspicacité dans la mise en place de leur infrastructure, choisir les éléments culturels à présenter au public et définir des niveaux d’accès pouvant être mis en œuvre. Ces trois aspects essentiels doivent faire l’objet de discussions préalables à la création des archives numériques. La principale difficulté des services d’archives numériques reste liée à la question de savoir dans quelle mesure ils peuvent tenir compte, dans leurs cadres directeurs, des vœux et des aspirations des dépositaires de traditions en matière d’accès et de contrôle. Ces cadres

311 Voir [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/niso\\_framework.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/niso_framework.pdf), p.10 (dernière consultation le 14 avril 2010).

312 Voir [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/niso\\_framework.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/niso_framework.pdf), p.10 (dernière consultation le 14 avril 2010).

313 Voir [www.tepapa.govt.nz](http://www.tepapa.govt.nz), [www.wipo.int/tk/en/folklore/creative\\_heritage/museum/link0042.html](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/museum/link0042.html), [www.wipo.int/tk/en/folklore/creative\\_heritage/museum/link0039.html](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/museum/link0039.html) et [www.archives.govt.nz/](http://www.archives.govt.nz/) (dernière consultation de tous ces sites le 17 mars 2010).

314 J. Anderson et G. Koch, ‘The Politics of Context: Issues for Law, Researchers and the Compilation of Databases’ In *Researchers, Communities, Institutions, Sound Recordings* edited by L Barwick, A Marett and J Simpson. Sydney: University of Sydney, 2004.

doivent être souples et pouvoir s'adapter aux besoins des communautés autochtones ou traditionnelles, lesquels évoluent eux aussi avec le temps. La prise en compte permanente des enjeux de propriété intellectuelle qui s'attachent aux expressions culturelles traditionnelles aidera les services d'archives numériques à ne pas reproduire les problèmes et les difficultés que connaissent actuellement les institutions culturelles dans leur ensemble.

### ***Pacific and Regional Archive for Digital Sources in Endangered Cultures (PARADISEC)***

Il est possible d'obvier aux éventuels problèmes de gestion des services d'archives numériques en utilisant des accords et des protocoles établis à l'avance avec les parties qui fournissent les contenus culturels à archiver.

Par exemple, le service Pacific and Regional Archive for Digital Sources in Endangered Cultures (PARADISEC)<sup>315</sup> a élaboré des formulaires et des moyens spécifiques de fixation des éléments stockés numériquement<sup>316</sup>. Il dispose de formulaires de dépôt pour les chercheurs qui lui fournissent des éléments culturels et de formulaires de conditions d'accès à l'intention des personnes sollicitant un accès aux éléments archivés. La question de la propriété intellectuelle n'est pas exposée dans son intégralité: elle est présentée sous la rubrique "propriété" du formulaire de dépôt, rubrique ainsi libellée:

#### ***PROPRIÉTÉ***

*Le terme "propriété" s'entend de la propriété de la copie physique de l'élément détenu par PARADISEC. Il ne désigne pas une revendication plus large de propriété intellectuelle ou de titularité des droits de propriété intellectuelle sur un savoir traditionnel, un élément de mythologie, une information personnelle ou une expression qui se rapporte à d'autres objets, personnes ou communautés figurant dans l'élément détenu ou qui en émane. Si l'élément a été écrit, photographié, dessiné, enregistré ou filmé par vous, vous êtes le créateur et le propriétaire de sa copie physique; si vous avez recueilli ou trouvé l'élément en question ou si vous en avez hérité, vous êtes le propriétaire de sa copie physique; dans l'un ou l'autre cas, vous ou votre représentant êtes juridiquement habilité à conclure le présent accord.*

PARADISEC innove en créant un nouveau type d'archives numériques, mais il reste très important de prendre en considération les dimensions de propriété intellectuelle du projet lui-même et des éléments à archiver. Une difficulté supplémentaire – qui mérite d'être examinée dans le détail – tient au fait que des droits d'auteur différents sont associés à une grande partie des éléments incorporés dans les archives numériques, car ces éléments relèvent de la compétence de multiples juridictions en matière de droits d'auteur. Ce point mérite une attention particulière et, le moment venu, la gestion de la protection accordée aux différents types d'éléments ainsi archivés devra donner lieu à l'élaboration de politiques spécifiques.

### ***Phonothèque de la British Library***

La British Library a l'un des plus gros fonds d'archives sonores du monde<sup>317</sup>. Elle procède actuellement à la numérisation et à l'affichage en ligne d'enregistrements sonores réalisés par des ethnomusicologues pour la plupart britanniques spécialistes de musique traditionnelle du monde entier. Une fois ce travail achevé, ce sont environ 8000 heures de musique enregistrée sur le terrain ethnographique qui seront accessibles sur l'Internet. Dans le cadre de cette opération de numérisation, la British Library a élaboré un texte devant accompagner tous les enregistrements figurant à son projet de phonothèque et destiné à prendre en considération les sensibilités culturelles et les intérêts potentiels des communautés au sein desquelles ces enregistrements ont été réalisés. En collaboration avec l'OMPI, la British Library a établi l'avertissement ci-après<sup>318</sup>, qui concerne l'utilisation éthique et autorisée de tous les enregistrements de sa phonothèque:

315 Voir [www.paradisec.org.au/](http://www.paradisec.org.au/) (dernière consultation le 17 mars 2010).

316 Ce n'est là qu'un exemple parmi beaucoup d'autres: à l'heure actuelle, la plupart des services d'archives ethnographiques numériques se sont dotés de protocoles et de formulaires similaires.

317 Pour d'autres renseignements sur la phonothèque de la British Library, voir <http://sounds.bl.uk/TextPage.aspx?page=about> (dernière consultation le 17 mars 2010).

318 Cet avertissement a été établi au début de 2009. Voir <http://sounds.bl.uk/TextPage.aspx?page=ethicalusage#permittedusage> (dernière consultation le 17 mars 2010).

### UTILISATION ÉTHIQUE ET AUTORISÉE DES ENREGISTREMENTS

L'avertissement ci-après a été établi en collaboration avec l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

La British Library a numérisé les présentes collections d'enregistrements et les a mises à disposition dans le seul but de les sauvegarder et à des fins de recherche, d'étude et d'utilisation privées. Les collections comportent des éléments culturellement sensibles, parmi lesquels des enregistrements ethnographiques. Ces enregistrements ne doivent pas être modifiés ni utilisés d'une manière que pourraient juger dégradante les communautés autochtones et locales qui sont les dépositaires traditionnelles de la musique traditionnelle, des paroles, des connaissances, des récits, des interprétations ou exécutions et des autres éléments créatifs incorporés dans ces enregistrements. La British Library, ou les donateurs qui ont contribué à la constitution de ses collections, peuvent détenir les droits de propriété intellectuelle sur les numérisations des enregistrements sonores et sur ces enregistrements eux-mêmes, mais elle reconnaît que les droits et intérêts plus vastes associés au patrimoine culturel immatériel, y compris à la musique traditionnelle et à d'autres éléments créatifs incorporés dans les enregistrements, peuvent, en vertu du droit national, du droit coutumier et d'autres lois, appartenir aux dépositaires traditionnels de ces éléments. Il s'ensuit qu'une partie ou l'intégralité de ces éléments ne peut faire l'objet d'une nouvelle publication ou d'une utilisation commerciale qu'avec le consentement préalable donné en connaissance de cause par la British Library et/ou les autres contributeurs, ainsi que par les dépositaires traditionnels.

La British Library a toujours à cœur de prendre en considération les sensibilités culturelles et toutes restrictions de caractère religieux ou autre associées aux enregistrements qu'elle détient et/ou dont elle est propriétaire. Chaque fois que cela a été possible, elle a indiqué le lieu et la date de l'enregistrement, les noms des interprètes ou exécutants originaux et des dépositaires traditionnels de la musique, ainsi que les paroles, les connaissances, les récits et les interprétations ou exécutions incorporés dans les enregistrements sonores. Elle veille scrupuleusement à ne pas déformer ou modifier ces éléments sous-jacents d'une manière susceptible d'être considérée comme dégradante. Si, toutefois, une communauté (ou son représentant) venait à se sentir lésée par la numérisation et la mise à disposition de ces éléments, la British Library l'invite à prendre contact avec elle en utilisant le lien ci-après afin de régler la question à l'amiable par la discussion mutuelle.

### **Musée du Quai Branly: conditions d'affichage des éléments sur l'Internet**

Créé en 1996 et inauguré en 2006, le Musée du Quai Branly expose des objets culturels représentatifs des arts et civilisations d'Afrique, d'Asie, d'Océanie et des Amériques<sup>319</sup>. Il a été conçu pour servir d'instance de dialogue scientifique et artistique et a défini sa mission comme procédant d'une volonté de "participer aux actions déployées aux niveaux national et international pour préserver le patrimoine matériel et immatériel de ces sociétés".

En plus des possibilités de présentation et d'étude des objets offertes dans les zones du musée ouvertes au public, le centre d'information et le centre de documentation et d'archives, les collections sont également accessibles en ligne. Le site Web du Musée précise les conditions d'accès aux documents en ligne. D'une façon générale, avant que les documents ne soient affichés en ligne, tous les auteurs, les sujets (personnes représentées dans les documents) et les ayants droit doivent être consultés et leurs droits négociés. Cette procédure (qui est matériellement impossible pour des collections de cette ampleur) aurait pu compromettre la diffusion en ligne. Le musée a donc choisi d'afficher en ligne, en regard des documents numérisés, un formulaire de plainte pour montrer sa bonne foi. Deux formulaires téléchargeables permettent de revendiquer et de céder des droits d'auteur et des droits des images: la *Notice déclarative des auteurs et ayants droit non identifiés des œuvres diffusées*<sup>320</sup> et l'*Autorisation de reproduction et de représentation*

319 Pour d'autres renseignements, voir l'étude de cas de l'OMPI intitulée "Propriété intellectuelle et protection du patrimoine culturel: Le cas des musées nationaux d'arts et de civilisations en France", [www.wipo.int/export/sites/www/tk/fr/folklore/culturalheritage/casestudies/rincon\\_report.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/fr/folklore/culturalheritage/casestudies/rincon_report.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010).

320 Voir [www.quaibrany.fr/fileadmin/DS\\_conditions/Notice\\_d\\_\\_clarative\\_des\\_auteurs\\_et\\_ayants\\_droit\\_non\\_identifi\\_\\_s\\_des\\_oeuvres\\_diffus\\_\\_es\\_01.pdf](http://www.quaibrany.fr/fileadmin/DS_conditions/Notice_d__clarative_des_auteurs_et_ayants_droit_non_identifi__s_des_oeuvres_diffus__es_01.pdf) (dernière consultation le 17 mars 2010).

de photographies<sup>321</sup>. Le texte de ces formulaires est le résultat d'une réflexion interne sur les questions de propriété intellectuelle menée sous l'égide du Comité Internet du Musée, qui a rassemblé des représentants des départements de la recherche, du patrimoine et du développement culturel, ainsi que du service juridique. Grâce à ces formulaires, les auteurs, sujets et ayants droit peuvent revendiquer leurs droits sur tel objet affiché sur le site Web, d'une manière jugée appropriée par le Musée, conformément au Code français de la propriété intellectuelle. Au moment où le texte de la présente publication était établi, aucune plainte n'avait encore été présentée par le biais de ces formulaires. Il convient toutefois de noter qu'il ne faudrait pas abuser de cette pratique: il serait parfois préférable d'effectuer une recherche diligente de titulaires de droits d'auteur ou d'autres bénéficiaires de la protection potentiels avant de procéder à l'affichage en ligne.

### ***Archives and Research Centre for Ethnomusicology, American Institute of Indian Studies***

L'Archives and Research Centre for Ethnomusicology of the American Institute of Indian Studies (l'ARCE) a été établi en Inde en 1982<sup>322</sup>. Il visait principalement à créer un service centralisé d'archives d'enregistrements de musique et de traditions orales indiennes aux fins de préservation et d'accès en Inde. Il a été initialement fondé pour apporter en Inde des collections détenues dans des services d'archives et par des particuliers hors d'Inde. À l'heure actuelle, il abrite 194 collections volontairement déposées qui représentent quelque 13 000 heures d'enregistrements non publiés.

L'ARCE a eu d'emblée recours aux accords juridiques et aux formulaires d'autorisation. Ils s'inspiraient des accords utilisés par les services d'archives sur les traditions populaires et l'ethnomusicologie des États-Unis d'Amérique, mais étaient adaptés pour tenir compte de certaines préoccupations indiennes spécifiques. Par exemple, et pour dire les choses très brièvement, il existe un accord formel de dépôt qui laisse au déposant ou à son représentant désigné le choix entre trois possibilités: aucun accès autorisé pendant une certaine période; audition ou visualisation autorisée dans les locaux de l'ARCE; ou autorisation de copies à des fins de recherche et d'enseignement, sans autorisation de faire des copies supplémentaires. Dans ce dernier cas, l'ARCE facture une redevance technique raisonnable pour faire la copie, à charge pour le demandeur de fournir le support. Ces formulaires ne sont que des formulaires "types" dont l'utilisation s'est développée progressivement au fil des ans, par consentement mutuel entre les déposants et l'ARCE.

De plus, l'ARCE participe au projet Global Sound de la Smithsonian. L'autorisation pour chaque piste audio numérique fournie par l'ARCE est obtenue du collectionneur ou du déposant ainsi que de l'interprète ou exécutant, qui touche à l'avance une redevance pour 125 téléchargements.

À l'heure actuelle, l'ARCE a entrepris d'exécuter un projet intitulé "Partenariat entre les archives et la communauté", qui consiste à partager enregistrements, droits et recettes entre l'ARCE et les communautés concernées.

### **3. Pratiques rationnelles des peuples autochtones et des communautés traditionnelles: codes de conduite et protocoles de comportement**

À mesure qu'elles font reconnaître le fait qu'elles ont des opinions légitimes sur le mode de gestion des expressions culturelles traditionnelles et de leurs collections, plusieurs de ces communautés établissent leurs propres principes directeurs, codes de conduite et protocoles. Elles définissent leurs propres normes et garanties concernant la manière de conduire la recherche, les droits de propriété intellectuelle à conserver par la communauté et les utilisations qui seront soumises à autorisation à l'avenir.

Pour nombre d'institutions culturelles, les problèmes naissent du fait qu'il n'existe pas suffisamment d'informations sur la communauté d'origine, ce qui entrave les négociations et les consultations sur l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles par des tiers et leur accès éventuel à ces dernières. Les politiques et protocoles établis par les communautés d'origine visent directement à obvier à ces problèmes.

321 Voir [www.quaibrantly.fr/fileadmin/DS\\_conditions/Autorisation\\_de\\_reproduction\\_et\\_de\\_repr\\_\\_sentation\\_de\\_photographies\\_01.pdf](http://www.quaibrantly.fr/fileadmin/DS_conditions/Autorisation_de_reproduction_et_de_repr__sentation_de_photographies_01.pdf) (dernière consultation le 17 mars 2010).

322 Pour d'autres renseignements, voir l'étude de cas de l'OMPI intitulée "Intellectual Property Management in an Ethnomusicology Archive: An Empirical View from India", [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/chaudhuri\\_report.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/culturalheritage/casestudies/chaudhuri_report.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010).

Par ailleurs, ces protocoles mettent en place un nouveau cadre de négociation d'accords et d'échanges respectueux entre chercheurs, institutions et communautés. Les chercheurs négocient directement avec les communautés; les résultats de ces négociations sont ensuite transmis aux institutions culturelles, qui peuvent les utiliser pour instaurer une gestion correcte des éléments culturels concernés. Les informations fournies sont très précieuses pour la gestion future de ces collections, car il s'agit de conseils émanant directement de la communauté elle-même.

### **Communauté hopi: Politique et recherche du HCPO**

La communauté hopi, qui vit dans l'Arizona (États-Unis d'Amérique), a une longue expérience de l'utilisation non autorisée et illégitime de son patrimoine culturel. Tenant compte de la manière dont leur peuple et leur culture ont été traités par le passé, les Hopi font à présent appliquer une stricte réglementation sur la manière dont les personnes extérieures à leurs communautés doivent se comporter lorsqu'elles leur rendent visite.

