

UNESCO-OMPI/FOLK/PKT/97/10

ORIGINAL : français

DATE : 17 mars 1997



DÉPARTEMENT
DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
DU GOUVERNEMENT DE THAÏLANDE



ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR
L'ÉDUCATION, LA SCIENCE ET LA CULTURE



ORGANISATION MONDIALE DE LA
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

FORUM MONDIAL UNESCO-OMPI SUR LA PROTECTION DU FOLKLORE

organisé par
l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
(UNESCO)

et
l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)

en coopération avec
le Département de la propriété intellectuelle
du Ministère du commerce
du Gouvernement de Thaïlande

Phuket (Thaïlande), 8 - 10 avril 1997

**LA PROTECTION DU FOLKLORE PAR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ
INDUSTRIELLE ET CELUI DES OBLIGATIONS**

Exposé de M. Pierre-Yves Gautier, professeur agrégé à l'Université Panthéon-Assas, Paris

Savez-vous qui est *Kokopelli* ? C'est un petit bonhomme, en forme de haricot, avec une crête d'Iroquois au sommet du crâne et qui joue souvent de la musique, ou danse avec des amis. Chez les Indiens d'Amérique, il représente le symbole de la fertilité, apportant bonheur et récoltes abondantes - mais c'est un dangereux séducteur de jeunes filles !

Et le *cheveu Pueblo* ? C'est un immense et unique cheveu, qui part de la tête d'un guerrier, pour finir sur celle de sa femme. Il représente l'harmonie de la famille, mais aussi sa puissance, à l'intérieur de la tribu.

Ces deux dessins, parmi de nombreux autres, je les ai trouvés il y a quelques semaines sur l'Internet, en tapant sur les annuaires de recherche : "*Indian folklore*". Je suis alors parvenu sur un site commercial de vente par correspondance, proposant aux Internauts des chemises, des collants et des chapeaux.

Et voici ce qui était écrit sur la page d'accueil : "*P. Design a été créé par les gens qui aiment le désert. Nous grimpons sur les canyons et y campons. Les Indiens ont gravé des messages sur les parois. Ceux-ci servent à nous inspirer dans la ligne de produits que nous vous proposons*".

Voilà des fabricants astucieux, qui se servent à bon compte, car gratuitement, de l'esthétique millénaire du folklore Indien, pour vendre leurs vêtements à un public de "visages pâles".

Restons sur l'Internet (puisqu'il est désormais et sans conteste la plus grande vitrine, le plus grand écran du monde). La recherche sur le folklore Indien n'est pas terminée. L'annuaire consulté nous propose un site géré cette fois directement par les Nations Indiennes ("*Indians organization*") ; le "menu" est très riche : on y trouve tout d'abord plus d'une centaine de légendes et d'histoires, émanant d'une grande variété de tribus (Creeks, Navajos, Pieds Noirs, etc.), auxquelles s'ajoutent celles des Indiens Maya du Mexique - On y trouve notamment la délicieuse histoire de l'insolent lapin qui voulut tuer le Soleil.

Ensuite, sont recensés et exposés un nombre considérable de langages, propres à chacune des Nations et à ses sous-groupes. Puis est proposé l'accès à une base de données épigraphique, c'est-à-dire un Thésaurus de la plupart des inscriptions utilisées depuis des millénaires par les Indiens.

Après cela, des cartes géographiques ou spirituelles peuvent être consultées, etc. Vous connaissez tous le mécanisme très simple de l'Internet : toute la planète peut consulter ces données, les reproduire sur les ordinateurs individuels et en prendre copie, grâce à l'imprimante papier.

Cette fois, ce sont les intéressés eux-mêmes, qui prennent le risque - sublime de générosité et de gratuité - de livrer en une seule fois et pour le globe terrestre dans son entier le fruit d'une culture qui se perd dans la nuit des temps.

Ne faut-il pas trembler pour eux ? N'ont-ils pas été suffisamment exploités, au cours de leur histoire, douloureuse, pour la plupart ? Il faudrait tâcher de les protéger : le droit privé, comme bouclier de la dignité humaine, se superposant à ceux du droit constitutionnel et du

droit international public - car n'en doutons pas, la possibilité de vivre décentement, est incluse dans les droits fondamentaux de la personne ; alors que l'argent facile, pour ceux qui exploitent les idées des autres, est un sommet d'indécence et d'immoralité.

C'est ce que je voudrais ici tenter de démontrer, sur la base de la propriété industrielle et de la responsabilité délictuelle.

Commençons par délimiter notre sujet : qu'est-ce que le "folklore" ? Le terme est assez récent, il n'apparaît qu'à la fin du siècle dernier, en Angleterre ; il signifie "la science du peuple", expression qui convient assez bien à notre propos, puisqu'elle renvoie au savoir, première source de la propriété intellectuelle.

Cette science du peuple est tournée vers sa culture et s'exprime dans ses traditions les plus marquantes : dans la tradition orale, on trouvera d'une part les histoires, contes et légendes, d'autre part, les chants ; dans la tradition instrumentale, les musiques ; dans la tradition gestuelle, les danses, rites coutumiers et sacrés ; dans la tradition graphique, les dessins et inscriptions, sculptures et peintures, mais aussi les vêtements, les objets, tels les bijoux, poteries, tapis, les jeux, etc., ainsi que les habitations, temples ; il y a encore les traditions nuptiales, culinaires, etc.

On pourrait le définir comme *l'ensemble des signes extérieurs, d'ordre culturel, rassemblé et perpétué par un peuple déterminé*¹.

En bref, un enracinement spirituel, dont le droit remplirait mal sa fonction, s'il ne s'employait pas à l'encadrer.

Sous bien des aspects, cette science touche au Beau et ne peut donc que tenter ceux qui en font commerce, comme le fabricant susnommé de chemises et collants² ; j'aurais pu aussi prendre l'exemple des publicitaires, friands de tout ce qui peut faire vendre³. Et de tous ceux qui ont recours à des "designers"⁴.

¹ Rappr. la définition plus élaborée donnée par la Recommandation de l'UNESCO de 1989 : "ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle, fondées sur la tradition, exprimées par un groupe ou des individus_ expression de l'identité culturelle_Ses formes comprennent entre autres la langue, la littérature, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, l'artisanat, l'architecture et d'autres arts".

Et celle du Comité d'experts de l'OMPI, *Droit d'auteur* oct. 1982, p. 276, "productions se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté_" V. encore *Actes du Centenaire de l'OMPI*, 1886/1986.

² V. l'ex. donné par A. Jabbour de l'exploitation des motifs de tapis Navajos par des commerçants sans lien avec la tribu : Protection du folklore national, *Bulletin du droit d'auteur*, n° 1, 1983.

