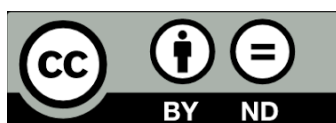


Ce mémoire a obtenu le Prix 2022 du Meilleur mémoire de Master attribué par la Graduate School Droit de l'Université Paris-Saclay.

université
PARIS-SACLAY

.....
GRADUATE SCHOOL
Droit

Le contenu de ce mémoire est sous licence CC BY-ND.



<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/deed.fr>

université
PARIS-SACLAY



UNIVERSITÉ
LAVAL

**La protection du tatouage traditionnel en tant
qu'élément du patrimoine culturel immatériel au prisme
du droit d'auteur**

Mémoire
Maîtrise en droit – avec mémoire

**Master 2 / LL. M Propriété intellectuelle fondamentale et technologies
numériques**

Apolline Olivier

Sous la direction de :

Pauline Léger, Maître de conférences, Université Paris-Saclay (France)
Véronique Guèvremont, Professeure, Université Laval (Québec)

Résumé

Il s'agira d'étudier la protection juridique dont bénéficient les expressions culturelles traditionnelles par le droit d'auteur. Cette analyse sera conduite sous l'angle d'un élément du patrimoine culturel immatériel : le tatouage traditionnel. Celui-ci fait fréquemment l'objet d'appropriation culturelle de la part de tiers. Les peuples et communautés autochtones, détenteurs de ces savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles, revendiquent donc la nécessité de mettre en place une protection de leur patrimoine. Cependant, en l'état, le droit d'auteur ne permet pas la protection du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones. Il n'a pas été conçu en ayant à l'esprit leurs intérêts particuliers, la culture autochtone s'éloignant de la logique privative et commerciale enjointe par un tel système individualiste et eurocentré. Le droit d'auteur n'étant pas compatible avec le patrimoine culturel immatériel, ses lacunes le rendent insuffisant à assurer une telle protection. À ce titre, le tatouage traditionnel, en tant qu'élément de patrimoine culturel, ne peut convenablement être protégé par le droit d'auteur. Des solutions ont donc émergé afin de combler les lacunes du droit d'auteur, qui pourraient être appliquées à la protection du tatouage traditionnel. Cela passe par la consécration d'un droit spécifique adapté à la nature du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones. Toutefois, ce droit *sui generis* peut parfois se révéler inefficace.

Abstract

It will be studying the legal protection enjoyed by traditional cultural expressions through copyright. This analysis will be conducted from the perspective of an element of intangible cultural heritage : the traditional tattoo. Because it is frequently the subject of cultural appropriation by third parties, indigenous communities, holders of this traditional knowledge and cultural expressions, claim even more today the need to put in place a protection of their heritage. However and as it stands, copyright does not efficiently protect their cultural heritage. Indeed, it was not conceived with their particular interests in mind, the indigenous culture moving away from the private and commercial logic enjoined by such an individualistic and Eurocentric system. There is therefore an inherent incompatibility between copyright and intangible cultural heritage, and its shortcomings make it insufficient to provide a protection. Hence, traditional tattooing, as part of cultural heritage, cannot properly be protected. Solutions have therefore emerged in order to remedy the shortcomings of copyright, that could be applied to traditional tattoos. This requires the consecration of specific rights or systems adapted to the nature of the cultural heritage. However, these solutions can sometimes be proved ineffective.

Table des matières

Résumé.....	ii
Abstract.....	iii
Table des matières.....	iv
Remerciements.....	vii
Introduction.....	1
Partie 1.....	19
L'incompatibilité intrinsèque du droit d'auteur avec le tatouage traditionnel, élément du patrimoine culturel immatériel.....	19
Chapitre 1 : L'incompatibilité évidente du droit d'auteur avec le tatouage traditionnel en tant qu'expression stricto sensu.....	21
1. Discours sur la nature du droit d'auteur et ses fondements philosophiques - une conception aux antipodes du patrimoine culturel immatériel.....	22
1.1. L'approche individualiste du droit d'auteur, source de son inadaptation.....	24
1.1.1. Le droit d'auteur français : un droit historiquement personnaliste.....	24
1.1.2. Le droit d'auteur canadien, entre travaillisme et utilitarisme.....	28
1.2. L'approche holistique du patrimoine culturel immatériel, révélatrice d'intérêts inconciliables.....	32
2. L'étude du régime du droit d'auteur : des lacunes ne permettant pas la satisfaction des besoins autochtones.....	34
2.1. L'inadaptation de la condition d'accès à la protection : une originalité impossible à caractériser.....	35
2.2. L'inadaptation des règles de titularité en droit d'auteur : l'impossible identification de l'artiste autochtone.....	39
2.2.1. L'exigence d'un auteur-créateur identifié.....	39
2.2.2. Les œuvres anonymes ou orphelines : tempérament ou instrumentalisation des règles de droit ?.....	43
2.3. Le domaine public, un obstacle à la protection des expressions culturelles traditionnelles.....	46
Chapitre 2 : La compatibilité limitée du droit d'auteur avec les tatouages traditionnels en tant qu'expressions contemporaines.....	48
1. La protection positive du patrimoine culturel immatériel en cas d'appropriation illicite.....	50
2. Les interprétations et adaptations contemporaines des œuvres traditionnelles des artistes autochtones.....	55
2.1. Une protection conceptuellement limitée des œuvres traditionnelles contemporaines des artistes autochtones.....	55

2.2. Une reconnaissance s'éloignant de l'approche holistique du patrimoine culturel autochtone	58
3. Les dérivés du régime de propriété intellectuelle : la reconnaissance de droits d'auteur au profit d'artistes non autochtones	61
Partie 2 :	67
L'émergence d'une protection juridique adaptée au patrimoine culturel immatériel	67
Chapitre 1 : De lege lata : les mécanismes sui generis de protection	70
1. La consécration de régimes sui generis de protection des savoirs et expressions culturelles traditionnelles	70
1.1. Le Cadre régional du Pacifique : un mécanisme de protection particulièrement intéressant pour la protection du tatouage traditionnel	71
1.1.1. Définitions des termes clés : une réelle prise en compte de la nature du tatouage traditionnel	72
1.1.2. L'octroi de droits de propriété au profit des détenteurs des savoirs et expressions traditionnelles	73
1.1.2.1. États des lieux des dispositions protectrices des savoirs et expressions culturelles traditionnelles	74
1.1.2.2. Une application intéressante aux tatouages traditionnels	76
1.1.3. Une source d'inspiration : le cas des samoans du Pacifique	78
1.2. La loi de Panama : un régime spécial de propriété intellectuelle présentant des limites	79
2. L'adaptation des législations nationales en droit d'auteur : l'exemple des pays d'Afrique	83
2.1. La reconnaissance explicite de la protection des expressions culturelles traditionnelles et/ou de ses œuvres dérivées par le droit d'auteur	84
2.1.1. La Tunisie et sa législation en droit d'auteur	84
2.1.2. Le Maroc et sa législation en droit d'auteur	85
2.1.3. L'Algérie et sa législation en droit d'auteur	86
2.2. La mise en place d'un système d'autorisation préalable en tant que complément de protection	87
2.2.1. Une autorisation nécessaire en cas d'exploitation commerciale de l'expression culturelle traditionnelle	88
2.2.2. Une autorisation nécessaire en cas d'octroi de licences exclusives et de cessation des droits d'auteur	89
2.3. La mise en place d'un système de contrôle a posteriori en tant que complément de protection	90
2.4. Réflexion sur l'intérêt de ces dispositions pour la protection des tatouages traditionnels	91
Chapitre 2 : De lege ferenda : les propositions de réglementation des expressions culturelles traditionnelles	93
1. Au niveau supranational : les projets de dispositions du Comité de OMPI, vers la consécration d'un droit sui generis international ?	94

2.	Au niveau national : la proposition d'un système autonome de protection des savoirs et expressions traditionnels en Nouvelle-Calédonie	101
2.1.	Le statut particulier de la Nouvelle-Calédonie : retour sur le peuple kanak.....	101
2.2.	La proposition de loi du pays : une protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles associées	103
3.	Réflexion sur la mise en place d'un domaine public payant des œuvres traditionnelles	106
	Conclusion	110
	Bibliographie.....	112

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Madame la Professeur Alexandra Bensamoun, directrice du programme, pour m'avoir donné l'opportunité d'accéder à ce double-diplôme au sein duquel je désirais étudier depuis de nombreuses années.

Je remercie également mes directrices de mémoire, mesdames Pauline Léger et Véronique Guèvremont, pour avoir accepté la codirection de ce mémoire et pour leur aide, ainsi que tous les professeurs de la formation, que ce soit en France ou au Canada.

Ma gratitude va à ma famille, qui m'a soutenue tout au long de l'écriture de ce mémoire et qui m'a toujours dit de croire en mes rêves, quel qu'ils soient. Je remercie également mes amis pour leurs encouragements et leur présence. À toi, Niamh, je te remercie pour ton soutien sans faille même dans les périodes les plus difficiles.

Introduction

« Quand on ne peut pas tatouer son âme, on tatoue sa peau »¹

– Philippe Tagli

L'écrivaine et poétesse Sylvia Plath disait dans l'une de ses histoires courtes² : « wear your heart on your skin in this life »³. Cette citation a d'autant plus de sens lorsque l'on envisage le tatouage traditionnel. Depuis la nuit des temps, les peuples et communautés autochtones portent en effet sur leur peau et dans cette vie le cœur vibrant et battant de toute une communauté.

Véritable incarnation de la culture et des traditions autochtones, le tatouage traditionnel est en effet bien plus qu'un dessin décoratif marquant de son encre indélébile le corps d'un individu. En ce sens, les peuples et communautés autochtones n'appréhendent pas seulement le tatouage comme un art purement esthétique, mais comme une pratique culturelle et spirituelle intégrée au sein de la communauté⁴. Le tatouage, s'il est indéniablement artistique, ne doit donc pas simplement se définir de par ses caractéristiques visuelles : il perpétue en réalité les valeurs de toute une communauté⁵. Dans la culture polynésienne, par exemple, le tatouage⁶ est la représentation graphique d'histoires, d'événements ancestraux s'étant transmis de génération en génération⁷. L'anthropologue Alfred Gell, ayant étudié le tatouage polynésien, indiquait à cet effet qu'avec le tatouage, « le corps se multiplie ; des organes supplémentaires et un 'moi' subsidiaire se créé :

¹ Philippe Tagli, *Quand on ne peut pas tatouer son âme on tatoue sa peau*, Paris, Éditions du Panama, 2008, titre figurant sur la première de couverture

² The fifteen-dollar eagle, dans Sylvia Plath, *Johnny Panic and the Bible of Dreams : Short Stories, Prose and Diary Excerpts*, Paris, La table ronde, 1995

³ Sylvia Plath, « The fifteen-dollar eagle » (1960) *The Sewanee Review*, vol. 68, n° 4, p. 603

⁴ Lars Krutak, « The Cultural Heritage of Tattooing: A Brief History », dans J. Serup, N. Kluger, W. Bäumlér, *Tattooed Skin and Health, Current Problems in Dermatology*, (2015), *Karger*, vol. 48, p. 1

⁵ *Ibid.*

⁶ Étymologiquement, le mot tatouage vient du mot tahitien « ta tau » qui signifie « marquer ».

⁷ Nick Halafihi, « Academic reflections between Polynesian tattooing and reflective practice » (2010) *ALT Journal* n° 9, p. 38

esprits, ancêtres, dirigeants et victimes »⁸ s'installent au sein des individus tatoués et viennent y prendre vie⁹. Ils sont dès lors arborés avec fierté par ces derniers, étant représentatifs de leur lignée¹⁰ et de leur statut¹¹. Symbole de traditions millénaires, le tatouage est donc un entrelacement de moments passés et présents ayant construits la vie d'un individu et se transmettant par-delà les temps. De ce fait, le tatouage traditionnel est d'une importance vitale pour les peuples et communautés autochtones : il est la personnification d'une culture traditionnelle, un rituel leur appartenant et les honorant¹². En ce sens, les pratiques ancestrales du tatouage, les techniques, ainsi que les symboles sacrés sont propres à chaque clan, à chaque peuple ou communauté autochtone.

C'est ainsi que le tatouage traditionnel trouve légitimement sa place au sein du patrimoine culturel immatériel de l'humanité. Cette notion particulièrement large comprend les traditions et expressions vivantes ancestrales transmises de génération en génération¹³, ce qu'embrasse l'essence même du tatouage traditionnel. En effet, celui-ci est, comme nous l'avons expliqué, une tradition héritée des générations passées et transmise aux générations présentes et futures.

Pour en comprendre la portée, cependant, il convient de se référer à la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* de 2003¹⁴. Il s'agit du premier instrument juridique multilatéral ayant force contraignante¹⁵ : la Convention vient donc lier

⁸ Traduction personnelle, Alfred Gell, *Wrapping in Images : Tattooing in Polynesia*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 39

⁹ Alfred Gell, *Wrapping in Images : Tattooing in Polynesia*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 39

¹⁰ Payel Ghosh, « Tattoo: A Cultural Heritage » (2020) *Antrocom : Online Journal of Anthropology*, vol. 16, n° 1, p. 297

¹¹ *Ibid.*

¹² Lars Krutak, « The Cultural Heritage of Tattooing: A Brief History », dans J. Serup, N. Kluger, W. Bäumlér, *Tattooed Skin and Health*, Current Problems in Dermatology, (2015), *Karger*, vol. 48, p. 2

¹³ Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), « Qu'est-ce que le patrimoine culturel immatériel ? », En ligne : <<https://ich.unesco.org/fr/qu-est-ce-que-le-patrimoine-culturel-immateriel-00003>>, (Consulté le : 21 mars 2021)

¹⁴ *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, 17 octobre 2003, 2368 RTNU 3 (entrée en vigueur : 20 avril 2006)

¹⁵ UNESCO, Patrimoine culturel immatériel, « Mise en œuvre de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel », p. 4, En ligne : < <https://ich.unesco.org/doc/src/01853-FR.pdf>>

les États qui y en sont parties, comme la France¹⁶. En son préambule, la Convention fait explicitement état de l'importance que revêt le patrimoine pour les peuples et communautés autochtones puisqu'il contribue à l'enrichissement de la diversité culturelle et de la créativité humaine¹⁷. Le patrimoine culturel immatériel est ainsi défini par la Convention comme étant « les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel »¹⁸.

L'adoption de cette Convention par l'UNESCO¹⁹ vient marquer une étape historique cruciale dans la reconnaissance des peuples et communautés autochtones et de leur patrimoine culturel immatériel. Jusqu'alors, seuls les savoirs traditionnels liés à la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité étaient reconnus²⁰. Cette compréhension pour le moins limitée du patrimoine cesse avec l'entrée en vigueur de la Convention. Il n'est plus seulement fait état des savoirs traditionnels liés à la biodiversité mais aussi des savoirs traditionnels liés aux modes de vie des peuples et communautés autochtones, ainsi que des expressions culturelles traditionnelles qui en résultent. La Convention porte donc en son sein une reconnaissance large du patrimoine culturel immatériel puisqu'elle protège l'ensemble des savoirs traditionnels et inclut les expressions culturelles traditionnelles. Cet élargissement permet une meilleure appréhension de tous les éléments pouvant se rattacher au patrimoine culturel.

La Convention vient par ailleurs préciser les principaux domaines au sein desquels le patrimoine culturel immatériel se manifeste : il s'agit des traditions et expressions orales,

¹⁶ Six des États étudiés dans le cadre de ce mémoire sont parties à la Convention. Il s'agit de la France, du Samoa, de l'Algérie, du Maroc, de la Tunisie et du Panama. À l'inverse, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ne sont pas liés par la Convention. Pour plus d'informations sur les États parties à la Convention, voir : Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), « Les États parties de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003) », En ligne : < <https://ich.unesco.org/fr/les-etats-parties-00024>>, (Consulté le : 22 mars 2021)

¹⁷ Préambule de de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, préc.

¹⁸ Article 2.2 de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, préc.

¹⁹ Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture

²⁰ *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 RTNU 79, (entrée en vigueur : 29 décembre 1993), article 8 (j)

des connaissances et savoir-faire nécessaire à l'artisanat traditionnel, des connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers, des pratiques sociales, rituels et événements festifs et enfin des arts du spectacles²¹. Ces domaines, larges, peuvent se scinder en deux catégories : les savoirs traditionnels (à savoir les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers, et les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel) et les expressions culturelles traditionnelles (à savoir les traditions et expressions orales, les arts du spectacle ou encore les pratiques sociales, rituels et événements festifs).

À la lecture de cette convention, nous comprenons sans équivoque que le tatouage traditionnel fait partie du patrimoine culturel immatériel. Celui-ci prend en effet racine dans les deux catégories précitées. En ce sens, il s'agit d'un savoir en ce qu'il requiert des connaissances particulières de la part des tatoueurs autochtones, des techniques concernant l'art du tatouage qui se transmettent de génération en génération. Il s'apparente également à une expression culturelle traditionnelle puisqu'il est le fil conducteur de pratiques sociétales et identitaires imprimées dans la peau des individus : il s'agit d'un rituel, d'un rite de passage, d'une tradition. De même, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle vient donner un certain nombre d'exemple d'expressions culturelles traditionnelles : il peut s'agir d'un art, de dessins, de signes et symboles...²². Or, le tatouage traditionnel est également un art qui se matérialise par des dessins, des symboles... Il est en ce sens qualifiable d'expression culturelle traditionnelle et fait figure d'œuvre traditionnelle.

Ce mémoire fera donc exclusivement référence à ces deux catégories, et se concentrera, à travers elles, sur l'étude du tatouage traditionnel dont les peuples et communautés autochtones sont dépositaires. Si le tatouage en tant que savoir sera évoqué tout au long de ce mémoire, c'est essentiellement sous l'angle de l'expression culturelle traditionnelle que la protection du tatouage traditionnel par le droit d'auteur classique sera analysée. On cherche en effet à protéger la représentation graphique, visuelle du tatouage (donc l'expression) par le droit d'auteur. L'objectif étant la recherche d'une protection, il

²¹ Article 2.2 de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, préc.*

²² Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), « Expressions culturelles traditionnelles », En ligne : <<https://www.wipo.int/tk/fr/folklore/>>, (Consulté le : 20 mars 2021)

sera cependant fait allusion au tatouage traditionnel en tant que savoir puisque ce dernier est intimement lié aux expressions culturelles traditionnelles : les mécanismes entendant protéger les savoirs traditionnels sont donc bénéfiques à la protection du tatouage traditionnel et de ses expressions.

En définitive, le tatouage traditionnel est un élément riche du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones. Il représente à la fois le savoir et l'identité autochtone, il est le résultat d'une approche collective mais aussi des réussites individuelles des membres de la communauté. Laura Dryjanska vient ainsi résumer avec acuité toute l'ampleur du patrimoine culturel en indiquant que sa compréhension « inclut et valorise fortement ses aspects immatériels, tels que les valeurs esthétiques, historiques, scientifiques et sociales, qui à leur tour servent à des fins identitaires »²³.

Le tatouage n'est donc pas qu'une simple œuvre d'art : il est un savoir traditionnel ayant fait l'objet d'une transmission ancestrale, et une expression culturelle traditionnelle, ancrant de façon immuable sur la peau des individus une identité et une histoire.

L'importance du tatouage traditionnel en tant que savoir et expression culturelle n'est donc plus à démontrer. Et pourtant, ce patrimoine culturel doit aujourd'hui encore être protégé de toute appropriation culturelle et commerciale.

Fragilisé par la globalisation qui induit une marchandisation des cultures à l'échelle mondiale²⁴, et donc un partage sans précédent des expressions et traditions ancestrales, ce patrimoine culturel est menacé et risque de disparaître si une protection n'est pas mise en place. En effet, le tatouage est devenu une pratique répandue, et l'intérêt que suscitent les tatouages traditionnels s'en est trouvé décuplé. Nombreuses sont les personnes souhaitant aujourd'hui arborer sur leur peau un tatouage traditionnel, sans qu'aucune considération ne soit faite au peuple ou communauté autochtone qui en est dépositaire. Le tatouage

²³ Traduction personnelle, Laura Dryjanska, « A social psychological approach to cultural heritage : memories of the elderly inhabitants of Rome » (2015) *Journal of Heritage Tourism*, vol. 10, n° 1, p. 40

²⁴ Danic Parenteau, « Diversité culturelle et mondialisation » (2007) *Politique et Sociétés*, vol. 26 n° 1, p. 138

traditionnel est donc devenu l'objet d'une appropriation culturelle²⁵ accrue de la part d'individus non membres de la communauté autochtone, une appropriation donnant parfois lieu à une exploitation commerciale. Les tatouages traditionnels étant appropriés illégitimement, c'est toute une culture qui s'en trouve malmenée, offensée, violée. De tels actes portent inmanquablement atteinte au patrimoine et aux valeurs ancestrales portées par les peuples et communautés autochtones.

Le tatouage traditionnel autochtone a donc fait émerger de nouveaux enjeux. Les cas d'appropriation culturelles sont fréquents, et nombreux sont les peuples et communautés autochtones à être touchés par ce phénomène. Au Canada, les premières nations, métis, et Inuit²⁶ sont dépositaires de tatouages traditionnels sacrés qu'il convient de préserver de toute exploitation illégitime ou appropriation illicite. Or, des cas d'appropriation sont à dénombrer dans ce pays. En effet, on peut citer l'exemple du premier ministre Justin Trudeau qui s'est fait tatouer, sur son épaule gauche, un corbeau à l'intérieur d'un globe. Ce corbeau est dérivé d'un dessin de l'artiste canadien haïda Robert Davidson qui n'avait pas donné son consentement à la reproduction par tatouage de son œuvre²⁷. Les haïdas sont issus des premiers peuples, leur territoire étant aujourd'hui les îles de la Reine Charlotte en Colombie-Britannique²⁸. Pour ce peuple, le tatouage représente l'appartenance au clan, un rappel de leur identité²⁹. Le corbeau a également pour eux une signification profonde

²⁵ Il s'agit, par définition, de « l'emprunt non autorisé qu'effectue un membre d'une culture donnée, le plus souvent dominante, de modes d'expression, de styles littéraires ou visuels, d'une symbolique, d'une thématique ou d'un savoir-faire quelconque, qui sont généralement associés à une culture autre que la sienne, le plus souvent dominée » dans Jean-François Gaudreault-Desbiens, « La critique autochtone de l'appropriation culturelle comme défi de la conception occidentale de la propriété intellectuelle : le cas de l'appropriation artistique » (1999) *CPI*, Vol. 11, n° 2, En ligne : <<https://cpi.openum.ca/files/sites/66/La-critique-autochchtone-de-lappropriation-culturelle-comme-défi-à-la-conception-occidentale-de-la-propriété-intellectuelle-le-cas-de.pdf>>

²⁶ Il s'agit des peuples autochtones reconnus par la Constitution canadienne : Loi constitutionnelle de 1982 (R-U), constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11, §35(2) : « Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada »

²⁷ CTV News, Adina Bresge, « Rise in Indigenous tattoos sparks concern over cultural appropriation », 15 février 2018, En ligne : <<https://www.ctvnews.ca/canada/rise-in-indigenous-tattoos-sparks-concern-over-cultural-appropriation-1.3805126>>, (Consulté le : 15 juin 2021)

²⁸ John Enrico, *Haida syntax*, University of Nebraska Press, vol. 1, 2003, p. 1

²⁹ Canadian Art, Robert Davidson, « Justin Trudeau's Tattoo: First Nations Art on the PM », 15 mars 2016, En ligne : <<https://canadianart.ca/features/robert-davidson-justin-trudeau-tattoo/>>, (Consulté le : 15 juin 2021)

puisqu'il amène la lumière au monde³⁰. Cet acte s'apparente donc à une appropriation culturelle pour les haïdas. En effet, Davidson souligne que la personne qui accepte un tatouage autochtone s'engage par celui-ci à respecter les valeurs et les lois qui régissent la communauté³¹. Ce que n'aurait pas fait Justin Trudeau en autorisant, en Colombie-Britannique, un projet de terminal près d'une aire de reproduction de saumons³² et en apportant son soutien au barrage du site C³³. Ces projets porteraient atteinte aux droits autochtones, sur le territoire ancestral des haïdas. En ce sens, il dit ainsi :

Trudeau selected an image depicting one of the origin histories of the Haida Nation, where Raven brings light to the world. By selecting that image, he must uphold the responsibilities that come with that image. He must bring light to the world. That light cannot be only superficial—it must go beyond Trudeaumania and must have substance. It means protecting that which is the source of Indigenous cultures—the land and sea. It means choosing a new path forward from the path of big oil, big industry. Otherwise, it is cultural appropriation³⁴.

Dans ce contexte, les haïdas se sont offensés de voir leur patrimoine culturel reproduit sur la peau du premier ministre du Canada. Dion Kaszas, un professionnel du tatouage autochtone, s'est également exprimé sur la question. Il vient ainsi résumer tous les dangers d'une telle appropriation pour les peuples et communautés autochtones :

Appropriation of Indigenous designs by non-Indigenous artists is another form of genocide. You're actually taking someone's identity and placing it upon your body³⁵.

³⁰ Canadian Art, Rosie Prata, « Haida Artist Behind Trudeau's Tattoo: 'I'm Just Appalled' », 10 novembre 2016, En ligne : <<https://canadianart.ca/features/robert-davidson-trudeau-tattoo-statement/>>, (Consulté le : 15 juin 2021)

³¹ *Ibid.*

³² Maclean's, Nancy MacDonalds, « Skin-deep: The awkwardness of Justin Trudeau's Haida tattoo », 21 octobre 2016, En ligne : <<https://www.macleans.ca/politics/ottawa/skin-deep-the-awkwardness-of-justin-trudeaus-haida-tattoo/>>, (Consulté le 15 juin 2021)

³³ Huffpost, Carly Ledbetter, « The Meaning Behind Canadian Prime Minister Justin Trudeau's Tattoo - And he's not hiding it », 29 mars 2017, En ligne : <https://www.huffpost.com/entry/justin-trudeau-tattoo_n_58d919abe4b03787d35a6a11>, (Consulté le : 15 juin 2021)

³⁴ Canadian Art, Rosie Prata, « Haida Artist Behind Trudeau's Tattoo: 'I'm Just Appalled' », 10 novembre 2016, En ligne : <<https://canadianart.ca/features/robert-davidson-trudeau-tattoo-statement/>>, (Consulté le : 15 juin 2021)

³⁵ CTV News, Adina Bresge, « Rise in Indigenous tattoos sparks concern over cultural appropriation », 15 février 2018, En ligne : <<https://www.ctvnews.ca/canada/rise-in-indigenous-tattoos-sparks-concern-over-cultural-appropriation-1.3805126>>, (Consulté le : 15 juin 2021)

Le tatouage traditionnel n'est donc pas une pratique à prendre à la légère et sa reproduction peut heurter les sensibilités des peuples et communautés qui en sont les gardiens. Cela va à l'encontre de leurs valeurs, de leur éthique.

Les peuples du Pacifique sont également particulièrement touchés par ce phénomène. Les tatouages polynésien et maori sont en effet connus à travers le monde et suscitent la fascination et l'émoi de bon nombre d'individus. La Nouvelle-Zélande est donc l'un des pays les plus touchés par le phénomène d'appropriation culturelle, la richesse de leur patrimoine ayant traversé les frontières et les tatouages étant désormais bien présents dans l'imaginaire collectif. En effet, les maoris, peuple autochtone de Nouvelle-Zélande, sont les dépositaires du Tā Moko. Cette forme d'art consiste à tatouer des motifs sur le visage et une grande partie du corps des femmes et hommes maori³⁶. Ces symboles ont une signification profonde pour les Maoris. Un universitaire maori va même les qualifier d'« empreinte digitale »³⁷. Le Tā moko est en effet propre à chacun, il s'agit d'un langage visuel qui unit les individus tatoués à leurs ancêtres³⁸.

Au cours de ces dernières années, cependant, ce tatouage traditionnel a été approprié par un certain nombre de personnalités publiques telles que les musiciens Robbie Williams et Ben Harper. Jean Paul Gaultier s'est également approprié le Tā Moko lors d'une campagne de 2007 destinée à promouvoir sa collection de vêtements et de lunettes de soleil. Dans l'édition européenne de Vogue de 2007, nous pouvons donc voir les mannequins du célèbre couturier français arborer des tatouages faciaux maoris³⁹. Celui-ci n'avait pourtant pas consulté les maoris avant d'utiliser le Tā moko dans sa campagne de mode⁴⁰ ni partagé

³⁶ Ngahuia Te Awakotuku, « More than skin deep : Ta Moko today », dans Elazar Barkan, Ronald Bush, *Claiming the Stones - Naming the Bones : Cultural Property and the Negotiation of National & Ethnic Identity*, Los Angeles, Getty Research Institute, 2002, p. 243

³⁷ Mohi Rua, « Contemporary Attitudes to Traditional Facial Ta Moko: A Working Paper », dans Neville Robertson, *Maori and psychology : research and practice - The proceedings of a symposium*, sponsored by the Maori and Psychology Research Unit, University of Waikato, Hamilton, 1999, p. 2

³⁸ New Zealand Tourism, « Ta moko - significance of Māori tattoos », En ligne : <<https://media.newzealand.com/en/story-ideas/ta-moko-significance-of-maori-tattoos/>>, (Consulté le : 2 juin 2021)

³⁹ Mika Young, « Tā moko and the cultural politics of appropriation » (2018) *Sites: a journal of social anthropology and cultural studies*, vol. 15, n° 2, p. 8

⁴⁰ *Ibid.*

avec eux une partie des bénéfiques⁴¹. L'industrie de la mode n'est par ailleurs pas la seule industrie à s'être appropriée le tatouage traditionnel maori. En 2020 est sorti un jeu vidéo utilisant le Tā moko, là encore sans qu'aucun maori n'ait été consulté, ce qui choqua un certain nombre de personnes d'origine autochtone⁴². Cyberpunk 2077 est un jeu de rôle laissant aux joueurs la possibilité de créer leurs avatars. Lors de la création du personnage, les joueurs peuvent représenter celui-ci avec un tatouage facial : le Moko Kauae, un tatouage maori féminin se trouvant sur le menton⁴³. Ce tatouage n'est pas destiné aux hommes. Une fois encore, le patrimoine culturel maori se retrouve instrumentalisé, les personnes l'exploitant faisant fi de la culture et de la signification de ce tatouage pourtant cher au cœur des maoris. De nombreux Maoris s'insurgent donc de voir leurs motifs sacrés, leur art exploités par des *pakeha* (non maori) et ce, dans une logique de marché. Ces actes démontrent avant tout un manque d'information important de la part de ces individus⁴⁴.

Le tatouage traditionnel, en tant qu'expression culturelle traditionnelle, devient alors un outil au service de l'industrie, un instrument commercial détourné de son véritable sens. Les dépositaires de ces savoirs et expressions ont donc exprimé leur préoccupation sur ces pratiques qui sont attentatoires à leur culture⁴⁵. Ils souhaitent en ce sens encourager une information plus large de la signification du tatouage traditionnel afin d'empêcher toute appropriation culturelle⁴⁶. Toutefois, encourager l'information, si cela est nécessaire à une meilleure compréhension du patrimoine culturel, ne permet pas, en définitive, une protection des tatouages traditionnels des peuples et communautés autochtones.

⁴¹ Lily Martinet, « Traditional Cultural Expressions and International Intellectual Property Law » (2019) *International Journal of Legal Information*, vol. 47, n° 1, p. 11

⁴² Stuff Limited, Brittney Deguara, « 'It's definitely appropriation' : Use of tā moko in Cyberpunk 2077 video game », 18 décembre 2020, En ligne : <<https://www.stuff.co.nz/pou-tiaki/123715517/its-definitely-appropriation-use-of-t-moko-in-cyberpunk-2077-video-game>>, (Consulté le : 2 juin 2021)

⁴³ Vince Media Group, Michelle Duff, « 'It's Transformative' : Māori Women Talk About Their Sacred Chin Tattoos », 9 décembre 2016, En ligne : <<https://www.vice.com/en/article/9k95ey/its-transformative-maori-women-talk-about-their-sacred-chin-tattoos>> (Consulté le : 18 juin 2021)

⁴⁴ New Zealand Herald, « Concern over ignorant use of Maori moko », En ligne : <https://www.nzherald.co.nz/nz/news/article.cfm?c_id=1&objectid=3198136>, (Consulté le : 2 juin 2021)

⁴⁵ Miranda Forsyth, « Lifting the Lid on the Community : Who Has the Right to Control Access to Traditional Knowledge and Expressions of Culture », (2012) *International Cultural Property Society*, 19, p. 10

⁴⁶ New Zealand Herald, « Concern over ignorant use of Maori moko », En ligne : <https://www.nzherald.co.nz/nz/news/article.cfm?c_id=1&objectid=3198136>, (Consulté le : 2 juin 2021)

Les peuples autochtones particulièrement touchés revendiquent donc la nécessité d'une protection de leur patrimoine culturel. Les détenteurs de ces expressions culturelles traditionnelles souhaitent en effet lutter contre les exploitations commerciales qui pourraient être faites par les tiers de leur patrimoine. Intervient alors la question de la préservation, de la protection du tatouage traditionnel contre de telles utilisations non autorisées de la part de tiers. Comment le tatouage traditionnel, dont les peuples et communautés autochtones sont les gardiens, peut-il faire l'objet d'une protection ?

On pense alors indéniablement à la protection juridique qu'offre le système de propriété intellectuelle actuel, notamment le droit d'auteur. Le tatouage traditionnel est, il ne faut pas l'oublier, une forme d'art qui implique une activité créatrice, ce que la propriété littéraire et artistique entend protéger. Ainsi, les expressions culturelles traditionnelles ayant un fort contenu culturel, elles ont été associées à bien des égards au droit d'auteur qui induit une protection de la créativité intellectuelle des individus⁴⁷. Par ailleurs, en droit, les tatouages peuvent bénéficier de la protection automatique du droit d'auteur dès lors qu'ils respectent un certain nombre de conditions. En effet, la forme de l'œuvre est indifférente : le droit d'auteur ne distingue pas là où il n'y a pas lieu de distinguer. En droit français, par exemple, les œuvres de l'esprit sont protégeables quel que soit leur forme, leur destination, leur mérite ou leur genre⁴⁸. Le tatouage pourrait donc en toute hypothèse être protégé par le droit d'auteur, dès lors que l'œuvre en question est une création de forme (ou fixée matériellement par son auteur en droit canadien) et qu'elle est originale. La fixation matérielle pourrait résulter, dans le cadre du tatouage, d'un dessin papier ou numérique, ou de l'apposition directe du symbole sur la peau de l'individu tatoué. Il s'agirait donc du mécanisme de protection le plus adapté à la protection du tatouage.

Toutefois, comme nous l'avons vu, le tatouage est à la fois un savoir traditionnel et une expression culturelle traditionnelle. Ceux-ci, de par leur nature, existent depuis des temps immémoriaux. Transmis de génération en génération, ce patrimoine ancestral en perpétuelle évolution est source d'identité pour les peuples et communautés autochtones qui en sont les

⁴⁷ Lily Martinet, « Traditional Cultural Expressions and International Intellectual Property Law » (2019) *International Journal of Legal Information*, vol. 47, n° 1, p. 9

⁴⁸ Article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle

dépositaires. Accorder aux peuples et communautés des droits de propriété intellectuelle relatifs aux savoirs et expressions traditionnels est donc une étape cruciale dans la reconnaissance des intérêts autochtones, afin de convenablement sauvegarder et préserver les savoirs et expressions. Mais qu'en est-il des textes internationaux en faisant état ?

