



Master

2020

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La protection des expressions culturelles traditionnelles face au
phénomène d'appropriation culturelle dans l'univers de la mode : enjeux,
critiques et solutions

Baur, Manon

How to cite

BAUR, Manon. La protection des expressions culturelles traditionnelles face au phénomène d'appropriation culturelle dans l'univers de la mode : enjeux, critiques et solutions. Master, 2020.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:149734>

Université de Genève – Faculté de droit

Rédaction juridique – Mémoire de Master

Année académique 2019-2020

**La protection des expressions culturelles traditionnelles face au phénomène
d'appropriation culturelle dans l'univers de la mode : enjeux, critiques et
solutions**

Travail effectué sous la direction du Professeur Marc-André RENOLD

Assisté de Madame Morgane DESBOEUFS et de Monsieur Alessandro CHECHI

Dans le cadre du séminaire « Les acteurs de la protection du patrimoine culturel »

Déposé le 29 mai 2020

Manon BAUR

I.	Introduction.....	1
II.	Les concepts : délimitations, caractéristiques et enjeux.....	3
	a. Les expressions culturelles traditionnelles.....	3
	b. Le phénomène d'appropriation culturelle.....	4
	i. L'appropriation culturelle et la mode : exemple pratique.....	5
	ii. <i>Nothing comes from Nowhere</i> : entre inspiration et appropriation.....	6
	iii. Dichotomie : des acteurs aux motivations, croyances et préoccupations opposées...7	
III.	Les solutions apportées par le droit.....	8
	a. Le droit du patrimoine culturel : Conventions de l'UNESCO de 2003 et 2005.....	8
	b. Les droits de l'homme.....	11
	c. Le droit de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale : caractéristiques, applicabilité et efficacité.....	13
	i. Les fondements du droit de la propriété intellectuelle.....	13
	ii. Le droit d'auteur.....	14
	iii. Le droit des marques et des indications géographiques.....	20
	1. La marque individuelle.....	20
	a. L'expression culturelle traditionnelle comme marque.....	20
	b. L'expression culturelle traditionnelle comme motif absolu de refus à l'enregistrement d'une marque.....	23
	2. La marque collective, la marque de certification et les indications géographiques.....	26
	iv. Le droit de la concurrence déloyale.....	27
	v. Conclusion intermédiaire.....	28
IV.	<i>De lege ferenda</i>.....	30
	a. Un régime <i>sui generis</i> : l'intervention et le rôle de l'OMPI.....	30
	b. Le domaine public payant.....	33
	c. Vers une création éthique et responsable.....	33
	d. Les nouvelles technologies.....	35
V.	Conclusion.....	36

I. Introduction

Le phénomène d'appropriation culturelle rythme l'univers de la création par ses innombrables scandales, qui défrayent la chronique pour des affaires aussi variées que complexes, depuis plus d'une quarantaine d'années. S'il ne constitue en rien une problématique pionnière dans le monde de la mode, il n'en demeure pas moins que le phénomène ne cesse d'aller en s'intensifiant, de par sa récurrence questionnable et en raison de l'attention désormais mondiale qui lui est portée. Le combat a en effet perdu sa composante binaire. Opposant traditionnellement les communautés autochtones aux créateurs occidentaux, c'est aujourd'hui devenu une cause du grand public. Les *watchdogs*¹ aux dents les plus acérées s'en rassasient, prêts à bondir sur chaque occasion de relayer le dernier faux pas d'une grande maison. Si l'acte incriminé peut sembler anodin de prime abord, ne différant pas substantiellement d'une simple action de copie, d'ailleurs des plus fréquentes dans le domaine de la création, il n'en est en réalité rien. Le phénomène, de par ses parties prenantes et le bien culturel au détriment duquel il est exercé, s'inscrit dans un contexte épineux. Des expressions culturelles traditionnelles sacrées d'origine autochtone font face à une utilisation bien trop souvent abusive et non autorisée par des créateurs occidentaux, ravivant ainsi les reliquats du colonialisme et le sentiment d'oppression s'y rapportant. La question juridique élémentaire des droits de propriété sur une œuvre se voit ainsi amplifiée par l'ajout de considérations morales, identitaires, éthiques, historiques ou encore philosophiques, donnant au débat sa nature transversale et hétérogène. Les avis s'y rapportant sont des plus divers et son traitement par l'ordre juridique demeure flou, ce à tous les niveaux.

Le présent travail a ainsi pour vocation d'en éclaircir les contours, eu égard à l'ensemble des intérêts en jeu. Nous commencerons par une définition des concepts dont nous nous servirons pour l'ensemble de l'analyse. Cette partie se voudra exempte de toute connotation juridique, notre but étant la mise en exergue des enjeux pertinents et des motivations de chaque partie prenante. Nous poursuivrons en examinant les solutions existantes proposées par le droit. À cet égard, nous fonderons notre réflexion exclusivement sur le droit du patrimoine culturel, les droits humains, le droit de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle, à l'exclusion des brevets et des designs. Nous en analyserons les attributs et l'efficacité à la lumière de la protection que recherchent les communautés autochtones, tout en tenant compte des intérêts

¹ Nous empruntons ce terme à FRIEDMAN Vanessa, *Dior and the Line Between Cultural Appreciation and Cultural Appropriation*, The New York Times, 30 avril 2019 (09.03.2020).

des créateurs occidentaux et de leur droit à la liberté d'expression et à la création. Notre approche se voudra globale, de par le caractère transfrontière du phénomène. Nous mettrons toutefois l'accent, lorsque cela s'avérera nécessaire, sur les pratiques adoptées par les quatre États les plus touchés par notre problématique, à savoir les États-Unis, le Canada, la Nouvelle-Zélande et l'Australie. Enfin, en nous basant sur nos divers constats, nous terminerons notre analyse en réfléchissant à la pertinence potentielle de solutions proposées en doctrine. À ce titre, nous évaluerons le rôle joué par l'OMPI dans l'établissement d'un régime *sui generis*. Nous prendrons également le temps de considérer diverses propositions innovantes, celles-ci allant de l'implication des nouvelles technologies à l'établissement de codes de conduite éthiques.

Nous concevons pleinement que la vision que nous décidons d'adopter peut traduire une binarité contestable, car dépassée, et que l'approche visant à placer les communautés autochtones d'un côté et le monde occidental de l'autre peut s'avérer de prime abord trop schématique. Il est clair que les cultures évoluent, se chevauchent, et s'influencent, rendant finalement superflue toute tentative de catégorisation. Il n'en demeure pas moins que nous la jugeons nécessaire pour l'exercice, afin de comprendre au mieux les enjeux qui caractérisent notre problématique. Pour ces raisons, les termes et distinctions que nous utiliserons ne devront pas être écartés de leur finalité désignative. La question de savoir si celles-ci sont moralement, éthiquement voire politiquement correctes appartient à l'histoire, dont notre but ici n'est pas d'en devenir les juges.

Nous parlerons ainsi de nations, peuples, tribus ou communautés indigènes pour désigner les groupes de personnes qui, descendants d'une société dont l'existence remonte à l'ère précoloniale, se considèrent eux-mêmes comme autochtones et qui sont déterminés à perpétuer leurs traditions et leur identité par la préservation de leur héritage culturel². Corollairement, nous utiliserons la dénomination de monde occidental pour parler de l'ensemble des sociétés qui partagent les valeurs de l'ère moderne, à l'instar du capitalisme, de l'innovation, d'une industrialisation accrue et du profit, et qui regroupe essentiellement les pays de tradition européenne et anglo-américaine³.

² KUPRECHT, p. 30.

³ KUPRECHT, p. 46.

II. Les concepts : délimitations, caractéristiques et enjeux

a. Les expressions culturelles traditionnelles

Les expressions culturelles traditionnelles désignent l'ensemble des formes tangibles, intangibles ou mixtes, au travers desquelles sont exprimés, communiqués ou présentés les savoirs traditionnels et la culture⁴. Y sont notamment incluses les expressions par la voie du design, des motifs, des symboles, des noms et des costumes⁵. Sont ainsi couvertes les expressions créatives en elles-mêmes, la réputation et le caractère distinctif qui y sont associés, mais également la méthode de fabrication qui s'y rapporte⁶. Nous préciserons toutefois que cette définition ne fait pas l'objet d'une acceptation unanime, celle-ci différant considérablement d'un État à l'autre et étant encore discutée au sein de forums internationaux, à l'instar de l'OMPI⁷.

Les expressions culturelles traditionnelles se caractérisent par leur nature holistique⁸. Elles doivent être comprises comme faisant partie d'un ensemble les unissant à la fois aux communautés auxquelles elle se rattachent, mais également au territoire duquel elles proviennent et aux origines desquelles elles découlent⁹. Elles traduisent un rapport à la culture particulièrement étroit, en ce sens qu'elles regroupent, sous des formes artistiques des plus variées, l'ensemble des croyances sacrées et symboliques qui forment l'identité de chaque membre d'un groupe indigène¹⁰. A cela s'ajoute leur composante traditionnelle, caractérisée par la transmission intergénérationnelle permanente dont elles font l'objet¹¹. Enfin, elles ont la particularité d'être de nature collective, en ce sens qu'elles appartiennent à la communauté dans son ensemble, indépendamment du possible caractère individuel de la création initiale¹². Ce titre de propriété ne repose sur aucune considération juridique, mais résulte plutôt d'un faisceau de relations archaïques relevant de l'identité et du sacré, concrétisées en pratique par les règles coutumières de chaque tribu¹³.

⁴ WIPO/GRTKF/IC/40/INF/7, Annexe, p. 27; WIPO/GRTKF/IC/40/5, Annexe, p. 4. Nous n'utiliserons volontairement pas la notion de folklore dans ce travail, cette dénomination ayant été condamnée pour la connotation discriminatoire qu'elle véhiculait (cf. CARPENTER, p. 55).

⁵ FERNANDINI/WONG, p. 176; VÉZINA, p. 4.

⁶ WIPO/GRTKF/IC/40/8, Annexe I, p. 5.

⁷ POZZO, p. 8; ZOGRAFOS, p. 3.

⁸ JANKE (Culture), p. 7.

⁹ JANKE (Culture), p. 7.

¹⁰ MARTINET, p. 9.

¹¹ JANKE (Culture), p. 7; MARTINET, p. 11.

¹² MARTINET, p. 11.

¹³ SHAND, p. 62; YOUNG, p. 81 et 85.

b. Le phénomène d'appropriation culturelle

L'appropriation culturelle dans le domaine des arts est un phénomène ubiquitaire et varié, apparaissant à différents niveaux de la création et ne connaissant pas de définition unique et universelle¹⁴. De nombreux auteurs, qu'ils soient philosophes ou hommes de droit, se sont essayés à cet exercice méticuleux, ce à la lumière de leurs sensibilités et convictions respectives. Du point de vue philosophique, les critères de définition avancés relèvent de l'esthétique et de la morale¹⁵. Il en résulte que les réalisations créées à partir d'œuvres appropriées sont perçues comme étant des échecs esthétiques tant immoraux qu'insidieux, en ce sens qu'elles ne reflètent pas la réalité que l'artiste originaire avait initialement dépeinte¹⁶. À l'inverse, l'approche juridique se veut naturellement plus structurée et moins romancée. Les critères proposés se fondent sur l'histoire, condamnent des actions précises, en définissent concrètement les impacts sur la société, tout en désignant schématiquement les parties concernées¹⁷.

Désireux de respecter la transversalité qui caractérise le phénomène que nous étudions, nous avons choisi de baser notre définition de travail sur des considérations tant philosophiques que juridiques. Aux termes de la présente analyse, il sera ainsi question d'appropriation culturelle lorsque un/des membre(s) d'une culture dominante, caractérisée par son appartenance au monde occidental, s'approprie la création d'un groupe culturel dit marginalisé ou anciennement colonisé, pour en exploiter les débouchés économiques, ce sans son autorisation et sans l'octroi d'une compensation ni d'une reconnaissance particulière à son encontre¹⁸. Le phénomène se caractérise ainsi par la délocalisation des expressions culturelles traditionnelles de leur contexte au profit de leur insertion dans des environnements qui leur sont étrangers. Si de tels actes peuvent prendre différentes formes en pratique, nous nous limiterons aux appropriations dites de contenu, à savoir de style(s) et de motif(s). Celles-ci visent toute réutilisation par un créateur occidental d'une idée émanant de la culture autochtone, qu'elle en constitue une copie conforme, qu'elle en reprenne certains éléments stylistiques uniquement, ou qu'elle en ait indéniablement été influencée¹⁹.

Les effets de l'appropriation culturelle sur les communautés autochtones dépossédées sont loin d'être négligeables. D'abord, de par l'absence d'une vision multiculturelle dans leur approche,

¹⁴ MATTHES, p. 343.

¹⁵ MATTHES, p. 344; YOUNG, p. 2.

¹⁶ YOUNG, p. 2.

¹⁷ JANKE (Culture), p. 19; MATTHES, p. 345.

¹⁸ MATTHES, p. 347; ROGERS, p. 474 et 486.

¹⁹ YOUNG, p. 6.

les créateurs occidentaux exploitent le plus souvent les expressions culturelles sans connaissance particulière de leur signification identitaire et sacrée, dont ils font abstraction²⁰. De tels comportements portent incontestablement atteinte à l'identité et aux croyances des groupes indigènes. Ces dernières se voient déformées et utilisées à des fins autres que les leurs, au point de les représenter sous un angle dépréciatif et, dans les cas les plus sévères, discriminatoires, humiliants et culturellement offensants²¹. De notre point de vue, le pervertissement de telles croyances a pour effet d'affaiblir le lien ténu auquel chaque individu autochtone tente de se raccrocher pour sauvegarder son identité. Les communautés perdent peu à peu le contrôle de leurs traditions, au risque de provoquer chez elles un sentiment de disparition progressive²². À juste titre selon nous, certains auteurs définissent le phénomène comme étant « *an equivalent of colonial occupation of Indigenous art and design* »²³. À cela s'ajoutent les inconvénients financiers que peuvent rencontrer les groupes lésés, quand bien même tous ne font pas le commerce de leurs créations. Pour certains toutefois, cela constitue leur source principale de revenu²⁴. Dans ce contexte, le phénomène a indéniablement pour effet de les priver de potentiels acheteurs ou, à tout le moins, d'une répartition juste et équitable du profit réalisé par les créateurs, qui s'avère être des plus importants dans ce contexte²⁵.

i. L'appropriation culturelle et la mode : exemple pratique

Au cours de ces dernières années, le monde de la mode a été le théâtre de nombreuses affaires d'appropriation culturelle. En 2015, la créatrice française Isabel Marant a été accusée de plagiat par les Mixes, une communauté indigène mexicaine, en raison des similitudes entre une robe de sa collection et les blouses traditionnelles portées par les femmes du peuple autochtone²⁶. Il a été reproché à la créatrice de ne pas avoir effectué de démarche pour l'obtention d'une autorisation de reproduction des motifs contestés, ceux-ci étant de véritables symboles de l'identité des Mixes, et de ne pas avoir publiquement reconnu l'origine de ceux-ci²⁷. La communauté a ainsi exigé que les modèles disputés soient retirés de la vente et qu'une compensation leur soit versée à titre de réparation²⁸. Si cette affaire n'a jamais fait l'objet d'une

²⁰ JANKE (Culture), p. 19; POZZO, p. 8; VÉZINA (Curbing), p. 6.

²¹ JANKE (Culture), p. 19; POZZO, pp. 7-8; SCAFIDI, p. 103-104; VÉZINA (Curbing), p. 10; YOUNG, p. 26.

²² SCAFIDI, p. 106 et 107; VÉZINA (Curbing), pp. 6 et 10.

²³ VÉZINA (Curbing), p. 10.

²⁴ VÉZINA (Curbing), p. 10.

²⁵ VÉZINA (Curbing), p. 10; YOUNG, p. 25; ZOGRAFOS, p. 5. À titre illustratif, VÉZINA explique que les ventes annuelles de vêtements pour lesquels ont été utilisées des expressions culturelles traditionnelles Maasaï s'élèvent à plus de 100 millions USD.

²⁶ POZZO, p. 9.

²⁷ POZZO, p. 9; VÉZINA (Curbing), pp. 2-3.