³ Ainsi, en France, j'ai recensé près d'une demi-douzaine de publicités cinéma ou télévision, toutes axées sur le café, pour des annonceurs différents, mettant en scène des Indiens d'Amazonie, du Pérou, d'Amérique, etc. La dernière en date nous fait voir le fils du dernier Shaman (sorcier), racontant que lorsqu'il était petit, son père lui avait dit que, etc. (en général, le lien entre le produit vanté et la tradition représentée, est plutôt mince_)

⁴ Par exemple, il y a une mode qui fait de plus en plus fureur, consistant à décorer les avions, les autocars, même les voitures, avec des dessins primitifs - on en dénombre plusieurs cas en Australie (graphismes aborigènes) et même en France.

Quant à l'utilisation de l'Internet, pour permettre par exemple au plus petit Français du village le plus reculé de tout savoir ou presque sur la tradition Maya, j'ai dit qu'elle est splendide, mais devant l'écran de l'ordinateur, il peut aussi y avoir à nouveau un publicitaire, ou des commerçants_ qui n'aiment pas camper dans les canyons, à cause des fourmis rouges !

Je n'envisagerai pas la protection par le droit d'auteur, traitée par M. Weerawit Weeraworawit, tout au plus l'évoquerai-je incidemment, lorsque le besoin s'en fera sentir.

Nous allons utiliser le langage du “*Shaman*”, l'homme-médecin aux pouvoirs sumaturels, en nous interrogeant tout d'abord sur *Les “pouvoirs” de la propriété industrielle (I)*, puis sur *Les “pouvoirs” du droit des Obligations (II)*.

Le cadre juridique que j'utiliserai sera le plus souvent celui du droit européen et du droit français ; mais certains développements touchent proprement aux principes généraux communs aux Etats, tel est le droit des Obligations, “*law of the tort*”, connu de tous.

I : Les “pouvoirs” de la propriété industrielle.

Nous rechercherons si la solution n'est pas dans le *dépôt des signes du folklore (A)*. Mais il restera à nous interroger très pratiquement *par qui - celui qui fera valoir en justice leur protection (B)*.

A/ Le dépôt des signes du folklore.

J'entends par “*signe*” toutes les manifestations tangibles, graphiques ou figuratives de la tradition culturelle d'un peuple, selon la définition livrée plus haut. Le génie populaire s'exprime en effet par excellence dans l'art plastique ⁵.

On peut commencer par envisager la très puissante protection donnée par la législation sur les *dessins et modèles*, qui confère à leur propriétaire une action pénale en contrefaçon à l'encontre de ceux qui les reproduiraient sans autorisation ⁶. Ainsi que de procédures énergiques de saisie-contrefaçon, saisie en douane, etc.

Le dessin est un signe graphique porté sur une surface quelconque, le modèle est une forme plastique à trois dimensions ⁷.

⁵ V. M. Niedzielska, Les aspects de propriété intellectuelle du folklore, *Droit d'auteur* nov. 1980, p. 280.

⁶ En France, art. L. 511-1 s. du *code de la propriété intellectuelle* et en Europe, bientôt un règlement communautaire. Les dessins et modèles entrent dans le domaine de la propriété industrielle (2^e partie du code), même si leur protection se cumule avec celle du droit d'auteur. V. P.Y. Gautier, *Précis de propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Presses Universitaires de France, 1996, n^os 59 s.

⁷ V. par ex. A. Chavanne et J.J. Burst, *Précis de droit de la propriété industrielle*, 4^e éd. (Daloz 1993), n^os 716 et 735.

Ils sont protégés par le biais d'un dépôt auprès d'un organisme public (en France, *Institut national de la propriété industrielle*), pour une durée non négligeable (en général 50 ans à compter de l'enregistrement).

Seraient ainsi susceptibles d'être déposés : les dessins du type de ceux rapportés dans l'introduction, représentant notamment les divinités - bref, toute l'épigraphie. Les modèles de vêtements traditionnels (des femmes, des enfants, des guerriers, y compris ceux utilisés pour les danses). Les modèles d'habitations (tentes, huttes, cabanes). Les modèles d'objet (intérieur domestique, y compris pour l'art culinaire, couvertures, lits, etc., mais aussi instruments pour l'agriculture, l'élevage, la guerre).

Cela étant, pour bénéficier de la protection légale, les dessins et modèles doivent être nouveaux (en France, art. L. 511-3 *c. prop. int.*) Comme son nom l'indique, la nouveauté exprime la nécessité d'une innovation du créateur, par rapport à la production artistique antérieure⁸.

Or, s'agissant des représentations graphiques du folklore, remontant à des centaines d'années, utilisées par le clan, la Nation ou la tribu, il pourrait être considéré qu'elles ne peuvent plus être déposées, comme partie intégrante du *domaine public*.

C'est loin d'être évident, au moins pour trois raisons.

- D'abord, il n'est pas sûr du tout que les dessins du folklore soient effectivement tombés dans le domaine public : en effet, pour qu'une production artistique ou industrielle de l'esprit tombe dans le domaine public, il faut 1) qu'elle ait été portée à la connaissance et à l'usage du public et 2) que la période de protection privative accordée à son créateur ou inventeur se soit écoulée.

On peut se demander, à propos des traditions populaires (et c'est une réflexion qui vaudra pour les marques, *infra*, n°s 7 s.) si, *propres au cercle du clan* et sauf communication massive auprès des touristes, par l'exposition ou la vente d'objets - phénomène de toute façon récent - les dessins et modèles exprimant de diverses façons ces traditions (vêtements, objets, etc.) ont *bien été communiqués au public*, au sens où l'entend la propriété intellectuelle⁹. "Public" qui est ici tout groupement de personnes en nombre significatif, extérieur au clan.

On notera à cet égard que dans un arrêt du 20 déc. 1976, la Cour d'appel de Paris a estimé qu'une épreuve rituelle faite en public aux Nouvelles-Hébrides devant des touristes "a perdu le caractère secret qu'elle a eu sans doute jadis vis-à-vis des premiers visiteurs de l'île de la Pentecôte"¹⁰. Est ainsi retenu le critère de l'attraction touristique.

A cette condition négative, on pourrait admettre que le représentant habilité du clan (*infra*, B), ne serait-ce que pour éviter que des commerçants avisés le fassent à sa place, dépose de telles expressions graphiques du folklore.

⁸ V. par ex. Chavanne et Burst, *op. cit.*, n°s 736 s.