Aujourd'hui, un certain nombre d'instruments juridiques internationaux viennent concourir au respect et à la préservation du patrimoine, ayant constaté la nécessité de protéger la diversité culturelle, et donc à travers elle, les savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles des peuples et communautés autochtones⁴⁹. La reconnaissance d'une telle protection résulte d'un long cheminement international ayant fait émerger de nouvelles perspectives en termes de protection. Le patrimoine culturel immatériel des peuples et communautés autochtones fait ainsi désormais l'objet d'une reconnaissance juridique par la communauté internationale, aujourd'hui consciente de l'importance de sauvegarder les savoirs et expressions traditionnels, tant pour les peuples et communautés que pour l'économie mondiale. Toutefois, aucun instrument n'est venu établir une réelle protection des savoirs et expressions culturelles traditionnelles en propriété intellectuelle, et, pour ces dernières, en droit d'auteur.

En effet, la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, qui vient reconnaître l'ensemble des expressions traditionnelles, n'a pas vocation à interférer dans le régime de la propriété intellectuelle⁵⁰. L'article 3 (b) stipule à cet effet que la Convention ne peut s'interpréter comme « affectant les droits et obligations des États parties découlant

⁴⁹ La *Convention sur la diversité biologique* marque le point de départ d'une telle consécration juridique puisqu'il s'agit du premier texte reconnaissant à la fois les savoirs traditionnels et les peuples et communautés autochtones en son article 8 (j). Entrant dans le champ d'application du droit de l'environnement, cette convention s'attache à préserver la biodiversité et les savoirs traditionnels associés. Un nouvel acteur entre désormais en jeu : les peuples et communautés autochtones, auquel il faut reconnaître un statut juridique et des droits particuliers. Le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique* vient poursuivre les objectifs de la Convention : il propose un nouveau cadre juridique aux États parties relatif à l'accès et au partage des avantages. Ce nouveau cadre tient compte des droits de propriété intellectuelle. En 2003, l'UNESCO vient compléter l'encadrement juridique du patrimoine culturel immatériel par l'adoption de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*. Puis, en 2005 est adopté la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* : elle entend protéger les expressions culturelles dans toute leur diversité et interculturalité.

⁵⁰ Article 3 (b) de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*

de tout instrument international relatif aux droits de la propriété intellectuelle ou à l'usage des ressources biologiques et écologiques auquel ils sont parties ». Il appartient donc en définitive aux États d'adapter leur législation nationale en tenant compte de la spécificité du patrimoine culturel immatériel des peuples et communautés autochtones.

Cette volonté, il en est fait la démonstration dans la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*⁵¹ de 2007 qui fait état des obligations incombant aux États parties quant au respect des mesures prescrites par la Déclaration. Celle-ci vient consacrer un certain nombre de droits au profit des peuples autochtones, notamment en ce qui a trait au patrimoine culturel immatériel et sa protection par la propriété intellectuelle :

Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture [...]. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles⁵².

Les peuples autochtones, placés sous l'autorité des États, doivent donc être en mesure de développer leur patrimoine culturel immatériel comme ils l'entendent, ce qui passe par la reconnaissance de leur propriété intellectuelle collective. Le second alinéa de l'article susvisé vient par ailleurs préciser que les États doivent prendre des « mesures efficaces » afin que ces droits soient reconnus et protégés⁵³. Si cette déclaration peut avoir une influence sur l'évolution du régime de protection étatique en propriété intellectuelle, et laisse transparaître une évolution internationale des normes en faveur de la protection du patrimoine culturel par la propriété intellectuelle, elle n'a pas force contraignante.

De ce fait, bien que l'importance de la protection du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones ait été mise en exergue, il appartient aux États de légiférer en la

⁵¹ *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, rés AG 295, doc off AGNU, 61^{ème} sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013

⁵² Article 31.1 de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*

⁵³ Article 31.2 de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*

matière. Ces textes peuvent offrir des clés de lecture aux États, afin que ceux-ci développent des législations nationales respectueuses du patrimoine culturel immatériel et des intérêts autochtones. Cela passe indéniablement par la consécration de droits de propriété intellectuelle. En effet, comme le soulignait Régis Lafargue, il est crucial de reconnaître « la place spécifique » des peuples et communautés autochtones sur le plan étatique afin que ce patrimoine ne disparaisse pas irrémédiablement⁵⁴.

Et pourtant, cette volonté internationale de protection n'est pas retranscrite dans les systèmes nationaux de propriété intellectuelle. En effet, si la Déclaration peut laisser présager une évolution plus inclusive du droit, la propriété intellectuelle est née d'une philosophie tout autre qui la rend propriétaire et individualiste. C'est là en définitive l'enjeu de taille auquel doit se confronter la protection du tatouage traditionnel.

Le système de propriété intellectuelle actuel s'étant construit selon les valeurs de l'Occident, il fait aujourd'hui l'objet de vifs débats en ce qui a trait à la protection du patrimoine culturel immatériel. La propriété intellectuelle, entendue comme une propriété classique, est différente de la notion de propriété appréhendée par les peuples et communautés autochtones qui se veut solidaire et collective⁵⁵. Le patrimoine culturel n'est pas « utilisé pour en tirer des avantages économiques - mais du point de vue de la communauté »⁵⁶. De ce fait, les peuples et communautés autochtones n'apprécient pas leur patrimoine sous l'angle de la propriété⁵⁷. Or, la propriété intellectuelle, et le droit d'auteur, repose sur des droits économiques exclusifs répondant à une logique d'appropriation privée. En effet, le système de protection du droit d'auteur repose généralement sur

⁵⁴ Régis Lafargue, « Le discours environnemental en Nouvelle-Calédonie » (2012) *ELOHI*, 1, p. 72

⁵⁵ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Gouvernement du Canada, « Introduction aux droits de propriété intellectuelle et à la protection du savoir et des expressions culturelles autochtones au Canada », (2020), En ligne : <<https://www.ic.gc.ca/eic/site/108.nsf/fra/00007.html>>, (Consulté le : 24 avril 2021)

⁵⁶ Document E/CN.4/Sub.2/1993/28, Commission des droits de l'homme, Étude sur le problème de discrimination à l'encontre des peuples autochtones, *Protection de la propriété intellectuelle et des biens culturels des peuples autochtones* présentée par Mme Erica-Irène Daes, Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités et Présidente du Groupe de travail sur les populations autochtones, 1993, §26, p. 8

⁵⁷ *Ibid.*

l'identification de l'individu créateur⁵⁸. Ce principe est un obstacle à la protection. En effet, les savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles résultent d'un processus collectif, rendant compliquée l'identification d'un individu précis. Par ailleurs, les savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles étant bien souvent ancestraux, ils ne peuvent faire l'objet d'une protection par la propriété intellectuelle classique. Celle-ci confère aux titulaires des droits un monopole exclusif d'une durée limitée, à l'issue de laquelle l'œuvre entre dans le domaine public. De même, de telles œuvres ne remplissent parfois pas les critères d'accès à la protection (critère d'originalité). La tendance eurocentriste du système de propriété intellectuelle, qui s'inscrit dans une conception individualiste, semble donc s'opposer aux droits autochtones par nature collectifs et solidaires. Le tatouage traditionnel ne peut donc pas, en toute hypothèse, répondre aux critères imposés par le droit d'auteur.

De ce fait, la pratique du tatouage fait émerger de nouveaux enjeux en droit qu'il faut s'attacher à comprendre afin d'en déceler les limites et d'en envisager la protection effective. Le tatouage traditionnel et le droit d'auteur étant indubitablement liés, il paraît nécessaire d'apprécier les difficultés qu'une telle relation peut causer. Il est donc primordial d'envisager le respect de l'identité culturelle des peuples et communautés autochtones, et, *de facto*, de mettre en exergue la nécessité d'une protection des tatouages traditionnels. Les expressions culturelles traditionnelles, de par leur contenu créatif, peuvent prétendre à la protection du droit d'auteur. Il semble donc logique de considérer le tatouage traditionnel à travers ce droit. En ce sens, établir une réglementation en la matière et, de ce fait, proposer un nouveau cadre juridique permettrait *in fine* d'envisager une protection juridique des tatouages traditionnels.

Compte tenu des enjeux qui ont été dégagés, il s'agira dans le cadre de ce mémoire de déterminer de quelle façon le tatouage traditionnel, élément du patrimoine culturel immatériel, est appréhendé par le droit d'auteur. En effet et comme nous l'avons évoqué, le

⁵⁸ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Gouvernement du Canada, « Introduction aux droits de propriété intellectuelle et à la protection du savoir et des expressions culturelles autochtones au Canada », (2020), En ligne : <<https://www.ic.gc.ca/eic/site/108.nsf/fra/00007.html>>, (Consulté le : 24 avril 2021)

tatouage peut faire l'objet d'une protection en droit d'auteur car celui-ci peut s'apparenter à un tableau dont la toile serait le corps humain. Mais cela se complique lorsqu'il est question de cette forme d'art particulièrement ancienne et significative. De ce fait, de la question générale exposée en début de paragraphe ne manqueront pas d'émerger des questions plus spécifiques. La première est la suivante : *le droit d'auteur est-il conciliable avec la protection des expressions culturelles traditionnelles et, par analogie, avec le tatouage traditionnel ?* De cette question spécifique en découle une deuxième : *Existe-t-il des mesures et mécanismes de protection adaptés à la spécificité du patrimoine culturel immatériel, transposables au tatouage traditionnel ?*

Deux hypothèses seront donc considérées afin de répondre à ces questions.

La première est que le droit d'auteur est, par nature, incompatible avec les expressions culturelles traditionnelles qui reposent sur la collectivité et l'échange transgénérationnel⁵⁹ des membres d'un peuple ou communauté autochtone. Ces deux notions répondent à des logiques opposées, et le droit d'auteur, profondément individualiste, ne permet pas d'en assurer la protection. De ce fait, le tatouage traditionnel, en tant qu'expression *stricto sensu*, ne peut être protégé par le droit d'auteur. En effet, la locution latine *stricto sensu* fait référence, dans ce contexte, aux expressions culturelles traditionnelles particulièrement anciennes, élaborées il y a des temps immémoriaux par des auteurs qui sont aujourd'hui inconnus⁶⁰. De telles expressions ne peuvent donc pas être appréhendées par un droit d'auteur qui exige l'identification de l'auteur-créateur, à partir duquel la condition d'originalité est dégagée, et qui prévoit une durée à la protection. Le droit d'auteur n'a donc pas été pensé pour assurer la protection d'un tel patrimoine et présente de nombreuses lacunes empêchant la protection de ses éléments. Seules les expressions contemporaines exécutées par les artistes actuels peuvent faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Il s'agit des expressions récentes des œuvres traditionnelles, en d'autres termes, des œuvres

⁵⁹ Le terme transgénérationnel se définit comme étant le « lien psychique entre les membres de la famille et leurs ancêtres et aïeux, de lignées directes ou collatérales ». Définition de Alberto Eiguer, « Le surmoi et le transgénérationnel » (2017), *Le Divan familial*, vol. 18, n° 1, 2007, p. 41

⁶⁰ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/40/8, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet actualisé d'analyse des lacunes », 9 avril 2019, p. 4, §6

dérivées des expressions préexistantes. Dans les cas où celles-ci sont réalisées par des artistes autochtones, cela permet une certaine revitalisation de leur culture. Cependant, cela reste une protection artificielle en ce qu'elle implique l'identification d'un individu créateur, ce qui s'éloigne de la logique autochtone. De même, le droit d'auteur ne distingue pas selon l'identité de l'auteur-créateur. Un tel système implique donc des dérives puisqu'il peut être amené à reconnaître des droits d'auteur à des personnes non autochtones, sur des œuvres pourtant dérivées de leurs expressions.

De ces incohérences et incompatibilité du droit se dégage la seconde hypothèse. En effet, des mesures ont été prises afin de permettre de pallier les lacunes du droit d'auteur. Elles ont été pensées en droit dans le cadre de lois et régimes *sui generis*. Cela passe par l'adaptation du système de propriété intellectuelle actuel afin que celui-ci soit conforme aux intérêts spécifiques des peuples et communautés autochtones (par exemple, en adoptant des dispositions dérogatoires de droit commun au sein des législations nationales). Cela passe également par la consécration de systèmes autonomes de protection : il s'agit de systèmes sur-mesure qui visent explicitement la protection des savoirs et expressions culturelles traditionnelles. Certains de ces régimes de protection, comme par exemple le Cadre régional du Pacifique, seraient pertinents afin d'assurer une protection des tatouages traditionnels. D'autres mesures font actuellement l'objet de discussion. En ce sens, un régime unifié en propriété intellectuelle, intégrant en son sein la particularité du patrimoine autochtone (élaboration de définitions et de règles de droit communes) serait peut-être la clé permettant d'envisager la mise en place d'une législation protectrice. De même, d'autres concepts ont été envisagés, comme par exemple la mise en place d'un domaine public payant, afin de pallier les lacunes du droit d'auteur. Ces mesures et mécanismes pourraient s'appliquer en droit d'auteur et à la protection des tatouages traditionnels.

L'objectif central de ce mémoire est donc d'évaluer les limites du droit d'auteur en termes de protection des tatouages traditionnels et, ainsi, d'envisager les solutions permettant de combler les lacunes dégagées.

Cet objectif se décline en divers objectifs spécifiques. Premièrement, les lacunes du système de propriété intellectuelle actuel en droit d'auteur seront explicitées afin de dégager l'incompatibilité entre le droit d'auteur et le patrimoine culturel immatériel. Deuxièmement, les solutions à une telle incompatibilité seront envisagées : il s'agira donc d'étudier les mécanismes et mesures qui ont été consacrés en droit (consécration d'un droit spécifique) et qui sont en discussion (des propositions telles que la mise en place d'un domaine public payant...).

La démonstration de ce mémoire se fera donc en deux grandes parties, parties qui reprennent les hypothèses et objectifs précités.

Dans un premier temps, il s'agira de faire état de l'incompatibilité inhérente entre, d'une part, le droit d'auteur, et d'autre part, le tatouage traditionnel en tant qu'expression culturelle traditionnelle. La première partie permettra de démontrer que le droit d'auteur, tel qu'il est conçu actuellement, ne peut assurer la protection du tatouage traditionnel. Le premier chapitre traitera ainsi du tatouage traditionnel en tant qu'expression *stricto sensu* : l'incompatibilité y est ici évidente. Les tatouages traditionnels étant ancestraux et résultant d'une activité collective, ils ne peuvent en toute hypothèse bénéficier de la protection d'un système de propriété intellectuelle individualiste et privatiste. Le second chapitre traitera de la protection que peuvent revendiquer les tatoueurs autochtones contemporains. Le tatouage traditionnel sera donc traité en tant qu'expression contemporaine. La protection étant liée à l'identification d'un individu (le tatoueur-artiste autochtone), celle-ci s'éloigne en définitive du sens et de la valeur première du patrimoine culturel immatériel, par nature collectif. La protection par la propriété intellectuelle du patrimoine culturel autochtone paraît donc, en l'état, inenvisageable.

Cette étude sera menée en droit français et canadien. Ces pays sont en effet représentatifs d'un patrimoine culturel dynamique et diversifié, abritant en leur sein des peuples et communautés autochtones dépositaires d'un savoir et expression culturelle ancestrale, le tatouage, qu'il a fallu préserver et qu'il faut encore aujourd'hui protéger. En effet, comme

nous l'avons vu, le tatouage polynésien est sacré pour les peuples du pacifique qui luttent contre son appropriation culturelle. La France est donc concernée, ses territoires ultramarins, comme la Polynésie française, étant dépositaires de ces savoirs et expressions culturelles traditionnelles. Par ailleurs, le Canada possède également une culture autochtone riche, étant la terre ancestrale d'un certain nombre de peuples autochtones. Ceux-ci sont également les dépositaires de tatouages traditionnels qu'il convient de préserver. Il est donc intéressant d'appréhender la protection du tatouage à travers de telles législations. Par ailleurs, au sein de cette partie couvrant les lacunes du droit d'auteur, des incursions brèves seront faites en droit australien.

La deuxième partie viendra mettre en lumière les mécanismes et mesures permettant de pallier les lacunes d'un tel système de protection, afin d'envisager une protection effective du patrimoine culturel traditionnel et de ses éléments. Seront donc étudiées les solutions intéressant la protection du tatouage traditionnel en tant qu'expression culturelle traditionnelle. La protection du savoir sera également évoquée, savoir et expression étant intimement liés, notamment en ce qui a trait au tatouage traditionnel. Ainsi, le premier chapitre traitera des mécanismes mis en place par les États, c'est-à-dire *de lege lata*. Nous évoquerons alors les législations nationales qui peuvent s'adapter afin d'appréhender la nature particulière du patrimoine culturel immatériel. La consécration de régimes *sui generis* distincts est également l'un des mécanismes existants pertinents qu'il conviendra d'analyser. Le second chapitre traitera quant à lui du droit *de lege feranda* c'est-à-dire des propositions étatiques et doctrinales envisagées afin de contribuer à une réelle protection du tatouage traditionnel.

Cette étude s'appuiera sur les mécanismes et mesures qui ont été développés par les autres pays. Des incursions seront donc faites dans les pays proposant des solutions intéressantes de protection, comme les pays du Pacifique, certains pays d'Afrique et le Panama.

Partie 1

L'incompatibilité intrinsèque du droit d'auteur avec le tatouage traditionnel, élément du patrimoine culturel immatériel

Usuellement, les tatouages peuvent bénéficier de la protection automatique du droit d'auteur. En ce sens, il doit s'agir d'une création de forme originale c'est-à-dire une création perceptible par les sens et répondant à la définition de l'originalité de la législation concernée. Au Canada, la fixation matérielle de l'œuvre est exigée⁶¹. Si les conditions sont réunies, la protection va s'acquérir dès la création de l'œuvre⁶². Le titulaire des droits possèdera alors un monopole exclusif d'exploitation : il aura le droit d'autoriser ou d'interdire l'exploitation et l'utilisation de son œuvre. Les artistes tatoueurs pourraient ainsi voir leurs œuvres protégées par le droit d'auteur.

Cependant, le tatouage traditionnel est à la fois un savoir et une expression culturelle traditionnelle. Il n'est à ce titre pas qu'une simple forme d'art pour les peuples et communautés autochtones. Le tatouage est, pour eux, représentatif d'une identité, d'une culture, d'un statut. Autrement dit, il symbolise l'unité⁶³. En conséquence, le tatouage traditionnel, sacré et transmissible, est un élément fort du patrimoine culturel autochtone : il appartient à l'ensemble d'une communauté qui le nourrit et le perpétue au fil du temps.

En ce sens, le tatouage traditionnel répond à une logique qui lui est propre, une logique qui s'éloigne incontestablement de celle du droit d'auteur classique. On parle alors de tatouage traditionnel en tant qu'expression culturelle traditionnelle *stricto sensu*. De telles expressions ne peuvent faire l'objet d'une protection par la propriété intellectuelle, et donc, *in fine*, par le droit d'auteur. Elles sont dites préexistantes ou sous-jacentes : il s'agit

⁶¹ *Canadian Admiral CorporaRon Ltd c Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382, 394, §28 : « For copyright to subsist in a 'work', it must be expressed to some extent in some material form, capable of identification and having a more or less permanent endurance »

⁶² Article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, alinéa 1

⁶³ Payel Ghosh, « Tattoo: A Cultural Heritage », (2020) *Antrocom : Online Journal of Anthropology*, vol. 16, n° 1, p. 297

« d'éléments préexistants datant du passé lointain qui furent élaborés jadis par des 'auteurs inconnus' »⁶⁴. Dans ce contexte, le droit d'auteur, en tant que régime de protection, se heurte à la nature même du tatouage traditionnel, qui repose sur la collectivité et l'échange transgénérationnel. La propriété intellectuelle, fondamentalement privatiste et individualiste, diffère alors intrinsèquement de la notion d'expression culturelle traditionnelle telle qu'elle est appréhendée par les peuples et communautés autochtones. Les lacunes de ce droit sont donc nombreuses, et il ne peut en l'état satisfaire les besoins des peuples et communautés autochtones. Il résulte de ce constat une incompatibilité inhérente entre le droit d'auteur et le tatouage traditionnel, ce dernier ne pouvant être protégé par le système actuel de propriété intellectuelle (chapitre 1).

Toutefois, il ne faut pas oublier que les générations actuelles de tatoueurs autochtones contribuent à l'enrichissement du patrimoine culturel immatériel. Ils concourent en effet à la revitalisation de leur culture puisqu'ils perpétuent les valeurs de leur communauté et de leur lignée par le tatouage. Ils permettent donc une certaine renaissance du savoir traditionnel du tatouage c'est-à-dire des méthodes de tatouage, qui sont spécifiques au clan, tout comme de ses expressions. En ce sens, ils font revivre la pratique, les traditions, et donc l'art en lui-même, les symboles et dessins. Dans ce contexte, de telles œuvres peuvent faire l'objet d'une protection si les conditions sont réunies. On parle dans ce cas d'expressions culturelles traditionnelles contemporaines c'est-à-dire les expressions récentes des cultures traditionnelles. Il s'agit d'œuvres dérivées de la tradition, en d'autres termes, d'« interprétations et adaptations contemporaines »⁶⁵ d'œuvres préexistantes.

Les tatouages qui en résultent sont protégeables. Ainsi, les œuvres traditionnelles qui interpréteraient ou adapteraient un tatouage traditionnel pourraient faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Cependant, cela ne reviendrait-il pas à nier l'essence même du patrimoine culturel immatériel, qui se veut collectif et transgénérationnel ? La protection

⁶⁴ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/40/8, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet actualisé d'analyse des lacunes », 9 avril 2019, p. 4, §6

⁶⁵ *Ibid*, §6

ne pourrait donc qu'être artificielle, en ce qu'elle permet une protection des œuvres des tatoueurs autochtones, mais ne permet pas en réalité d'appréhender la valeur première du tatouage traditionnel qui répond à des intérêts collectifs. Par ailleurs, le droit d'auteur ne distingue pas selon l'identité de l'auteur ou l'authenticité de l'œuvre : la protection pourrait donc être revendiquée par des personnes non membres de la communauté, ce qui s'avère préjudiciable pour le respect du patrimoine culturel de la communauté visée (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'incompatibilité évidente du droit d'auteur avec le tatouage traditionnel en tant qu'expression *stricto sensu*

Comme nous l'avons vu, les tatouages traditionnels ne sont pas de simples « dessins » pour les peuples et communautés autochtones. Ils constituent pour ces derniers une véritable richesse, humaine et sociale, ainsi qu'un lien entre le passé, le présent et l'avenir, source de leur identité spirituelle et religieuse⁶⁶. Ils ont donc un caractère collectif et transgénérationnel, et ne sont en ce sens pas susceptibles d'appropriation privée.

De ce fait, si une protection en propriété intellectuelle (droit d'auteur) est recherchée, celle-ci n'est en réalité pas possible du fait de la différence de logique de fond existant entre la propriété intellectuelle et le patrimoine culturel immatériel. Le droit d'auteur s'est historiquement construit autour de la personne de l'auteur et n'envisage en ce sens que la protection de ses intérêts individuels. La protection par un tel régime des intérêts collectifs d'une communauté n'est donc pas en toute hypothèse possible. Sera donc étudiée l'approche philosophique de ces deux conceptions par nature opposées (1). De cette différence de conceptions va découler naturellement une incompatibilité juridique : le droit d'auteur ne peut protéger les œuvres traditionnelles préexistantes. En ce sens, il ne peut assurer la protection des tatouages traditionnels *stricto sensu*. C'est parce que la philosophie n'est pas la même que les règles de protection s'avèrent inadaptées. Il sera donc détaillé les lacunes juridiques du droit d'auteur (2).

⁶⁶ Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), « Qu'est-ce que le patrimoine culturel immatériel ? », En ligne : <<https://ich.unesco.org/fr/qu-est-ce-que-le-patrimoine-culturel-immateriel-00003>>, (Consulté le : 21 mars 2021)

1. Discours sur la nature du droit d'auteur et ses fondements philosophiques - une conception aux antipodes du patrimoine culturel immatériel

Dans la majorité des pays du globe, les législations nationales en propriété intellectuelle sont eurocentrées. Cette approche eurocentriste se traduit par une prédominance des valeurs occidentales qui deviennent les normes de référence, négligeant *de facto* les valeurs des autres cultures qui ne se retrouvent pas dans de tels discours⁶⁷. Selon l'historien Hervé Inglebert, « l'idéologie eurocentrique est celle qui fait de l'Europe et de l'Occident la norme du jugement de l'Histoire Universelle »⁶⁸. Le sociologue William Graham Summer précise à cet effet qu'il s'agit d'une « façon de voir qui fait du groupe propre le centre de tout et dans laquelle tous les autres groupes sont pesés et évalués par référence à ce centre »⁶⁹. En d'autres termes, il s'agit de faire du droit occidental la norme de référence permettant d'appréhender l'ensemble des groupes, qui se réfèrent désormais à ce droit indépendamment de leur nature et de leurs besoins juridiques propres. De ce fait, la culture juridique occidentale prédomine sur les autres cultures juridiques⁷⁰, cette culture n'étant pourtant pas adaptée à toutes les sociétés humaines.

Or, pour les auteurs Julien Barbosa, Julie Canovas et Jean-Claude Fritz, « le système mondialisé de la propriété intellectuelle, très lié aux conceptions des droits occidentaux contemporains relatifs à la propriété et à la preuve, est au service d'une logique d'appropriation essentiellement privative et commerciale »⁷¹. Le droit de la propriété intellectuelle, souffrant d'eurocentrisme, n'est pas venu tenir compte de la particularité du patrimoine autochtone qui ne se reconnaît pas dans cette vision propriétaire forte se rattachant à un individu-créateur identifié. Assurer la protection des savoirs et expressions

⁶⁷ Adama Samassékou, « De l'eurocentrisme à une vision polycentrique du monde : plaidoyer pour un changement de paradigme » (2010) *Diogène*, vol. 229-230, n° 1-2, p. 214

⁶⁸ Hervé Inglebert, « Chapitre 34 - La question de l'eurocentrisme », dans : Hervé Inglebert, *Le Monde, l'Histoire. Essai sur les histoires universelles*, sous la direction d'Hervé Inglebert, Paris cedex 14, PUF, « Hors collection », 2014, p. 1109

⁶⁹ William Graham Summer, *Folkways*, Boston, Ginn and co, 1906, p. 13

⁷⁰ Albane Geslin, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », dans : *Annuaire français de droit international*, CNRS Éditions, vol. 56, 2010, p. 680

⁷¹ *Ibid.*

culturelles traditionnelles est donc l'une des questions les plus difficiles auxquelles la propriété intellectuelle doit faire face⁷².

De ce fait, des doutes sur la compatibilité du droit d'auteur avec le patrimoine culturel immatériel ont émergé très tôt dans la sphère juridique et anthropologique. Dès 1994, les représentants des peuples autochtones faisaient état de l'inadaptation du régime de propriété intellectuelle, qui ne permet pas d'appréhender les valeurs autochtones, collectives et impersonnelles. Ils indiquaient à cet effet que « le régime de la propriété intellectuelle est une légitimation du mésusage des connaissances et des ressources de nos peuples à des fins privées »⁷³. Cela est dû à la nature de la propriété intellectuelle, qui est fondamentalement individualiste et privatiste. Elle est centrée autour de la personne de l'individu créateur, sujet de droit.

En effet, sous l'influence de la philosophie de la Renaissance et de grands penseurs tels que Descartes ou Leibniz, la société opère un basculement, passant d'une logique collective à une logique individuelle. L'homme ne se reconnaît plus dans un Tout, il est autosuffisant. L'individu est donc considéré abstraitement, indépendamment de toute appartenance à un groupe ou une communauté. Désormais, les intérêts privés prédominent : il va être progressivement reconnu aux individus une propriété foncière, puis une propriété corporelle et incorporelle⁷⁴. Pour Kant, la raison est simple : le droit étant étroitement lié à la faculté de contrainte, il réalise la liberté en la restreignant. En d'autres termes, le droit, en tant que frontière extérieure des libertés individuelles, se comprend comme une propriété qui va venir protéger les droits de l'individu sans que celui-ci ne puisse empiéter sur la propriété de l'autre. On introduit très tôt l'idée que le droit, en tant que philosophie, est propriétaire. La propriété se retrouve au cœur de la société civile, s'attachant à protéger

⁷² Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), « La propriété intellectuelle et les peuples autochtones : un défi majeur », 23 juin 2015, En ligne : <https://www.wipo.int/pressroom/fr/stories/tk_seminar2015.html>, (Consulté le 5 juillet 2021)

⁷³ Déclaration des peuples autochtones lors de la réunion de la COICA - *Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica*, Santa Cruz de la Sierra, Bolivie, 28-30 septembre 1994, cité par Anita Mattes, *La protection de la culture des communautés traditionnelles : réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien et du droit international*, thèse de l'Université Paris-Saclay, 14 juin 2017, p. 106

⁷⁴ Mireille Buydens, *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 58

les intérêts particuliers des individus. Le droit s'est donc historiquement construit dans une logique individualiste, et la propriété intellectuelle n'échappe pas à la règle.

Le droit d'auteur a été considérablement influencé par cette conception individualiste du droit, que ce soit en France ou au Canada (1.1.), et c'est là que naît son inadaptation. En effet, les fondements philosophiques du droit d'auteur, qui font de celui-ci un droit exclusif, s'opposent naturellement à la nature holistique du patrimoine culturel immatériel (1.2.), ne permettant pas *de facto* sa protection par le système actuel de propriété intellectuelle.

1.1. L'approche individualiste du droit d'auteur, source de son inadaptation

L'eurocentrisme du système de propriété intellectuelle fait obstacle à la protection du patrimoine culturel immatériel par le droit d'auteur, et donc, du tatouage traditionnel. Cela est dû aux fondements philosophiques du droit d'auteur, qui font de lui un droit individualiste et privatiste. Si ces fondements diffèrent d'un pays à l'autre, le résultat reste le même. En France, le droit français s'est historiquement construit *in favorems auctoris*, en faveur de l'auteur. Il s'agit d'un droit personnaliste qui fait de l'auteur la valeur suprême (1.1.1.). Au Canada, le droit d'auteur a suivi une approche entre l'utilitarisme et le travaillisme (1.1.2). En conséquence, il résulte de ce constat l'impossible protection des œuvres traditionnelles préexistantes et, par analogie, des tatouages traditionnels *stricto sensu*.

1.1.1. Le droit d'auteur français : un droit historiquement personnaliste

En France, la conception personnaliste et romantique du droit d'auteur va émerger progressivement. Comme le décrit Mélanie Clément-Fontaine, « l'auteur va en premier lieu se voir reconnaître une identité, à une époque où l'on passe du divin à l'homme, du groupe à l'individu »⁷⁵. Avec l'influence de la philosophie des Lumières, l'individu va peu à peu être placé au cœur du système juridique, et des droits privés lui sont consacrés. C'est ce que

⁷⁵ Mélanie Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 5.

souligne l'association Henri Capitant lorsqu'elle indique que « la culture juridique française incarne le libéralisme des Lumières et de la Révolution de 1789, donc le respect de l'individu, garantie de son libre développement »⁷⁶. On cherche à protéger l'individu, sujet de droit, en lui reconnaissant un certain nombre de droits exclusifs.

Pour comprendre cela, il faut remonter à la naissance du droit d'auteur en France. Au XVIII^{ème} siècle, on assiste au développement de la technique, avec l'invention de l'imprimerie. Celle-ci va permettre une reproduction massive des œuvres de l'esprit, ce qui n'était jusque-là pas possible. Les libraires peuvent désormais reproduire les œuvres d'auteurs en grand nombre en vertu de leur privilège d'impression, un privilège royal leur octroyant un monopole d'exploitation temporaire (droit exclusif d'impression et de vente). Les auteurs, cependant, ne bénéficient d'aucun droit et se voient donc placés à la merci des monopoles octroyés aux libraires. En 1725 survient alors ce qu'on appellera la « grande guerre des libraires », un conflit opposant les libraires parisiens aux libraires de province (ceux-ci se révoltant contre les privilèges d'impression octroyés majoritairement aux libraires parisiens). Pour se défendre et conserver leur monopole d'exploitation, les libraires parisiens vont faire appel à l'avocat Louis d'Hericourt. L'époque étant à la philosophie des Lumières, qui place l'individu au centre du système autour duquel les droits doivent s'organiser, l'avocat va développer un raisonnement rappelant le rôle des auteurs, qui sont cœur de la création. Si on ne peut pas remettre en cause les privilèges d'impression conférés aux libraires, c'est parce que le créateur de l'œuvre, en tant que propriétaire originaire de celle-ci, l'a autorisé en cédant son œuvre. Cet argumentaire fait naître au profit des auteurs un véritable droit d'auteur : leur propriété est reconnue. On distingue désormais la propriété perpétuelle des auteurs du privilège temporaire des libraires. Cependant, révolution oblige, la nuit du 4 août 1789 vient abolir les privilèges des libraires et un monopole d'exploitation va alors être accordé aux auteurs grâce au raisonnement

⁷⁶ Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Paris, Dalloz, 1946, p. 31, cité par Anita Mattes, *La protection de la culture des communautés traditionnelles : réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien et du droit international*, thèse de l'Université Paris-Saclay, 14 juin 2017, p. 38, n°105

d'Héricourt. En ce sens, les décrets lois de 1791⁷⁷ et 1793⁷⁸ viennent réciproquement consacrer un droit de représentation et un droit de reproduction au profit des auteurs.

Historiquement, le droit d'auteur français a donc été pensé *in favorem auctoris*. Il s'entend comme un droit naturel, justifié par le lien indéfectible unissant l'auteur à son œuvre⁷⁹. Le droit d'auteur, en tant que droit naturel, existe par lui-même. Le législateur ne vient en réalité que le consacrer. Denis Diderot décrit avec poésie en quoi l'œuvre est la propriété naturelle de l'auteur, justifiant la conception personnaliste de ce droit :

Quel est le bien qui puisse appartenir à un homme si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de ses veilles, de son temps, de ses recherches, de ses observations, si les plus belles heures, les plus beaux moments de sa vie, si ses propres pensées, les sentiments de son cœur, la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt point, celle qui l'immortalise, ne lui appartient pas ?⁸⁰

Pour Diderot, l'œuvre appartient naturellement à son auteur, il s'agit d'un bien qui lui est propre et donc, qui doit lui revenir de droit. L'œuvre serait le prolongement de l'être du créateur. La propriété individuelle que l'on va accorder aux auteurs est alors la plus sacrée des propriétés qui puissent exister. Pour reprendre les mots du député Isaac Le Chapelier : « La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain »⁸¹. Kant rappelle quant à lui le caractère inaliénable de la propriété intellectuelle, renforçant ce caractère particulier et sacré : « la propriété qu'un auteur a sur ses pensées [...], il la conserve nonobstant la reproduction »⁸².