Par exemple, aucun enregistrement d'aucune sorte n'est permis sans que le consentement du Bureau de préservation culturelle hopi (Hopi Cultural Preservation Office, HCPO<sup>323</sup>) ait été obtenu. Par enregistrement, il faut entendre aussi bien la prise de photographies que l'enregistrement vidéo ou audio, les croquis ou la prise de notes. Ces formes de consignation d'informations sont strictement interdites, en particulier pendant les cérémonies. Comme les informations à l'intention des visiteurs l'indiquent, "la publication de ces observations et/ou enregistrements relève de l'exploitation et est interdite sans le consentement préalable du Bureau de préservation culturelle."<sup>324</sup>

La nécessité de cette réglementation est justifiée comme suit:

*Depuis des décennies, les droits de propriété intellectuelle des Hopi ont été violés au profit d'un grand nombre de personnes extérieures à la tribu, ce qui lui a causé un préjudice. L'expropriation peut prendre bien des formes. Par exemple, un grand nombre d'histoires racontées à des étrangers ont été publiées dans des livres sans l'autorisation des narrateurs. Des danses rituelles ont été enregistrées et des cassettes de musique ont été vendues à des personnes extérieures à la tribu. Les vêtements des danseurs ont été photographiés sans leur autorisation et les photographies vendues. La chorégraphie des danses rituelles a été copiée et reprise dans des cadres non sacrés. Même les photographies des cérémonies ont été insérées dans des livres sans autorisation écrite. Les dessins et modèles créés par des potiers hopi talentueux ont été reproduits par des non-Hopi. Les poupées katsinas ont elles aussi été copiées par des personnes qui avaient assisté à des danses hopi. Les Hopi considèrent que les cérémonies s'adressent à tout le monde, mais ils pensent aussi que l'on ne peut en tirer profit que lorsqu'elles sont conduites de façon appropriée et protégées<sup>325</sup>.*

Ces principes directeurs fixent des normes de comportement pour les visiteurs de la communauté et visent à informer les non-Hopi des problèmes rencontrés dans le passé et à leur faire comprendre comment ces problèmes ont rendu nécessaire la réglementation actuellement en vigueur. Là encore, on voit que les questions de propriété intellectuelle vont de pair avec les cadres éthiques d'action.

Afin d'aider les visiteurs et les non-Hopi à comprendre le type de comportement attendu d'eux, le HCPO a élaboré un "protocole applicable à la recherche, aux publications et aux enregistrements"<sup>326</sup>, qui précise la façon dont le peuple hopi souhaiterait que ses ressources intellectuelles et ses expressions culturelles traditionnelles soient utilisées par les tiers. Il stipule entre autres qu'il est nécessaire d'obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause pour tout projet ou toute activité faisant appel à des ressources intellectuelles hopi; que l'utilisation de systèmes d'enregistrement est limitée; et que les informateurs et les personnes concernées par un projet ou une activité devraient "recevoir une juste compensation", qui pourrait être "la mention en qualité d'auteur, de coauteur ou de collaborateur, des

323 Voir [www.nau.edu/~hcopo-p/](http://www.nau.edu/~hcopo-p/) (dernière consultation le 25 mars 2010).

324 Voir <http://hopi.org/visiting-hopi/> (dernière consultation le 25 mars 2010).

325 Voir [www.nau.edu/~hcopo-p/intellectPropRights.html](http://www.nau.edu/~hcopo-p/intellectPropRights.html) (dernière consultation le 25 mars 2010).

326 Voir [www.nau.edu/~hcopo-p/ResProto.pdf](http://www.nau.edu/~hcopo-p/ResProto.pdf) (dernière consultation le 25 mars 2010).

redevances, la reconnaissance du droit d'auteur, la délivrance d'un brevet, l'enregistrement d'une marque ou d'autres formes de compensation".

Indépendamment du protocole, la tribu des Hopi a participé très activement à l'exécution de projets connexes de préservation et de numérisation de son patrimoine culturel. Ces projets sont lancés dans le but de prévenir toute diffusion des savoirs et des informations sans le consentement préalable donné en connaissance de cause par la tribu. On en a un bon exemple avec le projet d'histoire orale hopi, qui enregistre l'histoire et les traditions culturelles des Hopi. Un autre projet s'intéresse à la préservation de la langue hopi: il s'agit du projet Hopilavayi.

#### ***Peuple navajo: règles à l'intention des visiteurs***

Dans une situation analogue à celle des Hopi, le peuple navajo s'est doté de règles de comportement à l'intention des personnes rendant visite à leur communauté. Ces règles imposent elles aussi des restrictions à l'enregistrement et à la collecte d'informations. Fait important, elles ne constituent pas une interdiction absolue, mais énoncent des normes et mettent en place un processus de dialogue et de coopération. Elles rappellent que les membres de la tribu navajo ont le droit de décider quand et comment la collecte d'informations sur leur communauté peut avoir lieu. À l'heure actuelle, le peuple navajo met en œuvre la *Loi du peuple navajo sur l'enregistrement non autorisé de 2007* (Loi n° 0836-07)<sup>327</sup>.

#### **4. Exemples de pratiques actuelles des institutions culturelles: cadres, protocoles, principes directeurs et accords**

Le droit de la propriété intellectuelle ne répond pas pleinement aux besoins des peuples autochtones et des communautés traditionnelles en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles. Cela étant, un éventail de stratégies innovantes a été formulé ou est en cours de formulation pour combler les lacunes que présente la législation en vigueur quant aux règles de fond. Ces stratégies ne se focalisent pas sur la seule propriété intellectuelle. Elles concernent les interactions diverses entre les chercheurs, les peuples autochtones et les communautés traditionnelles, et les institutions culturelles. Par exemple, certaines de ces stratégies considèrent que le fait de mieux informer les personnes en visite dans une communauté sur les modes de comportement à adopter ne peut qu'aider à déterminer, parmi les pratiques des visiteurs en matière de collecte d'informations, celles qui sont présumées appropriées.

Ces interactions sont essentielles pour préserver et diffuser l'information dans un environnement où se côtoient différents concepts relatifs au savoir. Elles s'inscrivent généralement dans la durée, perdurant au-delà de la vie professionnelle des spécialistes autochtones et non autochtones concernés. La compréhension du comportement à adopter joue un rôle fondamental pour l'ensemble du processus. Ce qui fait souvent défaut, c'est la systématisation de ce savoir sous une forme susceptible d'être comprise par les non-spécialistes et concrétisée dans des protocoles qui puissent être compatibles avec les protocoles plus généraux de l'institution et influencer efficacement ces derniers.

Ces stratégies traduisent un changement d'approche et la prise de conscience du fait que la législation ne peut pas tout faire: il y a lieu d'améliorer les interactions pour que les acteurs puissent s'engager dans une voie nouvelle qui assure le succès de la collecte d'informations sur les expressions culturelles traditionnelles, et du recueil, du stockage, de la gestion et de la diffusion de ces expressions culturelles. Fait important, les dépositaires de traditions ont un rôle essentiel à jouer dans ce débat. Les principes directeurs, les codes de conduite et les protocoles donnent de nouvelles informations sur ce que les communautés autochtones et traditionnelles jugent important et sur la manière d'améliorer la gestion des collections. Ils sont adaptés à chaque situation concrète.

Néanmoins, une approche au cas par cas pourra rester nécessaire jusqu'à un certain point, même si des principes directeurs et des protocoles ont été établis. Les institutions culturelles, auxquelles la loi prescrit de détenir les matériels culturels "par fidéicomis pour tous" devront toujours mettre en balance l'obligation

<sup>327</sup> Des informations sont disponibles à l'adresse [www.navajonationcouncil.org/](http://www.navajonationcouncil.org/) (dernière consultation le 17 mars 2010).

de réserver les informations stockées au groupe dont celles-ci proviennent avec l'interdiction de pratiquer la discrimination entre les différents membres d'une population plurielle. La dispersion démographique, les mariages mixtes, les variations possibles entre "plus orthodoxes" et "moins orthodoxes", le factionnalisme politique et l'existence de groupes religieux ou culturels spécifiques qui manifestent un vif intérêt pour certains éléments culturels, mais dont la composition ne coïncide pas avec les populations d'origine poseront toujours des problèmes tant aux institutions culturelles qu'à la société autochtones et traditionnelles en quête d'une démarche de gestion unique et rigoureuse. Certaines institutions culturelles ont pris parfaitement conscience de ces questions et ont apporté des solutions créatives concertées à des problèmes qui semblaient faire échec aux méthodes ordinaires.

Les exemples présentés ci-après donnent une idée de l'éventail des bonnes pratiques, plus particulièrement en ce qui concerne les sites institutionnels et de recherche indépendante.

### **Ministère des affaires autochtones des Fidji**

L'ex-Ministère des affaires fidjiennes, de la culture et du patrimoine, devenu le Ministère des affaires autochtones et le Département de la culture et du patrimoine des Fidji, s'est employé activement à élaborer des mesures concrètes et de politique générale visant à préserver et à protéger le patrimoine culturel des Fidji, dans le but de "renforcer la conservation, la préservation, la promotion et la protection de toutes les formes de patrimoine culturel et naturel, à savoir le patrimoine immatériel et matériel, mobilier et immobilier, et les industries culturelles"<sup>328</sup>.

Des directives et des manuels ont été publiés pour guider les chercheurs quant à la façon d'effectuer des recherches sur le patrimoine culturel des Fidji. On en a un exemple avec le "Training Manual on Field Research Methodology Designed for Cultural Mapping Field Officers" (Manuel de formation aux méthodes de la recherche sur le terrain à l'intention des agents de cartographie culturelle de terrain)<sup>329</sup>. On y trouve des informations sur les mesures à prendre et les problèmes à régler dans le cadre de ce type de recherches, ainsi que des indications sur les questions de propriété intellectuelle, fondées sur le cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de 2002 (la loi type pour le Pacifique Sud), à la rédaction duquel l'OMPI a participé<sup>330</sup>.

Autre exemple, la directive intitulée "Recommended Guideline for Socio-Cultural Researchers when Undertaking Fieldwork in Cultural Settings"<sup>331</sup> (Directive recommandée à l'intention des chercheurs socioculturels aux fins des travaux sur le terrain dans des cadres culturels) présente aux chercheurs socioculturels les aspects éthiques de la conduite d'une recherche anthropologique. Elle insiste de bout en bout sur deux questions principales – en rapport toutes deux avec des questions de propriété intellectuelle –, à savoir la nécessité du consentement<sup>332</sup> et celle de la sensibilisation<sup>333</sup>.

Cette directive est incluse dans le Cadre pour la recherche sur les Fidjiens autochtones, qui a été établi par l'Institut de la langue et de la culture fidjiennes du Ministère des affaires autochtones, et elle se trouve actuellement à l'étape des consultations. Ce cadre appréhende la recherche sous l'angle des méthodes de recherche locales et culturellement appropriées, l'assistance fournie par les informateurs et la population locale étant payée de retour, et prévoit le respect des principes éthiques locaux au moment d'accéder aux expressions culturelles traditionnelles, la protection par la propriété intellectuelle et la création d'un centre de documentation et d'archives formalisé pour les collections. Il propose de coopérer et de travailler avec toutes les parties prenantes, gouvernementales ou non gouvernementales, afin de forger un consensus sur la nécessité de protéger les droits des Fidjiens autochtones sur leurs expressions culturelles traditionnelles. En même temps, le but ultime de ce cadre est d'amener les institutions culturelles et non culturelles à

328 Voir [www.fijianaffairs.gov.fj/Culture%20&%20Heritage/index.htm](http://www.fijianaffairs.gov.fj/Culture%20&%20Heritage/index.htm) (dernière consultation le 17 mars 2010).

329 Voir [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/fiji\\_manual.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/fiji_manual.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010).

330 Voir [http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/laws/pdf/spc\\_framework\\_2002.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/laws/pdf/spc_framework_2002.pdf) (dernière consultation le 25 mars 2010).

331 Voir [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/fiji\\_guideline.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/fiji_guideline.pdf) (dernière consultation le 14 avril 2010).

332 Voir, par exemple, le point e de l'étape 1, le point d de l'étape 3, le point c de la phase II et le point e de la phase III de la directive recommandée.

333 Voir, par exemple, le point h de l'étape 1, le point b de l'étape 3 et le point b de la phase II.

comprendre les systèmes de connaissances et les conceptions du monde autochtones, et de mettre un frein à l'utilisation impropre des pratiques, de la langue et des valeurs locales.

Ce n'est pas la première fois que l'on s'insurge au moins contre l'idée de faire institutionnaliser par l'État la collecte d'informations sur les expressions culturelles traditionnelles et le recueil et l'archivage de ces expressions culturelles, en raison de la bureaucratie et des limitations qui s'y rattachent, mais l'initiative fidjienne constitue un exemple vivant de la manière d'inverser ce qui est souvent une approche imposée d'en haut pour lui substituer la participation, l'implication et l'inventivité des communautés autochtones et traditionnelles elles-mêmes. Étant donné que ces communautés sont les propriétaires des expressions culturelles traditionnelles, l'État n'intervient que comme facilitateur des bases de données.

### ***Le Centre culturel de Vanuatu***

Le Centre culturel de Vanuatu regroupe les Archives nationales de la photographie, du film et du son, un Musée national, une Bibliothèque nationale et le Répertoire national des sites culturels et historiques<sup>334</sup>. Il abrite donc des collections d'objets culturels, de photographies, de films et d'enregistrements audiovisuels, et d'informations relatives aux sites culturels et à d'autres articles historiques. Par ailleurs, il a également pour mission de gérer et de sauvegarder le patrimoine culturel de Vanuatu. Il s'occupe, en outre, des projets sur le terrain et des recherches culturelles. À cet effet, il gère le patrimoine culturel en collaboration avec les communautés locales<sup>335</sup>.

Sur un double plan général et juridique, le centre joue un rôle actif au niveau national. Il prend des mesures d'ordre tant général que juridique pour répondre aux préoccupations croissantes des communautés locales. Par exemple, le texte de sa politique de recherche culturelle à Vanuatu<sup>336</sup> subordonne toute recherche à l'examen d'un certain nombre de préalables importants. Parmi ces préalables figure la compréhension du "kastom"<sup>337</sup> de Vanuatu. Les chercheurs doivent également respecter les "protocoles relatifs au droit d'auteur traditionnel" en vertu de la loi sur le droit d'auteur de Vanuatu<sup>338</sup>. Le document de politique prévoit, en outre, qu'un "accord de recherche" doit être complété et signé par la personne désirant conduire des recherches et par le centre culturel<sup>339</sup>.

Le centre culturel a pris une mesure à la suite de la commercialisation croissante de la cérémonie du Nagol ou cérémonie du saut de l'île de Pentecôte<sup>340</sup>. Cette cérémonie a attiré l'attention de nombreux tiers, en particulier d'équipes de réalisation de films commerciaux et de voyageurs. Par ailleurs, du fait de l'immense intérêt suscité par cette expression culturelle traditionnelle tout à fait particulière, cette cérémonie en est venue à être pratiquée tous les samedis pendant les mois de mai et de juin, chaque année, et non plus une ou deux fois par an comme c'était le cas à l'origine. Dans de telles conditions, cette tradition risquait de se transformer en une pure "attraction commerciale", dont la signification culturelle aurait été des plus limitées. Les communautés locales ont été amenées à faire valoir que "les activités et l'attraction commerciales", par exemple le filmage, déformaient la cérémonie traditionnelle et que la rémunération qui leur était versée par les tiers manquait de transparence et d'équité<sup>341</sup>.