⁹ Sur la discussion à ce sujet, V. A. Gobin, *Le folklore musical*, Les cahiers du droit (Pessac 1984), p. 57 s. ; K. Nikiema, *La protection des expressions du folklore par la propriété intellectuelle* (thèse Paris II 1988), p. 116 s.

¹⁰ D. 1978. 373, note E. Agostini.

- Ensuite, même si on devait admettre qu'elles appartiennent au domaine public, il faut rappeler la règle selon laquelle la *transformation d'un dessin en un modèle en trois dimensions* (reprenez l'ex. de Kokopelli et du cheveu Pueble), par ex. T. shirt, sac à dos, peut faire naître une nouvelle protection, dès lors que le déposant est le premier à opérer ce passage à la troisième dimension ¹¹.

- Enfin et de toute façon, les juges admettent que toute *variation ou emprunt* un tant soit peu substantiel, par rapport à des représentations graphiques appartenant au domaine public, peut faire l'objet d'un dépôt valable ¹². Comme le soulignait Roubier, " *on en est arrivé à dire que la copie d'une oeuvre antérieure du domaine public, si elle ne se présente pas sous la forme d'une copie mécanique, représente une propriété personnelle, limitée à vrai dire à ce qu'elle présente d'original* " ¹³ - dans notre cas, très certainement la *stylisation* du dessin supposé déjà connu.

La Cour d'appel de Paris l'a ainsi jugé, à propos d'un meuble du fameux Ruhlmann, inspiré du style XVIII^e siècle ¹⁴ ; ou d'un costume " Petit marquis ", du couturier Jacques Estérel, puisé dans les lignes vestimentaires du même siècle ¹⁵.

Dans ces conditions, un groupement donné pourrait déposer le dessin ou le modèle, fût-il " *enrichi* " par rapport à la tradition, afin d'en garantir la protection.

Que se passe-t-il si un tiers décide de procéder de même, en introduisant ses propres variations, afin d'échapper au grief de contrefaçon ? Les juges apprécieront les ressemblances et les différences, puis en feront la balance ¹⁶.

On notera qu'en Australie, plusieurs décisions de justice ont été prononcées, principalement en faveur des aborigènes des Iles du Détroit et de Torres : ainsi, pour l'utilisation sans droit d'oeuvres artistiques, reproduites sur des T. shirts, dans l'affaire " *Bulun Bulun* " (1989), où il s'agissait d'un artiste aborigène qui avait reproduit, selon sa touche personnelle (rev. ci-dessus) des " *images de rêves* " de sa tribu, comportant notamment des représentations animales (serpent, tortue, oie) réutilisées sans son accord par un commerçant australien ¹⁷.

¹¹ V. A. Bertrand, *La propriété intellectuelle*, Livre II (Delmas 1995), § 4-11.

¹² V. Bertrand, *ibidem* ; J. Schmidt-Szalewski et J.L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle* (Litec 1996), n° 343. Rappr. en droit d'auteur : Civ. 1^è 1^{er} juill. 1970, " *Manitas de Plata* ", D. 1970. 734, note B. Edelman (variations protégées, à partir de chants primitifs andalous).

¹³ *Le droit de la propriété industrielle* (Sirey 1954), n° 226.

¹⁴ Paris 29 févr. 1932, *Ann. prop. industr.* 1933. 80 : " *utilisation licite d'éléments connus, tombés dans le domaine commun* ".

¹⁵ Paris 16 juin 1987, *PIBD* 1988 III 52 (à propos d'un conflit avec Y. Saint-Laurent) : " *réunion inédite d'éléments du domaine public* ".

¹⁶ V. Chavanne et Burst, *loc. cit.*, n° 810, sur la méthode à suivre et la limite de l'absence de contrefaçon, " *lorsque la similitude ne provient que d'un style du domaine public* ".

¹⁷ V. C. Golvan, *Aboriginal art and copyright : the case for Johnny Bulun Bulun*, *European intellectual property review* (1989), vol. 11, p. 346 s. - V. égal. la chronique d'Australie de Samuel Ricketson à la *RIDA* oct. 1995, p. 206 et 224.

De même, à propos de la commercialisation de tapis ¹⁸.

Et l'on rappellera qu'en France, la contrefaçon de dessins et modèles est un délit pénal, puni de deux ans d'emprisonnement et d'un million de francs d'amende (art. L. 521-4 *c. prop. int.*)

Mais peut-être la protection sera-t-elle encore meilleure et plus forte sur le terrain des *marques* ¹⁹. Rappelons tout d'abord que les représentations graphiques peuvent être déposés en tant que *marques figuratives* ou *emblématiques* (art. L. 711-1) ²⁰ - ce qui peut donc valoir pour tous les dessins de l'art populaire, que nous avons énoncés à plusieurs reprises.

On peut même y ajouter depuis quelques années la protection des *marques sonores* ou *auditives* (même article) ²¹ - donc probablement des extraits et refrains des chants populaires. En revanche, même s'il ne faut pas complètement l'exclure, il est moins sûr qu'une odeur (parfum, fumet de cuisine) puisse faire l'objet d'un dépôt ²².

L'avantage d'un dépôt à titre de marque est double :

- Tout d'abord, la protection devient *indéfinie* et permet d'échapper aux pièges du domaine public : en effet, si les marques sont généralement valables dix ans, elles peuvent être renouvelées autant de fois que leur propriétaire le désire (en France, art. L. 712-1 *c. prop. int.*) Certains s'en sont inquiétés, car n'est-ce pas une façon bien commode de passer de la propriété artistique, lorsque le dessin tombe dans le domaine public, à la propriété industrielle des marques, pour obtenir une protection *ad infinitum*, à la limite de la fraude à la loi ? ²³ Au début du siècle, la Cour de cassation française avait pourtant semble-t-il admis une telle passerelle, dans un *obiter dictum* fameux, relatif aux représentations de Lourdes : " *un dessin ou une photographie quelconques peuvent, en général, alors même qu'ils sont au point de vue artistique, tombés dans le domaine public, constituer une marque de fabrique* " ²⁴ Mais il y a controverse ²⁵.

- La deuxième raison de préférer les marques réside dans le fait que la condition de nouveauté n'y est *même pas requise* : il suffit que la marque présente " un caractère distinctif "

¹⁸ Aff. " *Milpurrurru* " (1995), V. la chron. préc. de S. Ricketson.

¹⁹ On raisonnera essentiellement en droits français et communautaire, puisqu'on sait que depuis 1996, le système de dépôt de marque communautaire, valable pour l'ensemble de l'Union européenne et établi par un règlement, est en vigueur - les deux droits sont très proches l'un de l'autre (V. Schmidt-Szalewski et Pierre, *op. cit.*, n°s 781 s.)