⁷⁷ Décret-loi des 13-19 janvier 1791

⁷⁸ Décret-loi des 19-24 juillet 1793^[SÉP]

⁷⁹ Solène Le Thiec, *Le principe d'exclusivité en droit d'auteur ou la recherche d'un équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux de la société*, mémoire de maîtrise en droit des Universités Paris-Saclay et Laval, 2018, p. 10

⁸⁰ Denis Diderot, *Lettre sur le commerce de la librairie*, in *Œuvres complètes*, tome VIII, Paris, Hermann, 1976, p. 509-510

⁸¹ Isaac Le chapelier, 1791, cité par Marcel Boutet, « Réflexion » (1954) *RIDA*, n° 004, p. 3

⁸² Emmanuel Kant, *Qu'est-ce qu'un livre ?*, Paris, PUF, 1995, p. 119

Il est donc légitime de reconnaître un droit de propriété intellectuelle à l'auteur car l'œuvre est le prolongement de son être. On considère que l'œuvre est imprégnée de la personnalité de son auteur. Pour Eugène Pouillet, l'œuvre est « la production d'une chose [...] tellement personnelle qu'elle forme comme une partie [de son auteur] »⁸³. L'avocat André Morillot reprend cette idée lorsqu'il indique que « l'auteur prolonge en quelque sorte sa personnalité, et la rend susceptible d'agressions qu'elle ne comportait pas auparavant »⁸⁴. Il est donc légitime de prévoir sa protection par le droit d'auteur, afin de protéger l'œuvre, et, à travers elle, son créateur⁸⁵. Érigée en droit personnaliste et romantique, le droit d'auteur s'apparente à un système dans lequel la personne humaine est considérée comme la valeur suprême. Le droit de propriété est vu dans ce contexte comme une extension du droit de la personne, une façon d'assurer son bien-être et de satisfaire ses besoins fondamentaux. Il n'y a pas d'exemple plus évocateur de l'approche personnaliste du droit d'auteur français que sa définition de l'originalité. Elle se définit comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur. On vient consacrer une condition d'accès à la protection intrinsèquement liée à l'auteur. Tout nous ramène donc au créateur en tant que personne identifiée, et à sa personnalité.

En conséquence, il ne fait aucun doute que le droit d'auteur est, par essence, individualiste⁸⁶. Il s'agit d'un système centré autour de la personne de l'auteur et de ses intérêts, ce que sous-tend Jacques de Werra, « la protection du droit d'auteur trouve son fondement dans la protection d'un intérêt privé, qui est celui des auteurs »⁸⁷. Cette vision triomphe en effet à l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, en son alinéa 1. Justifiant la prééminence de l'auteur dans ce droit, cet article dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété

⁸³ Eugène Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1879, p. 19 cité par Benjamin Baratta, Blog Master 1 IP/IT, « Le droit d'auteur en France : un droit historiquement personnaliste ? », 13 février 2017, En ligne : <<http://master-ip-it-leblog.fr/le-droit-dauteur-en-france-un-droit-historiquement-personnaliste/>>, (Consulté le 10 juin 2021)

⁸⁴ André Morillot, *De la Protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'empire d'Allemagne*, Paris, Cotillon, 1878, p 110

⁸⁵ Solène Le Thiec, *Le principe d'exclusivité en droit d'auteur^{SEP} ou la recherche d'un équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux de la société*, mémoire de maîtrise en droit des Universités Paris-Saclay et Laval, 2018, p. 14.

⁸⁶ Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1978

⁸⁷ Jacques de Werra, « Droit de l'art et des biens culturels et droit d'auteur : quel(s) lien(s) ? » (2006) *PI*, n°19, 2006, p. 5

incorporelle exclusif et opposable à tous ». Le droit d’auteur s’entend donc comme un droit exclusif, c’est-à-dire qu’est écartée de sa jouissance « toute autre personne que le titulaire »⁸⁸. Le titulaire du droit a ainsi le droit exclusif d’autoriser ou d’interdire l’utilisation et l’exploitation de son œuvre, objet protégé. Cet article, en venant consacrer l’exclusivité du droit d’auteur, vient ainsi réaffirmer la nature propriétaire et individuelle de ce droit personnaliste.

En conséquence, le droit d’auteur français est un régime de protection individualiste et eurocentrée, qui s’éloigne du système de valeur retenu par les populations autochtones. C’est parce qu’il a été historiquement pensé comme venant protéger les intérêts individuels d’un auteur créateur identifié qu’il n’est pas adapté à la protection du patrimoine culturel immatériel. L’approche française ne permet donc pas d’appréhender en son sein les expressions culturelles traditionnelles des peuples et communautés autochtones et, par analogie, le tatouage traditionnel.

Le droit d’auteur canadien n’est par ailleurs pas en reste puisqu’il a, lui aussi, exprimé la nécessité de protéger les intérêts privés des individus, de par sa philosophie travailliste et utilitariste.

1.1.2. Le droit d’auteur canadien, entre travaillisme et utilitarisme

Le droit d’auteur canadien, issu de la tradition de *common law*, a été guidé par une vision plus économique du droit que les pays d’approche civiliste comme la France. En effet, la Loi sur le droit d’auteur canadienne s’inspire du *Statute of Anne*⁸⁹ adoptée par le parlement britannique le 10 avril 1710. Cette loi fait état du droit positif en droit d’auteur et constitue la base des législations de *copyright* des pays anglo-saxons. La législation sur le droit d’auteur, au Canada, est ainsi basée sur cette loi, ainsi que sur le *Copyright Act* de

⁸⁸ Gérard Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 10^{ème} édition, 2014, v° « exclusif »

⁸⁹ *Copyright Act* 1710, 8 Anne c. 19 / c. 21

1988⁹⁰. Le droit canadien a donc la particularité de reprendre les principes issus de la *common law*, tout en adoptant une approche civiliste sur d'autres domaines (droit moral).

Répondant à une logique d'exploitation économique, le *copyright* fut influencé par de grands économistes et philosophes⁹¹ tels que John Locke. Pour lui, chacun est propriétaire de sa personne, et les biens qui gravitent autour de lui, appelés « communs », sont librement appropriables par tous. L'individu peut y puiser autant qu'il le souhaite et, par l'ajout de son travail, y revendiquer sa propriété. En d'autres termes, le droit de propriété de l'individu est la plus-value qu'il est capable de générer par son travail. Chaque individu a donc le droit de disposer de sa propriété. Il dit ainsi :

Chacun garde la propriété de sa propre personne, le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains sont vraiment à lui. Toutes les fois qu'il fait sortir un objet de l'état ou la nature l'a mis ou l'a laissé, il y mêle son travail, il y joint quelque chose qui lui appartient et par là, il fait de lui sa propriété. Le travail exclut le droit commun des autres hommes⁹².

Ainsi, chaque individu est propriétaire des fruits de son travail. Le droit de propriété se rattache au labeur qui a été investi par l'individu et l'État a le devoir de protéger cette propriété en tant que droit naturel. Néanmoins, pour tempérer le droit de propriété de l'individu, l'acquisition de celle-ci n'est possible que s'il reste, dans la nature ou dans le domaine public, des biens en quantité suffisante pour assurer le bien-être des autres individus. La délivrance d'un droit de propriété ne doit pas faire souffrir la société civile.

Si l'on étend cette philosophie lockéenne au droit d'auteur, cela revient à considérer l'auteur comme propriétaire. Les fruits de son travail étant l'œuvre, il ne peut en être que le propriétaire. On peut donc étendre cette logique à la propriété qu'a l'auteur sur sa création. En conséquence, la propriété qu'à l'auteur sur son œuvre résulte, comme en droit français,

⁹⁰ Maxence Rivoire, E. Richard Gold, « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil » (2015), *McGill Law Journal*, vol. 60, n° 3, p. 384

⁹¹ Pierre-Emmanuel Moyse, « La Nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole », (1997), *McGill Law Journal*, vol. 43, p. 516

⁹² John Locke, *Second Traité du gouvernement civil*, 1690, cité par Philosophie Horizons, « chapitre 16 : le travail », Belin Éducation, 2020, p. 454

d'un droit naturel. Toutefois, la raison fondamentale diverge ici du droit d'auteur : c'est parce que l'individu a droit aux fruits de son labeur qu'il est propriétaire de son œuvre. Émile Acollas disait ainsi que « toute valeur est la propriété de celui qui l'a produit par son travail intellectuel ou manuel »⁹³. Cela conduit *de facto* à reconnaître aux auteurs un droit de propriété intellectuelle consacrant la propriété exclusive de l'auteur sur sa création. On retrouve également ce schéma en droit français, qui, bien que personnaliste, ne peut en tout état de cause nier la dimension économique et patrimoniale de ce droit. En 1750, lorsque Lamoignon de Malesherbes défendit la propriété des auteurs, il indiqua que, les œuvres étant le fruit du génie des auteurs, on ne peut les en priver⁹⁴.

Toutefois, si cette théorie travailliste, familièrement appelé *sweat of the brow*, semble dominer au Canada, on ne peut nier l'existence d'une autre théorie qui a influencé le droit canadien : il s'agit de la théorie utilitariste. Selon cette conception, la propriété intellectuelle « tire sa légitimité de son efficacité économique »⁹⁵. L'utilité est ainsi érigée en principe de base de l'organisation de la société, c'est-à-dire les normes et valeurs qui doivent être placées au cœur de la société. Cette théorie consiste donc à rechercher le bien-être commun : celui de la société. En maximisant celui-ci, on vient favoriser le bien être du plus grand nombre de personnes qui compose la société – la richesse collective est en ce sens la somme des richesses individuelles.

En droit d'auteur, cela sous-tend partager au public les œuvres de l'esprit, qui constitue des richesses profitables à la société. Pour cela, on reconnaît à l'auteur un monopole exclusif, qui se doit d'être limité. Pour Maxence Rivoire et E. Richard Gold, la Loi sur le droit d'auteur a donc pour « principal objet d'encourager la création, c'est-à-dire la présence d'œuvres sur le marché. Les prérogatives de l'auteur doivent impérativement être limitées

⁹³ Émile Acollas, *La propriété littéraire et artistique : le droit mis à la portée de tout le monde*, Édition 1886, Bnf hachette Livre, cité par Pierre-Emmanuel Moysse, « La Nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole », (1997), *McGill Law Journal*, vol. 43, p. 516

⁹⁴ Pierre-Emmanuel Moysse, « La Nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole », (1997), *McGill Law Journal*, vol. 43, p. 516

⁹⁵ Françoise Benhamou, Joëlle Farchy, *Droit d'auteur et copyright*, Paris, La Découverte, 2014, p. 24

dans le but de permettre au public d'accéder aux créations »⁹⁶. Le monopole vient quant à lui récompenser le créateur qui a travaillé pour mettre au point son œuvre, tout en lui réservant l'exploitation économique de sa création pour un laps de temps précis. Pour l'avocat Yohan-Avner Benizri, octroyer à l'auteur des droits de propriété intellectuelle exclusifs permet « de créer un incitatif à la création d'œuvres »⁹⁷. Cette analyse est confortée par Christophe Geiger qui indique que le droit d'auteur a pour objectif « de générer des incitants monétaires favorables à la création »⁹⁸.

La Loi sur le droit d'auteur a donc été influencée par cette théorie utilitariste. Le droit d'auteur vient concourir à l'utilité sociale. Inciter l'auteur à créer en lui fournissant une protection va profiter à la société civile dans son ensemble. Tout comme le fait de limiter ses droits dans un délai précis. Pour Maxence Rivoire et E. Richard Gold, il ne fait donc aucun doute que le droit canadien a été inspiré par la Constitution américaine⁹⁹, dont le congrès a pour mission de « promouvoir le progrès de la science et des arts utiles, en assurant pour un temps limité aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs »¹⁰⁰.

Le droit d'auteur canadien reprend donc cette vision, ce que laisse entendre certaines décisions rendues par la Cour suprême canadienne. On peut citer l'affaire *Théberge*¹⁰¹, où le juge Binnie fait état de la nécessité de trouver un équilibre entre l'intérêt privé de l'auteur et l'intérêt public :

La Loi est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres

⁹⁶ Maxence Rivoire, E. Richard Gold, « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil », (2015), *McGill Law Journal*, vol. 60, n° 3, p. 392

⁹⁷ Yohan-Avner Benizri, « Droit d'auteur et co (régulation) : la politique du droit d'auteur sur l'internet », (2008), *McGill Law Journal*, vol. 53, p. 380

⁹⁸ Christophe Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, coll. Le droit des affaires Propriété intellectuelle, n°25, Paris, Litec, 2004, p. 33

⁹⁹ *Constitution of the United States of America*, 17 septembre 1787

¹⁰⁰ Traduction personnelle des auteurs - article I, section 8, clause 8 de la Constitution des États-Unis d'Amérique, cité par Maxence Rivoire, E. Richard Gold, « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil », (2015), *McGill Law Journal*, vol. 60, n° 3, p. 392

¹⁰¹ *Théberge c Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34

artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés)¹⁰².

Un tel équilibre ne peut être atteint que si le monopole d'exploitation conféré à l'auteur est temporaire. Par ailleurs, dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, la Cour s'est prononcée sur le critère d'originalité d'une œuvre en droit d'auteur, qui ne s'apparente pas à la personnalité de l'auteur comme en France mais résulte d'un processus mécanique. Pour Maxence Rivoire et E. Richard Gold, cette décision témoigne de la vision utilitariste initiée par l'affaire *Théberge*¹⁰³.

L'approche historique retenue par le droit canadien justifie, ici aussi, son inadaptation : érigé autour des intérêts privés des individus, ce droit ne peut prévoir la protection d'un patrimoine d'une toute autre nature.

Quoiqu'il en soit, si ces deux visions du droit d'auteur sont différentes, il n'en demeure pas moins qu'elles retransmettent une conception individualiste du droit, centrée autour des intérêts particuliers de l'individu. Ces conceptions individualistes témoignent d'un système de propriété intellectuelle eurocentrée, qui érige en norme de référence les valeurs occidentales. Les valeurs autochtones ne peuvent pas être respectées dans un tel régime, et une protection de leur patrimoine culturel immatériel semble dès lors impossible. Celui-ci s'interprète en effet de façon holistique et non individualiste.

1.2. L'approche holistique du patrimoine culturel immatériel, révélatrice d'intérêts inconciliables

Les fondements philosophiques du droit d'auteur, en droit français comme canadien, ne permettent pas valablement d'appréhender le patrimoine culturel autochtone. Qu'il soit personnaliste ou tourné vers une logique économique, le droit d'auteur actuel,

¹⁰² *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, §30

¹⁰³ Maxence Rivoire, E. Richard Gold, « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil », (2015), *McGill Law Journal*, vol. 60, n° 3, p. 392

imprégné d'eurocentrisme, repose sur l'identification d'un individu créateur et la protection de ses droits.

Le patrimoine culturel immatériel répond quant à lui à une toute autre approche puisqu'il est au contraire impersonnel, solidaire et collectif. Il trouve en ce sens sa genèse dans une conception holistique basée sur l'appartenance à un Tout. Cette approche du patrimoine culturel implique que la culture, c'est-à-dire les valeurs, les croyances, l'identité de la communauté, soit intrinsèquement liée à la vie sociale humaine de cette dernière¹⁰⁴. Pour l'anthropologue Denys Cuhe, il s'agit de « ce tout complexe qui comprend la connaissance, les croyances, l'art, la morale, le droit, les coutumes et les autres capacités ou habitudes acquises par l'homme en tant que membre de la société »¹⁰⁵. En d'autres termes, la conception holistique vient transcender l'individu en tant que tel : il s'agit d'un mode de vie liant l'individu à la nature et aux autres¹⁰⁶.

En ce sens, les savoirs et expressions traditionnels, nés de cette vision holistique et collective du monde, sont « destinés à être conservés, enrichis et transmis au service de la communauté qui les a produits et qu'elle fait vivre »¹⁰⁷. En d'autres termes, le patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones est en perpétuelle évolution puisqu'il se nourrit de l'ensemble des membres de ce Tout, il ne prospère que dans l'unité sociale et dans la transmission des savoirs et expressions culturelles. Il est dit patrimoine vivant. En effet, le patrimoine culturel immatériel est conçu comme « transgénérationnel »¹⁰⁸, présentant en ce sens des caractéristiques « solidaristes et égalitaristes »¹⁰⁹. Les divers éléments du patrimoine culturel immatériel sont donc vitaux pour la communauté puisqu'ils

¹⁰⁴ Indian Country Today, Duane Champagne, « Understanding Holistic Indigenous Cultures », 13 septembre 2018, En ligne : < <https://indiancountrytoday.com/archive/understanding-holistic-indigenous-cultures>>, (Consulté le : 20 juin 2021)

¹⁰⁵ Denys Cuhe, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris, Découverte, 3^{ème} édition, 2004, n° 3, p. 16.

¹⁰⁶ Ian Cull, Robert L. A. Hancock, Stephanie McKeown, Michelle Pidgeon, Adrienne Vedan, *Pulling Together: A guide for Indigenization of post-secondary institutions*, Professional learning series, Victoria (BC), BCCAMPS, 2018, p. 25

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 25

¹⁰⁸ Judith Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 2013, p. 382

¹⁰⁹ Sylvie Paquerot, *Le statut des ressources vitales en droit international : essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, préf. R. Petrella, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 59, cité par Judith Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 2013, p. 382

concourent à la « préservation de la mémoire collective »¹¹⁰. Ils ne sont pas susceptibles d'appropriation. De ce fait, un membre du groupe ne peut pas s'approprier un élément du patrimoine culturel, alors que les droits occidentaux relèvent au contraire de cette logique d'appropriation privée¹¹¹.

En conséquence, l'approche holistique du patrimoine s'oppose directement à la notion de propriété privée individuelle appréhendée par les régimes occidentaux eurocentrés¹¹². Elle repose, rappelons-le, sur l'échange intergénérationnel des individus reconnus comme faisant partie d'un Tout. Cette conception entre donc inexorablement en conflit avec les fondements philosophiques de la propriété intellectuelle. Ce système ne semble pas être en mesure d'appréhender les savoirs et expressions culturelles des peuples et communautés autochtones, et donc, le tatouage traditionnel.

L'approche holistique de la culture des peuples et communautés autochtones est donc intrinsèquement incompatible avec le droit d'auteur. Il ne peut, en l'état, assurer la protection d'un patrimoine vivant collectif et de ses éléments, comme le tatouage : il est en ce sens profondément lacunaire.

2. L'étude du régime du droit d'auteur : des lacunes ne permettant pas la satisfaction des besoins autochtones

Le droit d'auteur, en tant que régime de protection, est lacunaire. De par son individualisme, il n'est pas adapté aux particularités des savoirs et expressions culturelles traditionnelles. À ce titre, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle

¹¹⁰ François Boucher, « La politique de la propriété culturelle et le patrimoine des peuples autochtones » (2010) *Les Cahiers de la Société québécoise de recherche en musique*, vol. 11, n° 1-2, p. 127

¹¹¹ Julien Barbosa, Julie Canovas, Jean-Claude Fritz, « Les cosmovisions et pratiques autochtones face au régime de propriété intellectuelle : la confrontation de visions du monde différentes » (2012) *Éthique publique*, vol. 14, n° 1, En ligne : < <https://journals.openedition.org/ethiquepublique/970> >, (Consulté le 12 mai 2021)

¹¹² *Ibid.*

relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ICG)¹¹³ de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) définit les lacunes comme un « besoin économique, culturel ou social non satisfait »¹¹⁴. Il vient cependant préciser qu'il appartient aux États nationaux de déterminer si ce besoin est satisfait ou non¹¹⁵. Cependant, il est indéniable que les besoins des peuples et communautés autochtones ne sont pas satisfaits par le droit d'auteur en ce qui concerne la protection des œuvres traditionnelles préexistantes.

En effet, parce que les fondements sur lesquels reposent le droit d'auteur et le patrimoine culturel immatériel sont différents, le régime du droit d'auteur s'avère inadapté aux éléments du patrimoine culturel immatériel, et donc, au tatouage traditionnel *stricto sensu*. Les populations autochtones appréhendent leur patrimoine de façon holistique : ses éléments sont élaborés collectivement et transmis de génération en génération. Il est très ancien et l'identification d'un auteur-créateur *de facto* est impossible. L'œuvre traditionnelle est alors d'appartenance communautaire. De ce constat, nous pouvons identifier trois lacunes du droit d'auteur. Tout d'abord, l'auteur de l'œuvre n'étant pas identifiable, l'œuvre ne peut être originale (2.1.). Ensuite, les règles de titularité ne peuvent s'appliquer en ce qui concerne les œuvres traditionnelles préexistantes – l'identité de l'auteur étant inconnue (2.2). Enfin, les œuvres étant particulièrement anciennes, elles sont considérées comme étant dans le domaine public, et donc non protégées (2.3.).

2.1. L'inadaptation de la condition d'accès à la protection : une originalité impossible à caractériser

Le droit d'auteur ne protège que les œuvres originales : il s'agit de la condition fondamentale d'accès à la protection. C'est ce critère, qui, une fois rempli, fait naître au

¹¹³ Il s'agit d'un organe de l'OMPI créée en 2000 afin de débattre des questions de propriété intellectuelle qui se posent en matière de protection des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles et des ressources génétiques. Pour plus d'informations, voir Document OMPI, *Dossier d'information n° 1 : savoirs traditionnels et propriété intellectuelle*, Genève, 2015

¹¹⁴ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/40/8, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet actualisé d'analyse des lacunes », 9 avril 2019, Annexe I, p. 9, §32

¹¹⁵ *Ibid*, p. 10, §32

profit de l'auteur un droit de propriété. En effet, comme le souligne Nicolas Binctin, « la reconnaissance du droit de propriété est subordonnée à la reconnaissance de l'originalité »¹¹⁶. Il est donc important de caractériser l'originalité de l'œuvre. Mais comment celle-ci s'interprète-t-elle ?

Cette condition, « quasi-universel[le] »¹¹⁷, est partagée par un nombre important de pays dans le monde. Il peut donc sembler étonnant qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une définition communément admise en droit international. Et pourtant, les contours de la notion n'ont jamais été précisément établis par la communauté internationale, laissant aux États nationaux le soin d'en définir les critères en jurisprudence. En ce sens, une approche différente de l'originalité a été retenue, selon que l'on se trouve dans un pays de droit civil et un pays de *common law*.

En France, l'originalité est l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Il s'agit d'une notion cadre, laissée volontairement vague par le législateur afin de laisser place à plus de souplesse et d'ouverture dans son application. De par sa définition, l'originalité est un exemple flagrant de la vision romantique du droit français née de la Philosophie des Lumières. Pour certains, le lien qui unit l'auteur à son œuvre est un lien ombilical : l'œuvre serait en réalité un démembrement de la personne de l'auteur. De ce fait, cette définition, théorisée par le professeur Henri Desbois sous l'influence de la jurisprudence, lie intrinsèquement l'auteur à son œuvre. Plusieurs auteurs se sont donc attachés à définir la notion, en se référant à ce lien particulier :

Pour Henri Desbois : est originale toute création qui n'est pas la simple reproduction d'une œuvre existante et qui exprime le goût, l'intelligence et le savoir-faire de son auteur, en d'autres termes, sa personnalité dans la composition et l'expression¹¹⁸.

Pour Bernard Edelman : une création est le produit d'un travail intellectuel libre, exprimant la personnalité du créateur et s'incarnant dans une forme originale¹¹⁹.

¹¹⁶ Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2018, p. 55

¹¹⁷ *Ibid*, p. 55

¹¹⁸ Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 1978, p. 23

L'approche française, très personnaliste, fait donc de l'originalité une condition subjective. En ce sens, elle met en avant le créateur, puisque l'originalité se détermine par rapport à ce dernier. En effet, la personnalité de l'auteur vient s'exprimer au travers de son œuvre, et c'est ce qui va caractériser son originalité. L'œuvre est donc un objet de propriété spécial car il reflète la personnalité de l'auteur, qui est unique.

Par ailleurs, il convient de noter que la position de l'Union européenne est assez similaire à la vision française. En effet, pour la Cour de justice de l'Union européenne, l'œuvre originale doit « permettre à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle »¹²⁰. En d'autres termes, l'œuvre originale est « une création intellectuelle propre à son auteur »¹²¹.

Dans les pays de *common law* cependant, l'originalité d'une œuvre ne relève pas de la personnalité de son auteur. Pour être originale, l'œuvre ne doit pas avoir été copiée, et son auteur doit avoir témoigné de son travail et de sa compétence dans la réalisation de cette dernière. La loi sur le droit d'auteur, basée sur le *Copyright Act*, reprend donc cette définition. La théorie dominante étant la théorie travailliste qui octroie à l'individu-travailleur un droit naturel sur les fruits de son labeur, le test talent/jugement est de mise en jurisprudence. À cet égard, pour que l'œuvre soit originale, l'auteur doit démontrer talent et jugement dans la création de celle-ci, sans qu'un tel exercice ne soit considéré comme purement mécanique. L'œuvre originale doit être davantage qu'une copie d'une autre œuvre. C'est en effet ce qu'indiquait la Cour suprême dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*¹²².

En tout état de cause, si l'approche retenue est différente, il n'en demeure pas moins que l'originalité se détermine grâce au créateur, que celui-ci ait exprimé sa personnalité dans l'œuvre ou son travail et jugement.

¹¹⁹ Bernard Edelman, *Propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ?, 4^{ème} édition, 2008, p. 15

¹²⁰ CJUE, 16 juillet 2009, Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening, Affaire. C-5/08, §6.3

¹²¹ *Ibid*, §45

¹²² *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] CSC 13, §16

Dans ce contexte, si on se rattache aux définitions de l'originalité, les tatouages traditionnels *stricto sensu* ne peuvent faire preuve d'originalité : celle-ci n'est pas possible à caractériser. Il convient en effet de rappeler que les œuvres traditionnelles sont bien souvent anciennes, élaborées jadis par des auteurs qu'on ne peut plus identifier. Par ailleurs, les expressions culturelles traditionnelles sont issues d'une activité créatrice collective et transgénérationnelle, les rendant *de facto* impersonnelles. Pour reprendre les termes de Kouliga Nikiema, les expressions culturelles traditionnelles ont été « créées[s] par le peuple et pour le peuple »¹²³. L'individu créateur ne peut être identifié et cela n'est en réalité pas utile : puisque le processus de création est collectif, l'œuvre devient communautaire. Elle appartient à l'ensemble de la communauté qui a contribué à son enrichissement et sa transmission au fil des siècles. En conséquence et pour toutes ces raisons, il n'est pas possible d'identifier un auteur-créateur.

Or, pour appliquer la définition d'originalité, il faut que soit identifié un auteur. Dans la vision personnaliste française, l'originalité se trouve dans la personnalité de l'auteur. Dans la vision canadienne, l'originalité se trouve dans le travail et le jugement dont a fait preuve l'auteur pour créer son œuvre. En ce sens, le tatouage traditionnel *stricto sensu* ne peut être considéré comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur, ni comme le travail et jugement de l'auteur. Il n'y a pas d'auteur-créateur individualisé. Le tatouage traditionnel appartient à l'ensemble de la communauté.

Par ailleurs, dans le cadre de sa thèse, Costes soulève un point intéressant faisant émerger, là encore, une différence conceptuelle entre le patrimoine autochtone et le système de propriété intellectuelle. Pour lui, « ce qui caractérise ces expressions traditionnelles n'est pas l'originalité mais essentiellement l'authenticité »¹²⁴. Pour les peuples et communautés autochtones, les expressions culturelles traditionnelles n'ont pas à faire preuve d'originalité.

¹²³ Kouliga Nikiema *La protection des expressions du folklore par la propriété intellectuelle*, thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 1988, p. 24

¹²⁴ C. Costes, *Propriété intellectuelle et peuples autochtones. La question de la protection des biens intellectuels des peuples autochtones*, thèse de l'Université d'Aix-Marseille, 2000, p. 355 cité par Anita Mattes, *La protection de la culture des communautés traditionnelles : réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien et du droit international*, thèse de l'Université Paris-Saclay, 14 juin 2017, p.21, n° 44

Elles se doivent avant tout d'être authentiques. En ce sens, les tatouages traditionnels se reconnaissent dans cette vision puisque seule leur signification est importante, leur valeur. Ils représentent la transition à l'âge adulte, l'identité et les traditions d'un clan, d'une communauté. L'œuvre n'a pas, en soi, à faire preuve d'originalité. L'authenticité est donc ici synonyme d'identité. Il s'agit d'une autre différence conceptuelle opposant les peuples et communautés autochtones au système de propriété intellectuelle.

En tout état de cause, le patrimoine étant ancestral, collectif, transgénérationnel et impersonnel, la condition d'originalité ne peut être mise en œuvre. Pour ces mêmes raisons, que l'on détaillera davantage, les règles de titularité ne peuvent s'appliquer.

2.2.L'inadaptation des règles de titularité en droit d'auteur : l'impossible identification de l'artiste autochtone

En droit français comme en droit canadien, l'individu créateur de l'œuvre est réputé être le titulaire des droits d'auteur. Cela exige qu'il y ait un auteur-créateur identifié (2.1.1.). En effet, sans identification de l'auteur, il ne peut y avoir de protection. Or, dans le cas des expressions culturelles traditionnelles, cela n'est pas possible. Toutefois, il peut exister un tempérament pouvant contourner ce problème : il s'agit des œuvres anonymes ou orphelines (2.1.2.). Ce tempérament semble toutefois peu convaincant.

2.2.1. L'exigence d'un auteur-créateur identifié

Par principe, le droit d'auteur est octroyé au créateur de l'œuvre, et ce, dès sa création¹²⁵. En ce sens, les législations française et canadienne exigent l'identification d'un auteur-créateur titulaire des droits de propriété intellectuelle. La titularité a été définie comme étant la « jouissance en titre d'un droit »¹²⁶. En règle générale, elle impose que ce

¹²⁵ Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2018, p. 76

¹²⁶ Gérard Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 10^{ème} édition, 2014, v°« titularité »

droit soit détenu par une personne physique. En effet, si l'auteur n'a pas été défini par la loi, on se réfère nécessairement à une personne physique puisque seule celle-ci peut produire l'effort créatif nécessaire à l'élaboration d'une œuvre¹²⁷. On vient protéger la création humaine. Or celle-ci est l'apanage de l'humanité : il s'agit d'un acte conscient réservé à l'humain. En France, le droit d'auteur ayant épousé une vision personnaliste du droit, il ne peut en être autrement. Pour reprendre les termes du professeur Christophe Caron, les droits d'auteur « naissent sur la tête du créateur qui est une personne physique »¹²⁸.

Ainsi, en droit français, il existe une présomption simple en vertu de laquelle le créateur de l'œuvre est le premier titulaire des droits. En effet, l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ». En droit canadien, il en va de même. Selon l'article 13(1) de la Loi sur le droit d'auteur, « l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre ». L'auteur est dès lors le seul propriétaire de son œuvre, sans qu'il n'ait eu besoin de procéder à de quelconques formalités, et sans délai. L'auteur devient alors titulaire de droits patrimoniaux et moraux en vertu de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle et des articles 3, 14.1 et 28 alinéa 1 et 2 de la Loi sur le droit d'auteur. Un monopole d'exploitation naît au profit de l'auteur, titulaire des droits. Cette règle de titularité doit cependant être analysée en fonction des autres engagements pris par l'auteur, qu'ils soient professionnels (si l'auteur est salarié) ou familiaux (en cas de mariage par exemple)¹²⁹.

Dans le cadre du tatouage, la personne ayant réalisé le dessin / symbole tatoué (si celui-ci est original) sera réputé être le titulaire des droits d'auteur. Il s'agit, dans la plus grande majorité des cas, de l'artiste tatoueur. Il bénéficierait dès lors d'un monopole d'exploitation.

¹²⁷ Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2018, p. 76

¹²⁸ Christophe Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Litec, 4^{ème} édition, 2015, p. 165

¹²⁹ Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2018, p. 76

Toutefois, ces règles de titularité posent problème lorsque l'on envisage la protection par le droit d'auteur des expressions culturelles traditionnelles, et donc, des tatouages traditionnels. Pour Nébila Mezghani, « les expressions du patrimoine culturel traditionnel [...] sont en général le produit d'un groupe ou d'une communauté »¹³⁰. L'application du droit d'auteur se heurte donc à la nature du patrimoine autochtone, collectif, impersonnel et transmissible. Ainsi, les expressions culturelles traditionnelles *stricto sensu* n'ont pas été élaborées par une personne seule mais par une collectivité.

Étant nourris par l'ensemble de la communauté, les expressions culturelles traditionnelles ne peuvent appartenir à un membre isolé du groupe. Retenant une approche holistique, le patrimoine culturel immatériel des peuples et communautés autochtones ne peut s'appréhender que dans ce Tout indivisible et uni que forme la communauté. La création est collective et non individuelle. Au sens des peuples et communautés autochtones, il ne peut donc y avoir d'auteur individualisé d'une expression culturelle traditionnelle. En ce sens, il en va logiquement de même pour les tatouages traditionnels : ils appartiennent à la communauté qui en est dépositaire. Les membres de celle-ci ne sont à ce titre que les gardiens de ces traditions. Ils ne peuvent pas, en tout état de cause, revendiquer la titularité d'un droit d'auteur sur une expression culturelle traditionnelle. Par ailleurs, le caractère transgénérationnel du patrimoine rend impossible l'identification d'un créateur et donc, par analogie, d'un titulaire de droit. Les œuvres préexistantes étant bien souvent anciennes, l'individu est souvent inconnu, et donc difficilement identifiable dans ce processus de création collectif.

Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore est cependant conscient de cette difficulté. Pour lui, la question de la collectivité de la création et de la titularité est une

¹³⁰ Nébila Mezghani, conférence « La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel » - la majeure partie du texte de cette conférence a déjà fait l'objet d'une première publication dans un ouvrage publié : Nébila Mezghani, Marie Cornu, *Intérêt culturel et mondialisation* », Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, Éditions l'Harmattan, 2014, En ligne : <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kIK1YHIVQpMJ:atrip.org/wp-content/uploads/2016/06/Mezghani-ATRIP-PARMA-2006.doc+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=safari>>

question conceptuelle qui se doit d'être analysée afin de rendre le système de propriété intellectuelle plus compréhensible et accessible aux dépositaires des savoirs et expressions culturelles traditionnelles¹³¹.

Le Comité indique à cette occasion que, puisque « les savoirs traditionnels sont élaborés, transmis et partagés collectivement »¹³², « le système de propriété intellectuelle sous sa forme actuelle ne répond pas totalement aux besoins des communautés détentrices de savoirs traditionnels »¹³³. Si cette analyse a été rendue pour les savoirs traditionnels, elle est transposable aux expressions culturelles traditionnelles qui, étant élaborées, transmises et partagées collectivement, font face aux mêmes problèmes que les savoirs traditionnels.

De ce fait, la notion de titularité en droit d'auteur pose en elle-même un problème conceptuel. Elle peut ainsi sembler « étrangère à de nombreux peuples autochtones »¹³⁴ puisqu'ils ne se reconnaissent pas dans un régime juridique individualiste et privatiste. Le Comité de l'OMPI vient ainsi résumer avec concision le clivage existant entre les deux interprétations :

Alors que le droit d'auteur confère des droits de propriété exclusifs et individuels aux particuliers, les auteurs autochtones sont soumis à des règles et responsabilités complexes et dynamiques, plus proches des droits d'utilisation ou de gestion, qui sont communautaires par nature¹³⁵.

Les auteurs autochtones sont donc soumis à un régime de responsabilité différent en vertu de leur droit coutumier : ils ne peuvent en aucun cas « posséder » l'œuvre traditionnelle¹³⁶.

