



HAL
open science

Les opportunités de la propriété intellectuelle dans l'appropriation culturelle

Iony Randrianirina

► **To cite this version:**

Iony Randrianirina. Les opportunités de la propriété intellectuelle dans l'appropriation culturelle. Dariusz Piatek. Les incertitudes de la propriété intellectuelle. Quels risques ? Quelles opportunités ? : [Actes du 6e colloque des Jeunes Universitaires Spécialisés en Propriété Intellectuelle, Mulhouse, 2 février 2023, 5, CEIPI; LexisNexis, 2024, Collection du CEIPI. Les Actes de colloque, 978-2-7110-4008-7. hal-04314522

HAL Id: hal-04314522

<https://hal.science/hal-04314522v1>

Submitted on 29 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Les opportunités de la propriété intellectuelle dans l'appropriation culturelle : quelles sanctions ?

Iony Randrianirina

Maître de conférences en droit privé à l'Université Grenoble Alpes

Membre du Centre de recherches juridiques (CRJ) – EA 1965

Chercheur associé à l'UR Confluence Sciences et Humanités – EA 1598

Comme chacun le sait, la notion de « propriété intellectuelle » a été instaurée dans l'objectif d'encourager les progrès scientifique, artistique et économique, en récompensant les créations intellectuelles originales et nouvelles par un droit exclusif d'exploitation reconnu à leurs auteurs. La multiplicité et la diversité des monopoles légaux — droits d'auteur, droits voisins, brevets d'invention, droits de marque, dessins et modèles, droits sur les indications géographiques — ont conduit certains auteurs à appréhender désormais les propriétés intellectuelles au pluriel¹. Or, il ressort des études menées sur ces actifs immatériels que « le droit de la propriété intellectuelle (...) concourt à la "fabrication" de la valeur marchande »². Partant, les propriétés intellectuelles confèrent une valeur économique — voire commerciale dans certains cas — aux créations intellectuelles, réservant ainsi à leurs auteurs un véritable marché³. C'est ainsi que le concept d'« appropriation intellectuelle » est vivement combattu hors du cercle des juristes, notamment par certains économistes⁴. C'est oublier que les premières formes de propriété intellectuelle — les privilèges royaux et les lettres patentes — ont vu le jour dans le but de lutter contre les falsifications et les répliques non autorisées d'œuvres, d'inventions, de produits artisanaux et de marques, qui ne présentaient pas la même qualité que les produits authentiques.

La propriété intellectuelle joue donc un rôle fondamental de protection du travail humain, pour peu qu'il résulte d'une activité intellectuelle de création⁵. Mais, de même que cette appropriation intellectuelle ne saurait embrasser les créations réalisées par autrui, sauf autorisation de leurs auteurs, elle ne saurait non plus porter sur des créations relevant du patrimoine culturel immatériel, que ce soit à travers le droit d'auteur, le droit des brevets d'invention, le droit des marques, le droit des dessins et modèles ou le droit des indications géographiques. Or, un certain nombre de créations protégées sont largement inspirées d'expressions culturelles traditionnelles et de savoirs traditionnels ancestraux. La question se pose alors de savoir si ces créations méritent de recevoir la protection de droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'elles portent atteinte aux valeurs ou à la raison d'être du patrimoine culturel immatériel.

¹ Notamment J.-M. BRUGUIERE, *Droit des propriétés intellectuelles*, 3^e éd., Ellipses, 2018.— M. DUPUIS, *Les propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2017.— P. KAMINA, *Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles*, 1^{re} éd., LGDJ, 2017.— A. ZOLLINGER, *Le droit des propriétés intellectuelles en cartes mentales*, Ellipses, 2021.

² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., Dalloz, Précis, 2019, p. 11, n° 5.

³ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 13, n° 6.

⁴ Notamment N. S. KINSELLA, « Against Intellectual Property », *Journal of Libertarian Studies*, 2001, vol. 15, n° 2.— M. LEMLEY, « Property, Intellectual Property, and Free Riding », *83 Texas Law Review*, 2005, p. 1031.

⁵ P.-Y. GAUTIER, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2021, p. 9, n° 1 : « (...) la source de la richesse, ce n'est pas seulement le capital, c'est aussi le travail ».

En effet, on assiste parfois à des « appropriations illicites »⁶, sinon iniques. Si dans la majorité des cas, les reprises ou utilisations d'expressions culturelles traditionnelles ne posent aucun problème quand elles ne heurtent pas les valeurs observées par une communauté, et qu'elles ne sont pas revendiquées sous le prisme de droits de propriété intellectuelle, elles méritent en revanche des réponses juridiques quand elles font l'objet de détournement commercial déloyal, *a fortiori* lorsqu'elles se retrouvent indûment estampillées de droits d'auteur, de brevets d'invention, de marques, dessins ou modèles déposés. La mode vestimentaire s'inspirant de motifs traditionnels ne choque personne quand elle ne reproduit pas, à l'instar de la marque *Nike*, sur des leggings féminins, des tatouages *pe'a* traditionnellement et exclusivement portés par les hommes des Îles Samoa, et déposés au titre de dessins ou modèles. Quand la confection de manteaux traditionnels est connue pour être une source importante de revenus pour les Inuits, la reproduction industrielle des mêmes vêtements par l'entreprise exploitant la marque *KTZ* peut sévèrement altérer la capacité de subsistance des communautés autochtones, en supplantant la vente des produits authentiques. Pour citer un exemple de biopiraterie, la brevetabilité de l'utilisation connue du curcuma en médecine traditionnelle indienne pour le traitement des entorses et inflammations ne peut être que contestable, ne serait-ce que d'un point de vue éthique. La question se pose alors de savoir comment protéger le patrimoine culturel immatériel contre les opportunités des appropriations culturelles : des sanctions existent-elles, et le cas échéant, sont-elles efficaces ?