²⁰ V. Chavanne et Burst, *loc. cit.*, n°s 929 s. ; Bertrand, *op. cit.*, § 24-31 s.

²¹ V. Chavanne et Burst, *eod. loc.*, n° 890 ; Bertrand, *loc. cit.*, § 24-2 ; P. Mathély, *Le nouveau droit français des marques* (JNA 1995), p. 37 et 38.

²² V. Chavanne et Burst, *ibidem*, avec les réf. au droit comparé.

²³ Sur le débat, V. P.Y. Gautier, *op. cit.*, n° 163 ; Chavanne et Burst, *eod. loc.*, n° 724 ; Roubier, *op. cit.*, n° 260 ; et les actes d'un Colloque international sur ce sujet, *RIPIA* 1966, p. 251 à 253, avec la discussion, notamment sur le dépôt de dessins ou photographies représentant des monuments publics, statues, oeuvres d'architecture, etc.

²⁴ Civ. 13 janv. 1904, *Ann. prop. industr.* 1904. 26.

²⁵ V. par ex., annulant le dépôt d'une marque représentant une oeuvre d'architecture, Besançon 5 juin 1970, *ibid.* 1972. 20.

- “ le droit sur la marque n'est pas un droit de création, mais d'occupation ”²⁶ ; “ le signe constituant la marque n'a besoin ni d'être nouveau, ni d'être original ”²⁷.

Ainsi, un personnage du folklore populaire français, “ Guignol ”, peut constituer un signe valable, appliqué à une publication²⁸.

La seule barrière à ne pas franchir est que la marque déposée par une entreprise n'empêche pas les autres d'utiliser le signe pour désigner leur propre activité, en d'autres termes lorsque le signe est trop attaché au produit ou le service qu'il désigne, pour qu'une seule personne puisse se l'approprier égoïstement - “ ce qu'il faut, c'est que (son) choix ne retire pas du domaine public des signes qui sont nécessaires à tous les commerçants ”²⁹

Par ex., si on déposait les mots “ mocassin ”, “ wigwam ”, etc., utilisés par tous. On voit nettement la différence d'avec “ Kokopelli ” et “ cheveu Pueble ”.

Ceci pour les marques nominales. Car sur le cas des marques figuratives, à partir du moment où existe une stylisation, à supposer même que les dessins soient très connus, les variations introduites par le déposant rendent le signe suffisamment distinctif.

Cela étant, la protection ne sera pas toujours parfaite : ainsi, celui qui veut s'approprier à son tour le signe déposé, peut lui-même y introduire des variations, en utilisant cependant les mêmes caractéristiques de base.

Une telle pratique a par exemple réussi à un fabricant de riz, qui avait repris le fameux Panda, emblème de la *World Wild Fund for nature*, en changeant son style : “ la reprise de l'image du Panda, malgré la notoriété du sigle de WWF, n'est pas en soi répréhensible ”³⁰

Le problème peut également se poser pour les *légendes* : ainsi, y a-t-il eu en France des litiges à propos de l'Indienne *Pocahontas*, dont la légende, basée sur une histoire vraie, date de plusieurs siècles. La société Walt Disney se l'est appropriée - y compris par le droit des marques - lorsqu'elle a sorti un dessin animé inspiré de cette légende. Toutefois, ont plaidé des commerçants français, y ayant largement puisé, comme elle, un lucratif “ *merchandising* ” (livres pour enfants, poupées, emballages d'aliments, jeux, etc.), les légendes n'appartiennent-elles pas à tous ?

Les légendes, mais aussi les dessins : ainsi, des vêtements de la jeune fille, de ses bijoux, etc.

On voit ici que les contrefacteurs ne sont pas dénués de ressources juridiques - sans qu'ils soient cependant assurés d'échapper à la condamnation.

On rappellera que la contrefaçon de marques est un délit pénal, susceptible de deux ans d'emprisonnement et d'un million de francs d'amende (art. L. 716-9 *c. prop. int.*)

²⁶ Bertrand, *eod. loc.*, § 25-11.

²⁷ Schmidt-Szalewski et Pierre, *loc. cit.*, n° 438.

²⁸ Com. 9 déc. 1980, *Ann. prop. industr.* 1981. 36 ; V. égal. Mathély, *op. cit.*, p. 60.

²⁹ Chavanne et Burst, *eod. loc.*, n° 971.

³⁰ TGI Paris 4 déc. 1991, *PIBD* 1992 III 256.

Quoi qu'il en soit, il est incontestable que le droit de la propriété industrielle peut être d'une grande utilité, pour la protection du patrimoine immatériel des Nations.

Je me demande même, si, compte tenu de sa particularité fondamentale - il n'appartient pas à un seul individu, mais à la *collectivité* dont il est le fruit - si on ne pourrait pas envisager le dépôt de *marques collectives* (art. L. 715-1 s. c. *prop. int.*), qui sont des signes désignant une catégorie de produits et de services proposés par une collectivité donnée, professionnelle ou géographique, qui se plie à un certain nombre de normes de qualité ³¹.

Ainsi, on pourrait imaginer le dépôt d'une *marque collective*, au titre des différentes activités économiques des membres d'un clan ou d'une tribu, pour des gammes de vêtements, d'objets de folklore, etc.

C'est en ce sens que s'est récemment prononcé le professeur Ricketson : il s'agirait de "*mettre au point une marque d'authentification qui aiderait le consommateur à distinguer les oeuvres d'art authentiques des faux*" ³²

On n'est pas très loin non plus des *appellations d'origine*, certifiant l'origine géographique et la qualité d'un produit - terrain de protection qui a au demeurant été lui aussi envisagé, pour protéger les produits du folklore ³³.

Cela devrait certainement valoir pour tout ce qui relève des productions alimentaires, cultures, etc.

Rappelons encore que la protection de la culture populaire par la propriété intellectuelle est depuis plusieurs années une des préoccupations majeures de l'UNESCO : c'est un patrimoine immatériel qu'il faut diffuser, mais "*sans porter atteinte aux intérêts légitimes concernés*" (recommandation susvisée de 1989).

De façon encore plus précise, le texte du Comité d'experts de l'OMPI, de 1982, propose de soumettre à autorisation de la communauté concernée "*les utilisations des expressions du folklore lorsqu'elles sont faites à la fois dans une intention de lucre et en dehors de leur contexte traditionnel ou coutumier*", notamment par reproduction et exécution publique. Ce qui devrait inclure toutes les formes d'utilisation des productions culturelles, y compris sur l'Internet (rev. notre exemple d'introduction).