¹³¹ Document OMPI OMPI/GRTKF/IC/1/3, « Questions concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore : perspective générale », 16 mars 2001, p. 25, §69

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/40/8, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet actualisé d'analyse des lacunes », 9 avril 2019, Annexe I, p.10, §34, b)

¹³⁵ *Ibid.*, p.11-12, §35

¹³⁶ *Ibid.*, p. 4, §7

François Boucher fait également référence à ce clivage conceptuel en matière d'œuvres artistiques et musicales. Pour lui, il paraît impossible pour les peuples et communautés autochtones de revendiquer la protection du droit d'auteur pour protéger leur patrimoine car « le critère d'identification d'un auteur particulier ne s'accorde pas avec la compréhension qu'ils ont de leurs pratiques musicales et artistiques »¹³⁷. On peut retenir cette même analyse pour la pratique du tatouage : pour les peuples autochtones, il ne peut y avoir d'identification d'un artiste particulier. En ce sens, le régime du droit d'auteur, attribuant à un créateur individualisé la propriété d'un bien intellectuel, est inadapté au patrimoine culturel immatériel.

En raison de ce qui a été exposé, le tatouage traditionnel, en tant qu'expression culturelle traditionnelle, ne peut appartenir à un individu isolé. Il s'agit d'une création communautaire. Il appartient à l'ensemble de la communauté qui a contribué à son existence et à son évolution. Or, fondamentalement individualiste, le droit d'auteur ne peut reconnaître la propriété d'une communauté¹³⁸ : seuls les intérêts individuels sont pris en compte, au détriment des intérêts collectifs. Pour les peuples autochtones, pourtant, la logique s'inverse : « sont pris en compte les intérêts du groupe qui se distinguent des intérêts individuels des membres du groupe »¹³⁹. En conséquence, le droit d'auteur est incompatible avec le patrimoine autochtone et ne peut permettre la protection du tatouage traditionnel. Il ne satisfait pas les besoins des dépositaires de ce patrimoine. Si un tempérament semble exister pour certains auteurs, celui-ci est en réalité peu convaincant.

2.2.2. Les œuvres anonymes ou orphelines : tempérament ou instrumentalisation des règles de droit ?

Certains auteurs voient dans les œuvres orphelines et anonymes un moyen de protéger les expressions culturelles traditionnelles. L'œuvre orpheline est une œuvre « sous

¹³⁷ François Boucher, « La politique de la propriété culturelle et le patrimoine des peuples autochtones » (2010) *Les Cahiers de la Société québécoise de recherche en musique*, vol. 11, n° 1-2, p. 128

¹³⁸ *Ibid*, p. 128

¹³⁹ Stéphane Pessina Dassonville, *Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive*, 18 février 2017, Colloque « UPF : Culture et biodiversité », 25 octobre 2016, p. 10

droits mais sans titulaire identifié ou localisé »¹⁴⁰ tandis que l'œuvre anonyme est une œuvre dont le nom de l'auteur n'est pas connu, que son nom ait été perdu ou qu'il n'est jamais été divulgué. Lors de la révision de la *Convention de Berne*¹⁴¹ à Stockholm en 1971, l'article 15 alinéa 4 a été modifié afin que soient intégrées les œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue : il s'agit en ce sens des œuvres orphelines. De même, l'alinéa 3 de la Convention fait état des œuvres anonymes. Il s'agirait donc d'une tentative des législateurs de combler les lacunes du droit d'auteur en intégrant les expressions culturelles traditionnelles dans le champ d'application de la Convention¹⁴².

Ainsi, pour certains auteurs, de telles dispositions pourraient être « interprétées comme pouvant être invoquées par les États membres en vue de la protection du folklore »¹⁴³, donc des expressions culturelles traditionnelles. Il pourrait s'agir, pour certains, d'une solution aux lacunes du droit d'auteur. Les peuples et communautés autochtones pourraient en ce sens se prévaloir de ce droit positif particulier. Cependant, s'il s'agit d'un tempérament à l'identification d'un auteur spécifique, celui-ci n'est pas convaincant.

En effet, les expressions culturelles traditionnelles n'entrent pas directement dans le champ d'application de la Convention de Berne et il n'est pas fait état des peuples et communautés autochtones. La Convention ne prévoit donc pas explicitement la protection des expressions culturelles traditionnelles. Il s'agirait d'une tentative maladroite d'intégrer les besoins autochtones émergents en leur permettant une protection par le droit d'auteur.

¹⁴⁰ Alexandra Bensamoun, « Approche française des œuvres orphelines » (2012) *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 24, n° 2, p. 243

¹⁴¹ *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979

¹⁴² OMPI Magazine, Peter Jaszi, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : questions posées aux législateurs », août 2017, En ligne : <https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2017/04/article_0002.html>, (Consulté le : 15 juillet 2021)

¹⁴³ Nébila Mezghani, conférence « La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel » - la majeure partie du texte de cette conférence a déjà fait l'objet d'une première publication dans un ouvrage publié : Nébila Mezghani, Marie Cornu, *Intérêt culturel et mondialisation* », Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, Éditions l'Harmattan, 2014, En ligne : <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kIK1YHIVQpMJ:atrip.org/wp-content/uploads/2016/06/Mezghani-ATRIP-PARMA-2006.doc+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=safari>>

Tenter de « forcer » la protection par ce système ne semble donc pas être la solution si l'on veut créer un système respectueux des intérêts autochtones. En tout état de cause, que cette révision ait été interprétée comme venant protéger les expressions culturelles traditionnelles ou non, ces dispositions ne permettent pas en définitive aux peuples autochtones de venir protéger leurs expressions ancestrales.

En droit interne, il existe aussi le régime de l'œuvre orpheline et de l'œuvre anonyme. Cependant, les lacunes du droit d'auteur demeurent, puisqu'en droit commun, la protection des œuvres orphelines et anonymes est limitée (limite inhérente au caractère particulier de l'œuvre, limite temporelle...). Il n'est donc pas très pertinent d'étudier cette « solution ». Par ailleurs, les dispositions de la Convention de Berne étant facultatives, peu de pays en ont fait état dans leur législation nationale et l'article 7 alinéa 3 vient rappeler aux États qu'ils ne sont pas dans l'obligation de protéger les œuvres anonymes dont l'auteur serait pensé mort depuis 50 ans¹⁴⁴.

Si certains auteurs considèrent ces règles de droit comme pouvant venir protéger les expressions culturelles traditionnelles, en pratique, elles ne le peuvent guère. Il s'agit d'un moyen maladroit de contourner les lacunes du droit d'auteur. Le droit serait instrumentalisé, détourné afin d'essayer de « forcer » la protection des expressions culturelles traditionnelles par un régime qui n'a pourtant pas été créé pour répondre à leurs besoins. Ce régime inadéquat ne permet pas une protection effective des expressions culturelles traditionnelles : il ne peut réellement appréhender la nature particulière des éléments du patrimoine culturel immatériel. En conséquence, les règles de droit relatives aux œuvres anonymes et orphelines ne seront donc pas développées dans la présente étude : on ne peut pas envisager une protection efficace des tatouages traditionnels par ce biais.

Enfin, une dernière lacune émerge en droit d'auteur lorsqu'on entend protéger un élément du patrimoine culturel traditionnel : il s'agit de la durée de la protection. La protection

¹⁴⁴ Article 7.3 de la Convention de Berne : « Les pays de l'Union ne sont pas tenus de protéger les œuvres anonymes ou pseudonymes pour lesquelles il y a tout lieu de présumer que leur auteur est mort depuis cinquante ans ».

n'étant pas perpétuelle, l'œuvre tombe *in fine* dans le domaine public à l'expiration du délai de protection.

2.3. Le domaine public, un obstacle à la protection des expressions culturelles traditionnelles

En propriété intellectuelle, le monopole d'exploitation conféré par le droit d'auteur n'est pas absolu : au bout d'un certain temps, le bien intellectuel tombe dans le domaine public. Le domaine public se définit comme étant le « régime de libre et gratuite exploitation qui devient applicable aux œuvres littéraires et artistiques [...] à l'expiration du délai pendant lequel leur auteur jouissait du droit exclusif de les exploiter »¹⁴⁵. Charles Renouard faisait quant à lui référence au domaine public comme étant « le communisme intellectuel, loi de l'humanité »¹⁴⁶. Ainsi, il s'agit de ce fond commun de l'humanité dans lequel tout le monde peut puiser sans solliciter d'autorisation ou payer de redevances. En d'autres termes, les œuvres ne font plus l'objet d'une propriété et ne sont plus protégées. L'idée est d'assurer un équilibre entre, d'une part, les droits de l'auteur et de ses héritiers et, d'autre part, les droits du public. En effet, la durée limitée de la propriété permet d'assurer la pérennité de la création. Lorsque les œuvres ne font plus l'objet d'une protection patrimoniale, le public reprend naturellement ses droits sur l'œuvre protégée. Le domaine public est donc essentiel en ce qu'il permet la « diffusion des connaissances, des techniques, des créations »¹⁴⁷.

Ainsi, les droits patrimoniaux de l'auteur sont temporaires. En France, le droit d'auteur est de 70 ans *post mortem*¹⁴⁸. Cette durée a été harmonisée au niveau européen par

¹⁴⁵ Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2018, p. 621

¹⁴⁶ Charles Renouard, *Du droit industriel. Dans ses rapports avec le droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin, 1860, p. 212

¹⁴⁷ Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2018, p. 621

¹⁴⁸ Article L. 123-1 du Code de la propriété intellectuelle : « L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent. »

la *Directive 93/98/CEE* de 1993¹⁴⁹. Au Canada, la durée est différente : il s'agit de 50 ans *post-mortem*¹⁵⁰. En règle générale, le point de départ est la mort de l'auteur. Au-delà de cette période, l'œuvre tombe dans le domaine public et tout le monde peut l'exploiter. De ce fait, une fois que le monopole a expiré, le principe est à la liberté de création (sous réserve du droit moral qui est perpétuel et imprescriptible).

La durée limitée de la protection, et donc l'issue fatale du domaine public, fait obstacle à la consécration d'un droit d'auteur sur les expressions culturelles traditionnelles. Tout d'abord, les peuples et communautés autochtones ne conçoivent pas que la propriété pesant sur leur patrimoine culturel immatériel puisse être limitée. Pour eux, il faudrait assurer une protection perpétuelle de leurs expressions culturelles traditionnelles¹⁵¹. En effet, à l'occasion d'un colloque, l'avocate Elisabeth Patterson avait indiqué avoir travaillé avec des aînés qui ne pouvaient imaginer une protection limitée de leur patrimoine, laissant aux individus la possibilité d'utiliser ce qui était initialement protégé¹⁵². Pour Maître Patterson, « il y a intrinsèquement un problème de conception »¹⁵³.

Par ailleurs, les expressions culturelles traditionnelles étant particulièrement anciennes, elles sont considérées comme faisant partie du domaine public. En tant que tel, elles ne sont pas protégées et, *de facto*, librement utilisables par tous. Or, la pratique du tatouage traditionnel est un art ancestral : les expressions qui en résultent sont transmises de génération en génération depuis la nuit des temps. De tels tatouages sont donc considérés comme faisant partie du domaine public. De plus, l'exigence d'une durée limitée de

¹⁴⁹ *Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins*, JO n° L 290 du 24 novembre 1993

¹⁵⁰ Article 6 de la Loi sur le droit d'auteur : « Sauf disposition contraire expresse de la présente loi, le droit d'auteur subsiste pendant la vie de l'auteur, puis jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de son décès. »

¹⁵¹ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/40/8, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet actualisé d'analyse des lacunes », 9 avril 2019, Annexe I, p. 11, §34, d)

¹⁵² Elisabeth Patterson, *Les défis de la protection de la culture autochtone en droit canadien et certaines pistes de solutions*, p. 45-46, dans Maude Darsigny-Trepanier, Caroline Nepton-Hotte, Laurent Jérôme, Jean-Philippe Uzel, « L'appropriation culturelle et les peuples autochtones : entre protection du patrimoine et liberté de création », (2019), Montréal, GRIAAC

¹⁵³ *Ibid.*

protection exige d'avoir eu connaissance de la date de création de l'expression culturelle traditionnelle, ce qui paraît impossible puisque celles-ci sont bien souvent inconnues¹⁵⁴.

De ce fait, le public pourrait librement accéder et utiliser les tatouages traditionnels, expressions culturelles traditionnelles *stricto sensu*. Les peuples et communautés autochtones ne pourraient empêcher leur reproduction, ni leur communication au public. En conséquence, un tel système s'avère inadapté à la spécificité des expressions culturelles traditionnelles, et donc du droit d'auteur.

Toutefois, il en va quelque peu différemment lorsque l'on traite de la protection des expressions culturelles traditionnelles contemporaines par le droit d'auteur : son incompatibilité y est moins tranchée.

Chapitre 2 : La compatibilité limitée du droit d'auteur avec les tatouages traditionnels en tant qu'expressions contemporaines

Les expressions culturelles traditionnelles peuvent faire l'objet d'adaptations ou d'interprétations contemporaines. Par définition, il s'agit d'œuvres basées sur les œuvres traditionnelles préexistantes¹⁵⁵, qui ne sont pas protégeables. Elles sont réputées être dans le domaine public, et donc librement appropriables. De ce fait, on pourrait envisager une protection des œuvres inspirées des œuvres originales par le droit d'auteur. En effet, pour Nébila Mezghani, les expressions culturelles traditionnelles peuvent, dans certains cas, « satisfaire pleinement à la condition d'originalité au sens du droit positif et être le produit d'une activité créatrice, reflétant la personnalité de son auteur »¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/40/8, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet actualisé d'analyse des lacunes », 9 avril 2019, p. 10-11, §34, d)

¹⁵⁵ Document OMPI, *Propriété intellectuelle et préservation des cultures traditionnelles : questions juridiques et options concrètes pour les musées, les bibliothèques et les services d'archives*, publication n° 1023(F), Genève, 2010, p. 98

¹⁵⁶ Nébila Mezghani, conférence « La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel » - la majeure partie du texte de cette conférence a déjà fait l'objet d'une première publication dans un ouvrage publié : Nébila Mezghani, Marie Cornu, *Intérêt culturel et mondialisation* », Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, Éditions l'Harmattan, 2014, En ligne : <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kIK1YHIVQpMJ:atrip.org/wp->

C'est le cas lorsqu'une œuvre traditionnelle est reprise par les générations actuelles d'artistes. Dans ce contexte, les lacunes inhérentes au droit d'auteur, exposées au sein du premier chapitre, ne s'appliquent plus. Les artistes étant identifiables, ils peuvent être reconnus comme titulaires des droits d'auteur, la durée de protection est calculable, et l'originalité s'apprécie en fonction des individus-créateurs identifiés. En effet, comme l'indique l'OMPI :

Une production littéraire et artistique contemporaine fondée sur la culture traditionnelle ou inspirée de cette culture qui comprend de nouveaux éléments ou une nouvelle expression constitue une œuvre 'nouvelle' dont le créateur (ou les créateurs) est généralement vivant et identifiable¹⁵⁷.

Ainsi, dans des cas précis, le droit d'auteur pourrait se révéler utile. En effet, il peut être utilisé stratégiquement par les artistes autochtones afin de préserver leur patrimoine d'actions illicites exécutées par des tiers. Les systèmes de propriété intellectuelle nationaux peuvent donc jouer un rôle dans la protection des expressions culturelles traditionnelles contemporaines, puisqu'ils peuvent reconnaître aux détenteurs des droits sur ces œuvres « nouvelles », et empêcher *de facto* leur détournement par des tiers. Cela a notamment été observé en Australie (1.).

En toute hypothèse, les générations actuelles de tatoueurs autochtones pourraient se voir reconnaître des droits d'auteur sur leurs œuvres originales issues d'œuvres traditionnelles. Ces dernières années, de nombreux tatoueurs autochtones, notamment au Canada, se sont donnés la mission de revitaliser et faire renaître leur culture par le tatouage. Chaque communauté autochtone a ses propres techniques ancestrales de tatouage et ses propres symboles. Ils enjoignent donc à la transmission des savoirs traditionnels propres à leur communauté et à la transmission de leurs expressions, véritable langage visuel. Ils peuvent en ce sens contribuer au développement de leur patrimoine culturel en créant de nouveaux symboles inspirés des symboles anciens. De ce fait, de tels tatouages traditionnels

content/uploads/2016/06/Mezghani-ATRIP-PARMA
2006.doc+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=safari>

¹⁵⁷ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/3, « analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles », 2 mai 2003, p. 4, §13

contemporains pourraient faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur. Toutefois, cela revient quelque peu à s'éloigner de la valeur et du sens premier du patrimoine, qui repose sur la collectivité et non sur l'individu (2.).

Par ailleurs, le fait qu'il soit possible de protéger les œuvres contemporaines issues de la tradition des peuples et communautés autochtones n'est pas sans danger. En effet, les législations ne distinguent pas selon l'identité de l'auteur, c'est-à-dire si celui-ci appartient à la communauté dans laquelle se trouve la tradition d'origine¹⁵⁸ ou non. Cela pose donc problème pour les peuples et communautés autochtones qui entendent protéger leur patrimoine culturel immatériel de toute appropriation culturelle. Le droit d'auteur n'empêche pas la protection d'œuvres dérivées de culture autochtone exécutées par des personnes non membres de la communauté : il ne peut en ce sens se révéler efficace (3.).

1. La protection positive du patrimoine culturel immatériel en cas d'appropriation illicite

La protection des tatouages traditionnels par le droit d'auteur pourrait être revendiquée par les artistes autochtones lorsqu'il survient des cas d'appropriation illicite de leur patrimoine. En effet, si les conditions sont réunies, la protection du droit d'auteur est automatique : en ce sens, toute atteinte aux droits d'auteur sera pénalement sanctionnée.

En France, l'article L. 335-2 du Code de propriété intellectuelle incrimine au titre du délit de contrefaçon « toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ». La loi sur le droit d'auteur canadienne incrimine quant à elle « à l'égard d'une œuvre sur laquelle existe un droit d'auteur, toute reproduction, y compris l'imitation déguisée, qui a été faite contrairement à la présente loi ou qui a fait l'objet d'un acte contraire à la présente loi »¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/3, « analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles », 2 mai 2003, Annexe, p. 9, §20, ii)

¹⁵⁹ Article 2 de la Loi sur le droit d'auteur, « contrefaçon »

Or, les œuvres contemporaines des artistes autochtones ne sont pas à l’abri d’appropriation illicite par des personnes non autochtones. Par exemple, l’artiste canadienne Nakkita Trimble, de culture Nisga'a (premières nations), indiqua avoir rêvé de tatouer le portrait de sa grand-mère sur une peau d’ours¹⁶⁰. Si l’artiste concrétisait son rêve, le portrait tatoué pourrait être une œuvre originale protégée par le droit d’auteur. En ce sens, dans le cas où un tiers s’approprierait son œuvre à des fins commerciales, elle pourrait tenter une action pour violation de ses droits d’auteur devant la juridiction compétente.

Dans ce contexte, le droit d’auteur peut s’avérer utile, puisqu’il vient contraindre à la cessation des activités illicites. En revendiquant un droit d’auteur sur leurs œuvres, les artistes autochtones peuvent venir empêcher les tiers de se livrer à des actes non autorisés qui leur sont préjudiciables. On parle de protection positive : il s’agit de la « revendication concrète de droit »¹⁶¹. Elle couvre deux versants : d’une part, la protection positive consiste en l’attribution de droits de propriété intellectuelle sur les savoirs et expressions traditionnels et, d’autre part, elle consiste en l’attribution du droit d’intenter une action en justice ou de former un recours contre les exploitations abusives de ces ressources¹⁶². Cela permet de protéger d’une certaine façon le patrimoine culturel de la communauté.

Ainsi, bien que le système de propriété intellectuelle n’ait pas été conçu en tenant compte des spécificités d’un patrimoine collectif (étant eurocentré et individualiste), il peut assurer dans certains cas une protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles. Dans ce cas, les peuples et communautés autochtones peuvent se prévaloir de la protection de la propriété intellectuelle classique afin de protéger leur patrimoine culturel immatériel et donc, par analogie, les tatouages traditionnels dont ils sont les gardiens.

¹⁶⁰ Corey Bullpit, Dean Hunt, Dion Kaszas, Nahaan et Nakkita Trimble, *Body language: reawakening cultural tattooing of the Northwest*, (2018), Vancouver, Bill Reid Gallery, cite par Canada’s National Observer, En ligne : <<https://www.nationalobserver.com/2018/08/23/these-five-indigenous-tattoo-artists-are-reawakening-cultural-practices>>, (Consulté le 15 juillet 2021)

¹⁶¹ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/12, « synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental », 3 avril 2003, p. 9, §21

¹⁶² Document OMPI, Intellectuelle, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, publication n°920(F), brochure n°2, Genève, 2005, p. 12 et 17

La jurisprudence de plusieurs pays témoigne de cet état de fait¹⁶³. À des fins d'illustration, nous retiendrons deux affaires australiennes faisant état d'une appropriation illicite du patrimoine culturel de clans autochtones en matière d'art visuel. Dans le cadre de ces affaires, la Cour a retenu la violation des droits d'auteur d'artistes autochtones et a donc imposé l'arrêt des activités illicites. Si ces affaires ne concernent pas l'art du tatouage et sa protection en droit d'auteur, elles viennent toutefois illustrer qu'une telle protection est possible. De telles sortes, si un individu entendait s'approprier les œuvres nouvelles des tatoueurs autochtones, ceux-ci pourraient tenter une action pour violation de leur droit d'auteur afin de protéger leur art et, *in fine*, leur patrimoine. Ces affaires permettent donc de souligner qu'il existe bel et bien des droits de propriété intellectuelle sur les expressions traditionnelles.

Dans l'affaire *Payunka, Marika & Others c/ Indofurn Pty Ltd*¹⁶⁴, il était question d'un litige opposant des artistes autochtones à un vendeur de tapis pour une atteinte à leurs droits d'auteur. Le vendeur avait reproduit sur les tapis les œuvres, ou des parties substantielles de celles-ci, d'artistes autochtones du clan Rirratjingu. Le vendeur n'avait pas demandé l'autorisation des artistes avant de chercher à exploiter leurs dessins traditionnels. Ces dessins reprenaient les histoires traditionnelles du « Temps des rêves » du clan, celles-ci s'inscrivant dans la mythologie de l'histoire de la création. Les tapis représentant les dessins traditionnels des artistes étaient par la suite destinés à être vendus en Australie.

Les dessins traditionnels des artistes autochtones avaient été reconnues par la Cour fédérale australienne comme étant originaux « Although the artworks follow traditional Aboriginal form and are based on dreaming themes, each artwork is one of intricate detail and complexity reflecting great skill and originality »¹⁶⁵.

¹⁶³ L'OMPI cite un certain nombre de jurisprudences australiennes, chinoise, ainsi que des cas concrets canadiens. Pour plus d'informations, voir Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/40/8, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet actualisé d'analyse des lacunes », 9 avril 2019, Annexe I, p. 15, §45, a)

¹⁶⁴ *M. Payunka, Marika and Others c. Indofurn Pty Ltd* 30 IPR 209, 1994

¹⁶⁵ *M* and Others v Indofurn Pty Ltd and Others* 130 ALR 659 at 665 cité par Terri Jank, *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*, WIPO, vol. 781, 2003, p. 17

En ce sens, conformément à la législation australienne¹⁶⁶, de telles œuvres étaient protégeables par le droit d'auteur, la condition d'accès à la protection étant respectée. Par ailleurs, dans les années 90, le droit d'auteur perdurait jusqu'à 50 ans après la mort de l'auteur¹⁶⁷. Si les artistes étaient décédés au moment de l'affaire, le droit d'auteur demeurait puisque les artistes n'étaient pas décédés depuis plus de 50 ans. À ce titre, les œuvres bénéficiaient toujours de la protection automatique du droit d'auteur. Conformément à l'article 35 alinéa 2 de la Loi australienne sur le droit d'auteur, l'auteur de l'œuvre est réputé être le titulaire des droits¹⁶⁸. En conséquence, les artistes étaient titulaires des droits.

Dans cette affaire, le juge Von Doussa a conclu que les tapis reproduisaient une partie substantielle des œuvres traditionnelles des artistes autochtones, sans le consentement de ces derniers (cette reproduction des parties substantielles de l'œuvre constitue une violation du droit d'auteur dans les pays de tradition de *common law*). Le vendeur de tapis, proposant à la vente lesdits tapis en Australie, s'était donc rendu coupable d'une violation du droit d'auteur. En conséquence, en 1994, la Cour fédérale australienne considéra que cette reproduction non autorisée était une atteinte à leur droit d'auteur.

Le rendu de ce verdict est intéressant en ce que le juge est venu protéger le patrimoine culturel du clan Rirratjingu d'exploitations inappropriées et illicites de la part des tiers. En effet, la reproduction de leurs dessins traditionnels peut porter atteinte aux valeurs de la communauté. Revendiquer ses droits d'auteurs pour empêcher de telles actions permet de protéger leur patrimoine d'exploitations commerciales contraires à leur éthique. Il s'agit donc d'une affaire importante puisqu'elle est venue protéger les expressions culturelles autochtones d'une communauté, à travers la reconnaissance de la violation des droits d'auteur des artistes autochtones. Le juge a tenu compte de la spécificité de ces dessins traditionnels et contribué à leur protection par le droit d'auteur.

¹⁶⁶ *Copyright Act 1968*, (entrée en vigueur : 1 mai 1969)

¹⁶⁷ Aujourd'hui, conformément à l'article 33 alinéa 1 du *Copyright Act*, cette durée a été allongée à 70 ans : « the copyright continue to subsist until 70 years after the calendar year in which the author of the work died »

¹⁶⁸ Cet article dispose à cet effet : « the author of a literary, dramatic, musical or artistic work is the owner of any copyright subsisting in the work by virtue of this Part ».

Dans l'affaire *Bulun Bulun c/ R&T Textiles*¹⁶⁹, il était question d'un litige qui opposa un artiste autochtone à une société de textiles. En l'espèce, M. John Bulun Bulun avait réalisé en 1978 une peinture sur écorce intitulé *Maggie Geese and Water Lilies at the Waterhole*. Cette peinture incorporait des images sacrées pour son peuple, les Ganlbingu. Elle avait ainsi été exécutée avec le consentement des aînés de son peuple conformément à leur droit coutumier. La société avait utilisé la peinture de l'artiste autochtone, en la modifiant et l'apposant sur du tissu destiné à être vendu en Australie. L'auteur de la peinture, et un représentant du peuple Ganalbingu, ont intenté une action devant la Cour fédérale d'Australie. La société a rapidement reconnu la violation des droits d'auteur de M. Bulun Bulun et le juge Von Doussa a, là aussi, reconnu qu'une partie substantielle de la peinture de M. Bulun avait été copiée par la société.

En tout état de cause, il peut arriver que les œuvres traditionnelles soient illicitement appropriées par des personnes extérieures à la communauté. Les droits de propriété intellectuelle des peuples et communautés autochtones peuvent donc être réaffirmés en cas d'atteintes à leurs savoirs et expressions culturelles traditionnelles, permettant *in fine* une certaine protection de leur patrimoine culturel immatériel. Ces affaires permettent de souligner que, puisque les expressions traditionnelles des artistes actuels sont protégées, ils peuvent revendiquer leurs droits sur celles-ci afin de protéger leur patrimoine. Ainsi, on pourrait imaginer que les artistes tatoueurs puissent venir protéger leurs œuvres récentes par ce biais : ils pourraient se défendre d'une atteinte à leur droit d'auteur, en cas de reproduction non autorisée de leurs tatouages traditionnels. Cela permettrait d'assurer la protection de leur patrimoine culturel, en faisant cesser ces appropriations illicites. Dans ce cas précis, le droit d'auteur peut se révéler utile.

Cependant, il ne peut satisfaire pleinement aux besoins des communautés autochtones, en ce que la protection est limitée et ne répond pas intrinsèquement aux besoins des peuples et communautés autochtones.

¹⁶⁹ *Bulun Bulun c. R & T Textiles Pty Ltd* (198) 41 IPR 513

2. *Les interprétations et adaptations contemporaines des œuvres traditionnelles des artistes autochtones*

Les artistes autochtones actuels concourent à la revitalisation et la préservation de leurs traditions ancestrales. En effet, ceux-ci, de par leurs interprétations et adaptations de leur culture traditionnelle, enrichissent le patrimoine culturel de la communauté. Ainsi, un certain nombre de tatoueurs autochtones ont entrepris de se réapproprier l'art ancestral du tatouage conformément aux savoirs transmis dans leur communauté, afin de pouvoir le partager au plus grand nombre. En ce sens, les œuvres originales qui en résulteraient pourraient bénéficier de la protection du droit d'auteur, l'artiste tatoueur étant une personne physique identifiable. Toutefois, cette protection est limitée par le droit d'auteur qui recherche l'équilibre entre, d'une part, les droits des titulaires et d'autre part, les droits du public (2.1.)

Par ailleurs, il n'appartient pas aux artistes autochtones de revendiquer des droits de propriété privée sur des expressions traditionnelles appartenant à une communauté. Cela s'éloigne du sens véritable du patrimoine culturel immatériel, qui est collectif et impersonnel. Il s'agit avant tout de préserver leur culture pour les générations présentes et futures (2.2.).

2.1. Une protection conceptuellement limitée des œuvres traditionnelles contemporaines des artistes autochtones

Les expressions culturelles traditionnelles contemporaines des artistes autochtones peuvent être protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles sont originales. Pour reprendre l'exemple d'un éventuel portrait tatoué sur une peau d'ours par une artiste canadienne¹⁷⁰, une telle œuvre pourrait être protégée par la Loi sur le droit d'auteur si l'artiste a témoigné de suffisamment de travail et jugement dans la création de l'œuvre.

¹⁷⁰ Corey Bullpit, Dean Hunt, Dion Kaszas, Nahaan et Nakkita Trimble, *Body language: reawakening cultural tattooing of the Northwest*, (2018), Vancouver, Bill Reid Gallery, cite par Canada's National Observer, En ligne : <<https://www.nationalobserver.com/2018/08/23/these-five-indigenous-tattoo-artists-are-reawakening-cultural-practices>>, (Consulté le 15 juillet 2021)

Le droit d'auteur pourrait donc, en toute hypothèse, venir protéger les tatouages traditionnels exécutés par les artistes autochtones actuels. En effet, les représentants du Canada ont indiqué que « le droit d'auteur encourage les membres d'une communauté à maintenir le 'patrimoine culturel préexistant' en vie en leur accordant la protection au titre du droit d'auteur lorsqu'ils utilisent différentes expressions du 'patrimoine culturel préexistant' dans leurs créations ou leurs œuvres contemporaines »¹⁷¹. Dans ce cas, ceux-ci, en tant que créateurs identifiables, seraient titulaires de droits patrimoniaux et moraux. Ils auraient le droit d'autoriser ou d'interdire l'exploitation et l'utilisation de leurs œuvres. Ils auraient également des droits moraux sur celles-ci, comme le droit au respect de leur œuvre, à son intégrité. Rechercher la protection du droit d'auteur permettrait, *in fine*, la préservation d'une partie de leur patrimoine culturel. En conséquence, ces expressions culturelles traditionnelles contemporaines peuvent faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur, dès lors qu'elles sont originales. Les artistes autochtones, dans ce cas identifiables, sont titulaires des droits

Si les artistes autochtones peuvent obtenir une protection de leurs œuvres contemporaines inspirées d'œuvres traditionnelles, cette protection n'en demeure pas moins limitée. Le droit d'auteur ne permet qu'une protection temporaire des œuvres traditionnelles. Passé ce délai, l'œuvre tombe dans le domaine public et ne bénéficie plus de protection. L'œuvre de l'artiste autochtone est protégée de son vivant, et un laps d'années après sa mort. En ce sens, de telles règles de droit ne peuvent protéger le patrimoine culturel immatériel des peuples et communautés autochtones efficacement.

Ces œuvres, qui contribuent à la revitalisation du patrimoine, se doivent d'être préservées, aux mêmes titres que les œuvres *stricto sensu*. Une protection perpétuelle est nécessaire : si la protection est limitée, elle ne peut pas valablement préserver les valeurs et l'identité de ces communautés. Leurs œuvres sont donc toujours susceptibles d'appropriation par des tiers non membres de la communauté, qui pourraient les détourner commercialement, une fois qu'elles sont tombées dans le domaine public.

¹⁷¹ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/3, « analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles », 2 mai 2003, Annexe, p. 11, §27

Par ailleurs, ces droits de propriété intellectuelle doivent être confrontés au droit coutumier qui régit la communauté dont l'œuvre traditionnelle est originaire. La responsabilité diffère donc de ce que l'on peut appréhender au sein d'un système de propriété intellectuelle eurocentré.

En outre, cette protection ne comprend que les « nouveaux aspects » de l'œuvre nouvelle¹⁷². En d'autres termes, la protection ne peut être reconnue que sur les éléments qui ont été apportés à l'œuvre préexistante. Une telle protection ne permet donc pas la protection du patrimoine culturel des cultures traditionnelles dans son ensemble : le droit d'auteur ne vient ici protéger qu'un fragment de ce patrimoine.

En conséquence et comme le souligne l'OMPI, « si la protection par le droit d'auteur est possible dans certains cas, elle peut ne pas répondre à toutes les attentes et à tous les objectifs des peuples autochtones et communautés traditionnelles »¹⁷³. La protection qui en résulterait serait faible et, en définitive, peu pertinente. Elle n'est pas adaptée à la nature particulière du patrimoine culturel immatériel et ne permet pas une protection complète de celui-ci. La protection du droit d'auteur est en ce sens illusoire, et n'est utile que lorsque l'on cherche à faire cesser l'appropriation illicite de l'élément du patrimoine culturel concerné. Il faut donc envisager une protection des expressions culturelles traditionnelles par d'autres mécanismes plus respectueux de la valeur première du patrimoine culturel immatériel, transgénérationnelle et collective. En effet, les artistes autochtones ne prétendent pas vouloir détenir des droits de propriété intellectuelle sur leurs œuvres : il s'agit avant tout de préserver leur patrimoine pour le transmettre aux générations futures.

¹⁷² Document OMPI, *Propriété intellectuelle et préservation des cultures traditionnelles : questions juridiques et options concrètes pour les musées, les bibliothèques et les services d'archives*, publication n°1023(F), Genève, 2010, p. 35

¹⁷³ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/3, « analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles », 2 mai 2003 Annexe, p. 53, §140

2.2. Une reconnaissance s'éloignant de l'approche holistique du patrimoine culturel autochtone

Une telle reconnaissance s'éloigne en effet du sens et de la valeur première du patrimoine culturel immatériel. Celui-ci repose sur la collectivité et non sur les intérêts individuels. En effet, le droit d'auteur ne s'applique que parce que l'auteur-créateur est identifiable. Or, comme le souligne François Boucher, « les artistes autochtones se considèrent bien souvent comme les *gardiens* d'un héritage culturel transmis de génération en génération, et non comme les *créateurs* d'œuvres nouvelles »¹⁷⁴. En d'autres termes, les œuvres contemporaines des artistes autochtones concourent à l'enrichissement du patrimoine culturel de la communauté. Il ne s'agit pas de se reconnaître propriétaire d'une œuvre contemporaine, il s'agit en définitive de préserver une culture, des valeurs, une identité.