²⁸ VÉZINA (Curbing), p. 2.

procédure judiciaire, Isabel Marant a finalement avoué la source de son inspiration dans un procès parallèle l’opposant à la marque de mode Antik Batik, qui l’avait poursuivie pour contrefaçon au sujet de la même pièce que contestaient les Mixes²⁹. Ironiquement, pour détruire l’argument d’originalité amené par la partie adverse, la créatrice a admis que les motifs contestés tiraient leur origine des vêtements portés par les femmes du groupe indigène³⁰.

ii. *Nothing comes from Nowhere*³¹ : entre inspiration et appropriation

Si l’ensemble des considérations précitées illustrent incontestablement la légitimité des motivations des communautés autochtones dans leur lutte face au phénomène d’appropriation culturelle, le propos mérite tout de même d’être nuancé. Comme le souligne à juste titre YOUNG, « *there can be no blanket condemnation of cultural appropriation* »³². En effet, quand bien même la position extrémiste que défendent les *culture cops*³³ les pousserait à affirmer le contraire, toute appropriation n’est pas nécessairement inappropriée. Dans le domaine de la création, il est indéniable que tout artiste s’inspire d’un ou de plusieurs éléments existants pour l’élaboration de son œuvre. S’ajoute à cela le fait que la « *cross-pollination of cultures is an essential feature of multicultural and non-segregated societies* »³⁴. Alors, où se situe la limite avec les cas de simple inspiration et d’appréciation ?

S’il est généralement admis que chaque situation mérite d’être examinée au cas par cas, à la lumière du produit créé, de l’usage qui lui est destiné, de la signification traditionnelle et culturelle de l’élément approprié ainsi que de la relation historique liant les parties concernées, il existe tout de même un consensus quant à l’existence d’un seuil minimal dont le respect s’impose à chacun³⁵. En doctrine, les auteurs délimitent la licéité d’un acte d’appropriation culturelle au moyen des critères de la morale et de l’éthique. Ils distinguent ainsi les cas d’appropriation non répréhensibles³⁶, car moralement bénins, de ceux qu’ils qualifient comme contraires à la diligence et la bienséance accrues qu’impose tout comportement éthiquement responsable³⁷. Sont ainsi condamnables les cas, très fréquents en pratique, où l’origine exacte

²⁹ VÉZINA (Curbing), p. 2; Tribunal de Grande Instance de Paris, 3e Chambre, 4e Section, n°15/03456 (3 décembre 2015).

³⁰ Tribunal de Grande Instance de Paris, 3e Chambre, 4e Section, n° 15/03456 (3 décembre 2015), p. 6.

³¹ Nous tirons cette expression de HALEY/YOUNG, p. 268, qui ont eux-mêmes cités l’écrivaine Margaret Drabble.

³² YOUNG, p. 28.

³³ Nous faisons ici référence à l’article de YOUNG Cathy, *To the new culture cops, everything is appropriation*, The Washington Post, 21 août 2015 (08.03.2020).

³⁴ VÉZINA (Curbing), p. 7.

³⁵ SCAFIDI, p. 99.

³⁶ Pour un exemple, nous renvoyons au cas de Dior et de sa collection Croisière 2020. À cet égard, cf. *infra*, p. 34.

³⁷ SIEMS, p. 417; YOUNG, p. 28.

de l'élément exploité n'est ni révélée, ni reconnue par le créateur, détériorant ainsi considérablement l'intensité du lien unissant la communauté au patrimoine considéré³⁸. À ces situations-ci s'ajoutent celles où la participation et l'accord du peuple source n'auront pas été recherchés, ainsi que les cas où l'acte même d'appropriation, compte tenu du contexte global, se montre irrespectueux et inutilement dépréciatif car maladroitement ignorant³⁹.

Tout bon juriste opposerait à cela l'exception de la liberté d'expression de l'artiste, reconnue dans la majorité des ordres juridiques. Si le présent travail n'a pas pour but de juger de la légalité d'une création occidentale à la lumière des droits fondamentaux, nous trouvons nécessaire d'évoquer brièvement la question, la pertinence de l'objection étant incontestable. À cet égard, nous sommes de l'avis qu'il est légitime d'admettre que tout artiste qui s'approprie certains éléments du patrimoine culturel immatériel d'une communauté indigène endosse une responsabilité sociale, morale et collective accrue⁴⁰. Selon nous, celle-ci s'explique par les caractéristiques mêmes du phénomène, que nous percevons comme le véhicule moderne d'une dichotomie aux effets semblables à ceux du colonialisme, distinguant une culture dominante et une culture minoritaire, historiquement marginalisée et considérée inférieure⁴¹.

iii. Dichotomie : des acteurs aux motivations, croyances et préoccupations opposées

Notre problématique s'inscrit incontestablement dans un jeu d'opposition entre les parties prenantes qui la composent. Alors que la société occidentale, organisée sur la base d'un système juridique reconnu et se considérant souveraine, valorise la performance individuelle, la propriété privée, le succès commercial et l'innovation matérielle, les communautés autochtones reconnaissent plutôt l'importance et le pouvoir du collectif, de la culture et de ses expressions⁴². Selon elles, ces dernières ne doivent être utilisées et exploitées qu'au sein même du groupe et du contexte traditionnellement sacré qu'est le sien⁴³. Ils les propriétéarisent ainsi d'une manière telle qu'elles n'appartiennent ni à l'État, ni à l'humanité, mais à la communauté uniquement. Ainsi, les groupes autochtones se définissent, s'organisent et régissent le sort de leurs

³⁸ SCAFIDI, p. 102; SIEMS, p. 417.

³⁹ SCAFIDI, p. 106. Dans l'arrêt *Milpururru & Others v Indofurn Pty Ltd & Ors*, qui sera examiné en détail ultérieurement dans l'analyse (cf. *infra* p. 15 et 28), la Cour fédérale australienne explique que l'action d'appropriation est condamnable « *unless the reproduction is accurate in every respect and done with full and proper permission* » (§14).

⁴⁰ YOUNG, p. 140.

⁴¹ YOUNG, p. 140.

⁴² KUPRECHT, p. 49, 50 et 53; MOYNIHAN, p. 66.

⁴³ BROWN (1998), p. 197; SHAND, p. 62.

expressions culturelles non pas conformément à des règles de droit démocratiquement adoptées, mais bien sur la base de préceptes établis par leurs ancêtres, qui ont gagné en légitimité de par leur usage continu dans le temps⁴⁴. Quand bien même la portée de telles pratiques coutumières est par définition limitée au groupe, les communautés indigènes lésées s'en servent systématiquement à l'externe pour renforcer leurs prétentions juridiques, les considérant en effet comme une institution sacrée et inviolable⁴⁵.

Si les créateurs occidentaux ne se montrent certainement pas préoccupés par le phénomène présentement évoqué, eux-mêmes en étant à la tête, il en va différemment des communautés indigènes, qui, pour la majorité, se retrouvent véritablement désemparées face à l'exploitation dont leur culture fait l'objet. Les coutumes qui les organisent se voient reléguées bien loin derrière l'imposant système juridique occidental auquel il leur est demandé de se conformer. Il n'empêche que les groupes indigènes ont des attentes claires. Ils veulent le contrôle de la commercialisation de leurs expressions culturelles, se traduisant par le pouvoir d'interdire ou d'autoriser toute utilisation conformément à leurs croyances et à leurs coutumes, les bénéfices découlant de leur utilisation ainsi que des garanties d'attribution de paternité⁴⁶. Sur la base de l'ensemble de ces considérations introductives, nous sommes désormais en mesure de poursuivre notre analyse en observant les réponses proposées par le droit aux diverses revendications autochtones, eu égard à l'ensemble des intérêts en jeu.

III. Les solutions apportées par le droit

Alors que le phénomène d'appropriation culturelle ne cesse de gagner en importance pratique, les possibilités d'une protection au moyen du droit se sont multipliées au cours des dernières années, de par l'entrée en vigueur de divers instruments juridiques⁴⁷. La présente section a ainsi pour vocation d'en observer la pertinence et l'efficacité.

a. Le droit du patrimoine culturel : les Conventions de l'UNESCO de 2003 et 2005

La Convention pour la sauvegarde du patrimoine immatériel du 17 octobre 2003⁴⁸ (ci-après : « la Convention de 2003 ») a été, dès son introduction, louée pour son approche holistique et inclusive de la protection du patrimoine culturel, celle-ci tenant compte de l'importance et de

⁴⁴ KUPRECHT, p. 49; LUCAS-SCHLOETTER, p. 414.

⁴⁵ KUPRECHT, p. 50; LUCAS-SCHLOETTER, p. 414.

⁴⁶ ZOGRAFOS, pp. 5-6.

⁴⁷ CARPENTER/RILEY, p. 893.

⁴⁸ RS 0.440.6.

la signification d'un tel héritage pour les États et les communautés qui y sont liés⁴⁹. Une voix est donnée à ces dernières, qui doivent, dans la mesure du possible, être intégrées à l'échelon national dans toute activité de sauvegarde (art. 15). Si cette approche inclusive et globale est louable, que peut-on dire de son incidence concrète dans le contexte particulier de notre problématique ? Cette question appelle à plusieurs remarques.

Du point de vue de son objet d'abord, la Convention de 2003 concerne le patrimoine culturel immatériel tel que défini très largement en ses art. 2 §1 et §2. Y sont notamment comprises les pratiques, les représentations, les expressions et les consécration matérielles qui leur sont associées, que les communautés considèrent comme faisant partie de leur patrimoine culturel et qu'elles se transmettent de génération en génération dans l'optique d'en faire perdurer le lien identitaire (art. 2 §1 et §2)⁵⁰. La notion d'expressions culturelles traditionnelles définie au point II a) s'insère ainsi parfaitement dans celle de patrimoine culturel immatériel⁵¹. Il n'empêche que l'instrument ne nous semble pas pertinent pour la présente analyse, ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les États-Unis, le Canada, la Nouvelle-Zélande et l'Australie ne l'ont pour l'heure pas ratifié. Au surplus, nous sommes de l'avis que, dans tous les cas, l'esprit de la Convention n'est pas à même de saisir la nature tant morale que commerciale du phénomène que nous examinons. En effet, son approche ne dépasse pas le cadre strict de la sauvegarde (art. 1 let. a), celle-ci visant principalement à assurer la viabilité d'un certain patrimoine culturel immatériel (art. 2 §3). Pour ce faire, diverses actions pratiques sont prévues, celles-ci allant de l'établissement d'un inventaire (art. 12) ou de listes de protection particulière (art. 16 et 17) à une sensibilisation générale, laquelle passe notamment par l'éducation des parties prenantes (art. 14)⁵². L'instrument vise ainsi exclusivement des actions en amont, sans pour autant énoncer d'éventuels droits que les États parties seraient encouragés à implanter à l'échelon national pour permettre à leurs concitoyens d'agir, en cas de lésion, en aval. Sa pertinence pratique dans notre contexte se voit ainsi considérablement réduite. Si la mention d'une expression culturelle autochtone sur une liste pourrait sensibiliser les tiers (encore faut-il que ceux-ci la consultent), cela ne les empêcherait pas pour autant de s'en inspirer pour leurs créations. La lutte contre le phénomène d'appropriation n'est ainsi en rien renforcée. Tout au plus, cela pourrait inciter le juge, en cas de litige, à trancher dans le sens d'une protection du patrimoine immatériel. De surcroît, notre position générale est selon nous corroborée par le fait

⁴⁹ LIXINSKI (International), p. 415.

⁵⁰ BLAKE (UNESCO), p. 35.

⁵¹ MARTINET, p. 10; Rapport d'évaluation 2003, p. 71.

⁵² BLAKE (7 years), p. 294.

que, aux termes du point IV.1.2 104 des Directives opérationnelles pour la mise en œuvre de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel⁵³, les États parties sont encouragés à faire en sorte que les droits des communautés et des groupes culturels soient dûment protégés par le droit de la propriété intellectuelle, notamment lorsque des activités commerciales sont entreprises. De notre point de vue, ce renvoi exprès nous permet de faire état du fait que le caractère juridiquement incisif de la Convention de 2003 n'est pas suffisant pour permettre l'appréhension de véritables conflits, à la composante mercantile en particulier. Pour ces raisons, nous l'écartérons pour la suite de notre analyse.

La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO du 20 octobre 2005⁵⁴ (ci-après : la Convention de 2005) a pour objet l'ensemble des expressions qui résultent de la créativité des individus et des groupes et qui se caractérisent par leur sens symbolique, leur dimension artistique et les valeurs culturelles qu'elles véhiculent (art. 4 §2 et 4 §3). De la sorte, la notion se recoupe incontestablement avec notre définition de travail telle que définie au point II a), rendant ainsi l'instrument applicable à notre contexte. Toutefois, et malgré cette concordance, nous en écartérons l'utilisation pour notre analyse. Il est indéniable que l'approche proposée est novatrice, en comparaison avec le régime prévu par la Convention de 2003. Par exemple, la composante double (identitaire et commerciale) qui caractérise les expressions culturelles est expressément reconnue (considération introductive n°18). Il n'empêche qu'une telle mention ne dépasse pas le cadre (pratiquement inopérant) du symbolique, dans la mesure où l'instrument ne traite pas lui-même de cette dualité, mais ne fait que renvoyer aux instruments internationaux pertinents (art. 20), de propriété intellectuelle notamment (considération introductive n°17), réaffirmant ainsi la complémentarité qui existe entre eux⁵⁵. Au surplus, nous estimons que les particularités de notre problématique ne sont en mesure d'être correctement saisies par les buts que poursuit la Convention. Celle-ci a en effet pour vocation première de renforcer la création, la production, la diffusion, l'accès et la jouissance de tout un chacun aux expressions culturelles, de telle sorte à en garantir à la fois la préservation et la sauvegarde, mais aussi et surtout la mise en valeur⁵⁶. L'instrument vise ainsi à donner un caractère proactif à la culture, en lui permettant de s'épanouir et d'interagir⁵⁷. Or, nous doutons qu'une telle philosophie ne coïncide avec la volonté autochtone de renforcer le

⁵³ Directives opérationnelles pour la mise en œuvre de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, Assemblée générale des États parties à la Convention, état en 2018.

⁵⁴ RS 0.440.8.

⁵⁵ CLT/CEI/DCE/2007/PI/32 (30 questions), p. 11.

⁵⁶ CLT/CEI/DCE/2007/PI/32 (10 clés), pp. 4-5.

⁵⁷ *Ibid*, pp. 5-6.

contrôle des communautés sur leur patrimoine immatériel, de telle sorte à le rendre le plus exclusif possible. En d'autres termes, l'approche adoptée par la Convention, bien que louable, ne permet pas, à elle seule du moins, de renforcer la protection particulière que recherchent les communautés indigènes face au phénomène d'appropriation. De surcroît, nous préciserons que même si le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont ratifié l'instrument, des résultats concrets en découlant se font encore attendre dans lesdits États, de quoi réduire considérablement la portée pratique de l'acte⁵⁸.

b. Les droits de l'homme

Il serait naturellement lacuneux d'évoquer la question des droits culturels, situés « au carrefour des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux »⁵⁹, sans nous pencher davantage sur celle des droits de l'homme, avec qui ils se trouvent dans une relation d'interdépendance⁶⁰. Une telle analyse s'avère d'autant plus importante que notre problématique s'inscrit dans une transversalité similaire. Un parallèle mérite ainsi d'être dressé entre les communautés indigènes, les droits fondamentaux que leur reconnaît l'ordre juridique international ainsi que la protection de leur patrimoine culturel. Comme énoncé très justement par la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels dans un rapport de 2014, « la créativité n'est pas l'apanage des élites ni des artistes professionnels, mais un droit universel »⁶¹, en ce sens qu'elle doit être sauvegardée pour tout un chacun. Nous évoquerons ainsi brièvement divers droits de l'homme consacrés en droit international que nous jugeons pertinents pour la présente analyse, qu'ils soient généraux ou qu'ils s'adressent spécifiquement aux communautés autochtones.