Cette affaire a amené le Centre à élaborer des mesures de politique générale et des mesures d'ordre juridique, en décidant notamment d'un moratoire sur le filmage des cérémonies en application des dispositions de l'article 6.2.i de la Loi sur le Conseil culturel national de Vanuatu<sup>342</sup>, qui confère le droit de

334 Voir [www.vanuatuculture.org](http://www.vanuatuculture.org) (dernière consultation le 17 mars 2010).

335 Voir Huffmann, K. (1999) "Communities and Fieldworkers: The Vanuatu Experience", OCEANIA, vol. 70, n° 1, cité in Mahina, K. (2004) "Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa: The Case of the Intangible Heritage", ICME papers, [www.museumsonnet.no/icme/icme2004/mahina.html](http://www.museumsonnet.no/icme/icme2004/mahina.html) (dernière consultation le 17 mars 2010).

336 Voir [www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/vanuatu\\_policy.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/vanuatu_policy.pdf) (dernière consultation le 25 mars 2010).

337 "Kastom" est un mot pidgin désignant la culture traditionnelle, y compris la religion, l'économie, l'art et la magie dans les îles du Pacifique. Aux termes de la politique de recherche culturelle à Vanuatu, il s'agit des savoirs et des pratiques autochtones.

338 [www.wipo.int/tk/en/laws/pdf/vanuatu\\_copyright.pdf](http://www.wipo.int/tk/en/laws/pdf/vanuatu_copyright.pdf) Voir le point 6 de la politique de recherche.

339 Voir [www.vanuatuculture.org/documents/ResearchAgreement.doc](http://www.vanuatuculture.org/documents/ResearchAgreement.doc) (dernière consultation le 17 mars 2010).

340 Voir [www.vanuatuculture.org/site-bm2/film-sound/20051122\\_pentecost\\_land\\_dive.shtml](http://www.vanuatuculture.org/site-bm2/film-sound/20051122_pentecost_land_dive.shtml) (dernière consultation le 14 avril 2010).

341 Voir document présenté par M. Ralph Regenvanu, directeur du Centre culturel de Vanuatu, à la 9e session de l'IGC de l'OMPI, <http://www.vanuatuculture.org/documents/RegenvanuIGC2006.DOC> (dernière consultation le 17 mars 2010).

342 Cet article concerne le droit d'"acquérir le droit d'auteur" auprès du Conseil culturel national de Vanuatu; voir la Loi de 1988 sur le Conseil culturel national de Vanuatu dans la base de données de l'OMPI sur le patrimoine.

réglementer l'activité de filmage de sociétés étrangères dans le pays. En prenant l'initiative de ce moratoire, le Centre entend convaincre toutes les parties prenantes de s'engager dans un processus de longue haleine, à savoir l'élaboration d'un plan de gestion coordonné de la tradition. Ses objectifs sont de préserver la signification culturelle des traditions, de garantir la transmission des expressions culturelles traditionnelles aux générations futures et de promouvoir la reconnaissance des propriétaires coutumiers rassemblés dans une entité juridique distincte. En d'autres termes, il s'agit, outre de sauvegarder et de préserver les expressions culturelles traditionnelles, de faire connaître et respecter les droits de propriété intellectuelle des propriétaires coutumiers.

### **Sociétés de gestion collective des droits reprographiques**

Préserver la titularité des droits d'auteur sur une œuvre est un combat de tous les instants pour tous les créateurs, d'autant que les nouvelles technologies permettent de reproduire leurs œuvres à un nombre illimité d'exemplaires. Les sociétés de gestion collective des droits reprographiques œuvrent dans le monde entier à garantir le versement des redevances dues aux auteurs et aux artistes. D'une façon générale, elles encouragent également la création de nouvelles sociétés du même type, facilitent la conclusion d'accords entre leurs membres ou en leur nom et sensibilisent le public au droit d'auteur et au rôle de ces sociétés en matière de gestion des droits et des taxes<sup>343</sup>.

Toutefois, il arrive que nombre d'utilisations qui sont acceptables pour la plupart des œuvres protégées par le droit d'auteur se concilient mal avec les utilisations appropriées des expressions culturelles traditionnelles, telles qu'elles sont déterminées par la communauté d'origine. Il existe de par le monde quelques sociétés de gestion collective des droits reprographiques spécialisées qui s'emploient à répondre aux besoins spécifiques des communautés autochtones et traditionnelles.

Ces sociétés ont les moyens de jouer un rôle important dans la défense des intérêts des dépositaires de traditions dans des segments spécifiques du marché. Le marché de l'art aborigène en est un exemple. La spécialisation s'entend pour elles de la capacité de suivre et de traiter les cas qui appellent des conditions spécifiques de reproduction et de diffusion des œuvres.

En matière de stratégie de protection et de contrôle, ces sociétés semblent être beaucoup plus en harmonie avec la situation actuelle des peuples autochtones et des communautés traditionnelles vivant dans des sociétés plurielles, nationales ou transnationales, que l'approche de la protection "traditionnelle" et "axée sur la culture ou la communauté".

On peut citer l'exemple de l'Aboriginal Artists Agency d'Australie:

*L'Aboriginal Artists Agency Limited est une organisation à but non lucratif. Créée en 1976 par le Gouvernement australien par le biais de l'Australian Council for the Arts, elle a été subventionnée jusqu'en 1986. Depuis, elle fonctionne sans aucun financement extérieur; le prélèvement de commissions de 15 à 25% produit suffisamment de recettes pour que l'organisation soit financièrement indépendante<sup>344</sup>.*

Un autre exemple est fourni par Sámikopijja, la société de gestion collective des droits reprographiques des Sami. L'un de ses aspects les plus intéressants est son caractère transnational: elle a en effet pour membres des Sami de Finlande, de Suède, de Norvège et de Russie. Sámikopijja a conclu en 1994 avec Kopinor, la société norvégienne de gestion collective des droits reprographiques, un accord de réciprocité garantissant aux titulaires de droits sami un pour cent de la rémunération nette que Kopinor réclame chaque année<sup>345</sup>. Une organisation comme Sámikopijja a ceci d'exceptionnel qu'elle représente les intérêts autochtones au-delà des frontières politiques nationales.

343 Voir, p. ex., la Fédération internationale des organismes gérant les droits de reproduction, déclaration de mission, consultable à l'adresse [www.ifro.org/show.aspx?pageid=about/mission&culture=en](http://www.ifro.org/show.aspx?pageid=about/mission&culture=en) (dernière consultation le 17 mars 2010).

344 Voir [www.aboriginalartists.com.au](http://www.aboriginalartists.com.au) (dernière consultation le 25 mars 2010).

345 H. Gaski, *Sámikopijja and Indigenous Rights in the Nordic Countries*, consultable à l'adresse [www.ifro.org/upload/documents/6Samikopijja%20and%20Indigenous%20Rights%20-%20Harald%20Gaski.doc](http://www.ifro.org/upload/documents/6Samikopijja%20and%20Indigenous%20Rights%20-%20Harald%20Gaski.doc) (dernière consultation le 17 mars 2010). Voir aussi Accord Kopinor-Sámikopijja, consultable à l'adresse [www.samikopijja.org/web/index.php?sladja=14&giella1=eng](http://www.samikopijja.org/web/index.php?sladja=14&giella1=eng) (dernière consultation le 17 mars 2010).

## 5. Accords types, formulaires de consentement, licences et engagements

Certaines communautés ont établi des accords types et des formulaires que doivent signer tous les utilisateurs potentiels.

### ***Formulaire de déclaration de licence et de consentement donné à la DISA et à Aluka s'agissant de consulter et d'utiliser les documents historiques***

Le programme Innovation numérique pour l'Afrique du Sud (DISA) de l'University of Kwa-Zulu Natal<sup>346</sup> et le programme Aluka d'Ithaka Harbors, Inc. (Aluka)<sup>347</sup> ont lancé des projets visant à préserver des "documents historiques" sous forme numérique ou électronique et à les mettre à disposition en ligne "à des fins scientifiques, éducatives et autres fins culturelles non lucratives"<sup>348</sup>. À cet effet, ces deux programmes ont établi un formulaire de déclaration de licence permettant aux dépositaires et/ou titulaires de droits de conclure avec eux un accord de licence sans redevance et non exclusif.

L'accord conclu avec des dépositaires intéressés donne spécifiquement à la DISA et à Aluka "l'accès aux documents historiques aux fins de la création d'images numériques"<sup>349</sup>, tandis que tout accord passé avec les titulaires de droits impliquerait pour ces derniers d'autoriser la DISA et Aluka 1) à créer des reproductions numériques des documents historiques en question, 2) à conserver les images numériques dans les archives de la DISA, 3) à modifier ou adapter les images numériques à des fins de préservation, de traduction, de contrôle de la qualité, de diffusion et autres, 4) à distribuer des copies aux utilisateurs autorisés de la DISA et d'Aluka à des fins éducatives, scientifiques et autres fins culturelles non lucratives ou à les mettre à leur disposition à ces fins, 5) à distribuer un nombre limité d'images numériques sous forme imprimée, 6) à faire des copies pour éviter la perte de données, et 7) à mettre en œuvre toute technologie et moyen de reproduction, d'archivage, de modification et de distribution<sup>350</sup>.

Dans tout accord de ce type, le consentement donné à la DISA et à Aluka est considéré comme non exclusif et les dépositaires et titulaires de droits participants peuvent, à leur demande, être identifiés et leur nom peut être mentionné en regard de ceux de leurs documents qui sont affichés sur les sites Web de ces deux programmes.

### ***Le Laura Aboriginal Dance and Cultural Festival***

Un autre exemple de la contribution apportée par les accords dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles est celui du Laura Aboriginal Dance and Cultural Festival, rencontre bisannuelle célébrant le chant, la danse et la musique des Australiens autochtones<sup>351</sup>.

Le Laura Festival est le plus ancien festival culturel aborigène ininterrompu d'Australie. En 1998, il a été constaté que certaines images de danseurs de la communauté wik étaient reproduites pour un usage commercial sans autorisation. Les photographies étaient disponibles sur CD, cartes postales et autres produits. Ces images ne pouvant être reproduites qu'avec l'autorisation de personnes dont la stature culturelle est appropriée, ces reproductions ont été considérées comme culturellement insultantes.

En droit coutumier wik, le droit de contrôler les éléments d'une cérémonie pendant qu'elle est pratiquée appartient à des personnes spécifiques, à savoir les dépositaires principaux ou anciens. En vertu de la loi australienne sur le droit d'auteur, comme de la plupart des lois de ce type, le droit d'auteur sur les images des danseurs est conféré au photographe (qui est l'auteur aux fins du droit d'auteur). Si les danseurs

346 Voir [www.disa.ukzn.ac.za/](http://www.disa.ukzn.ac.za/) (dernière consultation le 25 mars 2010). Voir aussi [www.wipo.int/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/disa\\_license.pdf](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/disa_license.pdf) (dernière consultation le 17 mars 2010).

347 Aluka est une bibliothèque numérique en ligne contenant des documents sur l'Afrique. Voir [www.aluka.org/](http://www.aluka.org/) (dernière consultation le 17 mars 2010).

348 Voir [www.wipo.int/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/disa\\_license.pdf](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/disa_license.pdf), p.1 (dernière consultation le 14 avril 2010).

349 Voir [www.wipo.int/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/disa\\_license.pdf](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/disa_license.pdf), p.1 (dernière consultation le 14 avril 2010).

350 Voir [www.wipo.int/tk/en/folklore/creative\\_heritage/docs/disa\\_license.pdf](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/disa_license.pdf), p.1-2.

351 Pour un traitement approfondi de cet exemple, voir *Le Respect de la culture op. cit.* note 30, pp. 86 à 99. Laura Aboriginal Dance and Cultural Festival, Arts Queensland, consultable à l'adresse [www.arts.qld.gov.au/arts/ladcf.html](http://www.arts.qld.gov.au/arts/ladcf.html) (dernière consultation le 17 mars 2010).

l'avaient su, ils n'auraient pas autorisé la prise de photographies pendant la représentation ou auraient pu décider de ne pas se produire au Festival<sup>352</sup>. D'où la nécessité d'informer les dépositaires de traditions sur l'éventail des droits qui peuvent exister sur une interprétation ou exécution et, lorsque celle-ci donne lieu à une fixation, les interprètes ou exécutants eux-mêmes ont besoin d'accéder à l'information relative à la propriété intellectuelle afin de pouvoir prendre des décisions en connaissance de cause.

Depuis 1998, les organisateurs du Laura Festival ont adopté un accord écrit concernant la prise de photographies et le filmage pendant le Festival. Il impose d'obtenir le consentement des interprètes ou exécutants et de respecter certaines conditions en matière de contrôle de la photographie commerciale. Les photographes approuvés signent un accord stipulant que les photographies à usage commercial ne peuvent être prises que si le consentement des interprètes ou exécutants a été préalablement obtenu.

---

352 Voir *Le Respect de la culture*, *op. cit.* note 30, p. 89.

## GLOSSAIRE

**Archives.** Lieu où sont conservés des archives publiques ou d'autres documents historiques importants (Oxford English Dictionary).

**Authenticité.** Caractère de ce qui est authentique ou peut prétendre à être accepté, [...] en tant qu'il est tel qu'il se présente du point de vue de l'origine ou de la paternité, en tant qu'il est réel; réalité (Oxford English Dictionary).

**Auteur.** En vertu de la législation sur le droit d'auteur, un auteur est le créateur d'une œuvre originale, à savoir une création intellectuelle originale. En ce sens, un auteur peut être – entre autres – un écrivain, un réalisateur de film, un sculpteur, un chorégraphe ou un compositeur; l'auteur peut être une personne physique ou morale. Dans la plupart des pays, la protection par le droit d'auteur est concomitante à la création par un auteur d'une œuvre originale. L'auteur n'est pas tenu de faire enregistrer son droit d'auteur.

Certains pays autorisent la cotitularité du droit d'auteur. Dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles, cela veut dire qu'une collectivité ou communauté pourrait éventuellement être considérée comme un auteur.

Voir "Droit collectifs".

**Bibliothèque.** Institution ou établissement chargé de conserver une collection de livres et de les rendre accessibles aux personnes qui ont besoin de les consulter (Oxford English Dictionary).

**Brevet.** Un brevet est un droit exclusif accordé pour une invention, qui est un produit ou un procédé qui fournit en général une nouvelle façon de faire quelque chose ou offre une nouvelle solution technique à un problème. Pour être brevetable, une invention doit remplir trois conditions principales.

Elle soit être susceptible d'application industrielle.

Elle doit comporter un élément de nouveauté, c'est-à-dire une caractéristique nouvelle qui ne fait pas partie du fonds de connaissances existantes dans le domaine technique considéré (ce que l'on appelle "état de la technique").

L'invention doit impliquer une activité inventive, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être évidente pour une personne ayant une connaissance moyenne du domaine technique considéré.

L'objet de l'invention doit être "brevetable" selon la loi. Dans de nombreux pays, les théories scientifiques, les méthodes mathématiques, les variétés végétales ou animales, les découvertes de substances naturelles, les méthodes commerciales et les méthodes de traitement médical (par opposition aux produits médicaux) sont d'une façon générale exclues de la protection par brevet.

**Cession.** Un auteur peut concéder sous licence ou céder son droit d'auteur à une autre partie.

Une cession s'entend du transfert d'un droit de propriété. Elle consiste pour le titulaire des droits à transférer un, plusieurs ou la totalité de ses droits. Si tous les droits sont cédés, la personne à laquelle ils le sont devient le nouveau titulaire du droit d'auteur. Dans certains pays, toutefois, tous les droits ne sont pas transférables. En France, par exemple, les droits moraux d'un auteur ne peuvent jamais être donnés ou vendus à une autre partie; ils sont conservés par l'auteur original. Dans certains de ces pays, les droits patrimoniaux eux-mêmes ne sont pas transférables et ne peuvent être que concédés sous licence, comme c'est le cas en Allemagne.

Voir aussi "Licence", "Titulaire".

**Contrat.** D'une façon générale, un contrat est un accord passé entre deux ou plusieurs parties, qui crée des obligations qui sont susceptibles d'exécution ou peuvent à un autre titre être reconnues par la loi.

**Créateur.** Voir "Auteur".

**Documentation.** La collecte, le classement et la diffusion de l'information; les informations ainsi collectées (Oxford English Dictionary).

