

Organisation des Nations Unies
pour l'éducation, la science
et la culture

Unesco - Paris

Organisation Mondiale
de la Propriété
Intellectuelle

OMPI - Genève

Distribution limitée

UNESCO/OMPI/WG.II/FOLK/3
Original : anglais
Date : 15 décembre 1980

GRUPE DE TRAVAIL SUR LES ASPECTS
"PROPRIETE INTELLECTUELLE"
DE LA PROTECTION DU FOLKLORE

(DEUXIEME REUNION)

(Paris, 9 - 13 février 1981)

COMMENTAIRE DES DISPOSITIONS TYPES REVISEES
DE LEGISLATION NATIONALE SUR LA PROTECTION
DES EXPRESSIONS DU FOLKLORE

I

OBSERVATIONS LIMINAIRES

Nécessité d'une protection juridique des expressions du folklore

1. Les pays en développement sont de plus en plus nombreux à reconnaître le folklore comme un élément fondamental de l'identité culturelle et comme l'un des plus importants moyens permettant à leurs peuples de s'exprimer, tant au sein de leurs propres communautés que dans leurs relations avec le monde qui les entoure. Le folklore est aussi devenu de plus en plus important pour ces pays, aussi du point de vue de l'affirmation de leur identité politique; dans les pays en développement, le folklore est une tradition vivante, fonctionnelle, plutôt qu'un simple souvenir du passé.
2. L'intégrité du folklore comme tradition vivante et fonctionnelle dans les pays en développement est sérieusement menacée par l'accélération de l'évolution des techniques, en particulier dans le domaine des enregistrements sonores et audiovisuels, de la radiodiffusion, de la télévision par câble ou de la cinématographie. Les expressions du folklore sont, par ces moyens, commercialisées à l'échelle mondiale sans que soient dûment respectés les intérêts culturels ou économiques des communautés dont elles sont issues, et sans qu'une partie des recettes de cette exploitation revienne aux peuples auxquelles elles sont empruntées. En même temps, elles sont souvent aussi déformées afin de mieux répondre à ce que l'on croit de nature à favoriser leur commercialisation.
3. Dans certains pays industrialisés, le folklore tend à être considéré généralement comme le souvenir d'une civilisation révolue et dans ces pays les expressions du folklore sont généralement considérées comme appartenant au domaine public. Cette approche explique pourquoi, au moins jusqu'à présent, les pays industrialisés ne jugent pas en général nécessaire d'instituer une protection juridique des divers intérêts nationaux ou autres intérêts des communautés liés à l'utilisation du folklore.

4. Au cours des 10 ou 20 dernières années, il est cependant devenu évident que pour promouvoir le folklore comme source d'expression créatrice, il fallait trouver des solutions juridiques particulières, tant à l'échelon national qu'à l'échelon international, pour assurer la protection contre l'exploitation indue des expressions du folklore et notamment contre la pratique générale consistant à tirer un bénéfice de leur exploitation en dehors de leurs communautés d'origine sans rémunérer ces dernières. Dès les premiers efforts déployés à cet effet, il est aussi apparu que la protection juridique concernant l'utilisation des expressions du folklore ne peut pas, à elle seule, résoudre tous les problèmes qu'implique le maintien du folklore comme élément essentiel de la vie humaine. Le problème comporte de nombreux aspects et fait intervenir des questions de conservation matérielle de même que des facteurs sociologiques, psychologiques, ethnologiques, politico-historiques et autres. Tous les problèmes en cause sont interdépendants et doivent être abordés en tenant compte des liens qui existent entre eux. Cela ne signifie pas, néanmoins qu'aucun effort particulier ne doit être fait pour répondre à des impératifs urgents suffisamment définis qui se précisent dans l'ensemble des disciplines que recouvre le phénomène du folklore.

Tentatives visant à protéger les expressions du folklore en vertu de la loi sur le droit d'auteur

5. Les premières tentatives de réglementer l'utilisation des expressions du folklore ont été faites dans le cadre de plusieurs législations sur le droit d'auteur (Tunisie, 1967; Chili, 1970; Maroc, 1970; Algérie, 1973; Sénégal, 1973; Kenya, 1975; Côte d'Ivoire, 1978); dans un décret bolivien de 1968 pour ce qui concerne uniquement le folklore musical; dans l'annexe No VII de la Convention OAPI de 1977; et enfin dans la loi type de Tunis de 1976 sur le droit d'auteur pour les pays en développement). Tous ces textes considèrent les oeuvres du folklore comme partie intégrante du patrimoine culturel de la nation (tradition, héritage culturel; au Chili : "domaine public culturel", dont l'utilisation doit donner lieu à des redevances). La loi mexicaine sur le droit d'auteur, quant à elle, ne contient qu'une référence générale à la "protection des valeurs culturelles de la nation".

6. Dans toutes ces lois, cependant, le mot folklore ne s'entend pas toujours de la même façon. Aucune définition n'est donnée dans la loi tunisienne. Un important élément inhérent au droit d'auteur, commun aux définitions données dans les autres lois en question, est que les oeuvres considérées doivent avoir été créées par des auteurs dont l'identité est inconnue mais qui, selon toutes probabilités, sont ou ont été des ressortissants du pays en cause; cette condition correspond aux dispositions de l'article 15 de l'Acte de Paris (1971) de la Convention de Berne. L'annexe de la Convention OAPI fait état de la création par les communautés, et non par un auteur particulier, ce qui différencie plus précisément les créations du folklore des oeuvres protégées par le droit d'auteur classique. La loi type de Tunis définit le folklore comme ayant recours à ces deux solutions.