En vertu de l'art. 27 §2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948, chacun a droit à la protection des intérêts matériels et moraux qui découlent de toute production artistique dont il est l'auteur. Ce principe a été repris dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966⁶² en son art. 15 §1 let. c. Ainsi, l'importance (à tout le moins théorique) de ces dispositions dans le contexte de notre problématique est non négligeable, en ce sens qu'elles consacrent l'idée même d'un droit de l'homme à la protection du statut d'auteur, en élevant au rang de droit humain celui de paternité

⁵⁸ Rapport d'évaluation 2005, pp. 39-40.

⁵⁹ A/HRC/40/53, p. 6.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ A/HRC/28/57, p. 24.

⁶² RS 0.103.1.

sur une création⁶³. Au surplus, nous mentionnerons également l'art. 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966⁶⁴. Aux termes de ce dernier, les personnes appartenant à des minorités, ethniques notamment, ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres du groupe, leur propre vie culturelle. Quand bien même sa formulation demeure vague, la portée dudit article n'en est pas moins pertinente. Selon nous, il exprime la reconnaissance au niveau international de l'importance qui réside dans le fait de respecter et de garantir l'exercice des croyances culturelles de chacun.

Ces dispositions de portée générale se voient renforcées par celles que prévoit la Déclaration des Nations Unies du 13 septembre 2007 sur les droits des peuples autochtones (ci-après : la Déclaration de 2007), dont l'introduction a constitué une étape importante dans la reconnaissance spécifique de la protection et de la promotion des droits et libertés des peuples indigènes (considération introductive n°21). Même si elle n'introduit pas de nouveaux droits, elle se présente actuellement comme le premier instrument international traitant exclusivement de la question des groupes autochtones⁶⁵. Sa particularité tient notamment à l'intégration directe des représentants de communautés indigènes, en majorité des États-Unis, du Canada, d'Australie et de Nouvelle-Zélande, dans le processus de négociation, ce qui en accroît aujourd'hui considérablement la légitimité⁶⁶. Quant à son contenu, elle établit des standards minimaux d'action basés sur une conception orientée vers le respect des droits humains ainsi qu'une égalité entre tous⁶⁷. Pour le surplus, elle octroie des droits collectifs aux communautés, allant d'un droit général à l'autodétermination (art. 3) à des prérogatives spéciales en matière de protection et de préservation de la culture (art. 11, 12, 31 et 34)⁶⁸. Elle prévoit ainsi spécifiquement la protection des expressions culturelles traditionnelles, en énonçant que les peuples autochtones ont d'une part le droit de les observer et de les revivifier, qu'il s'agisse de manifestations passées, présentes et futures (art. 11), mais aussi de les préserver, de les contrôler et de les développer (art. 31).

Sur la base de ces considérations générales autour des droits humains, nous jugeons nécessaire d'adopter une approche plus critique. Il est certes incontestable que les principes énoncés par

⁶³ A/HRC/28/57, p. 8. La Rapporteuse spéciale précise que ce droit ne doit pas être compris comme un synonyme ou une référence à la notion de droit d'auteur, telle que nous la connaissons, mais plutôt comme un concept connexe, au regard duquel devront (notamment) être appréciées les législations relatives au droit d'auteur.

⁶⁴ RS 0.103.2.

⁶⁵ TOKI, p. 101.

⁶⁶ ERUETI, p. 11.

⁶⁷ DOROUGH, p. 266.

⁶⁸ DOROUGH, p. 265.

les instruments susmentionnés puissent jouir d'une importance particulière dans notre contexte. Il n'en demeure pas moins que subsiste un obstacle de taille, à savoir celui de leur implantation nationale, indispensable pour leur donner un effet concret.

À cet égard, l'implication pratique de la Déclaration de 2007 demeure insatisfaisante. Alors que l'instrument a eu une force propulsive dans un certain nombre d'États, qui en ont d'ores et déjà reconnu l'importance notamment au travers de la révision de leurs législations nationales, il n'en va pas de même pour les États-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande⁶⁹. De notre point de vue, les États-Unis et l'Australie restent les moins avancés dans le processus d'implantation, où des efforts concrets, dépassant le stade du pur discours symbolique, se font encore attendre⁷⁰. En Nouvelle-Zélande, la Cour suprême du pays s'est expressément référée à l'instrument dans la reddition de décisions, sans pour autant que cela ne confère le moindre droit pour les membres de peuples indigènes qui souhaiteraient s'en prévaloir directement⁷¹. Des quatre États concernés, le Canada est peut-être celui qui se montre le plus entreprenant. La province de Colombie-Britannique a récemment introduit la *Bill 41 (Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act)* du 24 octobre 2019, qui a pour but (art. 2 let. b) de contribuer directement à l'implantation de la Déclaration de 2007.

L'incidence pratique des instruments précités dans le contexte que nous examinons étant pour l'heure minime, si ce n'est inexistante, nous les écarterons pour la suite de notre analyse et nous intéresserons à l'applicabilité et à l'efficacité des régimes de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale.

c. Droit de la propriété intellectuelle : caractéristiques, applicabilité et efficacité

i. Les fondements du droit de la propriété intellectuelle

À titre liminaire, nous jugeons utile de rappeler les fondements mêmes du système de la propriété intellectuelle. Celui-ci vise à protéger les créations de l'esprit et les intérêts, principalement patrimoniaux, du créateur, généralement individualisé, en lui octroyant un droit exclusif sur la chose, alors non-rivale et non-exclusive, pendant une période de temps limitée

⁶⁹ LENZERINI, p. 57. Ces quatre États ont déclaré leur soutien à ladite Déclaration tardivement (*i.e.* en 2009, et en 2010 pour les États-Unis) (cf. KUPRECHT, p. 76), ce qui explique aussi pourquoi ils sont moins avancés dans le processus d'implantation. Ils redoutaient notamment que la consécration du droit à l'autodétermination (art. 3) ne permette l'exercice d'un droit à la sécession par les communautés autochtones (cf. TOKI, p. 101).

⁷⁰ Australian Human Rights Commission, *Free and Equal: an Australian Conversation on Human Rights*, 13 novembre 2019, p. 14; CU Boulder/NARF Report, p. 16.

⁷¹ TOKI, p. 105.

(sauf en droit des marques)⁷². De la sorte, il incite de manière continue à l'innovation, tout en permettant l'exploitation commerciale parallèle, contre rémunération, des biens protégés⁷³. Orientées de façon simultanée vers le profit et la création, les lois de propriété intellectuelle sont un produit originaire du *Western world*, celles-ci étant basées sur une vision de l'innovation développée et des marchés industrialisés⁷⁴.

ii. Le droit d'auteur

Les premières initiatives pour la protection des expressions culturelles par le biais de la propriété intellectuelle ont été menées au regard du droit d'auteur⁷⁵. Avec l'introduction des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables de 1985 établies conjointement par l'UNESCO et l'OMPI, de nombreux États ont modifié leur régime national en conséquence⁷⁶.

En théorie, il est clair que la solution que propose le droit d'auteur peut séduire à bien des égards, en particulier face aux actes d'appropriation culturelle. En effet, le détenteur des droits, le plus souvent l'auteur de l'œuvre, est au bénéfice de prérogatives tant patrimoniales que morales ainsi que de moyens de droits à la fois défensifs et offensifs. De la sorte, il a un droit exclusif sur le bien considéré, sur l'utilisation qui en est faite, sur son intégrité et sur la paternité qui s'y rapporte⁷⁷. En cas de violation, diverses actions s'offrent à lui, celles-ci allant d'une simple demande de réparation du dommage causé à une véritable sanction pénale⁷⁸. Toute reproduction ou usage inapproprié de la création pourra ainsi être condamné. Néanmoins, avant même de pouvoir conclure à l'existence de telles prérogatives, diverses conditions d'application méritent d'être examinées à la lumière de notre problématique et de ses enjeux.

Une œuvre de l'esprit est protégée par le droit d'auteur, dès sa création et jusqu'à 70 ans⁷⁹ après le décès de son créateur, pour autant que celui-ci soit identifiable et à condition qu'elle soit

⁷² BROWN (1998), p. 196.

⁷³ SHAND, p. 59.

⁷⁴ CARPENTER, p. 53.

⁷⁵ POZZO, p. 11.

⁷⁶ WIPO/GRTFK/IC/3/10, p. 10. Nous ne développerons pas l'analyse des Dispositions types. Leurs mises en œuvre diffèrent considérablement d'un État à l'autre, créant de la sorte un état d'hétérogénéité que nous ne jugeons pas nécessaire d'analyser (cf. WIPO/GRTFK/IC/3/10, p. 10). Au surplus, les principes énoncés nous paraissent dépassés et trop élémentaires pour parer efficacement à la complexité et aux enjeux de notre problématique.

⁷⁷ JANKE (Culture), pp. 54-55.

⁷⁸ MUNZER/RAUSTIALA, p. 86.

⁷⁹ Si nous concevons que la durée maximale de protection puisse varier d'un pays à l'autre, nous avons décidé de suivre la solution qui prédomine dans la majorité des pays occidentaux (soit 70 ans après le décès du créateur).

originale et fixée sur un support matériel⁸⁰. De ces caractéristiques générales, plusieurs points méritent d'être discutés.

La condition d'originalité suppose que l'œuvre exprime une idée nouvelle, ingénieuse ou qu'elle reflète l'investissement personnel de l'auteur dans son travail, en ce sens qu'elle doit se distinguer de créations existantes en en présentant une variation substantielle⁸¹. À ce titre, la nature même des expressions culturelles traditionnelles, soit leur transmission intergénérationnelle continue et leur importance dans la survie de traditions anciennes, nous poussent à nous demander si cela ne contreviendrait pas d'emblée à une protection par le droit d'auteur⁸². En effet, la majorité des œuvres, en particulier les motifs que l'on retrouve sur des vêtements, ont été créées à partir de créations préexistantes, de quoi affaiblir considérablement leur caractère original et novateur.

Cette question a été tranchée par la Haute Cour d'Australie en 1994 dans le cas *Milpurrurru & Others v. Indofurn Pty Ltd and Others*⁸³. Dans cette affaire, la violation du droit d'auteur de plusieurs artistes aborigènes avait été invoquée en raison de la création de tapis reprenant le contenu de leur travail. La Cour a d'emblée résolu la question de l'originalité en avançant que, quand bien même les œuvres prétendument copiées descendaient directement des traditions tribales de leurs artistes, chacune d'entre elles était caractérisée par des détails complexes et particuliers qui reflétaient le talent et l'intervention de leur créateur, remplissant ainsi la condition examinée⁸⁴. De la sorte, elle a admis la prétention en violation du droit d'auteur invoquée, de même que la prétention basée sur la violation du droit de la concurrence déloyale, tout en condamnant la partie défenderesse à la restitution des tapis invendus ainsi qu'au paiement de dommages-intérêts pour plus de 180'000 AUD⁸⁵. Il semblerait alors que la jurisprudence en la matière ait su concilier, pour la question de l'originalité, les intérêts des communautés autochtones avec le mécanisme de protection par le droit d'auteur⁸⁶. Qu'en est-il des autres conditions ?

⁸⁰ CARPENTER, p. 57; JANKE (Culture), pp. 52-53. La condition de la fixation sur un support matériel n'est pas exigée en droit international, mais elle est pertinente dans les pays de *Common law*, qui nous intéressent majoritairement dans ce travail. Cf. WIPO/GRTKF/IC/40/8, Annexe I, p. 17.

⁸¹ JANKE (Culture), p. 52; CARPENTER, p. 19; BURRI (IP), p. 20.

⁸² LUCAS-SCHLOETTER, p. 384.

⁸³ Bien que la présente affaire ne relève pas de l'univers de la mode, mais de celui du design, nous l'appliquons par analogie à notre raisonnement, ces deux domaines ressortant tous deux du monde de la création et leurs enjeux concrets (*i.e.* protection des expressions culturelles autochtones) étant les mêmes.

⁸⁴ *Milpurrurru & Others v. Indofurn Pty Ltd and Others*, §20.

⁸⁵ *Ibid*, §166; Pour davantage de détails au sujet de l'affaire, cf. *infra* p. 28.

⁸⁶ SHAND, p. 66.

Le droit d'auteur suppose que l'œuvre soit fixée sur un support matériel, en ce sens que seules les expressions tangibles d'idées peuvent être protégées. Cela signifie que la protection octroyée ne peut porter uniquement sur l'œuvre individuelle créée et n'embrasse donc pas le savoir-faire qui s'y rapporte, les traditions qui l'accompagnent ou le style qui peut en ressortir, ceux-ci devant être sauvegardés d'une autre manière⁸⁷. Une telle conclusion ne pose toutefois pas problème dans notre raisonnement. En effet, il est indéniable qu'une création fixée sur un vêtement ou tout autre objet ou surface, comme il est systématiquement le cas dans notre problématique, est ancrée sur un support physique. La condition étant remplie, elle ne nécessite pas de développements supplémentaires.

Quant à la durée de protection, il ressort de la majorité des législations en la matière que celle-ci expire 70 ans après le décès du créateur. Il en résulte que toute création couverte par le droit d'auteur (*i.e.* une œuvre nouvellement réalisée dans notre contexte) viendrait à tomber, si tel n'a pas déjà été le cas (*i.e.* pour des œuvres vieilles de plusieurs dizaines, voire centaines d'années ou les œuvres dont l'auteur n'est pas identifiable), dans le domaine public, de quoi la rendre impropre à toute protection contre un acte d'appropriation⁸⁸. Sur cette base, la solution proposée par le droit d'auteur peut s'avérer défavorable. À ce titre, certains auteurs en doctrine ont émis l'idée d'une protection perpétuelle basée sur le fait que la communauté dans son ensemble doit être considérée comme le créateur de l'œuvre, de telle sorte à prolonger à l'infini le droit d'auteur sur la chose⁸⁹. Quand bien même un tel postulat permettrait de régler à lui seul le problème présentement discuté et qu'il tiendrait compte de la nature de cet héritage culturel du point de vue autochtone, nous sommes d'avis qu'il aurait aussi et surtout pour effet de dénaturer les fondements mêmes du système de la propriété intellectuelle. Une expansion aussi importante de son champ d'application mènerait tout simplement à l'appauvrissement du domaine public ainsi qu'à la diminution du caractère incitatif à la création qu'engendre l'octroi d'un monopole des droits sur une chose pendant une période de temps limitée.

En doctrine, l'élément le plus discuté reste celui de la titularité des droits sur l'œuvre, ce pour deux raisons. D'une part, il est impératif que l'auteur de la création soit connu, principalement pour l'attribution des droits exclusifs qui en découlent. S'il est clair que cette condition ne pose aucun problème dans les situations où la réalisation est récente et que son créateur est

⁸⁷ BURRI (IP), p. 22.

⁸⁸ LUCAS-SCHLOETTER, p. 389.

⁸⁹ MUNZER/RAUSTIALA, p. 86.

identifiable, tel n'est malheureusement pas toujours le cas, en particulier pour des œuvres vieilles de plusieurs centaines d'années. Une telle conclusion a ainsi pour effet de laisser sans protection aucune au sein du domaine public un nombre incalculable d'œuvres, qui doivent alors faire face aux utilisations libres, illimitées et (souvent) abusives des créateurs occidentaux⁹⁰. D'autre part, si les communautés autochtones se considèrent titulaires en main commune des droits sur une création au regard de leur droit coutumier, c'est une vision individuelle qui prédomine dans le système de la propriété intellectuelle, en ce sens que seul l'artiste (ou toute personne ou entité tierce à laquelle il aurait cédé ses droits) pourra être titulaire des droits⁹¹. Comment concilier ce décalage conceptuel ?