**Domaine public.** Le domaine public s'entend de l'éventail des œuvres qui peuvent être utilisées et exploitées par tout un chacun sans autorisation et sans obligation de verser une rémunération – généralement en raison de l'expiration de la durée de protection, de l'absence d'un instrument international assurant leur protection dans le

pays considéré ou du fait que les conditions de protection ne sont pas réunies.

Le rôle et les limites souhaitables du domaine public sont activement débattus dans plusieurs instances, notamment à l'OMPI. Le rôle du domaine public est une question qui intéresse les expressions culturelles traditionnelles, car la culture traditionnelle préexistante en tant que telle et ses expressions particulières ne sont généralement pas protégées par les lois sur le droit d'auteur en vigueur et sont considérées, du point de vue des systèmes de propriété intellectuelle, comme faisant partie du domaine public.

Dans la mesure où ils font partie du domaine public, les expressions culturelles et les systèmes de connaissances traditionnels peuvent être librement utilisés par les artistes, les écrivains, les chercheurs, le secteur privé et tout autre utilisateur. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles s'insurgent contre le fait que leurs expressions culturelles et systèmes de connaissances puissent faire partie du domaine public. Pourtant, d'autres font valoir que la protection de ces éléments culturels à l'aide de droits apparentés aux droits de propriété intellectuelle constituerait une limitation inappropriée du domaine public et, partant, de la capacité des utilisateurs d'en tirer parti. C'est là un débat de politique générale complexe qui suscite des opinions divergentes.

**Droit d'auteur.** L'expression "droit d'auteur" (ou, parfois, "droits de l'auteur") s'entend des droits afférents à des œuvres artistiques ou littéraires originales, tels que romans et autres écrits, musique, peintures et sculptures, films et œuvres fondées sur les nouvelles technologies, comme les programmes d'ordinateur et les bases de données électroniques. Le droit d'auteur protège la manière particulière dont une idée est exprimée. La protection par le droit d'auteur est concomitante à la création par l'auteur d'une œuvre originale; l'auteur n'est pas tenu de faire enregistrer son droit d'auteur.

L'auteur d'une œuvre, le titulaire initial du droit d'auteur, possède un ensemble de "droits exclusifs" qui lui permettent d'accomplir certains actes réservés concernant son œuvre. Ces actes peuvent être les suivants: copie de l'œuvre; publication, diffusion auprès du public ou vente au public de copies de l'œuvre; interprétation ou exécution de l'œuvre en public; représentation de l'œuvre en public; présentation de l'œuvre au public; radiodiffusion de l'œuvre, transmission de l'œuvre dans un service de câblodistribution ou incorporation de l'œuvre dans un support numérique; adaptation de l'œuvre ou accomplissement de l'une quelconque des activités susvisées concernant une adaptation; et octroi à toute autre personne de l'autorisation d'accomplir l'un quelconque des actes réservés énumérés plus haut.

Aux fins de la présente publication, les termes "créateur" et "auteur" sont, sauf indication contraire, utilisés de façon interchangeable.

**Droit d'auteur de la Couronne.** Le droit d'auteur de la Couronne est une forme de droit d'auteur créée à la faveur d'une politique, d'un contrat ou d'une loi et utilisée par les gouvernements de plusieurs pays du Commonwealth. Elle prévoit des règles spéciales du droit d'auteur pour la "Couronne" (organismes de l'État). Le droit d'auteur de la Couronne protège généralement des œuvres qui sont produites par les employés de la Couronne dans l'exercice de leur activité. En conséquence, la plupart des œuvres créées par les ministres et les fonctionnaires des pays du Commonwealth sont protégées par le droit d'auteur de la Couronne. Dans certains pays, ce dernier peut également protéger les œuvres commandées par la Couronne aux fins de l'activité gouvernementale ou de la politique générale, telles que les publications de recherche d'universités privées commandées et financées par la Couronne.

**Droits collectifs.** Droits qui sont détenus collectivement par un groupe de personnes ou une communauté, comme dans le cas de la titularité collective de marques ou de la cotitularité du droit d'auteur.

Dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles, si la protection est sollicitée, il est fréquent que l'entité la plus appropriée qui puisse prétendre à cette protection soit un groupe de personnes: une tribu ou une autre entité collective. Dans certains pays, cette possibilité est prévue par la législation. L'Équateur, par exemple, reconnaît dans sa Constitution les "droits collectifs de propriété intellectuelle" sur les savoirs ancestraux des communautés (article 84); et, dans sa Loi sur la propriété intellectuelle (n° 83 de 1989), il a créé un système sui generis de droits intellectuels collectifs appartenant aux communautés autochtones et traditionnelles.

Un ensemble de droits et obligations coutumiers individuels et collectifs peuvent s'appliquer simultanément à une œuvre. Certains peuples autochtones et communautés traditionnelles se sont inquiétés de ce que la législation sur le droit d'auteur en vigueur ne reconnaisse ou ne prévienne pas cet "ensemble" de droits et obligations coutumiers individuels et collectifs ou n'en assure pas l'application.

**Droit coutumier.** Selon une définition générique, le “droit coutumier” s’entend “des coutumes qui sont acceptées comme des prescriptions juridiques ou des règles obligatoires de comportement, des pratiques et des convictions qui constituent un élément à ce point essentiel d’un système social et économique qu’elles sont traitées comme des lois” (Dictionnaire juridique de Black).

Les communautés autochtones et traditionnelles ont élaboré et établi, au fil des générations et dans le cadre des coutumes, des règles, protocoles, valeurs et principes qui sont communément ou collectivement compris et reconnus en tant que droit coutumier et qui peuvent s’appliquer aux expressions culturelles traditionnelles et à la manière dont celles-ci doivent être traitées ou utilisées. Il convient de noter que les lois coutumières sont mises en forme selon des modalités diverses. Par exemple, elles peuvent être codifiées, écrites ou orales, énoncées expressément ou rendues effectives dans les pratiques traditionnelles. Un autre élément important est la question de savoir si ces lois sont à proprement parler reconnues “formellement” par les systèmes juridiques nationaux du pays de résidence d’un peuple ou d’une communauté et/ou liées à ces systèmes.

Dans le contexte des travaux de l’IGC de l’OMPI, le projet de dispositions concernant les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles indique que toute protection accordée dans le domaine de la propriété intellectuelle à ces savoirs et à ces expressions doit être conforme aux lois et protocoles coutumiers des communautés concernées.

**Droits moraux.** Les droits moraux sont prévus par l’article 6bis de la Convention de Berne<sup>353</sup>. Ils n’ont pas été insérés dans l’Accord sur les ADPIC. Les législations nationales sur le droit d’auteur traitent des droits moraux de manières très diverses.

D’une façon générale, les droits moraux englobent notamment le droit d’être reconnu comme l’auteur ou de revendiquer la paternité d’une œuvre (droit d’attribution ou de paternité) et le droit de s’opposer à toute atteinte à leur œuvre et à toute déformation, mutilation ou modification de cette œuvre (droit à l’intégrité).

Dans nombre de pays, les droits moraux ne peuvent pas être cédés ou concédés sous licence à autrui, mais il est possible de renoncer à leur application.

Les droits moraux sont parfois considérés par les spécialistes comme pouvant éventuellement apaiser certaines des préoccupations exprimées par les peuples autochtones et les communautés traditionnelles au sujet de la protection des expressions culturelles traditionnelles, mais la législation sur les droits moraux en vigueur ne s’applique qu’à celles de ces expressions qui sont susceptibles d’être protégées par le droit d’auteur. En vertu de la plupart des législations, nombre d’expressions culturelles traditionnelles ne satisfont pas aux critères de la protection par le droit d’auteur et, partant, ne peuvent actuellement pas prétendre au bénéfice des droits moraux.

**Droit de suite.** Le droit de suite autorise un artiste (ou ses héritiers) à percevoir un pourcentage sur le prix de vente d’une œuvre d’art (graphique ou plastique) lorsque, après la première vente ou le premier transfert effectué par l’artiste, elle est revendue par un professionnel du marché de l’art (commissaire-priseur, galeriste ou autre marchand d’art).

Là où il existe, le droit de suite fait partie intégrante du droit d’auteur et est destiné à faire en sorte que les auteurs d’œuvres d’arts graphiques et plastiques profitent eux aussi du succès économique de leurs œuvres d’art originales. Il aide à redresser la situation économique des artistes qui bénéficient ainsi des exploitations successives de leurs œuvres.

Le modèle du droit de suite pourrait contribuer à réduire les inégalités en ce qui concerne la revente d’expressions culturelles traditionnelles.

**Expressions culturelles traditionnelles/ expressions du folklore.** L’OMPI utilise les termes “expressions culturelles traditionnelles” et “expressions du folklore” pour désigner des formes matérielles et immatérielles d’expression, de communication, de manifestation et de transmission au sein des communautés autochtones et traditionnelles des savoirs traditionnels et du patrimoine culturel. Ces termes ont remplacé le terme “folklore”, qui avait des connotations négatives. On peut citer comme exemples la musique traditionnelle, les représentations, les récits, les noms et symboles, les dessins et modèles et les formes architecturales.

353 L’article 6bis est ainsi libellé: 1) Indépendamment des droits patrimoniaux d’auteur, et même après la cession desdits droits, l’auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l’œuvre et de s’opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation; 2) Les droits reconnus à l’auteur en vertu de l’alinéa 1) ci dessus sont, après sa mort, maintenus au moins jusqu’à l’extinction des droits patrimoniaux et exercés par les personnes ou institutions auxquelles la législation nationale du pays où la protection est réclamée donne qualité. Toutefois, les pays dont la législation, en vigueur au moment de la ratification du présent Acte ou de l’adhésion à celui ci, ne contient pas de dispositions assurant la protection après la mort de l’auteur de tous les droits reconnus en vertu de l’alinéa 1) ci dessus ont la faculté de prévoir que certains de ces droits ne sont pas maintenus après la mort de l’auteur; 3) Les moyens de recours pour sauvegarder les droits reconnus dans le présent article sont réglés par la législation du pays où la protection est réclamée.

Ces deux termes sont utilisés comme synonymes interchangeable et il est possible de parler simplement d'«expressions culturelles traditionnelles.» L'utilisation de ces termes ne tend pas à suggérer l'existence d'un quelconque consensus entre les États membres de l'OMPI quant à la validité ou à l'opportunité de ces termes ou d'autres termes; par ailleurs, elle n'affecte en rien ni ne limite l'utilisation d'autres termes dans les législations nationales ou régionales.

Les discussions actuellement menées au sein du Comité intergouvernemental de l'OMPI de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) utilisent la description ci-après du terme «expressions culturelles traditionnelles» (ou «expressions du folklore»):

On entend par «expressions culturelles traditionnelles» ou «expressions du folklore» toutes les formes, matérielles ou immatérielles, d'expression ou de représentation de la culture et des savoirs traditionnels, y compris les formes d'expression ou les combinaisons de ces formes d'expression indiquées ci-après:

- les expressions verbales, telles que récits, épopées, légendes, poèmes, énigmes et autres narrations; mots, signes, noms et symboles;
- les expressions musicales, telles que les chants et la musique instrumentale;
- les expressions corporelles, telles que les danses, spectacles, cérémonies, rituels et autres représentations;
- que ces expressions soient fixées ou non sur un support; et
- les expressions matérielles, telles que les ouvrages d'art, notamment les dessins, modèles, peintures (y compris la peinture du corps), ciselures, sculptures, poteries, objets en terre cuite, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d'aiguille, textiles, verreries, tapis, costumes; les produits artisanaux; les instruments de musique et les ouvrages d'architecture qui sont:
  - a) le produit d'une activité intellectuelle créative, qu'elle soit individuelle ou collective;
  - b) caractéristiques de l'identité culturelle et sociale et du patrimoine culturel d'une communauté; et
  - c) conservés, utilisés ou développés par cette communauté, ou par des personnes qui, conformément au droit et aux pratiques coutumiers de cette communauté, en ont le droit ou la responsabilité.

Le choix des termes désignant l'objet protégé est généralement arrêté aux niveaux national et régional.

**Exceptions et limitations.** Certains actes en principe réservés par le droit d'auteur peuvent, dans des cas précisés par la loi, être accomplis sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, dans l'intérêt de la société. Ces actes autorisés se rattachent à ce qu'il est convenu d'appeler des «exceptions» et des «limitations.»

Le paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention de Berne Convention prévoit que trois considérations doivent guider la décision en matière d'exceptions: «Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites oeuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.»

L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC est ainsi libellé: «Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.»

L'article 10 du WCT dispose ce qui suit: «1) Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. 2) En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.»

Ces trois dispositions illustrent ce qu'il est convenu d'appeler le «triple critère»<sup>354</sup>.

Il existe deux types fondamentaux d'exceptions et de limitations au droit d'auteur: 1) les «utilisations libres», qui sont des actes d'exploitation des œuvres qui peuvent être accomplis sans autorisation et sans obligation de rémunérer le titulaire des droits pour l'utilisation de son œuvre, et 2) les «licences non volontaires», en vertu desquelles les actes d'exploitation peuvent être accomplis sans autorisation, moyennant l'obligation de rémunérer le titulaire des droits.

Les exceptions et limitations sont traitées différemment selon les pays. Les pays de tradition civiliste inscrivent en général un ensemble limité d'exceptions dans leur législation sur le droit d'auteur, tandis que les pays de common law mentionnent en général les types de situations dans lesquelles l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur peut relever de l'«usage loyal» ou de l'«acte loyal», ou d'une notion analogue, envers les œuvres en question.

354 Pour une analyse du «triple critère», voir Martin Senftleben, Copyright, Limitations and the Three Step Test: An Analysis of the Three Step Test in International and EC Copyright Law (Kluwer Law International, 2004).

**Fixation.** La fixation est l'acte consistant à enregistrer une œuvre ou un objet protégé sur un support matériel, ou le résultat de cet acte. Dans les pays appliquant le système de droit d'auteur anglo-saxon, la fixation est le plus souvent une condition préalable à la protection par le droit d'auteur. Il y a fixation, par exemple, lorsqu'une émission de télévision diffusée en direct est simultanément enregistrée sur bande vidéo. Il y a également fixation lorsqu'une peinture est achevée ou une chanson enregistrée. Dans le cas des expressions culturelles traditionnelles, la fixation est une notion faisant problème car il n'existe souvent aucune manifestation d'une expression culturelle traditionnelle susceptible de représenter à elle seule l'expression "fixée" définitive.

**Gestion numérique des droits.** La gestion numérique des droits est un terme générique qui désigne toute technologie mise en œuvre pour contrôler l'accessibilité et l'utilisation des œuvres numériques. Cette forme de gestion est conçue pour contrôler, suivre et mesurer la plupart des utilisations d'une œuvre numérique. Sur un plan descriptif, elle comprend deux éléments: 1) une base de données contenant des informations permettant d'identifier les propriétaires de contenus et titulaires des droits sur une œuvre et 2) un accord de licence qui fixe les conditions d'utilisation de l'œuvre concernée.

Il existe deux grandes catégories de gestion numérique des droits: les systèmes qui utilisent les mesures techniques de protection et ceux qui ne le font pas. Le plus souvent, la gestion numérique des droits repose sur une ou plusieurs mesures techniques de protection.

On entend par mesures techniques de protection les moyens ou outils technologiques ou tout type de technologie (appareil, produit ou processus) visant à promouvoir l'utilisation autorisée d'œuvres numériques. Elles peuvent contrôler (c'est-à-dire, dans la plupart des cas, interdire ou limiter) l'accessibilité ou l'utilisation (essentiellement aux fins de reproduction) de ces œuvres protégées par le droit d'auteur.

**Licence.** Un auteur peut concéder sous licence ou céder son droit d'auteur à une autre entité.

Une licence est l'autorisation que le titulaire des droits (donneur de licence) donne à une autre personne (preneur de licence) d'accomplir un certain acte concernant l'œuvre visée. Souvent, le preneur de licence est autorisé à utiliser cette œuvre moyennant le versement d'une redevance convenue. Cette autorisation fait souvent l'objet d'un accord de licence en bonne et due forme. Le plus souvent, cet accord ne s'applique qu'à un territoire donné, que pendant une certaine période et qu'à des fins spécifiques et limitées.