Les conventions internationales ne manquent pas pour préserver et sauvegarder le patrimoine culturel immatériel. Le droit des propriétés intellectuelles peut également venir au secours du patrimoine culturel immatériel. Malheureusement, les sanctions prévues par ces textes sont incertaines (I). C'est pourquoi des solutions seront proposées *de lege ferenda* (II).

I. L'incertitude des sanctions légales

Si les sanctions de l'appropriation culturelle induite existent, elles sont inefficaces, tant lorsqu'elles sont prévues par les conventions internationales (A) que lorsqu'elles sont prévues par le droit des propriétés intellectuelles (B).

A. L'inefficacité des conventions internationales

Le problème des traités existants, hormis leur caractère théorique et inefficace (1), c'est avant tout leur éparpillement (2).

⁶ L'expression est de B. VEZINA, définissant l'appropriation culturelle comme « l'acte par lequel une personne issue d'une culture relativement dominante s'empare d'une expression culturelle traditionnelle pour l'adapter à une autre culture dans un contexte différent, sans autorisation, mention de la source ou rémunération, d'une façon qui porte préjudice au(x) détenteur(s) de l'expression culturelle traditionnelle en question » : « La propriété intellectuelle au service de la lutte contre l'appropriation culturelle dans le secteur de la mode », *OMPI Magazine*, août 2019, p. 9.

1. L'éparpillement des conventions internationales

Les conventions internationales visant à préserver et sauvegarder le patrimoine culturel immatériel foisonnent. Ainsi, la Convention internationale pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel⁷, dite Convention PCI, et adoptée le 17 octobre 2003⁸, recense les différentes formes d'expressions culturelles traditionnelles ; la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 13 septembre 2007, garantit les droits des communautés traditionnelles de conserver leurs spécificités culturelles ; la Convention sur la diversité biologique, dite CDB, et signée le 5 juin 1992, a pour objectif le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques ; cette dernière a été précisée par le Protocole de Nagoya, signé le 29 octobre 2010, dont les dispositions ont pour but d'améliorer la capacité des communautés locales à profiter de l'utilisation de leurs connaissances, de leurs innovations et de leurs pratiques ; le Règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 édicte des mesures concernant le respect, par les utilisateurs dans l'Union, du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation ; enfin, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), adopté le 15 avril 1994, entend résoudre les différends commerciaux relatifs à la propriété intellectuelle entre les États membres de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) en proposant un régime juridique équilibré.

La fragmentation des régimes de protection n'est pas le seul problème. Les conventions internationales sont aussi inefficaces pour deux raisons : la première tient à l'absence cruciale des États les plus concernés à la table des signataires, et la seconde est relative au traitement discriminatoire opéré entre les expressions culturelles à protéger. Il est en effet regrettable de constater que les États présentant le plus haut niveau de diversité biologique et culturelle, comme les États-Unis, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Russie, n'ont, soit pas signé, soit pas ratifié les traités internationaux destinés à protéger la biodiversité et les cultures traditionnelles. Or, une des conditions essentielles de reconnaissance juridique des expressions traditionnelles réside précisément dans la volonté exprimée des États de les préserver⁹. Même en cas d'« extrême urgence », le Comité intergouvernemental de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel ne peut inscrire un élément du patrimoine concerné sur la Liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité, qu'en

⁷ C. patr., art. L. 1, al. 2.

⁸ Conv. PCI, art. 2.1 : « 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 ».

⁹ Ainsi, aux termes de l'art. 12.1 de la Convention PCI, « Pour assurer l'identification en vue de la sauvegarde, chaque État partie dresse, de façon adaptée à sa situation, un ou plusieurs inventaires du patrimoine culturel immatériel présent sur son territoire ». Cette disposition est précisée par le § 173(b) des *Directives opérationnelles pour la mise en œuvre de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, prévoyant que les États parties sont encouragés à adopter des mesures juridiques, techniques, administratives et financières appropriées, afin de s'assurer que les droits des communautés, groupes et individus qui créent, détiennent et transmettent leur patrimoine culturel immatériel sont dûment protégés.

consultation avec l'État partie concerné ¹⁰. Comment dès lors protéger un patrimoine culturel qui ne peut être représenté par aucun État ? Que l'on pense au patrimoine immatériel des Indiens d'Amérique ou à celui des Aborigènes d'Australie. Pire, *quid* des peuples nomades inter-étatiques ou déracinés comme les Kurdes, les Inuits, les Touaregs, les Bambaras, les Tékés, les Tibétains ou les Tsiganes ? Sans personnalité juridique, et sans aucun État pour les représenter, ces communautés se retrouvent dépourvues de toute possibilité juridique de défendre et protéger leur patrimoine culturel. Un auteur recommande à ce stade une « identification des contenus qui soit indépendante des frontières politiques et administratives » ¹¹, quand un autre propose un certain nombre de recommandations procédurales pour une bonification de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel associé à la biodiversité, telles que doter les États d'institutions compétentes, favoriser la participation des communautés, groupes et individus, et renforcer les capacités des communautés et groupes ¹².