Ce point a été habilement traité par la Cour Fédérale australienne dans l'arrêt *Bulun Bulun & Another v R & T Textiles Pty Ltd*. Dans cette affaire d'appropriation culturelle, deux plaintes ont été conjointement déposées au motif que les imprimés figurant sur des tissus destinés à l'importation et à la vente s'inspiraient de l'œuvre d'un artiste aborigène, M. Bulun Bulun. La violation de son droit d'auteur a été admise sans difficulté particulière par la Cour. Le cœur du litige résidait plutôt dans la prétention du second requérant, M. Milpurrurru, qui a agi au nom de sa communauté pour faire reconnaître par le droit australien cette dernière comme co-titulaire du droit d'auteur, aux côtés de M. Bulun Bulun. Sa prétention se fondait dans le droit coutumier du peuple des Ganalbingu, selon lequel la communauté dans son ensemble est propriétaire de ses expressions culturelles traditionnelles, la rendant, par voie de conséquence, titulaire des droits exclusifs s'y rapportant⁹². À défaut de pouvoir fonder la prétention du requérant sur une base légale existante, le juge von Doussa s'en est remis à l'*equity*. Dans la mesure où l'artiste a agi avec la permission de sa communauté et qu'il était tenu, conformément au droit et coutumes de cette dernière, d'en préserver les intérêts et l'intégrité culturelle, la Cour a conclu qu'il existait entre eux une relation fiduciaire⁹³. Nous jugeons cette solution comme particulièrement innovante. Quand bien même il est rappelé à plusieurs reprises qu'elle n'équivaut en rien à la reconnaissance d'une co-titularité, le mécanisme retenu s'en rapproche selon nous grandement. D'une part, il a pour effet d'intégrer la communauté dans les différents mécanismes de protection de l'œuvre au travers de son fiduciaire. La vision exclusivement individuelle de la titularité des droits se voit ainsi partiellement abandonnée au profit d'une

⁹⁰ CARPENTER, p. 62.

⁹¹ CARPENTER, p. 60; POZZO, p. 17; SHAND, p. 64.

⁹² *Bulun Bulun & Another v R & T Textiles Pty Ltd*, p. 197 et 206.

⁹³ *Ibid*, pp. 209-210.

approche orientée vers la collectivité⁹⁴. D'autre part, la qualification susmentionnée entraîne la reconnaissance par les juridictions australiennes des intérêts qu'ont les groupes autochtones à la protection de leur héritage culturel, constituant ainsi un véritable pas en avant⁹⁵.

Sur la base de l'ensemble des considérations précitées, nous sommes de l'avis que la protection offerte par le droit d'auteur n'est pas aussi insatisfaisante qu'elle ne l'est présentée en doctrine, à condition que le propos soit nuancé⁹⁶. À cet égard, nous jugeons impératif de distinguer les expressions culturelles traditionnelles anciennes (*i.e.* dont l'auteur, s'il est connu, est décédé il y a plus de 70 ans) de celles qui sont nouvellement créées. Pour les premières, la question du droit d'auteur ne se pose pas, la durée limite de protection proposée étant dans tous les cas échue. Il conviendra alors de s'en remettre aux autres mécanismes juridiques existants. Nous suggérons à cet égard le système que propose le droit de la concurrence déloyale⁹⁷. En revanche, pour les autres expressions culturelles, nous encourageons à ne pas craindre les effets d'une protection limitée dans le temps, quand bien même celle-ci puisse entrer en contradiction avec la volonté des communautés de voir leur patrimoine protégé éternellement. De notre point de vue, une telle limitation est une concession qu'il peut être intéressant d'accepter compte tenu des divers avantages que propose le mécanisme du droit d'auteur. Les prérogatives qu'il confère nous semblent être suffisamment incisives pour une défense efficace contre le phénomène d'appropriation culturelle, la palette de droits à disposition étant des plus larges. Pour le surplus, la pratique a montré des dommages-intérêts importants pouvaient être octroyés⁹⁸. En d'autres termes, la protection par ce biais-là a su prouver toute son efficacité pratique.

Quant au débat autour de la question de la co-titularité des droits, nous le jugeons superflu. Si les communautés restent libres, à l'interne, de régler la question comme elles le souhaitent et conformément à leur droit coutumier, nous sommes de l'avis que, lorsqu'elles souhaitent agir en justice à l'externe (*i.e.* dans le monde occidental), celles-ci doivent se conformer aux règles existantes. Même si nous concevons pleinement l'importance du collectif pour les groupes autochtones, nous sommes contre l'idée de toucher à des principes aussi élémentaires et fondamentaux que celui de la légitimité active d'un sujet de droit individualisé, commun à la majorité des ordres juridiques modernes. À cet égard, l'aspect individualiste du droit d'auteur

⁹⁴ *Ibid*, p. 195; CARPENTER, p. 67.

⁹⁵ JANKE (OMPI), pp. 61-62; *Bulun Bulun & Another v R & T Textiles Pty Ltd*, p. 210.

⁹⁶ SHAND, p. 61.

⁹⁷ À cet égard, cf. *infra*, p. 27ss.

⁹⁸ Dans l'arrêt *Milpurrrru & Others. v. Indofurn Pty Ltd and Others* précité, plus de 180'000 ASD ont été octroyés aux requérants à titre de réparation (cf. *Milpurrrru & Others. v. Indofurn Pty Ltd and Others*, N. 166).

doit l'emporter, quand bien même une nouvelle brèche semble avoir été ouverte par les tribunaux, allant dans le sens d'une reconnaissance symbolique d'une titularité collective pour la communauté. Pour rappel, notre but est de mettre en exergue les divers points de friction entre les aspirations indigènes et la réalité juridique. En aucun cas avons-nous pour vocation de révolutionner les systèmes occidentaux existants, ceux-ci devant subsister pour continuer à réglementer les sociétés auxquelles ils se rattachent. L'idée sous-jacente de notre analyse étant de trouver un juste équilibre entre les diverses aspirations des parties prenantes, il va selon nous de soi que des concessions doivent être imposées, lorsque nécessaires, tant d'un côté comme de l'autre et le présent point de discussion en constitue un exemple concret.

Dans tous les cas, il semblerait qu'en pratique, la contrainte que constitue la nécessité d'agir en qualité de personne juridique individualisée ait été pleinement acceptée par les communautés. Les plaintes en matière d'appropriation culturelle sont systématiquement introduites par un requérant individuel agissant non pas en son propre nom, mais en celui du groupe ou de la tribu dont il représente les intérêts. Il peut s'agir de l'artiste lui-même ou d'une entité tierce à laquelle les droits auraient été confiés, de telle sorte à en assurer la gestion efficace dans le sens de la préservation de l'héritage communautaire indigène. Nous corroborerons notre propos en citant le cas du *Sealaska Heritage Institute* (ci-après : SHI) société à but non-lucratif établie pour promouvoir et protéger l'héritage culturel de certaines tribus autochtones d'Alaska, qui a agi dans le courant du mois d'avril 2020 contre le groupe Neiman Marcus et le revendeur en ligne MyTheresa pour violation du droit d'auteur qu'elle s'est vue octroyer au travers d'une licence mondiale exclusive, au motif qu'un pull de la marque reprenait un motif traditionnel protégé⁹⁹.

Au demeurant, l'efficacité du droit d'auteur dans le contexte de notre problématique est selon nous corroborée par le fait qu'il soit difficile, si ce n'est impossible, d'opposer la moindre objection à toute violation invoquée. Qu'il s'agisse de l'argument de la liberté d'expression¹⁰⁰ ou du renvoi à la doctrine du *fair use*¹⁰¹, qui permet « *the unlicensed use of copyright-protected works in certain circumstances* »¹⁰², nous sommes de l'avis que celles-ci n'ont tout simplement

⁹⁹ *SHI, Inc., v. Neiman Marcus Group Ltd, LLC et al*, N. 4-6; DYE Kathy, *Sealaska Heritage sues Neiman Marcus alleging unlawful use of term "Ravenstail"*, Sealaska Heritage Institute, 20 avril 2020 (25.04.2020). Il s'agit du premier cas aux États-Unis où est invoquée la violation du droit d'auteur sur un motif traditionnel autochtone.

¹⁰⁰ Cf. *supra*, p. 7.

¹⁰¹ En droit d'auteur, la doctrine du *fair use* autorise l'élaboration d'une œuvre à partir d'une création préexistante à condition, entre autres, que l'œuvre créée ajoute quelque chose de nouveau au travail existant, en ce sens qu'elle doit lui donner une signification nouvelle (17 U.S.C. §107, Copyright Act de 1976).

¹⁰² The United States Copyright Office, *More Information on Fair Use*, [<https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>] (22.05.2020).

pas leur place dans le présent débat. Ce serait à tort de penser que nous pourrions les appliquer par analogie aux cas d'appropriation culturelle, au simple motif qu'elles sont fréquemment invoquées dans des affaires relevant d'un phénomène voisin, celui du mouvement artistique de l'appropriation¹⁰³. Alors que le premier cité est connoté historiquement et est caractérisé par des considérations morales, éthiques, artistiques et juridiques, le second ne sort selon nous pas du cadre, très vaste certes, de l'art. Il est dès lors impossible d'adopter la même approche. De notre point de vue, et contrairement aux artistes appropriateurs (*i.e.* qui appartiennent au mouvement artistique), les créateurs occidentaux sont tenus par une obligation de diligence accrue, de par le contexte historiquement et moralement délicat dans lequel s'insèrent leurs actes, l'emportant ainsi sur toute potentielle objection.

Notre approche nuancée nous a ainsi permis de démontrer les raisons pour lesquelles nous nous montrons favorables à une protection par le droit d'auteur de toute expression culturelle traditionnelle nouvellement créée. Nous poursuivrons notre analyse en nous posant les mêmes questions au regard du droit des marques et des indications géographiques.

iii. Le droit des marques et des indications géographiques

1. La marque individuelle

a. L'expression culturelle traditionnelle comme que marque

Face à la protection jugée lacunaire du droit d'auteur, le droit des marques s'est présenté comme une solution intéressante, garantissant, en théorie du moins, une protection perpétuelle du signe et offrant la possibilité d'une titularité collective des droits¹⁰⁴. À ce titre, le litige *The Navajo Nation v. Urban Outfitters, Inc., & Others*¹⁰⁵ aurait pu être considéré comme constituant un véritable pas en avant dans la protection des expressions culturelles traditionnelles par la propriété intellectuelle. Dans une plainte déposée en 2012 devant le Tribunal de district du Nouveau-Mexique, la communauté Navajo, en sa qualité de titulaire des droits sur le terme « Navajo », a dénoncé la mise en vente par la défenderesse d'objets et vêtements sous la dénomination selon elle trompeuse et déloyale de « Navaho » et « Navajo »¹⁰⁶. De son point de

¹⁰³ Il se définit comme « *the practice of artists using pre-existing objects or images in their art with little transformation of the original* ». Cf. Tate, Art Term, *Appropriation*, [<https://www.tate.org.uk/art/art-terms/a/appropriation>] (22.05.2020).

¹⁰⁴ BURRI (IP), p. 17.

¹⁰⁵ Nous faisons ici référence au titre de l'affaire, tel qu'il figure sur la plainte déposée par la Nation Navajo en 2012, et non pas à une décision finale, le litige s'étant soldé par un règlement amiable confidentiel entre les parties.

¹⁰⁶ *Complaint, The Navajo Nation v. Urban Outfitters, Inc. & Others*, §1-2 et §4.

vue, cela avait pour effet d'induire en erreur les consommateurs, dans la mesure où les produits vendus n'avaient en aucun cas été réalisés sur autorisation ou avec la collaboration de la communauté¹⁰⁷. Si la requérante a fait part des différents dommages qui lui ont été causés d'un point de vue purement juridique et économique, demandant à cet égard plusieurs milliers de dollars de dédommagement¹⁰⁸, l'opinion publique n'a pas hésité à s'emparer de l'affaire pour en dénoncer les manquements moraux, lui faisant ainsi prendre une ampleur inattendue. Pour beaucoup, la vente de flasques et de sous-vêtements ornés de motifs traditionnels amérindiens équivalait à quelque chose de « *distasteful and racially demeaning... [which] confesses extreme ignorance and bigotry* »¹⁰⁹. Après plus de 4 ans de procédure, les parties sont parvenues à la conclusion d'un accord amiable, lequel comprend notamment une entente exclusive de licence et d'approvisionnement pour le futur¹¹⁰. Malgré cela, nous ne considérons en aucun cas la présente affaire et la « victoire »¹¹¹ de la nation Navajo comme une *success story* qui mériterait d'être élevée au rang de solution modèle en droit des marques, ce pour plusieurs raisons.

De manière générale, nous sommes de l'avis qu'un nombre important d'expressions culturelles traditionnelles ne peuvent tout simplement pas faire l'objet d'une protection légale par le droit des marques. Celle-ci est en effet conditionnée à l'existence d'un signe, d'un mot, d'une forme ou d'un symbole distinctif qui soit effectivement utilisé dans le commerce par ses détenteurs, sous peine de se voir déchu du monopole exclusif conféré par l'enregistrement de la marque¹¹². Si la question du caractère distinctif ne pose pas de problèmes particuliers dans le cas d'espèce, il n'en va pas de même pour l'obligation d'utilisation commerciale. À ce titre, nous préciserons que la commercialisation abondante de leur artisanat par les Navajos reste exceptionnelle et isolée¹¹³. Pour la majorité des communautés autochtones, il est contraire à leurs traditions et coutumes d'insérer leurs artéfacts dans des circuits économiques extérieurs au groupe, pour ne pas leur faire perdre le symbole spirituel et sacré qui les caractérise¹¹⁴. Pour celles-ci, l'analyse s'arrêterait à ce stade, dans la mesure où le signe distinctif considéré ne serait en mesure de remplir les conditions légales auxquelles est subordonné l'octroi de la marque.

¹⁰⁷ *Ibid.*, §5-6.

¹⁰⁸ *Ibid.*, §4-7 (*Prayer for relief*).

¹⁰⁹ HOUSTON BROWN Sasha, *An Open Letter to Urban Outfitters on Columbus Day*, Indian Country Today, 11 octobre 2011 (25.04.2020).

¹¹⁰ ZERBO Julie, *Urban Outfitters, Navajo Nation Settle Trademark, Indian Arts and Crafts Lawsuit*, The Fashion Law, 21 novembre 2016 (25.04.2020).

¹¹¹ Nous utilisons le terme « victoire » dans la mesure où la Nation Navajo est parvenue à conclure un accord favorisant considérablement la commercialisation de son artisanat pour l'avenir.

¹¹² SHARONI, p. 14, 15 et 18; BROWN (2003), p. 74.

¹¹³ VÉZINA (Curbing), p. 5.

¹¹⁴ MOYNIHAN, p. 68; VÉZINA (Curbing), p. 5.

Pour les plus téméraires d'entre-elles qui décideraient tout de même d'utiliser leurs expressions traditionnelles dans un contexte commercial pour bénéficier des prérogatives conférées par le droit des marques, leur attention mériterait d'être attirée sur certaines des caractéristiques de celui-ci que nous jugeons, eu égard aux particularités du patrimoine considéré, insatisfaisantes.

D'une part, conformément au principe de spécialité, le monopole exclusif d'exploitation conféré à une marque par son enregistrement se limite aux catégories qui ont été choisies lors de son dépôt, celles-ci ne dépassant normalement pas le cadre strict des activités traditionnellement exercées par le groupe¹¹⁵. En conséquence, il peut devenir impossible pour une communauté autochtone lésée d'agir contre le détenteur d'un signe identique ou similaire qui serait utilisé pour distinguer un produit appartenant à une classe autre. D'autre part, en vertu du principe de priorité, il existe le risque que la marque qui chercherait à être déposée par un groupe autochtone soit déjà utilisée (peut-être même de façon culturellement offensante) par un autre titulaire qui l'aurait enregistrée antérieurement, de quoi empêcher intégralement le dépôt du signe voulu¹¹⁶. Paradoxalement, dans de tels cas, « *it is the appropriator of the symbol – the business – that is often given a property right in the symbol* »¹¹⁷.

À cela s'ajoute la nécessité de payer les frais d'enregistrement et de renouvellement de la marque ainsi que le devoir de gérer l'ensemble des procédures s'y rapportant, le tout pouvant constituer une charge administrative et financière d'importance pour des communautés au mode de vie modeste, peu informées et agissant le plus souvent seules¹¹⁸.

Aussi est-il utile de rappeler la fonction même d'une marque. Celle-ci doit permettre à la fois au consommateur de distinguer les différents produits et services qui se présentent à lui, mais aussi et surtout de favoriser un marché concurrentiel dans lequel la source et la qualité de chacun d'entre eux sont garanties¹¹⁹. Or, nous refusons d'admettre que les expressions culturelles poursuivent elles-mêmes une finalité informative d'indicateurs d'origine ou de qualité, quand bien même il est incontestable qu'elles puissent être facilement rattachées à un territoire déterminé. Au contraire, elles reflètent une histoire, des rites, des croyances et des traditions¹²⁰. Sur cette base, il semble être compliqué de leur octroyer la composante mercantile inhérente à

¹¹⁵ LUCAS-SCHLOETTER, p. 401.

