

NUMÉRO 18
DÉCEMBRE 2024

REVUE FRANCOPHONE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE



ASSOCIATION FRANCOPHONE DE
LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

www.revue-rfpi.com

ISSN 2490-8347

La propriété intellectuelle liée au folklore, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles : un enjeu en voie de résorption

Intellectual property relating to folklore, traditional knowledge and traditional cultural expressions: an issue in the process of being resolved?

Jérémie PETIT

*Administrateur de l'État
Conseiller affaires économiques et enjeux globaux*

L'attribution d'une protection comparable à la propriété intellectuelle (droit d'exclusivité, droits patrimoniaux et droits moraux) à des expressions du folklore correspond à une demande ancienne des pays du Sud, mais se heurte à deux difficultés : l'inadéquation de systèmes n'offrant qu'une protection limitée dans le temps, pour des savoirs et des expressions dont la durée de vie en tant que traditions vivantes de communautés peut être très longue ; et l'intérêt légitime du public à pouvoir utiliser des savoirs et expressions appartenant au domaine public.

Deux conférences diplomatiques de l'OMPI en 2024 se penchent sur l'inclusion de clauses de divulgation de l'origine de ressources génétiques, de savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles lors du dépôt des brevets et de l'enregistrement de dessins et modèles, avant que les discussions ne reprennent dans le cadre du Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle en rapport avec les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore (IGC) sur l'opportunité de négocier un ou plusieurs nouveaux instruments juridiques visant la création d'un système de protection sui generis sur ces questions.

Une prise en compte des travaux dans d'autres enceintes internationales comme l'UNESCO, favoriserait l'identification d'un point d'atterrissage.

The granting of protection comparable to intellectual property (right of exclusivity, property rights and moral rights) to expressions of folklore corresponds to a long-standing request from countries in the South but faces two difficulties: the inadequacy of systems offering only limited protection in time, for knowledge and expressions whose lifespan as living traditions of communities can be very long; and the legitimate interest of the public in being able to use knowledge and expressions belonging to the public domain.

Two diplomatic conferences held by WIPO in 2024 consider the inclusion of a disclosure requirement of the origin of the genetic resources, traditional knowledges or traditional cultural expressions in patent and design applications, before discussions resume in the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC) on negotiating one or more new legal instruments to create a sui generis system of protection for these subject matters.

Taking account of the work of other international bodies, such as UNESCO, would help to identify a landing point.

Introduction

L'accélération du calendrier normatif au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) tendant à reconnaître la paternité de communautés autochtones et locales sur des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles semble faire écho à la montée en puissance d'un discours critique sur l'« appropriation culturelle » porté dans les milieux académiques et militants. Ce concept, qui a émergé depuis les années 2000, vise à désigner une utilisation illégitime ou inappropriée d'expressions culturelles d'autres groupes ou communautés dans un contexte de domination. Cette définition peut apparaître large et semble renvoyer davantage à des principes éthiques qu'au droit de la propriété intellectuelle. La notion a cependant été invoquée dans plusieurs affaires mettant en cause des artistes ou entreprises du secteur du luxe accusés de piller des expressions culturelles traditionnelles de peuples autochtones ou de groupes ethniques : utilisation d'un *sample* de chant polyphonique kanak par Moby sur son titre *My Weakness*, présentation par Louis Vuitton d'une collection inspirée de textiles traditionnels masais...

La montée récente de ces revendications ne doit pas faire oublier que les discussions sur la manière de protéger le « folklore » grâce aux outils de la propriété intellectuelle sont aussi anciennes que l'OMPI elle-même.

I. Protéger le folklore grâce aux outils de la propriété intellectuelle : un clivage historique à l'OMPI

Les systèmes de protection de la propriété intellectuelle qui ont émergé en Europe à partir du XVIII^{ème} siècle – droit d'auteur, brevets – ont été conçus dans le but d'assurer aux artistes et inventeurs la possibilité de toucher une juste rémunération pour leurs créations grâce à l'octroi de droits d'exploitation exclusifs limités dans le temps, tout en tenant compte de l'intérêt du public d'avoir accès et de pouvoir utiliser librement ces œuvres et inventions à la fin de la durée

de protection. Dans les pays occidentaux, les éléments du folklore, dont l'ancienneté dépasse selon toute vraisemblance la durée de protection des différents systèmes de propriété intellectuelle, sont donc réputés appartenir au domaine public où les créateurs peuvent puiser librement.

Suite aux indépendances dans les années 1950 et 1960, certains États – estimant avoir été victimes de pillage au cours de la période coloniale – ont souhaité affirmer leur souveraineté sur leur patrimoine culturel en adoptant des lois restreignant l'accès et l'usage de leur folklore ou attribuant un monopole d'État sur son utilisation. Ces législations pouvaient entrer en conflit avec la notion bien établie de domaine public lorsqu'elles tendaient à restreindre l'usage et l'accès à des expressions culturelles déjà largement diffusées. Cette démarche les a conduits, dans un second temps, à revendiquer une application extraterritoriale de ces mesures pour lutter contre des usages non autorisés, ou déformés, et toucher des revenus en compensation de l'utilisation d'expressions du folklore.

1967 : proposition indienne de protéger le folklore dans le cadre du droit d'auteur

La conférence diplomatique fondatrice de Stockholm de 1967, qui a marqué l'acte de naissance de l'OMPI, a été le théâtre d'une proposition portée par l'Inde, soutenue par des pays en voie de développement et du bloc de l'Est, visant à protéger les œuvres du folklore par le droit d'auteur, en l'incluant

dans la Convention de Berne¹. La proposition a cependant suscité quelques réserves.