7. D'après la loi marocaine, le folklore comprend toutes les oeuvres non publiées de cette nature; l'Algérie et la Tunisie ne limitent pas la portée du folklore aux oeuvres non publiées. La loi sénégalaise indique expressément que la notion de folklore comprend aussi bien les oeuvres littéraires que les oeuvres artistiques. L'annexe de la Convention OAPI et la loi type de Tunis soulignent que le folklore comprend aussi les oeuvres scientifiques. La plupart des textes en question reconnaissent la catégorie distincte des "oeuvres inspirées du folklore", qu'elles considèrent comme des oeuvres relevant de la loi sur le droit d'auteur, en subordonnant leur utilisation à l'approbation d'un organe compétent. La loi sénégalaise prévoit un texte particulier pour réglementer la protection pertinente; mais ce texte n'a pas encore été promulgué.

8. Les "oeuvres" du folklore proprement dites sont essentiellement protégées, en vertu des législations nationales précitées, contre les fixations faites dans un but lucratif, qui sont soumises à autorisation préalable. La loi du Sénégal exige aussi une autorisation préalable pour la représentation ou l'exécution publique d'oeuvres du folklore dans un but lucratif. La loi type de Tunis suggère une protection s'inspirant des droits habituellement reconnus sur les oeuvres au titre du droit d'auteur. L'annexe de la Convention OAPI, en revanche, est axée sur les questions de conservation des oeuvres existantes du folklore et d'autres éléments du patrimoine culturel ainsi que sur les mesures permettant de favoriser le folklore.

9. Une tentative de protection des oeuvres du folklore par une loi de droit d'auteur a aussi été faite au niveau international en 1967, à Stockholm, lors de la révision de la Convention de Berne. C'est ainsi que l'article 15.4 de l'Acte de Paris (1971) de la Convention de Berne contient la disposition suivante : "a) pour les oeuvres 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; b) les pays de l'Union qui, en vertu de cette disposition, procéderont à une telle désignation, le notifieront au Directeur général [de l'OMPI] par une déclaration écrite où seront indiqués tous renseignements relatifs à l'autorité ainsi désignée. Le Directeur général communiquera aussitôt cette déclaration à tous les autres pays de l'Union".

10. Les dispositions existantes des législations nationales concernant la protection des expressions du folklore ne semblent pas, jusqu'à présent, avoir été effectivement mises en oeuvre et aucune notification n'a été déposée auprès du Directeur général de l'OMPI concernant la désignation d'une autorité nationale pour protéger dans d'autres pays de l'Union de Berne les droits afférents aux oeuvres d'auteurs dont l'identité est inconnue. Les mesures qui ont été prises jusqu'à présent dans le domaine du droit d'auteur ne se sont pas avérées suffisantes pour contrôler l'utilisation des oeuvres du folklore; la loi sur le droit d'auteur ne semble pas, en raison de sa nature même, être l'outil approprié pour protéger les expressions traditionnelles du folklore. Généralement, une expression du folklore est le résultat d'un constant et lent processus impersonnel d'évolution créatrice, reposant, dans une communauté donnée, sur un phénomène d'imitation consécutive, dépourvu de la marque déterminante d'originalité personnelle qu'exige la législation sur le droit d'auteur pour les oeuvres qu'elle protège. Et naturellement, les créations traditionnelles d'une communauté, comme les contes populaires, les chansons, la musique, les danses, les dessins, etc..., remontent à une époque bien antérieure à la durée de la protection du droit d'auteur accordée par les Etats en ce qui concerne les oeuvres des auteurs. C'est aussi une raison qui rend la protection de type "droit d'auteur" inadaptée au folklore.

Protection indirecte passant par la protection des droits dits "voisins"

11. Un autre moyen juridique pouvant aussi, dans de nombreux cas, avoir une incidence sur la protection des expressions du folklore est la protection des droits dits voisins. La protection des artistes interprètes ou exécutants en ce qui concerne leurs représentations ou exécutions d'expressions du folklore, ou bien celle des producteurs de phonogrammes ou des organismes de radiodiffusion en ce qui concerne leurs fixations ou émissions d'oeuvres du folklore représentées ou exécutées entraîne aussi une protection indirecte de la création proprement dite en la forme de sa représentation ou exécution, de son enregistrement ou de son émission.

12. Il apparaît que jusqu'à une date récente, les pays en développement ayant conscience de cette possibilité accessoire de protéger le folklore dans certains cas étaient relativement peu nombreux. A la fin de 1979, sur les 30 Etats qui avaient accordé des droits spécifiques aux artistes interprètes ou exécutants aux termes de leur législation, 12 seulement appartenaient au tiers monde : Argentine, Brésil, Chili, Colombie, Equateur, El Salvador, Fidji, Irak, Mexique, Paraguay, Philippines et Uruguay. D'après les nouveaux projets de loi sur le droit d'auteur qui sont en cours d'élaboration pour la révision des lois en vigueur, il devient néanmoins évident que les pays en développement prennent de plus en plus conscience des problèmes inhérents à ce domaine éminemment important, et l'on peut espérer que le nombre des législations assurant aussi une protection aux artistes interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes et aux organismes de radiodiffusion augmentera considérablement à l'avenir. Par conséquent, on peut aussi espérer que le nombre des adhésions à la Convention de Rome de 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion et à la Convention de 1971 pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes augmentera également, favorisant ainsi les possibilités de protéger aussi les expressions du folklore.

