

**La protection du folklore dans  
le Protocole de Swakopmund  
adopté par L'ARIPO  
(African Regional Intellectual  
Property Organization)**

**Laurier Yvon Ngombé\***

1. INTRODUCTION . . . . .	943
2. CHAMP DE LA PROTECTION . . . . .	944
2.1 Champ « matériel » de la protection . . . . .	945
2.2 Champ « personnel » de la protection . . . . .	947
2.2.1 Désignation des bénéficiaires de la protection . . . . .	947
2.2.2 Désignation de l'organisme habilité à exercer les droits . . . . .	948
3. CONTENU ET MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION. . . . .	950
3.1 La protection contre les actes illicites . . . . .	950

---

© Laurier Yvon Ngombé, 2011.

\* Juriste, docteur en droit, chargé de cours au CNAM Ile-de-France, professeur à l'École supérieure de gestion – Pole Paris Alternance. Auteur de l'ouvrage *Le droit d'auteur en Afrique*, 2<sup>e</sup> éd., (Paris : L'Harmattan, 2009), préface d'André Lucas.

3.1.1	Les actes interdits . . . . .	950
3.1.2	Les exceptions . . . . .	952
3.2	La répartition des fruits de l'exploitation . . . . .	953
4.	CONCLUSION . . . . .	954

## 1. INTRODUCTION

Au début des années 1970 se tenait à Nairobi au Kenya un séminaire sur le droit d'auteur et les brevets dans les pays africains anglophones. Ce séminaire recommandait la création d'une organisation régionale de la propriété industrielle. Répondant à l'attente des pays anglophones concernés, en 1973, la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) apportaient leur assistance en vue de la création de cet organisme<sup>1</sup>.

Une série de réunions va alors permettre la création, le 9 décembre 1976, lors de la conférence diplomatique de Lusaka, de l'Organisation de la propriété industrielle de l'Afrique anglophone (connue sous le sigle ESARIPO (*English-Speaking African Regional Industrial Property Organization*). Le siège de l'Organisation est fixé à Harare au Zimbabwe.

L'accord de Lusaka sera modifié en 1985, notamment pour permettre l'adhésion à tout État membre de l'OUA<sup>2</sup> (devenue UA)<sup>3</sup>. Le nom de l'organisation est devenu *African Regional Industrial Property Organisation* (le sigle ARIPO remplaçant alors celui d'ESARIPO), puis *African Intellectual Property Organisation*<sup>4</sup>. L'adjectif « anglophone » (*English-Speaking*) est abandonné pour refléter la nouvelle perspective panafricaine de l'organisation. Les adhésions au-delà de l'espace anglophone n'ont pas tardé à être obtenues.

L'ARIPO regroupe actuellement les dix-sept États suivants : Botswana, Gambie, Ghana, Kenya, Lesotho, Libéria, Malawi,

---

1. À cette date, plusieurs États d'Afrique francophone sont membres de l'OAMPI (Office africain et malgache de la propriété industrielle) créé en 1962 et qui deviendra, en 1977, l'OAPI (Organisation africaine de la propriété intellectuelle). Sur l'OAPI, voir, notamment, CAZENAVE (Bertrand), « L'Organisation africaine de la propriété intellectuelle. De Libreville à Bangui », [1989] *Propriété industrielle* 311.

2. Organisation de l'Unité Africaine.

3. Union Africaine.

4. Pour tenir compte de l'extension de la mission de l'organisation au-delà de la seule propriété industrielle.

Mozambique, Namibie, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Swaziland, Tanzanie, Ouganda, Zambie et Zimbabwe. L'organisation pourrait accueillir dans les prochains mois une dizaine d'États, dont plusieurs ne sont pas anglophones<sup>5</sup>.

N'ayant, au départ, compétence qu'en matière de propriété industrielle, l'ARIPO adopte d'abord en 1982 le protocole d'Harare (Zimbabwe), relatif aux brevets d'invention, aux dessins et modèles industriels et modèles d'utilité. En 1993, elle adopte le protocole de Banjul (Gambie), relatif aux marques.