La délégation de l'Australie a remarqué que la Convention de Berne était essentiellement conçue pour protéger les droits d'auteurs identifiables et qu'il était difficile de voir comment la plupart des dispositions de cette convention pourrait s'appliquer au folklore. La meilleure façon de le protéger semblait donc d'appliquer un régime spécial – *sui generis* – plutôt que la Convention de Berne. La délégation de la France, tout en reconnaissant la légitimité pour les États de réguler l'accès et la diffusion de leur folklore, a plaidé pour que soient définies des exceptions et limitations, par exemple pour permettre la recherche scientifique dans ce domaine. Seul le Canada s'est déclaré hostile à toute action susceptible de restreindre l'utilisation publique du folklore, considéré comme relevant du domaine public. Un groupe de travail a donc été constitué pour ajuster la proposition indienne et voir comment l'insérer dans la Convention de Berne.

Les travaux du groupe de travail lors de la conférence ont fait apparaître des divergences entre les demandeurs : entre ceux soucieux de contrôler son utilisation et ceux souhaitant être associés aux bénéfices dans le cadre d'une valorisation économique.

La définition des œuvres à protéger a également posé problème. L'inclusion d'une disposition dans la Convention de Berne limitait *a priori* leur champ à des « œuvres littéraires et artistiques » telles que listées à l'article 2 de la convention. Mais à quel titre pouvaient-elles être qualifiées de folkloriques et comment les distinguer des autres ?

1° S'agissait-il de protéger des éléments d'un patrimoine, d'un fonds commun d'œuvres millénaires et anonymes, contre une exploitation abusive ? Cette option se

heurtaient à la limitation de la durée de protection du droit d'auteur à 50 ans après la mort de l'auteur dans la Convention de Berne - inadaptée pour protéger un patrimoine ancien.

2° Ou des créations folkloriques dans le sens où elles sont le fruit d'une dynamique collective dans un contexte traditionnel, sans auteur identifiable ? Ce point de vue a été défendu par les représentants africains, notamment le délégué du Niger qui a souligné qu'en Afrique le folklore est également un phénomène contemporain, caractérisé par la création d'œuvres nouvelles et difficiles à fixer. Le même délégué a observé que « la seule fixation imaginable étant celle qui résulte d'enregistrements souvent faits par des étrangers, il est normal que des pays jeunes se soucient d'empêcher une exploitation des œuvres folkloriques à leur détriment ».

3° Ou des œuvres contemporaines inspirées d'un folklore tombé dans le domaine public et pouvant être attribuées à un auteur même si celui-ci restait anonyme ? Cette idée a suscité beaucoup de critiques au motif qu'elle ne se distinguait pas nettement des autres œuvres déjà protégées et pouvait être défavorable aux auteurs de ces œuvres.

S'est également posée la question du gestionnaire des droits et de l'identification des bénéficiaires, avec d'un côté des pays défendant une vision très étatique, et d'autres soucieux d'une gestion au plus près des communautés à l'origine du folklore.

In fine, c'est une solution proche de la deuxième option qui a prévalu. Le groupe de travail a abouti à l'insertion d'un article 15.4 dans la Convention de Berne visant à protéger les « **œuvres non publiées dont l'auteur est inconnu** » sans mentionner spécifiquement le folklore.

¹ Actes de la conférence de Stockholm, 1967. P. 891 – Œuvres folkloriques : propositions de l'Inde <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties>

/en/docs/prep-docs/1967_july_Stockholm_311-vol2-fr.pdf

Grâce à cette disposition, les États sont autorisés à désigner une autorité chargée de protéger cette œuvre et à faire valoir des droits d'auteur sur elle. L'alinéa 15.4.b de la Convention de Berne précise que les pays procédant à une telle désignation doivent le notifier au Directeur général de l'OMPI par une déclaration écrite². Cette disposition laissait beaucoup de questions ouvertes, à l'appréciation des législations nationales : Comment certifier le rattachement d'« œuvres non publiées dont l'auteur est inconnu » à un groupe culturel ou même à un pays donné ? Le Royaume-Uni a fait part de son incapacité à identifier un « folklore » proprement national compte tenu des multiples invasions et influences étrangères. L'Australie a suggéré qu'il serait nécessaire d'établir un mécanisme pour identifier les bénéficiaires et permettre la coopération transfrontière en cas d'œuvres caractéristiques de communautés dans plusieurs pays. Quelle date prendre comme point de référence pour calculer la durée de protection par le droit d'auteur ? L'Inde a suggéré que cela soit la date de la première publication, mais comment protéger des œuvres ou expressions plus intangibles et parfois difficiles à fixer sur un support ?

Les États ont peu profité de la liberté qui leur était offerte : seul un État - l'Inde³ - avait procédé à la désignation d'une telle autorité au début des années 1980 - soit que la solution négociée soit apparue comme trop complexe à mettre en œuvre, soit qu'elle ne répondît pas aux besoins des États demandeurs en raison d'une protection trop limitée. Un rapport de 1984 préparé par le

Secrétariat de l'UNESCO et le Bureau international de l'OMPI⁴ observe que « la protection juridique du folklore par les lois et traités sur le droit d'auteur ne semble pas avoir été particulièrement efficace ou rationnelle⁵ ».

La coopération UNESCO - OMPI et la tentative d'élaboration d'un système sui generis.

Suite au résultat très mitigé de cette première tentative de protection internationale du folklore par le droit d'auteur, l'agenda diplomatique s'est tourné dans les années 1970 vers le développement d'un système de protection *sui generis*, faisant appel à la double expertise de l'OMPI et de l'UNESCO (Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture) - cette dernière organisation cherchant à accroître la reconnaissance internationale du folklore.

Ces efforts ont abouti à l'adoption en juillet 1982 par le Comité d'experts gouvernementaux sur les aspects « propriété intellectuelle » de la protection des expressions du folklore de *Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables* - document élaboré par les secrétariats de l'UNESCO et de l'OMPI⁶.