Pour Claude Masouyé, ancien directeur du département de l'information et du droit d'auteur de l'OMPI, la création d'œuvres traditionnelles est « le résultat d'un constant et lent processus impersonnel d'activité créatrice exercée par voie d'imitation consécutive »¹⁷⁵. Les artistes autochtones reprennent donc depuis la nuit des temps les expressions culturelles traditionnelles de leur peuple, se les réapproprient, les enrichissent, et les transmettent aux générations futures. Chaque artiste est considéré comme un maillon d'une chaîne venant nourrir le patrimoine culturel de génération en génération. C'est pourquoi on parle bien souvent de patrimoine vivant¹⁷⁶ : les expressions culturelles traditionnelles sont « recrées en permanence par des communautés et des groupes compte tenu de leur environnement, de leur interdépendance avec la nature et de leur histoire, leur procurant un sentiment d'identité et de continuité »¹⁷⁷. En d'autres termes, les traditions existent pour être enrichies et perpétuées. Les œuvres des tatoueurs autochtones viendraient en ce sens s'ajouter au

¹⁷⁴ François Boucher, « La politique de la propriété culturelle et le patrimoine des peuples autochtones », (2010), *Les Cahiers de la Société québécoise de recherche en musique*, vol. 11, n° 1-2, p. 127

¹⁷⁵ Claude Masouyé « La protection des expressions du folklore » (1983) *RIDA*, n° 115, p. 11

¹⁷⁶ Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), « Sauvegarder le patrimoine vivant des communautés », En ligne : < <http://www.unesco.org/new/fr/culture/resources/in-focus-articles/safeguarding-communities-living-heritage/>>, (Consulté le : 2 juillet 2021)

¹⁷⁷ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/40/8, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet actualisé d'analyse des lacunes », 9 avril 2019, Annexe I, p. 4, §6

patrimoine culturel de la communauté. Il ne s'agit donc pas en tout état de cause de se voir reconnaître propriétaire d'une œuvre nouvelle issue de la tradition, ce que sous-tend le droit d'auteur. Ils sont au contraire les gardiens de ce patrimoine. Les tatoueurs autochtones se sentent donc investis de la responsabilité de perpétuer les méthodes ancestrales du tatouage, en tatouant les membres de leur communauté.

C'est ce que souligne un certain nombre de tatoueurs canadiens issus des Premières Nations, Inuit et Métis. Dion Kaszas est un tatoueur de métier de culture Nlaka'pamux, peuple autochtone vivant en Colombie-Britannique. Il a eu l'occasion de décrire ce que représente le tatouage pour lui et sa communauté : « I know why I tattoo, I tattoo so that I can feel alive, I can be connected, I can be part of something, I tattoo because it makes me remember. I remember who I am, I am remembered to my mother's ancestral communities. I remember my responsibilities »¹⁷⁸.

Le tatouage est donc, pour lui, un moyen d'être relié à ses ancêtres, un moyen de préserver la mémoire des traditions de sa communauté. Il entend perpétuer le savoir traditionnel du tatouage afin de faire revivre la culture de sa communauté, de son peuple. C'est pourquoi il a appris les techniques ancestrales traditionnelles Nlaka'pamux, comme le tatouage à l'aiguille (*hand poke*) et le tatouage cousu (*skin stitching*)¹⁷⁹. Il s'applique donc à tatouer sur les membres de sa communauté des tatouages traditionnels. Pour lui, il est de sa responsabilité de partager la tradition des tatouages de sa communauté, de partager son talent et son savoir¹⁸⁰. Un autre tatoueur, Nahaan, issu de la Première nation Tlingit de Taku River, vient également appuyer ses dires. Il dit ainsi : « We tattoo because we remember we have to put our history and lineage first before you ever hear our words. Can you see us? We are not vanishing. See us now. We are multiplying »¹⁸¹.

¹⁷⁸ Jade Brais-Dussault, *Art du tatouage autochtone contemporain au Canada : empuancement, résurgence culturelle et affirmation identitaire*, Mémoire de maîtrise en Arts de l'Université de Montréal, 2020, p. 24

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 25

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 26

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 43

En conséquence, il s'agit avant tout de préserver leur culture, non pas de s'approprier un droit privé sur une œuvre nouvelle. L'intérêt n'est pas là. Le tatouage est un langage propre aux peuples et communautés autochtones qu'il faut revitaliser et transmettre aux jeunes générations afin que la tradition ne se perde pas. Ils entendent normaliser la pratique pour que les membres de la communauté retrouvent leur identité et leur connexion ancestrale. Comme le souligne Nikkita Trimble : « My dream is that our tattoos are so normalized for my daughter that she'll know who she is within that »¹⁸². Pour elle, le rêve qu'elle fit sur sa grand-mère était un message envoyé par ces ancêtres lui enjoignant de faire renaître la pratique des tatouages traditionnels¹⁸³. Il s'agit là pour eux d'une mission divine.

Ainsi, pour les artistes autochtones, le tatouage est avant tout un savoir traditionnel qui se doit d'être transmis et préservé. Ces méthodes ancestrales sont propres à chaque culture, et certains tatoueurs les ont appris auprès de leurs aînés afin de faire renaître cette pratique du tatouage au sein de la communauté. C'est ce que souligne Amberley John, une tatoueuse inuk de culture Onyote'aka : « I feel like there is a huge need and demand for [traditional tattooing] in our communities »¹⁸⁴. Pour elle, il s'agit de s'assurer que les symboles et dessins tatoués sont traités avec la révérence et le respect qu'ils méritent, et d'en faire profiter sa communauté¹⁸⁵. Les expressions culturelles qui en résultent sont donc également propre à chaque culture et chaque individu puisqu'il représente une identité clanique et le parcours individuel d'un individu.

Ainsi, si au cours de ce processus de résurgence de leur culture, les tatoueurs autochtones créaient de nouvelles œuvres issues de la tradition, celles-ci intègreraient le patrimoine culturel de leur communauté, qui en serait la gardienne. Le droit d'auteur ne serait donc

¹⁸² Corey Bullpit, Dean Hunt, Dion Kaszas, Nahaan et Nakkita Trimble, *Body language: reawakening cultural tattooing of the Northwest*, (2018), Vancouver, Bill Reid Gallery, cite par Canada's National Observer, En ligne : <<https://www.nationalobserver.com/2018/08/23/these-five-indigenous-tattoo-artists-are-reawakening-cultural-practices>>, (Consulté le 15 juillet 2021)

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ The link, Esteban Cuevas, « Reviving the cultural tradition of tattooing Indigenous communities », 13 janvier 2021, En ligne : <<https://thelinknewspaper.ca/article/feature/reviving-the-cultural-tradition-of-tattooing-indigenous-communities>>, (Consulté le 15 juillet 2021)

¹⁸⁵ *Ibid.*

qu'un moyen indirect de préserver les expressions culturelles traditionnelles, un moyen qui n'est en définitive pas adapté à la particularité du patrimoine culturel.

Le droit d'auteur n'entend pas répondre aux besoins des peuples et communautés autochtones, il n'a pas été pensé de la sorte. En ce sens, le fait que le droit d'auteur soit indifférent à l'identité de l'œuvre présente également un risque grave d'atteinte aux expressions culturelles traditionnelles et donc, *in fine*, aux tatouages traditionnels.

3. Les dérives du régime de propriété intellectuelle : la reconnaissance de droits d'auteur au profit d'artistes non autochtones

En toute hypothèse, un artiste non autochtone pourrait tout à fait s'inspirer d'une œuvre traditionnelle et créer une nouvelle œuvre à partir de celle-ci. Les œuvres préexistantes ne sont en effet pas protégées par le droit d'auteur : elles sont considérées comme étant dans le domaine public et donc libres d'être exploitées. Dans ce contexte, si l'œuvre est considérée comme originale, l'artiste non autochtone pourrait se voir reconnaître des droits d'auteur sur l'œuvre. En effet, la loi n'a que faire de l'identité de l'artiste ou de l'authenticité ethnique de l'œuvre : dès lors que l'œuvre est originale, elle bénéficie de la protection automatique du droit d'auteur. De ce fait, tout artiste tatoueur qui reprendrait le symbole ou dessin d'un tatouage traditionnel *stricto sensu* et qui en ferait une œuvre « nouvelle » pourrait prétendre à la protection du droit d'auteur.

Cela peut heurter les peuples et communautés autochtones détenteurs des expressions originelles qui voient leur patrimoine culturel être approprié par des personnes non membres de la communauté. Reconnaître des droits d'auteur à des artistes non autochtones, sur des œuvres inspirées d'œuvres traditionnelles, est donc particulièrement outrageant pour les peuples et communautés autochtones qui en sont les dépositaires. Cela relève pour eux d'une appropriation culturelle : les artistes non autochtones ne peuvent prétendre être titulaire de droits d'auteur sur une œuvre inspirée de leur tradition.

Le tatouage traditionnel des peuples et communautés autochtones, en tant que tradition identitaire, est donc fortement malmené par cette possibilité. En effet, le tatouage traditionnel impressionne l’imaginaire collectif, de par la puissance et les émotions qu’il génère en eux. Il est donc très souvent détourné par des personnes non autochtones qui souhaitent avoir sur leur peau un tatouage traditionnel. Les cas d’appropriation culturelle, de détournements du tatouage traditionnel à des fins commerciales se multiplient.

Et la possible protection des œuvres dérivées de la tradition par le droit d’auteur nuit au respect du patrimoine culturel immatériel. Le Comité intergouvernemental de l’OMPI est venu résumer la protection dont peuvent faire l’objet les adaptations et interprétations d’œuvres préexistantes, soulignant *a contrario* le risque pour les peuples et communautés autochtones :

Les créations ultérieurement dérivées des expressions culturelles traditionnelles peuvent bénéficier d’une protection en tant que propriété intellectuelle “nouvelle”, conférant aux titulaires des droits (quels qu’ils puissent être) le droit exclusif de fixer les conditions dans lesquelles des tiers (y compris les communautés détentrices d’expressions culturelles traditionnelles elles-mêmes) peuvent utiliser ces expressions culturelles traditionnelles¹⁸⁶.

Une affaire est particulièrement frappante en la matière, en ce qu’elle a conduit à reconnaître des droits d’auteur au profit d’un artiste tatoueur non autochtone. Il s’agit de l’affaire *Whitmill v. Warner Bros*¹⁸⁷. Cette affaire, en plus de présenter les risques d’une telle reconnaissance, est importante puisqu’elle est également le témoignage d’un autre cas d’appropriation culturelle, du détournement à des fins commerciales du sens et des valeurs des traditions autochtones.

Victor Whitmill, d’origine américaine, est le tatoueur ayant réalisé le célèbre tatouage du boxeur Mike Tyson qui recouvre une partie de son profil gauche. Celui-ci a été inspiré du

¹⁸⁶ Document OMPI, *Propriété intellectuelle et préservation des cultures traditionnelles : questions juridiques et options concrètes pour les musées, les bibliothèques et les services d’archives*, publication n°1023(F), Genève, 2010, p. 17

¹⁸⁷ *Whitmill v Warner Bros. Entertainment*, ED Mo, No. 4:11-CV-752, complaint dismissed 22 June 2011

Tā Moko maori et a donc soulevé à l'époque une certaine controverse auprès de la communauté maorie. En effet, le fait de tatouer un symbole sacré maori sur le visage d'un homme au passé criminel¹⁸⁸ heurta la sensibilité des maoris, pour qui le Tā Moko ne peut être associé à de tels actes¹⁸⁹. Cela est contraire à leur éthique. Cependant, ce n'est pas cette polémique qui donna naissance à ce litige mais bien le fait que les œuvres dérivées d'œuvres traditionnelles puissent être protégées alors que son auteur ne fait pas parti du peuple autochtone en question.

En l'espèce, Mike Tyson avait eu un rôle dans le film *The Hangover Part I* produit par Warner Bros. Dans le second volet de la saga, le tatouage de Mike Tyson avait été reproduit quasiment à l'identique sur le profil gauche du visage d'un autre acteur et ce, sans que la société de production n'ait recueilli le consentement de Whitmill. Ce dernier a alors intenté une action en contrefaçon pour violation de ses droits d'auteur à l'encontre de Warner Bros. Il indiquait en effet être l'auteur du tatouage original, qui plus est fixé dans un support d'expression tangible, et donc le détenteur des droits d'auteur en résultant¹⁹⁰. Il avait également fait signer à Mike Tyson un contrat dont les dispositions stipulaient que tous les croquis, dessins, illustrations et photographies du tatouage étaient sa propriété¹⁹¹.

Dans cette affaire, la juge Perry se déclara sur le fond favorable à la plainte pour violation de droit d'auteur de Whitmill, indiquant que ce dernier avait une forte probabilité de l'emporter sur Warner Bros¹⁹² :

It's clear that Whitmill created this tattoo as an original piece for Mr. Tyson, and when he did it, Tyson signed a document saying that Mr. Whitmill kept the rights. Neither Tyson nor Warner Brothers sought approval from Whitmill before either [Hangover] movie ... Then of course the second movie does use the tattoo on

¹⁸⁸ Mike Tyson a en effet été condamné à une peine de prison pour viol en 1992

¹⁸⁹ Irish Examiner, « Maori expert unhappy at Tyson tattoo », 21 février 2003, En ligne : <<https://www.irishexaminer.com/sport/arid-30089036.html>>, (Consulté le : 2 juin 2021)

¹⁹⁰ Verified Complaint for Injunctive and Other Relief against defendant Warner Bros. Entertainment Inc., No. 4:11-cv-00752-CDP (E.D. Mo. Apr. 28, 2011)

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Matthew Beasley, « Who Owns Your Skin: Intellectual Property Law and Norms among Tattoo Artists », (2012) *Southern California Law Review*, vol. 85, n° 4, p. 1148

another character's face. It's the same tattoo¹⁹³.

Si cette affaire s'est en définitive réglée à l'amiable entre Whitmill et la société de production, un tel verdict aurait pu s'avérer particulièrement dangereux pour la communauté maorie détentrice de l'expression culturelle traditionnelle ayant inspiré le tatouage de Tyson. En théorie, Whitmill pourrait agir en contrefaçon contre des artistes maoris pour des tatouages traditionnels similaires à celui de Tyson, alors même que ces symboles sont issus du patrimoine maori¹⁹⁴. Arriver à une telle conclusion dans cette affaire risque d'entraîner une certaine impunité de la part des personnes tatouant ces symboles. Cela voudrait dire que n'importe qui pourrait s'approprier les motifs maoris dès lors qu'une certaine originalité est démontrée dans la caractérisation de ces symboles ou que ceux-ci sont dans le domaine public.

Pour Ngahua Te Awekotuku, professeure spécialisée en art maori et pacifique à l'Université de Waikato en Nouvelle-Zélande, cette affaire est particulièrement aberrante. Whitmill n'avait en effet aucun droit légitime à revendiquer des droits de propriété intellectuelle sur un symbole qui ne lui appartenait pas :

It is astounding that a Pakeha (non-Maori) tattooist who inscribes an African-American's flesh with what he considers to be a Maori design has the gall to claim [...] that design as his intellectual property. The tattooist has never consulted with Maori, has never had experience of Maori and originally and obviously stole the design that he put on Tyson. The tattooist has an incredible arrogance to assume he has the intellectual right to claim the design form of an indigenous culture that is not his¹⁹⁵.

Cependant, cette thématique a été complètement ignorée dans la présente affaire. Le seul lien qui ait été fait au patrimoine culturel maori l'a été par Warner Bros, qui avait

¹⁹³ Transcript of Proceedings (2011), document 56, p.2 (Perry J), cité par Lily Martinet, « Traditional Cultural Expressions and International Intellectual Property Law » (2019) *International Journal of Legal Information*, vol. 47, n° 1, p. 8

¹⁹⁴ Lily Martinet, « Traditional Cultural Expressions and International Intellectual Property Law » (2019) *International Journal of Legal Information*, vol. 47, n° 1, p. 12

¹⁹⁵ Ngahua Te Awekotuku, cité par Remy Melina, « Copyright clash over Mike Tyson's facial tattoo », 29 mai 2011, En ligne : <<https://www.cbsnews.com/news/copyright-clash-over-mike-tysons-facial-tattoo/>>, (Consulté le : 30 mai 2021)

commissionné des experts sur la question de savoir si le tatouage était dérivé de dessins maoris préexistants¹⁹⁶. Cette enquête avait par la suite été abandonnée puisqu'un accord amiable, au montant demeuré secret, avait été conclu entre les deux parties. Pourtant, au cours de l'audience préliminaire, Whitmill avait reconnu s'être inspiré du Tā moko pour créer le tatouage. Les implications culturelles d'une telle affaire auraient pu être discutées par le juge et les parties, un doute légitime pouvant exister sur la propriété du motif¹⁹⁷. Pour Marie Hadley, spécialiste du droit d'auteur et de l'appropriation culturelle des arts autochtones, l'affaire *Whitmill v. Warner Bros* est donc la preuve que la propriété culturelle et intellectuelle autochtone est marginalisée¹⁹⁸. En ce sens, seule une refonte totale de la relation en droit d'auteur permettrait de prendre en compte ces nouveaux défis autochtones¹⁹⁹.

De ce fait, la reconnaissance d'un droit d'auteur au profit d'artistes non autochtones peut s'avérer particulièrement dangereuse pour la préservation du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones. En effet, pour Lily Martinet, le risque est de voir l'artiste non autochtone titulaire des droits se retourner contre le peuple qui a créé le tatouage, le motif initial²⁰⁰. Cela semble aberrant et illogique d'en arriver là.

Le droit d'auteur est donc profondément incompatible avec les besoins juridiques des peuples et communautés autochtones : ceux-ci, alors qu'ils sont les gardiens de ces expressions culturelles, pourraient se voir interdits d'utiliser et d'exploiter l'expression protégée, alors même qu'elle est issue de leur culture.

En conséquence, le droit d'auteur est indifférent aux enjeux juridiques qu'impliquent les arts autochtones. Il ne permet pas une protection efficace du patrimoine culturel immatériel,

¹⁹⁶ Marie Hadley, « *Whitmill v Warner Bros. and the Visibility of Cultural Appropriation Claims in Copyright Law* », (2019) Pre-Publication DRAFT accepted in (2020) *European Intellectual Property Review*, vol. 42, n° 4, p. 10

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 12

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Joan PolICASTRI, « IALL 2018 Recap : Traditional Cultural Expressions and International Intellectual Property Law », 1 novembre 2018, En ligne : < <https://fcilsis.wordpress.com/2018/11/01/iall-2018-recap-traditional-cultural-expressions-and-international-intellectual-property-law/>>, (Consulté le : 15 juillet 2021)

et, à travers lui, du tatouage traditionnel. Un tel droit, s'il permet une protection limitée des expressions culturelles contemporaines par le droit d'auteur, ne permet pas de protéger les autres expressions que les communautés et peuples autochtones entendent préserver.

La propriété intellectuelle autochtone se retrouve donc en marge du droit d'auteur, et ne peut en ce sens aspirer à une protection, que cela soit de son patrimoine intrinsèque ou à l'encontre de personnes reprenant celui-ci. Comme le soulignent Marie Hadley et Lily Martinet, le droit d'auteur doit être repensé. Il faut donc se tourner vers d'autres mécanismes de protection, ceux qui consacrent ou envisagent la protection par un droit spécifique adapté, dit *sui generis*.

Partie 2 :

L'émergence d'une protection juridique adaptée au patrimoine culturel immatériel

Le droit d'auteur, fondamentalement individualiste, ne peut satisfaire les besoins des peuples et communautés autochtones. Les expressions culturelles traditionnelles préexistantes, réputées être dans le domaine public, ne pourront jamais être protégées par un tel droit. Les versions contemporaines de ces expressions, quant à elles, peuvent l'être en théorie. Il n'empêche qu'en pratique, la protection se révèle limitée et inadaptée à la nature de ce patrimoine vivant collectif. Et la nature du droit d'auteur n'empêche pas l'appropriation culturelle de leur patrimoine par des tiers. Le droit d'auteur est donc lacunaire : il n'assure pas, en l'état, la protection des tatouages traditionnels dont les peuples et communautés autochtones sont les dépositaires. Or, les savoirs et expressions culturelles sont encore aujourd'hui « en proie à des détournements et dénaturations menant à leurs appropriations exclusives »²⁰¹. Il faut faire cesser ces actions préjudiciables pour préserver le patrimoine culturel des peuples et communautés. C'est pourquoi il est important de trouver des solutions venant combler les lacunes du droit d'auteur.

Ainsi, comment assurer une protection des tatouages traditionnels si le droit d'auteur, de par ses fondements philosophiques, et le patrimoine culturel immatériel, de par son approche holistique, se contredisent et semblent faire état d'intérêts inconciliables ? Comment assurer la protection des savoirs et des expressions culturelles traditionnelles, si de telles ressources se retrouvent exploitées et commercialisées sans que les dépositaires de ceux-ci aient donné leur accord en premier lieu et sans qu'ils n'aient été consultés ? Le droit d'auteur classique ne prévoit en effet pas de tels mécanismes de protection.

²⁰¹ Nicole Matip, Koutouki Konstantia, « La protection juridique du folklore dans les États membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle » (2018) *Revue québécoise de droit international*, vol. 21, n° 1, p. 246

Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ICG) de l'OMPI entend résoudre ces problèmes. L'OMPI a en effet eu un rôle prépondérant dans la construction de l'encadrement juridique des savoirs et expressions traditionnels. Elle contribue à la reconnaissance et à la protection par le droit de la propriété intellectuelle de ce patrimoine culturel, par les différents travaux qu'elle a accomplis, notamment par le biais de son comité. Elle insiste donc sur l'importance de prévoir des solutions adaptées aux besoins particuliers des peuples et communautés autochtones. Ces solutions doivent tenir compte de la nature spécifique du patrimoine culturel immatériel²⁰². À ce titre, il faut veiller à correctement appréhender les caractères « solidaire », « collectif » et « transgénérationnel » des savoirs et expressions culturelles traditionnelles. Ce n'est que de cette façon que l'on parviendra à une protection effective du patrimoine culturel et, par ce biais, des tatouages traditionnels.

Afin de tenir compte de ces lacunes, un droit spécifique dit *sui generis* s'est développé dans divers pays du monde. Ce droit est dit *sui generis* puisqu'il vient prendre en compte les intérêts spécifiques des peuples et communautés autochtones. L'objectif de ce droit est de redonner la propriété et les droits exclusifs portant sur les savoirs et expressions culturelles traditionnelles aux dépositaires de ce patrimoine. En ce sens, le Comité considère que les mesures ou systèmes *sui generis* adoptés et mis en place par les États font partis des solutions juridiques envisageables permettant un complément de protection. Il considère à ce titre que « les mesures *sui generis* ne sont pas incompatibles mais complémentaires »²⁰³. Ces mesures, si elles rentrent dans le champ de la propriété intellectuelle, viennent s'écarter du droit d'auteur afin de répondre aux besoins particuliers des peuples et communautés autochtones²⁰⁴.

²⁰² Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/7/3, « Résumé du projet d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore », 20 août 2004, Annexe I, p. 4

²⁰³ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/7/4, « la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : synthèse des options de politique générale et des mécanismes juridiques », 27 août 2004, p. 4, §34

²⁰⁴ Kilian Bizer, « Sui Generis Rights for the Protection of Traditional Cultural Expressions: Policy Implications », dans Kilian Bizer, Matthias Lankau, Gerald Spindler et Philipp Zimbehl, *Sui generis Rechte zum Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksweisen*, Göttingen, Göttingen University Press, 2013, p. 131

Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle vient ainsi préciser ce qui est entendu par régime *sui generis* : « un régime de propriété intellectuelle devient *sui generis* si l'on modifie certaines de ses caractéristiques de manière à tenir dûment compte des particularités de son objet et des besoins particuliers qui conduisent à la création d'un système distinct »²⁰⁵. Une protection effective du patrimoine culturel ne peut donc être envisagée que si on tient compte des particularités des savoirs et expressions culturelles traditionnelles.

En ce sens, il s'agira d'évoquer les solutions internationales et nationales qui envisagent de pallier les lacunes du droit d'auteur. Ces solutions offrent des pistes intéressantes de réflexion pour les États, qui pourraient s'en inspirer afin de rendre leur législation nationale plus inclusive et soucieuse des intérêts autochtones. En ce sens, cela pourrait être un moyen d'assurer une protection des tatouages traditionnels dont les peuples et communautés autochtones sont dépositaires. Toutefois, ces solutions sont également à relativiser puisqu'elles sont parfois d'une efficacité limitée. Par ailleurs, elles dépendent de la volonté des États de modifier leur législation nationale en conséquence. De ce fait, nous ne nous contenterons pas d'analyser les dispositions les plus intéressantes, nous évoquerons, quand il y a lieu, leur pertinence et leurs limites.

Il s'agira donc de présenter des pistes de réflexion pouvant, *in fine*, permettre une protection des tatouages traditionnels. Dans ce cadre, seront évoquées les solutions de droit positif mises en place (chapitre 1) puis les solutions en discussions, solutions qui pourraient, à l'avenir, inspirées les États dans la mise en place d'une protection du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones (chapitre 2).

²⁰⁵ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/3/8, « Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels », 29 mars 2002, p. 9, §18

Chapitre 1 : *De lege lata* : les mécanismes *sui generis* de protection

Le droit *sui generis* peut couvrir deux versants : d'une part, il peut s'agir de la création de systèmes *sui generis* distincts, complètement autonomes (1.) ; d'autre part, il peut s'agir d'adapter le droit national afin de prendre en compte les besoins particuliers des peuples et communautés, en consacrant des dispositions spécifiques dérogatoires de droit commun (2.).

1. *La consécration de régimes sui generis de protection des savoirs et expressions culturelles traditionnelles*

Un certain nombre de systèmes *sui generis* ont été développés au niveau régional afin d'assurer la protection tant des savoirs traditionnels que des expressions culturelles traditionnelles. Ces systèmes régionaux prévoient donc une protection large du patrimoine, et ce, que cela soit en propriété littéraire et artistique ou en propriété industrielle. Il s'agira donc de faire état des dispositions intéressantes pour la protection des tatouages traditionnels en droit d'auteur. Ces systèmes autonomes de protection peuvent en effet inspirer les États nationaux. Ainsi, sous l'impulsion de ceux-ci, certains États ont fait le choix d'adapter leur législation nationale afin de tenir compte de la spécificité du patrimoine culturel immatériel. À ce titre, *l'Accord de Bangui*²⁰⁶, sur lequel nous reviendrons en quelques mots par la suite, est l'un d'entre eux. Il est de niveau régional car il s'applique aux pays d'Afrique qui en sont parties. Il ne sera cependant pas détaillé dans la présente étude.

Par ailleurs, certains États nationaux ont fait le choix de consacrer un régime autonome spécial de propriété intellectuelle afin de préserver les savoirs et expressions des peuples et communautés autochtones présents sur le territoire. Cela passe par la consécration d'une loi *sui generis*.

²⁰⁶ *Accord de Bangui instituant une organisation africaine de la propriété intellectuelle*, 2 mars 1977, (entrée en vigueur : 28 février 2002)

Dans le cadre de cette démonstration, deux systèmes *sui generis* de protection seront donc développés : le Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture²⁰⁷ de 2002 (ci-après cadre régional du Pacifique) (1.1.) et le régime spécial de la propriété intellectuelle du Panama appliqué aux droits collectifs des peuples autochtones aux fins de la protection et de la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels²⁰⁸, adopté en 2000, et son règlement d'application de 2001²⁰⁹ (ci-après loi de panama) (1.2).

1.1. Le Cadre régional du Pacifique : un mécanisme de protection particulièrement intéressant pour la protection du tatouage traditionnel

Le Cadre régional du Pacifique est un système *sui generis* particulièrement intéressant en ce qui concerne la protection des tatouages traditionnels. Il a en effet été créé afin de venir en aide aux pays et territoires insulaires du Pacifique qui souffrent de l'exploitation commerciale inappropriée de leurs ressources²¹⁰. Il a donc pour objectif de protéger leurs savoirs et expressions culturelles traditionnelles²¹¹ de toute exploitation illégitime ou appropriation illicite. Or, les peuples et communautés autochtones du Pacifique sont détenteurs de savoirs traditionnels relatifs aux tatouages, et des expressions culturelles traditionnelles qui découlent de cette pratique ancestrale. Le Cadre régional du pacifique est donc attrayant puisqu'il peut venir assurer leur protection.

Dans ce contexte, une loi-type a été élaborée en tenant compte de ses enjeux : tout État national est libre de la promulguer et d'adapter ses dispositions en fonction de ces besoins et de ceux des peuples et communautés autochtones résidants sur le territoires²¹². Cette loi

²⁰⁷ *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Secretariat of the Pacific Community, Pacific Islands Forum Secretariat and UNESCO Pacific Regional Office, 2002

²⁰⁸ Loi n° 20 du 26 juin 2000 sur le régime spécial de propriété intellectuelle relatif aux droits collectifs des peuples indigènes pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels, JO n° 24 083 du 27 juin 2000

²⁰⁹ Décret n° 12 du 20 mars 2001

²¹⁰ *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Background

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*

vient à cet effet définir les termes clés de la protection (1.1.1.) et consacrer un certain nombre de droits collectifs de propriété intellectuelle (1.1.2.). Ce cadre de protection étant particulièrement attractif en ce qui a trait à la protection des tatouages traditionnels, certains peuples autochtones ont indiqué leur volonté de s'en inspirer dans la construction d'une législation respectueuse de leurs savoirs et expressions relatifs au tatouage traditionnel (1.1.3.).

1.1.1. Définitions des termes clés : une réelle prise en compte de la nature du tatouage traditionnel

Tout d'abord, la loi-type vient définir ce qui est entendue par « savoirs traditionnels »²¹³ et « expressions culturelles »²¹⁴ :

Traditional knowledge includes any knowledge that generally:

- (a) is or has been created, acquired or inspired for traditional economic, spiritual, ritual, narrative, decorative or recreational purposes; and
- (b) is or has been transmitted from generation to generation; and
- (c) is regarded as pertaining to a particular traditional group, clan or community of people in [Enacting country]; and
- (d) is collectively originated and held.

Expressions of culture mean any way in which traditional knowledge appears or is manifested, irrespective of content, quality or purpose, whether tangible or intangible, and, without limiting the preceding words, includes :

- (a) names, stories, chants, riddles, histories and songs in oral narratives; and
- (b) art and craft, musical instruments, sculpture, painting, carving, pottery, terracotta mosaic, woodwork, metalware, painting, jewellery, weaving, needlework, shell work, rugs, costumes and textiles; and ^[L]_[SEP]
- (c) music, dances, theatre, literature, ceremonies, ritual performances and cultural practices; and ^[L]_[SEP]
- (d) the delineated forms, parts and details of designs and visual compositions; and
- (e) architectural forms. ^[L]_[SEP]

²¹³ Article 4 du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Model Law

²¹⁴ *Ibid.*

Le tatouage traditionnel est créé collectivement et se transmet de génération en génération. Il rentre donc parfaitement dans le champ d'application du Cadre du Pacifique puisqu'il s'agit à la fois d'un savoir traditionnel (inspiré de traditions spirituelles et rituelles) et d'une manifestation dudit savoir. Le tatouage traditionnel est en effet un rite, une pratique culturelle mais aussi une œuvre d'art, une composition visuelle de motifs et dessins. Le Cadre régional du Pacifique épouse donc parfaitement la protection du tatouage traditionnel, tant dans son versant « savoir » que dans son versant « expression ». Ces définitions seraient donc intéressantes à reprendre dans le cadre de l'élaboration d'une législation nationale protectrice des tatouages traditionnels.

1.1.2. L'octroi de droits de propriété au profit des détenteurs des savoirs et expressions traditionnels

Le Cadre régional du Pacifique vient conférer un certain nombre de droits aux détenteurs des savoirs et expressions traditionnels²¹⁵ comme par exemple le droit de publier ou de diffuser au public ceux-ci...²¹⁶. Ces droits sont inaliénables²¹⁷ : ils sont donc attachés à la personne humaine, comme le sont les droits fondamentaux. S'attachant à conférer la protection aux peuples et communautés autochtones, les détenteurs du patrimoine en question sont réputés être un groupe, clan ou communauté de personnes²¹⁸. Cela peut également être l'individu reconnu par ceux-ci comme étant détenteur²¹⁹. Ce Cadre viendrait donc respecter les caractères « collectif », « solidaire » et « transgénérationnel » du savoir et de l'expression. En effet et pour rappel, la création étant collective, l'appartenance ne peut être que communautaire. En ce sens, le Cadre répond aux besoins spécifiques des peuples et communautés autochtones.

²¹⁵ Article 7.2 du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Model Law

²¹⁶ Liste des utilisations possibles à l'article 7.2 du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Model Law

²¹⁷ Article 10 du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Model Law

²¹⁸ Article 4 du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Model Law

²¹⁹ *Ibid.*

Dans la pratique du tatouage, cela reviendrait à reconnaître des droits aux détenteurs des savoirs traditionnels, à la fois sur lesdits savoirs mais aussi et surtout sur les expressions culturelles qui en découlent. Par leur pratique ancestrale du tatouage, ceux-ci sont venus créer et nourrir les expressions culturelles, c'est-à-dire les motifs et dessins apposés sur la peau des membres de la communauté. Il est donc logique qu'ils soient les détenteurs collectifs de ces savoirs.

La loi-type prévoit à cet effet un certain nombre de mécanismes et dispositions intéressantes (1.1.2.1.) permettant, *in fine*, la protection des tatouages traditionnels (1.1.2.2.).

1.1.2.1. États des lieux des dispositions protectrices des savoirs et expressions culturelles traditionnelles

En vertu des droits conférés aux dépositaires des savoirs et expressions, les tiers souhaitant utiliser ces ressources seraient dans l'obligation de consulter les détenteurs de ceux-ci. En effet, le consentement préalable éclairé des détenteurs des savoirs et expressions est obligatoire avant leur utilisation par des tiers. Cela permet en définitive aux peuples et communautés autochtones de contrôler l'usage qui est fait de leurs expressions culturelles traditionnelles. Ils vont donc pouvoir autoriser ou interdire l'exploitation de leur patrimoine par les tiers, en contrôlant qui reproduisent leurs œuvres, qui les diffusent, qui les exploitent à des fins commerciales... On leur confère, d'une certaine façon, un monopôle d'exploitation, ce qui est bénéfique puisqu'ils seraient enfin titulaires de droits fondamentaux dont le droit d'auteur, par sa nature classique, les privent.

À ce titre, les œuvres dérivées d'expressions culturelles traditionnelles bénéficient d'un encadrement particulier en vertu du Cadre régional du Pacifique. Tout d'abord, conformément à l'article 12 du Cadre, « any copyright [...] that exists in relation to a derivative work vests in the creator of the work or as otherwise provided by the relevant intellectual property law ». Autrement dit, le droit d'auteur revient à l'auteur de l'œuvre

dérivée. Si les peuples et communautés autochtones entendent produire une œuvre dérivée de leurs traditions, ils seront réputés être les titulaires des droits. En ce qui a trait aux tiers, il en va quelque peu différemment. En effet, les œuvres dérivées réalisées par les tiers sont fortement encadrées afin d'éviter toute action dommageable.