En 2002, l'ARIPO reçoit des États membres mandat pour élaborer un protocole relatif au droit d'auteur. On aurait donc pu s'attendre à un protocole de l'ARIPO sur le droit d'auteur avant 2010. L'organisation régionale a privilégié l'élaboration d'un instrument sur les savoirs traditionnels et les expressions du folklore.

Le 9 août 2010 la conférence diplomatique de l'ARIPO a adopté, à Swakopmund (Namibie) le Protocole de Swakopmund, relatif à la protection du savoir traditionnel et des expressions du folklore<sup>6</sup>. Ce protocole, signé par neuf États membres<sup>7</sup>, est censé entrer en vigueur trois mois après la sixième ratification. Ce nouvel instrument régional distingue, d'une part, les savoirs traditionnels et, d'autre part, les expressions du folklore. Le protocole s'inspire en grande partie des travaux de l'OMPI<sup>8</sup>. Il accorde une large place au droit coutumier. De fait, les dispositions relatives au folklore sont inspirées des règles relatives au droit d'auteur tout en insérant des renvois au droit coutumier. Cette nouvelle place faite au droit coutumier peut être observée aussi bien concernant le champ de la protection que son contenu et sa mise en œuvre.

## **2. CHAMP DE LA PROTECTION**

Le champ matériel du protocole de Swakopmund, en ce qui concerne le folklore, correspond plus ou moins à l'objet défini dans de

---

5. Il s'agit des États suivants : Afrique du Sud, Angola, Algérie, Burundi, Égypte, Érythrée, Éthiopie, Liberia, Libye, Île Maurice, Nigeria, Rwanda, Seychelles et Tunisie.

6. Le texte est disponible sur le site de l'ARIPO ([www.aripo.org](http://www.aripo.org)) et sur le site de l'OMPI (base WIPO Lex).

7. Botswana, Ghana, Kenya, Lesotho, Liberia, Mozambique, Namibie, Zambie, Zimbabwe.

8. Voir, notamment, les documents WIPO/GRTKF/IC/9/4 et, plus récents, WIPO/GRTKF/IC/17/4 (2010) et WIPO/GRTKF/IC/18/4 (publié en février 2011).

nombreuses lois africaines sur le droit d'auteur. En revanche, il va nécessiter une modification de plusieurs lois d'États membres en ce qui concerne les règles relatives aux personnes bénéficiaires de la protection.

## 2.1 Champ « matériel » de la protection

Parmi les États membres, certains ont prévu dans leur loi sur le droit d'auteur la protection des « œuvres » ou des « expressions » du folklore. D'autres lois sur le droit d'auteur, parmi les lois des États de l'ARIPO, ne font pas mention du folklore<sup>9</sup>. Le nouvel instrument adopté par l'ARIPO va donc contribuer à une harmonisation sur ce point.

L'annexe VII de l'accord de Bangui, qui constitue pour les États de l'OAPI le « régime commun » de la propriété littéraire et artistique<sup>10</sup>, prévoit, dans sa version actuelle, d'une part, une protection des « œuvres » du folklore par le droit d'auteur et, d'autre part, une protection des expressions du folklore, entendu plus largement, par des règles relatives à la protection du patrimoine culturel<sup>11</sup>.

L'article 2 du protocole définit les *expressions du folklore* comme toutes formes, tangibles ou non, à travers lesquelles sont exprimés la culture et le savoir traditionnels ou dans lesquelles cette culture ou ce savoir apparaissent ou sont manifestés. Ce qui, selon le protocole, inclut les expressions ou combinaisons suivantes : expressions verbales (histoires, épopées, légendes, mots symboles, etc.), expressions musicales (notamment chansons), expressions par le mouvement (danse, théâtre, rituels, etc.) ou expressions tangibles (dessins, poteries, vannerie, instruments de musique, sculptures, formes architecturales, etc.)<sup>12</sup>.