¹¹⁶ SHARONI, p. 18; TURNER, p. 124.

¹¹⁷ DOUGHERTY, p. 355.

¹¹⁸ BURRI (IP), p. 17.

¹¹⁹ SHARONI, p. 13-14 et 18.

¹²⁰ SHARONI, p. 34.

l'enregistrement de tout signe distinctif sans automatiquement les dénaturer de leurs caractéristiques morales et sacrales originelles. Après tout, « *trademark law promotes fair competition, not morality* »¹²¹.

Enfin, nous sommes de l'avis que leur enregistrement pour effet de les mettre en vitrine à l'échelle nationale, voire internationale, de telle sorte à en favoriser la diffusion non-contrôlée¹²². En quoi un tel procédé diffère-t-il d'un acte d'appropriation culturelle, dans la mesure où la chose est désacralisée et mise au profit exclusif du commerce¹²³? En d'autres termes, est-il réellement légitime de devoir les introduire dans les circuits commerciaux pour en obtenir la protection ? Nous répondrons à cette interrogation par la négative, la nature même des expressions culturelles traditionnelles n'en étant en rien sauvegardée.

Selon nous, la seule façon d'accepter l'utilisation d'une expression culturelle traditionnelle en tant que marque est de la dénaturer de l'ensemble de ses composantes, l'apparentant ainsi à signe distinctif banal et sans histoire, soumis, comme beaucoup d'autres, à un régime basé sur des préceptes exclusivement industriels et commerciaux. En raison de tels décalages conceptuels, nous écarterons la solution présentement examinée pour la suite de notre analyse.

b. L'expression culturelle traditionnelle comme motif absolu de refus à l'enregistrement d'une marque

À défaut de protéger efficacement les expressions culturelles pour leur utilisation en tant que signe distinctif, le droit des marques peut-il servir de moyen défensif pour annuler ou s'opposer à l'enregistrement d'un signe particulier qui nuirait aux communautés autochtones ?

En pratique, en raison de la protection quelque peu lacunaire évoquée ci-dessus, une tendance en faveur d'une interdiction absolue de l'enregistrement d'expressions culturelles traditionnelles s'est développée, en particulier au Canada et en Nouvelle-Zélande¹²⁴. Le Canada a ainsi élevé les communautés autochtones au rang de *public authority* au sens de son *Trademarks Act* de 1985¹²⁵ (art. 9 §1 let. n iii)), interdisant de la sorte l'adoption de tout signe similaire ou semblable à celui d'un emblème utilisé par une entité publique, notion comprenant

¹²¹ CARPENTER Megan M., *Trademark Law Promotes Fair Competition, Not Morality*, The New York Times, 4 mai 2016 (26.04.2020).

¹²² SHARONI, p. 19.

¹²³ SHARONI, p. 20.

¹²⁴ SHARONI, p. 20; CHALK/DUNLOP, p. 957.

¹²⁵ Trademarks Act de 1985 (R.S.C., 1985, c. T-13).

celle de groupe indigène¹²⁶. L'approche adoptée par le législateur néo-zélandais s'est montrée encore plus novatrice, ce dernier ayant expressément inscrit dans sa législation¹²⁷ l'interdiction d'enregistrer une marque qui pourrait être offensante pour les communautés autochtones du pays, en particulier pour les Maoris (art. 17 §1 let. c)¹²⁸.

Il est en revanche impossible de parvenir à la même conclusion pour les États-Unis. D'une part, il semblerait que les tribunaux et le *United States Patent and Trademark Office* (ci-après : le USPTO) ne reconnaissent pas les expressions culturelles traditionnelles, en particulier les symboles des communautés amérindiennes, comme faisant partie du motif absolu de refus à l'enregistrement énoncé à la Section 2(b) (15 U.S.C. §1052) du *Trademark Act* de 1946¹²⁹. Aux termes de celui-ci, l'enregistrement sera impossible pour tout signe qui «*consists of or comprises the flag or coat of arms or other insignia of the United States, or of any State or municipality, or of any foreign nation, or any simulation thereof*». Cela a d'ailleurs été confirmé par le USPTO dans une étude menée en 1999, dans laquelle il a expliqué ne pas refuser l'enregistrement de symboles semblables ou similaires à ceux de tribus autochtones sur la base de la disposition précitée, au simple motif que les «*Native American tribes are not foreign nations, States or municipalities... [but they rather] have a unique status as domestic dependent nations under the protection of the United States*»¹³⁰. En pratique, une telle approche a donné lieu à des situations surprenantes et parfois incohérentes. Par exemple, la tribu amérindienne Zia ne peut faire enregistrer par le biais d'une marque son symbole traditionnel sacré vieux de plusieurs centaines d'années, le soleil Zia, dans la mesure où celui-ci est arboré depuis 1925 par le drapeau de l'État du Nouveau-Mexique (qui se l'est approprié), conformément à la Section 2(b) (15 U.S.C. §1052) susmentionnée¹³¹. Comme rappelé très justement, «*it creates a situation whereby the State of New Mexico's use of the Zia sun symbol is protected but the Pueblo of Zia's use of their own symbol is not*»¹³².

Les autorités américaines pourraient également refuser l'enregistrement de marques culturellement offensantes sur la base de la Section 2(a) (15 U.S.C. §1052) du *Trademark Act*, laquelle interdit tout signe qui «*consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous*

¹²⁶ CHALK/DUNLOP, p. 961; BROWN (2003), pp. 83-84.

¹²⁷ Trade Marks Act de 2002.

¹²⁸ VÉZINA (Curbing), p. 5; CHALK/DUNLOP, p. 958.

¹²⁹ The Lanham (Trademark) Act de 1946.

¹³⁰ PTO Report, p. 17.

¹³¹ TURNER, pp. 121-122; SHARONI, p. 18.

¹³² TURNER, p. 122 et citations.

matter; or matter which may disparage [...] or bring them into contempt, or disrepute ». Pourtant, il ressort de la jurisprudence la plus récente des tribunaux que ceux-ci ont décidé de faire primer la liberté d'expression du grand public, au détriment de la protection demandée par les communautés autochtones contre toute utilisation dépréciative de leurs expressions culturelles, en déclarant tout simplement inconstitutionnelle la disposition précitée¹³³. La décision créant un précédent qui lie les autorités judiciaires pour toute affaire matériellement similaire, les peuples amérindiens ont peut-être perdu l'outil le plus intéressant proposé par la propriété intellectuelle pour protéger leur héritage culturel¹³⁴.

Nous pouvons ainsi conclure que l'intégration d'un tel motif de refus à l'enregistrement dépend de façon discrétionnaire de la sensibilité et moralité de chaque État¹³⁵. Si le Canada et la Nouvelle-Zélande ont su montrer l'exemple, nous regrettons l'approche restrictive et politiquement mesurée des tribunaux américains et en particulier du USPTO. Quand bien même des efforts clairs ont été menés dans le sens d'une protection renforcée des intérêts des communautés amérindiennes, ceux-ci demeurent pratiquement inefficaces et moralement insatisfaisants. Par exemple, nous citerons la création par le USPTO d'une base de données¹³⁶ ayant pour but de regrouper, à titre informatif seulement (*i.e.* sans leur accorder de protection juridique directe), les insignes traditionnels de tribus amérindiennes qui l'auraient souhaité, de telle sorte à ce que tout tiers désireux de faire enregistrer une marque nouvelle puisse vérifier que cette dernière ne soit pas confusément similaire à un symbole existant¹³⁷. La démarche, qui semble pourtant noble de prime abord, a pour effet d'offrir une publicité mondiale aux insignes

¹³³ Notre raisonnement se base sur la résolution du cas *Matal, Interim Director, United States Patent and Trademark Office v. Tam*, the United States Supreme Court, No. 15-1293 (19 juin 2017), qui a conditionné l'issue ultérieure de l'affaire *Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, et al.*, Appeal No. 15-1874 (30 octobre 2015), qui correspond à la procédure en appel lancée contre la décision rendue dans *Blackhorse & Others v. Pro-Football, Inc.*, Cancellation No. 92046185, USPTO (18 juin 2014) et qui s'est finalement soldée par le retrait du recours déposé. La question principale du litige était celle de savoir si l'utilisation et par conséquent l'association des 6 marques « Redskins » à l'ensemble des services proposés par l'organisation des Washington Redskins (notamment les coiffes de chefs arborées par la fanfare) contrevenaient à la Section 2(a) du *Trademark Act* en dénigrant les communautés amérindiennes (cf. *Blackhorse & Others v. Pro-Football, Inc.*, Cancellation No. 92046185, USPTO (18 juin 2014), pp. 16 et 20). Après des années de procédure, la Cour suprême s'est alignée sur le jugement de *Matal v. Tam*, selon lequel la liberté d'expression doit primer le caractère potentiellement dénigrant d'une utilisation faite d'un signe amérindien. Cf. DONAHUE Bill, *4th Circ. Formally Tosses Redskins Trademark Ruling*, Law360, 18 janvier 2018 (29.04.2020)).

¹³⁴ MOYNIHAN, p. 70.

¹³⁵ WIPO/GRTKF/IC/40/8, Annexe I, p. 25.

¹³⁶ Cette base de données est accessible depuis le *Trademark Electronic Search System* (TESS) (cf. United States Patent and Trademark Office, *Trademark Electronic Search System*, [<https://www.uspto.gov/trademarks-application-process/search-trademark-database>] (22.05.2020)).

¹³⁷ The United States Patent and Trademark Office, *USPTO Establishes Database of Official Insignia of Native American Tribes*, [<https://www.uspto.gov/about-us/news-updates/uspto-establishes-database-official-insignia-native-american-tribes>] (21.05.2020).

inscrits, sans pour autant leur garantir une quelconque protection juridique, que cela se fasse par la loi ou par la pratique judiciaire, chose que nous jugeons être des plus contreproductives.

Cette disparité dans les pratiques nationales ne nous empêche pas de plaider en faveur de l'insertion dans les régimes juridiques internes de tels motifs de refus. En effet, ils ont le mérite de faire efficacement obstacle au phénomène d'appropriation en amont, rendant de la sorte impossible l'utilisation commerciale de tout symbole ou motif de tribu amérindienne par une personne tierce. Les coûts de procédure engagés par les communautés se voient réduits (si ce n'est évités), et les atteintes empêchées. D'autre part, ils garantissent une protection au regard d'un système internationalement reconnu, à savoir celui de la propriété intellectuelle, sans pour autant requérir de chaque communauté indigène que celle-ci ne fasse une quelconque démarche ou qu'elle doive insérer volontairement ses expressions sacrées dans un cadre juridique dont elle ne partage pas les idées sous-jacentes. L'autonomie et les croyances de chaque groupe autochtone se voient ainsi préservées, sans que ne soit imposée l'adoption d'un nouvel état d'esprit. Au contraire, il incombe aux États d'agir, en devenant les garants de la protection que les tribus recherchent tant et en reconnaissant juridiquement l'importance sacrée conférée à de telles expressions culturelles en en faisant un motif absolu de refus à l'enregistrement.

2. La marque collective, la marque de certification et les indications géographiques

Quant à la question des marques collectives, des marques de certification et des indications géographiques, nous peinons à entrevoir en quoi celles-ci pourraient renforcer la position des communautés autochtones victimes d'appropriation culturelle. Selon nous, leur utilisation s'inscrit dans une optique purement commerciale. En effet, nous percevons les garanties qu'elles traduisent, qu'il s'agisse de leur provenance, leur origine, la qualité des matériaux qui les composent, leurs méthodes de création ou leurs créateurs mêmes, comme un outil marketing n'ayant qu'une portée informative et symbolique, servant ainsi à différencier les produits authentiques des autres¹³⁸. Nous ne leur trouvons ainsi une utilité uniquement sous un angle mercantile, en ce sens que l'intégrité même des expressions culturelles ne se voit en rien sauvegardée et les risques d'appropriation ne sont pas évités¹³⁹. Par exemple, dans le cas

¹³⁸ JANKE (Culture), pp. 70-71; SHARONI, p. 21. Nous citerons la marque de certification du *Silver Hand Program* mis en place par le *Alaska State Council on the Arts*, qui a pour but de faciliter l'insertion dans le marché de créations autochtones tout en en garantissant l'authenticité auprès des consommateurs. À cet égard, voir : Official Alaska State Website, *Alaska Native Arts Program*, [<https://arts.alaska.gov/alaska-native-arts-program>] (01.05.2020).

¹³⁹ LUCAS-SCHLOETTER, p. 402.

d'indications géographiques, il sera seulement possible d'agir contre un tiers qui souhaiterait se prévaloir de l'appellation protégée pour son propre produit si celui-ci n'en remplit pas les conditions standards¹⁴⁰. Il va de soi que si des communautés décident de commercialiser leurs créations traditionnelles, il pourrait être intéressant de s'en remettre à l'une des trois institutions précitées pour en renforcer l'authenticité. Toutefois, dans le contexte (majoritaire) d'une utilisation interne au groupe, à des fins traditionnelles en particulier, celles-ci constituent à nos yeux les solutions les moins juridiquement pertinentes que l'on puisse trouver au sein du système de la propriété intellectuelle. Nous les écarterons ainsi pour la suite de notre analyse.

iv. Le droit de la concurrence déloyale

Il ressort de la majorité des plaintes déposées à la suite d'actes d'appropriation que les requérants se prévalent systématiquement d'une violation des pratiques commerciales et de la concurrence déloyale. De notre point de vue, il s'agit d'un moyen de droit particulièrement efficace dans notre contexte, d'abord en raison de son accessibilité pour les communautés lésées. En effet, les prétentions en découlant ne sont subordonnées qu'à l'existence d'un comportement déloyal du tiers appropriateur au sens de la législation nationale applicable. Le système est distinct et parallèle à celui de la propriété intellectuelle. Il a ainsi le mérite d'offrir à la fois une protection si les groupes lésés ne souhaitent pas s'en remettre aux mécanismes du droit d'auteur ou du droit des marques, mais il permet également de la renforcer lorsque ceux-ci choisissent d'y recourir. Pour le surplus, les fondements juridiques sur la base desquels les groupes touchés peuvent agir sont variés et nombreux. En effet, la majorité des États se sont dotés de législations en la matière, que celles-ci prennent la forme d'une loi sur la concurrence déloyale, sur la protection des consommateurs ou qu'il s'agisse de régimes *sui generis* particuliers¹⁴¹. Les États-Unis ont ainsi adopté le *Indian Arts and Crafts Act* de 1990 (ci-après : IACA)¹⁴², systématiquement invoqué par les tribus amérindiennes lésées, auxquelles il est spécifiquement destiné. Le IACA est un «*truth-in-advertising statute aimed at ensuring that products marketed and sold as "Indian" are actually Indian*»¹⁴³. Les moyens de droit qu'il propose sont en théorie des plus pertinents. En effet, ceux-ci vont de la simple injonction (25 U.S.C. §305e(b)(1)) à l'octroi de dommages punitifs (25 U.S.C. §305e(c)) ou au versement de 1'000 USD pour chaque jour où le produit contesté aura été proposé à la vente (25 U.S.C

¹⁴⁰World Intellectual Property Organization, *Frequently Asked Questions : Geographical Indications*, [https://www.wipo.int/geo_indications/en/faq_geographicalindications.html] (01.05.2020).

¹⁴¹LUCAS-SCHLOETTER, p. 407.

¹⁴²LUCAS-SCHLOETTER, p. 404.

¹⁴³ *Native American Arts, Inc. v. Contract Specialties, Inc.*, 754 F.Supp.2d 386 (D.R.I. 2010) (29 novembre 2010), N. 388.

§305e(b)(2b)). Il n'en demeure pas moins qu'à ce jour, la portée pratique de l'instrument reste floue. Il semblerait en effet que la majorité des cas s'y référant soient « *short-lived and dismissed pursuant to confidential settlements* »¹⁴⁴.