13. Mais même dans ces conditions, la nécessité d'une protection juridique contre l'exploitation induite des expressions du folklore ne serait pas pleinement respectée : la protection des représentations ou exécutions, des phonogrammes et des émissions d'expressions du folklore n'est qu'un moyen indirect de sauvegarder le folklore et ne peut contribuer à empêcher les représentations ou exécutions non autorisées d'expressions du folklore ni leur fixation, leur reproduction et leur radiodiffusion. Et la durée limitée de la protection des droits voisins n'est pas applicable non plus au folklore.

14. Pour toutes ces raisons, il semble nécessaire de mettre au point des instruments juridiques spécialement conçus pour assurer une protection convenable des expressions traditionnelles du folklore contre une exploitation non autorisée.

Recherche d'un système adéquat de protection des expressions du folklore

15. Conformément aux délibérations du Comité exécutif de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (Union de Berne) et du Comité intergouvernemental de la Convention universelle sur le droit d'auteur, lors de leurs sessions tenues du 5 au 9 février 1979, et conformément, d'autre part, aux décisions des organes directeurs respectifs de l'Unesco et de l'OMPI, le Secrétaire de l'Unesco et le Bureau international de l'OMPI avaient convoqué à Genève, du 7 au 9 janvier 1980, un groupe de travail (ci-après dénommé "Groupe de travail") chargé d'étudier un projet de dispositions types destinées conçu pour les législations nationales ainsi que des mesures internationales de protection des oeuvres du folklore. Seize experts de différents pays, invités à titre personnel par les Directeurs généraux de l'Unesco et de l'OMPI, ont pris part aux débats du Groupe de travail.

16. Le Groupe de travail disposait comme documentation de documents préparés par le Bureau international de l'OMPI et contenant des dispositions types de législation nationale sur la protection des créations du folklore ainsi que le commentaire de ces dispositions types (documents UNESCO/OMPI/WG.1/FOLK/2 et 2 Add.) et d'un document préparé par le Secrétariat de l'Unesco et contenant une étude sur la réglementation internationale des aspects "propriété intellectuelle" de la protection du folklore (document UNESCO/OMPI/WG.1/FOLK 3). Ce document s'est référé également aux conclusions du Comité d'experts sur la protection juridique du folklore convoqué par l'Unesco à Tunis du 11 au 15 juillet 1977.

17. Au cours d'un débat général, il a été convenu, entre autres, i) qu'une protection juridique adéquate du folklore était souhaitable; ii) que cette protection juridique pouvait être favorisée au niveau national par des dispositions types de législation; iii) que ces dispositions types devaient pouvoir s'appliquer aussi bien dans les pays où il n'existe aucune législation pertinente que dans les pays où la législation en vigueur pourrait être adaptée; iv) que ces dispositions types devaient aussi permettre une protection par le droit d'auteur et les droits voisins lorsque ce mode de protection était possible; et v) que les dispositions types de législation nationale devaient ouvrir la voie à une protection sous-régionale, régionale et internationale des créations du folklore.

18. En conclusion, le Groupe de travail a recommandé que les Secrétariats rédigent un projet révisé des dispositions types de législation nationale sur la protection des créations du folklore et un commentaire de ce projet, en s'inspirant de toutes les interventions prononcées, et que ce projet et son commentaire soient présentés et examinés plus avant lors d'une réunion ultérieure (paragraphe 21 du rapport du Groupe de travail, document UNESCO/OMPI/WG.1/FOLK/5).

19. En conséquence, les Secrétariats ont élaboré un projet révisé intitulé "dispositions types révisées de législation nationale sur la protection des expressions du folklore", ci-après dénommé "dispositions types révisées".

II

OBSERVATIONS SUR LES DISPOSITIONS TYPES REVISEES

Portée du projet

20. Les dispositions types révisées qui sont proposées comportent des règles de fond (articles 1 à 7) et des règles administratives (articles 8 à 12). Les dispositions de fond définissent les expressions du folklore qui doivent être protégées, les utilisations subordonnées à autorisation, les exceptions, la façon d'indiquer la source des expressions du folklore utilisées; elles définissent aussi les infractions et les sanctions, y compris la saisie; enfin, elles prévoient une durée illimitée pour la protection et régissent la prescription des infractions. Quant aux dispositions administratives, elles prévoient la désignation d'autorités compétentes et d'autorités de tutelle et fixent les règles d'autorisation des utilisations. Elles traitent des juridictions compétentes, des relations entre la protection spécialement prévue par les dispositions suggérées et d'autres formes possibles de protection des expressions du folklore et énoncent une règle générale d'interprétation de la protection prévue par les dispositions types. Dans les dispositions relatives à la loi en question, le terme "loi" apparaît entre crochets, ce qui permet au législateur national de recourir à d'autres solutions législatives par exemple dans le cadre d'un chapitre d'un code plus vaste, ou par le moyen de différentes formes de textes législatifs (comme les "décrets" ou les "décrets-lois").