La liste, non exhaustive, du protocole de Swakopmund renvoie, au moins pour l'essentiel, à des créations artistiques pouvant être protégées par le droit d'auteur. Néanmoins, compte tenu de l'existence de ce texte spécial relatif aux savoirs traditionnels et au folklore, il est fort possible que le futur texte de l'ARIPO sur la pro-

---

9. Cas de la loi zambienne.

10. Accord de Bangui, Annexe VII, article 1<sup>er</sup>.

11. Pour un aperçu, NGOMBÉ (Laurier Yvon), *Le droit d'auteur en Afrique*, 2<sup>e</sup> éd., (Paris : L'Harmattan, 2009) n° 325 et s.

12. La définition du texte de l'ARIPO est à rapprocher de l'article 1<sup>er</sup> du projet des dispositions de l'OMPI relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore telles qu'adoptées par le comité intergouvernemental en charge de la question (voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/4).

tection du *copyright* n'inclura pas le folklore dans son champ de protection, ce qui n'interdirait pas un cumul de protection par les législateurs des États membres.

Certains textes, comme la loi du Zimbabwe, tout en retenant l'expression « œuvres du folklore », précisent que ces œuvres ne sont pas soumises au droit d'auteur, faute d'auteur connu. Aux termes de ce texte, les « œuvres » du folklore sont protégées selon un droit *sui generis*, prévu dans la partie VIII de la loi sur le droit d'auteur et la protection du folklore. La définition du folklore selon le texte du Zimbabwe inclut les différents éléments de la définition retenue par le protocole de Swakopmund. Sur ce point, le texte zimbabwéen paraît en conformité avec le texte régional.

Associer de manière automatique folklore et anonymat n'emporte pas forcément la conviction. Ce qui caractérise un folklore, c'est moins le fait qu'on en ait oublié l'auteur que le fait qu'une communauté s'y identifie. Il nous paraît donc tout à fait possible de considérer une expression comme faisant partie du folklore (ou du patrimoine culturel) quand bien même on se souviendrait de son auteur<sup>13</sup>.

Le protocole de Swakopmund pose également le principe de protection des expressions du folklore sans formalité<sup>14</sup>. Néanmoins, certaines expressions peuvent, pour des raisons de preuve, faire l'objet d'une notification à l'autorité appropriée.

Certaines lois des États membres sur le *copyright* posent parmi les conditions de protection une exigence de réciprocité<sup>15</sup>.

13. Voir en ce sens la loi burkinabé, dont l'article 88 énonce que « Les expressions du patrimoine culturel traditionnel dont les auteurs individuels sont inconnus mais pour lesquels il y a tout lieu de penser qu'ils sont ressortissants du Burkina Faso, appartiennent au patrimoine national. *Il en est de même des expressions du patrimoine culturel traditionnel dont les auteurs individuels connus sont décédés depuis plus de soixante dix (70) ans* » (les italiques sont nôtres). Dans l'espace ARIPO, on peut citer la loi du Botswana sur le droit d'auteur, dont l'article 1 dispose qu'une expression du folklore est « une création axée sur le groupe et fondée sur la tradition des groupes ou des personnes, *reflétant les aspirations de la communauté en tant qu'expression adéquate de son identité culturelle et sociale, ses normes et ses valeurs* se transmettant oralement, par imitation ou par d'autres moyens [...] » (les italiques sont nôtres).

14. Protocole de Swakopmund, article 17.1.

15. Laquelle a parfois été présentée comme l'un des moyens les plus efficaces pour garantir une protection du folklore au niveau international. Sur ce point, KURUK (Paul), « Bridging the Gap between Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights. Is Reciprocity an Answer ? », (2004) 7-3 *Journal of World Intellectual Property* 429.