Tout comme les autres utilisations des savoirs et expressions, la création d'une œuvre dérivée requiert le consentement préalable éclairé des dépositaires de la tradition d'origine de l'œuvre²²⁰ : l'individu concerné devra consulter les détenteurs du savoir ou de l'expression sur laquelle l'œuvre dérivée est fondée. Il devra à ce titre requérir le consentement préalable et éclairé du détenteur avant de l'utiliser. Cette particularité est intéressante puisque le droit d'auteur classique ne prévoit pas une telle disposition. On pourrait donc imaginer consacrer un droit d'auteur où l'individu créant une œuvre dérivée d'une expression culturelle traditionnelle serait dans l'obligation de consulter et d'obtenir le consentement des dépositaires de l'expression.

De même, si l'individu entend utiliser l'œuvre dérivée de ces expressions culturelles traditionnelles à des fins commerciales, il devra conclure un accord avec les détenteurs de l'expression²²¹. Cet accord devra contenir un partage équitable des avantages prévoyant une compensation monétaire ou non pour les détenteurs²²². Il devra également prévoir l'identification des expressions sur lesquels la nouvelle œuvre s'est basée, en mentionnant les détenteurs des droits et/ou le lieu géographique dont l'expression est originaire²²³.

De telles dispositions permettent une réelle prise en compte de la nature des expressions culturelles traditionnelles. En effet, en droit d'auteur classique, rien n'empêche un tiers de créer une œuvre nouvelle à partir d'une expression culturelle préexistante : il n'a alors pas à

²²⁰ Article 7.2 du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Model Law

²²¹ Art 12.2 du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Model Law

²²² Article 12.2 a) du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Model Law

²²³ Article 12.2 b) du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*, Model Law

consulter les dépositaires de l'expression ni à prévoir un partage des bénéfices ou une reconnaissance de leur statut. Avec ce Cadre, on vient résoudre ce problème juridique qui tient à cœur aux peuples et communautés autochtones. On évite donc toutes les dérives d'une appropriation culturelle, appropriation qui est fréquente dans le domaine du tatouage traditionnel.

Enfin, en ce qui concerne toutes les utilisations des savoirs et expressions mentionnées à l'article 7.2 du Cadre du Pacifique, l'individu serait dans l'obligation de mentionner les détenteurs de ceux-ci et/ou le lieu géographique d'où ils proviennent²²⁴. Il s'agit donc de redonner aux peuples et communautés autochtones la possibilité d'être reconnu pour les savoirs et expressions dont ils sont les gardiens, puisque ce sont eux les véritables détenteurs de ce patrimoine.

En conséquence, le Cadre régional du Pacifique prévoit un certain nombre de mécanismes et dispositions intéressants permettant la protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles. La loi-type envisagée est respectueuse des intérêts et valeurs des peuples et communautés autochtones et permettrait une réelle protection des tatouages traditionnels.

1.1.2.2. Une application intéressante aux tatouages traditionnels

Ces dispositions sont attrayantes lorsqu'on envisage la protection des tatouages traditionnels. En effet, en plus de reconnaître le caractère collectif de la création, la loi-type impose de requérir le consentement préalable et éclairé des détenteurs des expressions avant toute utilisation de celles-ci. Tous ceux qui souhaiteraient exploiter les expressions des tatouages traditionnels devraient donc demander l'autorisation aux dépositaires de celles-ci. C'est le cas s'ils veulent fixer les tatouages traditionnels par un procédé tel que la

²²⁴ Article 7.5 du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*

photographie ou un film²²⁵. Cela permettrait d'éviter, par exemple, la reproduction, dans un magazine, des photographies de mode de mannequins arborant sur leurs visages des tatouages traditionnels. On ne peut inmanquablement penser à l'exemple des mannequins de Jean-Paul Gaultier. Avec une telle disposition, ce cas aurait pu être évité. C'est le cas également s'ils veulent diffuser les expressions culturelles traditionnelles au public par tout moyen de communication comme le câble²²⁶. Dans ce contexte, on peut imaginer que cela s'applique également aux jeux vidéo. L'exemple d'appropriation donnée en introduction sur le jeu vidéo *Cyberpunk 2077* aurait donc pu, là aussi, être évité si l'État concerné avait intégré de telles dispositions dans sa législation nationale. De cette façon, les gardiens des tatouages traditionnels pourraient contrôler les actions des tiers, permettant *de facto* de lutter contre toute appropriation culturelle.

De même, en cas d'autorisation leur part, le tiers entendant utiliser l'expression devra en spécifier les sources. Par exemple, un documentaire filmant les tatouages traditionnels dont les peuples et communautés autochtones sont dépositaires devrait préciser qui sont les détenteurs de ceux-ci (c'est-à-dire quel[le] peuple, communauté, clan) et/ou le lieu géographique d'où ils proviennent.

Par ailleurs, si les tiers entendent créer une œuvre dérivée d'une expression culturelle traditionnelle, ils devront demander l'autorisation aux dépositaires de celle-ci. Or, de telles reproductions arrivent fréquemment en matière de tatouages traditionnels. Ainsi, les individus ayant créés une œuvre nouvelle à partir d'un tatouage traditionnel, en reprenant et adaptant un symbole, dessin ou motif, devra demander l'autorisation des dépositaires. En cas d'exploitation commerciale, les individus devront conclure un accord avec eux et prévoir à la fois le partage des bénéfices et l'identification des dépositaires. Dans ce cas, ce qui s'est passé dans l'affaire *Whitmill c/ Warner Bros* aurait pu être évité : l'artiste tatoueur aurait été dans l'obligation de consulter les maoris, qui auraient pu en retour percevoir un partage des bénéfices (en cas d'accord initial de leur part).

²²⁵ Article 7.2 f) du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*

²²⁶ Article 7.2 d) du *Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture*

En conséquence, le Cadre régional du Pacifique prévoit un certain nombre de dispositions intéressantes permettant la protection des tatouages traditionnels. Nombreux sont les États nationaux qui pourraient s'en inspirer dans la protection des savoirs et expressions culturelles des peuples et communautés autochtones vivant sur leur territoire. Des telles dispositions pourraient venir enrichir un droit d'auteur lacunaire et consacrer la protection des tatouages traditionnels.

1.1.3. Une source d'inspiration : le cas des samoans du Pacifique

Les samoans, peuple autochtone du Pacifique, ont indiqué souhaiter s'inspirer de ce Cadre afin d'établir une législation nationale protectrice de leurs tatouages traditionnels²²⁷ : le *tatau*. En effet, la Commission de réforme de la législation de Samoa travaille actuellement à l'élaboration d'une législation nationale sur la protection des savoirs et expressions traditionnelles²²⁸. Les détenteurs des savoirs traditionnels du tatouage samoan, appelés les *tufuga*, entendent donc être titulaires de droits reposant sur leurs expressions culturelles traditionnelles. Depuis des temps immémoriaux, les *tufuga* sont les spécialistes du tatouage samoan, organisés en « familles » de façon hiérarchique²²⁹. Ils disposent donc d'un savoir du tatouage qui leur est propre, avec des techniques spécifiques à chaque clan. À l'origine, le tatouage était, pour eux, « un rite de passage à l'âge adulte qui se déroulait sur plusieurs jours, souvent accompagnés de fêtes et de célébrations »²³⁰. Aujourd'hui, cependant, il est synonyme d'identité, et ils envisagent donc une protection juridique de leurs savoirs et expressions culturelles relatifs aux tatouages. En ce sens, les samoans désirent protéger ces pratiques de « ceux qui n'ont aucune connaissance/étiquette de la culture et de la signification sacrée du *Tatau* et du *Malu* »²³¹ afin d'empêcher ceux-ci

²²⁷ OMPI, UNESCO, CS38-v1.0-FR, « Étude de cas : le tatau », texte adapté pour l'atelier de l'UNESCO à partir de l'article de Miranda Forsyth intitulé « Lifting the lid on 'the community': Who has the right to control access to traditional knowledge and expressions of culture? *International Journal of Cultural Property*, 2012, vol. 19, n° 1, En ligne : <<https://ich.unesco.org/doc/src/32617-FR.pdf>>, p. 3

²²⁸ Miranda Forsyth, « Lifting the lid on 'the community': Who has the right to control access to traditional knowledge and expressions of culture? » (2012) *International Journal of Cultural Property*, vol. 19, n° 1, p. 6

²²⁹ OMPI, UNESCO, CS38-v1.0-FR, *op.cit.*, p. 1 ; Document OMC WT/TPR/M/386, « Examen des politiques commerciales – Samoa », 11 juin 2019, p. 34, 5.30

²³⁰ OMPI, UNESCO, CS38-v1.0-FR, *op.cit.*, p. 1

²³¹ *Ibid.*, p. 2

« d’acquérir ces tatouages traditionnels »²³² puisqu’ils sont « tous codétenteurs de cette propriété intellectuelle et culturelle »²³³. Ils souhaitent donc pouvoir contrôler l’exploitation à la fois de leurs savoirs, mais aussi de leurs expressions, c’est-à-dire contrôler qui a le droit d’exercer la pratique, l’art du tatouage, ainsi que de revendiquer les symboles et dessins qui en résultent.

Les législations nationales française et canadienne en droit d’auteur pourraient s’inspirer de ce Cadre pour la protection des tatouages traditionnels des peuples et communautés autochtones. Les États nationaux pourraient adapter leur droit positif par le biais de dispositions dérogatoires ou encore promulguer cette loi-type, et de ce fait, mettre en place un régime spécial de protection. Il s’agit d’un des systèmes *sui generis* les plus intéressants en ce qui concerne la protection juridique du tatouage traditionnel. Cependant, il dépend de la volonté des États de l’appliquer ou d’en appliquer les dispositions. S’il s’avère attrayant, son impact en termes de protection est donc limité si aucun État national n’entend le consacrer. Toutefois, ce n’est pas le cas ici, puisque les samoans ont exprimé le désir de s’en inspirer. Il constitue donc une réelle piste de protection à explorer.

La loi de Panama, régime *sui generis* autonome, peut également fournir des pistes de réflexion en termes de protection des expressions culturelles traditionnelles.

1.2. La loi de Panama : un régime spécial de propriété intellectuelle présentant des limites

Le Panama a mis en place un régime spécial de propriété intellectuelle consacrant des droits collectifs autochtones au profit des peuples et communautés autochtones. À l’heure actuelle, il s’agit du seul État national à avoir consacré une loi *sui generis* pour la

²³² OMPI, UNESCO, CS38-v1.0-FR, « Étude de cas : le tatau », texte adapté pour l’atelier de l’UNESCO à partir de l’article de Miranda Forsyth intitulé « Lifting the lid on ‘the community’: Who has the right to control access to traditional knowledge and expressions of culture? *International Journal of Cultural Property*, 2012, vol. 19, n° 1, En ligne : <<https://ich.unesco.org/doc/src/32617-FR.pdf>>, p. 2

²³³ *Ibid*, p. 3

protection des expressions culturelles traditionnelles²³⁴. Toutefois, comme nous le développerons par la suite, la Nouvelle-Calédonie, territoire ultramarin français, a élaboré un projet de loi du pays destiné à protéger les savoirs et expressions du peuple kanak.

Mis en place par la loi du Panama de 2000 et son décret d'application de 2001, le régime panaméen de propriété intellectuelle a pour objectif de protéger les savoirs et expressions traditionnelles des peuples et communautés autochtones, afin de préserver leur identité culturelle. En ce sens, cette loi entend protéger « les droits collectifs de propriété intellectuelle »²³⁵ afin de mettre en place une « justice sociale »²³⁶ et de respecter « l'aspect socioculturel des cultures autochtones »²³⁷. La loi consacrée veille donc au respect du patrimoine culturel dans sa forme la plus pure (collective).

En ce sens, la loi vient explicitement consacrer la protection des « éléments culturels issus de leur histoire, de leur musique, de leur art et de leurs expressions artistiques traditionnelles »²³⁸. De façon plus large, il s'agit de prévoir la protection de leur patrimoine culturel immatériel comme par exemple de leurs coutumes, de leurs traditions, de leurs expressions culturelles traditionnelles...²³⁹. Ainsi, la protection consacrée par la loi est particulièrement large, en ce qu'elle vient protéger les expressions culturelles traditionnelles dans ses formes tangibles et intangibles.

Par ailleurs, les droits d'auteur seraient reconnus aux dépositaires des expressions culturelles. La loi vient en effet expressément exclure de la protection les tiers qui ne seraient pas les gardiens de ces valeurs. En effet, l'article 2 de la présente loi dispose que les savoirs et expressions culturelles traditionnelles « ne peuvent être soumis à aucun droit exclusif détenu par des tiers non autorisés au titre du système de propriété

²³⁴ Kilian Bizer, « Sui Generis Rights on Cultural Property – an Introduction », dans Kilian Bizer, Matthias Lankau, Gerald Spindler et Philipp Zimbehl, *Sui generis Rechte zum Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksweisen*, Göttingen, Göttingen University Press, 2013, p. 6

²³⁵ Article 1 de la loi n° 20 du 26 juin 2000

²³⁶ Article 1 de la loi n° 20 du 26 juin 2000

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Article 2 de la loi n° 20 du 26 juin 2000

intellectuelle »²⁴⁰. Une telle disposition permet donc, en tout hypothèse, d'empêcher l'exploitation commerciale de leurs ressources par des tiers.

Ce régime vient également créer un système d'enregistrement des droits collectifs portant sur les savoirs et expressions culturelles traditionnelles. L'enregistrement se fait, soit auprès de la Direction générale de l'enregistrement de la propriété industrielle (DIGERPI) pour les savoirs traditionnels, soit auprès de la Direction nationale du droit d'auteur²⁴¹ pour les expressions culturelles traditionnelles. À ce titre, un service spécial a été créé au sein de la DIGERPI : il s'agit du « Département des droits collectifs et des expressions folkloriques »²⁴². Ce service pour mission d'approuver les demandes d'enregistrement et de les répertorier. Par ailleurs, la loi fait référence à l'aspect économique, patrimoniale de la protection : elle indique à cet effet que la présente loi protège les « expressions artistiques traditionnelles pouvant donner lieu à un usage commercial grâce à un système spécial d'enregistrement, de promotion et de commercialisation de leurs droits »²⁴³.

L'enregistrement viendrait donc assurer la protection des savoirs et expressions culturelles traditionnelles en les répertoriant et en attribuant des droits collectifs de propriété intellectuelle à leurs détenteurs. En effet, conformément à l'article 15 de la loi :

Les droits d'usage et de commercialisation de l'art, des artisanats et d'autres expressions culturelles fondées sur la tradition des peuples autochtones sont régis par le règlement de chaque peuple autochtone, approuvés et enregistrés par la DIGERPI ou par la Direction nationale du droit d'auteur du Ministère de l'éducation, selon le cas.

En ce sens, les peuples autochtones sont intégrés dans le processus puisque la commercialisation et l'utilisation de leurs expressions seront régis par le règlement de chaque peuple autochtone.

²⁴⁰ Article 2 de la loi n° 20 du 26 juin 2000

²⁴¹ Article 4 de la loi n° 20 du 26 juin 2000

²⁴² Article 7 de la loi n° 20 du 26 juin 2000

²⁴³ Article 1 de la loi n° 20 du 26 juin 2000

De ce fait, les États nationaux pourraient suivre cet exemple en consacrant une loi spécifique venant protéger les savoirs et expressions. Ils pourraient prévoir à cet effet l'octroi de droits collectifs de propriété intellectuelle aux détenteurs et un système d'enregistrement des savoirs et des expressions à protéger. En ce sens, il pourrait adapter cette loi à la protection spécifique du tatouage traditionnel.

Cependant, pour Anita Mattes, ce système ne serait en réalité pas très performant en termes de protection : « à première vue, ce système semble relativement efficace et juste dans la mesure où il envisage la protection des droits collectifs des communautés traditionnelles. Pourtant, en pratique, il présente des lacunes qui conduisent à réduire l'efficacité de la protection »²⁴⁴. En effet, cette loi rejoint plutôt une conception occidentale qu'holistique en ce qu'elle enjoint une classification d'objets susceptibles d'être commercialisés. La portée de la loi, si elle peut servir de piste de réflexion, reste donc limitée.

Ce régime spécial est donc moins intéressant à développer en ce qui concerne la protection des savoirs et expressions (et donc du tatouage traditionnel) que le Cadre régional du Pacifique. La loi limite la protection dans son objet par une énumération d'objets protégés (des vêtements traditionnels). Il semble donc moins enclin à protéger de façon spécifique le tatouage traditionnel et devra en ce sens être adapté. L'idée de l'enregistrement des savoirs et expressions pourrait cependant être reprise et adaptée aux tatouages traditionnels, qui se retrouvent dans ces deux catégories. Il s'agit d'une disposition innovante par rapport au Cadre régional qui ne prévoit pas un tel système. En tout état de cause, il s'agit d'un régime intéressant à mentionner lorsque l'on recherche la protection du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones, en ce qu'il prévoit un régime distinct de protection des savoirs et expressions, ce qui n'est pas le cas dans tous les pays du globe.

²⁴⁴ Anita Mattes, *La protection de la culture des communautés traditionnelles : réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien et du droit international*, thèse de l'Université Paris-Saclay, 14 juin 2017, p. 310

Maintenant que nous avons vu les régimes autonomes (régional et national) de protection, il convient d'aborder les aménagements opérés par les États dans leur législation nationale. On peut citer en ce sens les aménagements faits par certains pays d'Afrique, qui se sont inspirés de *l'Accord de Bangui* dans leurs dispositions *sui generis* en droit d'auteur.

2. *L'adaptation des législations nationales en droit d'auteur : l'exemple des pays d'Afrique*

Il est également possible pour les pays de venir protéger les savoirs et expressions des peuples et communautés autochtones en venant consacrer des dispositions spéciales en droit positif. Opter pour une telle solution permet une protection directe des expressions culturelles traditionnelles.

À ce titre, certains pays africains ont fait le choix d'adapter leur législation nationale afin de tenir compte des besoins particuliers des peuples et communautés autochtones au regard de la protection de leur patrimoine culturel immatériel. En effet, *l'Accord de Bangui*, révisé en 1999,²⁴⁵ est venu instituer l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI). Cet accord constitue la « loi supranationale des États membres » de l'OAPI²⁴⁶ et, à ce titre, prévoit directement la protection des expressions culturelles traditionnelles. Il s'agit d'un système *sui generis* régional qui a influencé les pays africains dans l'élaboration de leur loi sur le droit d'auteur. En effet, grâce à *l'Accord de Bangui*, le Maroc, la Tunisie, et l'Algérie ont adopté une législation respectueuse des besoins particuliers des dépositaires d'œuvres traditionnelles. Ils sont donc venus explicitement consacrer la protection des expressions culturelles traditionnelles, ce que ne fait pas la plupart des législations du globe (2.1.).

À ce titre, leur législation s'éloigne du droit d'auteur classique en ce qu'elle prévoit des dispositions *sui generis* permettant une meilleure protection des expressions culturelles

²⁴⁵ Accord portant révision de l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle, 24 février 1999, (entrée en vigueur : 28 février 2002)

²⁴⁶ Nicole Matip, Koutouki Konstantia, « La protection juridique du folklore dans les États membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle » (2018) *Revue québécoise de droit international*, vol. 21, n° 1, p. 243

traditionnelles. Les dispositions nationales du droit d'auteur sont donc aménagées afin de tenir compte des spécificités des œuvres issues du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones. On peut donc à ce titre évoquer le système d'autorisation préalable (2.2.) et le système de contrôle *a posteriori* (2.3.), mesures destinées à assurer la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles. De telles solutions sont intéressantes à mentionner puisque d'autres États pourraient s'en inspirer afin de mieux protéger les besoins des peuples et communautés autochtones. On pourrait donc imaginer une protection des tatouages traditionnels par ce biais : il va donc s'agir d'analyser la pertinence de ces dispositions pour la protection du tatouage traditionnel (2.4.).

2.1. La reconnaissance explicite de la protection des expressions culturelles traditionnelles et/ou de ses œuvres dérivées par le droit d'auteur

Les législations nationales sur le droit d'auteur de certains pays d'Afrique ont été aménagées afin d'assurer la protection directe des expressions culturelles traditionnelles et/ou de leurs œuvres dérivées. C'est le cas de la Tunisie (2.1.1.), du Maroc (2.1.2.) et de l'Algérie (2.1.3.). En ce sens, le législateur est venu consacrer de façon explicite les contours de la protection et définir les termes clés, ce que pourrait faire d'autres pays dépositaires d'un patrimoine culturel riche.

2.1.1. La Tunisie et sa législation en droit d'auteur

La loi tunisienne relative à la propriété littéraire et artistique²⁴⁷ consacre explicitement la protection des expressions culturelles traditionnelles dérivées. En effet, son article 1 dispose que « le droit d'auteur couvre toute œuvre originale littéraire, scientifique ou artistique [...]. Parmi les œuvres concernées par le droit d'auteur : [il y a] les œuvres inspirées du folklore ». La loi tunisienne protège les expressions culturelles dans leur forme nouvelle, c'est-à-dire celles qui se sont inspirées d'une œuvre traditionnelle. Les expressions culturelles *stricto sensu* ne pourraient donc pas faire l'objet d'une protection

²⁴⁷ Loi n° 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique

par le droit d'auteur tunisien. Il ne s'agit en ce sens pas d'une protection complète. La loi tunisienne entend également définir la notion d'expression culturelle : il s'agit de « tout patrimoine artistique légué par les générations antérieures et qui soit lié aux coutumes et aux traditions et à tout aspect de création populaire »²⁴⁸. En ce sens, le tatouage traditionnel pourrait entrer dans son champ d'application.

2.1.2. Le Maroc et sa législation en droit d'auteur

La loi marocaine n°02-2000 relative aux droits d'auteur et droits voisins prévoit quant à elle la protection explicite des expressions culturelles traditionnelles et des œuvres qui en sont dérivées : la protection y est ici complète puisqu'elle couvre les expressions tant dans leurs formes anciennes que contemporaines. En effet, la loi marocaine s'applique « aux œuvres littéraires et artistiques [...] qui sont des créations intellectuelles originales dans le domaine littéraire et artistique, telles que : [...] les expressions du folklore et les œuvres inspirées du folklore »²⁴⁹. La loi marocaine prévoit donc une protection plus large que la loi tunisienne.

La loi vient également définir les expressions culturelles traditionnelles comme étant les « productions d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et conservé sur le territoire du Royaume du Maroc par une communauté ou par des individus reconnus comme répondant aux attentes artistiques traditionnelles de cette communauté »²⁵⁰. Cela comprend « les productions des arts populaires, telles que les dessins »²⁵¹. On pourrait donc imaginer une protection des tatouages à travers cette loi. En effet, le tatouage traditionnel est un art s'exprimant dans une œuvre visuelle, un dessin, un motif. Il peut donc être interprété comme étant dans le champ d'application de la loi marocaine. Cela s'applique à ses versions anciennes comme récentes. En effet, la loi vient également définir ce qui est entendu par œuvre inspirée d'une expression culturelle

²⁴⁸ Article 7 de la loi tunisienne relative à la propriété littéraire et artistique

²⁴⁹ Article 3 de la loi marocaine relative aux droits d'auteur et droits voisins

²⁵⁰ Article 1, 10) de la loi marocaine relative aux droits d'auteur et droits voisins

²⁵¹ Article 1, 10) et d) de la loi marocaine relative aux droits d'auteur et droits voisins

traditionnelle : il s'agit d'une « œuvre composée à l'aide d'éléments empruntés au patrimoine culturel traditionnel marocain »²⁵².

Le Maroc prévoit lui aussi la protection des expressions culturelles traditionnelles et les œuvres qui en sont dérivées contre un certain nombre d'utilisations, en cas d'exploitation commerciale ou d'utilisation hors du contexte traditionnel. L'article 7 alinéa 1 de la loi marocaine sur le droit d'auteur dispose à cet effet :

Les expressions du folklore sont protégées pour les utilisations suivantes, lorsque celles-ci ont un but commercial ou se situent hors du cadre traditionnel ou coutumier :

- a) la reproduction ;
- b) la communication au public par représentation, interprétation ou exécution, radiodiffusion ou transmission par câble ou par tout autre moyen ;
- c) l'adaptation, la traduction ou toute autre modification ;

En conséquence, la loi marocaine sur le droit d'auteur permet la protection tant des œuvres préexistantes que dérivées contre un certain nombre de situations.

2.1.3. L'Algérie et sa législation en droit d'auteur

L'Algérie a également prévu la protection explicite des expressions culturelles traditionnelles. En effet, l'article 8 de l'Ordonnance n°03-05 du 19 juillet 2003 relative à la protection des droits d'auteur et droits voisins dispose en ces termes : « bénéficient de la protection spécifique prévue par les dispositions de la présente ordonnance les œuvres du patrimoine culturel traditionnel et les œuvres nationales tombées dans le domaine public ». En plus de reconnaître la protection explicite des œuvres issues du patrimoine traditionnel, l'Ordonnance entend protéger les œuvres tombées dans le domaine public. Cela permettrait donc une protection des expressions culturelles traditionnelles *stricto sensu*, qui sont tombées dans le domaine public de par leur ancienneté. Toutefois, à l'inverse des autres législations où le tatouage traditionnel pourrait, par hypothèse, être protégé, ici le champ

²⁵² Article 1, 11) de la loi marocaine relative aux droits d'auteur et droits voisins

d'application est plus réduit. L'article 8 vient en effet lister les « œuvres du patrimoine culturel traditionnel » bénéficiant de la protection :

- les œuvres de la musique classique traditionnelle ;
- les œuvres musicales et chansons populaires ;
- les expressions populaires, produites, développées et perpétuées au sein de la communauté nationale et caractéristiques de la culture traditionnelle du pays ;
- les contes, la poésie, les danses et les spectacles populaires ;
- les ouvrages d'art populaire comme le dessin, la peinture, la ciselure, la sculpture, la poterie et la mosaïque ;
- les travaux sur objets métalliques, bois, bijoux, vannerie et les travaux d'aiguilles, tapis et textiles.

Le tatouage traditionnel ne fait donc pas figure d'œuvre du patrimoine culturel traditionnel au sens de la législation algérienne. Toutefois, celle-ci prévoit la protection des œuvres « littéraires ou artistiques »²⁵³ tombées dans le domaine public. En ce sens, on pourrait éventuellement admettre la protection des tatouages traditionnels *stricto sensu*, qui sont des œuvres artistiques tombées dans le domaine public.

2.2. La mise en place d'un système d'autorisation préalable en tant que complément de protection

Prévoir un système d'autorisation préalable avant d'exploiter une œuvre issue du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones est une solution qui a été avancée afin de permettre une meilleure protection des expressions culturelles traditionnelles. En ce sens, la Tunisie et le Maroc ont consacré ce système dans leur législation nationale sur le droit d'auteur. Ce système s'applique en cas d'exploitation commerciale de l'expression culturelle traditionnelle (2.2.1.) et en cas d'octroi de licence ou cessions des droits d'auteur reposant sur celle-ci (2.2.2.).

²⁵³ Article 8 de l'Ordonnance algérienne n°03-05 du 19 juillet 2003

2.2.1. Une autorisation nécessaire en cas d'exploitation commerciale de l'expression culturelle traditionnelle

Afin d'assurer la protection des expressions culturelles traditionnelles, le législateur peut décider de mettre en place un système d'autorisation préalable. La mise en place de ce système sous-tend de demander l'autorisation à l'organe compétent avant d'utiliser l'expression culturelle traditionnelle concernée, notamment lorsque l'utilisation se veut commerciale.

Ce système a été consacré par la Tunisie. En effet, l'article 7 de la loi tunisienne, pris en son alinéa premier, dispose que :

Le folklore fait partie du patrimoine national, et chaque transcription du folklore en vue de son exploitation lucrative nécessite une autorisation du ministère chargé de la culture moyennant le paiement d'une redevance au profit de la caisse sociale de l'organisme chargé de la protection des droits d'auteur créée en vertu de cette loi.

En ce sens, l'autorisation du Ministère est obligatoire avant de pouvoir produire et exploiter une œuvre inspirée de la tradition. Si l'exploitation est lucrative, le versement d'une redevance est obligatoire. La législation tunisienne sur le droit d'auteur est donc venue tenir compte de la nature particulière des expressions culturelles traditionnelles, en imposant la consultation du Ministère avant toute production de celles-ci et en imposant le versement d'une redevance en cas d'exploitation commerciale. Une telle protection a été mise en place afin « d'empêcher toute exploitation abusive et de permettre une protection adéquate de ce patrimoine culturel appelé folklore qui constitue [...] un héritage culturel intimement lié à la personnalité propre de chaque peuple »²⁵⁴. L'intérêt est donc de protéger l'identité des peuples et communautés autochtones dépositaires de ces expressions.

Toutefois, on peut s'interroger sur le fait qu'une telle autorisation soit demandée au Ministère chargé de la culture, et non aux communautés qui en sont directement les

²⁵⁴ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3, « Synthèse comparative des législations *sui generis* pour la protection des expressions culturelles traditionnelles », 29 mars 2002, Annexe, p. 1, tableau comparatif

détentrices. De même, la redevance entend être versée à la caisse sociale de l'organisme chargé de la protection des droits d'auteur. Si une telle législation veut assurer la protection des expressions culturelles traditionnelles, l'intérêt est limité si ce n'est pas les communautés qui en bénéficient directement. Il faudrait peut-être adapter cette solution en intégrant mieux les peuples et communautés détentrices des expressions dans le processus d'autorisation.

2.2.2. Une autorisation nécessaire en cas d'octroi de licences exclusives et de cessation des droits d'auteur

Les législations marocaine et tunisienne prévoient également l'obligation de demander l'autorisation de l'organe compétent avant d'octroyer une licence exclusive ou de céder, partiellement ou totalement, les droits d'auteur d'une œuvre inspirée de la tradition. C'est ce qu'indique respectivement la loi marocaine et la loi tunisienne :

La cession totale ou partielle du droit d'auteur sur une œuvre inspirée du folklore, ou la licence exclusive portant sur une telle œuvre, n'est valable que si elle a reçu l'agrément de l'organisme chargé de la protection du droit d'auteur et des droits voisins²⁵⁵.

Une autorisation du ministère chargé de la culture est également exigée pour la production d'œuvres inspirées du folklore ainsi que dans le cas de cession totale ou partielle du droit d'auteur sur une œuvre inspirée du folklore ou la licence exclusive portant sur une telle œuvre²⁵⁶.

Par ailleurs, au Maroc, toute personne qui utiliserait une expression culturelle traditionnelle s'en avoir informé l'organisme compétent et avoir demandé l'autorisation se rendrait coupable d'une infraction. À ce titre, il s'exposerait à des dommages et intérêts, à des injonctions ou à toute autre réparation que le tribunal pourra juger approprié en l'espèce²⁵⁷.

²⁵⁵ Article 39 de la loi marocaine relative aux droits d'auteur et droits voisins

²⁵⁶ Article 7, 2) de la loi tunisienne relative à la propriété littéraire et artistique

²⁵⁷ Article 63 de la loi marocaine relative aux droits d'auteur et droits voisins

En conséquence, un système d'autorisation préalable a été mis en place dans certains pays africain afin de venir encadrer l'utilisation des œuvres traditionnelles. Ils sont donc venus imposer un système d'autorisation préalable, notamment lorsque l'œuvre est destinée à être exploité commercialement, avec parfois le versement d'une redevance. Il peut s'agir d'une piste à explorer afin de développer des législations nationales plus inclusives. Il s'agirait cependant d'adapter un tel système en fonction des besoins des peuples et communautés autochtones. Cette mesure peut être complétée par la mise en plus d'un système de contrôle *a posteriori*.

2.3. La mise en place d'un système du contrôle *a posteriori* en tant que complément de protection

Par ailleurs, un système de contrôle *a posteriori* peut être mis en place afin d'assurer un complément de protection. En ce sens, il s'agira de donner à un organe compétent le pouvoir de contrôler si l'exploitation des œuvres traditionnelles est appropriée en refusant ou suspendant les exploitations commerciales préjudiciables. Pour Nébila Mezghani, un tel système est utile « si le mécanisme de l'autorisation préalable à toute utilisation se révèle insuffisant »²⁵⁸. Dans ce cas, prévoir un système de contrôle *a posteriori* « permet de vérifier le respect, par tout usager, de l'intégrité des œuvres du patrimoine traditionnel et la préservation de leur authenticité »²⁵⁹. Il s'agit donc de préserver avant tout l'identité et l'authenticité des œuvres.

Ce système a été prévu en Algérie, l'organe compétent étant l'office national des droits d'auteur et des droits voisins.

²⁵⁸ Nébila Mezghani, conférence « La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel » - la majeure partie du texte de cette conférence a déjà fait l'objet d'une première publication dans un ouvrage publié : Nébila Mezghani, Marie Cornu, *Intérêt culturel et mondialisation* », Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, Éditions l'Harmattan, 2014, En ligne : <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kIK1YHIVQpMJ:atrip.org/wp-content/uploads/2016/06/Mezghani-ATRIP-PARMA-2006.doc+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=safari>>

²⁵⁹ *Ibid.*

En effet, les articles 139 et 141 de l'Ordonnance relative à la protection des droits d'auteur et droits voisins disposent, respectivement :

L'office national des droits d'auteur et des droits voisins a la charge de protéger les œuvres du domaine public et les œuvres du patrimoine culturel traditionnel.

L'office œuvre à contrôler l'exploitation appropriée des œuvres visées à l'article 139 de la présente ordonnance. Il a compétence de refuser ou suspendre toute exploitation dommageable.

Octroyer compétence à l'office national des droits d'auteur et des droits voisins est un système intéressant afin qu'ils suspendent les actions dommageables. Cela pourrait venir assurer une protection accrue des expressions culturelles traditionnelles.

2.4. Réflexion sur l'intérêt de ces dispositions pour la protection des tatouages traditionnels

Ces dispositions dérogatoires au droit commun sont intéressantes puisqu'elles permettent une protection renforcée des expressions culturelles par le biais d'un encadrement spécifique. Les États nationaux pourraient s'en aspirer, et prévoir de ce fait une protection directe des expressions culturelles traditionnelles. Toutefois, afin d'au mieux intégrer les tatouages traditionnels, il faudrait redéfinir les termes d'expressions culturelles traditionnelles. En ce sens, les États souhaitant reprendre ces systèmes d'autorisation préalable et de contrôle pourraient le faire en fonction de leurs besoins et de ceux des peuples et communautés autochtones vivant sur leur territoire. Ils pourraient prévoir leurs propres définitions, afin de faire entrer les éléments du patrimoine culturel souhaités dans le champ d'application de la loi. On pourrait par ce biais envisager directement la protection des tatouages traditionnels. Consacrer explicitement la protection du patrimoine dans la législation nationale est à cet effet une avancée vers une plus grande reconnaissance des besoins particuliers des peuples et communautés autochtones.

Une législation entendant protéger les expressions culturelles traditionnelles pourraient donc venir mettre en place ce système d'autorisation et de contrôle. Toutefois, il faudrait

plutôt requérir l'autorisation des peuples et communautés dépositaires du patrimoine, ou de leurs représentants, plutôt que de demander l'autorisation à un organe gouvernemental. Si l'idée de requérir l'autorisation n'est pas nouvelle (dans le Cadre régional du Pacifique, les peuples et communautés sont consultés et leur consentement préalable éclairé est requis avant toute utilisation du patrimoine), l'idée du contrôle, elle, est nouvelle. Elle peut être intéressante à développer et adapter en fonction du tatouage traditionnel. Ainsi, on pourrait imaginer un système de contrôle des expressions culturelles traditionnelles (et donc des tatouages) mis en œuvre par une commission de représentants des peuples et communautés autochtones. Ils pourraient contrôler l'usage fait de leurs tatouages et éventuellement demander la suspension des actions leur semblant dommageables.