Comme son nom l'indique, ce document ne constitue pas un accord international ayant force contraignante, mais un modèle de législation nationale dont la mise en œuvre est volontaire et peut être adaptée. Certains

² Art. 15.4 (b) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques consulté sur https://www.wipo.int/wipolex/fr/text/283699#P196_42946

³ L'Inde reste à ce jour le seul État ayant désigné une autorité compétence au regard de l'article 15.4 de la Convention de Berne : <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/docs/pdf/berne.pdf>

⁴ UNESCO, De la réglementation internationale des aspects propriété intellectuelle du folklore, Paris, www.unesco.org/fr, 1984, consulté sur

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372729>

⁵ UNESCO, De la réglementation internationale des aspects propriété intellectuelle du folklore, Paris, <https://www.unesco.org/fr>, 1984, p.16 consulté sur <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372729>

⁶ UNESCO, De la réglementation internationale des aspects propriété intellectuelle du folklore, Paris, www.unesco.org/fr, 1984, consulté sur <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372729>

articles comportent d'ailleurs plusieurs options.

Bien que non contraignant, les États ont dû trouver plusieurs avantages à disposer d'un modèle. Les pays en développement, de plus en plus nombreux⁷, ayant adopté des mesures pour protéger leur folklore ont vu leur légitimité à réguler ce domaine renforcé. Les pays n'ayant pas encore adopté de telles mesures, faute de moyens, disposaient d'un modèle pour le faire. Les pays du Nord, soucieux d'une trop grande créativité des États en matière de régulation et d'un risque d'hétérogénéité des mesures applicables, pouvaient également voir d'un bon œil l'adoption d'un document offrant un cadrage.

En termes de contenu, ces dispositions types visaient à attribuer aux expressions du folklore une protection similaire au droit d'auteur, mais sans limite dans le temps :

1° des droits d'exclusivité (article 3) : toute utilisation commerciale et en dehors du cadre traditionnel est soumise à autorisation. Deux possibilités sont prévues pour effectuer la demande d'autorisation : soit auprès de l'autorité compétente désignée par l'État, soit auprès d'une communauté concernée.

2° des droits moraux (article 5) : l'obligation de mentionner la source des expressions du folklore, en particulier la communauté d'origine et/ou le lieu géographique dont elle est issue.

3° des droits patrimoniaux (article 10) sous la forme d'une redevance : « Lorsque [l'autorité compétente] [la communauté concernée] accorde une autorisation, elle peut fixer le montant des redevances [en fonction d'un barème [établi] [approuvé] par l'autorité de surveillance] et les percevoir. Les redevances perçues sont utilisées pour promouvoir ou

sauvegarder [la culture nationale] [le folklore national]. »

Il s'agissait d'un système *sui generis*, n'interférant pas avec les autres systèmes de protection de la propriété intellectuelle, mais pouvant s'y superposer. Selon l'article 12 relatif aux relations avec d'autres formes de protection : « La présente [loi] ne met de limite ni ne porte atteinte en aucune façon à la protection dont jouissent les expressions du folklore en vertu de la loi sur le droit d'auteur, de la loi protégeant les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes... »

Le champ de la protection est précisé à l'article 2 qui définit les « expressions du folklore » comme des « productions se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté ». Ces expressions peuvent être intangibles comme les expressions verbales, les expressions musicales et les expressions corporelles, ou tangibles comme les ouvrages d'art populaire, l'artisanat, les instruments de musique, les ouvrages d'architecture. Les commentaires indiquent que le terme « expressions » est utilisé de préférence à celui d'« œuvres », qui renvoie trop directement à la Convention de Berne - ce qui n'empêche pas que ces expressions puissent également être des œuvres. Seules les expressions entrant dans le champ artistique sont protégées, en excluant donc des expressions ou des savoirs traditionnels ne présentant pas de caractère artistique.

Enfin, il convient d'observer que ces dispositions types semblent protéger les expressions elles-mêmes sans affecter d'autres œuvres inspirées ou faisant appel à des éléments du folklore. L'article 4 inclut parmi les exceptions possibles à la demande

⁷ UNESCO, De la réglementation internationale des aspects propriété intellectuelle du folklore, Paris, <https://www.unesco.org/fr>, 1984, consulté sur <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372729> cite les États suivants ayant adopté des législations sur le folklore lié au droit d'auteur : la

Tunisie 1967, la Bolivie 1968, le Chili 1970, le Maroc 1970, l'Algérie 1973, le Sénégal 1973, le Kenya 1975, le Mali 1977, le Burundi 1978, la Côte d'Ivoire 1978, la Guinée 1980...

d'autorisation : (i) l'utilisation au titre de l'enseignement, (ii) l'utilisation à titre d'illustration d'une œuvre originale d'un auteur, pour autant que l'étendue de cette utilisation soit compatible avec les bons usages et (iii) l'emprunt d'expression du folklore pour la création d'une œuvre originale d'un ou plusieurs auteurs. Les exceptions n'incluent pas explicitement le concept de droit américain « fair use » ou « usage loyal » en français, qui limite le copyright - la notion utilisée pour désigner les « bons usages » dans la version anglaise est « *fair practice* » - mais le sens y est bien.

Échec du projet de traité pour la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables

Les dispositions types, renvoyant la protection dans le cadre des législations nationales, ne pouvaient pas garantir une application extraterritoriale des mesures, qu'il s'agisse de la demande d'autorisation ou des éventuelles revendications financières. L'article 14 indiquait que : « les expressions du folklore développées et perpétuées dans un pays étranger sont protégées [...] sous réserve de réciprocité, ou sur la base des traités ou autres arrangements » - ce qui était peu protecteur dans la mesure où seuls des pays en développement avaient adopté de telles législations, d'autant que l'étendue de la protection pouvait varier d'un pays à l'autre.

Les États demandeurs ont donc poussé pour la négociation d'un traité contraignant en donnant mandat à la fois à l'UNESCO et à l'OMPI pour préparer un texte. Le *projet de traité pour la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables* de 1984 est très proche dans sa rédaction des dispositions types : mêmes définitions et mêmes mesures, demande d'autorisation, possibilité d'exiger une rémunération en échange de l'autorisation, mention de la source.