## **2.2 Champ « personnel » de la protection**

Le protocole de Swakopmund prévoit aussi bien la désignation des bénéficiaires de la protection que la désignation de l'organisme ou de l'autorité habilitée à exercer les droits relatifs au folklore.

### **2.2.1 Désignation des bénéficiaires de la protection**

Le protocole de Swakopmund désigne comme bénéficiaires de la protection des expressions du folklore les autorités locales et traditionnelles :

- à qui sont confiées la préservation et la protection de ces expressions, conformément aux droits et pratiques coutumiers ;
- qui font usage desdites expressions en tant qu'éléments caractéristiques de leur patrimoine culturel traditionnel<sup>16</sup>.

La désignation du bénéficiaire de la protection devra donc se faire en se référant aux règles coutumières. Ainsi, dans la recherche difficile d'un droit de propriété intellectuelle efficace et adapté à la protection des expressions du folklore, les droits coutumiers viendront seconder la propriété intellectuelle pour permettre de désigner le bénéficiaire légitime. Ce recours aux droits coutumiers dans le cadre de la protection du folklore a particulièrement été proposé au début de la dernière décennie<sup>17</sup>.

Sur ce point, certains États membres de l'ARIPO vont devoir modifier leurs lois. Selon la loi ghanéenne, par exemple, c'est le président de la République qui est investi des droits d'auteur sur le folklore pour le compte du peuple<sup>18</sup>, ces droits étant exercés par le *Folklore Board*. La loi ghanéenne devrait donc, sur ce point, être modifiée. D'après la loi soudanaise, c'est l'État qui est titulaire des droits sur le « folklore national »<sup>19</sup>.

---

16. Protocole de Swakopmund, article 18. Ce texte est à rapprocher de l'article 2 du projet de dispositions de l'OMPI cité *supra*, note 14.

17. Voir, notamment, AMEGATCHER (Andrew O.), « La protection du folklore par le droit d'auteur. Une contradiction dans les termes », (2002) 36-2 *Bulletin du droit d'auteur* 36 ; KURUK (Paul), « Le droit coutumier africain et la protection du folklore », (2002) 36-2 *Bulletin du droit d'auteur* 49.

18. LDA – Ghana, article 4.2.

19. LDA – Soudan, article 7.

Parmi les lois des États membres de l'ARIPO, la loi du Zimbabwe permet déjà la désignation des autorités locales comme bénéficiaires de la protection. Ces communautés peuvent réserver les expressions de leur folklore et bénéficier des revenus des exploitations qu'elles autorisent<sup>20</sup>.

Au-delà du texte spécifique sur la propriété intellectuelle, on peut considérer que la désignation des communautés ethniques comme bénéficiaires des fruits de l'exploitation des expressions de leurs folklores s'inscrit dans l'esprit de la *Charte de la renaissance culturelle africaine* du 24 janvier 2006, dont l'article 5 prévoit, notamment, que les états signataires « s'engagent à défendre les minorités, leurs cultures, leurs droits et leurs libertés fondamentales ». Les expressions du folklore exploitées sont parfois celles de minorités dont la culture doit, selon la charte culturelle, être défendue et protégée. Le choix de l'ARIPO de désigner comme bénéficiaire non pas l'état, mais directement la communauté ethnique contribue à la défense de la culture des minorités<sup>21</sup>.

L'article 17.4 du protocole prévoit une formalité d'enregistrement des propriétaires ou des détenteurs des droits sur des expressions d'un folklore, lorsque ce folklore est partagé par au moins deux communautés dans le même État ou dans des États différents. Ledit enregistrement se fait auprès de l'organisme national compétent et de l'office de l'ARIPO.