Outre le fait que les conventions internationales soient trop nombreuses pour protéger des créations qui pourraient parfaitement être appréhendées par un seul et même texte, il est à déplorer que les traités existants soient d'une applicabilité complexe, ce qui leur ôte toute efficacité concrète.

2. L'inefficacité des conventions internationales

En supposant même que certains peuples autochtones chanceux puissent faire valoir leurs droits sur leur patrimoine culturel, encore faut-il qu'ils puissent suffisamment conceptualiser leurs créations pour les décrire en vue de les défendre. Or, force est de constater que la majorité écrasante de ces communautés, vivant loin des civilisations, ne disposent pas des moyens les plus élémentaires pour comprendre les enjeux de la protection juridique. Las, si l'on souhaite par exemple protéger un savoir traditionnel contre sa brevetabilité, le Protocole de Nagoya impose aux États membres une procédure en deux étapes : le recueil du consentement préalable en connaissance de cause, donné par le « fournisseur » de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles, puis la conclusion d'un contrat de partage des avantages entre ce fournisseur et l'« utilisateur », c'est-à-dire la personne qui exploitera l'invention brevetable issue desdites ressources. En effet, l'article 7 de la CDB prévoit que, conformément à son droit interne, chaque État partie prend, selon qu'il convient, les mesures appropriées pour faire en sorte que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales soit soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales, et que des conditions convenues d'un commun accord soient établies. L'objectif de la CDB est donc que les États autorisent les entités intéressées à accéder et à utiliser les ressources se trouvant sur leur territoire, en échange du partage des avantages découlant de l'exploitation de ces ressources. Si les déclarations

¹⁰ Convention PCI, art. 17.3.

¹¹ F. EMPEREUR, « Patrimoine culturel immatériel. Confessions d'un gestionnaire / Suggestions d'une pratiquante... », *Rabaska : revue d'ethnologie de l'Amérique française*, 2014, vol. 12, p. 208.

¹² François HULEUX, *La contribution de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel à la conservation de la biodiversité*, thèse préparée à l'Université Paris-Saclay et à l'Université Laval, et soutenue le 29 juin 2020, p. 344 et s.

d'intention sont parfaitement louables, elles restent toutefois purement théoriques, certains peuples autochtones n'étant pas ou peu représentés.

Quant à l'Accord ADPIC, il présente l'inconvénient de prévoir des règles peu contraignantes dans la protection des savoir-faire liés aux terroirs, à l'exception notable des vins et spiritueux. Notamment, l'article 24.4 dispose qu'aucune disposition de l'Accord n'exigera d'un État membre qu'il empêche un usage continu et similaire d'une indication géographique particulière d'un autre État membre identifiant des vins ou des spiritueux, en ce qui concerne des produits ou des services, par un de ses ressortissants ou une des personnes domiciliées sur son territoire qui a utilisé cette indication géographique, de manière continue et de bonne foi, pour des produits ou services identiques ou apparentés sur le territoire de cet État membre. C'est ainsi que la marque *Parma Ham* enregistrée de bonne foi au Canada avant l'adhésion de cette dernière à l'Accord ADPIC, n'est pas considérée comme contrevenant à l'appellation d'origine protégée¹³ *Jambon de Parme*.

L'absence de caractère contraignant est à déplorer même des textes les plus péremptoirs. Ainsi en est-il des Principes éthiques pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel élaborés en 2015 par le Comité intergouvernemental de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, qui prévoient, en leur § 6, qu'« il appartient à chaque communauté, groupe ou individu de déterminer la valeur de son patrimoine culturel immatériel et ce patrimoine culturel immatériel ne doit pas faire l'objet de jugements de valeur extérieurs ». Le § 7 du même texte dispose que « les communautés, groupes et individus qui créent le patrimoine culturel immatériel doivent bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de ce patrimoine, en particulier de son utilisation, de son étude, de sa documentation, de sa promotion ou de son adaptation par des membres des communautés ou d'autres personnes ». Enfin, le § 10 énonce que « les communautés, groupes et, le cas échéant, individus doivent jouer un rôle significatif dans la détermination de ce qui constitue des menaces pour leur patrimoine culturel immatériel, notamment sa décontextualisation, sa marchandisation et sa présentation erronée ainsi que dans le choix des moyens de prévenir et d'atténuer ces menaces ». Encore faut-il que ces communautés puissent être informées des utilisations indues de leur patrimoine culturel. Nous sommes en présence de très louables déclarations d'intentions malheureusement dépourvues d'applications concrètes.