Ces expressions sont celles, très variées, qu'on a vues plus haut (n° 3). Quant à la personne habilitée à donner les autorisations, c'est un point que l'on va aborder dans un instant.

Ces restrictions, essentiellement portées sous l'angle du droit d'auteur, devraient trouver naturellement leur écho sous celui de la propriété industrielle. Le texte du Comité d'experts de l'OMPI réserve de ce point de vue de façon expresse la compétence des "*lois protégeant la propriété industrielle*".

³¹ V. Chavanne et Burst, *eod. loc.*, n°s 1296 s. ; Mathély, *loc. cit.*, p. 385 s.

³² *Chronique d'Australie* préc., p. 208.

³³ V. M. Niedzielska, *op. cit.*, p. 286.

Il reste à savoir qui peut déposer et faire valoir les droits en justice.

B/ Qualité pour déposer et agir en justice.

A priori, c'est un véritable casse-tête : le folklore est en effet " *impersonnel au double motif qu'il est l'attribut d'une collectivité et qu'on ne lui connaît pas d'auteur individualisé* " ³⁴ Et pourtant, si on admet qu'il peut produire des biens immatériels protégeables, il faut bien trouver une solution.

En droit d'auteur, celle-ci a consisté à considérer les productions du folklore, comme des variétés d'*oeuvres anonymes*, dont on ignore - ce qui est effectivement le cas - le ou les auteurs véritables. L'étonnant et peu connu art. 15-4° de la Convention de Berne permet de ce point de vue à chaque Etat de désigner " *l'autorité* " chargée de " *sauvegarder* " les droits du ou des auteurs de l'*oeuvre anonyme, non encore publiée* ³⁵. Cette autorité pourra de ce fait être une personne morale - association, fondation, Ministère, ou groupement représentatif.

Cela étant, il s'agit d'une disposition supplétive, laissée à la discrétion des Etats, libres de désigner ou non cette autorité. En outre, il reste la propriété industrielle. De sorte qu'il faut se demander quels sont ceux qui pourraient se prévaloir d'un droit de propriété intellectuelle, pour faire protéger le patrimoine immatériel d'une collectivité.

Il est remarquable que la question des droits du groupement ait déjà été envisagée par les tribunaux et la doctrine française, principalement à l'occasion des affaires " *Tribu de Bunlap* " et " *Clan Marhareu* "

- Les cérémonies rituelles d'une tribu de l'Ile de la Pentecôte, aux Nouvelles-Hébrides, avaient été filmées, puis diffusées en Europe, sans le consentement des intéressés ; le chef de la tribu agit alors en France en réparation du dommage, pour violation du droit à l'image des membres de la tribu, ainsi que de leur droit de propriété intellectuelle sur la cérémonie. Encore faut-il savoir si la tribu est un groupement organisé, au sens du droit de la procédure civile, ayant qualité pour agir en justice.

Le tribunal de Paris, par jugement du 12 mars 1975, suivant une doctrine française familière de la coexistence du droit écrit avec le droit coutumier, a considéré que la tribu " *est un groupement organisé d'individus de race mélanésienne, doté d'une unité religieuse et coutumière, de droits patrimoniaux et d'un représentant qualifié en la personne de son chef, ses membres ont des intérêts collectifs licites que le groupement est légitimement fondé à défendre en justice* ".

³⁴ A. Gobin, *op. cit.*, p. 41 ; V. égal. Nikiema, *thèse préc.*, p. 27.

³⁵ V. les commentaires de Desbois, A. Françon et A. Kerever, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins* (Dalloz 1976), n°s 148 s. ; S. Ricketson, *The Berne convention* (Kluwer 1987), § 6-82 s. et 7-23 ; A. et H.J. Lucas, *Traité de propriété littéraire et artistique* (Litec 1994), n°s 1024 et 1081.

Les Etats ayant décidé de faire jouer ce texte se comptent malheureusement sur les doigts de la main : V. K. Puri, La protection du folklore en Nouvelle-Zélande, *Bulletin du droit d'auteur* vol. XXII, n° 3, 1988, p. 22.

Cependant, dans son arrêt déjà cité du 20 déc. 1976, la Cour d'appel de Paris a *infirmé* sur ce point le jugement, considérant que la tribu devait rapporter la preuve de ce que selon son statut coutumier, tel que coordonné avec la loi des Nouvelles-Hébrides, elle jouirait effectivement de la personnalité morale ³⁶.

C'est exiger beaucoup - des critères de texte et de formalisme propres aux Occidentaux - qui sont par définition à des années-lumière du statut souvent complètement coutumier et non écrit de ce type de peuples ³⁷.

Et c'est surtout contraire à la tradition posée par la Cour de cassation, aux termes de laquelle la personnalité morale d'un groupement, nécessaire pour qu'il puisse agir en justice, peut être *déduite par le juge* des conditions de son organisation et de son fonctionnement - ce qu'on appelle la "réalité" des personnes morales ³⁸.

- Quelques années plus tard, il s'est agi pour la Cour d'appel de Nouméa dans un arrêt du 9 avr. 1987 de statuer sur une querelle de propriété entre deux clans rivaux. A nouveau, le problème de la personnalité morale s'est posé. Mais cette fois-ci, le clan était reconnu comme tel par une décision de l'Assemblée territoriale calédonienne, de sorte que la recevabilité de l'action a été admise sans difficulté ³⁹.

La personnalité civile des tribus, clans et Nations doit donc être à mon sens largement accueillie, dès lors qu'ils sont suffisamment organisés, selon la coutume à laquelle ils entendent se conformer et qui leur vient de leurs traditions ancestrales. C'est semble-t-il en ce sens que l'on se dirige également en Australie, où des concepts français comme celui de l'oeuvre collective, ont retenu toute l'attention de la doctrine ⁴⁰.

En Nouvelle-Zélande, la protection collective du folklore Maori se présente à peu près dans les mêmes termes ⁴¹.

Les juges australiens ont au demeurant admis de façon générale, dans l'affaire "*Foster c/Mountford*" (1977), le droit d'action d'une tribu contre un archéologue ayant divulgué des données qui lui avaient été confiées ⁴².

Qui les représentera ? Celui ou celle que cette même coutume désignera : ici le chef, là le conseil de clan, etc. ⁴³

³⁶ Paris 20 déc. 1976, D. 1978. 373, note crit. E. Agostini, GP 1977. 1. 261, concl. av. gén. Simon.

³⁷ En ce sens, V. la note préc. Agostini.

³⁸ Arrêt fondateur : Civ. 28 janv. 1954, D. 1954. 214, note G. Levasseur : "*la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés*".