### **2.2.2 Désignation de l'organisme habilité à exercer les droits**

L'article 3 du protocole prévoit que les États contractants doivent désigner ou établir une autorité nationale compétente. Ces autorités existent déjà dans certains États membres de l'ARIPO et ont été instituées par les lois sur le *copyright*. Il s'agit, par exemple, du Conseil National des arts en Tanzanie<sup>22</sup>, du Conseil des ministres au Mozambique<sup>23</sup> ou du *Folklore Board* au Ghana<sup>24</sup>. Le protocole de Swakopmund précise que les autorisations d'exploitation des expres-

20. LDA – Zimbabwe, articles 81 à 85.

21. Il n'est pas inintéressant de relever que, dès 2003, la loi tchadienne (le Tchad est un État membre de l'autre organisation régionale de la propriété intellectuelle, l'OAPI) prévoyait que les revenus du folklore seraient affectés à des fins culturelles ou sociales en faveur des communautés d'origine. LDA-Tchad, article 86.

22. LDA – Tanzanie, article 29.

23. LDA – Mozambique, article 31.

24. LDA – Ghana, articles 63 et 64.



sions du folklore relèvent de la compétence de l'autorité locale compétente et de l'office de l'ARIPO agissant pour le compte des États membres.

Parmi les textes des États membres, la consultation des autorités locales est déjà prévue par la loi du Zimbabwe sur le droit d'auteur. Ce texte prévoit une procédure permettant la réservation des droits sur « les œuvres du folklore » aux autorités locales représentant les communautés dont émane le folklore. Selon le texte zimbabwéen, les autorités représentant la communauté dont est issu le folklore peuvent donc être les seules habilitées à autoriser les diverses utilisations des œuvres du folklore.

Si le bénéficiaire de la protection est censé être la communauté dont est originaire le folklore, il ne faut pas négliger le fait que l'aire culturelle d'un grand nombre de folklores africains ne coïncide pas avec les frontières juridiques (et géographiques) des États modernes. Il peut donc arriver qu'un même folklore puisse légitimement être revendiqué dans plus d'un État (lorsque la même communauté ethnique se trouve dans ces États). Parmi les différentes solutions possibles figurait celle d'un arbitrage au niveau régional<sup>25</sup>.

La question est abordée par le protocole de Swakopmund, qui prévoit la résolution des litiges éventuels par l'ARIPO<sup>26</sup>. Cette disposition devrait faciliter les éventuelles difficultés liées à l'exploitation des folklores transnationaux. Néanmoins, elle trouve sa limite dans le champ de l'application géographique du protocole. Il n'est pas exclu que certains folklores puissent légitimement être revendiqués par des communautés présentes dans un pays membre de l'ARIPO et dans un autre pays africain (hors de l'espace ARIPO). On peut donc penser que l'efficacité du dispositif supposera non seulement l'entrée en vigueur prochaine de règles semblables au niveau de l'OAPI<sup>27</sup>, mais aussi que, idéalement, une instance plus large soit désignée pour résoudre les difficultés relatives aux folklores trans-

---

25. NGOMBÉ (Laurier Yvon), « Protection of African Folklore by Copyright Law. Questions That are Raised in Practice », (2004) 51-2 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 437, 441.

26. Protocole de Swakopmund, article 22.4.

27. De son côté, l'OAPI travaille sur deux instruments distincts : l'un sur la protection des expressions du folklore, l'autre sur les savoirs traditionnels. Les dispositions relatives aux expressions du folklore (au-delà des seules œuvres du folklore) feront ainsi l'objet d'une législation régionale plus détaillée.

nationaux<sup>28</sup>. Les solutions adoptées par le protocole de Swakopmund n'en sont pas moins satisfaisantes.

Sur ce point, aussi, le protocole de Swakopmund fait référence au droit coutumier<sup>29</sup>. Il prévoit, en effet, qu'en cas de revendications concurrentes provenant de communautés d'États différents relativement à une expression du folklore, l'ARIPO appliquera, notamment, le droit coutumier et les mécanismes alternatifs de résolution des litiges. Concernant l'application du droit coutumier, on peut penser qu'à partir du moment où il s'agit d'une même communauté ethnique présente dans plusieurs États différents, il y a de fortes chances qu'il s'agisse, de part et d'autre de la frontière (ou des frontières), de la même règle coutumière.