**Marque.** Une marque est un signe distinctif servant à différencier des produits et services identiques ou similaires mis à disposition par différents producteurs ou fournisseurs de services. Les marques peuvent être des mots, des logos, des couleurs, des sons, des odeurs ou toute combinaison de ceux-ci.

Les marques sont un type de propriété intellectuelle protégé par les législations nationales en matière de propriété intellectuelle et les instruments internationaux. La protection des marques est territoriale, mais il est possible de demander une protection internationale, par exemple en vertu de l'Arrangement de Madrid.

S'agissant des expressions culturelles traditionnelles, la protection relevant du droit des marques peut être sollicitée dans certains cas; elle présente l'avantage d'offrir une protection éventuellement perpétuelle, durant aussi longtemps que la marque est "utilisée". Les marques doivent être utilisées dans le contexte du commerce (transactions commerciales) et peuvent, de ce fait, ne pas être appropriées pour les expressions culturelles traditionnelles pour lesquelles il n'existe aucune valeur commerciale à exploiter.

**Musée.** Bâtiment ou établissement où sont conservés et exposés des objets présentant un intérêt historique, scientifique, artistique ou culturel. Désigne également les collections détenues par un tel établissement (Oxford English Dictionary).

**Nom de domaine.** Les noms de domaine sont les formes conviviales des adresses Internet. Ils sont couramment utilisés pour trouver des sites Web. Par exemple, le nom de domaine wipo.int est utilisé pour localiser le site Web de l'OMPI à l'adresse www.wipo.int. En permettant d'utiliser des adresses alphabétiques uniques au lieu d'adresses numériques, les noms de domaine permettent aux internautes de trouver les sites Web et d'y avoir accès plus facilement. L'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) est investie d'une responsabilité globale en matière de gestion du système des noms de domaine.

**Numérisation.** La numérisation s'entend du processus consistant à représenter un objet, une image, un texte ou un signal enregistré (qui est le plus souvent un signal analogique) sous forme électronique, en particulier sous la forme de chiffres binaires. Le terme de numérisation est souvent employé lorsque diverses formes d'information (texte, son, images fixes et images en mouvement) sont encodées à l'aide d'un code binaire 0-1 unique. La numérisation est le principal moyen utilisé pour stocker des textes, des images et des sons sous une forme adaptée à la transmission et au traitement informatique.

**Objet.** Cette notion désigne ce qui peut être protégé par la propriété intellectuelle. Le type de protection applicable dépend de l'objet à protéger. Le droit d'auteur, par exemple, protège les œuvres originales c'est-à-dire des objets tels que l'art, la littérature, les programmes d'ordinateur et la musique. La législation en matière de brevets protège les inventions qui atteignent un certain seuil de nouveauté, entre autres critères.

Dans le cas des expressions culturelles traditionnelles, l'objet, qui est souvent comparable à celui que protège la législation sur le droit d'auteur et/ou les droits connexes, n'est pas toujours désigné en tant que tel. Cela tient à la nature des expressions culturelles traditionnelles et au fait que la structure de la législation sur le droit d'auteur n'est pas adaptée à leur protection. Il convient également de noter que certains rites de guérison, rites de passage religieux et représentations festives traditionnels, par exemple, englobent souvent tout à la fois des savoirs traditionnels éventuellement brevetables et des expressions culturelles traditionnelles éventuellement protégeables par le droit d'auteur.

Voir droit d'auteur, brevet, marque.

**Œuvre.** Les œuvres protégées par le droit d'auteur comprennent notamment les œuvres littéraires (romans, poèmes, pièces de théâtre), les ouvrages de référence, les articles de journaux et les programmes d'ordinateur; les bases de données; les films, les compositions musicales et les œuvres chorégraphiques; les œuvres artistiques (peintures, dessins, photographies et sculptures); l'architecture; et les créations publicitaires, les cartes géographiques et les dessins techniques.

**Œuvre dérivée (ou adaptation).** Une œuvre dérivée ou adaptation est une œuvre basée sur une ou plusieurs œuvres préexistantes; ce peut donc être une traduction, un arrangement musical, une adaptation pour la scène, une œuvre de fiction, une adaptation pour le cinéma, un abrègement, une compression ou toute autre forme dans laquelle une œuvre peut être reprise, modifiée ou adaptée. Une œuvre consistant en modifications rédactionnelles, en annotations, en prolongements ou en d'autres modifications qui, dans leur ensemble, représentent une œuvre de l'esprit originale est également une œuvre dérivée. L'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles pour créer des œuvres dérivées soulève un certain nombre de questions de politique générale qui sont examinées dans le présent document.

**Originalité.** En vertu de la législation sur le droit d'auteur, l'originalité est ce qui caractérise une œuvre qui est la création intellectuelle de son auteur et n'est pas une copie d'une autre œuvre. Dans la plupart des législations de ce type, une œuvre protégeable par le droit d'auteur doit, pour bénéficier d'une telle protection, présenter un niveau minimal d'originalité; ce seuil est généralement très bas. S'agissant des expressions culturelles traditionnelles, qui sont souvent basées sur des œuvres antérieures et dont la validité est souvent tributaire de reproductions fidèles ou quasi fidèles des œuvres du passé, les nouvelles itérations d'une expression culturelle traditionnelle pourraient ou pourraient ne pas prétendre au bénéfice de la protection par le droit d'auteur, en raison de la règle de l'originalité.

**Patrimoine culturel.** L'expression "patrimoine culturel" recouvre plusieurs grandes catégories de patrimoine:

1. Patrimoine culturel:

- Patrimoine culturel matériel:
  - Patrimoine culturel mobilier (peintures, sculptures, monnaies, manuscrits, etc.)
  - Patrimoine culturel immobilier (monuments, sites archéologiques, etc.)
  - Patrimoine culturel subaquatique (épaves de navire, ruines et cités enfouies sous les mers, etc.)
- Patrimoine culturel immatériel (traditions orales, arts du spectacle, rituels, etc.)

2. Patrimoine naturel (sites naturels ayant des aspects culturels, tels que les paysages culturels, les formations physiques, biologiques ou géologiques, etc.)

3. Le patrimoine en situation de conflit armé.

**Patrimoine culturel immatériel.** Aux termes de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (UNESCO, 2003), "on entend par 'patrimoine culturel immatériel' les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire – ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés – que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine."

Cette Convention indique également que le “patrimoine culturel immatériel” se manifeste notamment dans les domaines suivants: a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel; b) les arts du spectacle; c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs; d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l’univers; e) les savoir-faire liés à l’artisanat traditionnel.

**Perpétuité.** Dans le contexte de la propriété intellectuelle, le terme ‘perpétuité’ sert en principe à qualifier une période de protection d’une durée indéfinie.

Pour une œuvre créative, la protection par le droit d’auteur subsiste pendant une période limitée. En vertu de la Convention de Berne, cette période ne peut être inférieure à la durée de la vie de l’auteur plus cinquante ans après sa mort. Le législateur national est libre de prévoir une période d’une durée supérieure, mais la protection perpétuelle n’existe pas dans les législations nationales sur le droit d’auteur en vigueur.

Nombre de peuples autochtones et de communautés traditionnelles estiment que la protection des expressions culturelles traditionnelles devrait être perpétuelle, solution qui répondrait le mieux à leurs besoins et serait la plus compatible avec les lois et valeurs coutumières applicables à la plupart de leurs expressions culturelles traditionnelles.

**Politique.** Une politique est un programme de mesures ou de décisions adoptées par une personne, un groupe ou un gouvernement, ou l’ensemble de principes sur lesquels s’appuient ces mesures et décisions, qui sont axées sur la réalisation d’un objectif à long terme ou le règlement d’un problème donné. Les politiques, qui sont parfois, mais pas toujours, incorporées dans la législation, s’appliquent le plus souvent à une entité politique (comme un pays ou l’une quelconque de ses divisions administratives) prise dans son ensemble.

**Pratiques rationnelles.** Les pratiques rationnelles englobent les méthodes et les techniques qui, ayant systématiquement produit des résultats d’une certaine manière supérieurs à ceux obtenus par d’autres moyens, peuvent servir de critères de qualité. Il n’existe toutefois aucune pratique qui soit recommandable à tous ou dans tous les cas, et les pratiques rationnelles évoluent généralement avec le temps en fonction des situations et avancées sociales, culturelles et technologiques.

Dans l’optique de la présente publication, la notion de pratiques rationnelles est importante dès lors qu’on distingue ces pratiques des normes ou d’autres règles. Il ne s’agit pas ici d’imposer des normes ou d’autres obligations, mais de décrire les expériences et les éclairages des institutions et organisations du monde entier en vue d’informer utilement les musées, les bibliothèques et les services d’archives sur les questions relatives à la propriété intellectuelle et sur les options dont ils disposent en matière de gestion des expressions culturelles traditionnelles.

**Propriété intellectuelle.** Le terme “propriété intellectuelle” désigne les œuvres de l’esprit: les inventions, les œuvres littéraires et artistiques, et les symboles, noms, images et dessins et modèles utilisés dans le commerce. La propriété intellectuelle comprend deux catégories: la propriété industrielle, autrement dit les brevets, les marques, les dessins et modèles industriels, et les indications géographiques; et le droit d’auteur et les droits connexes. Les droits connexes du droit d’auteur sont ceux des artistes interprètes ou exécutants sur leurs prestations, des producteurs de phonogrammes sur leurs enregistrements et des organismes de radiodiffusion sur leurs émissions de radio et de télévision.

**Préservation.** L’acte de préserver de la détérioration, de la dégradation ou de la destruction; le fait d’en être préservé (Oxford English Dictionary).

**Protocole.** Aux fins de la présente publication, le terme “protocole” s’entend généralement d’un code de conduite ou d’une norme de comportement, émanant souvent d’une communauté ou d’une institution et considérée comme judicieux ou souhaitable.

**Publication.** La “publication” est un terme technique propre à la législation sur le droit d’auteur. L’un des droits exclusifs parfois accordés à un auteur est celui de publier son œuvre. La “publication” s’entend généralement de la mise à disposition, avec le consentement de l’auteur, d’exemplaires dont le nombre et le mode de fabrication satisfassent les besoins raisonnables du public. Le paragraphe 3 de l’article 3 de la Convention de Berne donne une définition des “œuvres publiées”<sup>355</sup>.

<sup>355</sup> Par “œuvres publiées”, le paragraphe 3 de l’article 3 précise qu’“il faut entendre les œuvres éditées avec le consentement de leurs auteurs, quel que soit le mode de fabrication des exemplaires, pourvu que la mise à disposition de ces derniers ait été telle qu’elle satisfasse les besoins raisonnables du public, compte tenu de la nature de l’œuvre. Ne constituent pas une publication la représentation d’une œuvre dramatique, dramatico musicale ou cinématographique, l’exécution d’une œuvre musicale, la récitation publique d’une œuvre littéraire, la transmission ou la radiodiffusion des œuvres littéraires ou artistiques, l’exposition d’une œuvre d’art et la construction d’une œuvre d’architecture.”

La définition exacte d'une œuvre "publiée" dépend du pays. Dans certains pays, comme l'Allemagne, les œuvres d'arts plastiques (comme les sculptures) sont considérées comme publiées si elles ont été rendues accessibles en permanence au grand public (le fait, par exemple, d'ériger une sculpture sur un terrain public constitue une publication en Allemagne). L'Australie, les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni ne considèrent qu'une œuvre protégée par le droit d'auteur est "publiée" que si des exemplaires en ont été distribués.

**Restauration.** L'acte, le processus ou le résultat de la restauration de quelque chose (en particulier d'une œuvre d'art ou d'une œuvre littéraire) pour lui faire retrouver son état intact ou parfait; rénovation ou reconstruction visant à faire retrouver à une chose son état (préssumé) original (Oxford English Dictionary).

**Sui generis.** Qui appartient en propre à; spécifique (Oxford English Dictionary).

**Titulaire.** Le titulaire des droits de propriété intellectuelle est la personne ou l'entité à laquelle ces droits appartiennent. Dans la législation sur le droit d'auteur, le titulaire original (initial) est généralement l'auteur. L'auteur peut décider de céder ou de concéder sous licence son droit d'auteur à un tiers. Dans les pays d'Europe continentale, les droits moraux sont généralement inaliénables (en France, par exemple, ils ne sont conférés qu'à l'auteur et ne peuvent pas être transférés; dans certains de ces pays, même les droits patrimoniaux ne sont pas transférables et ne peuvent qu'être concédés sous licence: c'est le cas en Allemagne). Il importe de noter la différence qu'il y a entre la possession de la manifestation physique d'une œuvre et celle du droit d'auteur sur cette œuvre. Par exemple, dans le cas de l'achat d'une peinture à l'huile originale, l'acheteur peut emporter chez lui la peinture, mais n'est pas autorisé à concéder sous licence une image de cette peinture à une institution culturelle.

## FAQ

Les scénarios, informations et réponses générales ci-après visent non pas à tenir lieu de conseils juridiques, mais à expliquer certains problèmes courants et à exposer certaines manières de les régler.

### 1. Quelle différence y a-t-il entre le droit d'auteur, les marques et les brevets?

Un **brevet** d'invention confère un droit de propriété à un inventeur pour une durée déterminée. Les conditions exigées pour la délivrance d'un brevet et les avantages procurés par celui-ci varient selon les pays, mais, en général, une invention doit être nouvelle (originale), non évidente (elle doit impliquer une activité inventive qui ne soit pas évidente pour une personne du métier) et utile. Les législations des différents pays présentent ces exigences de diverses façons, mais elles sont généralement assez semblables. Les législations peuvent également différer quant à l'objet brevetable; dans certains pays, par exemple, une forme de vie ne figure pas parmi les objets dont la brevetabilité est prévue par le régime des brevets.

Une **marque** est un mot, un nom, un symbole ou un dispositif qui est utilisé dans le commerce en association avec des produits ou services pour indiquer leur origine et les distinguer les uns des autres. Les marques servent à empêcher d'autres entités d'utiliser une marque semblable au point de prêter à confusion.

Le **droit d'auteur**, la forme de propriété intellectuelle que la présente publication traite le plus à fond, est une forme de protection conférée aux auteurs d'œuvres originales, parmi lesquelles les œuvres littéraires, dramatiques, musicales, artistiques et certaines autres œuvres de l'esprit, publiées ou non. Le droit d'auteur protège non pas l'objet, mais la forme d'expression. L'ensemble de droits associés à la protection par le droit d'auteur inclut notamment le droit d'autoriser la réalisation de copies et d'œuvres dérivées. Dans certains pays, le droit d'auteur englobe les droits moraux, qui permettent au titulaire du droit d'auteur d'exercer une sorte de "contrôle de qualité" sur son œuvre, que celle-ci soit ou non en sa possession.

### 2. Si le musée possède la manifestation physique d'une œuvre d'art, cela ne lui donne-t-il pas le droit d'utiliser ou de concéder sous licence l'image de cette œuvre d'art?

Non. Posséder une œuvre d'art sous sa forme physique est tout à fait distinct du fait d'être titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre. Dans nombre de pays, il est présumé que l'auteur ou l'artiste conserve le droit d'auteur, à moins que celui-ci ne soit expressément cédé ou accordé à une autre entité. Dans le contexte des expressions culturelles traditionnelles, un grand nombre d'institutions se sont dotées de politiques de promotion du consentement préalable donné en connaissance de cause en vue de la reproduction, de l'utilisation et de la présentation d'expressions culturelles traditionnelles, en accord avec les vœux de la communauté concernée.

### 3. Comment la législation sur le droit d'auteur fonctionne-t-elle au niveau international? Notre musée possède une collection contemporaine et nous exposons souvent des œuvres d'art contemporain provenant d'autres musées du monde. Que devons-nous savoir des législations sur le droit d'auteur des autres pays?