Au constat de l'inefficacité des traités existants, il convient de rendre les textes plus contraignants, à commencer par le passage d'une volonté collective de sauvegarde et de préservation à celle de véritable protection juridique. Plusieurs auteurs se sont emparés du sujet, et les solutions les plus profitables ont été proposées sur le terrain de la propriété intellectuelle. Ces thèses se révèlent cependant imparfaites.

B. L'inefficacité des droits de propriété intellectuelle

Les créations relevant du folklore, comme les remèdes traditionnels, de par leur essence, reçoivent imparfaitement la protection de la propriété intellectuelle, du moins dans sa conception de droit positif. Il convient de mettre en évidence, d'une part l'inefficacité de la

¹³ Ci-après AOP.

protection des expressions culturelles traditionnelles par le droit d'auteur (1) et d'autre part l'inefficacité de la protection des savoirs traditionnels par le droit des brevets d'invention (2).

1. L'inefficacité de la protection des expressions culturelles traditionnelles par le droit d'auteur

Le droit d'auteur protège les œuvres originales par un droit exclusif d'exploitation opposable à tous. Les expressions culturelles traditionnelles s'apparentent à des œuvres en ce qu'elles comprennent notamment la musique, la danse, les arts, les signes et symboles, les interprétations ou exécutions, les cérémonies, les produits artisanaux et les contes¹⁴. Elles sont également appelées « expressions du folklore », mais certaines communautés ont émis des réserves au sujet du mot « folklore » en raison de ses connotations négatives. Pourtant, l'article 2 du Protocole de Swakopmund sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore dans le cadre de l'Organisation Régionale Africaine de la Propriété Intellectuelle¹⁵, qui lie quelques États anglophones d'Afrique, emploie le mot « folklore », qui désigne « toutes formes, tangibles ou non, à travers lesquelles sont exprimées la culture ou dans lesquelles cette culture apparaît ou est manifestée ».

A en croire la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, ces expressions culturelles traditionnelles pourraient être éligibles à la protection du droit d'auteur. En effet, son article 15.4. (a) dispose que « pour les 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, il est réservé à la législation de ce pays la faculté de désigner l'autorité compétente représentant cet auteur et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci dans les pays de l'Union ».

Par ailleurs, les Directives opérationnelles pour la mise en œuvre de la Convention PCI encouragent, en leur § 173(b), les États parties à adopter des mesures juridiques, techniques, administratives et financières appropriées, « notamment à travers l'application des droits de propriété intellectuelle », afin de s'assurer que les droits des communautés, groupes et individus qui créent, détiennent et transmettent leur patrimoine culturel immatériel sont dûment protégés.

Enfin, de son côté, l'Accord de Bangui du 2 mars 1977, qui régit la propriété intellectuelle au sein des dix-sept États francophones membres de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI), cite expressément « les expressions du patrimoine culturel » parmi les œuvres protégées par le droit d'auteur¹⁶. Le Protocole de Swakopmund, quant à lui, attend des États contractants qu'ils désignent ou établissent une autorité nationale compétente pour exercer les droits de propriété intellectuelle sur les créations du folklore¹⁷. On observe alors des applications pratiques diverses et variées de cette disposition : dans certains États comme le Congo, le Bénin, le Burkina Faso ou le Mali, l'autorité nationale compétente est désignée en la personne morale de l'organisme national chargé de la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins ; dans d'autres États, c'est le ministère de la Culture qui fait office

¹⁴ Définition de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) :

<https://www.wipo.int/tk/fr/folklore/>

¹⁵ Plus connue sous son acronyme anglais ARIPO (African Regional Intellectual Property Organization).

¹⁶ Annexe VII (2015), article 4.1. xii, de l'Accord de Bangui.

¹⁷ Protocole de Swakopmund, art. 3.

d'autorité nationale compétente ; au Zimbabwe, les autorités locales exercent cette fonction ; au Soudan, elle est dévolue à l'État ; au Ghana, un « *Folklore Board* » a été créé spécialement pour exercer les droits de propriété intellectuelle portant sur ces formes de création.

Le problème soulevé par la reconnaissance de droits d'auteur sur les expressions culturelles traditionnelles porte de toute évidence sur la durée du monopole d'exploitation : alors que les droits exclusifs sur les œuvres créées par des auteurs identifiables durent toute la vie de l'auteur et sont encore exercés quelques dizaines d'années par les ayants-droits après le décès de l'auteur, selon les législations¹⁸, ceux portant sur les œuvres folkloriques peuvent-ils se conformer au droit commun et être temporaires ? Certains auteurs militent pour une protection perpétuelle de ces créations par le droit d'auteur, au nombre desquels Maître Yvon Laurier Ngombe, qui se fonde en cela sur les travaux de Desbois, Dock et Posner¹⁹. Il est vrai que l'article 21 du Protocole de Swakopmund prévoit que le droit sur les expressions du folklore dure aussi longtemps que ladite expression répond à la définition ou aux critères prévus par le texte, et que lorsqu'une expression culturelle traditionnelle cesse de remplir sa fonction d'identification d'une communauté, elle cesse par définition d'être une expression culturelle traditionnelle et sa protection, au titre du Protocole, prend alors fin.