### **3. CONTENU ET MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION**

Le protocole de Swakopmund précise quels sont les actes interdits sous peine de sanction et pose les règles relatives à la répartition des fruits d'exploitation du folklore. Sur ce point, aussi, les règles sont essentiellement inspirées du droit d'auteur, tout en prenant en compte la nécessité de respecter le droit coutumier.

#### **3.1 La protection contre les actes illicites**

##### **3.1.1 Les actes interdits**

L'objet du protocole est, pour le folklore, d'en protéger les expressions contre l'appropriation illicite, l'abus et l'exploitation illégale au-delà de leur contexte traditionnel<sup>30</sup>. Aussi le texte stipule-t-il que les États doivent prévoir des mesures contre la divulgation non autorisée des expressions du folklore et, plus généralement, l'utilisation non autorisée en dehors du contexte traditionnel.

Pour les expressions autres que les mots, signes, noms et symboles, sont interdites, sauf accord de la communauté détentrice, la reproduction, la radiodiffusion, la communication au public, la loca-

---

28. Il faut, en effet, envisager l'hypothèse d'expressions de folklore revendiquées par une communauté d'un État membre de l'OAPI ou de l'ARIPO, d'une part, et d'un État ne faisant partie d'aucune des deux organisations régionales, d'autre part.

29. Protocole de Swakopmund, article 24.3.

30. Protocole de Swakopmund, article 1.1. b.

tion, la vente et l'adaptation des expressions du folklore<sup>31</sup>. Sont aussi interdites la mutilation, la modification et la déformation<sup>32</sup>. Sur ce point, le texte de l'ARIPO est semblable à plusieurs textes nationaux protégeant les « œuvres » ou « expressions » littéraires et artistiques du folklore. C'est en fait un droit d'auteur sur ces expressions du folklore qui est prévu. Concernant les mots, signes, noms et symboles, le protocole de Swakopmund interdit les acquisitions et les exercices de droit de propriété intellectuelle sur ces expressions qui porteraient atteinte au droit de la communauté « détentrice » ou qui laisseraient faussement croire à un lien avec la communauté concernée.

Ces actes sont interdits pendant la durée de protection du folklore. Aux termes du protocole, le droit sur les expressions du folklore dure aussi longtemps que ladite expression répond à la définition ou aux critères prévus par le texte<sup>33</sup>. Cette disposition, inspirée de l'article 6 du projet de l'OMPI, pose d'une certaine manière le principe d'une durée de protection indéterminée, mais pas forcément perpétuelle. La conséquence de ce principe est que, lorsqu'une expression culturelle traditionnelle cesse de remplir sa fonction d'identification d'une communauté, elle cesse par définition d'être une expression culturelle traditionnelle et sa protection doit donc expirer. On s'éloigne du principe de protection perpétuelle des œuvres du folklore prévu par de nombreuses lois africaines sur le droit d'auteur<sup>34</sup>.

Le protocole prévoit que les sanctions peuvent être civiles ou pénales. Les États dont les lois sur le droit d'auteur prévoient déjà des sanctions en cas de non-respect des droits sur le folklore pourront donc se contenter d'étendre ces sanctions aux actes interdits qu'ils seraient amenés à inclure dans leurs textes pour les rendre conformes au protocole.

---

31. Il s'agit globalement des utilisations qui, dans de nombreuses lois sur le droit d'auteur, relèvent des actes soumis à l'autorisation de l'organe exerçant le droit d'auteur sur le folklore.