Il n'existe pas à proprement parler de législation internationale sur le droit d'auteur, mais une convention internationale sur le droit d'auteur à laquelle la plupart des pays sont parties, la Convention de Berne. L'un des aspects essentiels de cette convention est le concept de "traitement national", en vertu duquel les pays parties à la convention sont tenus d'accorder aux œuvres des ressortissants des autres pays membres le même traitement qu'aux œuvres de leurs propres ressortissants.

Cela dit, les expositions organisées dans le cadre de prêts inter-musées font souvent l'objet de contrats individuels, qui permettent à chaque musée de préciser la manière de gérer les questions de droit d'auteur. Par exemple, si votre musée, situé aux Pays-Bas, expose les peintures d'un artiste français qui conserve le droit d'auteur sur ses œuvres et que votre musée veuille produire des affiches d'exposition pour faire de la publicité pour l'exposition dans toute la ville d'Amsterdam, la législation néerlandaise sur le droit d'auteur s'appliquera aux peintures de cet artiste tant qu'elles se

trouveront aux Pays-Bas, à défaut d'un autre accord bilatéral régissant les expositions itinérantes et/ou d'un contrat passé entre vos deux institutions qui prévoirait des dispositions différentes. Pourtant, une institution culturelle d'origine exige souvent, pour prêter sa collection à une autre institution, que toute reproduction d'une partie quelconque de la collection soit réalisée par ses soins. La British Library, par exemple, subordonne ses prêts aux autres institutions au respect par elles des conditions énumérées ci-après:

#### Photographie, filmage et reproduction

- Les images destinées à la reproduction peuvent être obtenues auprès des Services d'imagerie de la British Library. L'emprunteur doit contacter ces Services en ce qui concerne les tarifs, la concession de droits sous licence et le droit d'auteur. Les commandes de reproductions doivent être passées en ligne et les demandes d'autorisation présentées également en ligne.
- Le filmage à des fins commerciales est interdit.
- L'autorisation de filmer à des fins promotionnelles ou éducatives doit être demandée à l'avance au responsable du registre des prêts.

#### Droit de publication

- Dans les cas où un objet n'a pas été publié et est publié ou présenté au public par l'emprunteur, tous les droits de publication doivent être rétrocédés à la British Library<sup>356</sup>.

Dans le cas des États-Unis d'Amérique, un contrat type sur cette question pourrait être libellé comme suit:

L'exposant convient que les œuvres visées par le présent accord ne sont prêtées qu'à des fins d'exposition et qu'il n'en sera pas fait d'autres utilisations, ces autres utilisations s'entendant notamment d'une exploitation commerciale, de radiodiffusions ou d'autres formes de reproduction. Il convient également que les œuvres seront conservées dans le lieu ci-après: \_\_\_\_\_, et ne seront pas déplacées ou présentées ailleurs sans autorisation expresse donnée par écrit<sup>357</sup>.

#### **4. En tant que musée possédant des œuvres protégées par le droit d'auteur et des œuvres faisant partie du domaine public, que devons-nous savoir sur les droits moraux?**

Les droits moraux sont un aspect de la législation sur le droit d'auteur qui peut varier considérablement d'un pays à l'autre. L'ensemble de droits moraux le plus solide est accordé en France; l'un des plus dilués est celui des États-Unis d'Amérique. C'est ainsi qu'en fonction de la loi en vigueur, les droits moraux s'appliquent aux œuvres d'art qui sont couvertes par la législation sur les droits moraux à un moment donné. Il s'impose donc de communiquer avec un artiste ou ses héritiers, la succession ou la société du droit d'auteur compétente pour toute utilisation de l'œuvre d'art qui risquerait de remettre en cause les dispositions relatives aux droits moraux. Ces derniers sont notamment le droit d'attribution à l'artiste, le droit à l'intégrité de l'œuvre d'art, le droit d'utiliser un pseudonyme et le droit de demeurer anonyme. Les atteintes aux droits moraux ont notamment consisté à repeindre une sculpture d'une couleur différente, à exposer une œuvre d'art dans un lieu différent de celui qui avait été spécifié au départ (œuvre d'art "édifiée sur un site particulier"), à démanteler en plusieurs morceaux une œuvre d'art réalisée en plusieurs parties et à ajouter des rubans et des couronnes à une sculpture à Noël. Si votre organisation travaille directement avec un artiste contemporain, commencez donc par vous enquérir de ses attentes en matière de présentation et d'attribution de ses œuvres et par répondre à ces attentes.

356 The British Library, About Us, Borrowing Items for Public Exhibition, consultable à l'adresse [www.bl.uk/aboutus/stratpolprog/borrow/index.html#sixten](http://www.bl.uk/aboutus/stratpolprog/borrow/index.html#sixten) (dernière consultation le 17 mars 2010).

357 Voir, p. ex., T. Crawford, Business and Legal Forms for Fine Artists, p. 63. Allworth Communications, Inc. (2005).

**5. Notre musée monte une exposition centrée sur le thème des tatouages tribaux. Nous préparons une élégante brochure à ce sujet et nous aimerions utiliser une photographie qui semble encore protégée par le droit d'auteur, mais au sujet de laquelle nous n'avons trouvé aucune information relative à l'identité du photographe. Pouvons-nous malgré tout utiliser cette photographie?**

Les œuvres orphelines sont une classe d'œuvres protégeables par le droit d'auteur dans le cas desquelles le titulaire de droits est impossible soit à identifier, soit à localiser. À l'heure actuelle, votre pays a probablement mis en place une procédure permettant de traiter ce type d'œuvres d'une façon appropriée. Certains pays ont engagé un processus législatif visant à mettre les œuvres orphelines à la disposition des parties qui, après une recherche raisonnablement diligente, ne sont pas parvenues à localiser un auteur ou un artiste.

**6. Nous qui sommes un petit musée abritant une importante collection d'œuvres d'art, mais dans un bâtiment de petites dimensions situé dans un quartier périphérique, il nous semble sage et conforme à notre mission de numériser notre collection. Toutefois, nous ne pouvons guère nous permettre de supporter de coûts autres que celui des moyens techniques de numérisation de nos œuvres d'art, comme celui des services d'un conseiller juridique. Quelle serait la meilleure façon de procéder?**

Cette FAQ n'est pas destinée de donner des conseils juridiques ou commerciaux, mais vous trouverez ci-après certains éléments à considérer au moment de prendre votre décision:

- Le fait de posséder un objet d'art ne confère pas à un musée le droit de le publier ou d'en réaliser une copie. Il s'agit là de droits de propriété intellectuelle distincts. Avant de numériser une œuvre d'art quelconque qui est toujours protégée par le droit d'auteur, assurez-vous que le musée a aussi reçu l'autorisation de le faire du titulaire du droit d'auteur, que ce soit l'artiste lui-même, sa succession ou une société de perception.
- La numérisation de toute une collection coûte cher. Indépendamment des compétences techniques informatiques, il est essentiel de conserver soigneusement une trace du processus de numérisation et il est très probable qu'il ne s'agira pas d'une activité ponctuelle car les acquisitions et les reventes s'inscrivent dans la pratique régulière de la plupart des musées.
- Si la dimension commerciale de la numérisation d'une collection sort du cadre de la présente publication, certains aspects essentiels de la numérisation qui ont trait à la propriété intellectuelle ne doivent pas être négligés; il s'agit notamment des aspects suivants:

**Œuvres d'art protégées par le droit d'auteur:** Avant de photographier et/ou de numériser une œuvre, un musée doit s'assurer qu'il y est autorisé. Les autorisations doivent être obtenues de l'artiste qui a créé l'œuvre qui est l'objet de la photographie numérisée, de la succession de l'artiste ou du détenteur du droit d'auteur autorisé.

**Photographies protégées par le droit d'auteur:** La numérisation d'une photographie existante est également une reproduction aux fins de la législation sur le droit d'auteur; les musées doivent donc s'assurer qu'ils ont le droit de numériser cette photographie. Un musée peut soit détenir le droit d'auteur sur une photographie, soit obtenir une licence du photographe (ou de sa succession ou de son représentant).

**Droits moraux:** Les droits moraux peuvent poser un problème dans le cas de la numérisation d'une œuvre d'art. Si, par exemple, la colorisation est trop différente de l'original ou l'image devient floue ou est mal cadrée, ces droits peuvent être un facteur. Il serait fastidieux de vérifier chaque image numérique avec un artiste ou un photographe, mais un musée peut obtenir une renonciation totale ou partielle aux droits moraux pour de petits défauts aux fins de la numérisation ou conclure un autre arrangement mutuel avec l'artiste ou le photographe.

**7. S'agissant de numériser une collection et/ou d'avoir une présence en ligne, qu'est-ce que mon institution doit savoir sur les informations à donner aux visiteurs de sites Web sur la politique de droit d'auteur?**

La législation sur le droit d'auteur fonctionne que le public soit informé ou non. Un exemple concret en est fourni par une vignette qui montre un livre protégé par le droit d'auteur, une personne et une photocopieuse. Chacun est censé savoir, par exemple, qu'il est illégal de photocopier le livre dans son intégralité pour un ami. La plupart des livres insèrent sur la page de titre une mention de réserve du droit d'auteur qui informe les lecteurs potentiels sur ce qu'ils peuvent faire et ne pas faire avec le livre. Les sites Web fonctionnent à peu près de la même façon, bien que leur

caractère numérique rend la reproduction beaucoup plus facile et moins coûteuse qu'en utilisant une photocopieuse. La mention de réserve du droit d'auteur s'y présente de diverses manières. Un exemple de mention courante est fourni par le site de la photothèque des National Galleries of Scotland:

La photothèque gère des archives photographiques contenant plus de 100 000 images d'œuvres de la collection des National Galleries of Scotland et d'œuvres prêtées à long terme. Toute reproduction de nos œuvres est soumise à autorisation. Nous pouvons fournir une assistance et accorder les autorisations et licences nécessaires à l'utilisation de ces images à des fins commerciales, journalistiques et scientifiques.

Formats: Les œuvres sont disponibles sous forme de diapositives en couleur de 12,5 cm x 10 cm, d'épreuves noir et blanc, d'épreuves couleur et, pour certaines d'entre elles, de fichiers numériques.

The Picture Library, National Galleries of Scotland, Dean Gallery, 73 Belford Road, Edinburgh, EH4 3DS

Tél.: + 44 (0)131 624 6258 ou 6260; Tlcp.: + 44 (0)131 623 7135

Mél.: [picture.library@nationalgalleries.org](mailto:picture.library@nationalgalleries.org)

La rubrique Collections en ligne présente également une partie de la collection des National Galleries of Scotland Collection.

Nous sommes membres de la British Association of Picture Libraries and Agencies et partenaires d'Images of Art and Culture, un groupe de commercialisation s'occupant des collections culturelles nationales. Un certain nombre de nos images peuvent également être visualisées via le SCRAN (Scottish Cultural Resources Access Network, réseau écossais d'accès aux ressources culturelles). Par ailleurs, nous appuyons la Picture Research Association<sup>358</sup>.

L'information est présentée d'une façon simple. Elle ne se réfère à la législation sur le droit d'auteur qu'en indiquant que la reproduction est soumise à autorisation et elle fournit les coordonnées de la photothèque de façon que toute personne souhaitant reproduire des œuvres puisse solliciter son assistance. Un autre exemple de politique de droit d'auteur dans lequel la collection numérisée contient des informations éventuellement sensibles est celle du National Museum of the American Indian (NMAI). La page Web de la Smithsonian (utilisée pour toutes les institutions membres de la Smithsonian, y compris le NMAI) est trop longue pour être citée dans son intégralité, mais on y trouve des explications étoffées concernant le type de contenus qui est protégé par les lois sur la propriété intellectuelle, ce qu'il faut entendre par usage loyal, les limitations apportées à l'utilisation commerciale, la manière dont les marques sont utilisées sur le site Web et l'utilisation des liens renvoyant aux sites Web de tiers. L'institution précise ensuite que le texte et les images qui se trouvent sur le site Web sont reproduits sans garantie quant à leur valeur marchande, leur pertinence pour un but bien précis et l'absence de contrefaçon, et que le téléchargement, l'impression ou toute autre utilisation du site Web relève de la responsabilité exclusive de l'utilisateur de ce site et que ledit utilisateur s'engage à ne faire du contenu qu'un usage loyal. De plus, la page Web énonçant la politique de droit d'auteur comporte une section de FAQ présentant une vue d'ensemble de l'utilisation des images selon divers scénarios, concernant par exemple l'obtention d'une autorisation ou l'utilisation d'images dans un devoir scolaire<sup>359</sup>.

En conséquence, la politique de droit d'auteur ne peut pas être présentée d'une manière uniforme. Pour mieux informer les visiteurs de votre site Web, il vaut mieux exposer votre politique de droit d'auteur que de vous contenter de dire "tous droits réservés" ou que d'utiliser d'autres formules juridiques que le public risque de ne pas comprendre.

## **8. Qu'entend-on par "droits de la personnalité", "droit de publicité" et "droit au respect de la vie privée"? Se rattachent-ils à la propriété intellectuelle? Qu'est-ce que mon institution a besoin de savoir à leur sujet?**

Le droit relatif à la confidentialité ne se situe pas dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle, mais il arrive que les deux s'appliquent dans une même situation. Comme pour n'importe quel autre domaine du droit, les pays n'abordent pas les notions juridiques de manière identique. Dans l'ensemble, toutefois, les droits de la personnalité sont compris comme englobant le droit de publicité et le droit au respect de la vie privée. Le droit de publicité fonctionne de la même façon qu'une marque: c'est le droit d'empêcher que son image ne soit exploitée commercialement sans autorisation ou rémunération prévue par contrat. Le droit au respect de la vie privée – qui est en soi un domaine du droit vaste et controversé – est parfois entendu comme le droit d'être laissé en paix et peut également revêtir d'autres caractéristiques, tout en opérant en général dans un contexte non commercial.

358 Voir [www.natgalscot.ac.uk/index.asp?centre=html/8-pubs/8\\_pubsFS.asp?status=picture](http://www.natgalscot.ac.uk/index.asp?centre=html/8-pubs/8_pubsFS.asp?status=picture) (dernière consultation le 17 mars 2010).

359 Voir [www.si.edu/copyright/](http://www.si.edu/copyright/) (dernière consultation le 17 mars 2010).

Les musées ont affaire à ces domaines du droit lorsque, par exemple, ils vendent dans leur boutique de cadeaux des œuvres dérivées qui présentent l'image d'une personne. Le Museum of Contemporary Art de Los Angeles vendait toute une gamme de produits, tels que des blocs cubes de notes et des T-shirts portant l'image d'un photocolage de l'artiste Barbara Kruger. L'œuvre de Kruger inclut une photographie réalisée par un tiers montrant l'œil droit partiellement agrandi d'une femme recouvert de la phrase "Le monde est petit, mais pas si on doit le nettoyer." La femme dont l'œil a été utilisé pour la photographie – puis pour le photocolage – a allégué que l'œuvre portait atteinte à son droit au respect de la vie privée ainsi qu'au droit d'auteur du photographe. Elle n'a obtenu gain de cause dans aucune de ses prétentions, mais cet exemple illustre des questions qui n'ont pas été étudiées à fond au niveau du cadre juridique international. S'il s'était agi d'un autre pays que les États-Unis d'Amérique, si la femme avait été célèbre ou si une plus grande partie de son visage avait été montrée sur le photocolage, le résultat aurait pu être différent. De même, les États-Unis d'Amérique ont permis au principe de la liberté d'expression d'éclipser le droit de publicité en ce qui concerne une peinture représentant le joueur de golf Tiger Woods, mais il aurait pu en être autrement dans d'autres pays.