En pratique et dans la majorité des cas, les communautés lésées se plaignent de la confusion engendrée par le fait que le produit vendu par le tiers laisse à penser que celui-ci est d'origine autochtone ou qu'il a été réalisé en collaboration étroite avec des groupes indigènes. Tel a par exemple été le cas dans l'affaire *Milpurrurru & Others. v. Indofurn Pty Ltd and Others* précitée, dans laquelle l'entreprise défenderesse avait à tort inscrit sur les étiquettes attachées aux produits vendus que ceux-ci étaient d'origine aborigène¹⁴⁵. La Cour fédérale australienne a admis la prétention invoquée sans difficulté en sommant la partie défenderesse d'une injonction l'interdisant de contrevenir à nouveau au *Trade Practices Act* de 1974¹⁴⁶. Dans l'affaire *SHI, Inc., v. Neiman Marcus Group LTD, LLC., et al.* précitée, le SHI s'est plaint du fait que les défendeurs vendaient le produit sous la dénomination prétendument fallacieuse de « *Ravenstail Knitted Coat* », suggérant ainsi à tort que le vêtement était produit par des communautés amérindiennes d'Alaska¹⁴⁷. Bien que l'affaire n'ait pas encore été jugée, il sera intéressant de voir l'importance qu'accorderont les juges aux prétentions du SHI fondées sur la Section (e) (25 U.S.C. §305) du IACA, l'instrument nécessitant encore de faire ses preuves en pratique.

v. Conclusion intermédiaire

La présente section a pour vocation de dresser le bilan de l'efficacité et de l'opportunité d'une protection des expressions culturelles traditionnelles par le droit de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale. Pour affiner au mieux notre analyse, nous proposons de distinguer les communautés qui souhaitent procéder à la commercialisation de leurs expressions traditionnelles de celles qui ne le souhaitent pas.

Pour les premières, la solution est simple. Celles-ci ont tout intérêt à déposer des marques pour l'ensemble des signes, mots, formes ou motifs qu'elles veulent protéger, de par la protection perpétuelle qui en découle (à condition toutefois d'en faire l'usage continu). Au surplus, et si

¹⁴⁴ JOHNSON Brendan, *The Indian Arts and Crafts Act – A Powerful Tool*, Law360, 30 juin 2015 (01.05.2020). Notre propos est corroboré par le fait que, entre 2006 et 2011, sur 649 plaintes déposées en lien avec le IACA auprès de sa Commission, aucune n'a été transmise aux tribunaux pour jugement. Cf. GAO Report p. 14.

¹⁴⁵ *Milpurrurru & Others. v. Indofurn Pty Ltd and Others*, §162.

¹⁴⁶ *Ibid.*, §166.

¹⁴⁷ *SHI, Inc., v. Neiman Marcus Group LTD, LLC., et al.*, §24 et §35. Le terme « Ravenstail » est depuis des centaines d'années utilisé exclusivement pour désigner les produits des communautés Tlingit, Haida et Tsimshian,

nécessaire, elles pourront aisément se prévaloir des différentes prérogatives octroyées par le droit de la concurrence déloyale, voire disposer de marques de certification. Dans une telle configuration, les obstacles que sont ceux de l'utilisation commerciale et de la gestion des droits conférés, n'ont plus lieu d'être. De par l'insertion de leurs expressions dans les circuits économiques, nous sommes de l'avis que les communautés concernées acceptent de faire perdre à leur héritage sa composante sacrée et exclusive. À cet égard, elles ne se distinguent plus des autres acteurs du marché. Elles doivent alors accepter et respecter les principes fondateurs du système de la propriété intellectuelle, auquel elles ont volontairement choisi de se soumettre.

Pour les communautés qui préféreraient garder leurs expressions traditionnelles en dehors des circuits commerciaux, la réponse mérite d'être nuancée et le raisonnement à nouveau dédoublé. Il convient selon nous de distinguer les moyens de droit disponibles en amont, qui permettent de prévenir les atteintes, de ceux disponibles en aval, qui permettent de lutter efficacement contre celles-ci. Nous sommes de l'avis qu'une protection en amont est préférable, cette dernière offrant une économie de temps et de moyens non négligeable aux tribus touchées. À cet égard, la solution la plus favorable nous semble être celle que propose le droit des marques de par l'insertion d'un motif absolu de refus à l'enregistrement faisant mention des expressions culturelles traditionnelles autochtones, celle-ci étant la plus à même de concilier les intérêts de l'ensemble des parties prenantes. Nous sommes pleinement conscients de la faiblesse d'une telle solution, dans la mesure où elle dépend indubitablement de la sensibilité de l'État concerné, comme nous avons pu le démontrer avec les États-Unis. Dans un tel cas, nous conseillerions de se concentrer sur les solutions existant en aval du phénomène. À cet égard, nous sommes de l'avis que les nombreuses prérogatives du droit d'auteur couplées à celles du droit de la concurrence déloyale sont les plus à même de permettre une lutte efficace contre tout acte d'appropriation. Elles ont en effet su gagner en légitimité et s'imposer auprès des tribunaux, desquels semble se dégager une pratique allant incontestablement dans le sens d'une protection accrue des intérêts des groupes autochtones.

À l'image de notre problématique, nous concevons que la solution que nous proposons est complexe et hétérogène, bien que nous ayons su en établir l'efficacité pratique. Si nous soutenons une protection par le biais des régimes susmentionnés, nous pouvons difficilement écarter le fait que les législations existantes demeurent en décalage complet avec les préceptes coutumiers autochtones. À cet égard, la Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels a d'ailleurs rappelé la nécessité selon laquelle les législations et politiques en matière

de propriété intellectuelle « doivent être conçues en tenant compte des populations qui ont des besoins particuliers ou pourraient être laissées de côté par le marché »¹⁴⁸. Néanmoins, il pourrait s'avérer compliqué de réformer l'ensemble des systèmes juridiques en la matière, raison pour laquelle nous poursuivrons notre analyse en examinant l'opportunité de solutions proposées en doctrine et situées en dehors du champ d'application traditionnel de la propriété intellectuelle.

IV. *De lege ferenda*

Face au caractère jugé lacunaire du système juridique existant, les initiatives pour le renforcement de la protection des expressions culturelles traditionnelles, qu'elles soient nationales ou internationales, n'ont pas manqué au cours des dernières années¹⁴⁹. Toutefois, cette approche fragmentaire ne convainc pas¹⁵⁰. D'une part, les régimes *sui generis* nationaux, aussi intéressants soient-ils, n'ont qu'une portée limitée au territoire de l'État qui les a édictés¹⁵¹. D'autre part, les divers actes internationaux requièrent systématiquement une mise en œuvre nationale. De surcroît, les définitions de base proposées dans chacun de ces instruments varient significativement les unes des autres, ne faisant qu'accentuer le manque d'homogénéité existant¹⁵². Nous proposons ainsi de reconsidérer l'approche.

a. Un régime *sui generis* : l'intervention et le rôle de l'OMPI¹⁵³

Depuis l'an 2000, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après : l'IGC) travaille activement sur l'élaboration d'instruments légaux permettant d'assurer une protection accrue desdits domaines. À cet égard, l'IGC élabore actuellement un projet d'articles relatif à la protection des expressions culturelles traditionnelles¹⁵⁴, lequel se fonde sur des principes de propriété intellectuelle modifiés et adaptés aux besoins des communautés indigènes¹⁵⁵. L'approche se présente ainsi comme étant des plus prometteuses, ce à bien des égards.

D'abord, l'ensemble des parties prenantes concernées par la nécessité d'une protection renforcée participent aux négociations. Les groupes indigènes, qui sont d'ailleurs expressément

¹⁴⁸ A/HRC/28/57, p. 24.

¹⁴⁹ WIPO/GRTKF/IC/40/8, Annexe I, p. 29.

¹⁵⁰ GIRSBERGER, p. 148.

¹⁵¹ BIZER/LANKAU/SPINDLER/ZIMBEHL, p. 134.

¹⁵² GIRSBERGER, p. 148.

¹⁵³ Nous baserons essentiellement notre réflexion sur les dernières modifications en date du projet d'articles, à savoir la version révisée des facilitateurs du 19 juin 2019 (WIPO/GRTKF/IC/40/19). Chaque article étant proposé sous diverses formulations, nous ne nous sommes fondés que sur leurs dénominateurs communs.

¹⁵⁴ WIPO/GRTKF/IC/40/19.

¹⁵⁵ VÉZINA (TCE), p. 3

décrits comme étant les bénéficiaires de l'acte (art. 4), y jouent ainsi un rôle de premier plan¹⁵⁶. Les objectifs du projet d'acte indiquent clairement s'inscrire dans la lutte contre les utilisations non-autorisées de ces dernières (art. 2), s'insérant de la sorte parfaitement dans notre problématique. Pour l'heure, il ne semble pas exister de consensus quant au fait de savoir si des formalités particulières devraient conditionner l'accès à la protection accordée par l'instrument (art. 9). De notre point de vue, celle-ci doit être octroyée en vertu du simple fait que l'existence d'une expression culturelle traditionnelle (telle que définie à l'art. 1) puisse être établie. Selon nous, la subordonner à une série de prérequis choisis discrétionnairement par les États parties risquerait d'en laisser un nombre non négligeable sans protection, chose que nous souhaitons éviter. De manière générale, nous sommes de l'avis qu'il est nécessaire de limiter au plus les pouvoirs d'action et d'interférence des gouvernements dans le cadre de l'implantation nationale de l'instrument, de telle sorte à éviter toute forme de « *colonial paternalism* »¹⁵⁷ de leur part.

Nous soulignerons également l'accent particulier qui est mis sur la composante morale inhérente à toute expression culturelle traditionnelle. En effet, il est expressément énoncé que les États parties sont tenus de préserver les intérêts moraux des communautés concernées (art. 5). De même, il est établi que ces dernières n'auront pas à prouver de dommage économique en cas de violation de leurs droits (art. 10). Selon nous, une telle affirmation laisse à penser qu'un « préjudice culturel » (explicitement énoncé à l'art. 5) ou moral peut suffire à fonder une prétention valable, de quoi renforcer considérablement la position des groupes lésés dans le contexte de l'appropriation culturelle, un tel dommage étant systématiquement démontrable.

Aussi est-il utile de préciser que l'instrument prévoit un droit de plainte pour les communautés en elles-mêmes, écartant de la sorte toutes les incertitudes liées à la possibilité d'une titularité collective des droits (art. 10). De même, il est expressément reconnu que celles-ci sont les seules détentrices de leurs expressions culturelles (art. 3). À nos yeux, cela permet de contourner toutes les difficultés liées à l'établissement d'un titre de propriété juridique au travers de la propriété intellectuelle.

Pour terminer, nous saluons l'importance reconnue aux pratiques coutumières autochtones, lesquelles doivent systématiquement être prises en considération par les États parties dans la

¹⁵⁶ GIRSBERGER, pp. 148-149; KUPRECHT, p. 160.

¹⁵⁷ Centre for International Governance Innovation, *Figuring out the Who, Where, How and What to Implement UNDRIP in Canada*, [<https://www.cigionline.org/multimedia/figuring-out-who-where-how-and-what-implement-undrip-canada>] (24.04.2020).

mise en œuvre de l'instrument (art. 5)¹⁵⁸. Nous concevons parfaitement que le principe n'est en rien novateur, la Déclaration de 2007 l'énonçant déjà et certains tribunaux nationaux en tenant expressément compte dans la reddition de leurs jugements depuis de nombreuses années¹⁵⁹. Il n'en demeure pas moins qu'en réitérer le respect nous paraissait primordial. Comme l'explique très justement COOMBE, «[in order] to understand [indigenous] claims, we must venture beyond the European categories that constitute the colonial edifice of the law; only by considering Native claims "in context" will we be able to expand the borders of the legal imagination»¹⁶⁰. Selon nous, une telle contextualisation n'est possible qu'à condition de travailler étroitement avec le droit coutumier de ces communautés, celui-ci constituant une base dense et complète de règles, allant de la définition de la nature même des expressions culturelles à leurs modalités d'utilisation¹⁶¹.

Sur papier, l'approche de l'IGC se montre plus que satisfaisante. Il semblerait que le caractère holistique des expressions culturelles traditionnelles ait été parfaitement saisi par le Comité de rédaction. Il n'empêche que nous nous montrons réticents à l'égard de divers points. D'abord, et quand bien même les négociations durent depuis vingt ans, un projet terminé ne risque pas de voir le jour tout de suite, le mandat biennal de l'IGC ayant récemment été renouvelé jusqu'en 2021¹⁶². Nous jugeons la lenteur de cette élaboration législative particulièrement regrettable, ce d'autant plus que le phénomène d'appropriation culturelle ne cesse de s'amplifier. Nous appréhendons également la phase d'implantation nationale. L'expérience a en effet montré que de nombreux actes internationaux d'abord jugés prometteurs n'ont tout simplement pas eu l'impact pratique escompté en raison d'une mise en œuvre nationale inexistante ou défailante. Enfin, nous sommes de l'avis que le projet, en sa teneur actuelle, ne constitue en rien une solution « *one size fits all* »¹⁶³, de par le fait qu'il ne résolve (certes admirablement) qu'une seule partie du phénomène étudié en ne s'adressant qu'aux communautés autochtones. Au contraire, de notre point de vue, seule une approche résolutive globale pourra se montrer satisfaisante à cet égard.

¹⁵⁸ Ce point ressort d'ailleurs expressément des *Policy Objectives and Core Principles* établis par l'IGC (cf. WIPO/GRTKF/IC/16/4, p. 4 et 10).

¹⁵⁹ Tel fut le cas dans l'affaire *Bulun Bulun & Another v R & T Textiles Pty Ltd* précitée, où la Cour est parvenue avec audace à baser son raisonnement sur les coutumes du groupe aborigène concerné en les qualifiant de « *factual matrix* » du cas (p. 210), s'épargnant ainsi le déclenchement d'une véritable controverse en leur octroyant une portée juridique concrète au sein du système existant.

¹⁶⁰ COOMBE, p. 270 et citations.

¹⁶¹ CARPENTER/RILEY, p. 917.

¹⁶² Renouvellement Mandat IGC, p. 1.

¹⁶³ Nous empruntons l'expression à GIRSBERGER, p. 145.

b. Le domaine public payant

Selon le langage de la propriété intellectuelle, les expressions culturelles traditionnelles se trouvent dans le domaine public¹⁶⁴. Celui-ci est défini comme regroupant l'ensemble des inventions et des œuvres qui, n'étant pas ou plus protégées par des droits de propriété intellectuelle en raison de la déchéance ou de l'expiration de ces derniers, se trouvent à la libre utilisation de chacun, privées de toute protection¹⁶⁵. Toute expression culturelle non protégée peut ainsi être librement exploitée par des créateurs tiers, sans qu'aucune autorisation ne soit nécessaire et sans qu'il ne doive être procédé à un quelconque retour financier en faveur de la communauté indigène¹⁶⁶. Face à cette réalité peu confortable, l'idée d'un domaine public « payant » a émergé en doctrine. Celui-ci aurait pour but principal de maintenir une forme de protection sur une invention ou une œuvre qui se trouverait dans le domaine public, sans pour autant avoir à protéger, de façon souvent insatisfaisante, ces mêmes objets par le biais de droits de propriété intellectuelle¹⁶⁷. De prime abord, la solution séduit. Elle offrirait en effet une rétribution financière aux communautés autochtones pour l'utilisation de leurs expressions culturelles par les créateurs occidentaux et ceux-ci pourraient en échange pleinement les exploiter commercialement conformément aux termes imposés par les peuples indigènes¹⁶⁸. En revanche, elle n'empêche en rien les personnes extérieures de les utiliser et n'offre ainsi aucun moyen d'action dans une telle situation, la rendant d'importance moindre dans notre contexte¹⁶⁹, raison pour laquelle nous l'écartérons pour la suite de notre analyse.

c. Vers une création éthique et responsable

Pour préserver l'intégrité des expressions culturelles traditionnelles dont ils s'inspirent et pour que la notion d'appropriation culturelle se défasse de la connotation négative qui la caractérise, les créateurs occidentaux doivent impérativement adopter une approche multiculturelle et collaborative¹⁷⁰. À cet égard, une sensibilisation se montre indispensable. Selon nous, celle-ci peut intervenir de deux manières, la première étant au travers du *naming and shaming*,

¹⁶⁴ MARTINET, p. 10; MUNZER/RAUSTIALA, p. 53.