32. Ce qui évoque le droit moral.

33. Protocole de Swakopmund, article 21.

34. Il faut néanmoins relever que le projet de l'OMPI prévoit une protection illimitée s'agissant des modifications, déformations portant atteinte à la réputation ou à l'image de la communauté ethnique (article 6.c). L'influence du droit d'auteur (précisément de la théorie du droit moral) est évidente, ce qui conforte l'idée d'une ombre inévitable du droit d'auteur sur l'instrument idéal recherché au niveau international. Voir NGOMBÉ (Laurier Yvon), « Brèves observations sur la protection du folklore par le droit d'auteur », (2004) 4 *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif* 2367, 2383.

Les sanctions vont certainement être celles prévues, à ce jour, pour les infractions au droit d'auteur. Toute la question est de savoir quelle sera l'efficacité de ces sanctions contre les exploitations des expressions du folklore hors de l'État d'origine.

### 3.1.2 Les exceptions

Le droit sur les expressions du folklore n'en interdit ni n'en restreint l'usage, le développement ou la diffusion au sein de la communauté d'origine en conformité avec la coutume ou la tradition<sup>35</sup>. Le texte de l'ARIPO prévoit également, parmi les exceptions aux droits sur les expressions du folklore : les utilisations non commerciales pour les besoins de l'enseignement, pour l'usage privé, pour rendre compte de l'actualité, la reproduction pour des besoins d'archivage ou pour inventaire dans la perspective de la sauvegarde du patrimoine culturel. Autant de limites et exceptions qui sont directement inspirées de la législation sur le droit d'auteur. C'est, sans doute, ce qui explique l'exigence de la mention de la source de l'expression du folklore dans la mesure du possible<sup>36</sup>.

Pour l'essentiel, on trouve déjà les mêmes exceptions dans les lois des États membres ayant prévu la protection des œuvres ou expressions du folklore dans la loi sur le droit d'auteur. C'est notamment le cas de la loi tanzanienne sur le droit d'auteur et les droits voisins<sup>37</sup>.

Le protocole de Swakopmund envisage une autre question souvent posée concernant l'exploitation du folklore par les nationaux. Le texte de l'ARIPO précise, sur ce point, que les États membres peuvent prévoir des dispositions spéciales concernant l'utilisation des expressions du folklore par leurs ressortissants<sup>38</sup>. Ce qui peut donc permettre d'exonérer les nationaux de tout paiement de redevance. Certains textes nationaux sur le droit d'auteur permettent déjà une libre utilisation du folklore par les nationaux<sup>39</sup>. On dépasse ainsi l'approche purement communautaire (et on réduit ainsi le respect dû aux règles de la communauté ethnique ou tribale) pour avoir une approche nationale du folklore (ce qui est aujourd'hui le cas de la

35. Article 20.1.a.

36. Article 20.1 *in fine*. Rappelons que de nombreuses lois africaines sur le droit d'auteur prévoient pour tout utilisateur d'une œuvre ou d'une expression littéraire ou artistique du folklore d'en préciser l'origine.

37. LDA-Tanzanie, article 26. d. i.

38. Protocole de Swakopmund, article 20.2.

39. LDA – Zimbabwe, article 82.

majorité des textes africains protégeant le folklore par le droit d'auteur)<sup>40</sup>.

### **3.2 La répartition des fruits de l'exploitation**

La perception des « redevances » d'exploitation des différentes expressions du folklore relève de la compétence de l'office de l'ARIPO (agissant au nom d'un État contractant) et de l'autorité nationale compétente. La consultation de la communauté détentrice étant le principe, on peut penser que le montant de la redevance sera celui fixé par l'organisme compétent en concertation avec la communauté détentrice. Le protocole précise que l'autorisation d'exploitation ou d'utilisation doit prévoir un partage équitable des fruits provenant de l'utilisation des folklores<sup>41</sup>.

Selon le protocole, les bénéfices, monétaires ou non, issus de l'utilisation ou de l'exploitation des expressions du folklore doivent être versés directement par l'autorité compétente à la communauté concernée. On peut estimer que plusieurs lois des États membres devront être amendées sur ce point.