Le périmètre était en revanche défini différemment. L'article 4, qui n'a pas fait consensus, entendait préciser les utilisations soumises à autorisation (et donc ouvertes à

rémunération), en spécifiant dans un alinéa (1) qu'il ne s'agissait que d'usages « dans un but de profit » d'expressions du folklore (publication, reproduction, distribution, récitation, représentation, retransmissions...) et demandant dans un alinéa (2) aux États contractant de notifier les types, les caractéristiques principales et la source des expressions du folklore soumises à autorisation sur son territoire. La demande d'autorisation étant ainsi circonscrite, la référence aux « bons usages » - qui aurait pu introduire une plus grande flexibilité - a été retirée des « exceptions ». Ce champ d'application mieux défini et limité aux usages à but lucratif répondait sans doute à une demande des pays du Nord, soucieux d'une plus grande sécurité juridique. Il reflétait également une tension entre une approche principalement économique de la culture par le biais des droits de propriété intellectuelle, tendant à considérer le folklore comme une ressource sur laquelle les États garderaient un contrôle souverain, et l'approche plus universaliste de l'UNESCO, soucieuse de favoriser les échanges et la connaissance des autres cultures.

La principale valeur ajoutée du projet du traité était son caractère contraignant assurant une norme minimale de protection et la garantie d'une application du traitement national pour les expressions du folklore de pays étrangers. Cependant, l'objectif de cet instrument n'était pas qu'économique. Le premier rôle mis en avant par le *Groupe d'experts sur la protection internationale des expressions du folklore par la propriété intellectuelle* était la prise de conscience internationale du phénomène du folklore : « Aussi limité qu'il soit dans sa portée, un instrument international témoigne de la prise

de conscience d'un phénomène et est l'étape vers l'élaboration d'une valeur universelle.⁸ »

Cela n'a pas suffi à convaincre les États à se mettre d'accord sur un texte. Plusieurs facteurs expliquent cet échec : le refus des pays du Nord de remettre en cause la notion de domaine public et donc, l'équilibre des systèmes de propriété intellectuelle en ouvrant des failles au niveau du droit international, l'incapacité des pays demandeurs à préciser ou spécifier les objets à protéger en l'absence de pratique internationale et d'inventaires et leur réticence à reconnaître dans les expressions du folklore un patrimoine universel et pas seulement national. La polarisation Est-Ouest et Nord-Sud de l'époque ne favorisait pas l'atteinte du consensus.

L'idée d'un système sui generis pour protéger des expressions culturelles et des savoirs traditionnels va surtout prospérer à l'UNESCO

Après un hiatus de plusieurs années, suite à l'échec du projet de traité pour la protection des expressions du folklore, le sujet va être repris au sein de l'UNESCO sous un nouvel angle moins économique et en utilisant de nouvelles terminologies : patrimoine immatériel, expressions culturelles traditionnelles et savoirs traditionnels.

La recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire⁹, adoptée par la conférence générale de l'UNESCO en 1989 reconnaît que « la culture traditionnelle et populaire, en tant qu'elle constitue des manifestations de la créativité intellectuelle individuelle ou collective, mérite de bénéficier d'une protection s'inspirant de celle accordée aux productions

intellectuelles ». Elle semble considérer que les aspects de propriété intellectuelle ont été suffisamment couverts par les « importants travaux réalisés par l'UNESCO et l'OMPI », et qu'il convenait désormais d'adopter des mesures complémentaires en dehors du champ de la propriété intellectuelle.

Le rapport « Notre diversité créatrice » de l'UNESCO publié en 1996¹⁰, en reconnaissant les défauts d'une approche trop économique pouvant conduire à une marchandisation excessive perturbatrice pour la culture traditionnelle, estimait que la notion de « propriété intellectuelle » n'était pas nécessairement le bon concept pour évoquer des traditions créatrices vivantes.

Ce constat a conduit à la négociation puis à l'adoption de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*¹¹ (2003). L'article 11 de la convention autorise les États à « prendre les mesures nécessaires pour assurer la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel présent sur [leur] territoire. ». A cette fin, chaque État doit identifier et définir leur patrimoine immatériel en vue de dresser des inventaires. Au niveau international, un comité établit une liste représentative du patrimoine immatériel de l'humanité. Un fonds pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et différentes activités de coopération sont prévus pour assister les États.

L'article 3 indique explicitement que le texte de la convention ne peut être interprété comme « affectant les droits et obligations des États parties découlant de tout instrument international relatif aux droits de la propriété intellectuelle ». Pour autant, cette convention a des effets directs sur le commerce qui peut être impacté par ces mesures de sauvegarde. Surtout, elle crée des

⁸ UNESCO, De la réglementation internationale des aspects propriété intellectuelle du folklore, Paris, <https://www.unesco.org/fr>, 1984, p.17 consulté sur <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372729>

⁹ ONU, 1992, Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, consulté sur https://www.persee.fr/doc/jda_1156-0428_1992_num_50_1_1748

¹⁰ Commission mondiale de la culture et du développement, 1996, consulté sur https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000105586_fre

¹¹ UNESCO, Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 17 octobre 2003, consulté sur : <https://ich.unesco.org/fr/convention#part6>

effets comparables à ceux recherchés par le projet de traité pour la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables : reconnaissance universelle du nom et de l'origine, garantie de l'authenticité, valorisation du patrimoine, possibilité de limiter la commercialisation...

Le champ de la convention est original. Il ne se limite pas au domaine artistique, mais inclut également des savoirs - au sens large - et des savoir-faire. L'article 2 définit le patrimoine culturel immatériel comme « 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... ». Sont cités comme exemples : les traditions et expressions orales, y compris la langue, les arts du spectacle, les pratiques sociales, rituels et événements festifs, les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers et les savoir-faire liés à l'artisanat.

Au niveau sémantique, la convention marque une période de transition : elle ne mentionne plus le folklore, et ne contient pas encore les termes « expressions culturelles traditionnelles » et « savoirs traditionnels » - mais le sens y est déjà. Il semblerait raisonnable de considérer que tous les « savoirs traditionnels » puissent être inclus dans le patrimoine immatériel - notion qui correspondrait à un ensemble formé par les savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles intangibles.

La convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO, adoptée deux ans plus tard, le 20 octobre 2005, multiplie les références aux « savoirs traditionnels » et « expressions culturelles traditionnelles ».

La relance d'un processus normatif à l'OMPI : le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC)

Les travaux techniques conduits au cours des années 1990 à l'UNESCO sur la notion de patrimoine culturel immatériel ont contribué à rehausser l'intérêt pour le folklore comme objet de négociations multilatérales et à préciser ses contours. La décision de créer, en 2001, un Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle en rapport avec les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore (IGC) reflète encore deux autres dynamiques au sein du système multilatéral.

D'une part, elle intégrait les travaux conduits dans le cadre de la *Convention sur la diversité biologique (CDB)* sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés à des ressources génétiques. L'idée, pour les demandeurs, était sans doute de renforcer l'affirmation dans la CDB de la souveraineté des États sur leurs ressources génétiques par la revendication de droits de propriété intellectuelle sur ces mêmes ressources.

D'autre part, elle accompagnait l'émergence du mouvement indigéniste, porté par des communautés autochtones principalement latino-américaines, souhaitant utiliser l'arène internationale pour contraindre leurs États à adopter des mesures protectrices. Ces revendications ont trouvé de premières réalisations dans l'adoption en 1989 de la Convention 169 de

informations (article 5.1). Elle prévoit finalement la possibilité de prendre, en droit national, des sanctions après délivrance du brevet « en cas d'intention frauduleuse au regard de l'exigence de divulgation » (article 5.4).

Ces dispositions sont, en elles-mêmes peu créatrices de droits et peuvent être interprétées comme un droit à la reconnaissance de la paternité de communautés autochtones et locales sur des savoirs traditionnels associés à des ressources génétiques lors des demandes de brevets. En revanche, il n'est pas question dans ce texte de conférer un quelconque droit d'exclusivité ou droit patrimonial relatif à ces savoirs traditionnels. L'absence de revendications sur ces points est liée à la préexistence d'un système d'accès et de partage des avantages : le *Protocole de Nagoya* sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relative à la *Convention sur la diversité biologique*¹³.

Vers une clause similaire dans le traité sur les dessins et modèles lors de la conférence diplomatique de Riyad, du 11 au 22 novembre 2024 ?

Le projet de traité visant à simplifier le système mondial de protection des dessins et modèles industriels qui sera examiné¹⁴ lors de la conférence diplomatique de Riyad comporte comme option, à l'article 3.1, l'inclusion d'une exigence de « divulgation de l'origine ou de la source des expressions culturelles traditionnelles, savoirs traditionnels ou ressources biologiques ou génétiques utilisés ou incorporés dans le dessin ou modèle industriel » - demande présentée par le Nigéria, au nom du groupe Afrique.

La rédaction actuelle ne précise cependant pas ce qu'il faut entendre par origine et par source, pas plus qu'elle ne donne de définition des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles. Si le sujet des savoirs traditionnels associés à des ressources génétiques, invitait à se concentrer sur certaines communautés autochtones et locales, identifiées comme détentrices de tels savoirs par la *Convention sur la diversité biologique* et le *Protocole de Nagoya* en raison de leur rôle dans la préservation des écosystèmes, les savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles utilisés ou incorporés dans des dessins et modèles industriels pourraient provenir d'un spectre plus large de communautés, groupes et individus. L'inclusion de cette clause reste cependant controversée.

Une précédente version du même alinéa 3.1.ix, toujours à la demande du groupe Afrique, incluait des dispositions plus étendues et notamment la référence à la mise en place d'un système d'accès et de partage des avantages. Le groupe Afrique a cependant accepté de retirer cette demande du fait des perspectives réelles de conclusion d'un accord sur les ressources génétiques.

L'inclusion ou non d'une clause de divulgation sur l'origine de savoirs traditionnels ou expressions culturelles traditionnelles dans ces deux traités guidera la reprise des travaux sur un ou plusieurs instruments relatifs aux savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles dans le cadre du Comité intergouvernemental (IGC) de l'OMPI, à l'automne 2024.

État des lieux des discussions sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles

L'Assemblée de l'OMPI a pris la décision, en juillet 2023, de prolonger pour deux ans le

¹³ Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relative à la Convention sur la diversité biologique, 2012, consulté sur

<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-fr.pdf>

¹⁴ Projet d'articles sur le droit et la pratique en matière de dessins et modèles industriels https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/fr/sct_s3/sct_s3_9.pdf

mandat de l'IGC en vue de parvenir à un texte et de prendre une décision sur le lancement d'une conférence diplomatique sur un ou plusieurs instruments juridiques en juillet 2025¹⁵.

Les discussions dans le cadre du Comité intergouvernemental portent sur deux textes presque similaires : projet d'articles sur les savoirs traditionnels et projet d'articles sur les expressions culturelles traditionnelles. Ces deux documents comportent encore de nombreuses options sur chaque article, à commencer par les objectifs mêmes du texte. Un désaccord continue d'opposer pays du Nord et du Sud sur la nature juridiquement contraignante ou non de l'instrument à négocier.

Si les clauses de divulgation examinées dans le cadre des deux conférences diplomatiques de l'OMPI en 2024 peuvent être interprétées comme ouvrant un droit de communautés, groupes ou individus à voir reconnue leur paternité sur des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels, les projets d'articles relatifs aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles examinés dans le cadre de l'IGC évoquent plus nettement la notion de droits. Ils incluent – parmi d'autres options – les revendications des pays du Sud sur l'attribution de droits d'exclusivités, de droits patrimoniaux et de droits moraux sur ces savoirs et expressions culturelles traditionnelles.

A ces deux documents « officiels », est venu s'ajouter un texte informel élaboré par la présidente du comité, de la Jamaïque. Ce *Projet d'instrument juridique international concernant la propriété intellectuelle relative aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles*, a été présenté en novembre 2022. Il fusionne les deux textes comportant de nombreuses mesures redondantes et effectue un choix parmi les

options discutées dans le cadre de ce groupe. Examinons les principales dispositions de ce projet d'instrument, qui attire un intérêt croissant de la part des pays demandeurs, à commencer par le groupe Afrique.