A notre sens, une protection perpétuelle des expressions culturelles traditionnelles par le droit d'auteur tend à dénaturer la propriété intellectuelle dont la raison d'être est de réserver un monopole d'exploitation temporaire pour permettre aux auteurs et aux auxiliaires de la création de recouvrer un légitime retour sur investissement. Mais une fois l'investissement rentabilisé, l'esprit de la loi est de faire tomber les œuvres dans le domaine public afin d'en faire profiter un plus grand nombre d'utilisateurs. Au demeurant, les créations du folklore méritent néanmoins une protection *sui generis* fondée sur des considérations différentes de celles figurant à la base du droit d'auteur. En effet, l'idée est moins de réserver un droit exclusif d'exploitation aux peuples autochtones titulaires de ces traditions, que de préserver et protéger les créations qui véhiculent des valeurs propres à ces communautés. Ce souhait est motivé par la nécessité de préserver les expressions culturelles traditionnelles contre les appropriations et détournements commerciaux illicites pouvant être regroupés sous l'appellation de pillage culturel. Il s'agit donc moins d'appeler la propriété intellectuelle au secours de ces créations, que de les protéger contre la propriété intellectuelle.

A l'instar du droit d'auteur, nous verrons que le droit des brevets d'invention n'est pas plus efficace pour protéger les savoirs traditionnels.

2. L'inefficacité de la protection des savoirs traditionnels par le droit des brevets d'invention

Les savoirs traditionnels désignent les connaissances, le savoir-faire, les techniques et les pratiques élaborés, préservés et transmis d'une génération à l'autre au sein d'une

¹⁸ 30 ans *post mortem auctoris* en droits iranien et yéménite, 50 ans au moins selon la Convention de Berne, les États membres pouvant prévoir une durée plus longue, 50 ans en droits canadien, sud-africain, algérien, saoudien, chinois, sud-coréen, notamment, 60 ans en droits indien et vénézuélien, 70 ans en droit français et dans la plupart des pays industrialisés, 99 ans en droit ivoirien, 100 ans en droit mexicain.

¹⁹ Y. L. NGOMBE, « La protection des expressions culturelles traditionnelles (folklore) en Afrique », *Rev. francophone de la propriété intellectuelle*, juin 2018, n° 6, spéc. p. 60 et s.

communauté et qui font souvent partie intégrante de son identité culturelle ou spirituelle ²⁰. Ces savoirs comprennent notamment les connaissances acquises dans les domaines de l'agriculture, de la science, de la technique, de l'écologie et de la médecine traditionnelle, ainsi que de la biodiversité. On peut citer au nombre des savoirs traditionnels les connaissances relatives aux médecines traditionnelles, à l'instar de l'utilisation, par les guérisseurs traditionnels thaïlandais, du *plao noi* contre les ulcères, ou encore les techniques traditionnelles de chasse, de pêche ou de gestion de l'eau, comme l'*aflaj*, réseau traditionnel d'adduction d'eau utilisé à Oman et au Yémen, équivalent du *qanat* en Iran.

La CDB associe volontiers aux savoirs traditionnels les ressources génétiques qu'elle définit comme étant des éléments de matériel biologique qui contiennent des informations génétiques précieuses, et qui peuvent se reproduire ou être reproduits. Une telle intégration est destinée à empêcher la délivrance de brevets sur des inventions fondées sur des ressources génétiques, ou mises au point sur la base de ressources génétiques et de savoirs traditionnels connexes qui ne remplissent pas les exigences de nouveauté et d'activité inventive au sens des lois relatives à la propriété intellectuelle. Dès lors, sont rejetées les demandes de brevet non conformes aux obligations liées au consentement préalable en connaissance de cause, aux conditions convenues d'un commun accord, au partage juste et équitable des avantages et à la divulgation de l'origine des savoirs traditionnels.

Comme pour le droit d'auteur concernant les expressions culturelles traditionnelles, la tentation est grande de consacrer une protection des savoirs traditionnels par le brevet d'invention. Une telle initiative se heurterait à plusieurs obstacles, au premier rang desquels celui de la temporalité de la propriété intellectuelle. Le droit des brevets est conçu de façon à encourager, le plus tôt possible, l'accès au public de l'exploitation de l'invention brevetée. Or, cette limitation de la brevetabilité dans le temps irait à l'encontre de la volonté de protéger les savoirs traditionnels comme élément du patrimoine culturel. Quand bien même les États s'accorderaient sur une brevetabilité des savoirs traditionnels, les procédures d'enregistrement rencontreraient très vite l'écueil de la description de l'invention. En effet, la plupart des communautés autochtones sont incapables de décrire précisément — du moins pas dans les termes requis par les dispositions relatives aux formalités de demande d'enregistrement de brevet — l'invention obtenue à partir des savoirs traditionnels. Tout au plus identifient-ils les plantes nécessaires à l'obtention du résultat, ainsi que leur proportion approximative, mais non les molécules ni les procédés techniques à l'origine du résultat ²¹. Enfin, le dernier obstacle à la brevetabilité est le critère de la nouveauté : un savoir traditionnel, par définition, ne serait pas une invention nouvelle au moment de la demande d'enregistrement, puisqu'il existe, dans beaucoup de communautés, depuis des temps immémoriaux.