¹⁶⁵ Pour cette définition, nous nous sommes inspirés de celle du Black's Law Dictionary (10^e éd.), édité par GARNER Bryan A; BROWN (1998), p. 196.

¹⁶⁶ MARTINET, p. 11.

¹⁶⁷ LIXINSKI (Intangible), p. 199; MUNZER/RAUSTIALA, p. 54.

¹⁶⁸ LIXINSKI (Intangible), p. 199-200. LIXINSKI parle d'un véritable "shift in attitudes towards the public domain in terms of the exploitation of intangible heritage (...) traditional communities have largely abandoned the idea of a public domain to favour proprietary rights that can foster their development". Cette citation illustre le fait que les communautés autochtones ont pris conscience des enjeux financiers qui entourent leur héritage culturel, raison pour laquelle elles ne veulent plus qu'il reste sans protection aucune au sein du domaine public.

¹⁶⁹ LIXINSKI (Intangible), p. 200; WIPO/GRTKF/IC/40/8, Annexe I, p. 31.

¹⁷⁰ POZZO, p. 7.

particulièrement puissant dans l'univers de la mode, la réputation d'un créateur et les revenus auxquels il aspire étant incontestablement liés à la créativité qu'il prétend défendre¹⁷¹. Ce phénomène trouve sa source dans l'attention grandissante qu'est portée aux aspects éthiques de chaque collection nouvellement créée¹⁷². Le grand public démontre en effet un intérêt jusqu'à maintenant inégalé pour « *a thoughtful purchase, artisan manufacturing, beauty of materials [...], and the respect for social [...] issues* »¹⁷³. À cela s'ajoute la sensibilisation, plus intéressante selon nous, obtenue au travers de l'édification de codes de conduite éthiques, ceux-ci permettant de combler les lacunes juridiques existantes en proposant une approche exclusivement orientée vers le respect de standards moraux¹⁷⁴. Après tout, les communautés lésées ne recherchent rien de plus que le respect des créateurs occidentaux, lequel se traduit en pratique par la recherche du consentement libre et éclairé de ces dernières ainsi que par le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de leurs expressions culturelles¹⁷⁵. Si ces principes sont expressément énoncés dans le projet d'articles de l'IGC (art. 5), nous sommes de l'avis que leur implantation doit surtout être opérée du côté des créateurs, ceux-ci se trouvant à l'origine même du processus de création. Pour eux, l'enjeu sera d'expliquer clairement aux communautés dont les expressions suscitent un intérêt ce qu'ils entendent créer, de quelle façon et dans quel contexte, de telle sorte à ce qu'elles puissent se déterminer en comprenant pleinement les effets que la création envisagée pourrait (ou non) avoir sur leurs croyances¹⁷⁶.

En pratique, cette approche collaborative séduit, car profite à l'ensemble des parties prenantes¹⁷⁷. Les communautés autochtones obtiennent la reconnaissance et le respect recherchés et les créateurs occidentaux voient leur liberté d'expression garantie, tout en s'assurant une victoire unanime auprès des critiques pour leur approche éthiquement compatible. Tel fut récemment le cas de la Maison Dior qui, pour son défilé Croisière 2020, a travaillé en collaboration inédite et étroite avec Uniwax, une entreprise africaine spécialisée dans la production du wax traditionnel¹⁷⁸.

¹⁷¹ POZZO, p. 9; FRIEDMAN Vanessa, *Fashion Year's in Cultural Don'ts*, The New York Times, 21 décembre 2018 (13.04.2020).

¹⁷² POZZO, p. 9.

¹⁷³ GARDETTI/RAHMAN, p. 1.

¹⁷⁴ WIPO/GRTKF/IC/40/8, Annexe I, p. 34.

¹⁷⁵ HEATHCOTE/WATAL, *Creative Solutions to Cultural Appropriation – Fashion Industry*, House Marques, juin 2016 (23.04.2020).

¹⁷⁶ BROWN (1998), p. 200.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ FRIEDMAN Vanessa, *Dior and the Line Between Cultural Appreciation and Cultural Appropriation*, The New York Times, 30 avril 2019 (09.03.2020).

d. Les nouvelles technologies

Au cours des dernières années, les nouvelles technologies se sont présentées comme un outil des plus intéressants dans la préservation, la transmission et l'archivage du patrimoine culturel immatériel¹⁷⁹. Leur implication dans le contexte particulier des expressions culturelles traditionnelles reste toutefois floue. Notre approche se veut nuancée.

Selon nous, les nouvelles technologies ne doivent être considérées uniquement dans les situations où elles ont pour effet de renforcer efficacement la position des groupes autochtones lésés. Nous sommes de l'avis que tel ne pourra être le cas si celles-ci sont simplement publiées sur des bases de données, au travers desquelles les risques d'exploitation et d'utilisation non autorisées se voient inutilement amplifiés¹⁸⁰. En revanche, nous soutenons pleinement des plateformes comme celle de Mukurtu¹⁸¹, qui, créée en collaboration avec des communautés indigènes, vise à offrir à ces dernières un terrain virtuel protégé au travers duquel elles peuvent partager leur héritage culturel.

Nous mentionnerons également le rôle non négligeable que peuvent jouer les licences *Creative Commons* dans la protection de toute expression culturelle traditionnelle nouvellement créée (*i.e.* soumise au droit d'auteur). Il s'agit de licences standardisées qui peuvent être cumulées entre elles de telle sorte à façonner librement le régime d'utilisation par des tiers d'une œuvre protégée, en allant au-delà des solutions légales existantes¹⁸². Ce mécanisme se caractérise ainsi par une structure adoucie et modernisée du droit d'auteur¹⁸³. Dans le contexte de notre problématique, nous encouragerions à l'utilisation de deux licences précises.

En vertu de la licence CC BY-ND, le donneur de licence conditionne l'utilisation de l'œuvre par un tiers à l'obligation de faire mention de la paternité de la création, tout en interdisant que des modifications de cette dernière ne soient entreprises¹⁸⁴. De notre point de vue, un tel mécanisme se montrerait particulièrement adéquat dans l'hypothèse où une communauté autochtone (représentée par un créateur individuel ou une entité tierce) accepterait que ses

¹⁷⁹ HENNESSY, pp. 37-38.

¹⁸⁰ WIPO/GRTKF/IC/40/8, Annexe I, p. 36; GIRBSERGER, p. 144. Pour le surplus, nous renvoyons à notre développement relatif à la base de données pour insignes amérindiens ; cf. *supra*, p. 25.

¹⁸¹ MUKURTU, *About*, [<https://mukurtu.org/about/>] (20.05.2020).

¹⁸² Creative Commons, *À propos des licences*, [<https://creativecommons.org/licenses/>] (22.05.2020); BURRI (CC), p. 225.

¹⁸³ BURRI (TCE), p. 43.

¹⁸⁴ Creative Commons, *À propos des licences*, [<https://creativecommons.org/licenses/>] (22.05.2020).

expressions culturelles soient commercialisées, sans pour autant tolérer que celles-ci ne fassent l'objet de modifications maladroites par des tiers ignorants. De surcroît, les groupes indigènes seraient également en mesure, toujours par le biais des *Creative Commons*, d'interdire toute utilisation commerciale de leur création, ce aux mêmes conditions que la licence précitée. Par ce biais, une expression culturelle traditionnelle pourrait être librement utilisée par tout tiers, à condition que la paternité de l'œuvre soit mentionnée, que cette dernière ne soit pas modifiée ni utilisée à des fins mercantiles (Licence CC BY-NC-ND)¹⁸⁵.

Il semblerait ainsi que les *Creative Commons* permettent, à condition que le mécanisme du droit d'auteur soit choisi évidemment, de répondre en partie aux revendications des communautés autochtones, leur garantissant un contrôle sur leurs expressions culturelles, tout en permettant corollairement l'utilisation par des tiers. Selon nous, cette solution hybride et équilibrée a pour effet de sauvegarder méticuleusement et efficacement les intérêts de l'ensemble des parties prenantes, tout en contournant la rigidité souvent insatisfaisante des systèmes juridiques existants et l'univers libre et périlleux du domaine public¹⁸⁶. Nous nous montrons ainsi pleinement favorables à l'utilisation des nouvelles technologies dans la protection des expressions culturelles traditionnelles, dont nous ne manquerons pas de suivre l'implication concrète dans le contexte particulier de notre problématique.

V. Conclusion

L'ensemble des considérations précitées nous a permis d'illustrer toute la complexité et la transversalité qui caractérisent la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles face au phénomène d'appropriation culturelle. Au travers d'une analyse en trois temps, nous avons mis en exergue les enjeux de notre problématique, avant de nous atteler à la tâche minutieuse qu'est celle de son traitement pratique eu égard à l'ordre juridique existant, pour finalement terminer sur une réflexion ouverte et orientée vers l'avenir.

Notre examen de l'efficacité du droit international nous a permis de mettre en avant sa principale faiblesse, à savoir que la mise en œuvre concrète des instruments qu'il prévoit, aussi performants et satisfaisants soient-ils, est en tout point tributaire de la volonté des États. Nous avons à plusieurs reprises démontré le manque d'initiatives concrètes entreprises à cet égard, empêchant ainsi le renforcement de la position des communautés autochtones, ce alors même

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ BURRI (CC), p. 234; BURRI (TCE), pp. 43-44.

que les actes d'appropriation ne cessent de se multiplier en pratique. Pour ces raisons, nous sommes de l'avis que l'implantation d'une protection efficace à l'échelon national dépendra de la marge de manœuvre qu'est donnée aux États. À cet égard, nous suggérons que celle-ci soit réduite au maximum, dans les limites de leur souveraineté, de telle sorte à garantir que leur manque de volonté ou leurs politiques publiques ne puissent plus se dresser comme obstacle.

Quant aux systèmes de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, nous avons pu établir, au travers de raisonnements précisément nuancés, leur efficacité relative, celle-ci étant dépendante de nombreux facteurs. Les trois régimes existants, à savoir celui du droit d'auteur, du droit des marques et de la concurrence déloyale, présentent chacun des caractéristiques intéressantes, qui méritent d'être pleinement exploitées en pratique par les communautés indigènes dans les situations spécifiques où cela leur garantit une protection efficace. Si l'impossibilité de parvenir à une solution générale et harmonieuse, applicable à tous les régimes et à tous les cas de figure possibles, est regrettable, celle-ci est inévitable, compte tenu du décalage conceptuel qui définit notre problématique. Cette approche hétérogène constitue incontestablement la faiblesse principale des mécanismes proposés par la propriété intellectuelle, quand bien même nous ne manquons pas de souligner le caractère juridiquement incisif et pertinent des prérogatives qu'il confère.

De lege ferenda, nous n'opterions ni pour une approche *bottom-up*, ni *top-down*¹⁸⁷. Au contraire, nous sommes de l'avis que celle-ci doit être collaborative, en ce sens que les communautés autochtones devront être intégrées dans le processus de négociation et avoir une voix de poids égal à celle des États. Une attention particulière devra continuellement être donnée aux coutumes des groupes indigènes ainsi que, de manière plus générale, au respect de la morale, que nous percevons comme étant le seul élément à même de rétablir un équilibre des forces entre les parties prenantes, la vision du fort contre le faible ne pouvant pas subsister plus longtemps. Dans ce sens, nous saluons le travail effectué jusqu'à maintenant par l'IGC, qui semble être sur le droit chemin pour proposer un instrument juridique performant, en particulier en raison de son approche holistique. Nous garderons ainsi l'œil ouvert sur l'évolution de l'élaboration dudit acte, dont nos attentes sont désormais des plus hautes. Au surplus, nous encourageons à l'établissement de codes de conduite ou de bonnes pratiques dans le contexte particulier de la mode, l'ensemble des parties prenantes devant selon nous être impliquées dans le rétablissement d'une situation globalement conforme aux préceptes généraux de l'éthique.

¹⁸⁷ Nous empruntons ces expressions à VÉZINA (TCE), p. 3.

Nous nous montrons ainsi pleinement favorables à ce que des solutions soient trouvées en dehors du système juridique traditionnel, caractérisé par une immuabilité dont le caractère absolu nourrit la frustration de l'ensemble des personnes qui luttent pour une protection renforcée des intérêts autochtones. Nous soulignerons à cet égard le rôle particulier qu'ont à jouer les licences *Creative Commons* et le modèle hybride qu'elles proposent dans le contexte précis du droit d'auteur. Dans ce sens, nous incitons à ne pas craindre les nouvelles technologies et la connotation usuellement négative qu'elles véhiculent. Utilisées à bon escient, nous sommes persuadés qu'elles constituent une arme de poids pour les communautés autochtones, de par la simplicité et l'accessibilité qui les caractérisent.

BIBLIOGRAPHIE

I. Monographies, thèses et ouvrages collectifs

BIZER Kilian/LANKAU Matthias/SPINDLER Gerald/ZIMBEHL Philipp, Sui Generis Rights for the Protection of Traditional Cultural Expressions: Policy Implications, *in* Sui Generis Rechte zum Schutz traditioneller kultureller Ausdrucksweisen: Interdisziplinäre Perspektiven [BIZER Kilian/LANKAU Matthias/SPINDLER Gerald, édité.], Göttingen (Universitätsverlag Göttingen) 2013, p. 131ss.

BLAKE Janet, Commentary on the UNESCO Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Leicester (Institute of Art & Law) 2006 (cité: BLAKE (UNESCO)).

BROWN Michael F., Who Owns Native Culture?, Cambridge (Harvard University Press) 2003 (cité: Brown (2003)).

BURRI Mira, Cultural Heritage and Intellectual Property, Forthcoming *in* The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law [FRANCIONI Francesco/VRDOLJAK Ana, édité.], Oxford (Oxford University Press) 2019, p. 1 (cité: BURRI (IP)).

BURRI-NENOVA Mira, The Long Tail of The Rainbow Serpent: New Technologies and The Protection and Promotion of Traditional Cultural Expressions, *in* Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment [BEAT GRABER Christoph/BURRI-NENOVA Mira, édité.], Cheltenham/Northampton (Edward Elgar) 2008, p. 205ss (cité: BURRI (CC)).

DOROUGH Dalee Sambo, The Significance of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and its Future Implementation, *in* Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples [CHARTERS Claire/STAVENHAGEN Rodolfo, édité.], Copenhague (IWGIA) 2009, p. 264ss.

ERUETI Andrew, The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Mixed Model of Interpretation, *in* UNDRIP Implementation: Comparative Approaches, Indigenous Voices from CANZUS – Report, Centre for International Governance Innovation (CIGI), p. 9ss.

FERNANDINI Claudia/WONG Tzen, Traditional cultural expressions: preservation and innovation, *in* Intellectual Property and Human Development: Current Trends and Future Scenarios [DUTFIELD Graham/WONG Tzen, édité.], Cambridge (Cambridge University Press) 2010.

GARDETTI Miguel Angel/RAHMAN Shams, Sustainable Luxury Fashion: A Vehicule for Salvaging and Revaluing Indigenous Culture, *in* Ethnic Fashion [GARDETTI Miguel Angel/MUTHU Subramanian Senthilkannan, édité.], Singapour (Springer) 2016, p. 1ss.

GARNER Bryan A., Black's Law Dictionary, 10^e éd., Toronto (Thomson Reuters) 2014.

GIRSBERGER Martin A., Legal Protection of Traditional Cultural Expressions: a Policy Perspective, *in* Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment [BEAT GRABER Christoph/BURRI-NENOVA Mira, édit.], Cheltenham/Northampton (Edward Elgar) 2008, p. 123ss.

HALEY Susan/YOUNG James O., “Nothing comes from Nowhere”: Reflections on Cultural Appropriation as the Representation of Other Cultures, *in* The Ethics of Cultural Appropriation [BRUNK Conrad G./YOUNG James O., édit.], Chichester/Malden/Oxford (Wiley-Blackwell) 2009, p. 268ss.

HENNESSY Kate, From Intangible Expression to Digital Cultural Heritage, *in* Safeguarding Intangible Cultural Heritage [CORSANE Gerard/DAVIS Peter/STEFANO Michelle L., édit.] Woodbridge (Boydell Press) 2012, p. 33ss.

JANKE Terri, Our Culture: Our Future – Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights, 1999 (cité: JANKE (Culture)).