III. Analyse du texte de la présidente sur le Projet d'instrument juridique international concernant la propriété intellectuelle relative aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles

Avec le projet d'instrument, la présidente de l'IGC propose une vision personnelle d'un point d'atterrissage possible en vue de contribuer à l'avancée des négociations au sein du comité. C'est le grand mérite du texte, bien que beaucoup de questions restent ouvertes. Il s'agit d'un choix assumé de l'auteur : « Selon moi, un instrument juridique international sur les savoirs traditionnels ne doit être ni trop détaillé, ni trop prescriptif. Les futures versions de ce texte viseront à être moins détaillées que la présente version. »¹⁶ On peut faire la réflexion que – dans le cas d'un texte contraignant – cette rédaction elliptique est sans doute plus adaptée aux pays de « *common law* », laissant une grande marge d'appréciation au juge, qu'aux pays de tradition juridique romano-germanique.

La nature contraignante ou volontaire reste ambiguë : si la structure du projet d'instrument est celle d'une convention ou d'un traité (objectifs, objet de la protection, bénéficiaires, étendue de la protection, exceptions et limitations, sanctions et réparations), certaines formulations visant à reconnaître des droits très généraux évoquent plutôt une déclaration politique.

¹⁵ OMPI, 2023, Report on the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC), consulté sur <https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/igc/docs/igc-mandate-2024-2025.pdf>

¹⁶ Texte de la présidente sur le projet d'instrument juridique international concernant la propriété intellectuelle relative aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, établi par L. Bellamy, 29 novembre 2022, §5.

Trois objectifs sont retenus : 1° offrir une protection efficace et adéquate des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, 2° empêcher la délivrance indue de droits de propriété intellectuelle sur des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles et 3° reconnaître les peuples autochtones et les communautés locales en tant que détenteurs de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles. Les objectifs ainsi définis posent une série de questions sur le champ d'application de l'instrument. L'objectif 1 indique une intention de créer un instrument *sui generis* protégeant l'ensemble des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels – qu'ils proviennent de communautés locales ou autochtones ou non. Ce n'est cependant pas la direction que prend l'instrument qui ne concerne que les peuples autochtones et communautés locales. L'objectif 2, visant à empêcher la « délivrance indue de droits de propriété intellectuelle » s'inspire d'une formule figurant dans le projet d'instrument sur les ressources génétiques et savoirs traditionnels associés, mais semble exclure le droit d'auteur, qui ne nécessite aucune formalité pour bénéficier de la protection. L'objectif 3 est ambigu : s'agit-il d'une affirmation politique visant à reconnaître un fait, ou de la reconnaissance de droits de propriétés des peuples autochtones et des communautés locales sur leurs expressions culturelles et leurs savoirs traditionnels ? Le reste du texte reflète plutôt la deuxième option.

Les bénéficiaires de la protection sont définis comme les « peuples autochtones et communautés locales » ainsi que tout autre bénéficiaire protégé en vertu de la législation nationale. L'auteur reconnaît qu'il n'y a pas de consensus sur ce point, certains États souhaitant inclure d'autres catégories comme les groupes ethniques ou les minorités.

L'objet de la protection. Pour définir les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles, l'auteur fait appel à deux types de critères. Il y a d'une part un critère matériel indiquant le contenu de ces savoirs et expressions culturelles qui semble directement inspiré de la rédaction de la *Convention sur la diversité biologique* et des

dispositions types UNESCO-OMPI de 1982. A cela s'ajoutent des critères visant à garantir leur nature traditionnelle : ils doivent être 1° créés, développés, générés, détenus, utilisés et conservés collectivement par les peuples autochtones et les communautés locales conformément à leurs lois et protocoles coutumiers, 2° liés à l'identité culturelle et sociale et au patrimoine traditionnel des peuples autochtones et des communautés locales dont ils font partie intégrante et 3° transmis entre générations ou de génération en génération. Cette deuxième série de critères est à rapprocher de la définition du patrimoine immatériel dans la *Convention de l'UNESCO*. Cumulés, ces deux types de critères contribuent à donner une vision assez limitative de l'objet de la protection qui ne concerne que certains savoirs et certaines expressions provenant d'un certain type de communautés : celles ayant un mode de vie distinctif et parfois un système juridique et des lois coutumières qui leur sont propres.

L'étendue de la protection est la partie la plus originale du projet d'instrument. Elle vise à trouver un point d'équilibre entre protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles et préservation de la notion de domaine public – qui n'est pas mentionné en tant que tel. L'auteur établit deux cas de figure. Tout d'abord, celui de savoirs ou d'expressions culturelles dont l'accès est restreint, car ils sont considérés comme « secrets ou sacrés ». Dans ce cas de figure uniquement, qui se situe clairement hors du domaine public, l'instrument reconnaît des droits d'exclusivité, des droits patrimoniaux et des droits moraux de nature collective. La manière dont ces droits sont assurés n'est pas précisée, mais les formules suggèrent la mise en place d'un mécanisme d'accès et de partage des avantages (APA), ainsi que d'obligation de divulgation de l'origine. L'auteur établit également un deuxième cas de figure : celui de savoirs traditionnels ou expressions culturelles traditionnelles qui « ne sont plus sous le contrôle exclusif des bénéficiaires, mais sont toujours distinctement associés à l'identité culturelle des bénéficiaires ». Dans ce cas, le texte reconnaît une « part juste et équitable des avantages découlant de l'usage » sans utiliser

le mot « droit » et un droit moral. Il n'est en revanche plus question de droit d'exclusivité. Il semblerait que l'auteur ait cherché à appréhender des cas intermédiaires de savoirs ou d'expressions dont la diffusion en dehors des communautés d'origine reste limitée.