²⁰ OMPI, *Propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles*, 2020, p. 13.— A. TANKOANO, « La signification du terme "traditionnel" dans la notion de savoirs traditionnels », in *Liber Amicorum en l'honneur du professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 797.

²¹ Lire notamment N. EKANDZI, « Pour une protection sans enregistrement des savoirs traditionnels », *Revue Francophone de la Propriété Intellectuelle*, déc. 2018, n° 7, p. 10, note 16 : « L'enregistrement nécessiterait une transcription en des termes scientifiques de la formule, du remède ou du procédé, ce dont ne sont pas capables la majorité des détenteurs de savoirs traditionnels ».

Les outils de protection prévus par les conventions internationales et le droit des propriétés intellectuelles s'avérant incertains, il est proposé, dans les prochains développements, une protection contre les appropriations illicites par la propriété intellectuelle.

II. Propositions de solutions

Pour empêcher les appropriations indues des éléments du patrimoine culturel immatériel, rien n'est plus simple et plus logique que de consacrer légalement l'antériorité de ces créations. Mais une telle consécration légale passe par son intégration dans les critères généraux de la propriété intellectuelle. Il faudrait ainsi consacrer l'antériorité des expressions culturelles traditionnelles (A) et des savoirs traditionnels (B).

A. La consécration de l'antériorité des expressions culturelles traditionnelles

Consacrer l'antériorité des expressions culturelles traditionnelles permettrait de détruire le critère de l'originalité sur le terrain du droit d'auteur (1) et le critère de la nouveauté sur le terrain du droit des marques et des dessins et modèles (2).

1. L'antériorité destructrice de l'originalité

Un certain nombre d'œuvres littéraires et artistiques protégées par le droit d'auteur de par leur caractère original sont pourtant inspirées de chants, contes et légendes traditionnels. Ainsi, un groupe de musique électronique français, à l'origine composé d'Éric Mouquet et de Michel Sanchez, a composé un album *Deep Forest* fusionnant des échantillons numériques de musique du Ghana, des Îles Salomon et de communautés « pygmées » d'Afrique avec des rythmes de danse dite « techno-house ». La célèbre chanson *Sweet Lullaby*, extraite notamment de cet album, est un échantillonnage numérique d'une berceuse chantée dans les Îles Salomon. De même, le groupe musical allemand de *new age* Enigma, créé en 1990 par le compositeur Michael Cretu, avait conçu un album intitulé *Return to Innocence*, proposant des échantillonnages numériques de musiques provenant d'un groupe indigène Taiwanais. Plus généralement, la plupart des films d'animation produits par la firme américaine Disney sont librement inspirés de contes et légendes traditionnels. Pour citer des exemples connus, *Mulan* s'inspire d'une légende chinoise traditionnelle ; *Pocahontas* raconte l'histoire d'une autochtone de la confédération de tribus Powhatans, née vers 1595 et morte en 1617. Son histoire constitue un des mythes fondateurs des États-Unis, et est à l'origine de beaucoup de légendes amérindiennes.

Malheureusement, les peuples autochtones à l'origine des chants, contes et légendes traditionnels ne sont associés ni à l'élaboration des œuvres décrites, ni à la participation aux bénéfices retirés de la vente de ces créations. L'objet de la présente contestation porte moins sur le pillage culturel que sur l'absence de consultation des communautés concernées : ne sont-elles pas légitimes à exercer un droit de regard ou un droit de veto sur l'exploitation, voire le détournement, de leur patrimoine culturel ?

Une protection juridique globale des expressions culturelles traditionnelles permettrait d'antérioriser ces créations de façon à faire obstacle à la condition d'originalité des œuvres dérivées, ce qui ferait échapper ces dernières à la protection du droit d'auteur. Ainsi, toute œuvre manifestement et délibérément inspirée d'un folklore ne pourrait recevoir la protection du droit d'auteur. La consécration d'une telle antériorité admettrait également la protection de toutes les expressions culturelles traditionnelles, y compris celles non recensées sur la Liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité. Seraient donc protégées les créations des peuples nomades, apatrides ou sous-représentés, et donc également celles des communautés autochtones vivant sur le territoire d'un État non adhérent à la Convention PCI. Quel meilleur gage de justice et d'équité dans le traitement des expressions culturelles traditionnelles ?