³⁹ JCP 1987 II 20880, obs. J.L. Vivier, qui s'interroge sur le cas où il n'y aurait pas eu de texte et se prononce, comme E. Agostini, en faveur de la reconnaissance de la personnalité du groupement.

⁴⁰ V. l'article préc. de C. Golvan, relatif à l'affaire Bulun Bulun, spéc. p. 353.

⁴¹ V. la *chron.* préc. de K. Puri.

⁴² V. Golvan, *passim*.

⁴³ V. les notes susvisées d'E. Agostini et de J.L. Vivier ; dans l'affaire "*Foster*", les juges australiens ont reconnu la qualité pour agir des représentants désignés par la tribu.

De la sorte, toute violation des droits appartenant au groupement (droit d'auteur, dessins et modèles, marques), susceptible d'être punie pénalement ou civilement - contrefaçon - pourra être poursuivie au nom de ce groupement, par son organe habilité, devant toutes juridictions locales ou étrangères.

Il ne faudrait pas, de ce point de vue, ainsi qu'il a été relevé dans l'introduction, que des commerçants avisés et peu scrupuleux, profitent à bon compte des richesses immatérielles d'un peuple - après les massacres physiques, les pillages des biens matériels de bien des ethnies, le XXI^e siècle serait celui du pillage de leur patrimoine immatériel ?

Il faut à tout prix l'éviter. Et l'UNESCO, avec sa division du patrimoine immatériel, ainsi que l'OMPI, avec sa vocation naturelle à protéger la propriété intellectuelle, ont montré - ce symposium en est une nouvelle manifestation éclatante - qu'elles sauront protéger ceux qui sont encore trop souvent démunis, y compris juridiquement.

Ce que nous venons de voir pour l'action en justice devrait valoir, par *a fortiori*, pour le dépôt en amont des productions du folklore, lorsque ce dépôt est indispensable, ce qui est le cas pour les marques et recommandé pour les dessins et modèles.

La qualité pour procéder au dépôt ne pose en général pas problème, y compris lorsqu'il s'agit d'étrangers⁴⁴. Et il suffira de reprendre la solution ci-dessus dégagée : dépôt au nom du groupement auquel appartient la tradition qui s'exprime dans l'objet ou le signe pour lequel protection est réclamée, par le représentant qu'il a désigné.

De même, si pour une protection efficace des droits du groupe, son représentant qualifié décide d'adhérer à une ou plusieurs sociétés de gestion collective⁴⁵

Il reste un point important à examiner : ainsi protégée, la collectivité pourra tirer profit du monopole sur les signes, dessins, objets, productions locales, etc. tirés de sa tradition - c'est-à-dire les commercialiser, consentir des licences, etc.

Tout cela va conduire au versement à l'organe habilité (pour la même raison, il signera les contrats) de *sommes d'argent* de toutes provenances - *Que va-t-il en faire ?* Les règles spéciales de la propriété intellectuelle sont complètement muettes à ce sujet⁴⁶.

Imaginons que le chef du clan ait reçu 15.000\$ de royalties, pour l'exploitation de la gamme de sweaters Kokopelli.

A mon sens et une fois de plus, la solution devra être puisée dans le droit coutumier de la collectivité concernée - que fait-on, lorsque des richesses arrivent dans la tribu ? On n'est pas si loin que cela des terres gorgées de pétrole ou de minerai, des forêts, etc., dont le cas peut constituer un bon précédent. Le partage se fera selon les règles ancestrales. Et quel plus bel

⁴⁴ V. par ex. pour les marques Chavanne et Burst, *eod. loc.*, n° 1041. L'art. R. 712-3 impose la réciprocité de traitement, mais " *sous réserve des conventions internationales* ".

⁴⁵ Sur le rôle des sociétés de gestion collective dans la protection des créations indigènes, V. Ricketson, *chron. d'Australie* préc., p. 208.

⁴⁶ V., soulignant ce point en droit d'auteur, Ricketson, *op. cit.*, § 6-84.

hommage à la tradition, qui aura précisément permis la collection de cette source légitime de revenus ?

Il semble que tel soit déjà le cas chez les Aborigènes d'Australie, relativement au partage de l'argent reçu par l'exploitation artistique des créations provenant de groupes tribaux⁴⁷. Il est en tout cas exclu que ce soit l'Etat du lieu où vit le groupe tribal, qui s'approprie les sommes, autrement que par la fiscalité et pour une fraction seulement⁴⁸.

Il faut maintenant examiner le cas où la propriété intellectuelle ne serait d'aucun secours.

II : Les “ pouvoirs ” du droit des Obligations.

Notre shaman est un homme très prudent. Il voudrait savoir si, au cas où l'idée de domaine public, attachée au folklore, resterait trop imprégnée dans l'esprit des juges, il n'y aurait pas une solution de secours, permettant de faire protéger l'expression artistique des traditions de la tribu à laquelle il appartient.

Reprenons le cas du “ cheveu Pueble ” : des dizaines de milliers de T. shirts ont été vendus de par le monde, rapportant à ceux qui les commercialisent des centaines de milliers de dollars. Est-il normal que grâce à une promenade dans les Canyons américains et le recopiage de dessins qu'ils n'ont pas créés, sans demander d'accord à la tribu ni lui proposer d'argent, des chefs d'entreprise puissent profiter du génie artistique ancestral de la collectivité? Celle-ci ne pourrait-elle pas se prévaloir de la violation d'un vieux principe juridique, tout aussi millénaire que le folklore, selon lequel *nul ne saurait s'enrichir aux dépens d'autrui* ? Ce principe trouve aujourd'hui deux applications, que je voudrais évoquer.

En premier lieu, la théorie de *l'enrichissement sans cause*, en vertu de laquelle l'Equité commande de rétablir l'équilibre rompu entre deux patrimoines, lorsque l'un se trouve appauvri au profit de l'autre, sans raison légitime, ce qui doit conduire au versement d'une juste indemnité⁴⁹.

En France, c'est un des rares cas où l'Equité peut être valablement invoquée devant les Tribunaux. Ce qui explique que pour que l'action soit couronnée de succès, il faut que l'appauvri soit complètement démuné de moyens juridiques, pour faire valoir ses droits - l'action est “ subsidiaire ”.

Il a été proposé d'appliquer cette théorie dans le domaine de la propriété intellectuelle, dans les cas où les créateurs ne pourraient se prévaloir d'un véritable droit d'auteur juridiquement protégé (par ex. idées non protégeables), alors qu'ils n'en auraient pas moins été à l'origine de valeurs culturelles et économiques, sources d'exploitations et de profits auprès du public, dont un tiers se serait emparé pour son usage personnel⁵⁰.

⁴⁷ V. Golvan, *op. cit.*, p. 346.