Les exceptions et limitations sont laissées à la discrétion des États, à condition de respecter certaines conditions telles que la mention des bénéficiaires, une utilisation qui ne soit ni dégradante, ni offensante, ou la compatibilité avec l'« usage loyal ». Sans vider complètement le projet d'instrument de son contenu, la latitude qui est laissée d'adopter des exceptions et limitations pourrait facilement restreindre la portée de la protection à la reconnaissance d'un droit moral pour les usages à but non lucratif – les droits d'exclusivité et les droits patrimoniaux ne s'appliquant que pour les usages à but lucratif. Un seul cas de figure ne peut faire l'objet d'aucune exception : celui où existe un risque de dommage irréversible à une expression culturelle traditionnelle ou un savoir traditionnel sacré. On comprend le type de cas visé, qui peut concerner un savoir secret transmis dans le cadre d'un rite initiatique ou des formules magiques, dont il s'agit d'éviter la divulgation même dans le cadre d'un article scientifique. Reste à savoir si la propriété intellectuelle ou un mécanisme de type accès et partage des avantages, qui s'inscrivent *a priori* dans le cadre d'une démarche commerciale, constitueraient les outils le plus appropriés pour assurer cet objectif.

Les sanctions en cas de non-respect ne sont pas explicitées et laissées à l'appréciation des États membres : « Les États membres doivent mettre en place des mesures juridiques ou administratives appropriées, efficaces, dissuasives et proportionnées pour remédier à la violation des droits énoncés dans le présent instrument. »

Considérée dans son ensemble, le projet de la présidente jamaïcaine du comité IGC n'est donc pas très éloigné de ce qu'il propose du *projet de traité pour la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables* de 1984. Les principales différences résident dans le

champ d'application, qui apparaît plus précis, et dans l'insistance sur les peuples autochtones et communautés locales comme bénéficiaires de la protection. Un accord serait-il possible sur cette base ? La simplicité du texte de la présidence ne doit pas faire oublier les divergences de vues parmi les États participant au Comité intergouvernemental et la multiplicité des options sur chaque article. Les pays développés restent très réticents à l'idée d'engager la négociation d'un instrument juridiquement contraignant et les États membres, collectivement, sont assez loin d'un consensus sur les dispositions à inclure dans l'instrument.

III. Résoudre la quadrature du cercle ?

La description du projet de texte de la présidence de l'IGC et les arguments qu'il continue de soulever pourraient laisser penser qu'un voyageur spatio-temporel parti de l'OMPI, au début des années 1980, et transporté quarante ans plus tard ne serait pas tout-à-fait désorienté. Il reconnaîtrait les grandes lignes des débats et peut-être même le positionnement de groupes régionaux. Pourtant, un tel jugement ne serait pas tout-à-fait vrai. Plusieurs facteurs pourraient contribuer à resserrer les termes du débat et à faire aboutir ces discussions sur un texte ou sur d'autres mesures pratiques.

Une plus grande appropriation de la propriété intellectuelle :

Le temps écoulé depuis le lancement de discussions à l'OMPI sur la propriété intellectuelle liée au folklore s'est accompagné de profondes mutations de l'attitude des États et des communautés à l'égard de la propriété intellectuelle.

Les États du Sud sont aujourd'hui plus divers. Certains d'entre eux, en particulier les grands émergents, se sont appropriés les outils de la propriété intellectuelle et ne sont plus dans une attitude frontalement révisionniste. La possibilité d'accorder des mesures similaires aux droits d'auteur pour protéger le folklore par le biais des législations nationales – reconnue par les

dispositions types UNESCO-OMPI de 1982 – a d’ailleurs pu répondre à une grande partie de leurs besoins.

La deuxième dynamique est la prise de conscience croissante des phénomènes de discrimination au sein des pays du Nord, dont certains abritent des communautés autochtones, rendant certains d’eux beaucoup plus sensibles à l’intérêt d’une déclaration ou d’un instrument limité dans sa portée.

Le troisième élément est la part de plus en plus active que prennent les peuples autochtones et les communautés locales dans la protection et la valorisation de leur propre culture. Le site de l’OMPI met en lumière les initiatives d’entrepreneurs autochtones pour protéger leurs productions grâce à différents systèmes de propriété intellectuelle : marques, brevets, indications géographiques. Certaines options qui n’étaient pas envisagées dans les années 1960 sont aujourd’hui utilisées avec succès.

Ces trois éléments, mis bout-à-bout, font que le jeu est aujourd’hui plus fluide et qu’il semble possible de parvenir à un point d’accord sans pour autant remettre en cause les systèmes de propriété intellectuelle existants.

La nécessaire prise en compte des acquis d’autres enceintes, en particulier l’UNESCO

L’UNESCO est parvenue, grâce à la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine immatériel* de 2003, à assurer une reconnaissance internationale à un ensemble d’expressions culturelles traditionnelles et de savoirs traditionnels incluant les traditions et expressions orales, y compris la langue, les arts du spectacle, les pratiques sociales, rituels et événements festifs, les connaissances et pratiques concernant la nature et l’univers et les savoir-faire liés à l’artisanat local. La mise en œuvre de cet instrument a stimulé l’inventaire du

patrimoine immatériel, la constitution de registres, mais aussi des pratiques de coopération transfrontalières entre États ayant un patrimoine en commun ainsi que l’attribution de fonds pour des projets de conservation.

Certains problèmes pratiques qui ont été soulevés par le passé – définition de l’objet de la protection, identification des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels protégés, coopération transfrontalière – sont susceptibles d’être plus facilement surmontés en prenant en compte ou en s’inspirant de l’expérience acquise dans ces enceintes. L’existence de cette pratique devrait permettre de renforcer la confiance entre les parties.

Cette meilleure prise en compte permettrait également d’éviter tout doublon entre différents instruments et de poser la question du cadre et du système le plus adapté pour protéger efficacement des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels en fonction de l’objectif recherché – la propriété intellectuelle étant essentiellement destinée à assurer une exploitation commerciale.