2. L'antériorité destructrice de la nouveauté

Les œuvres littéraires et artistiques ne sont pas les seules créations pouvant s'inspirer des expressions culturelles traditionnelles. Plusieurs entreprises reprennent également des motifs traditionnels comme marques ou comme dessins et modèles. Par exemple, le signe verbal *The Haka Dance* est enregistré comme marque à l'INPI, par la SARL Cloud's, pour désigner des produits en classes 24, 25 et 28, alors même que le *haka* désigne un mélange de chant et de danse guerriers *maoris*. Des tongs de la marque *Havaianas* ont repris des motifs d'une tribu indienne Yawalapiti du sud de l'Amazonie brésilienne. Les baskets *Nike* « Puerto Rico » ont repris des motifs *molas* des Indiens Kuna du Panama.

Comme pour ce qui est proposé en matière de droit d'auteur, on pourrait consacrer l'antériorité des expressions culturelles traditionnelles pour faire échec au critère de nouveauté des signes et motifs sur lesquels il y aurait un projet de demande d'enregistrement à titre de marques, de dessins ou de modèles industriels. Un certain nombre de dispositions internes prévoient déjà une protection similaire. Aux États-Unis par exemple, l'existence d'une base de données des insignes des tribus amérindiennes empêche l'enregistrement de ces insignes comme marques. De même, la loi néo-zélandaise sur les marques interdit l'enregistrement de marques offensantes, disposition qui s'applique plus particulièrement aux symboles des Maoris.

Consacrer le critère de l'antériorité du patrimoine culturel immatériel pour faire obstacle aux appropriations illicites par la propriété intellectuelle est une solution qui peut aisément être dupliquée sur le terrain des savoirs traditionnels.

B. La consécration de l'antériorité des savoirs traditionnels

Consacrer l'antériorité des savoirs traditionnels permettrait à la fois de faire échec à la brevetabilité des inventions issues de ces savoirs (1), ainsi qu'à l'enregistrement des indications géographiques inspirées de ces savoirs (2).

1. L'antériorité destructrice de la brevetabilité

Une telle solution s'est avérée tellement évidente au point que plusieurs États l'ont déjà adoptée. En Inde, par exemple, une base de données recensant les savoirs médicaux traditionnels peut être utilisée par les examinateurs des offices d'enregistrement comme éléments de preuve de l'« état de la technique » dans le cadre de l'examen des demandes de brevets. L'Office chinois de la propriété intellectuelle dispose également d'une équipe d'examineurs de brevets spécialisés dans la médecine chinoise traditionnelle. Le Burundi²², le Panama²³ et le Botswana²⁴, quant à eux, ont choisi de conditionner l'accès à la protection des savoirs traditionnels à la formalité de l'enregistrement. Fort heureusement, les outils de recherche et systèmes de classement des brevets de l'OMPI tiennent également compte des savoirs traditionnels dans leur examen des demandes de brevets. Le Traité de coopération en matière de brevets (PCT), administré par l'OMPI aux fins de la coopération internationale dans le domaine des brevets, prévoit en effet une recherche et un examen internationaux, qui prennent en considération les sources d'informations sur les savoirs traditionnels, ce qui augmente les chances de localiser les savoirs traditionnels pertinents à un stade précoce de la vie d'un brevet. Cette précaution particulière a permis de faire annuler un brevet américain délivré sur une revendication principale concernant « une méthode propre à faciliter la cicatrisation d'une blessure, consistant essentiellement en l'administration au patient d'un agent cicatrisant constitué d'une quantité efficace de poudre de curcuma », méthode connue en médecine traditionnelle indienne.

L'inconvénient d'un tel recensement rendrait *a contrario* accessibles tous les autres savoirs traditionnels non répertoriés dans les bases de données officielles, ce qui créerait une iniquité de traitement entre les différents éléments du patrimoine culturel. C'est pourquoi le Protocole de Swakopmund écarte le recours à l'enregistrement comme condition d'accès à la protection. L'article 5.1 du Protocole de Swakopmund prévoit ainsi que « la protection des savoirs traditionnels ne peut être soumise à aucune formalité ». Le Projet d'Annexe sur la protection des savoirs traditionnels additif (l'Additif) à l'Accord de Bangui révisé prévoit également en son art. 3.1 que « la protection des savoirs traditionnels ne doit être soumise à aucune formalité ». Voilà une solution plus satisfaisante, que salue à juste titre Monsieur Ekandzi : « Les savoirs traditionnels protégés seraient ainsi opposables à tous du seul fait de leur existence, de leur constatation »²⁵.

²² Article 248 de la loi n° 1/13 du 28 juillet 2009 relative à la propriété industrielle : « les dispositions du présent titre ont pour objet de prévoir des droits de propriété industrielle pour tous les aspects des savoirs traditionnels des communautés autochtones et locales du Burundi au moyen d'un système d'enregistrement ».

²³ Loi n° 20 du 26 juin 2000 sur le régime spécial de propriété intellectuelle relatif aux droits collectifs des peuples indigènes pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels (art. 3 à 9).

²⁴ Article 115 du Industrial Property Act, 2010 (Act No. 8 of 2010) :

“(1) Traditional knowledge shall be registered together with a description of such knowledge where it has not been disclosed to the public through any means; or if it has been disclosed, such disclosure has not led to any commercial or industrial exploitation in Botswana.