Expressions du folklore protégées (article premier)

21. Dans leurs propositions, des experts du Groupe de travail avaient indiqué i) qu'au lieu de parler des "créations" du folklore, il faudrait parler des "oeuvres", ou des "manifestations" ou des "expressions"; ii) qu'il faudrait omettre les mots "selon des formes qui ont évolué de génération en génération" figurant dans le projet initial; iii) qu'il faudrait abandonner le mot "indigènes" ou qu'il ne faudrait pas parler des communautés "indigènes" de la "nation" mais plutôt des communautés "ethniques" d'un "pays" (toutefois, de l'avis d'un expert, le mot "ethnique" est à éviter pour des raisons politiques et il serait préférable de parler de "communautés nationales"); iv) que ce qui doit être considéré comme relevant ou non du folklore devrait être déterminé en fonction du point de vue de la communauté intéressée en la matière : en d'autres termes, le consensus de cette communauté serait le facteur déterminant; v) qu'il faudrait mentionner l'exigence d'une "authenticité"; vi) qu'il faudrait renoncer à toute définition du folklore ou au moins préciser que la définition (plus restrictive) du folklore n'est donnée qu'aux fins de la protection juridique et n'affecte en rien la portée (plus large) de cette notion dans l'usage commun ou dans les disciplines sociales ou culturelles; vii) qu'il faudrait préciser, dans le projet, si la loi s'appliquerait exclusivement au folklore d'origine nationale ou également au folklore étranger.

22. Après avoir examiné ces suggestions, les Secrétariats ont adopté la ligne de conduite générale suivante :

22.1 De toute évidence, la diversité du patrimoine culturel du folklore se laisse mal enfermer dans une définition unique et polyvalente. Mais, d'autre part, il faut bien définir l'objet d'une protection garantie par la loi. Par conséquent, chaque loi nationale visant à protéger les expressions du folklore contre leur utilisation indue doit convenablement définir l'objet de cette protection aux fins particulières de sa mise en oeuvre.

22.2 En ce qui concerne la portée que l'on suggère d'accorder à la notion des expressions qu'il faut protéger, les dispositions types révisées sont axées sur deux points principaux :

Tout d'abord, la définition doit éviter l'optique du droit d'auteur, qui restreindrait le champ d'application de la loi aux expressions du folklore pouvant être assimilées à des oeuvres d'auteurs possédant une originalité marquante. En conséquence, les dispositions types révisées n'adoptent même pas le terme "oeuvre" principalement utilisé dans le contexte de la protection du droit

d'auteur et ne font aucune référence, quelle qu'elle soit, aux auteurs individuels, pas même en mentionnant des productions "dont l'identité de l'auteur est inconnue". Elles placent en revanche le folklore dans l'optique du patrimoine culturel et considèrent leur objet comme comprenant toutes les expressions artistiques de ce patrimoine culturel traditionnel.

En second lieu, les dispositions types révisées restreignent le champ de la protection garantie par la loi nationale aux limites de son effet territorial, en prenant seulement en considération les expressions du folklore issues d'une communauté nationale du pays. Ces communautés ne sont pas, dans le texte proposé, qualifiées d'"indigènes" ou de "ethniques".

23. Aux fins des dispositions types révisées, les termes "folklore" et "expressions du folklore" reçoivent des définitions distinctes.

24. Le folklore est considéré comme l'ensemble du patrimoine artistique traditionnel d'un pays. Le terme "traditionnel" est expliqué par la règle exigeant que les valeurs culturelles en cause soient à la fois issues d'une communauté nationale et développées par elle; les créations individuelles du passé, préservées par la nation dans leur forme originelle, ne sont pas considérées comme relevant du folklore. Quant à l'étendue du patrimoine traditionnel, elle a été limitée, aux fins des dispositions types révisées, aux seules valeurs artistiques; les croyances traditionnelles, les traditions scientifiques ou simplement pratiques, n'entrent pas non plus dans cette définition du folklore.

25. Les expressions du folklore sont comprises comme étant des créations se composant d'éléments caractéristiques du folklore tel qu'il est défini auparavant. Les créations dont l'origine ne se manifeste que de façon ambiguë ou fortuite ne peuvent pas être assimilées à des expressions du folklore.

26. Conformément à la démarche pragmatique dont elles s'inspirent, les dispositions types révisées donnent, en plus de la définition générale, une énumération indicative des types les plus caractéristiques d'expressions du folklore. La notion d'expression du folklore selon les dispositions types doit englober toutes les créations reproductibles se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel. A la différence des solutions théoriques suggérées par certains experts, les dispositions en question ne s'appliquent pas seulement aux expressions héritées des générations précédentes uniquement par voie orale ou par transmission empirique (expressions immatérielles du folklore); elles s'appliquent aussi à l'art populaire traditionnel transmis à la postérité par les ancêtres sous une forme tangible comme les dessins et modèles traditionnels élaborés et entretenus artisanalement dans une communauté déterminée, et particulièrement faciles à reproduire et à exploiter. Cette énumération non limitative englobe aussi les énigmes, les expressions artistiques des rituels et les instruments de musique comme l'ont proposé des experts du Groupe de travail.

27. La définition proposée ne mentionne pas explicitement le "consensus" de la communauté en ce qui concerne l'aptitude d'une expression donnée du folklore à bénéficier d'une protection. Subordonner dans chaque cas l'application de la loi à l'opinion de la communauté nécessiterait l'élaboration d'autres dispositions sur la façon dont ce consensus peut être considéré comme obtenu et à quelles conditions. Il semble en aller de même de la règle de l'"authenticité" qui nécessiterait aussi un complément d'interprétation. En revanche, ces règles du consensus et de l'authenticité sont indirectement reprises par la référence objective aux éléments "caractéristiques" du patrimoine culturel traditionnel. Les éléments qui viennent à être généralement reconnus comme caractéristiques sont ordinairement des expressions authentiques du folklore consacrées par le consensus de la communauté intéressée.