JANKE Terri (pour l’Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle), Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, 2003 (cité: JANKE (OMPI)).

KUPRECHT Karolina, Indigenous Peoples’ Cultural Property Claims: Repatriation and Beyond, Suisse (Springer) 2016.

LIXINSKI Lucas, Intangible Cultural Heritage in International Law, Oxford (Oxford University Press) 2013 (cité: LIXINSKI (Intangible)).

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, Folklore, *in* Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore [VON LEWINKSI Silke, édit.], 2e éd., Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands (Kluwer Law International) 2008, p. 339ss.

SCAFIDI Susan, Who Owns Culture? Appropriation and Authenticity in American Law, New Brunswick (Rutgers University Press) 2005.

SHARONI Sari, The Mark of a Culture: The Efficacy and Propriety of Using Trademark Law to Deter Cultural Appropriation, Stanford (Stanford Law School) 2016.

TOKI Valmaine, Comparative Perspectives on Implementing the UN Declaration of the Rights of Indigenous Peoples, *in* UNDRIP Implementation: Comparative Approaches, Indigenous Voices from CANZUS – Report, Centre for International Governance Innovation (CIGI), p. 99ss.

YOUNG James, Cultural Appropriation and the Arts, Malden/Oxford/Victoria (Blackwell Publishing) 2008.

ZOGRAFOS Daphne, Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions, Cheltenham/Northampton (Edward Elgar Publisher) 2010.

II. Articles et chroniques de revues

BLAKE Janet, Seven Years of Implementing UNESCO's 2003 Intangible Heritage Convention – Honeymoon Period or the “Seven-Year Itch”?, *in* International Journal of Cultural Property (IJCP) 2014, p. 291ss (cité: BLAKE (7 years)).

BROWN Michael F., Can Culture Be Copyrighted, *in* The University of Chicago Press Journals (UCP) 1998, p. 193ss (cité: BROWN (1998)).

BURRI Mira, Digital Technologies and Traditional Cultural Expressions: A Positive Look at a Difficult Relationship, *in* International Journal of Cultural Property (Int. J. Cult. Prop.) 2010, p. 33ss (cité: BURRI (TCE)).

CARPENTER Kristen A./RILEY Angela R., Owing *Red*: A Theory of Indian (Cultural) Appropriation, *in* Texas Law Review (Tex. Law Rev.) 2016, p. 859ss.

CARPENTER Megan M., Intellectual Property Law and Indigenous Peoples: Adapting Copyright Law to the Needs of a Global Community, *in* Yale Human Rights and Development Law Journal (YHRDLJ) 2004, p. 51ss.

CHALK Peter J./DUNLOP Alexander, Indigenous Trade Marks and Human Rights: An Australian and New Zealand Perspective, *in* The Law Journal of the International Trademark Association (Law Journal INTA) 2009, p. 956ss.

COOMBE Rosemary J., The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy, *in* Canadian Journal of Law and Jurisprudence (CJLJ) 1993, p. 249ss.

DOUGHERTY Terence, Group Rights to Cultural Survival: Intellectual Property Rights in Native American Cultural Symbols, *in* Columbia Human Rights Law Review (Colum. Hum. Rts. L. Rev.) 1998, p. 355ss.

LENZERINI Federico, Implementation of the UNDRIP Around the World: Achievements and Future Perspectives; the Outcome of the Work of the ILA Committee on the Implementation of the Rights of Indigenous Peoples, *in* The International Journal of Human Rights (Int. Jour. Hum. Rights) 2019, p. 51ss.

LIXINSKI Lucas, International Culture Heritage Regimes, International Law, and the Politics of Expertise, *in* International Journal of Cultural Property (IJCP) 2013, p. 407ss (cité: LIXINSKI (International)).

MARTINET Lily, Traditional Cultural Expressions and International Intellectual Property Law, *in* International Journal of Legal Information (IJLI) 2019, p. 6ss.

MATTHES Erich Hatala, Cultural Appropriation without Cultural Essentialism?, *in* Social Theory and Practice (Soc. Theory Pract.) 2016, p. 343ss.

MOYNIHAN Kathryn, How Navajo Nation v. Urban Outfitters Illustrates the Failure of Intellectual Property Law to Protect Native American Cultural Property, *in* Rutgers University Law Review (Rutgers Law Rev.) 2018, p. 51ss.

MUNZER Stephen R./RAUSTIALA Kal, The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge, *in* Cardozo Arts & Entertainment Law Journal (AELJ) 2009, 37ss.

POZZO Barbara, Fashion between Inspiration and Appropriation, *in* MDPI Laws Volume 9, Issue 1 (MDPI) 2020, p. 1ss.

ROGERS Richard A., From Cultural Exchange to Transculturation: A Review and Reconceptualization of Cultural Appropriation, *in* Communication Theory (Commun. Theory) 2006, p. 474ss.

SHAND Peter, Scenes from the Colonial Catwalk: Cultural Appropriation, Intellectual Property Rights, and Fashion, *in* Cultural Analysis (CA) 2002, p. 47ss.

SIEMS Mathias, The law and Ethics of “Cultural Appropriation”, *in* International Journal of Law in Context (IJLC) 2019, p. 408ss.

TURNER Stephanie B., The Case of the Zia: Looking Beyond Trademark Law to Protect Sacred Symbols, *in* Chicago-Kent Journal of Intellectual Property (Chi.-Kent. J. Intell. Prop.) 2012, p. 116ss.

VÉZINA Brigitte, Curbing Cultural Appropriation in the Fashion Industry, *in* CIGI Papers No. 213 (CIGI) 2019, p. 1ss (cité: VÉZINA (Curbing)).

VÉZINA Brigitte, Traditional Cultural Expressions: Laying Blocks for an International Agreement, *in* CIGI Papers No. 169 (CIGI) 2018, p. 1ss (cité: VÉZINA (TCE)).

III. Textes de loi, conventions, déclarations, dispositions types et *soft law*

a. Droit international

Convention UNESCO du 17 octobre 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

Convention UNESCO du 20 octobre 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

Déclaration des Nations Unies du 13 septembre 2007 sur les Droits des Peuples Autochtones.

Déclaration universelle des droits de l’homme (DUDH) du 10 décembre 1948.

Dispositions types UNESCO-OMPI de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables de 1985.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

b. Droits nationaux

Bill 41 – Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act du 24 octobre 2019 (*Colombie-Britannique, Canada*).

Copyright Act de 1976 (*États-Unis*).

The Indian Arts and Crafts Act (Act) de 1990 (P.L. 101-644) (*États-Unis*).

The Lanham (Trademark) Act de 1946 (*États-Unis*).

Trademarks Act de 1985 (R.S.C., 1985, c. T-13) (*Canada*).

Trade Marks Act de 2002 (*Nouvelle-Zélande*).

Trade Practices Act de 1974 (*Australie*).

IV. Analyses, rapports, communiqués et décisions émanant d'organisations internationales, de centres de recherche et d'autorités étatiques

Assemblées des États membres de l'OMPI, Rapport concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) : Décision, octobre 2019 (cité : Renouvellement Mandat IGC).

Australian Human Rights Commission, Free and Equal: an Australian Conversation on Human Rights, 13 novembre 2019.

Directives opérationnelles pour la mise en œuvre de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, Assemblée générale des États parties à la Convention, état en 2018.

Évaluation du travail normative de l'UNESCO dans le domaine de la culture : Première partie – Convention de 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel ; Rapport final, octobre 2013 (cité : Rapport d'évaluation 2003).

Évaluation de l'action normative de l'UNESCO – Secteur de la culture : Partie IV – Convention de 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles ; Rapport final, avril 2014 (cité : Rapport d'évaluation 2005).

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 10 clés pour la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, CLT/CEI/DCE/2007/PI/32, 2006 (cité : CLT/CEI/DCE/2007/PI/32 (10 clés)).

Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 30 questions fréquemment posées concernant la Convention, CLT/CEI/DCE/2007/PI/32, 2006 (cité : CLT/CEI/DCE/2007/PI/32 (30 questions)).

Patent and Trademark Office (Commerce), Report on the Official Insignia of Native American Tribes, 30 septembre 1999 (cité: PTO Report).

Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels, Droits culturels : rapport marquant le dixième anniversaire du mandat, A/HRC/40/53, 17 janvier 2019 (cité : A/HRC/40/53).

Rapporteuse spéciale dans le domaine des droits culturels, Politiques en matière de droit d'auteur et droit à la science et à la culture, A/HRC/28/57, 14 décembre 2014 (cité : A/HRC/28/57).

Secrétariat de l'OMPI, Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, WIPO/GRTKF/IC/40/INF/7, 10 avril 2019 (cité : WIPO/GRTKF/IC/40/INF/7).

Secrétariat de l'OMPI, La protection des expressions culturelles traditionnelles/expressions du folklore : objectifs et principes révisés, WIPO/GRTKF/IC/16/4, 22 mars 2010 (cité : WIPO/GRTKF/IC/16/4).

Secrétariat de l'OMPI, La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet actualisé d'analyse des lacunes, WIPO/GRTKF/IC/40/8, 9 avril 2019 (cité : WIPO/GRTKF/IC/40/8).

Secrétariat de l'OMPI, La protection des expressions culturelles traditionnelles : projets d'articles, WIPO/GRTKF/IC/40/5, 9 avril 2019 (cité : WIPO/GRTKF/IC/40/5).

Secrétariat de l'OMPI, La protection des expressions culturelles traditionnelles : projets d'articles, WIPO/GRTKF/IC/40/19, 19 juin 2019 (cité : WIPO/GRTKF/IC/40/19).

Secrétariat de l'OMPI, Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore, WIPO/GRTKF/IC/3/10, 25 mars 2002 (cité : WIPO/GRTKF/IC/3/10).

The United States Government Accountability Office, Indian Arts and Crafts – Size of Market and Extent of Misrepresentation are Unknown, 28 avril 2011 (cité : GAO Report).

The United States Patent and Trademark Office, USPTO Establishes Database of Official Insignia of Native American Tribes, 29 août 2001 [<https://www.uspto.gov/about-us/news-updates/uspto-establishes-database-official-insignia-native-american-tribes>] (21.05.2020).

The University of Colorado School of Law (CU Boulder)/The Native American Rights Fund (NARF), Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the United States: a Call to Action for Inspired Advocacy in Indian Country – Conference Report, 15 et 16 mars 2019 (cité : CU Boulder/NARF Report).

V. Jurisprudence, plaintes, annulations et demandes en justice

Blackhorse & Others v. Pro-Football, Inc., Cancellation No. 92046185, USPTO (18 juin 2014).

Bulun Bulun and Anor v. R & T Textiles Pty Ltd., FCA 1082; 157 ALR 193; 41 IPR 513 (3 septembre 1998) (cité : *Bulun Bulun & Another v R & T Textiles Pty Ltd*).

Complaint for Injunctive relief and damages, *The Navajo Nation v. Urban Outfitters, Inc., & Others*, in the United States District Court for the District of New Mexico, Case 1:12-cv-00195 (28 février 2012) (cité: *Complaint, Navajo Nation v. Urban Outfitters, Inc. & Others*).

G Milpurrurru, B Marika, T Payunka & the Public Trustee for the Northern Territory v. Indofurn Pty Ltd, Brian Alexander Bethune, George Raymond Kind and Robert James Rylands, FCA 975, 130 ALR 659 (13 décembre 1994) (cité: *Milpurrurru & Others. v. Indofurn Pty Ltd and Others*).

Matal, Interim Director, United States Patent and Trademark Office v. Tam, the United States Supreme Court, No. 15-1293 (19 juin 2017).

Native American Arts, Inc., v. Contract Specialities, Inc., 754 F.Supp.2d 386 (D.R.I. 2010) (29 novembre 2010).

Pro-Football, Inc. v. Blackhorse, et al., Appeal No. 15-1874 (30 octobre 2015).

Sealaska Heritage Institute, Inc., v. Neiman Marcus Group LTD, LLC, Neiman Marcus Group, LLC, Neiman Marcus Group Inc., and MyTheresa.com, GmbH, 1:20-cv-00002 (D. Alaska) (20 avril 2020) (cité: *SHI, Inc., v. Neiman Marcus Group Ltd, LLC et al.*).

Tribunal de Grande Instance de Paris, 3e Chambre, 4e Section, n  15/03456 (3 décembre 2015).

VI. Articles de presse

CARPENTER Megan M. *Trademark Law Promotes Fair Competition, Not Morality*, The New York Times, 4 mai 2016, [<https://www.nytimes.com/roomfordebate/2016/05/04/redskins-and-other-troubling-trademarks/trademark-law-promotes-fair-competition-not-morality>] (26.04.2020).

DONAHUE Bill, *4th Circ. Formally Tosses Redskins Trademark Ruling*, Law360, 18 janvier 2018, [<https://www.law360.com/articles/1003475>] (29.04.2020).

DYE Kathy, *Sealaska Heritage sues Neiman Marcus alleging unlawful use of term "Ravenstail"*, Sealaska Heritage Institute, 20 avril 2020, [<https://www.sealaskaheritage.org/node/1211>] (25.04.2020).

FRIEDMAN Vanessa, *Dior and the Line Between Cultural Appreciation and Cultural Appropriation*, The New York Times, 30 avril 2019, [https://www.nytimes.com/2019/04/30/fashion/dior-cruise-marrakech.html?em_pos=large&emc=edit_tz_20190503&nl=tmagazine&nid=78436802edit_tz_20190503&ref=img&te=1] (09.03.2020).

FRIEDMAN Vanessa, *Fashion Year's in Cultural Don'ts*, The New York Times, 21 décembre 2018, [<https://www.nytimes.com/2018/12/21/fashion/fashion-racism-cultural-appropriation.html>] (13.04.2020).

HEATHCOTE Marion/WATAL Aparna, *Creative Solutions to Cultural Appropriation – Fashion Industry*, House Marques, juin 2016, [<https://www.marques.org/publications/newsletters/newsletter.asp?NewsletterID=55>] (23.04.2020).

HOUSTON BROWN Sasha, *An Open Letter to Urban Outfitters on Columbus Day*, Indian Country Today, 11 octobre 2011, [<https://indiancountrytoday.com/archive/an-open-letter-to-urban-outfitters-on-columbus-day-xRGobe8G0U-0JvaB0m950A>] (25.04.2020).

JOHNSON Brendan, *The Indian Arts and Crafts Act – A Powerful Tool*, Law360, 30 juin 2015, [<https://www.law360.com/articles/673518/the-indian-arts-and-crafts-act-a-powerful-tool>] (01.05.2020).

YOUNG Cathy, *To the new culture cops, everything is appropriation*, The Washington Post, 21 août 2015, [<https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2015/08/21/to-the-new-culture-cops-everything-is-appropriation/>] (08.03.2020).

ZERBO Julie, *Urban Outfitters, Navajo Nation Settle Trademark, Indian Arts and Crafts Lawsuit*, The Fashion Law, 21 novembre 2016, [<https://www.thefashionlaw.com/urban-outfitters-navajo-nation-settle-4-year-long-lawsuit/>] (25.04.2020).

VII. Sites internet

Mukurtu, *About*, [<https://mukurtu.org/about/>] (20.05.2020).

Official Alaska State Website, *Alaska Native Arts Program*, [<https://arts.alaska.gov/alaska-native-arts-program>] (01.05.2020).

Creative Commons, *À propos des licences*, [<https://creativecommons.org/licenses/>] (22.05.2020).

Tate, Art Term, *Appropriation*, [<https://www.tate.org.uk/art/art-terms/a/appropriation>] (22.05.2020).

World Intellectual Property Organization, *Frequently Asked Questions: Geographical Indications*, [https://www.wipo.int/geo_indications/en/faq_geographicalindications.html] (01.05.2020).

The United States Copyright Office, *More Information on Fair Use*, [<https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>] (22.05.2020).

The United States Patent and Trademark Office, *Trademark Electronic Search System (TESS)*, [<https://www.uspto.gov/trademarks-application-process/search-trademark-database>] (22.05.2020).

VIII. Vidéos

Centre for International Governance Innovation, *Figuring out the Who, Where, How and What to Implement UNDRIP in Canada*, [<https://www.cigionline.org/multimedia/figuring-out-who-where-how-and-what-implement-undrip-canada>] (24.04.2020).