⁴⁸ Rappr. A. Jabbour, *chron. préc.*

⁴⁹ V. par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 6^e éd. (Dalloz 1996), n^os 968 s.

⁵⁰ P.Y. Gautier, *loc. cit.*, n^o 269.

Cette théorie très souple - et non écrite - pourrait sans doute rendre des services relativement aux oeuvres du folklore, dont il serait prétendu par exemple par leurs utilisateurs illégitimes, qu'elles ressortiraient au domaine public.

Dans notre hypothèse, les membres de la tribu et/ou leurs ancêtres sont les auteurs - anonymes - des dessins ; ils n'ont donné à personne l'autorisation de prendre des photographies ou de reproduire les effigies des divinités ou emblèmes du clan - pourquoi ferait-on de l'argent " sur leur dos ", sans avoir à les indemniser collectivement ?

C'est la question que je veux ici poser, afin d'ouvrir un débat de théorie des Obligations.

En deuxième lieu, une autre institution du droit des Obligations, qui entre dans les cas de responsabilité civile, délictuelle, est celle que l'on a coutume d'appeler en France le " parasitisme ", ou les " agissements parasitaires ". Il s'agit, selon l'un de ses promoteurs, " de condamner quiconque usurpe sensiblement une valeur économique d'autrui, même non concurrent, réduisant ainsi notablement ses investissements matériels et intellectuels_ " ⁵¹

C'est ici que l'on constate à quel point le vocabulaire juridique est clair, imagé et_ proche de la nature, donc des traditions : le " parasite ", c'est l'organisme animal ou végétal qui vit aux dépens d'un autre, en lui portant préjudice, mais sans le détruire. Telles sont par exemple la puce et la chenille.

Sur ce point également, il a été proposé d'appliquer cette théorie au domaine des propriétés intellectuelles, même dans les cas où " l'organisme " attaqué ne serait pas couvert par le manteau du droit d'auteur strict, ou des signes distinctifs ⁵².

Cet instrument de responsabilité civile couvre de ce point de vue également le domaine de la propriété industrielle - c'est ainsi que l'on sait que l'utilisation du mot " *Champagne* " par Yves Saint-Laurent pour désigner son nouveau parfum, a été condamnée sur ce terrain ⁵³.

On se rapproche ici du folklore, avec ce qu'on a vu plus haut, tenant à l'origine locale de productions artistiques.

Peut-être, de ce fait, une décision de ce type pourrait-elle constituer un précédent dans des cas où des tiers se seraient appropriés les emblèmes notoires d'une tribu, ses totems ou statues divines ou sa dénomination même.

Il faut de ce point de vue insister sur la souplesse des conditions de mise en oeuvre du parasitisme : il n'est pas nécessaire que le parasite soit en situation de concurrence avec sa victime, bien au contraire, c'est parce qu'il est allé chercher ses idées ou les signes attractifs qu'il convoite ailleurs que dans son domaine de prospection, qu'il démontre ainsi sa malice condamnable.

⁵¹ Ph. Le Tourneau dans *Le droit de la responsabilité* (Daloz 1996) avec L. Cadiet, n° 3262 et la définition plus sophistiquée du n° 3271.

⁵² P.Y. Gautier, *eod. loc.*, n°s 30 et 269, avec les exemples et références.

⁵³ Paris 15 déc. 1993, *JCP* 1994 II 22229, obs. F. Pollaud-Dulian.

Tel sera bien souvent le cas entre d'un côté les commerçants (vêtements, objets, voyages, etc.) et de l'autre, les groupements à forte tradition, pas nécessairement tournés vers le commerce, a fortiori à l'échelon international (mais peut-être l'Internet, leur donnant une audience planétaire, va-t-il changer les choses).

Cependant, on doit maintenant évoquer une décision française inquiétante, relative à l'usage du folklore et ayant précisément statué sur le terrain du parasitisme : il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 14 janv. 1992⁵⁴. un universitaire français, passionné par le folklore Cadjin de la Louisiane et spécialement par son langage, ses histoires, fait une longue enquête sur place, interroge les Anciens, prend des notes et enregistre des conversations.

Il en fait d'abord une thèse à la Sorbonne, sur " la littérature spontanée de Louisiane ". Puis il publie deux ouvrages, à destination du public.

Voici un romancier à succès qui décide que son prochain roman se passera en Louisiane, chez les Cadjins. Il n'a pas le temps ni l'envie de faire le voyage et de collecter sur place les informations qui lui permettront de donner à son livre un aspect de vérité.

Il va donc acheter chez son libraire les ouvrages de l'universitaire et y puise l'essentiel du vocabulaire employé pour camper ses personnages, ainsi que des légendes et contes. Mais ne sollicite pas l'accord du premier.

L'universitaire l'assigne en justice, principalement pour contrefaçon, subsidiairement du chef des agissements parasitaires.

Mais les premiers juges, puis la Cour d'appel, le déboutent impitoyablement : d'abord, sur le fondement du droit d'auteur, " *il ne saurait se prévaloir d'un droit exclusif sur les éléments du domaine public ainsi recensés* ".

On se permettra de n'être pas complètement d'accord, en tout cas d'attendre une motivation plus poussée : en effet, on a vu plus haut (n° 4) que la question de l'appartenance au domaine public des productions du folklore mérite une recherche circonspecte.

Le malheureux chercheur n'a pas plus de succès sur le fondement du parasitisme : d'abord, " *les oeuvres en litige ne se trouvent pas en situation de concurrence, dans la mesure où elles ne s'adressent pas au même public* ". On est un peu sidéré de lire cette affirmation, alors qu'ainsi qu'on l'a vu, c'est précisément la caractéristique même de l'agissement parasitaire, que les deux parties ne soient point en situation de concurrence.

Ensuite, " *il ne saurait être interdit à l'auteur d'un roman de puiser dans des ouvrages documentaires les termes et expressions propres au milieu social de ses personnages ainsi que les détails permettant de reconstituer avec le plus de vraisemblance possible leur cadre de vie* ".

Au contraire : il est allé, sans bourse délier, rechercher la substance de son livre dans les fruits du travail et de l'expérience d'autrui, s'épargnant ainsi le voyage en Amérique, un séjour

⁵⁴ RIDA avr. 1992. 198 ; GP 1992. 2. 570, concl. av. gén. Delafaye.

qui n'aurait pu être bref, de multiples rencontres avec ceux qui cultivent et transmettent le folklore cadjin, des dépenses, etc. *C'est la définition même du parasitisme.*

Ici, il ne s'agit pas comme dans l'affaire " Champagne ", de s'approprier une notoriété, mais un *savoir-faire*, des informations qu'il aurait été beaucoup plus difficile et onéreux de collecter par soi-même. Or, sont susceptibles de tomber sous le coup du parasitisme les captations " *d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements* " ⁵⁵ (On voit qu'on n'est pas très loin non plus de l'enrichissement sans cause susvisé).