S'agissant des expressions culturelles traditionnelles, cette question pourrait inciter à se montrer plus vigilant. Certaines tribus et cultures considèrent comme très insultante la reproduction de l'image des anciens de la tribu, par exemple. Il n'existe pas de régime juridique distinct dans cet ordre d'idées pour les expressions culturelles traditionnelles, mais les musées doivent veiller à promouvoir leurs relations avec les tribus ou groupes culturels dont ils exposent et gèrent les créations. D'une façon générale, il appartient aux musées d'assimiler la législation relative au droit au respect de la vie privée et au droit de publicité en vigueur dans leur pays de façon à ne pas exposer et à ne pas reproduire l'image de personnes qui n'ont pas donné leur consentement à l'artiste ou au photographe pour l'activité projetée par l'un ou l'autre.

### **9. Quelle relation existe-t-il entre le droit d'auteur et la marque? Une marque peut-elle également être protégée par le droit d'auteur? Et dans quelle catégorie les expressions culturelles traditionnelles rentrent-elles?**

En général, le droit des marques et la législation sur le droit d'auteur jouent indépendamment l'un de l'autre, mais aucun des deux mécanismes juridiques n'interdit à l'autre de s'appliquer. Par exemple, le Rijksmuseum d'Amsterdam utilise un graphique en guise de logo. Il place ostensiblement ce logo sur ses publications et sur les matériels publicitaires liés à ses expositions. Ce logo fait donc office de marque. Toutefois, il est aussi protégeable par le droit d'auteur en tant qu'expression originale. On le trouve sur le site Web du Musée, avec toute une série d'autres matériels protégés par le droit d'auteur, qu'il s'agisse de graphisme ou d'informations relatives aux expositions. Une expression culturelle traditionnelle représentée sous la forme d'un symbole ou d'un signe pourrait apparemment rentrer elle aussi dans les catégories du droit d'auteur et des marques, même si, comme l'indique de bout en bout le présent précis, il s'agit d'une question non réglée au plan international et à l'intérieur de la plupart des pays. Juridiquement, il existe des raisons pour lesquelles une expression culturelle traditionnelle pourrait ou pourrait ne pas être protégeable par le droit d'auteur et il pourrait y avoir des raisons incitant les membres de la tribu ou du groupe auquel cette expression appartient à s'opposer à ce qu'elle soit protégée par le droit d'auteur. Si une expression culturelle traditionnelle est utilisée en tant que marque (pour identifier des produits ou des services commercialisés), le groupe ou la tribu autochtone d'où cette expression provient peut ou peut ne pas tolérer cette utilisation, de sorte que, même si une expression culturelle traditionnelle peut légalement ou techniquement être utilisée en tant que marque, il n'est probablement guère judicieux de le faire à moins d'avoir obtenu le consentement préalable et donné en connaissance de cause du groupe culturel concerné.

### **10. Qu'est-ce que mon institution a besoin de savoir sur la protégeabilité de notre bâtiment par le droit d'auteur? Nous avons récemment dépensé beaucoup d'argent pour le faire rénover par un célèbre architecte, et une boutique touristique locale vend des cartes postales représentant ce bâtiment.**

Dans certains pays, un bâtiment visible d'un lieu public (rue, parc, etc.) peut être photographié et cette photographie peut être utilisée à des fins commerciales sans qu'il soit porté atteinte au droit d'auteur de l'architecte ou du propriétaire du bâtiment. Cela est expressément stipulé dans les législations des États-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni et du Japon, par exemple. Il y a toutefois des exceptions. À Paris, un dispositif d'illumination a été installé sur la Tour Eiffel et il est interdit de le photographier; il est donc interdit de photographier la Tour la nuit<sup>360</sup>. À New York, le Flatiron Building a de son côté acquis le statut d'une marque de la société Newmark & Co. Real Estate. Cette société a été amenée

360 La Tour Eiffel, FAQ, consultable à l'adresse [www.tour-eiffel.fr/teiffel/uk/pratique/faq/index.html](http://www.tour-eiffel.fr/teiffel/uk/pratique/faq/index.html) (dernière consultation le 17 mars 2010). "Les vues de la tour Eiffel de jour sont libres de droits. La publication de photos de la tour Eiffel illuminée est soumise à autorisation et à versement de droits auprès de la Société d'Exploitation de la Tour Eiffel (SETE)." *Id.*

à régler à l'amiable certaines affaires portant sur des reproductions du bâtiment. Cela étant, en vertu de la règle internationale générale, les bâtiments qui sont visibles d'un lieu public peuvent être photographiés et ces photographies peuvent être utilisées à des fins commerciales, qu'il s'agisse de cartes postales ou de films.

### **11. Qu'est-ce qu'une "imagerie"? Est-il licite d'utiliser des images sans obtenir l'autorisation du titulaire du droit d'auteur?**

S'agissant de la structure d'un site Web, une "imagerie" s'entend généralement d'une image miniature. Elle sert à faciliter la reconnaissance, comme un index textuel le fait pour les mots. Les moteurs de recherche visuelle comme Google Images® utilisent des images. Leur utilisation dans le contexte d'un site Web culturel peut dépendre de plusieurs facteurs. Aux États-Unis d'Amérique, dans une affaire jugée en 2003, un tribunal du neuvième circuit a considéré que les images constituaient un usage loyal d'images protégées par le droit d'auteur. L'affaire concernait un photographe dont les photographies avaient été incorporées sous formes d'images dans un moteur de recherche. Le principe de l'usage loyal peut donc s'appliquer aux États-Unis d'Amérique à un tel scénario, mais cela ne règle pas la question des droits moraux du photographe. Un(e) artiste peut ne pas souhaiter que sa peinture ou sa photographie soit, après avoir été réduite, affichée sur le site Web d'un musée comme représentative de son travail. De plus, dans d'autres pays, l'utilisation d'une image peut ne pas du tout être considérée comme relevant de l'usage loyal. En Australie, par exemple, le champ d'application de la dérogation au titre de l'"usage loyal" est actuellement beaucoup plus restrictif. Dans la mesure où une institution culturelle entend présenter les œuvres d'art qu'elle abrite sous le jour le plus favorable, elle doit envisager la question de l'utilisation des images en tenant compte de bien des aspects, parmi lesquels les droits moraux et les complexités relatives aux expressions culturelles traditionnelles, la mission du musée et ses relations avec les artistes dont il expose les œuvres, et le but des images (utilisées uniquement à des fins d'indexation ou de présentation au public).

### **12. Que pourrions-nous ajouter à notre site Web pour promouvoir le consentement préalable donné en connaissance de cause à l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles, même si ce n'est pas une obligation légale?**

Vous pouvez prendre plusieurs mesures dynamiques pour gérer votre collection d'une façon appropriée. Tout d'abord, abordez les questions dans la section "droit d'auteur" ou "reproductions" de votre site Web. Expliquez certaines des différences existant entre la législation sur le droit d'auteur de votre pays et les aspirations ou exigences de la culture dont vous exposez les œuvres d'art (si vous vous êtes déjà assurés que l'exposition même de ces œuvres ne pose pas de problème aux représentants de la culture en question). Familiarisez-vous avec les cultures dont vous exposez ou représentez les œuvres. Par exemple, le National Museum of Australia Canberra affiche un "avertissement" en haut de ses pages Web: "Les Australiens autochtones sont avisés que ce site Web contient l'image ou le nom de personnes à présent décédées."<sup>361</sup>

Vous pourriez également envisager une gestion numérique des droits. Il est possible de "protéger" par des moyens techniques des images Web contre le téléchargement ou la modification ou d'utiliser la technologie "Flash" de façon que les images ne soient pas fixes et soient, de ce fait, impossibles à télécharger<sup>362</sup>.

### **13. Mon institution, qui abrite une riche collection d'art et d'archéologie tribaux, conclut souvent des contrats avec d'autres institutions culturelles du monde entier aux fins de l'organisation d'expositions itinérantes. Étant donné qu'il n'existe aucun instrument juridique applicable au plan international pour la protection ou la manipulation appropriée des pièces en question, que pouvons-nous faire pour garantir le respect de nos politiques par un musée hôte?**

Les contrats bilatéraux sont pour votre musée un très bon moyen de formuler ses attentes, voire des exigences spécifiques concernant la manipulation et l'éventuelle reproduction de certaines pièces délicates. L'Institut de Cultura: Museu de Ciències Naturals de Barcelone, par exemple, insère à cette fin une clause dans ses Conditions régissant les prêts d'œuvres du Musée:

361 Voir, p. ex., Collaborating for Indigenous Rights, The National Museum of Australia Canberra, consultable à l'adresse <http://indigenoustrights.net.au/> (dernière consultation le 25 mars 2010). [www.nma.gov.au/Indigenoustrights/default.html?aID=14](http://www.nma.gov.au/Indigenoustrights/default.html?aID=14). Voir aussi Autorisations pour le filmage, la prise de vues et la représentation artistique à des fins commerciales, Parc national d'Uluru – Kata Tjuta, "Toutes les équipes de tournage commercial, et tous les photographes, artistes et ingénieurs du son doivent demander l'autorisation de mener des activités de caractère commercial dans le parc", consultable à l'adresse [www.environment.gov.au/parks/uluru/visitor-information/permits-commercial.html](http://www.environment.gov.au/parks/uluru/visitor-information/permits-commercial.html) (dernière consultation le 25 mars 2010).

362 Voir, p. ex., Christie's, consultable à l'adresse [www.christies.com/](http://www.christies.com/) (dernière consultation le 25 mars 2010).

La publication – sous forme de photographie, de film, de vidéo, de DVD, de moules, ou tout autre type de reproduction des spécimens prêtés – doit être préalablement autorisée par le Musée. Il appartient au technicien compétent du Musée d'approuver la réalisation des reproductions destinées à des publications scientifiques. Il revient à la direction du Musée d'autoriser la reproduction des œuvres prêtées aux fins de programmes publics ou commerciaux et de fixer les conditions de cette reproduction<sup>363</sup>.

La manipulation et la reproduction de pièces culturelles incorporant des expressions culturelles traditionnelles donneraient lieu à la formulation de clauses différentes, mais il importe de noter que votre musée peut exiger le respect de toutes les conditions que vous jugerez nécessaires à une manipulation efficace et appropriée de votre collection.

**14. Les peuples autochtones et les communautés traditionnelles ne pourraient-ils pas utiliser les systèmes de propriété intellectuelle en vigueur pour tirer un profit commercial de leurs cultures? La boutique de cadeaux de mon institution présente plusieurs souvenirs et bijoux inspirés de leurs traditions et ces articles se vendent très bien.**

Certaines tribus et certains groupes culturels ne demandent pas mieux que de commercialiser certaines parties de leur patrimoine culturel. Dans cet esprit, les Maoris de Nouvelle-Zélande et certains groupes autochtones de l'Alaska ont créé des marques de certification qui montrent aux consommateurs éventuels que certaines œuvres d'art ou certains objets artisanaux sont authentiquement fabriqués par des membres de ces groupes. Cela dit, le fait de tirer un bénéfice du patrimoine culturel n'est pas toujours quelque chose qui intéresse les autochtones; le maintien de l'intégrité et du respect de certaines expressions culturelles traditionnelles revêt une importance capitale.

Il arrive souvent que des personnes qui n'appartiennent pas à un certain peuple ou une certaine communauté vendent des articles de "fauxklore" de qualité médiocre en les présentant comme des objets authentiques. Si votre institution vend des produits qui sont "inspirés", mais non "fabriqués" par un certain peuple ou une certaine communauté, vous devez le faire clairement savoir au public.

**15. En ma qualité de créateur de bijoux inspirés par les œuvres exposées au Musée du Quai Branly à Paris, que dois-je mentionner – ou ne pas mentionner – au moment de commercialiser mes bijoux?**

La réponse à votre question dépend pour beaucoup des caractéristiques de votre situation. Pour montrer le respect que vous avez pour le peuple ou la culture qui vous inspire, il peut être judicieux de le mentionner sur l'étiquette que vous attachez à vos bijoux. Cela étant, si vous interprétez de façon incorrecte – involontairement ou non – des symboles culturels importants et déformez d'une façon ou d'une autre des images pouvant être jugées choquantes par les représentants de cette culture, le fait d'établir un lien entre votre travail et leur patrimoine culturel peut être considéré comme insultant. Si possible, prenez contact avec le conservateur du musée, celui-ci pouvant être en relations de travail avec le peuple ou la communauté dont l'art inspire votre travail, et demandez-lui de vous indiquer si et comment vous devez en mentionner la source.

Pour le reste, la présente publication traite de certaines des caractéristiques des "œuvres dérivées", de l'atteinte au droit d'auteur et de l'appropriation illicite. Lorsque vous faites de la publicité pour vos bijoux ou lorsque vous les vendez, vous ne devez jamais les présenter comme s'ils avaient été fabriqués ou cautionnés par un peuple ou une communauté, à moins que cela ne soit le cas. Pour déterminer si et comment vous devez rendre honneur à la culture dont vous tirez vos idées, la communication directe est souvent la meilleure voie à suivre, sans oublier les tactiques de commercialisation transparentes indiquant que vos œuvres ne sont pas celles d'artisans autochtones.

363 Institut de Cultura: Museu de Ciències Naturals, Ajuntament de Barcelona, Conditions régissant les prêts d'œuvres du Musée, consultable à l'adresse [www.bcn.es/museociencias\\_fixers/imatges/FitxerContingut7453.pdf](http://www.bcn.es/museociencias_fixers/imatges/FitxerContingut7453.pdf) (dernière consultation le 18 mars 2010).

## BIBLIOGRAPHIE

- Adewopo A., *Protection and Administration of Folklore in Nigeria*, SCRIPT ed, vol. 3, Issue 1, March 2006.
- Anderson J. and G. Koch, "The Politics of Context: Issues for Law, Researchers and the Compilation of Databases" In *Researchers, Communities, Institutions, Sound Recordings* edited by L Barwick, A Marett and J Simpson. Sydney. University of Sydney, 2004.
- Anderson, J., "The Making of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law in Australia" *International Journal of Cultural Property*, 12(2)
- Anderson, J., *Access and Control of Indigenous Knowledge in Libraries and Archives: Ownership and Future Use, Correcting Course: Rebalancing Copyright for Libraries in the National and International Arena*, American Library Association and The MacArthur Foundation Columbia University, New York, May 5 7 2005.
- Anderson, J., *LAW, KNOWLEDGE, CULTURE: THE PRODUCTION OF INDIGENOUS KNOWLEDGE IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW* Edward Elgar Press (2008).
- Anderson, M. L., *Who Will Own Art Museum's IP Content?* The Art Newspaper, Nov. 1, 2005.
- Auther, J., *Use of Sacred Symbol Causes New Mexico Controversy*, CNN.com, citant Ysidro Pino, un ancien de la tribu indienne du Pueblo de Zia.
- Bailey, M. *Don't Return Artefacts to Nigeria*, The Art Newspaper, Jan. 10, 2000
- Bailey, M. *The Met and Louvre are Behaving Unethically*, The Art Newspaper, Jan. 9, 2001
- Blake, J., 2006, Commentary on the UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage.
- Bowrey K. and J. Anderson, 'The Politics of Global Information Sharing: Whose Cultural Agendas are Being Advanced?', *Social & Legal Studies*, vol. 18, n° 4, 479 504 (2009)
- Boylan, P., *International Journal of Intangible Heritage*, vol. 1, 2, 3, 2006 ff Seoul: The National Folk Museum of Korea
- Brown, M., *WHO OWNS NATIVE CULTURE?* Harvard University Press: Harvard, 2004
- Clavir, M., 2002, *Preserving what is valued*, UBC Press, Vancouver – Toronto.
- Crawford, T., *Business and Legal Forms for Fine Artists*, p. 63. Allworth Communications, Inc. (2005).
- Diamond B., "Reconnecting: University Archives and the Communities of Newfoundland" in Anna Hoefnagels and Gordon E. Smith, eds. *Folk Music, Traditional Music, Ethnomusicology. Canadian Perspectives, Past and Present*, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 3 12, 2007.
- Dubuc, E. and L. Turgeon (eds.), 2004, *Musées et premières nations*, *Anthropologie et Sociétés*, 2004, vol. 28, n° 2, Québec.
- Farley, C., *Protecting Folklore: Is Intellectual Property the Answer?* *Connecticut Law Review*, vol. 30, 1997.
- Feliciano, H., *The Lost Museum: The Nazi Conspiracy to Steal the World's Greatest Works of Art* (Basic Books, 1998)
- Fitz Gibbon, K., *Who Owns the Past?: Cultural Policy, Cultural Property, and the Law* (Rutgers University Press, 2005).
- Flessas T. (2008), 'The Repatriation Debate and the Discourse of the Commons' *Social and Legal Studies* 17(3): 387 405.
- Gumbula, N., "Nurturing the Sacred through Yolngu Popular Song" (2002) 2(69) *Cultural Survival*.
- Hollowell J. and G. Nicholas (editors). "Decoding Implications of the Genographic Project for Cultural Heritage Studies," Special Section, *International Journal of Cultural Property*, vol. 16, n° 2, 2009.
- Hudson E. and A. T. Kenyon, *Copyright and Cultural Institutions: Guidelines for Digitisation*, The University of Melbourne, Melbourne Law School, February 2006