28. En ce qui concerne l'identification des expressions du folklore issues d'une communauté nationale et développées par elle, les experts du Groupe de travail ont estimé que la tenue d'un inventaire relève largement de la conservation du folklore; l'obligation de tenir des inventaires aux fins particulières de la protection juridique risquerait d'entraîner des doubles emplois que l'on pourrait éviter et de surcharger abusivement les autorités compétentes. Chaque fois qu'une autorité compétente aurait un doute sur l'identification d'une expression du folklore, elle devrait consulter toutes les sources disponibles, y compris les catalogues, les autres archives, les experts, les témoins, les anciens de la communauté. En conséquence, les dispositions types révisées ne prévoient pas d'inventaire des expressions du folklore.

29. Cela ne signifie pas cependant qu'en cas de doute, il ne faille pas consulter les inventaires nationaux des expressions du folklore s'il en existe déjà. Comme l'a, à juste titre, déclaré le Professeur J.H. Kwabena Nketia (Ghana), "il ne suffit pas de définir le folklore. Il faut aussi recenser les éléments du folklore ou les aspects particuliers de la tradition qui nécessitent une protection juridique. En dernière analyse, il s'agit donc d'entreprendre un vaste travail d'enregistrement, de transcription, de documentation et de catalogage, tâche qui a déjà commencé sur une petite échelle". Il importe de souligner à ce propos que l'inscription des expressions du folklore à l'inventaire national public ne doit pas être une condition de la protection de telle ou telle expression; cette inscription doit cependant aider à résoudre les problèmes qui se posent quant à l'authenticité d'une expression du folklore utilisée et permettre d'informer le public du patrimoine culturel du pays.

Utilisations subordonnées à autorisation (article 2)

30. L'idée de subordonner à autorisation certaines formes d'utilisation des expressions traditionnelles du folklore n'est pas nouvelle pour les communautés créatrices de nombreux pays. En Australie, Peter Banki a signalé au Conseil australien du droit d'auteur, le 3 octobre 1978, qu'un "mécanisme d'autorisation est solidement établi chez les tribus aborigènes du Territoire du Nord". En 1976, certains anciens des tribus aborigènes d'Australie ont fait valoir que des photographies qui figuraient dans un ouvrage d'études anthropologiques montraient ses sujets qui ont un caractère secret et sacré pour leur communauté et ils ont affirmé qu'aucune autorisation valable n'avait été donnée pour leur publication. En ce qui concerne l'Afrique, le Professeur J.H. Kwabena Nketia indique que "l'identification étroite des groupes avec le folklore fait souvent naître au sein de ces groupes un sentiment de propriété collective d'éléments de la tradition et du répertoire ..." et que "les membres d'une communauté peuvent considérer que des traditions folkloriques du domaine public appartiennent à leur patrimoine ...". En outre, en Afrique, ce sentiment de propriété est lié à la notion de "droit de représentation ou d'exécution", qui a plutôt un caractère ethnique qu'un caractère strictement juridique"; d'autre part, "les traditions orales Akan mentionnent des cas dans lesquels certains chefs ont demandé à d'autres chefs la permission de copier leurs instruments de musique ..." et encore : "... au Ghana, il existe principalement des dessins et des schémas liés à certaines maisons royales, ainsi que des schémas qui ont diverses interprétations verbales et dont l'utilisation est limitée".

31. En règle générale, les dispositions types révisées subordonneraient à autorisation toute reproduction, distribution, récitation, représentation ou exécution publique, transmission par fil ou sans fil, et toute autre forme de communication au public des expressions du folklore faite dans une intention de lucre. Le critère de "l'intention de lucre" désigne toute communication d'une expression du folklore au public moyennant paiement, même si le but principal de l'utilisation n'est pas le profit; tel serait le cas, par exemple, lorsqu'une expression du folklore est publiée à des fins scientifiques mais est distribuée moyennant un prix de vente habituel.

Exceptions (article 3)

32. Les dispositions types révisées n'empêcheraient pas les communautés indigènes d'utiliser leur patrimoine culturel traditionnel selon les modes usuels, ni de le développer par l'imitation continue. Le maintien du folklore traditionnel en vie est étroitement lié à la reproduction, à la récitation et à la représentation ou à l'exécution, stylistiquement variée, d'expressions traditionnelles dans la communauté d'origine. Une règle absolue qui exigerait une autorisation pour l'adaptation, l'arrangement, la reproduction, la récitation, la représentation ou l'exécution de ces expressions entraverait sérieusement le processus naturel d'élaboration du folklore et ne serait pas appliquée dans les sociétés où le folklore fait encore partie de la vie quotidienne. Conformément à la conception dont elles s'inspirent en considérant le folklore comme une tradition vivante, et selon une proposition faite par des experts du Groupe de travail, les dispositions types révisées prévoient une exception générale à l'interdiction d'utilisation dans une intention de lucre en autorisant les membres d'une communauté nationale du pays à reproduire et à représenter ou exécuter librement les expressions du folklore de leur communauté, que ce soit ou non dans une intention de lucre et que l'utilisation des expressions du folklore ait lieu de façon traditionnelle ou au moyen de techniques modernes, ce qui rend compte d'une évolution générale qui influence aussi l'élaboration du folklore vivant (alinéa 1)).

33. Au cours des débats sur ce point, un ou plusieurs experts du Groupe de travail ont estimé i) que les utilisations de créations du folklore qui sont admises sans autorisation devraient aussi donner lieu à des versements; ii) que ces versements devraient, le cas échéant, être prévus de façon souple; iii) qu'en ce qui concerne l'exception à la règle de l'autorisation, il conviendrait d'établir une distinction entre l'exploitation du folklore au moyen de techniques modernes et son utilisation selon les modes traditionnels; iv) que l'exception devrait devenir la règle et les cas soumis à autorisation, l'exception.