Enfin, " alors que le parasite se borne à reproduire le travail d'autrui en s'épargnant tout effort personnel, l'importance du travail de création effectué par J. V. d'après les matériaux recueillis, ne peut être contestée "

Attention aux risques de confusion juridique : que l'écrivain ait créé une oeuvre originale, personnelle, est une chose peu contestable, surtout s'il a du talent. Mais *qu'à l'intérieur* de cette oeuvre, il y ait un nombre important d'éléments empruntés au travail d'autrui, qui aient facilité considérablement la confection de son ouvrage, en est une autre - la seule qui doit être examinée sous l'angle du parasitisme.

Ce type d'agissement mérite donc la condamnation ⁵⁶. Et il serait souhaitable que des décisions comme celle-ci ne se renouvellent pas, car on voit bien dans quelle brèche lucrative, toutes sortes de personnes pourraient s'engouffrer, pour exploiter directement ou indirectement les productions du folklore.

Ainsi, on a donné dans l'introduction le cas des agences de publicité, si " gourmandes " d'idées et de références à la tradition, la Nature, la Beauté, etc.

On pourrait également imaginer le cas d'un chorégraphe auquel il aurait été demandé de monter un spectacle, à l'occasion d'un événement important, historique (anniversaire politique), sportif (Jeux Olympiques), etc. - ce qui se fait de plus en plus en Occident.

Et qui serait directement allé puiser son inspiration, au cours d'un voyage, dans les rites de tel ou tel peuple autochtone.

⁵⁵ Le Toumeau, *op. cit.*, n° 3271, qui approuve cependant la décision, du fait de " *la liberté de la création littéraire et artistique ; l'emprunt par le romancier était certes intéressé, mais il n'entrait pas dans une activité commerciale* " (n° 3280). C'est entendu, mais la liberté de l'auteur, comme de tout être humain ou peuple, s'arrête là où elle empiète sur les droits des autres ; et même s'il n'est pas commerçant au sens strict, l'écrivain entend bien faire vendre son livre. On ne peut pas dire de ce point de vue qu'il ne recherche pas de profit - y compris moral, pour l'accroissement de son rayonnement et de sa propre notoriété.

⁵⁶ V. P. Y. Gautier, *eod. loc.*, n°s 30 et 37. A noter que les juges français ont récemment déclaré recevable et bien-fondée une action pour agissement parasitaire à l'encontre de la principale chaîne française de télévision, qui avait repris à titre d'illustration de la coupe du monde de rugby, une " *musique tribale* ", inspirée de traditions africaines, consistant à frapper sur des bidons de récupération avec un maillet : trib. com. Nanterre 25 juin 1996, *RIDA* janv. 1997. 402.

Et bien entendu, l'immense secteur du “ *merchandising* ”, évoqué en tête de l'introduction. Ou celui de la couture ⁵⁷.

Rappelons que ce critère de l'activité lucrative développée par un tiers, “ *en dehors du contexte traditionnel ou coutumier* ” est celui-là même que le Comité d'experts de l'OMPI a retenu, pour poser la nécessité de passer par une autorisation de la communauté concernée (*supra*, n° 9). Ce même texte réserve en outre, de façon très large, après avoir énoncé la qualification principale de propriété artistique retenue pour les oeuvres du folklore, “ *les autres formes de protection qu'appellent la conservation et la préservation du folklore* ”.

On notera encore que dans l'affaire des Cadjins, c'était un européen qui avait collecté les données folkloriques, mais qu'il ne semble pas que les termes du débat auraient changé si c'était un représentant de la communauté cadjin qui avait directement agi - relisez la motivation très générale, ci-dessus.

Si on admet par conséquent, comme il est proposé, d'explorer au maximum l'ouverture judiciaire des agissements parasitaires, il reste à se poser à nouveau le problème de la recevabilité de l'action : certains se sont ainsi demandés, à propos de l'art. 1382 c. civ. français (qui est le texte sur lequel s'appuie l'action de parasitisme) qui donc peut être la “ *victime* ”, alors qu'on ignore tout de l'auteur de la tradition folklorique à laquelle il est emprunté ⁵⁸.

La solution ? On a précisément tenté de la dégager dans la 1^è partie (n°s 10 s.), lors de l'étude des titulaires des droits de propriété intellectuelle sur les productions de la tradition artistique des peuples.

Par identité de motifs, *raisonnement analogique*, on doit ici admettre que tout groupement organisé, auquel appartient la tradition ainsi pillée, a la qualité de victime, souffrant personnellement et directement du dommage. Il sera représenté, ainsi qu'il a également été vu, par l'organe, physique ou moral, qu'il considère comme habilité à faire valoir ses droits devant les autorités et juridictions étatiques, locales ou étrangères.

Quant aux dommages-intérêts compensatoires alloués par le juge s'il entre en condamnation, ils représenteront les dommages matériel (manque à gagner) et moral (préjudice affectif, considération) soufferts par la collectivité. Ils seront redistribués selon les règles propres au clan, ainsi qu'il a déjà été suggéré.

On rappellera que le parasitisme n'est pas un délit pénal, mais un cas de responsabilité civile, ne pouvant être porté que devant les tribunaux civils, afin de réparation du préjudice et point de punition sociale - mais des publications judiciaires dans les journaux nationaux ou internationaux, aux frais des parasites, peuvent avoir des vertus à la fois préventives et coercitives.

⁵⁷ Un grand couturier français a ainsi récemment repris, en ne s'en cachant pas, au demeurant, des motifs du folklore africain.

⁵⁸ V. la discussion dans Gobin, *loc. cit.*, p. 72.

Concluons : le charmant Kokopelli, que j'évoque depuis le début de ce rapport, est souvent présenté de profil, en train de jouer d'un instrument de musique, qui semble être une flûte rudimentaire.

Je propose qu'on le figure désormais avec une trompette. Vous savez tous que la trompette, outre sa vocation artistique, a souvent pour fonction d'avertir, prévenir autrui, ou de lui signaler quelque ordre à accomplir ou danger qu'il encourt.

Voici la traduction des sons émis par la trompette de Kokopelli : “ *Amis étrangers, jouissez de notre patrimoine immatériel, mais prenez garde de ne pas en faire de l'argent pour votre compte. Faute de quoi la Justice - et notre shaman - seront terribles !* ”

[Fin du document]