- Hudson, E., "Cultural Institutions, Law and Indigenous Knowledge: A Legal Primer on the Management of Australian Indigenous Collections," Intellectual property Research Institute of Australia, University of Melbourne, 2006
- Huffmann, K. (1999) "Communities and Fieldworkers: The Vanuatu Experience", OCEANIA, vol. 70, n° 1
- Intangible Cultural Heritage, Leicester: Institute of Art and Law.
- Janke, T., "Our Culture: Our Future, Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights" (1999)
- Janke, T., *Beyond guarding ground— The case for a National Indigenous Cultural Authority*
- Karp, C., *Internationalized Domain Names in the Management of Cultural Heritage*, 27th Internationalization and Unicode Conference, Berlin, Germany, April 2005
- Kruth L. and H. Kruth, *The Question of Copyrighting Art Restorations*, WAAC Newsletter, vol. 3, n° 3, Sept. 1981.
- MacDonald, J. *Aboriginal Art Dealers Fight Back*, The Art Newspaper, Issue 184, September 10, 2007.
- Mahina, K. (2004) "Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa: The Case of the Intangible Heritage", ICME papers
- Merryman J. H. and A. E. Elsen, LAW, ETHICS AND THE VISUAL ARTS. Chapter 3, Who Owns the Past? Kluwer Law International (4th ed., 2004).
- Mills, S., "Indigenous Music and the Law: An Analysis of National and International Legislation" 1996 Yearbook for Traditional Music, 28 (1996), 57 to 85.
- Myers, F., PAINTING CULTURE: THE MAKING OF AN ABORIGINAL HIGH ART, Duke University Press: Durham, 2002.
- Oguamanam, C., "International Law and Indigenous Knowledge: Intellectual Property Rights, Plant Biodiversity, and Traditional Medicine," University of Toronto Press, (2006)
- Patton, P., *Trademark Battle Over Pueblo Sign*, The New York Times, Jan. 13, 2000.
- Pessach, G., Museums, Digitization and Copyright Law – Taking Stock and Looking Ahead, Journal of International Media and Entertainment Law, 2007.
- Reid, M., *Copyrighting Art Restorations*, Bulletin, Copyright Society of the U.S.A. vol. 28, n° 3, Feb. 1981.
- Riding, A., *Paris Opens a Museum for Non Western Art*. The International Herald Tribune, June 21, 2006.
- Rimmer, M., 'Albert Namatjira: copyright estates and traditional knowledge' Australian Library and Information Association June 2003.
- Rimmer, M., *A Right of Resale? Indigenous Art under the Hammer*, ABC Australia, July 27, 2007
- Rose, M., "Authors and Owners: The Invention of Copyright", Harvard University Press (1995)
- Sandler, F., "Music of the Village in the Global Marketplace – Self Expression, Inspiration, Appropriation, or Exploitation?" Ph.D. Dissertation, University of Michigan, 2001
- Senftleben, M., *Copyright, Limitations and the Three Step Test: An Analysis of the Three Step Test in International and EC Copyright Law* (Kluwer Law International, 2004).
- Tanner, S. and M. Deegan, Exploring Charging Models for Digital Cultural Heritage, A HEDS Report on behalf of the Andrew W. Mellon Foundation, June 2002
- Theurich, S., *Le patrimoine artistique et culturel: règlement des différends*, Magazine de l'OMPI, n° 4, 2009
- UNESCO, *Museum International* 221 222, 2004, Intangible Heritage, Paris.
- Vaidhyathan, S., COPYRIGHTS AND COPYWRONGS, 152. New York University Press, 2001.
- Vaver, D., *Copyright Law*, (Irwin Law, Toronto, 2000)
- Wichard, C. and W. Wendland, *Mediation as an Option for Resolving Disputes between Indigenous/Traditional Communities and Industry concerning Traditional Knowledge*, in *Art and Cultural Heritage: Law, Policy, and Practice*, Barbara T. Hoffman (ed.), Cambridge University Press, 2006.
- Guide OMPI de gestion de la propriété intellectuelle à l'intention des musées, 2008, établi par Pantalony, R.

OMPI, "Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore", publication de l'OMPI n° 785.

OMPI, "Le respect de la culture: études de cas sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles", publication de l'OMPI n° 781, établie par Janke, T.

Woodmansee M. and P. Jaszi, "The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature", Duke University Press (1994).

Ying, K. C., *Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions: To What Extent is Copyright Law the Solution?* Journal of Malaysian and Comparative Law, 2005, vol. 32, n° 1

# INDEX

## A

Adaptation	18, 36, 94, 98
AFC	8, 53, 55, 62
Affaire des tapis	33
Appropriation illicite	21, 28, 107
Arbitrage	72
Article 15.4) de la Convention de Berne	35, 39
Auteur	15, 29, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 58, 93, 94, 96, 100
Auteur inconnu	39

## B

Base de données	6, 17, 77, 97
-----------------	---------------

## C

Centre de l'OMPI	75
Compilation	17, 30
Convention de Berne	17, 25, 34, 36, 39, 41, 43, 46, 95, 96, 99
Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (UNESCO, 2003)	20
Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 2005	20
Creative commons	56, 57, 58

## D

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	14
Déclaration sur les droits des peuples autochtones	14
Dichotomie idée-expression	32
Domaine public	5, 17, 29, 35, 37, 38, 41, 42, 53, 55, 61
Droit d'auteur de la Couronne	55, 58
Droit de suite	47
Droits connexes	5, 9, 58, 99
Droits de l'homme	14
Droits moraux	25, 26, 43, 44, 52, 63, 64, 102
Droits patrimoniaux	45, 58, 59

## E

Effort intellectuel	28, 30
Exception/limitation	44
Exception ou limitation	51
Expertise	72, 73

## F

Fixation	18, 34, 35
Flickr	62

## G

Gestion des risques	6
Global Sound Project	8, 20, 61
Guide OMPI de gestion de la propriété intellectuelle à l'intention des musées	6, 22

**I**

IGC de l'OMPI	53
Instance permanente	14
Internet	8, 20, 44, 51, 60, 61, 62, 63, 69, 70, 81, 83, 84

**L**

Library of Congress	62
Litiges	6, 74
Loi coutumière	49, 91, 95
Loi type pour le Pacifique Sud	88

**M**

Marques	6, 65
Médiation	72, 73, 74

**N**

Numérisation	6, 13, 81
--------------	-----------

**O**

Oeuvre dérivée	35, 98
OMC	8
Originalité	26, 27, 29, 34, 52, 98

**P**

Passing off	26
Projet de dispositions	19
Projet relatif au patrimoine créatif	6, 23
Protection perpétuelle	41

**R**

Régime de licence	63
Restauration	51

**S**

Sacré ou spirituel	32, 49, 54
<i>Sui generis</i>	17, 18, 31, 32, 36, 37, 66, 94

**T**

Titularité	9, 12, 25, 54, 55, 58
------------	-----------------------

**U**

USPTO	8, 66
Utilisation impropre	18, 19, 28, 65

**W**

WPPT	8, 17, 58, 59, 60
------	-------------------

## LES AUTEURS



### Molly Torsen

Au moment où elle a participé à l'établissement de la présente publication, Molly était Vice-Présidente de l'Institut international de la propriété intellectuelle (IPI) de Washington, DC. Elle est à présent spécialiste du commerce international auprès de l'Office of Intellectual Property Rights du Ministère du commerce des États-Unis d'Amérique. Elle est titulaire d'une licence de français et d'un doctorat en droit de l'Université de Washington à Seattle. Les recherches juridiques qu'elle a effectuées antérieurement dans le cadre d'une bourse de recherche à l'Arts and Humanities Research Council de la Faculté de droit de l'Edinburgh University étaient axées sur la législation internationale relative au droit d'auteur en ce qu'elle a trait à l'art contemporain; et elle a travaillé sur les questions liées au droit d'auteur dans le monde numérique au Berkman Center for Internet and Society. Elle achève actuellement la rédaction d'un livre sur les liens entre l'art et le droit de la propriété intellectuelle, que doit publier l'Institute of Art and Law en 2011. Avant ses études juridiques, Molly a travaillé dans une maison de vente aux enchères d'œuvres d'art et dans des musées.



### Jane Anderson

Mme Jane Anderson est maître assistant au Center for Heritage and Society de la Faculté d'anthropologie de l'Université du Massachusetts et chargée de cours de droit à la Faculté de droit de la New York University. Elle est titulaire d'un doctorat de la Faculté de droit de l'Université de Nouvelle-Galles du Sud en Australie. Elle s'est spécialisée dans l'étude des problèmes philosophiques et pratiques liés au droit de la propriété intellectuelle et à la protection des savoirs et du patrimoine culturel des communautés autochtones et traditionnelles. Ses publications les plus récentes sont *Law, Knowledge, Culture: The Production of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law*, Edward Elgar Press, 2009 et *Indigenous/Traditional Knowledge and Intellectual Property Issues Paper* (note de synthèse sur les questions relatives aux savoirs autochtones et traditionnels et à la propriété intellectuelle), Center for the Study of the Public Domain, Duke University, 2010. Mme Anderson a été titulaire de bourses de recherche octroyées par la Duke University, la New York University, l'Edinburgh University, la Smithsonian Institution et l'Institut australien d'études sur les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres. Ses projets les plus récents portent sur le développement d'options en matière de règlement des litiges et de médiation dans l'optique des questions relatives à la propriété intellectuelle et aux savoirs autochtones (voir aussi *Resolving Intellectual Property Disputes Related to Traditional Knowledge, Genetic Resources and Traditional Cultural Expressions – The Role of Mediation and Arbitration*, OMPI, à paraître prochainement) et sur les ateliers communautaires axés sur l'établissement de protocoles culturels.

## REMERCIEMENTS

### Molly Torsen

La présente publication n'aurait pas vu le jour sans la vision, la collaboration et l'assistance constante de Wend Wendland, de l'OMPI, à qui je suis extrêmement reconnaissante. Je tiens également à remercier Jane Anderson pour sa collaboration inestimable, ainsi que Brigitte Vézina et Jessyca Van Weelde, de l'OMPI. Ce projet a été des plus intéressants et enrichissants, étant donné l'étendue des expériences et perspectives nationales dans lesquelles l'équipe a puisé. Enfin, je remercie bien sincèrement Brennan Cain, Daniel Laster, Sean O'Connor et Patricia Failing pour m'avoir présenté certains des sujets traités ici. Mes remerciements personnels vont à B.

### Jane Anderson

Je voudrais remercier tout spécialement Wend Wendland de l'OMPI pour sa clairvoyance et l'appui qu'elle m'a apporté dans le cadre de ce projet. Je tiens également à remercier sincèrement Molly Torsen qui n'a pas ménagé ses efforts pour organiser le contenu de cette publication. Mes remerciements vont également à Brigitte Vézina et à Jessyca Van Weelde, de l'OMPI. Un grand nombre des questions abordées dans cette publication ont été initialement exposées dans le projet de recherche intitulé "Indigenous Knowledge and Intellectual Property: Access, Ownership and Control of Cultural Materials" (Savoirs traditionnels et propriété intellectuelle: accessibilité, propriété et contrôle des éléments culturels), que j'ai mené entre 2002 et 2006 à l'Institut australien d'études sur les aborigènes et les insulaires du détroit de Torres. Je voue une reconnaissance sans bornes à tous mes collègues de l'Institut pour m'avoir donné l'occasion de saisir les complexités dont fait quotidiennement l'expérience une institution culturelle autochtone nationale. J'ai eu la chance de bénéficier, dans le cadre de l'établissement de cette publication, de l'appui institutionnel de la New York University et de l'Université de Nouvelle-Galles du Sud. Je voudrais en particulier remercier Sally Engel Merry et l'Institute for Law and Society de la Faculté de droit de la New York University et Kathy Bowrey, Michael Handler, David Dixon et le programme de visiteurs de recherche de la Faculté de droit de l'Université de Nouvelle-Galles du Sud. Je suis également redevable à Fred Myers, Faye Ginsburg, Andy Russell, Haidy Geismar, Craig Green, Steve Kinnane, Kirstie Parker, Carol Ryan, Sophie Anderson et Andrea Geyer de l'appui intellectuel qu'ils n'ont cessé de me prodiguer et pour lequel ils ont toute ma reconnaissance.

### OMPI

La Division des savoirs traditionnels de l'OMPI tient à remercier les consultants de Creative Heritage, dont les enquêtes ont fourni les exemples et les données empiriques: Antonio Arantes, Vladia Borissova, Shubha Chaudhuri, Laurella Rincon, Martin Skrydstrup et Malia Talakai<sup>364</sup>. La Division adresse également ses remerciements à Molly Torsen et à Jane Anderson.

La Division exprime sa vive reconnaissance aux personnes auxquelles elle a demandé de faire des observations sur le projet et dont les observations ont été très pertinentes, à savoir: Antonio Arantes, *Andrade & Arantes consultoria e projectos culturais*; Lars-Anders Baer, Conseil des Sami; Peggy Bulger, *American Folklife Center*; Shubha Chaudhuri, *Archives and Research Centre for Ethnomusicology*; Boureima Tiékoroni Diamitani, *West African Museums Program*; Jonathan Franklin, *Faculté de droit de l'Université de Washington*; Bernard Jankee, *African Caribbean Institute of Jamaica*; Toshiyuki Kono, *Kyushu University, Département d'études juridiques internationales, Faculté de droit*; Andrea Laforet, *Canadian Museum of Civilization Corporation*; Kiprop Lagat, *National Museums of Kenya*; Merav Mack, *The Van Leer Jerusalem Institute*; Martin Nakata, *Australian Indigenous Education and Jumbunna Indigenous House of Learning at the University of Technology, Sydney*; Sipiriano Nemani, *Institute of Fijian Language & Culture Ministry of Indigenous Affairs & Multi-Ethnic Affairs*; Jean Pipite, *ADCK-Centre Culturel Tjibaou*; Ralph Regenvanu, *Centre culturel de Vanuatu*; Lynette Russell, *Centre for Australian Indigenous Studies*; Mila Santova, *Institut du folklore, Académie des sciences de Bulgarie*; Anthony Seeger, *Ethnomusicology Archive, Université de Californie, Los Angeles*; Riëks Smeets, anciennement de la *Division des objets culturels et du patrimoine immatériel, Section du patrimoine culturel immatériel*; Paryse Suddith, *Intellectual Property Policy, Ministry of Economic Development*; Silke von Lewinski, *Max Planck Institute for Intellectual Property*; Maureen Whalen, *The J. Paul Getty Trust*; et Ben White, *British Library*.

364 Les informations biographiques et les enquêtes sont consultables à l'adresse [www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/surveys.htm](http://www.wipo.int/tk/en/folklore/culturalheritage/surveys.htm) (dernière consultation le 14 avril 2010).



Pour plus d'informations, veuillez contacter l'OMPI à l'adresse [www.wipo.int](http://www.wipo.int)

**Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle**

34, chemin des Colombettes

Case postale 18

CH-1211 Genève 20

Suisse

**Téléphone:**

+4122 338 91 11

**Télécopieur:**

+4122 733 54 28