Il apparaît cependant que le meilleur moyen de concilier le développement sans entrave et moderne d'un folklore vivant, d'une part, et une surveillance efficace de son utilisation, d'autre part, est d'autoriser la libre utilisation des expressions du folklore par les membres de la communauté dont elles sont issues indépendamment de la technique utilisée et sans imposer à cette communauté un système de rémunération; cela constituerait cependant une exception à la règle subordonnant l'utilisation des expressions du folklore à une autorisation et à un paiement si elle est faite dans une intention de lucre.

34. Il a en outre été suggéré qu'un certain contrôle soit aussi assuré en ce qui concerne le libre usage des expressions du folklore. Ce contrôle est prévu dans les dispositions types révisées à l'article 4 ainsi que dans les alinéas 2) et 4) de l'article 5 et il protège les intérêts culturels liés aux expressions du folklore utilisées.

35. L'utilisation fortuite serait également libre, même si elle intervient dans le cadre d'entreprises inspirées par une intention de lucre. A ce propos, certains experts du Groupe de travail ont remarqué i) que l'expression "utilisation fortuite" est trop vague pour définir suffisamment la portée du libre usage; ii) que l'interprétation de l'expression "utilisation fortuite" devrait être laissée à l'appréciation des autorités compétentes; iii) que le commentaire des dispositions types révisées devrait préciser les cas dans lesquels cette exception est applicable.

Aux fins d'expliquer le sens de l'expression "utilisation fortuite", l'alinéa 2) mentionne en particulier (de façon non exhaustive) les cas les plus typiques considérés comme des utilisations fortuites d'expressions du folklore : l'utilisation à titre d'illustration d'un enseignement; l'utilisation comme simple illustration d'une oeuvre originale; la création d'une oeuvre originale nouvelle de l'auteur par utilisation de motifs d'expressions du folklore; la prise accidentelle de vues d'expressions du folklore dans le cadre de la couverture photographique, cinématographique ou télévisée d'événements d'actualité dans un but d'information ainsi que la radiodiffusion sonore d'expressions du folklore dans les mêmes conditions; la prise de vues cinématographiques ou télévisées d'expressions du folklore situées en permanence dans un lieu public. Sur ce dernier point, les dispositions types révisées laissent aux législations nationales le soin de permettre cette utilisation exclusivement comme arrière plan ou de façon secondaire par rapport à l'élément essentiel.

36. Certains experts ont aussi estimé i) qu'il conviendrait de citer les cas de libre usage prévus par la loi sur le droit d'auteur; ii) que certains types de libre usage prévus par la législation sur le droit d'auteur devraient aussi être énumérés. Malgré tout, les dispositions types révisées ne contiennent aucune référence générale aux cas de libre utilisation prévue dans la législation sur le droit d'auteur. Pour la plupart, les exceptions à la protection garantie par le droit d'auteur n'ont rien à voir avec la protection particulière envisagée pour les expressions du folklore. Par exemple, les dispositions types révisées ne subordonneraient pas à autorisation l'utilisation faite sans intention de lucre; l'exception au droit d'auteur qui permet l'utilisation personnelle ou privée d'oeuvres protégées perdrait donc son sens dans ce contexte. En revanche, lorsqu'il y a lieu, les dispositions types révisées adaptent explicitement à l'utilisation d'expressions du folklore certaines dispositions sur l'utilisation fortuite tirées du droit d'auteur (alinéa 2) de l'article 3).

Mention de la source (article 4)

37. L'une des principales raisons de la nécessité urgente de protéger les expressions du folklore tient à l'étroite identification des communautés nationales avec leur patrimoine culturel. Afin de renforcer les liens qui existent entre le groupe d'origine et ses créations largement disséminées, et aussi à titre de moyen de contrôle dans les cas de libre utilisation des expressions du folklore, demandé d'une façon générale par certains experts du Groupe de travail, les dispositions types révisées exigent que dans toutes les publications et pour toutes les sortes d'utilisation publique d'une expression du folklore (y compris, en principe, dans les cas non subordonnés à autorisation), sa communauté ou son lieu géographique d'origine soit indiqué de manière appropriée. L'indication de l'origine géographique peut être d'une importance particulière dans les cas où la communauté d'origine est disséminée sur le territoire de plusieurs pays.

38. Cette règle s'appliquerait seulement dans les cas où la source de l'expression du folklore est identifiable, c'est-à-dire lorsque son utilisateur est censé en connaître l'origine.

39. En outre, la mention de la source ne serait pas exigée dans certains cas où il serait excessif de la demander : lors d'utilisations fortuites au cinéma et à la télévision et lorsque seuls, des motifs d'expressions du folklore sont empruntés pour la création d'une oeuvre nouvelle.

40. Le défaut de mention de la source, lorsqu'elle est exigée, serait passible d'une amende conformément aux dispositions correspondantes de l'article 5, relatif aux infractions.

Infractions (article 5)

41. Des experts du Groupe de travail ont estimé i) qu'il conviendrait de modifier le titre de l'article qui définit l'étendue de la protection par les sanctions pénales, dans le projet initial, pour couvrir tout son contenu; ii) qu'il faudrait supprimer la disposition relative aux cas de récidive, dans chaque alinéa; iii) que le type de peine ne devrait pas être précisé; iv) que les sanctions pénales sont à proscrire; v) que des sanctions administratives leur sont préférables; vi) que des sanctions pécuniaires sont préférables à des peines d'emprisonnement.