En ce sens, on pourrait s'inspirer de la Nouvelle-Zélande et de sa loi de 2002 sur les marques²⁶⁰. La Nouvelle-Zélande a, comme les pays d'Afrique mentionnés, consacré des dispositions *sui generis* de protection adaptées à la nature du patrimoine culturel, en droit des marques cependant. La loi néo-zélandaise sur les marques vient établir un comité chargé de contrôler les expressions culturelles traditionnelles : il s'agit du Comité consultatif maori, composé de membres qualifiés au regard de leur connaissance du monde, des protocoles et de la culture maorie²⁶¹. Ceux-ci se prononcent sur les signes qui leur sont transmis : si une demande contient une marque qui est, ou semble être, dérivée d'un signe maori (incluant le texte et les images) ou susceptible d'offenser la communauté, alors ils doivent en aviser le commissaire²⁶². Le commissaire pourra dès lors interdire l'enregistrement ou l'usage de la marque concernée.

Si la protection du droit d'auteur est automatique, on pourrait repenser l'initiative néo-zélandaise en la fusionnant avec l'idée du système de contrôle *a posteriori* dégagé par l'Algérie. Un comité de contrôle, composé de représentants des peuples et communautés autochtones, pourrait venir contrôler l'usage fait de leurs expressions culturelles traditionnelles (et donc des tatouages). En cas d'atteinte à leur patrimoine, c'est-à-dire si un

²⁶⁰ New Zealand Trade Marks Act 2002 n° 49, 4 décembre 2002

²⁶¹ Article 179(2) du New Zealand Trade Marks Act 2002

²⁶² Article 178 du New Zealand Trade Marks Act 2002

tiers devient titulaire de droits d'auteur sur les expressions dont ils sont dépositaires, on pourrait imaginer que leur avis soit transmis à l'office national de droit d'auteur, qui déciderait ou non de suspendre l'action dommageable.

En conséquence et en tout état de cause, si les mesures mises en œuvre par la Tunisie, le Maroc et l'Algérie sont encourageantes, elles n'en demeurent pas moins insuffisantes en l'état. De plus, les lacunes inhérentes au droit d'auteur demeurent. Prévoir des mesures dérogatoires, s'il s'agit d'un premier pas vers la protection des expressions culturelles traditionnelles, ne suffit pas. De ce fait, la seule modification des lois nationales ne permet pas d'appréhender l'ensemble des difficultés juridiques qui émergent en termes de protection. Comme le souligne le Comité de l'OMPI, « il est pratiquement impossible de protéger totalement les expressions culturelles traditionnelles si l'on se contente de modifier les lois sur le droit d'auteur, car ce dernier, par sa nature même, ne se prête pas à leur protection »²⁶³. Il faut envisager d'autres mécanismes de protection.

On peut donc se tourner vers les solutions débattues à l'heure actuelle pour fixer la protection.

Chapitre 2 : *De lege ferenda* : les propositions de réglementation des expressions culturelles traditionnelles

D'autres solutions tenant compte de la nature spécifique du patrimoine culturel immatériel ont vu le jour, pouvant, si elles étaient appliquées, venir protéger les expressions culturelles traditionnelles, et, par analogie, les tatouages traditionnels. Cependant, ces propositions peuvent également se révéler difficiles à mettre en place en pratique et potentiellement inefficaces. Seront donc discutés les avantages, les limites et la pertinence de ces propositions. En tout état de cause, ces propositions peuvent servir de pistes de

²⁶³ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/3, « analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles », 2 mai 2003, Annexe, p. 54, §144

réflexion dans la consécration d'une protection des expressions culturelles traditionnelles par le droit d'auteur.

De ce fait, des propositions de réglementation ont émergé, tant au niveau international que national. En effet, la mise en place d'un instrument juridique international est évoquée, le Comité intergouvernemental de l'OMPI étant actuellement en négociation afin d'envisager un système unifié de protection des savoirs et expressions culturelles traditionnelles (1.). Par ailleurs, d'autres propositions de lois émanant d'États pourraient venir protéger de telles expressions. On peut en ce sens évoquer le projet de loi du pays de la Nouvelle-Calédonie visant à créer des droits de propriété intellectuelle collectifs (2.). D'autres concepts juridiques permettant de tenir compte des intérêts spécifiques autochtones sont également débattus comme, par exemple, la mise en place d'un domaine public payant (2.3).

1. Au niveau supranational : les projets de dispositions du Comité de OMPI, vers la consécration d'un droit sui generis international ?

Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI a été créé afin de mettre en place une « instance de réflexion »²⁶⁴ sur les thématiques de la reconnaissance et de la protection du patrimoine culturel immatériel. Elle entend en ce sens contribuer à la mise en place d'un instrument juridique international protecteur des savoirs et expressions des peuples et communautés autochtones. De ce fait et au fil des années, l'ICG a développé des projets de dispositions entendant assurer la protection des savoirs et expressions culturelles traditionnelles contre des actions non autorisées et illicites exécutées par des tiers. En effet, le Comité avait réclamé le développement de telles dispositions en mars 2004²⁶⁵. Ces projets constituent donc la synthèse des travaux menés par l'OMPI depuis, que cela soit une

²⁶⁴ Thomas Burelli, Courtney B. Doagoo, « Quel avenir pour les projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles développés par l'OMPI? » (2016) *CPI*, vol. 28, n° 1, p. 7

²⁶⁵ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), « Projets de dispositions et d'articles sur la protection des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels », En ligne : <https://www.wipo.int/tk/fr/igc/draft_provisions.html>, (Consulté le 26 avril 2021)

synthèse des commissions d'enquêtes, des rapports d'analyses des lacunes juridiques et politiques ou encore des consultations des États membres et représentants des peuples et communautés autochtones. Ces travaux ont donc été menés « en collaboration avec les gouvernements, les organisations intergouvernementales et non gouvernementales et de nombreuses parties prenantes du monde entier »²⁶⁶. En ce sens, les représentants des peuples et communautés autochtones ont été consultés afin qu'ils donnent leur avis sur la question. Toutefois, ceux-ci, s'ils sont consultés, ne peuvent pas participer aux débats²⁶⁷ et n'ont aucun pouvoir de décision ou de droits de vote²⁶⁸. Ils ne peuvent donc pas soumettre de propositions²⁶⁹. Cela semble quelque peu problématique puisqu'on envisage la protection de leur patrimoine culturel immatériel. En définitive, le Comité a considéré que les peuples et communautés autochtones étaient bien représentés par les États membres sur les territoires desquels ils se trouvent²⁷⁰.

De ces travaux, sont nés deux séries de dispositions : l'une est consacrée à la protection des expressions culturelles traditionnelles tandis que l'autre traite de la protection des savoirs traditionnels. Les questions juridiques et politiques ont donc été traitées séparément. Il convient toutefois de noter que, puisque les deux notions sont intrinsèquement liées, ces deux séries de dispositions sont complémentaires. À ce titre, si elles sont « prises ensemble, elles forment effectivement une conception globale de la protection »²⁷¹.

En conséquence, la proposition du Comité de l'OMPI conduirait à établir système *sui generis* international de protection des savoirs et expressions. De ce fait, si cet instrument voyait le jour, il pourrait conduire à la protection des tatouages traditionnels de façon complète, tant dans son versant « savoir » que dans son versant « expression ». Il viendrait en effet protéger un certain nombre d'éléments, d'œuvres issus du patrimoine culturel

²⁶⁶ Anita Mattes, *La protection de la culture des communautés traditionnelles : réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien et du droit international*, thèse de l'Université Paris-Saclay, 14 juin 2017, p. 251

²⁶⁷ *Ibid*, p. 253

²⁶⁸ *Ibid*, p.252

²⁶⁹ *Ibid*, p. 252

²⁷⁰ *Ibid*, p. 253

²⁷¹ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), « Projets de dispositions et d'articles sur la protection des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels », En ligne : <https://www.wipo.int/tk/fr/igc/draft_provisions.html>, (Consulté le 26 avril 2021)

immatériel des peuples et communautés autochtones. À cet effet, certains pays se sont positionnés favorablement à la mise en œuvre d'un instrument juridique international contraignant, comme le Sénégal, exprimant le point des pays d'Afrique,²⁷² et le Brésil²⁷³. Il convient donc d'évoquer brièvement son intérêt et ses limites.

Tout d'abord, ces projets proposent de définir les termes de « savoir traditionnel » et d'« expression culturelle traditionnelle ». Or, ces termes n'ont jamais fait l'objet d'une définition communément admise en droit international. Il existe à ce jour une pluralité de définitions en la matière, ce qui peut nuire à l'effectivité de la protection. Ainsi, aucun consensus n'a été trouvé à l'heure actuelle. L'absence de définition empêche pourtant la mise en place d'un cadre juridique protecteur. En effet, sans définition précise, la protection ne peut être qu'incertaine. Comme l'indiquaient Peter Drahos et Susy Frankel, « without definitions, the discipline of law treats itself as undefined and uncertain »²⁷⁴. En conséquence, on ne peut valablement prévoir la protection des savoirs et expressions si on ne les définit pas et si on ne s'accorde pas sur leur sens. Les séries de dispositions viendraient donc solutionner ce problème en prévoyant une définition, constituant *de facto* une avancée dans leur protection. Cela pourrait en effet permettre de fixer les bases de la protection. Pour Thomas Burelli et Courtney B. Doagoo, il s'agirait d'une « avancée majeure en droit international »²⁷⁵ puisqu'il pourrait s'agir des définitions de référence. De plus, d'autres termes clés seraient définis comme la notion de domaine public, d'appropriation illicite ou encore d'utilisation abusive.

²⁷² Pour eux, « seule l'adoption d'un instrument international juridiquement contraignant pouvait garantir la protection effective du folklore, des savoirs traditionnels et des ressources génétiques des communautés autochtones et locales des États membres », Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/14/12, « Rapport », 1^{er} octobre 2009, p. 5-6, §13

²⁷³ Pour le Brésil, « un instrument international juridiquement contraignant accentuerait la légitimité du système de propriété intellectuelle et élargirait la participation des pays en développement en leur permettant de protéger les seuls actifs incorporels qu'ils détenaient et d'en tirer profit », Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/14/12, « Rapport », 1^{er} octobre 2009, p. 12, §26

²⁷⁴ Peter Drahos, Susy Frankel, « Indigenous Peoples' Innovation and Intellectual Property : The Issues », dans Peter Drahos et Susy Frankel, dir, *Indigenous Peoples' Innovation : Intellectual Property Pathways to Development*, Canberra, Australian National University, 2012, p. 29 à 41, cité par Thomas Burelli, Courtney B. Doagoo, « Quel avenir pour les projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles développés par l'OMPI ? » (2016) *CPI*, vol. 28, n° 1, p. 11

²⁷⁵ Thomas Burelli, Courtney B. Doagoo, « Quel avenir pour les projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles développés par l'OMPI ? » (2016) *CPI*, vol. 28, n° 1, p. 15

Toutefois, cet apport est en réalité à relativiser. En effet, les négociations menées par le Comité démontrent qu'ils existent en réalité « différentes visions du monde du patrimoine culturel immatériel »²⁷⁶. En ce sens, l'approche du Comité dans l'élaboration de ses définitions témoigne de cette difficulté : un certain nombre de mots ou expressions ont été laissés entre crochets en raison de l'absence de consensus sur les mots employés. Si le Comité veut prétendre à une protection internationale des savoirs et expressions, ces crochets doivent disparaître, ce qui n'est pas chose aisée.

Par ailleurs, le champ d'application des notions de « savoirs traditionnels » et d' « expressions culturelles traditionnelles » est défini de façon précise et détaillée afin de déterminer ce qui seraient appréhendé par elles. En d'autres termes, les séries de dispositions viendraient fixer les contours des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles protégées sur trois niveaux. L'objectif est donc de détailler l'ensemble des éléments pouvant être reconnu comme savoir et expression, afin de pouvoir en caractériser la protection. Il s'agit des trois catégories suivantes²⁷⁷ :

- a. Des savoirs et des ECT [[sacré]/[sacrés],] [[secret]/[secrets]] ou [est]/[sont] [connu]/[connus] [étroitement [lié]/[liés] à des [peuples autochtones] ou des communautés autochtones et locales.
- b. Des savoirs et des ECT [[détenu]/[détenus],] [[préservé]/[préservés],] [utilisé]/[utilisés] [et]/[ou] [développé]/[développés] par des [peuples] autochtones ou des communautés locales et [est]/[sont] librement [accessible]/[accessibles], [mais [n'est]/ [ne sont] ni largement [diffusé]/[diffusés], [ni [sacré]/[sacrés],] [ni [secret]/[secrets],]
- c. Des savoirs et des ECT [largement [diffusé]/[diffusés], [et [est tombé]/[sont tombés] dans le domaine public]] [n'est pas visé par les alinéas 2 ou 3] et [est protégé]/[sont protégés] en vertu de la législation nationale

²⁷⁶ Thomas Burelli, Courtney B. Doagoo, « Quel avenir pour les projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles développés par l'OMPI ? » (2016) *CPI*, vol. 28, n° 1, p. 10-11

²⁷⁷ Projets de dispositions et d'articles sur la protection des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels du Comité de l'OMPI, cité par Thomas Burelli, Courtney B. Doagoo, « Quel avenir pour les projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles développés par l'OMPI ? » (2016) *CPI*, vol. 28, n° 1, p. 34

Toutefois, cela ne semble pas facile à mettre en place en pratique. Pour Thomas Burelli et Courtney B. Doagoo, il s'agit même d'une « tentative périlleuse »²⁷⁸. En effet, pour eux, se mêle plusieurs enjeux : « la nature et le statut intrinsèques des savoirs et des ECT [expressions culturelles traditionnelles] du point de vue des communautés, les événements passés qui ont contribué à la divulgation et la diffusion de certains savoirs et ECT et, enfin, l'application des concepts et principes de la propriété intellectuelle occidentale »²⁷⁹. Par conséquent, catégoriser les savoirs et expressions sur trois niveaux protégeables semble compliqué et ne pourra peut-être pas se concrétiser sans que des « compromis parfois importants vis-à-vis d'un ou plusieurs de ces enjeux »²⁸⁰ ne soient pris.

En outre, des options de protection seraient envisagées, qui diffèrent selon la catégorie du savoir ou de l'expression protégée. Cela passerait donc par un certain nombre d'engagements pris par les États et relatifs à la protection, engagements dépendants de la catégorie du savoir ou de l'expression protégé. Cela peut également tenir en l'obligation de prévoir un encadrement spécifique. Le système est donc relativement complexe, et semble difficile à mettre en œuvre en pratique. Par ailleurs, il induit une hiérarchie dans la protection, des savoirs et expressions qui devraient être protégés de façon plus importante que d'autres, ce qui semble questionnable.

De même, il appartiendrait aux États de fixer une limite en ce qui concerne la durée de protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles. Or, les peuples et communautés autochtones ne comprennent parfois pas que la protection de leur patrimoine culturel immatériel, collectif et transgénérationnel, soit limité dans le temps. Ainsi, si une minorité est favorable à l'idée que les œuvres aient une durée limitée, tombant dans le domaine public afin qu'une revitalisation de la culture soit possible, ce n'est pas la pensée de la majorité²⁸¹. En ce sens, pour Janet Blake, « il est indispensable que, quel que

²⁷⁸ Thomas Burelli, Courtney B. Doagoo, « Quel avenir pour les projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles développés par l'OMPI ? » (2016) *CPI*, vol. 28, n° 1, p. 35

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Anita Mattes, *La protection de la culture des communautés traditionnelles : réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien et du droit international*, thèse de l'Université Paris-Saclay, 14 juin 2017, p. 223

soit le type de protection accordée à un patrimoine de ce genre, il soit concédé à perpétuité pour empêcher ce patrimoine de tomber dans le domaine public »²⁸². Prévoir une limite de protection est donc en définitive quelque peu problématique si l'on entend protéger le patrimoine des peuples et communautés autochtones. Seule une protection perpétuelle des savoirs et expressions culturelles traditionnelles pourraient venir protéger convenablement ce patrimoine.

Enfin, la question du droit coutumier n'a pas été abordé par le Comité dans le cadre de cette série de dispositions. Or, les peuples et communautés autochtones entendent voir reconnaître leur système coutumier car celui-ci, conçu par eux et pour eux, prennent réellement en compte leurs intérêts et la nature de leur patrimoine Il faudrait donc tenir compte du droit coutumier des peuples et communautés autochtones si l'on veut élaborer un cadre juridique protecteur et des solutions de protection qu'il apporte. Ce qui a été complètement laissé de côté par le Comité de l'OMPI dans le cadre de ces séries de dispositions. Ainsi, les australiens, réclamant une protection *sui generis* de leurs savoirs et expressions traditionnels²⁸³, enjoignent à la reconnaissance de leurs droits et de leur système coutumier :

This means not only recognizing the uniqueness of Indigenous culture but also respecting it and understanding that Indigenous knowledge and Western knowledge are two parallel systems of innovation. Furthermore, it must be recognized that Indigenous customary laws and the existing Australian legal system are two parallel systems of law, both of which need to be given proper weight and recognition²⁸⁴.

Le droit coutumier doit donc constituer une piste à explorer en termes de protection des savoirs et expressions culturelles traditionnelles. En effet, pour certains auteurs, « le droit et

²⁸² Janet Blake, *Élaboration d'un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel Éléments de réflexion*, édition révisée, 2002, UNESCO, Paris, 2001, p. 36

²⁸³ Document des Nations Unies E/C.12/2000/17, Conseil social et économique, « Point 3 de l'ordre du jour provisoire : questions de fond concernant la mise en œuvre du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », 27 octobre 2000, §25

²⁸⁴ Terri Janke, « Our Culture : Our Future – Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights » (1999) *Michael Frankel and Company, Solicitors, for the Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies (AIATSIS) and the Aboriginal and Torres Strait Islander Commission (ATSIC)*, Sydney, p. 112

les usages coutumiers des peuples autochtones et des communautés locales ont un rôle essentiel à jouer dans la définition de la manière dont les procédures de protection à la culture traditionnelle devraient être appliquées »²⁸⁵.

De ce fait et en l'état, les séries de dispositions semblent problématiques sur les points évoqués. Il faudrait donc repenser quelque peu le cadre de la protection envisagée. Par ailleurs, pour que la protection soit efficace, il faudrait que l'instrument juridique international soit contraignant. Or, pour les pays ayant une approche différente du patrimoine culturel immatériel, cela semble impossible à l'heure actuelle. De même, il dépendrait de la volonté des États membres d'être partie ou non à l'instrument qui en résulterait. Les États ne partageant pas la vision dégagée par les dispositions s'abstiendraient donc de le mettre en œuvre.

En conséquence, l'impact des projets du Comité sont à nuancer puisqu'ils ne sont, comme leur nom l'indique, que des projets. Ces propositions n'ont toujours pas vu le jour, et on peut se demander s'ils seront mis en place. Comme le souligne Thomas Burelli et Courtney B. Doagoo, « ces deux projets constituent des textes en chantier et leurs versions définitives, si un jour elles devaient être adoptées, seront probablement différentes »²⁸⁶. Et cela est souhaitable, compte tenu des critiques qui ont été dégagées par un certain nombre d'auteurs. De ce fait, la mise en place d'un cadre juridique international protégeant les savoirs et expressions traditionnels n'est pas pour tout de suite. La protection en droit international du tatouage traditionnel devra attendre.

Maintenant que la proposition internationale a été présentée, on peut ajouter quelques mots sur une proposition nationale, se rapprochant de la loi de Panama : il s'agit de la

²⁸⁵ B. Tobin, « Le droit coutumier comme fondement du consentement préalable en connaissance de cause des communautés locales et autochtones », dans *Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation*, Cuernavaca, Mexique, octobre 2004, p. 227, cité par Anita Mattes, *La protection de la culture des communautés traditionnelles : réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien et du droit international*, thèse de l'Université Paris-Saclay, 14 juin 2017, p. 253

²⁸⁶ Thomas Burelli, Courtney B. Doagoo, « Quel avenir pour les projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles développés par l'OMPI ? » (2016) *CPI*, vol. 28, n° 1, p. 10

proposition de loi du pays de la Nouvelle-Calédonie. Venant reconnaître l'existence de droits de propriété intellectuelle autochtones, ce projet de loi est intéressant à développer.

2. *Au niveau national : la proposition d'un système autonome de protection des savoirs et expressions traditionnels en Nouvelle-Calédonie*

La Nouvelle-Calédonie est un territoire ultramarin français qui bénéficie d'un statut particulier du fait de la forte autonomie que lui a conféré la République française. En ce sens, ce territoire d'Outre-mer est compétent pour légiférer en droit coutumier et a ses propres institutions. Il a donc fait le choix d'adopter un système autonome de protection, et de prévoir une loi venant explicitement répondre aux besoins des peuples et communautés autochtones. Si cette loi n'est encore qu'au stade du projet, il s'agit d'une solution intéressante à développer.

2.1. Le statut particulier de la Nouvelle-Calédonie : retour sur le peuple kanak

Territoire marqué par le colonialisme, la Nouvelle-Calédonie fait figure d'exemple dans la construction d'une entente pacifique entre les premiers peuples autochtones et les puissances coloniales européennes²⁸⁷. Ce territoire d'outre-mer de la République française est la terre ancestrale des kanak, peuple autochtone mélanésien. Cependant, il a fallu un certain nombre d'années avant que ce peuple ne soit officiellement reconnu par la République française et que des droits leur soient conférés, notamment relativement à leur patrimoine culturel.

L'accord de Nouméa, signé en 1998, marque à ce titre un tournant historique dans la reconnaissance du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie. De valeur constitutionnelle, cet accord admet explicitement l'existence de ce peuple autochtone et leur confère des droits

²⁸⁷ Thomas Burelli, « Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels en Nouvelle-Calédonie : Pertinence et potentialités du projet de loi du pays relatif à la sauvegarde du patrimoine immatériel autochtone » (2012) *Presses Universitaires d'Aix Marseille*, p. 115

spécifiques²⁸⁸. Dans son préambule, l'Accord reconnaît ainsi formellement l'identité Kanak et met en exergue toute l'importance de la protection et préservation du patrimoine culturel kanak. Tirant ses leçons du passé, l'Accord fixe les bases du processus de décolonisation comme « moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie, en permettant au peuple kanak d'établir avec la France des relations nouvelles »²⁸⁹. La République française reconnaît donc au côté du peuple français, l'existence du peuple kanak²⁹⁰, qui échappe désormais en partie à l'ordre juridique français. L'Accord de Nouméa vient alors consacrer le statut civil coutumier²⁹¹ : les kanak ne sont plus les sujets du droit civil mais de la coutume²⁹². Par ailleurs, des institutions spécifiques ont été créées (comme par exemple le Sénat coutumier, afin de garantir le respect de la coutume)²⁹³. Les compétences de l'État français ont donc été dévolues de façon irréversible au gouvernement néo-calédonien. L'Accord reconnaît également la citoyenneté néo-calédonienne, officiellement consacrée par la loi organique de 1999²⁹⁴.

Fière de son identité culturelle et historique, la Nouvelle-Calédonie est à ce jour la seule collectivité territoriale *sui generis* de la République à jouir d'un statut particulier, le gouvernement français lui ayant dévolu ses compétences²⁹⁵. Les Kanak, représentant aujourd'hui 41% de la population néo-calédonienne²⁹⁶, possède en effet un patrimoine

²⁸⁸ Régis Lafargue, « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation » (2013) *Les Cahiers de la Justice*, 2013/2, n° 2, p. 119

²⁸⁹ Préambule de l'Accord sur la Nouvelle-Calédonie, signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n°121 du 27 mai 1998

²⁹⁰ Régis Lafargue, « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation » (2013) *Les Cahiers de la Justice*, 2013/2, n° 2, p. 122

²⁹¹ Article 1.1 de l'Accord sur la Nouvelle-Calédonie, signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n°121 du 27 mai 1998

²⁹² Thomas Burelli, « Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels en Nouvelle-Calédonie : Pertinence et potentialités du projet de loi du pays relatif à la sauvegarde du patrimoine immatériel autochtone » (2012) *Presses Universitaires d'Aix Marseille*, p. 115

²⁹³ Régis Lafargue, « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation » (2013) *Les Cahiers de la Justice*, 2013/2, n° 2, p. 126

²⁹⁴ Article 4 de la Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie

²⁹⁵ Document A/HRC/18/35/Add.6, Conseil des droits de l'homme, « Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya - La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie (France) », 14 septembre 2011, p. 1, n° 1

²⁹⁶ Institut de la statistique et des études économiques Nouvelle-Calédonie, « Communautés : une mosaïque pluriethnique », En ligne : < <https://www.isee.nc/population/recensement/communautes>>, (Consulté le 9 mai 2021)

culturel riche et diversifié, source de son identité et de son lien particulier à la terre²⁹⁷. Ce patrimoine fait désormais l'objet d'un encadrement spécifique, protégeant *de facto* l'héritage culturel des kanak, à savoir leurs savoirs et expressions traditionnels.

La Nouvelle-Calédonie fait donc figure d'exception parmi les territoires d'outre-mer de la République française. Désireuse de promouvoir sa diversité culturelle et de protéger son patrimoine, la Nouvelle-Calédonie a proposé en 2010 un projet de loi du pays relative à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages. Celui-ci a pour objectif de protéger et préserver le patrimoine culturel kanak, en consacrant un système de protection sur mesure. Régis Lafargue, ancien conseiller à la Cour de cassation et rédacteur du projet, indiquait à cet égard que « chaque génération présente est le dépositaire et le gardien de ce patrimoine collectif autochtone inaliénable »²⁹⁸. La loi viendra donc reconnaître l'existence de droits de propriété intellectuelle autochtones. Le projet de loi a été adopté par la délibération n° 14-2014/SC du 13 novembre 2014 du Sénat coutumier²⁹⁹.

2.2. La proposition de loi du pays : une protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles associées

La Nouvelle-Calédonie a développé un projet de loi consacrant une propriété intellectuelle autochtone et assurant, *de facto*, la protection des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanak. Ce projet de loi, adopté par le Sénat coutumier le 13 novembre 2014, développe un système *sui generis* de protection du patrimoine culturel kanak. Cela comprend la protection de « toutes les connaissances intellectuelles, croyances et/ou savoir-faire et toutes les ressources ou éléments tangibles et intangibles, une

²⁹⁷ Préambule de l'Accord sur la Nouvelle-Calédonie, signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n°121 du 27 mai 1998

²⁹⁸ Collectif Biopiraterie, « La Nouvelle-Calédonie élabore un système de protection juridique des savoirs traditionnels adapté à leur spécificité », 25 octobre 2010, En ligne : < <http://www.gitpa.org/Peuple%20GITPA%20500/GITPA500-7ACTULE32010Biopiraterie.pdf>>, (Consulté le 15 juillet 2021)

²⁹⁹ Délibération n° 14-2014/SC du 13 novembre 2014 adoptant le projet de loi du pays relative à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages

combinaison de ces éléments ou leurs adaptations quelle que soit la forme dans laquelle elles sont incorporées, exprimées ou illustrées »³⁰⁰. Serait donc créés des droits de propriété intellectuelle portant sur les savoirs traditionnels kanak, ceux-ci étant liés aux expressions de la culture kanake. En toute hypothèse, le tatouage pourrait entrer dans son champ d'application puisqu'il s'agit avant tout d'un savoir traditionnel lié à une expression : le savoir se matérialise dans l'expression, le dessin créé.

La loi prévoit un certain nombre de dispositions intéressantes. En son article 14, la loi viendrait créer une Haute autorité administrative indépendante appelée Haute autorité pour la protection des droits intellectuels autochtones. Il est également créé un « fichier de la propriété intellectuelle traditionnelle », géré par la Haute Autorité³⁰¹. Ce fichier viendrait recueillir les enregistrements relatifs aux savoirs traditionnels kanak afin d'assurer le respect des droits des titulaires. En ce sens, il a pour finalité de « prouver l'existence de droits intellectuels sur les savoirs traditionnels des communautés »³⁰². Ces droits exclusifs sont dès lors « incessibles, imprescriptibles, intangibles, indivisibles et inviolables »³⁰³. Le détenteur des savoirs traditionnels, s'il ne s'en réserve pas l'accès exclusif, peut toutefois autoriser l'accès à d'éventuels utilisateurs³⁰⁴. Le détenteur peut en ce sens décider d'enregistrer son savoir sous la « section des savoirs soumis au secret ». Le respect des savoirs traditionnels est donc placé au cœur de la protection puisque l'anonymat de l'enregistrement est dans ce cas assuré³⁰⁵. En permettant l'enregistrement secret du savoir traditionnel, la loi renforce la protection des savoirs et de leur caractère sacré. Les savoirs tombés dans le domaine public seraient également compris et enregistrés si cela s'avère nécessaire³⁰⁶. Ce système est intéressant : les dépositaires des savoirs traditionnels relatifs aux tatouages pourraient donc déposer et enregistrer ceux-ci auprès de la Haute autorité. Cela permettrait la protection du savoir en lui-même, mais aussi de sa manifestation, c'est-à-dire le dessin, motif ou symbole tatoué. Un tel registre répertorient les savoirs et

³⁰⁰ Article 2 de la loi du pays relative à sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanake et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage d'avantages

³⁰¹ Article 15 de la loi du pays, préc.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ Article 16 de la loi du pays, préc.

³⁰⁴ Article 15 de la loi du pays, préc.

³⁰⁵ Article 21 de la loi du pays, préc.

³⁰⁶ Article 15 de la loi du pays, préc.

expressions qui y sont liés, viendraient redonner la titularité aux détenteurs des savoirs. L'origine des expressions seraient donc révélées, si le détenteur ne l'enregistre pas sous la section secrète. Cela empêcherait cette culture de l'impunité qui gravite autour du tatouage traditionnel, fortement repris et exploité par des tiers.

La loi prend par ailleurs en compte la nature particulière du patrimoine culturel, collectif et transgénérationnel. En ce sens, l'article 18 portant sur les titulaires de droit dispose que « la loi assure la primauté du clan et/ou de la chefferie et de ses/leurs droits, en tant que personne morale de droit coutumier, dans la protection et la garde des savoirs traditionnels ». En conséquence, la loi viendrait redonner la propriété à la communauté, et non à un individu créateur identifié, comme le fait le droit d'auteur classique. Il s'agit de respecter l'approche holistique du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones.

Par ailleurs, le fichier protégerait également ce patrimoine contre les appropriations illicites de la part des tiers, comme vient le confirmer l'article 20 de la présente loi. En effet, le fichier permet « de prévenir ou contester l'octroi de brevets relatifs à des découvertes ou inventions de procédés réalisés ou développés à partir des savoirs traditionnels »³⁰⁷. Pour ces motifs, il assure la protection des savoirs traditionnels contre « tout autre droit de propriété intellectuelle notamment le droit d'auteur »³⁰⁸. De ce fait, si un savoir appartient déjà à un clan ou à une chefferie, l'enregistrement du savoir sera impossible. Les tatouages traditionnels enregistrés ne pourraient donc plus faire l'objet de droits d'auteur du fait de tiers.

En conséquence, le projet de loi entend créer un système sur mesure de protection adapté aux besoins particuliers du peuple kanak. Une propriété intellectuelle autochtone serait reconnue au profit du clan ou de la chefferie détenteur du savoir traditionnel. La création d'un fichier d'enregistrement des savoirs est une mesure intéressante dont d'autres États

³⁰⁷ Article 20 de la loi du pays relative à sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanake et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage d'avantages

³⁰⁸ *Ibid.*

pourraient s'inspirer. En effet, pour Anita Mattes, la création d'une base de données permettant la sauvegarde des savoirs est « piste pour assurer à ces communautés une protection de leurs savoirs »³⁰⁹ et, *in fine*, leurs expressions. Le projet de loi du pays propose donc quelques idées intéressantes de protection, idées qui seraient bénéfiques à la protection du tatouage traditionnel.

3. *Réflexion sur la mise en place d'un domaine public payant des œuvres traditionnelles*

La mise en place d'un domaine public payant est également une piste à évoquer. Pour rappel, le domaine public est le fond commun de l'humanité dans lequel tout le monde peut puiser : à l'expiration du délai de protection fixé par le législateur, les œuvres littéraires et artistiques ne font plus l'objet d'un droit de propriété et sont donc en ce sens librement et gratuitement exploitables par tous. En effet, les droits patrimoniaux sont temporaires : l'œuvre va tomber dans le domaine public pour nourrir le fond commun au nom de l'accès à la culture. Il s'agit avant tout d'assurer un équilibre entre la protection des auteurs-créateurs et le droit du public. Ainsi, pour certains, accorder un monopole perpétuel serait néfaste pour l'économie. Le monopole est là pour rémunérer l'investissement créatif.

En ce sens, la mise en place d'un domaine public ferait cesser l'exploitation gratuite des œuvres tombées dans le domaine public. Il a été défini comme étant le « régime selon lequel des œuvres de l'esprit, qui appartiennent au public, ne peuvent être exploitées qu'à la condition de verser une redevance à des organismes désignés par les pouvoirs publics »³¹⁰. En d'autres termes, à l'expiration du délai de protection, l'œuvre qui tomberait dans le domaine public ne pourrait pas être utilisée gratuitement : celui qui entend utiliser une œuvre tombée dans le domaine public devra verser une redevance à l'organisme compétent.

³⁰⁹ Anita Mattes, *La protection de la culture des communautés traditionnelles : réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien et du droit international*, thèse de l'Université Paris-Saclay, 14 juin 2017, p. 299

³¹⁰ Gérard Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 10^{ème} édition, 2014, cité par Jocelyne Cayron, Alexis Albarian, « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne » (2016) *LEGICOM*, vol. 36, n° 2, 2006, p. 118

Le développement d'un tel concept est en réalité plutôt ancien. Victor Hugo envisageait déjà à l'époque que le domaine public soit payant. Il disait ainsi :

L'écrivain en tant qu'écrivain n'a qu'un héritier, c'est l'héritier de l'esprit, c'est l'esprit humain, c'est le domaine public. L'émancipation, la mise en liberté des écrivains, elle est dans la création de ce glorieux patrimoine. Nous sommes tous une famille, les morts appartiennent aux vivants et les vivants doivent être protégés par les morts. Quelle plus belle protection pourriez-vous souhaiter ?³¹¹

De ce fait, pour Victor Hugo, le fait de faire cesser la gratuité du domaine public permettait *in fine* de soutenir les générations présentes et futures d'écrivains.

On pourrait en ce sens envisager la mise en place d'un domaine public en ce qui concerne les savoirs et expressions traditionnelles *stricto sensu* afin de soutenir les peuples et communautés autochtones dépositaires de ce patrimoine. En ce sens, quiconque souhaiterait utiliser une œuvre traditionnelle (et donc le *design* d'un tatouage traditionnel) devrait verser une redevance aux peuples et communautés autochtones dépositaires de l'œuvre. L'idée n'est pas nouvelle en ce qui concerne l'application du domaine public payant à la protection des expressions culturelles traditionnelles et des œuvres qui en résultent puisque l'OMPI et l'UNESCO l'envisage depuis les années 80³¹².