Se pose la question des États n’ayant pas adhéré aux conventions de l’UNESCO¹⁷, parmi lesquels se trouvent plusieurs grands États industrialisés (Canada, États-Unis, Australie Nouvelle-Zélande). Il serait cependant surprenant que des pays n’ayant pas rejoint la *Convention de l’UNESCO sur le patrimoine immatériel*, qui a peu d’impact économique, montrent beaucoup d’entrain à conclure un instrument tendant à reconnaître des droits comparables au droit d’auteur sur les expressions culturelles traditionnelles et les savoirs traditionnels.

L’articulation avec les droits de propriété intellectuelle existants doit être traitée avec précaution

La proposition indienne de 1967 était d’inclure la protection du folklore dans le

¹⁷ Liste des 183 États parties à la convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel consultée sur

<https://ich.unesco.org/fr/convention#art29>

droit d'auteur – proposition parfaitement cadrée du point de vue du droit de la propriété intellectuelle et qui a donné lieu à l'insertion d'un alinéa 15.4 dans la Convention de Berne. Les dispositions types de 1982 ont établi un modèle de protection en droit national *sui generis*, n'affectant pas les droits de propriété intellectuelle existants. Elles offraient, à côté de la possibilité de protéger différentes expressions tangibles ou intangibles par le droit d'auteur, des brevets, des marques, celle de les protéger au titre de leur dimension folklorique. Cette protection pouvait combler des interstices non couverts par d'autres systèmes de protection ou s'y superposer.

Les propositions actuellement portées par les pays demandeurs sont de nature à créer une plus grande imbrication. Elles visent, d'une part, à divulguer l'origine ou la source de savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles dans les systèmes de protection existants et, d'autre part, à établir un système *sui generis* pouvant possiblement combler des manques, ou se surajouter à d'autres formes de protection. Il est difficile de concevoir comment un tel système pourrait ne pas produire d'effets sur les différents systèmes de protection administrés par l'OMPI.

L'ordre actuel des négociations présente donc le paradoxe de travaux tendant à asseoir, au sein des systèmes des brevets et des dessins et modèles, des mots clés dont le contenu ne serait révélé qu'après coup dans un autre instrument – situation de nature à créer une certaine méfiance de la part des pays industrialisés.

Il est par ailleurs probable que les demandeurs, s'ils ne parviennent pas à avoir gain de cause sur l'inclusion d'une clause de divulgation dans le droit des dessins et modèles, chercheront une nouvelle occasion d'introduire cette mesure par l'intermédiaires des négociations sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles dans le cadre du mandat du Comité intergouvernemental de l'OMPI dédié à ces questions (IGC).

Cette articulation avec les autres droits de propriété intellectuelle doit donc être traitée

avec prudence afin de ne pas accroître la méfiance entre les parties.

Une définition plus précise des bénéficiaires ?

La limitation du champ de la protection, dans le cadre des différents documents circulant au sein du Comité intergouvernemental (IGC), aux peuples autochtones et communautés locales, peut donner l'impression que ces termes font l'objet d'un consensus et permettent d'identifier précisément les bénéficiaires. Cette évidence peut s'avérer trompeuse.

Il n'existe pas de définition internationalement reconnue des peuples autochtones et encore moins des communautés locales. Les déclarations faites au moment de l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* en 2007 (UNDRIP) montrent qu'il n'est pas possible d'attendre de la part des États une approche uniforme ou trop restrictive, certains pays considérant qu'il n'abritent pas de population autochtone ou au contraire que l'ensemble de leur population est autochtone. Il existe une pratique liée aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques de « communautés autochtones ou locales » dans le cadre du *Protocole de Nagoya*. S'inspirer de cette pratique pourrait aider à créer de la confiance entre les parties.

Finalement, la référence explicite à des « droits collectifs » dans le texte de la présidente entre en contradiction avec les traditions juridiques de plusieurs États qui ne reconnaissent de droits que sur une base individuelle. Des formules devront être trouvées pour assurer la compatibilité avec les différents systèmes de droit.

Mais, même une fois ce problème résolu, se pose toujours une question fondamentale : les savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles non issus de peuples autochtones ou de communautés locales n'ont-ils pas droit à une forme de protection, qui s'apparenterait – *a minima* – à un droit à la mention de l'origine ou de la source ? La réponse dépend en partie de la nature contraignante ou non de l'instrument qui pourrait être adopté.

Conclusion : il n’y a probablement pas de réponse unique à des besoins divers

Les discussions au sein du Comité intergouvernemental de l’OMPI (IGC) montrent l’existence de préoccupations diverses parmi les demandeurs : entre la recherche de droits patrimoniaux et la volonté d’empêcher la diffusion et la commercialisation.

L’articulation entre la protection du folklore et le domaine public reste par ailleurs un enjeu majeur. Le texte de la présidente jamaïcaine de l’IGC tente de traiter de manière nuancée cet enjeu en distinguant les expressions culturelles et savoirs traditionnels secrets ou sacrés - hors du domaine public - qui peuvent recevoir une plus grande protection de ceux qui ne sont plus sous le contrôle exclusif des communautés d’origine. Reste à savoir si ce deuxième cas de figure est suffisamment précis pour être efficacement mis en œuvre. Il semble a priori difficile de formuler un tel principe sous la forme d’une norme juridiquement contraignante.

Plutôt qu’une réponse unique, ces problématiques pourraient être traitées séparément à l’aide de solutions originales, contraignantes ou volontaires. A titre d’exemple, dans le cadre d’une démarche commerciale, la création d’un « label » pourrait constituer un moyen efficace de valoriser des expressions culturelles traditionnelles ou des savoirs traditionnels ayant échappé au contrôle exclusif de leurs détenteurs initiaux. Des initiatives de ce type seraient - a minima - de nature à créer la confiance et à renforcer la compréhension des objets à protéger.

Au-delà de l’opposition quelque peu performative entre pays du Sud et pays développés, dont les déterminants sont, d’une part, les accusations de pillage et la revendication d’un juste partage des avantages- et, d’autre part, la volonté de préserver les intérêts des créateurs et industries culturelles en sauvegardant les systèmes de propriété intellectuelle existants, des solutions pragmatiques semblent envisageables pour protéger efficacement des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles.

J. P.