42. Dans un article intitulé "Infractions", les dispositions types révisées définissent quatre types d'infraction portant atteinte aux intérêts liés à la protection des expressions du folklore. Considérant la nature de ces infractions, l'importance des intérêts qu'il y a lieu de protéger et les sanctions déjà prévues dans plusieurs lois sur le droit d'auteur ainsi que dans la loi type de Tunis pour les pays en développement en matière d'infraction au droit d'auteur et de violation du patrimoine national, il apparaît nécessaire de sanctionner aussi les actes correspondants dans les dispositions types révisées en les rendant passibles en partie d'une amende et en partie d'une peine d'emprisonnement ou de ces deux peines. Il appartiendrait aux législations nationales de fixer le maximum de ces peines en fonction de la pratique de chaque pays en développement intéressé. Mais les dispositions types révisées ne prévoient pas que la législation nationale fixe aussi des sanctions particulières pour le cas de récidive.

43. Quiconque utiliserait une expression du folklore sans autorisation d'une façon qui nécessite une telle autorisation serait seulement passible d'une amende. De même, quiconque enfreindrait la règle de mention de la source serait passible d'une amende.

44. Les dispositions types révisées prévoient deux cas particuliers, à savoir tromperie et la déformation des valeurs culturelles. L'une de ces infractions consiste à induire en erreur : c'est lorsqu'une personne donne l'impression que sa production est une expression du folklore issue d'une communauté alors que ce n'est pas le cas. Comme l'avaient suggéré certains experts du Groupe de travail, il a été précisé que les dispositions considérées concernent seulement les cas où il y a tromperie. L'autre infraction peut être commise par le biais de toute utilisation publique d'une expression du folklore qui déformerait cette expression de façon préjudiciable à celle-ci. Les deux infractions seraient aussi passibles d'une peine d'emprisonnement.

45. Les infractions prévues par l'article 5 peuvent aussi être cumulées, le cas échéant.

Saisie (article 6)

46. A propos du projet initial des dispositions types, quelques experts ont estimé i) que l'article sur la procédure pénale, traitant aussi de la saisie, pourrait être fusionné avec l'article prévoyant une protection contre divers actes au moyen de sanctions pénales; ii) que sinon, il ne devrait pas être question de la saisie dans les dispositions de procédure, la saisie étant plus une sanction qu'une mesure de procédure; iii) qu'il conviendrait de supprimer la disposition sur la saisie; iv) que la saisie étant une sanction importante, elle devrait être prévue au moyen d'une terminologie compatible avec les dispositions constitutionnelles pertinentes des divers pays; v) que le sens des termes "exemplaires" et "dis-créditant" utilisés dans le projet initial de l'alinéa sur la saisie devrait être harmonisé avec d'autres articles des dispositions types; vi) que dans l'article sur la procédure, d'autres points de procédure devraient aussi être pris en considération, comme le délai de décision sur les demandes d'autorisation.

47. Les dispositions types révisées prévoient la saisie comme sanction de toutes les infractions prévues par l'article 5, excepté le défaut d'identification de l'expression du folklore utilisée. En conséquence, cet article n'a pas été fusionné avec celui qui définit les actes sanctionnés proprement dits et les sanctions correspondantes.

48. La saisie s'étendrait à toute production tangible résultant de l'infraction ainsi qu'aux recettes en découlant et aux outils utilisés pour la commettre.

49. L'article initialement proposé sur la procédure pénale n'a pas été maintenu et tous les aspects de la procédure sont régis par la deuxième partie des dispositions types révisées (dispositions administratives), en fonction de leur contexte.

Durée de la protection (article 7)

50. Un ou deux experts ont aussi proposé de stipuler que la protection des expressions du folklore n'est pas limitée dans le temps. La protection prévue par les dispositions types révisées aurait une durée illimitée; il appartiendrait cependant aux législations nationales de déterminer le délai de prescription des infractions qui sont prévues.

Autorités (article 8)

51. Les dispositions types révisées n'abordent en aucune manière la question de l'appartenance du folklore, cet aspect du problème étant traité de façon différente d'un pays à l'autre. Elles prévoient seulement la désignation d'autorités compétentes habilitées à autoriser l'utilisation d'expressions du folklore, étant entendu qu'elles agissent pour le compte du détenteur de ces expressions, quel qu'il soit. Dans de nombreux pays en développement, il subsiste au sein des communautés indigènes un fort sentiment de propriété du patrimoine culturel traditionnel, qu'il ne faut pas heurter en déclarant purement et simplement que les expressions du folklore sont la propriété du peuple, du pays ou de la nation en tant que tels; mais en revanche, la sauvegarde de toutes les communautés de la nation et de l'ensemble du patrimoine culturel du pays doit être assurée de façon centralisée afin de produire ses effets à la fois sur le plan national et à l'échelon international.

52. Selon la suggestion faite par des experts du Groupe de travail, les dispositions types révisées laissent à chaque pays le soin de désigner, dans sa législation, les autorités en question. Elles suggèrent seulement de prévoir une "autorité compétente" chargée du travail administratif découlant de la loi qui protège les expressions du folklore, ainsi qu'une "autorité de surveillance", qui donnerait, à un échelon supérieur, les consignes nécessaires aux autorités compétentes et qui pourrait aussi être une instance de recours dans les cas litigieux.