Dans sa rédaction actuelle, la loi ghanéenne prévoit que les revenus de l'exploitation du folklore seront destinés à la préservation et à la promotion du folklore ainsi qu'à la promotion des arts indigènes. Sur ce point, la loi ghanéenne n'est pas en conformité avec le protocole. La ratification du protocole par le Ghana nécessitera donc une modification de la législation en vigueur. Selon la loi tanzanienne, les revenus d'exploitation du folklore sont destinés à la promotion et à la sauvegarde de la culture nationale<sup>42</sup>. Sur ce point, la loi tanzanienne aussi nécessitera une mise en conformité.

Du point de vue de l'équité, et si l'on souhaite aller au bout de la logique de la protection du folklore, il est normal que les revenus d'exploitation du folklore reviennent à la communauté dont elle est issue. On peut estimer que les autorités étatiques devront percevoir les redevances pour le compte du représentant de la tribu ou de

---

40. Voir, notamment, NGOMBÉ (Laurier Yvon), *Le Droit d'auteur en Afrique*, 2<sup>e</sup> éd., (Paris : L'Harmattan, 2009), préface d'André Lucas, n° 109 et s. ; NDOYE (Babacar), « La Protection des expressions du folklore au Sénégal », (2000) 32-4 *Bulletin du droit d'auteur* 39 ; SHYLLON (Folarin), « Conservation, Préservation et Protection juridique du folklore en Afrique. Un tour d'horizon », (2000) 32-4 *Bulletin du droit d'auteur* 40.

41. Protocole de Swakopmund, article 22.3.b.

42. LDA – Ghana, article 28.

l'ethnie. La répartition au niveau de la communauté ethnique relèvera ensuite du droit coutumier.

D'une certaine manière, la disposition prévue par le protocole de Swakopmund est un prolongement de la règle qui existait déjà dans plusieurs lois africaines sur le droit d'auteur. Alors que jusqu'ici les textes nationaux privilégiaient un « bénéficiaire » national (et indifférent) des revenus du folklore, l'entrée en vigueur du protocole conduira (dans les États de l'ARIPO tout au moins) à une répartition plus précise des fruits d'exploitation du folklore. En effet, ce ne sera plus l'ensemble de la communauté nationale qui bénéficiera des revenus générés par le folklore d'un groupe ethnique, mais précisément le groupe ethnique « détenteur » du folklore exploité.

#### 4. CONCLUSION

Le droit coutumier prendra ainsi progressivement sa place, à côté du droit de la propriété intellectuelle (en particulier du droit d'auteur), parmi les outils destinés à permettre une lutte efficace contre les exploitations illicites des divers folklores. Si l'adoption des instruments régionaux semble être un pas satisfaisant, le chemin à parcourir est encore long. En effet, une véritable protection dépend beaucoup de l'acceptation des principes de protection par les États dont les ressortissants exploitent massivement les expressions de folklores étrangers.

Dans ce cas, on peut espérer que l'accumulation et la complémentarité des textes, nationaux, régionaux et internationaux, seront déterminantes. Comment, en effet, garantir de manière efficace la protection d'un folklore ghanéen contre une utilisation illicite sur le territoire américain, par exemple ? La dimension internationale de la question sera donc une indispensable pierre à ajouter à l'édifice juridique censé protéger les expressions des différents folklores. Par ailleurs, il ne faut pas exclure une possibilité de cumul de protection par le droit d'auteur (ou, éventuellement, par un autre droit de propriété intellectuelle plus pertinent) et par un droit *sui generis*, ou même une protection par la propriété intellectuelle et par d'autres moyens juridiques. Sur ce point, il est heureux que l'OMPI dans ses travaux ait fait le choix de la « souplesse »<sup>43</sup>. La complète efficacité (si cela est possible) suppose aussi bien des solutions juridiques que des solutions au-delà de la règle juridique.

43. Document WIPO/GRTKF/IC/17/4, *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : objectifs et principes révisés* (21 septembre 2010, OMPI), sous *Principes directeurs généraux*.