Un tel système semble cependant délicat à mettre en pratique puisqu'il faudrait veiller à l'équilibre entre les droits des auteurs (qui serait en l'espèce les peuples et communautés autochtones) et les droits du public.

³¹¹ Victor Hugo, « Actes et Paroles IV, Depuis l'exil 1876-1885 », Société d'Éditions littéraires et artistiques, Paris, 1929, cité par Jocelyne Cayron, Alexis Albarian, « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne » (2016) *LEGICOM*, vol. 36, n° 2, p. 120

³¹² Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8, « Note sur les significations du terme 'domaine public' dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, 24 novembre 2010, Annexe, p. 15

En ce sens, Peter Seeger, représentant de *Music in Common*, indiquait que :

Le domaine public [...] ne signifiait pas que les fonds générés par la vente quelque part ne devaient pas être retournés à leur source d'inspiration, à savoir les peuples ou les pays d'où ils étaient originaires. Une des fonctions de la Commission du domaine public serait en effet de s'assurer que deux buts apparemment contradictoires seraient réalisés : assurer la préservation et le développement d'une « ressource naturelle » au profit de tous et, dans le même temps, en limiter l'usage par ceux qui cherchent à en profiter et veiller à ce qu'une partie raisonnable de ces gains soit retournée à la source pour en assurer la subsistance [...] ³¹³.

Si certains pays appliquent un tel système aujourd'hui³¹⁴, il n'y a en pratique aucun moyen de vérifier s'il pourrait efficacement protéger les œuvres traditionnelles.

Par ailleurs, ce système se heurte à une difficulté de taille : la protection recherchée par les peuples et communautés autochtones n'est pas d'ordre monétaire. Ils ne se reconnaissent pas dans une logique d'appropriation économique. Cela est particulièrement clair lorsqu'on envisage le tatouage traditionnel. Les artistes tatoueurs autochtones souhaitent aujourd'hui préserver la mémoire ancestrale de leur communauté, transmettre les savoirs relatifs à la pratique du tatouage traditionnel et les expressions culturelles nées de cet art. En ce sens, il s'agit de préserver leur identité, leur rattachement à leurs ancêtres et leur communauté. L'intérêt n'est donc pas économique.

Ainsi, comme le souligne l'OMPI, « cette solution ne serait pas satisfaisante pour les communautés dont la priorité est le contrôle des savoirs traditionnels et des expressions

³¹³ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/9/14 Prov. 2, « Projet de rapport (deuxième projet) », 5 novembre 2006, p. 68, §120

³¹⁴ L'Algérie, par exemple, a placé sous le contrôle étatique la protection du domaine public en mettant en place un tel système. Cependant, la redevance ne revient pas aux créateurs des œuvres traditionnelles mais sert au contraire à la préservation du domaine public. En ce sens, la protection n'est pas destinée aux peuples et communautés autochtones qui en sont les dépositaires, ce qui est le but recherché dans le présent mémoire. Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8, « Note sur les significations du terme 'domaine public' dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, 24 novembre 2010, Annexe, p. 15

culturelles traditionnelles plutôt que la rémunération »³¹⁵. L'objectif principal des peuples et communautés autochtones est donc de contrôler l'usage fait de leurs savoirs et expressions culturelles. Ils entendent faire cesser toute appropriation culturelle et illicite de leur patrimoine. La mise en place d'un domaine public payant ne pourrait leur donner le pouvoir de contrôle dont ils ont tant besoin. Ils ne seraient pas consultés, seulement rémunérés. Il ne doit donc pas être confondu avec la notion de consentement préalable éclairé induite par le Cadre régional du Pacifique.

En tout état de cause, un certain nombre de solutions ont été consacrées et envisagées afin d'assurer la protection du patrimoine culturel immatériel. Ces solutions peuvent être transposées à la protection des tatouages traditionnels, élément du patrimoine culturel. Si certains mécanismes de protection se révèlent particulièrement intéressants en ce qui a trait à la protection spécifique du tatouage, d'autres se révèlent limités.

³¹⁵ Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8, « Note sur les significations du terme 'domaine public' dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, 24 novembre 2010, Annexe, p. 15

Conclusion

La question de la protection d'un élément du patrimoine culturel immatériel par la propriété intellectuelle ne peut manquer de nous faire penser à la proverbiale Arlésienne, dont tout le monde parle mais que personne ne voit jamais. L'expression l'Arlésienne vient d'une nouvelle du même nom, publiée dans les *Lettres de mon Moulin*³¹⁶ et écrite par le romancier français Alphonse Daudet à la fin du XIXe siècle. Bien que le personnage de l'Arlésienne soit au centre de l'histoire, elle n'apparaît jamais sur scène. Ainsi, cette expression désigne quelqu'un qui occupe toutes les conversations mais qui ne se présente jamais. Cette citation métaphorique peut à juste titre illustrer le débat doctrinal ayant fait émerger l'incompatibilité entre, d'une part, le patrimoine culturel immatériel, et d'autre part, le droit d'auteur. La recherche d'une protection des expressions culturelles traditionnelles occupe toutes les discussions et, pourtant, aucune réelle protection de ce patrimoine n'est possible à l'heure actuelle. Cette citation montre donc toute l'incertitude juridique de la notion, les savoirs et expressions culturels traditionnels ne pouvant légitimement faire l'objet d'une protection en raison de la divergence de logiques consacrées.

La relation entre le droit d'auteur et le patrimoine culturel immatériel des peuples et communautés autochtones n'est pas des plus aisée en ce qu'elle retranscrit des intérêts par nature inconciliables. Si les droits de propriété intellectuelle se sont construits selon une approche occidentale, perpétuant des idéaux économiques et commerciaux, ce n'est pas le cas du patrimoine culturel immatériel autochtone. Suivant une approche holistique, ce patrimoine est « un récit qui relie le passé et le présent, un pont entre un paysage et un sens »³¹⁷, un lien reliant les générations passées et présentes aux générations futures. Il est par nature collectif et solidaire, créé, perpétué et transmis par l'ensemble des membres se

³¹⁶ Alphonse Daudet, *Lettres de mon Moulin*, Flammarion, Paris, 1869

³¹⁷ Karen Aird, Gretchen Fox, « Le patrimoine vivant autochtone au Canada », Ottawa, ON : IdéesLab de la Commission canadienne pour l'UNESCO, avril 2020, p. 3

rattachant à cette communauté et formant un Tout. Les savoirs et expressions culturelles qui en découlent et, par analogie, les tatouages traditionnels, sont le produit d'un perpétuel enrichissement des valeurs culturelles, sociales et spirituelles des peuples et communautés autochtones. Ils ne sont pas susceptibles d'appropriation privée par un membre spécifique.

En conséquence, le droit d'auteur, fondamentalement individualiste, ne permet pas la protection des tatouages traditionnels qui font pourtant l'objet d'une appropriation culturelle importante. Il est profondément lacunaire, et seule une protection extrêmement limitée des expressions culturelles traditionnelles dans leur forme contemporaine est envisageable.

Ayant reconnu l'insuffisance de la protection du droit d'auteur, les organisations internationales telles que l'OMPI, forum mondial particulièrement actif dans ce domaine en ce qu'elle promeut la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, accomplissent divers projets envisageant une protection spécifique du patrimoine. Des cadres régionaux de protection ont également émergé, fixant les bases d'une protection spécifique des savoirs et expressions. Certains pays sont également venus consacrer des lois *sui generis* ou des dispositions dérogatoires de droit commun relatives à la protection des œuvres traditionnelles. Il s'agit de pistes de réflexion à ne pas négliger, notamment le Cadre régional du Pacifique qui semble l'instrument le plus intéressant en termes de protection du tatouage traditionnel. Toutefois, si certaines solutions sont intéressantes et pourraient assurer la protection des tatouages traditionnels, elles comportent des limites.

En conséquence, nous ne sommes pas parvenus à l'heure actuelle à une protection efficace des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles, et donc, par analogie, du tatouage. Le régime tant international que national de propriété intellectuelle semble répondre difficilement aux besoins des peuples et communautés autochtones, et l'effort international doit être poursuivi. La prise de conscience de l'importance du patrimoine culturel pour les peuples et communautés autochtones laisse cependant espérer à l'avenir la mise en place d'un système respectueux des valeurs autochtones.

Bibliographie

LÉGISLATION

TEXTES INTERNATIONAUX ET RÉGIONAUX

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979

Accord de Bangui instituant une organisation africaine de la propriété intellectuelle, 2 mars 1977, (entrée en vigueur : 28 février 2002)

Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992, 1760 RTNU 79, (entrée en vigueur : 29 décembre 1993)

Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, JO n° L 290 du 24 novembre 1993

Accord portant révision de l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle, 24 février 1999, (entrée en vigueur : 28 février 2002)

Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture, Secretariat of the Pacific Community, Pacific Islands Forum Secretariat and UNESCO Pacific Regional Office, 2002

Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 17 octobre 2003, 2368 RTNU 3 (entrée en vigueur : 20 avril 2006)

Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 20 octobre 2005, 2440 RTNU 311 (entrée en vigueur : 18 mars 2007) ^[L]_[SEP]

Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007, rés AG 295, doc off AGNU, 61^{ème} sess, supp n° 49, Doc NU A/RES/61/295, 46 ILM 1013

Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique, 29 octobre 2010 (entrée en vigueur : 12 octobre 2014)

TEXTES NATIONAUX

- AFRICAINS

Loi n° 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique (*Tunisie*)

Loi n°02-2000 relative aux droits d'auteur et droits voisins (*Maroc*)

Ordonnance n°03-05 du 19 juillet 2003 relative à la protection des droits d'auteur et droits voisins (*Algérie*)

- AMÉRICAIN

Constitution of the United States of America, 17 septembre 1787

- ANGLAIS

Copyright Act 1710, 8 Anne c. 19 / c. 21

- AUSTRALIEN

Copyright Act 1968, (entrée en vigueur : 1 mai 1969)

- CANADIEN

Loi constitutionnelle de 1982 (R-U), constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11

Loi sur le droit d'auteur (L.R.C. (1985), ch. C-42)

- FRANÇAIS

Décret-loi des 13-19 janvier 1791

Décret-loi des 19-24 juillet 1793^[L1]_[SÉP]

Code de la propriété intellectuelle, annoté et commenté, Dalloz, 21^e édition, 2021

- NÉO-CALÉDONIEN

Accord sur la Nouvelle-Calédonie, signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n°121 du 27 mai 1998

Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie

Délibération n° 14-2014/SC du 13 novembre 2014 adoptant le projet de loi du pays relative à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages

- NÉO-ZÉLANDAIS

New Zealand Trade Marks Act 2002 n° 49, 4 décembre 2002

- PANAMÉEN

Loi n° 20 du 26 juin 2000 sur le régime spécial de propriété intellectuelle relatif aux droits collectifs des peuples indigènes pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels, JO n° 24 083 du 27 juin 2000

Décret n° 12 du 20 mars 2001^[SEP]

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE AMÉRICAINE

Whitmill c/ Warner Bros. Entertainment (ED Mo, No. 4:11-CV-752, complaint dismissed 22 June 2011)

Verified Complaint for Injunctive and Other Relief against defendant Warner Bros. Entertainment Inc., No. 4:11-cv-00752-CDP (E.D. Mo. Apr. 28, 2011)

JURISPRUDENCE AUSTRALIENNE

M. Payunka, Marika and Others c/ Indofurn Pty Ltd 30 IPR 209

Bulun Bulun c/ R & T Textiles Pty Ltd (198) 41 IPR 513

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

CJUE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, Affaire. C-5/08

JURISPRUDENCE CANADIENNE

Canadian Admiral CorporaRon Ltd c Rediffusion, Inc., [1954] R.C. de l'É. 382, 394

Théberge c Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] CSC 34

CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada, [2004] CSC 13

DOCTRINE : MONOGRAPHIES

- JURIDIQUE

BENHAMOU, Françoise, FARCHY, Joëlle, *Droit d'auteur et copyright*, Paris, La Découverte, 2014

BINCTIN, Nicolas, *Droit de la propriété intellectuelle : droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2018

BIZER, Kilian, LANKAU, Matthias, SPINDLER, Gerald, ZIMBEHL, Philipp, *Sui generis Rechte zum Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksweisen*, Göttingen, University Press, 2013

BUYDENS, Mireille, *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012

CARON, Christophe, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Litec, 4^{ème} édition, 2015

CLÉMENT-FONTAINE, Mélanie, *Les œuvres libres*, Bruxelles, Larcier, 2014

CORNU Gérard, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 10^{ème} édition, 2014

DESBOIS, Henri, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1978

EDELMAN, Bernard, *Propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ?, 4^{ème} édition, 2008

GEIGER, Christophe, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, Propriété intellectuelle, n°25, Paris, Litec, 2004

LUCAS, André, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, éd. Dalloz, 5^{ème} édition, 2015

MORILLOT, André, *De la Protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'empire d'Allemagne*, Paris, Cotillon, 1878

RENOUARD, Charles, *Du droit industriel. Dans ses rapports avec le droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin, 1860

ROCHFELD, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 2013

- **AUTRES : ANTHROPOLOGIE, LITTÉRATURE,
PHILOSOPHIE...**

BARKAN, Elazar, BUSH, Ronald, *Claiming the Stones - Naming the Bones : Cultural Property and the Negotiation of National & Ethnic Identity*, Los Angeles, Getty Research Institute, 2002

CUCHE, Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris, Découverte, 3^{ème} édition, 2004, n° 3

CULL, Ian, HANCOCK, Robert L. A., McKEOWN, Stephanie, PIDGEON, Michelle, VEDAN, Adrienne, *Pulling Together: A guide for Indigenization of post-secondary institutions*, Professional learning series, Victoria (BC), BCCAMPS, 2018

DAUDET, Alphonse, *Lettres de mon Moulin*, Flammarion, Paris, 1869

DIDEROT, Denis, *Lettre sur le commerce de la librairie*, Œuvres complètes, tome VIII, Paris, Hermann, 1976

ENRICO, John, *Haida syntax*, University of Nebraska Press, vol. 1, 2003

GELL, Alfred, *Wrapping in Images: Tattooing in Polynesia*, Oxford, Clarendon Press, 1993

GRAHAM, William, S., *Folkways*, Boston, Ginn and co, 1906

HALPERN, Catherine, *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2016

INGLEBERT, Hervé, *Le Monde, l'Histoire. Essai sur les histoires universelles*, sous la direction d'Hervé Inglebert, Paris cedex 14, PUF, « Hors collection », 2014

KANT, Emmanuel, *Qu'est-ce qu'un livre ?*, Paris, PUF, 1995

PLATH Sylvia, *Johnny, Panic and the Bible of Dreams: Short Stories, Prose and Diary Excerpts*, Paris, La table ronde, 1995

TAGLI, Philippe, *Quand on ne peut pas tatouer son âme on tatoue sa peau*, Paris, Éditions du Panama, 2008

DOCTRINE : ARTICLES

- JURIDIQUE

BARBOSA, Julie, CANOVAS, Julien, FRITZ, Jean-Claude, « Les cosmovisions et pratiques autochtones face au régime de propriété intellectuelle : la confrontation de visions du monde différentes » (2012) *Éthique publique*, vol. 14, n° 1

BEASLEY, Matthew, « Who Owns Your Skin: Intellectual Property Law and Norms among Tattoo Artists », (2012) *Southern California Law Review*, vol. 85, n° 4

BELL, Catherine E., LAI, Jessica C., SKORODENSKI, Laura K., « Lois autochtones, loi sur la propriété intellectuelle et politiques muséales », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 38, n° 3, 2014

BENIZRI, Yohan-Avner, « Droit d'auteur et co (régulation) : la politique du droit d'auteur sur l'internet », (2008), *McGill Law Journal*, vol. 53

BENSAMOUN, Alexandra, « Approche française des œuvres orphelines » (2012) *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 24, n° 2

BOUCHER, François, « La politique de la propriété culturelle et le patrimoine des peuples autochtones » (2010) *Les Cahiers de la Société québécoise de recherche en musique*, vol. 11, n° 1-2

BOUTET, Marcel « Réflexion » (1954) *RIDA*, n° 004, p. 2-13

BROWN, Michael F, « Heritage Trouble : Recent Work on the Protection of Intangible Cultural Property. » *International Journal of Cultural Property*, vol. 12, n° 1, 2005

BURELLI, Thomas, « Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels en Nouvelle-Calédonie : Pertinence et potentialités du projet de loi du pays relatif à la sauvegarde du patrimoine immatériel autochtone », paru dans Faberon J.-Y. et Mennesson T., *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie - Identités et rééquilibrages*, PUAM, 2012

BURELLI, Thomas, DOAGOO, Courtney B., « Quel avenir pour les projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles développés par l'OMPI ? » (2016) *CPI*, vol. 28, n° 1

CARR, Gerald, « Protecting Intangible Cultural Resources : Alternatives to Intellectual Property Law », *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 18, n° 2, 2013

CAYRON, Jocelyne, ALBARIAN, Alexis, « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne » (2016) *LEGICOM*, vol. 36, n° 2

de WERRA, Jacques, « Droit de l'art et des biens culturels et droit d'auteur : quel(s) lien(s) ? » (2006) *Propriété intellectuelle I*, n°19, 2006, p. 166-172

DRYJANSKA, Laura, « A social psychological approach to cultural heritage : memories of the elderly inhabitants of Rome » (2015) *Journal of Heritage Tourism*, vol. 10, n° 1

EIGUER, Alberto, « Le surmoi et le transgénérationnel » (2007) *Le Divan familial*, vol. 18, n° 1

FORSYTH, Miranda, « Lifting the lid on 'the community': Who has the right to control access to traditional knowledge and expressions of culture? » (2012) *International Journal of Cultural Property*, vol. 19, n° 1

GAUDREAU-DESBIEN, Jean-François, « La critique autochtone de l'appropriation culturelle comme défi de la conception occidentale de la propriété intellectuelle : le cas de l'appropriation artistique » (1999) *CPI*, Vol. 11, n° 2

GAYET, Anne-Claire, « La protection du savoir traditionnel comme partie intégrante d'une nouvelle approche de la propriété intellectuelle » (2009) *Lex Electronica*, vol. 14, n° 2

HADLEY, Marie, « Whitmill v Warner Bros. and the Visibility of Cultural Appropriation Claims in Copyright Law », (2019) Pre-Publication DRAFT accepted in (2020) *European Intellectual Property Review*, vol. 42, n°4

JALUZOT, Béatrice « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57 n°1

KLABBERS, Jann « The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity », *Journal of International Law & International Relations*, 1, 2004-2005

LAFARGUE, Régis, « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, no. 2, 2013

LEWINSKI, Silke Von, « Le Folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle » (2005) *Propriété intellectuelle*, n° 14, p. 22-30

MACKAAY, Ejan. « Sui generis Rights on Folklore viewed from a Property right perspective », *CIRANO (Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations)*, série scientifique, 2011

MARTINET, Lily, « Traditional Cultural Expressions and International Intellectual Property Law » (2019) *International Journal of Legal Information*, vol. 47, n° 1

MASOUYÉ, Claude, « La protection des expressions du folklore » (1983) *RIDA*, n° 115, p. 3-25

MATIP, Nicole, KONSTANTIA, Koutouki, « La protection juridique du folklore dans les États membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle » (2018) *Revue québécoise de droit international*, vol. 21, n° 1

MOYSE, Pierre-Emmanuel, « La Nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole », (1997), *McGill Law Journal*, vol. 43

RIVOIRE, Maxence, GOLD, E. Richard, « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil » (2015), *McGill Law Journal*, vol. 60, n° 3

ROUSSIN, Lucille A, « Cultural Heritage and Identity » (2003) *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 11, n° 2

**- AUTRES : ANTHROPOLOGIE, LITTÉRATURE,
PHILOSOPHIE...**

BURELLI, Thomas, « La régulation de la circulation des savoirs autochtones en France et au Canada : entre immobilisme étatique et dynamisme infra-étatique », *ELOHI*, 5-6, 2014

GESLIN, Albane, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *Annuaire français de droit international*, CNRS Éditions, vol. 56, 2010

GHOSH, Payel, « Tattoo : A Cultural Heritage », (2020) *Antrocom : Online Journal of Anthropology*, vol. 16, n° 1

HALAFIHI, Nick, « Academic reflections between Polynesian tattooing and reflective practice », *ALT Journal* n° 9, 2010

HEINICH, Nathalie, « Chiara Bortolotto (ed.), Le Patrimoine culturel immatériel. Enjeux d'une nouvelle catégorie. Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2011 » (2012) *Gradhiva*, vol. 15, n° 1

JANKE, Terri, « Our Culture : Our Future – Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights » (1999) *Michael Frankel and Company, Solicitors, for the Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies (AIATSIS) and the Aboriginal and Torres Strait Islander Commission (ATSIC)*, Sydney

LAFARGUE, Régis, « Le discours environnemental en Nouvelle-Calédonie » (2012) *ELOHI*, 1

MAKELA, Finn, « Is law an Academic Discipline ? », 50 *RJT* 433, 2016

PARENTEAU, Danic, « Diversité culturelle et mondialisation » (2007) *Politique et Sociétés*, vol. 26 n° 1

PLATH, Sylvia, « The fifteen-dollar eagle » (1960) *The Sewanee Review*, vol. 68, n° 4

ROBERTSON, Neville, *Maori and psychology : research and practice - The proceedings of a symposium*, sponsored by the Maori and Psychology Research Unit, University of Waikato, Hamilton, 1999

SAMASSÉKOU, Adama, « De l'eurocentrisme à une vision polycentrique du monde : plaidoyer pour un changement de paradigme », (2010), *Diogène*, vol. 229-230, n° 1-2

SERUP J, KLUGER N, BÄMLER W, *Tattooed Skin and Health*, Current Problems in Dermatology, Karger, vol. 48, 2015

YOUNG, Mika, « Tā moko and the cultural politics of appropriation » (2018) *Sites: a journal of social anthropology and cultural studies*, vol. 15, n° 2

THÈSES & MÉMOIRES

MATTES, Anita, *La protection de la culture des communautés traditionnelles : réflexion à partir des droits d'auteur français et brésilien et du droit international*, thèse de l'Université Paris-Saclay, 14 juin 2017

BRAIS-DUSSAULT, Jade, *Art du tatouage autochtone contemporain au Canada : empuancement, résurgence culturelle et affirmation identitaire*, Mémoire de maîtrise en Arts de l'Université de Montréal, 2020

LE THIEC, Solène, *Le principe d'exclusivité en droit d'auteur^{SEP} ou la recherche d'un équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux de la société*, mémoire de maîtrise en droit des Universités Paris-Saclay et Laval, 2018

NIKIEMA, Kouliga, *La protection des expressions du folklore par la propriété intellectuelle*, thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 1988

TRAVAUX ÉTUDIANTS

APPRÉDERISSE, Camille, *Patrimoine culturel immatériel et développement durable : L'incidence juridique de la notion de développement durable dans la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, 11 décembre 2018, Collection Travaux Étudiants, UNESCO et Université Laval

COLLOQUE

DASSONVILLE, Stéphane Pessina, Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive, 18 février 2017, Colloque « UPF : Culture et biodiversité », 25 octobre 2016

DARSIGNY-TREPANIER, Maude, NEPTON-HOTTE, Caroline, JÉRÔME, Laurent, UZEL, Jean-Philippe, « L'appropriation culturelle et les peuples autochtones : entre protection du patrimoine et liberté de création », (2019), Montréal, GRIAAC

AUTRES SOURCES

DOCUMENTATION INTERNATIONALE

Document E/CN.4/Sub.2/1993/28, Commission des droits de l'homme, Étude sur le problème de discrimination à l'encontre des peuples autochtones, *Protection de la propriété intellectuelle et des biens culturels des peuples autochtones* présentée par Mme Erica-Irène Daes, Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités et Présidente du Groupe de travail sur les populations autochtones, 28 juillet 1993

Document OMPI WIPO/IPTK/RT/99/3, *Table ronde sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels : Genève, 1^{er} et 2 novembre 1999*, 6 octobre 1999

Document des Nations Unies E/C.12/2000/17, Conseil social et économique, « Point 3 de l'ordre du jour provisoire : questions de fond concernant la mise en œuvre du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », 27 octobre 2000

Document OMPI OMPI/GRTKF/IC/1/3, « Questions concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore : perspective générale », 16 mars 2001

BLAKE, Janet, *Élaboration d'un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, Éléments de réflexion*, édition révisée, 2002, UNESCO, Paris, 2001

Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/3/8, « Éléments constitutifs d'un système sui generis de protection des savoirs traditionnels », 29 mars 2002

Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3, « Synthèse comparative des législations sui generis pour la protection des expressions culturelles traditionnelles », 29 mars 2002

UNESCO, OMPI, *Notes informatives de l'UNESCO et de l'OMPI sur leur coopération au sujet des aspects du droit de la propriété intellectuelle dans la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, 2003

JANK, Terri, *Minding culture: case studies on intellectual property and traditional cultural expressions*, WIPO, vol. 781, 2003

Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/3, « analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles », 2 mai 2003

Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/12, « synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental », 3 avril 2003

Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/7/3, « Résumé du projet d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore », 20 août 2004

Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/7/4, « la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : synthèse des options de politique générale et des mécanismes juridiques », 27 août 2004

Document OMPI, *La propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore*, publication n°913(F), brochure n°1, Genève, 2005

Document OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, publication n°920(F), brochure n°2, Genève, 2005

Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/9/14 Prov. 2, « Projet de rapport (deuxième projet) », 5 novembre 2006

Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/14/12, « Rapport », 1^{er} octobre 2009

Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8, « Note sur les significations du terme 'domaine public' dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore », 24 novembre 2010

Document OMPI, *Propriété intellectuelle et préservation des cultures traditionnelles : questions juridiques et options concrètes pour les musées, les bibliothèques et les services d'archives*, publication n°1023(F), Genève, 2010

Document A/HRC/18/35/Add.6, Conseil des droits de l'homme, « Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya - La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie (France) », 14 septembre 2011

OMPI, UNESCO, CS38-v1.0-FR, « Étude de cas : le tataou », texte adapté pour l'atelier de l'UNESCO à partir de l'article de Miranda Forsyth intitulé « Lifting the lid on 'the community': Who has the right to control access to traditional knowledge and expressions of culture? *International Journal of Cultural Property*, 2012, vol. 19, n° 1, En ligne : <<https://ich.unesco.org/doc/src/32617-FR.pdf>>

Document OMPI, *Dossier d'information n° 1 : savoirs traditionnels et propriété intellectuelle*, Genève, 2015

Document OMPI, *Comment protéger et promouvoir votre culture : Guide pratique de la propriété intellectuelle pour les peuples autochtones et les communautés locales*, publication n° 1048F, Genève, 2017

Document OMPI, *La propriété intellectuelle et les festivals folkloriques, artistiques et culturels : guide pratique*, publication N° 1043F, Genève, 2018

Document OMPI, D. Zografos Johnsson, « Propriété intellectuelle et protection des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles et des ressources génétiques : Options et tendances au niveau international », 20 septembre 2018

Document OMPI WIPO/GRTKF/IC/40/8, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet actualisé d'analyse des lacunes », 9 avril 2019

Document OMC WT/TPR/M/386, « Examen des politiques commerciales – Samoa », 11 juin 2019

AIRD, Karen, FOX, Gretchen, « Le patrimoine vivant autochtone au Canada », Ottawa, ON : IdéesLab de la Commission canadienne pour l'UNESCO, avril 2020

Document OMPI, « L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et les peuples autochtones », Fiche d'information n° 12, 01-35478

UNESCO, Patrimoine culturel immatériel, « Mise en œuvre de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel », En ligne : <<https://ich.unesco.org/doc/src/01853-FR.pdf>>

SITES INTERNET ET DOCUMENTATION EN LIGNE

Blog Master 1 IP/IT, « Le droit d'auteur en France : un droit historiquement personneliste ? », 13 février 2017, En ligne : <<http://master-ip-it-leblog.fr/le-droit-dauteur-en-france-un-droit-historiquement-personneliste/>>

Canadian Art, Robert Davidson, « Justin Trudeau's Tattoo: First Nations Art on the PM », 15 mars 2016, En ligne : <<https://canadianart.ca/features/robert-davidson-justin-trudeau-tattoo/>>

Canadian Art, Rosie Prata, « Haida Artist Behind Trudeau's Tattoo: 'I'm Just Appalled' », 10 novembre 2016, En ligne : <<https://canadianart.ca/features/robert-davidson-trudeau-tattoo-statement/>>

Collectif Biopiraterie, « La Nouvelle-Calédonie élabore un système de protection juridique des savoirs traditionnels adapté à leur spécificité », 25 octobre 2010, En ligne : <<http://www.gitpa.org/Peuple%20GITPA%20500/GITPA500-7ACTULE32010Biopiraterie.pdf>>

Commission Canadienne pour l'UNESCO, « Comprendre le patrimoine culturel immatériel », 10 octobre 2019, En ligne : <<https://fr.ccunesco.ca/blogue/2019/10/comprendre-le-patrimoine-culturel-immateriel>>

Corey Bullpit, Dean Hunt, Dion Kaszas, Nahaan et Nakkita Trimble, *Body language: reawakening cultural tattooing of the Northwest*, (2018), Vancouver, Bill Reid Gallery, citée par Canada's National Observer, En ligne : <<https://www.nationalobserver.com/2018/08/23/these-five-indigenous-tattoo-artists-are-reawakening-cultural-practices>>

CTV News, Adina Bresge, « Rise in Indigenous tattoos sparks concern over cultural appropriation », 15 février 2018, En ligne : <<https://www.ctvnews.ca/canada/rise-in-indigenous-tattoos-sparks-concern-over-cultural-appropriation-1.3805126>>

CTV News, Adina Bresge, « Rise in Indigenous tattoos sparks concern over cultural appropriation », 15 février 2018, En ligne : <<https://www.ctvnews.ca/canada/rise-in-indigenous-tattoos-sparks-concern-over-cultural-appropriation-1.3805126>>

Huffpost, Carly Ledbetter, « The Meaning Behind Canadian Prime Minister Justin Trudeau's Tattoo - And he's not hiding it », 29 mars 2017, En ligne : <https://www.huffpost.com/entry/justin-trudeau-tattoo_n_58d919abe4b03787d35a6a11>

Indian Country Today, Duane Champagne, « Understanding Holistic Indigenous Cultures », 13 septembre 2018, En ligne : <<https://indiancountrytoday.com/archive/understanding-holistic-indigenous-cultures>>

Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Gouvernement du Canada, « Introduction aux droits de propriété intellectuelle et à la protection du savoir et des expressions culturelles autochtones au Canada », (2020), En ligne : <<https://www.ic.gc.ca/eic/site/108.nsf/fra/00007.html>>

Institut de la statistique et des études économiques Nouvelle-Calédonie, « Communautés : une mosaïque pluriethnique », En ligne : <<https://www.isee.nc/population/recensement/communautes>>

Irish Examiner, « Maori expert unhappy at Tyson tattoo », 21 février 2003, En ligne : <<https://www.irishexaminer.com/sport/arid-30089036.html>>

Joan Policastri, « IALL 2018 Recap : Traditional Cultural Expressions and International Intellectual Property Law », 1 novembre 2018, En ligne : <<https://fcilsis.wordpress.com/2018/11/01/iall-2018-recap-traditional-cultural-expressions-and-international-intellectual-property-law/>>

Maclean's, Nancy MacDonalds, « Skin-deep: The awkwardness of Justin Trudeau's Haida tattoo », 21 octobre 2016, En ligne : <<https://www.macleans.ca/politics/ottawa/skin-deep-the-awkwardness-of-justin-trudeaus-haida-tattoo/>>

New Zealand Herald, « Concern over ignorant use of Maori moko » <https://www.nzherald.co.nz/nz/news/article.cfm?c_id=1&objectid=3198136>

New Zealand Tourism, « Ta moko - significance of Māori tattoos », En ligne : <<https://media.newzealand.com/en/story-ideas/ta-moko-significance-of-maori-tattoos/>>

OMPI Magazine, VEZINA, Brigitte, NICHOLAS, George, « Aider les peuples autochtones et les communautés locales » février 2014, En ligne : <https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2014/01/article_0003.html>

OMPI Magazine, JASZI Peter, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : questions posées aux législateurs », août 2017, En ligne : <https://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2017/04/article_0002.html>

Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), « Qu'est-ce que le patrimoine culturel immatériel ? » En ligne : <<https://ich.unesco.org/fr/qu-est-ce-que-le-patrimoine-culturel-immateriel-00003>>

Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), « Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », 2017, En ligne : <<http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/convention-and-protocols/1954-hague-convention/>>

Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), « Les domaines du patrimoine culturel immatériel », En ligne : <<https://ich.unesco.org/doc/src/01857-FR.pdf>>

Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), « Sauvegarder le patrimoine vivant des communautés », En ligne : < <http://www.unesco.org/new/fr/culture/resources/in-focus-articles/safeguarding-communities-living-heritage/>>

Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), « Les États parties de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003) », En ligne : < <https://ich.unesco.org/fr/les-etats-parties-00024>>

Organisation mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), « Expressions culturelles traditionnelles », En ligne : <<https://www.wipo.int/tk/fr/folklore/>>

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), « La propriété intellectuelle et les peuples autochtones : un défi majeur », 23 juin 2015, En ligne : <https://www.wipo.int/pressroom/fr/stories/tk_seminar2015.html>

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), « Projets de dispositions et d'articles sur la protection des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels », En ligne : <https://www.wipo.int/tk/fr/igc/draft_provisions.html> ,

Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), « Savoirs traditionnels » En ligne : <<https://www.wipo.int/tk/fr/tk/>>

Remy Melina, « Copyright clash over Mike Tyson's facial tattoo », 29 mai 2011, En ligne : <<https://www.cbsnews.com/news/copyright-clash-over-mike-tysons-facial-tattoo/>>

Stuff Limited, Brittney Deguara, « 'It's definitely appropriation' : Use of tā moko in Cyberpunk 2077 video game », 18 décembre 2020, En ligne : <<https://www.stuff.co.nz/pou-tiaki/123715517/its-definitely-appropriation-use-of-t-moko-in-cyberpunk-2077-video-game>>

The link, Esteban Cuevas, « Reviving the cultural tradition of tattooing Indigenous communities », 13 janvier 2021, En ligne : <<https://thelinknewspaper.ca/article/feature/reviving-the-cultural-tradition-of-tattooing-indigenous-communities>>

Vince Media Group, Michelle Duff, « 'It's Transformative' : Māori Women Talk About Their Sacred Chin Tattoos », 9 décembre 2016, En ligne : <<https://www.vice.com/en/article/9k95ey/its-transformative-maori-women-talk-about-their-sacred-chin-tattoos>>

DIVERS

MEZGHANI, Nébila, conférence « La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel » - la majeure partie du texte de cette conférence a déjà fait l'objet d'une

première publication dans un ouvrage publié : Nébila Mezghani, Marie Cornu, *Intérêt culturel et mondialisation* », Collection Droit du patrimoine culturel et naturel, Éditions l'Harmattan, 2014, En ligne : <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kIK1YHIVQpMJ:atrip.org/wp-content/uploads/2016/06/Mezghani-ATRIP-PARMA-2006.doc+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr&client=safari>

Philosophie Horizons, « chapitre 16 : le travail », Belin Éducation, 2020