53. Les autorités compétentes pourraient différer en fonction des types d'expressions du folklore dont l'utilisation est subordonnée à autorisation. Il peut paraître utile de charger des organes différents d'autoriser l'utilisation d'expressions qui revêtent une forme immatérielle, par tradition orale ou empirique, et des expressions de l'art populaire qui revêtent des formes tangibles. Dans le premier cas, on pourrait désigner un service du Ministère de la culture, ou l'organisation des auteurs du pays (pour autant qu'il en existe une), ou un organe spécial aménagé en vue d'appliquer la loi sur la protection des expressions du folklore; dans le second cas, on pourrait aussi désigner le musée national du pays, un institut d'ethnologie, etc... Quant à "l'autorité de surveillance", elle pourrait être ou bien un service du cabinet présidentiel ou bien une instance similaire de haut niveau, ou bien un ministère si l'autorité compétente fait partie d'une autre organisation, ou encore une administration spécialement créée dans ce but.

54. L'autorité compétente peut s'adresser à des commissions d'experts chargées des questions relatives à la classification, l'identification, l'authenticité et l'évaluation des expressions du folklore. Les experts du Groupe de travail ont cependant estimé que les dispositions types révisées ne devraient pas prévoir la création d'une commission spéciale pour la mise en oeuvre de celles-ci.

55. Comme l'ont également suggéré des experts du Groupe de travail, les dispositions types révisées ne prévoient pas de règlement particulier régissant les activités de l'autorité compétente.

Autorisation (article 9)

56. Quelques experts du Groupe de travail ont estimé qu'au début de l'article sur la procédure d'autorisation, il faudrait aussi prévoir une obligation directe pour la demande d'autorisation. Cette disposition a été placée dans l'alinéa 1).

57. Certains experts ont aussi indiqué que le contenu de la demande d'autorisation pourrait être fixé de façon plus détaillée qu'il n'avait été initialement proposé. L'alinéa 2) répond à ce souhait.

58. Les dispositions types révisées contiennent des règles assez détaillées sur le processus d'autorisation proprement dit. Sur certains points, des variantes sont proposées entre crochets. Ainsi, par exemple, des experts ont proposé que la demande écrite d'autorisation ne soit pas forcément obligatoire et cette possibilité est donc proposée entre crochets. D'autres experts ont suggéré que les redevances à percevoir par l'autorité compétente ne devraient pas nécessairement être calculées selon un barème fixé par le ministère de surveillance et qu'il devrait y avoir aussi la possibilité que ce barème soit fixé par l'autorité compétente. Les dispositions types révisées contiennent donc aussi des variantes pour la fixation des redevances d'utilisation d'expressions du folklore. Mais elles ne prévoient pas de solution contractuelle pour le paiement des redevances comme l'avait suggéré un expert du Groupe de travail. Le contrôle de l'utilisation des expressions du folklore revêt un caractère éminemment public et son exercice ne doit pas faire l'objet d'un marchandage.

59. A propos de l'utilisation des redevances perçues, les experts ont estimé que les dispositions correspondantes devraient être assez souples pour pouvoir servir à promouvoir ou sauvegarder le folklore ou à d'autres fins culturelles. L'alinéa 4) répond à ce souhait; il prévoit cependant qu'une certaine fraction, que chaque pays déterminera librement, doit de toute façon être reversée à la communauté dont est issue l'expression du folklore utilisée et que l'autorité compétente est habilitée à déduire des redevances perçues une fraction correspondant aux frais occasionnés par ses activités liées à l'octroi d'autorisations pour l'utilisation d'expressions du folklore.

60. Certains experts du Groupe de travail se sont demandé s'il fallait prévoir expressément la possibilité d'un recours auprès de l'autorité de surveillance, estimant que la procédure de recours administrative est déjà convenablement régie dans chaque pays par les règles générales du droit public. La règle correspondante est donc proposée seulement entre crochets dans les dispositions types révisées.

Jurisdiction (article 10)

61. Certains experts ont aussi suggéré d'envisager la nécessité d'une disposition d'appel devant les tribunaux. Une disposition de cette nature a été insérée dans l'article traitant de la juridiction. A cet égard, il appartient aux législations nationales de décider quels tribunaux auront compétence en cas de recours contre une décision des autorités intéressées et en cas d'infraction respectivement. Il semblerait que le premier cas soit du ressort des lois et règlements concernant la procédure civile et que le second soit du ressort des lois et règlements de la procédure pénale.

Relations avec d'autres formes de protection prévues par la législation (article 11)

62. Des experts du Groupe de travail ont instamment recommandé que les dispositions types indiquent directement et expressément que la protection particulière des expressions du folklore ne met de limite ni ne porte atteinte en aucune manière à la protection garantie par le droit d'auteur aux créations des membres des communautés indigènes, par les droits voisins ou par les titres de propriété industrielle (protection des dessins et modèles, des marques, des appellations d'origine, etc...), en vertu du droit national ou d'un accord international. Il reste donc possible de faire protéger des expressions du folklore en vertu de l'article 15, alinéa 4), de la Convention de Berne, en tant qu'oeuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue. Par ailleurs, les dispositions types révisées ne doivent pas entrer en conflit avec les autres formes de protection visant la conservation et la préservation du folklore.

Interprétation (article 12)

63. Selon une suggestion faite par des experts du Groupe de travail, le dernier article des dispositions types révisées souligne un principe fondamental de l'ensemble du système de la protection particulière des expressions du folklore : cette protection ne doit en aucune façon entraver le développement normal des expressions du folklore dans les communautés nationales. Le but ultime d'une protection adéquate des expressions du folklore est de favoriser l'évolution naturelle du patrimoine culturel traditionnel.

[Fin du document]