(2) A description shall disclose traditional knowledge in a manner which is sufficiently clear and complete to permit any third party to reproduce or utilize the traditional knowledge to obtain results similar or identical to those obtained by the holder of such traditional knowledge.

(3) Any element of traditional knowledge may be registered separately or individually in conformity with its technical characteristics without prejudice to its holistic nature, or as a whole in its integrity combining, if necessary, all elements of traditional knowledge into a single registration”.

²⁵ N. EKANDZI, « Pour une protection sans enregistrement des savoirs traditionnels », *op. cit.*, p. 13.

2. L'antériorité de l'enregistrement des indications géographiques

Comme sur le terrain du droit des brevets, on assiste, dans certains pays, à des enregistrements au titre d'indications géographiques, de savoirs traditionnels. Ainsi, les *Broderies de Madère* sont protégées au Portugal, le *Harris Tweed* au Royaume-Uni, les dentelles au fuseau et les bijoux à grenat de Bohême en République tchèque, les céramiques de Chulucanas au Mexique, les saris, peintures sur soie et châles indiens en Inde, la porcelaine d'Herend en Hongrie, les tapis iraniens Saroughl en Iran, etc. Au Mexique, les appellations d'origine *olinalá* et *tequila* servent à protéger les objets en bois laqué et l'eau-de-vie traditionnelle tirée de l'agave bleu, deux produits issus de savoirs traditionnels qui dérivent également leurs caractéristiques particulières des ressources génétiques propres à ces localités.

L'antériorité comme critère destructeur de la nouveauté permettrait également de faire échec à l'enregistrement indu d'indications géographiques, même à titre de marques dans les pays où une telle protection est inexistante. Un certain nombre d'États nouvellement entrés dans l'OMC ne disposaient en effet pas de protection des indications géographiques, ce qui a rendu libre, dans ces pays, l'utilisation de ces signes comme marques ou comme éléments du langage courant, à l'instar de « feta », « gouda » ou « parmesan ». Pourtant, la consécration de l'antériorité d'un savoir-faire traditionnel permettrait, non seulement de faire échec aux appropriations illicites par la propriété intellectuelle, mais par la même occasion, de protéger des savoir-faire qui ne rempliraient pas les critères d'enregistrement des indications géographiques. L'attribution d'une appellation d'origine est en effet plus exigeante que celle d'une indication géographique, en ce sens où toutes les étapes de fabrication, de production et de transformation doivent être concentrées dans une même zone géographique, selon un savoir-faire reconnu. C'est pourquoi la technique de production du savon de Marseille, pour laquelle une demande de protection au titre d'IGP (indication géographique protégée) a été refusée par la Cour de cassation²⁶, pourrait être protégée sur le terrain des savoirs traditionnels.

En effet, comme l'affirment certains auteurs, la protection des indications géographiques a des répercussions culturelles importantes, en ce que ces signes touchent à des produits souvent perçus comme des éléments d'un « patrimoine national »²⁷ ou « patrimoine commun »²⁸. Sans préjudice de la protection spécifique des indications géographiques, le législateur français reconnaît que ces savoir-faire sont symboliquement inscrits dans le « patrimoine culturel, gastronomique et paysager protégé de la France »²⁹.

²⁶ Com. 16 mars 2022, n° 19-25.123.

²⁷ J. AUDIER, « De la nature juridique de l'appellation d'origine », *Bull. OIV* 1993, vol. 66, n° 743-744, p. 21 ; Ph. LE TOURNEAU, note sous Paris, 15 déc. 1993, *D.* 1994, 145 ; N. OLSZAK, note sous Paris, 12 sept. 2001, *D.* 2002, 1894 ; N. OLSZAK, « L'appellation d'origine, un bien sublime ? », in *Études offertes au Doyen P. Simler*, Dalloz, 2006, p. 777.

²⁸ C. LE GOFFIC, « L'article L722-1 du Code de la propriété intellectuelle ou la contrefaçon des indications géographiques », in *Le Code de la propriété intellectuelle en dix articles*, Actes du colloque des JUSPI, sous la dir. d'A. FAVREAU, Dalloz, 2021, p. 169.

²⁹ Loi n° 2014-1170 du 13 oct. 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, JO 14 oct. 2014, n° 238, p. 16601, créant l'art. L. 665-6 du Code rural.

Conclusion

Antérioriser le patrimoine culturel immatériel pour faire échec aux appropriations illicites par la propriété intellectuelle se révèle être une objectivation souhaitable d'une protection juridique tant désirée par les communautés locales. Tout patrimoine culturel serait protégé, quel qu'il soit, indépendamment de son inscription sur la Liste représentative du patrimoine culturel immatériel de l'humanité, et indépendamment de la qualification de son titulaire. Que le patrimoine relève d'un État contactant ou non, d'un « peuple autochtone » ou d'une « communauté d'habitants », ce sont les expressions culturelles et les savoirs traditionnels qui sont protégés, non leurs titulaires ni leurs représentants officiels. Une telle solution apporterait plus de lisibilité à la protection, sans compter qu'elle permettrait d'harmoniser sur un même plan la protection des expressions culturelles et celle des savoirs traditionnels.